

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA CULPOSAS

Tesis Doctoral que presenta el Doctorando D. Carlos DAZA GÓMEZ, para la colación del Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

Universidad de Sevilla
Curso académico 2013/2014

Imputación objetiva

“Nada hay más difícil de manejar, más peligroso de conducir o de éxito más incierto, que el tomar la iniciativa en la introducción de un nuevo orden de cosas, porque el innovador tiene por enemigos a todos aquellos quienes han prosperado bajo las condiciones viejas y como defensores tibios a aquellos quienes pudieran prosperar bajo unas nuevas”.

El príncipe, N. Maquiavelo (1469-1527)

“El camino más breve para concluir un libro es comenzarlo”.

Aforismo

*“Aristóteles se pregunta:
¿Qué hace falta para que un ser humano sea feliz?
Contesta brevemente: el ser humano
solamente será feliz si utiliza
sus capacidades y posibilidades.*

*Para Aristóteles, hay tres clases de felicidad.
La primera clase de felicidad es una vida
de placeres y diversiones.
la segunda: vivir como un ciudadano
libre y responsable.
La tercera: una vida en la que uno
es filósofo e investigador.*

... Hoy soy nuevamente feliz”.

“Ya el primer caso del que tenemos conocimiento en la historia de la humanidad, en el que se produce el quebrantamiento de una norma, trasluce –aunque débilmente– un problema de la imputación objetiva. Después de creado el ser humano y nada más promulgada la primera norma, con el contenido “mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás”, como nos cuentan los primeros dos capítulos del Génesis, esta norma fue inmediatamente quebrantada, y a Adán, cuando se le pidieron explicaciones, declaró en una mezcla de relato y defensa: “La mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí”. Esta declaración probablemente sea algo más que una mera narración de lo que pudo haber sucedido; además, supone una referencia a que desde la perspectiva de Adán todo lo acontecido tenía una apariencia inocua, puesto que, en primer lugar fue una persona responsable, la hembra, Eva, quien inició el proceso, y en segundo, puesto que Eva era la persona que le había sido entregada por Dios mismo, de modo que éste debía aceptar la realidad de la que había surgido el hecho como su propia realidad. Por tanto, ¿está obligado Adán a ocuparse él mismo de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable, que además ha sido colocada a su lado por la propia mano de Dios? ¿O rige en este contexto un principio de confianza, que exonera o al menos atenúa la responsabilidad, con el siguiente contenido: aquello que sea sugerido por una persona responsable, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que, además, el contacto con ella es grato a los ojos de quien promulgó la norma?”

Como es sabido, el creador del mundo no reconoció tal principio de confianza, sino que decidió, por el contrario, que al menos en el caso que nos ocupa, cada uno de los intervinientes había de responder plenamente de lo ocurrido y de las consecuencias de ello derivadas. Tampoco Eva pudo hacer recaer su responsabilidad sobre la serpiente, más aún: incluso la serpiente hubo de responder, a pesar de ser un animal, esto es, una criatura inferior al ser humano en la jerarquía de la creación. Las consecuencias del fallo divino, en el sentido que todos los participantes habían de responder, determinan nuestra existencia hasta el día de hoy. A pesar de este rechazo del principio de confianza, de dramático significado en la historia de la humanidad, merece la pena discurrir acerca de si cualquiera ha de tomar en cuenta toda consecuencia de todo contacto social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que implican consecuencias que pueden interpretarse en un contexto más restringido, excluyendo las consecuencias”.

Günther Jakobs

ÍNDICE

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA CULPOSAS

INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES RELATIVOS A LA CAUSALIDAD PENAL	17
I.- INTRODUCCIÓN	17
II.- PLANTEAMIENTO SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD	23
A. TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS	23
B. TEORÍAS GENERALIZADORAS	25
1. Teoría de la equivalencia de las condiciones	25
2. Teoría de la adecuación causal	30
3. Teoría de la causalidad relevante (desde la tesis de Mezger)	32
4. Teoría de la interrupción del nexo causal	34
III.- CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	36
CAPÍTULO II. LA RENORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO EN EL DERECHO PENAL: EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	39
I.- ORIGEN DE LA RENORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO	39
II.- ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	46
III.- CRÍTICA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (DESDE LA TEORÍA FINAL DE LA ACCIÓN)	53
IV.- LA PROPUESTA DE ROXIN EN EL TIPO OBJETIVO	62
V.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA DE JAKOBS	63
CAPÍTULO III. LOS PRINCIPIOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	69
I.- PROHIBICIÓN DE REGRESO	69
II.- PRINCIPIO DE CONFIANZA	75
III.- EL RIESGO EN EL DERECHO PENAL	76
A. EL RIESGO PERMITIDO	78
B. INCREMENTO DEL RIESGO Y CONDUCTAS ALTERNATIVAS CONFORME A DERECHO	84
C. LA DISMINUCIÓN DEL RIESGO	90
IV.- FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA	91
V.- TOMA DE POSTURA	102

CAPÍTULO IV. EL FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN ACCESORIA	107
I.- PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO	107
II.- EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN ACCESORIA	126
A. TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN EN EL INJUSTO AJENO O DE LA CULPABILIDAD	128
B. TEORÍA DE LA DESINTEGRACIÓN SOCIAL	131
1. TEORÍA PURA DE LA CAUSACIÓN	132
2. ILÍCITO PROPIO DE LA PARTICIPACIÓN	133
CAPITULO V. EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LA INTERVENCIÓN ACCESORIA	139
I.- INTRODUCCIÓN	139
II.- POSICIONES DOCTRINALES: VISIÓN GENERAL	140
III.- LA COOPERACIÓN NECESARIA COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA	142
A. TEORÍAS SUBJETIVAS	142
B. TEORÍAS OBJETIVAS	148
C. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	149
D. CRÍTICA	153
IV.- LA COOPERACIÓN NECESARIA COMO FORMA DE COAUTORÍA	160
A. ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES DOCTRINAS	160
1. LA TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL.	161
2. LA TEORÍA DE LA NECESIDAD.	161
3. LA TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD	162
B. CRÍTICA	162
V.- TEORÍA MIXTA ENTRE LA COAUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	164
A. LA PROPUESTA DE RODRÍGUEZ MOURULLO	164
B. LA POSTURA DE MIR PUIG	165
CAPITULO VI. ALGUNOS TIPOS ESPECIALES DE COAUTORÍA	167
I.- LA LLAMADA COAUTORÍA ADITIVA	167
A. PLANTEAMIENTO	167
B. GRUPO DE CASOS	170
C. CRÍTICA	171
II.- LA LLAMADA COAUTORÍA ALTERNATIVA	172
A. PLANTEAMIENTO	172
B. GRUPO DE CASOS	173
C. CRÍTICA	176
III.- POSICIÓN PERSONAL	176

CAPITULO VII. LA COAUTORÍA EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANAS 179

I.-	PLANTEAMIENTO GENERAL	179
II.-	CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR Y CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	181
A.	TESIS DE DÍAZ DE LEÓN	181
B.	TESIS DE GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS	182
C.	TESIS DE AGUILAR LÓPEZ	183
III.-	VALORACIÓN DE LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL	188
A.	LA COAUTORÍA COMO REALIZACIÓN DE ACCIONES EJECUTIVAS	188
B.	LA COAUTORÍA COMO REALIZACIÓN DE ACCIONES TÍPICAS	189

CAPITULO VIII. LA FIGURA DE LA COAUTORÍA EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS 205

I.-	PLANTEAMIENTO	205
II.-	ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES	206
A.	TESIS DE GIMBERNAT ORDEIG	206
B.	TESIS DE GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ	208
C.	TESIS DE ROSO CAÑADILLAS	209
D.	TESIS DE PÉREZ ALONSO	210
E.	TESIS DE PÉREZ MANZANO	213
F.	TESIS DE SÁNCHEZ LÁZARO	216
G.	TESIS DE CASTILLO CODES	231
III.-	CONSIDERACIONES	

CAPITULO IX. EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA COAUTORÍA CULPOSA. LA POSICIÓN UNITARIA EN LA COAUTORÍA IMPRUDENTE 237

I.-	LAS CONSECUENCIAS DEL FINALISMO EN EL ÁMBITO DE LA COAUTORÍA IMPRUDENTE	237
A.	TESIS DE WELZEL	237
B.	TESIS DE ROXIN	243
C.	TESIS DE BOTTKE	250
D.	TESIS DE CEREZO MIR	251
II.-	ALCANCE LEGISLATIVO DEL MODELO DE <i>NUMERUS CLAUSUS</i> EN LOS DELITOS CULPOSOS	252
A.	LA PROPIA REDACCIÓN DE LOS TIPOS IMPRUDENTES	254
B.	EL TENOR DE LOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA PARTICIPACIÓN	256

CAPITULO X. LAS TESIS DIFERENCIADORAS EN LA COAUTORÍA IMPRUDENTE 260

I.-	CRITERIOS DE DISTINCIÓN	260
A.	TEORÍA SUBJETIVA	260
B.	TEORÍA OBJETIVA	262
C.	VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN	263

Imputación objetiva

II.-	CRITERIOS DE RESTRICCIÓN	264
A.	TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL	264
B.	TEORÍA OBJETIVO-FORMAL	264
C.	TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	265
D.	LA DETERMINACIÓN OBJETIVA Y POSITIVA DEL HECHO	267
E.	VALORACIÓN DEL SISTEMA DE RESTRICCIONES EN EL ÁMBITO UNITARIO	267
III.-	LA INFRACCIÓN DEL DEBER	268
A.	LA TESIS DE ROXIN	268
B.	LA TEORÍA DE JAKOBS	271
C.	TESIS DE LESCH	274
D.	CRITERIOS DE DOMINABILIDAD	275
IV.-	POSICIÓN PERSONAL	276
 CAPITULO XI. TEORÍA GENERAL DE LA COAUTORÍA CULPOSA. PRESUPUESTOS DOGMÁTICO-CONCEPTUALES.		280
I.-	INTRODUCCIÓN	280
II.-	NORMA E IMPUTACIÓN	281
III.-	SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN: LA ACCIÓN COMUNICATIVA EXPRESIVA DE SENTIDO	290
IV.-	LA CONTRADICCIÓN DE LA NORMA: EL CONCEPTO DE VIGENCIA DE LA NORMA	293
V.-	LEALTAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO	296
 CAPÍTULO XII. FORMAS Y LÍMITES DE LA COAUTORÍA CULPOSA		300
I.-	INTRODUCCIÓN	300
II.-	COAUTORÍA CULPOSA INMEDIATA: LA REALIZACIÓN “AUTÓNOMA” DE CADA COAUTOR	300
III.-	COAUTORÍA CULPOSA MEDIATA: LA UTILIZACIÓN CULPOSA DE INSTRUMENTOS	302
IV.-	LÍMITES DOGMÁTICOS DE LA COAUTORÍA CULPOSA	302
A.	LÍMITES CONCEPTUALES GENÉRICOS	318
B.	LÍMITES TÍPICOS SINGULARES	320
 CAPÍTULO XIII. LA ACCIÓN EN LA AUTORÍA CULPOSA		310
I.-	PLANTEAMIENTO	310
II.-	EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN: DEL ONTOLOGISMO AL NORMATIVISMO (EN ESPECIAL: LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO)	310
III.-	LA ACCIÓN DE LA COAUTORÍA CULPOSA	315
IV.-	LA EQUIVALENCIA VALORATIVA ENTRE LA COAUTORÍA OMISIVA Y LA ACTIVA	317
V.-	LA NORMATIVIZACIÓN DE LA CONDUCTA	317
VI.-	FORMAS FENOMENOLÓGICAS DE COAUTORÍA CULPOSA	318
A.	MODALIDAD ACTIVA	318
B.	OMISIÓN PROPIA	320
C.	OMISIÓN IMPROPIA	321

CAPÍTULO XIV. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO DE COAUTORÍA CULPOSA	326
I.- CASO DEL TRANSPORTE PÚBLICO	326
II.- PRÁCTICAS MÉDICAS	331
III.- EL TIPO DE LA COAUTORÍA	332
A. VISIÓN GENERAL	332
B. EL PRESUPUESTO FUNCIONAL BÁSICO: DIVISIÓN DEL TRABAJO	333
IV.- ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO	333
A. LA EJECUCIÓN CONJUNTA DEL HECHO	333
B. LA INFRACCIÓN CONJUNTA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	336
C. VINCULACIÓN FUNCIONAL A PESAR DE DIVISIÓN DEL TRABAJO	337
D. INTERVENCIÓN CONFIGURATIVA EN LA FASE DE EJECUCIÓN	339
E. CONTENIDO DE LA INTERVENCIÓN CONFIGURATIVA DEL HECHO	340
V.- ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO	344
A. CONOCIMIENTO GENERAL <i>VERSUS</i> CONOCIMIENTOS ESPECÍFICOS	344
B. LAS FRONTERAS ENTRE EL DOLO Y LA CULPA CONSCIENTE	347
1. CONCEPTO DE DOLO EVENTUAL	348
2. DOLO EVENTUAL EN LA LEY PENAL MEXICANA	349
3. DOLO EVENTUAL Y CRITERIOS JUDICIALES	350
4. CONCEPTO DE CULPA CONSCIENTE	353
5. CULPA CONSCIENTE EN LA LEY PENAL MEXICANA	353
6. CULPA CONSCIENTE Y CRITERIOS JUDICIALES	354
7. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE	358
A) TEORÍA DEL SENTIMIENTO	358
B) TEORÍA DEL ASENTIMIENTO	359
C) TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO	359
D) TEORÍA DE LA INDIFERENCIA	360
E) TEORÍA DE LA PROBABILIDAD	361
8. CASOS	361
CAPÍTULO XV. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA	364
I.- PLANTEAMIENTO PRELIMINAR	364
II.- ÁMBITOS DE LA IMPUTACIÓN	365
A. ÁMBITO OBJETIVO: EL HECHO FUNCIONALMENTE CONJUNTO	365
B. ÁMBITO SUBJETIVO: LOS SUJETOS FUNCIONALMENTE ACTUANTES	366
III.- LA PREVISIBILIDAD DEL RIESGO	368
A. LA REALIZACIÓN O LA NO NEUTRALIZACIÓN COLECTIVA DEL RIESGO EN EL RESULTADO	368
CAPÍTULO XVI. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA	372
I.- PLANTEAMIENTO	372
II.- LA CULPA COMO IMPRUDENCIA PENALMENTE INDIVIDUALIZADA (POLAINO)	373
III.- EL BAREMO DE LA CULPA: CULPA INSIGNIFICANTE, CULPA SIMPLE, CULPA TEMERARIA	377
IV.- LA CUESTIÓN DE LA COGNOSCIBILIDAD DE LA CULPA	378

Imputación objetiva

V.-	CONSCIENCIA <i>VERSUS</i> INCONSCIENCIA DE LA CULPA	381
VI.-	FUNCIÓN Y CONTENIDO DE LA ACTUACIÓN FUNCIONALMENTE VINCULANTE	382
VII.-	DIVERGENCIAS SUBJETIVAS: ERROR Y EXCESO	384
VIII.-	LA LLAMADA “COAUTORÍA SUCESIVA”	385
IX.-	DECISIÓN CONJUNTA AL HECHO Y NEONORMATIVISMO	386
CAPÍTULO XVII. DELIMITACIÓN DE LA COAUTORÍA CULPOSA DE OTRAS FIGURAS: <i>DOLUS GENERALIS</i> Y PROHIBICIÓN DE REGRESO		388
I.-	PLANTEAMIENTO	388
II.-	LOS SUPUESTOS DE <i>DOLUS GENERALIS</i>	389
A.	GRUPOS DE CASOS	394
B.	¿EXTENSIÓN DEL DOLO: <i>DOLUS ANTECEDENS</i> Y <i>DOLUS SUBSEQUENS</i> ?	395
III.-	VALORACIÓN CRÍTICA. LA INSUFICIENTE NORMATIVIZACIÓN DEL DOLO	397
IV.-	LOS CASOS DE PROHIBICIÓN DE REGRESO	397
A.	LA REFORMULACIÓN DE LA AUTORÍA	397
B.	LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EJERCICIO DE UN ROL	401
C.	CRÍTICA Y TOMA DE POSTURA PERSONAL	403
CAPÍTULO XVIII. LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE PELIGRO		406
I.-	INTRODUCCIÓN	406
II.-	CRITERIOS DOCTRINALES SOBRE EL COMIENZO DE LA COAUTORÍA CULPOSA	407
A.	EXPOSICIÓN	407
B.	LA CONCEPCIÓN CAUSALISTA DE SCHILLING	415
C.	LA CONCEPCIÓN BASADA EN EL DOMINIO DEL HECHO	417
D.	LA POSICIÓN DE IGUALDAD DE GRADO DE ADECUACIÓN	421
III.-	PROPUESTA REGULATORIA DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPRUDENTE	430
IV.-	COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE PELIGRO	432
A.	CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO	432
B.	LA SITUACIÓN DE PELIGRO COMO RESULTADO TÍPICO	434
C.	RELACIÓN ENTRE EL DOGMA CAUSAL Y LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	441
D.	CAUSALIDAD: SENTIDO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES Y SU APLICABILIDAD A LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO	444
E.	CASOS DE COAUTORÍA EN DELITOS DE PELIGRO	447
V.-	POSTURA PERSONAL	449
CONCLUSIONES		450
PROPUESTA		450
BIBLIOGRAFÍA		454

INTRODUCCIÓN

El Código Penal español vigente, así como el Código Penal Federal mexicano con respecto al tema de la participación, coautoría y tentativa culposa, no se ocupan expresamente de su regulación, sino que sólo contienen la posibilidad de subsunción de hechos de realización dolosa, lo que conlleva, desde nuestra perspectiva, a crear impunidad, ya que -como veremos- existen infinidad de ejemplos que expresan la posibilidad de que estas tres figuras de la participación, coautoría y tentativa, sean susceptibles de ser calificadas como culposas.

1. Un ejemplo es aquel en que dos jóvenes van en un vehículo de motor, siendo así que el que conduce es el propietario y sabe que su acompañante nunca ha conducido ni sabe manejar vehículos de motor. Debido a que ha bebido mucho y a que en tales condiciones no puede manejar, induce a su acompañante para que él acceda, como un favor, a manejar el vehículo, previendo que no tenía licencia de conducir y que además carecía de conocimientos básicos para la conducción de un vehículo. No obstante lo anterior, el acompañante accedió a conducir, dejándole muy claro al propietario que no tenía la menor idea sobre cómo llevar a cabo la conducción de dicho vehículo. El resultado es que, en una avenida de alta velocidad, como consecuencia de su desconocimiento total de cómo conducir un vehículo, choca con otro automóvil causándole la muerte, lesiones y daño en propiedad ajena a las personas que iban en dicho automóvil.

2. Dos médicos de guardia de un hospital federal en la Ciudad de México reciben a una mujer a las 4:00 am, que presenta fiebre, dolor y un malestar general derivado de un embarazo de un producto de 5 meses de gestación; los doctores la pasan a un cubículo donde ambos realizan conjuntamente la consulta:

Imputación objetiva

primero con preguntas, luego toman la temperatura de ella, posteriormente, colocan el estetoscopio en el vientre y con estos datos básicos determinan que el producto está muerto y que eso es lo que le ocasiona el estado de malestar general a la mujer. Le dan medicamento con la finalidad de bajar la temperatura, estabilizar a la mujer y también para preparar el procedimiento para sacar el producto muerto. La mujer decide ir a su casa, una vez que ya le habían dado medicamento y la mala noticia sobre la muerte de su producto. En el camino, a causa del medicamento que le administraron, se pone en grave situación de salud, por lo que el esposo decide llevarla a otra clínica, con médicos particulares, donde le practican adecuadamente los estudios de química sanguínea, ultrasonido, electrocardiograma, resultando que el producto estaba vivo y que el medicamento que le habían suministrado los dos médicos del hospital federal le iba a producir como resultado, la muerte del producto y de ella. La intervención de los médicos particulares evitó que la negligencia de los dos médicos produjera como resultado la muerte del producto y la madre.

3. En México es muy común que existan personas que se dedican a ayudar a los conductores de vehículos de motor, también conocidos como “franeleros”, cuya principal actividad radica en dar instrucciones de aparcamiento a cambio de una propina. Es el caso que un “franelero” le dio indicaciones a la conductora de un vehículo de motor, con señas y en voz alta. Le dijo: “viene”, “viene”, “viene”, sin percatarse que un niño bajaba de otro automóvil y exactamente caminaba por atrás del vehículo de la señora que se estaba estacionándolo, atropellándole ésta con el vehículo y causándole la muerte instantánea al menor. Podemos observar que en el sistema actual, en que predomina el concepto de culpa bajo el sistema unitario, la conductora sería la única responsable, quedando sin responsabilidad alguna el “franelero”.

4. Una mujer sumamente hermosa se sube a un carro deportivo propiedad de su amigo, mayor de edad y titular de permiso para conducir, al cual le dice: “si vas a exceso de velocidad y le ganas a los demás vehículos, al llegar te voy a dejar que me hagas lo que quieras”; ante esta oportunidad, el conductor del vehículo

de motor, inducido de este modo por la joven que le acompaña, acelera perdiendo el control y causando daño en propiedad ajena, lesiones y homicidio a los ocupantes de otro vehículo. Aunque la bella mujer sea inductora del hecho a título culposo, de acuerdo a nuestra legislación penal vigente, no sería responsable penalmente por no estar prevista la inducción culposa.

Los anteriores ejemplos abren una reflexión para determinar si pueden existir formas imperfectas de ejecución (tentativa) a título culposo. En el supuesto anteriormente expuesto de los doctores del hospital federal, quienes conjuntamente realizaron un diagnóstico incumpliendo el deber objetivo de cuidado, toda vez que su actuar fue carente de las normas básicas para determinar el tratamiento y el estado de salud de la madre y el producto, ocasionando con su conducta una puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados; teniendo la obligación de haber realizado los estudios necesarios para determinar el estado de salud en el que se encontraba la madre y el producto.

¿Puede existir la coautoría culposa?

Sostenemos que sí debe ser regulada legislativamente esta figura, desde un ámbito subjetivo y objetivo, al igual que sucede en la esfera de los delitos dolosos.

Por último: ¿existe la participación culposa?

En la culpa hay una decisión común a realizar un hecho. En el ámbito subjetivo de la culpa, consta el conocimiento de las circunstancias del peligro para el bien jurídico tutelado: en otras palabras, dos o más sujetos pueden concertar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado; y ello sin que afecte al resultado. Mientras que, en la parte objetiva de la culpa, dos o más personas realizan conjuntamente el incremento del riesgo en forma directa sobre el bien jurídico tutelado, dejando muy claro que estos dos o más sujetos tienen el mismo deber respecto del contenido y alcance de la norma; por lo que la suma de la conducta de cada uno de los intervinientes incrementa el riesgo sobre el bien tutelado.

Imputación objetiva

Aunque la doctrina y las legislaciones vigentes no contemplan estas tres figuras a título culposo, el presente trabajo toma como método de estudio un sistema normativo, no al extremo de JAKOBS, pero sí con un matiz ecléctico, con la finalidad de postular que en base a supuestos de hecho unidos a criterios dogmáticos es posible sostener que sí son susceptibles de apreciar y de ser reguladas normativamente las hipótesis de tentativa, coautoría y participación culposas.

Pensamos que quien se diste de ser un penalista debe tener en sus manos tanto el polvo de los expedientes como el de los libros, unir eso que sostienen “la teoría é il capitano e la prattica sono il soldati”, palabras de LEONARDO. Que sostienen nuestra perspectiva de vida de unir teoría y praxis, praxis y teoría. Sentenció Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: “los libros ilustres no se han escrito con fines utópicos, sino en vista de constucciones técnicas que aspiran a cobrar vigencia en la realidad”.

Un solo supuesto de hecho puede derrumbar sistemas dogmáticos, bibliotecas completas y jurisprudencia. El tema central de nuestro trabajo de investigación tiene como objetivo central sustentar nuestro criterio partiendo de supuestos de hecho, construyendo normativmene la estructura y fundamento de la culpa para temas tan complejos como son la tentativa, la coautoría y la participación culposas.

Debo agradecer a mi Director de Tesis, Profesor Doctor *Dr.h.c.mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE, su apoyo incondicional para la realización de la presente obra, y a mi amigo y colega Miguel POLAINO-ORTS sus consejos, orientación y ayuda, y que además ellos me hayan posibilitado conocer personalmente al Prof. *Dr.Dr.h.c.mult.* Günther JAKOBSy propiciado nuevos reencuentros con el Prof. *Dr. Dr.h.c.mult.* Claus ROXIN, figurasambas centrales en la dogmática penal que han dejado huella marcando el camino del Derecho penal moderno.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES RELATIVOS A LA CAUSALIDAD PENAL

I.- INTRODUCCIÓN

El tema de la normativización frente al método ontológico¹, en el moderno Derecho penal², ha causado una revolución doctrinal, básicamente con el fin de solucionar los problemas que acongojan a la sociedad moderna. Por tal razón, consideramos oportuno aprovechar esta discusión, y centrarnos exclusivamente al ámbito de la tipicidad, en concreto al tipo objetivo y ubicarnos dentro del tema: “imputación objetiva”. Evitar el escrúpulo de no haber respetado el marco teórico del “género”, el de la introducción en este caso, que implica toda pretensión de aproximación, siquiera fragmentaria, a una temática sustancial y coherente, nos lleva a la revisión, repetida hasta la saciedad, de la obra de los clásicos, los cuales constituyen una aporía de la cual no pueden surgir propuestas teóricas capaces de comprender los fenómenos delictivos resultantes de la evolución de un siglo.

¹ Véase CEREZO MIR, *El finalismo Hoy*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1992, p. 13; el mismo Revista Criminalia, 1998. pp. 75 y ss.

² Así lo reconoce el propio SCHÜNEMANN, “Esta observación debe tenerse bien presente para deshacer el malentendido de que el funcionalismo en la dogmática penal constituye un fenómeno de “moda”, algo de los últimos años. Muy al contrario, un intento de construir las categorías del sistema orientándolas a los fines del Derecho penal se da en la sistemática teleológica del neokantismo, si bien las circunstancias históricas de aquel período impidieron que fraguara todo su potencial; además en la doctrina dominante de los últimos decenios, de signo ecléctico, siempre han desempeñado un papel importante las consideraciones normativas. (...) Así, por ejemplo, ROXIN sintió la necesidad de orientar el Derecho penal a la Política criminal, separándose abiertamente del método deductivo-axiomático del finalismo, al que se objetaba su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Tecnos, Madrid, 1991, p. 19.

Imputación objetiva

Sin embargo, el sendero que se abre ha de ser, por tanto, de continuidad y ruptura: continuidad para establecer las vinculaciones necesarias con las preguntas que han ocupado la atención de la relación de causalidad y la han caracterizado como disciplina; pero al mismo tiempo de ruptura, para desembarazarse sin sentimientos de culpa de las respuestas ofrecidas por los sistemas clásicos del delito y que ya no son adecuadas para la comprensión cabal de una sociedad cuya complejidad requiere de soluciones acordes a ella.

Para esto, debemos aclarar que el concepto de “imputación” no significa aquí la atribución de la realización de un sentido cualquiera, sino la atribución de la realización de un injusto típico: “El Derecho penal no se plantea la cuestión de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino por el contrario si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante”³.

La consecuencia más clara de esta idea es que el tipo objetivo en los delitos de resultado (originalmente) lesivo no se reduce a la constatación de una relación causal, sino que en ese requisito mínimo se proyectan criterios adicionales de imputación del resultado; la cual ha conseguido una pronta aceptación en la doctrina penal alemana⁴, española⁵ y en últimos años en México⁶, e igualmente aplicado en la praxis⁷,

³ Esta teoría no es una figura nueva del Derecho penal, ni constituye un tema de moda, en realidad aparece, desde sus orígenes en las teorías de la adecuación y de la relevancia, o en el propio concepto social de acción, como una restricción de base teleológica de la concepción clásica de la antijuridicidad asentada sobre la idea del daño, siendo para muchos, como un elemento nuclear de una concepción funcional para resolver los problemas que presenta el tipo de injusto dentro de la teoría del delito. Así también, DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, 2001, p. 84, “...y he aquí el gran cambio, en el funcionalismo el tipo penal deberá interpretarse teleológicamente, es decir, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de su prohibición”; MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 61 “El término “imputación” es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito”.

⁴ Véase especialmente FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 15; al referir que en los últimos cuarenta años, en el ámbito de habla germana, han sido fundamentalmente dos las teorías que han influido en la teoría penal del tipo y la han desarrollado de manera efectiva: la teoría personal del injusto -o sus diversas matizaciones- y la llamada teoría de la imputación objetiva. (...) Según la cual, la imputación de un menoscabo de bienes, producido como realización típica, depende de determinados requisitos típicos objetivos

⁵ Cfr. al respecto refiere LARRAURI, *Introducción a la imputación objetiva*, Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XII, 1989, p. 244; que cuando España se acoge esta teoría de la imputación objetiva, gran parte de la doctrina ha adoptado ya una sistemática finalista, de ubicación del dolo y la

asimismo, habrá que mencionar las numerosas críticas y discrepancias que le han formulado y que aún hoy en día, siguen a cuestiones fundamentales de sus características y estructura.

Por tanto, las siguientes líneas que desarrollaremos no son, ni podrán ser, los principios estrictamente necesarios de la “imputación objetiva” en el tipo objetivo, ya que la gran pluralidad de modos en que los problemas centrales de esta teoría han sido estudiados y que aún continúan siéndolo (en virtud que las sociedad evolucionan aceleradamente, se vuelven más complejas y por consiguiente no todas las normas penales son susceptibles de aplicación para las conductas de las personas), nos vemos obligados a optar por la exposición de un modo posible de comprender lo abarcado

culpa en el tipo y de la propia concepción del dolo y la culpa; TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Madrid, 1986.

⁶ Es oportuno señalar que en la doctrina penal mexicana uno de los primeros estudios sobre la imputación objetiva fue realizado por GÓNZALEZ-SALAS CAMPOS, *Comentarios a la nueva regulación del tipo culposo en el código penal mexicano, (la teoría de la imputación objetiva)*, Revista Jurídica de Posgrado, Año 1, No. 4, Oct-Dic., México. 1995, pp. 4, 5 y ss, 19 y 20; posteriormente DAZA GÓMEZ, *Teoría de la imputación objetiva*, Revista de la Facultad de Derecho, Mayo-Agosto, UNAM, 1998, p. 45 y ss; *Teoría general del delito*, Cárdenas Editores, México. 1998. pp. 114 y ss; posteriormente DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 82 y ss; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1998, pp. 379 y ss; MEDINA PEÑALOZA, *Teoría de la imputación objetiva*, Tesis Doctoral, 2000, VIDARRI ARECHIGA, *Estudios jurídico-penales*, Universidad de Guanajuato, 1997, pp. 181 y ss, siendo esto reconocido por FEIJÓ SÁNCHEZ, *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, Ángel Editor, 2000, p. 7; quien refiere que “...esta teoría está empezando a tener eco en mexicano”.

Sin embargo, un amplio sector doctrinal aún conserva una postura finalista a nivel de tipo objetivo como es el caso de CASTELLANOS TENA, *Lineamientos elementales de Derecho penal*, Porrúa, 1999, LUNA CASTRO, *El concepto de tipo penal en México*, Porrúa, 1999; MÁRQUEZ PIÑERO, *El tipo penal. Algunas consideraciones entorno al mismo*, UNAM, 1992; *El fundamento filosófico del pensamiento de Hans Welzel y su teoría de la acción finalista*, Ars Iuris, Revista del Instituto de documentación e Investigación Jurídicas de la facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, No. 19, México, 1998; *Derecho penal, parte general*, Trillas, 1998; PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998; REYNOSO DAVILA, *Teoría general del delito*, Porrúa, 1997; ZAMORA JÍMENEZ, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Ángel editor, 2001.

⁷ En los Tribunales de Alemania se ha aplicado esta teoría e incluso ha llegado en parte a la jurisprudencia, en España ha sido aplicado a casos prácticos sin aún llegar a consolidarse en la jurisprudencia. En la nuestra legislación positiva se llegó a interpretar la *imputación objetiva* con el concepto de la *atribuibilidad*, que se encontraba señalado en el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (antes de las reformas de 1999). Aunque es cierto que no es el medio indicado para desarrollar una doctrina, ya que nuestro Derecho penal se ve en crisis, – concretamente la substitución del concepto de Tipo penal por el de Cuerpo del delito- trayendo como consecuencias graves problemas de seguridad jurídica. Sin embargo hemos podido percatarnos de algunos criterios judiciales que si refieren al concepto de “imputación” en el tipo objetivo o el de “atribuibilidad”, para hacer penalmente responsable a una persona por el delito que se le imputa, tal y como lo demostraremos en el transcurso de este trabajo.

Imputación objetiva

bajo esa denominación y de sus alcances, para la solución de cada caso concreto sea en un “delito de lesión” o bien un “delito de peligro”.

La bibliografía que existe en la actualidad permite afirmar que hay una base suficiente para estudiar los aspectos esenciales de esta teoría, aunque, en realidad también existen obras de mucha calidad científica ⁸.

⁸ Véase básicamente en la literatura castellana ABANTO VÁSQUEZ, *Causalidad e imputación objetiva en el derecho penal*, La imputación objetiva en el Derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997; ABREGÚ MARTÍN y GASCÓN CHILLER, *El homicidio culposo en la labor de prevención de la policía*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal, AD-HOC, Buenos Aires, 1999; BECK, *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Piados, Barcelona, 1998; BERDICHEVSKY, *Delitos imprudentes en el ámbito de la practica deportiva*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal. AD-HOC, Buenos Aires, 1999; BORJA JIMÉNEZ, *Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las consideraciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat*, Estudios Penales, Santiago de Compostela, 1977; BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1998; BUTELER, *Algunas diferencias entre destrucción y acortamiento de la vida en el Código penal argentino*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Bosch, Barcelona, 1998; *Teoría de la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (<<imputación a la víctima>>)*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2 Época, No. 2, Julio, Madrid, 1998; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, parte general, II, teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1999; *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid, 1992; el mismo *El finalismo hoy*, Criminalia, 1998; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989; *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, titant lo blanch, Valencia, 1999; CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, tirant lo blanch, Valencia, 1996; la misma *La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España*, La imputación objetiva en el Derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997; DAZA GÓMEZ, *Teoría General del delito*, Cárdenas Editores, 1998; el mismo *Evolución doctrinal del finalismo*, Revista de la Facultad de Derecho de México, publicación bimestral, UNAM, 1997; el mismo *Teoría de la imputación objetiva*, Revista de la Facultad de Derecho de México, mayo-agosto, núms.219-220, UNAM, 1998; el mismo *El funcionalismo hoy*, Criminalia, 2000; DÍAZ ARANDA, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, 2001; DONNA, *Teoría de la imputación objetiva*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2 Época, No. 2, Julio, Madrid, 1998; el mismo *Teoría del delito y de la pena, 2, Imputación delictiva*. Astrea, Buenos Aires. 1995; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, Ángel Editor,. 2000; el mismo *Limites de la participación criminal Existe una "prohibición de regreso" como limite general del tipo en Derecho penal?*. Granada. 1999; el mismo *Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000; el mismo *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, en Revista de Derecho penal y criminología, 2ª Época, nº extraordinario 1, Madrid, 2000 FERRANTE, *Una introducción a la teoría de la imputación objetiva*, Teoría de la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; FIGUEROA VELÁSQUEZ, *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*, Porrúa, 2001; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995; *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, “Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)”, Civitas, Madrid, 2000; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, Bien jurídico e imputación objetiva*. Colex, Madrid, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966; el mismo, *¿Qué es la Imputación objetiva?*. Estudios de

Derecho Penal, 3ed. Tecnos, Madrid, 1990; el mismo *La causalidad en el Derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XV, 1962; el mismo *Causalidad, omisión e imprudencia*, Ensayos penales, tecnos, Madrid, 1999; GÓMEZ BENITEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; *Teoría jurídica del delito*. Civitas, Madrid, España. 1984; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, *Comentarios a la nueva regulación del tipo culposo en el código penal mexicano, (la teoría de la imputación objetiva)*, Revista Jurídica de Postgrado, Año 1, No. 4, oct-dic., 1995; GORANSKY, *Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal, AD-HOC, Buenos Aires, 1999; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000; *Responsabilidad por el producto*, tirant lo blanch, Valencia, 1996; HUERTA TOCILDO, *La teoría de imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, La Ley, No. 8, Edilex Sociedad Anónima, Madrid, 1983; *La teoría de la atribución objetiva y su versión jurisprudencial*, La Ley Madrid, 1983; HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Madrid, 1994; el mismo *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000; IÑIGO CORROZA, *El caso del <<producto protector de la madera>> (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Alemán*, Actualidad Penal, No. 20, mayo, 1997; JAKOBS, *Derecho penal, parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*. 2 ed. Marcial Pons, 1995; el mismo *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; el mismo *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza*, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997; el mismo *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996; el mismo *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, 2000; el mismo *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; el mismo *La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión* Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997; el mismo *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; el mismo *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, La prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; el mismo *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, civitas, Madrid, España. 1998; KAUFMANN, ¿<<Atribución objetiva>> en el delito doloso?, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVIII, 1985; KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; LARRAURI, *Introducción a la imputación objetiva*, Estudios penales y Criminológicos, Tomo XII, 1989; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1994; LOPEZ DIAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; LUHMANN, *Sociología del Riesgo*, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992; LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, Derecho Penal de la circulación, Bosch, Barcelona, 1985; el mismo *Delitos imprudentes: cursos causales hipotéticos. La infracción de reglamentos*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985; el mismo *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente. Valoración de las aportaciones causales*, Revista de Derecho de la Circulación, Barcelona, 1984; el mismo *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre al autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985; MAGARIÑOS, *Teoría de la imputación objetiva*, Doctrina Penal, Año 12, No.48. Oct-Dic., 1989; MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; MALAMUD GOTI, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Doctrina Penal, No. 1, 1978; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1999; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Teoría de la imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1990; la misma *¿Relevancia en los comportamientos alternativos conforme a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Madrid, 1994; MEDINA PEÑALOZA, *Teoría de la imputación objetiva*, Tesis Doctoral, 2000; MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001; NAUKE, *Sobre la prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; ORTIZ DE URBINA, *Evolución de las teorías jurídicas del delito: Las teorías Teleológicas-Normativas*, Revista de la Facultad, Vol. 5, No. 1, Córdoba, 1997; TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, parte*

general, Madrid, 1985; OTTO, *Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal*, Prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; PAREDES CASTAÑON, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; el mismo, *De nuevo sobre el <<Caso de la Colza>>: una replica*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000; PAREDES CASTAÑON/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995; PEÑARANDA RAMOS, et al., *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Estudios de Derecho Penal. Civitas, Madrid, 1997; PEREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001; PÉREZ DAZA, *Tipo objetivo en los delitos culposos*; PEREZ MANZANO, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general, Tomo II, Teoría jurídica del delito, volumen I*, Bosch, Barcelona, 2000; ID., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013; y esp. ID., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013; PUPPE, *Imputación objetiva, Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, Comares, Granada, 2001; la misma *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto*, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Coordinadores: S. Mir Puig / D.M. Luzón Peña, Barcelona, 1996; QUINTINO ZEPEDA, *Perspectivas penales*, México. 2000; *Diccionario básico de la Ciencia penal moderna*, 2001; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, temis, Bogotá, 1996; *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1992; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y Teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992; ROXIN, *Derecho penal parte general, Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997; el mismo *El fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, Problemas básicos del Derecho penal. Reus, Madrid, 1976; el mismo *La imputación objetiva en el Derecho penal*, IDEMSA, Lima, 1997; el mismo *La problemática de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 39, Madrid, 1989; el mismo *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, Problemas básicos del Derecho penal. Reus, Madrid, 1976; *Observaciones sobre la prohibición de regreso*, Prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; el mismo *Injerencia e imputación objetiva*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001; RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, El moderno sistema del Derecho penal, tecnos, Madrid, 1991; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Desviaciones del curso causal e imputación objetiva: algunas consideraciones*, Actualidad Penal, No. 44, diciembre, 1997; SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; el mismo *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SCHÜNEMANN, *Teoría de la imputación objetiva*, Conferencia impartida en el Congreso celebrado en Veracruz, México. 1997; el mismo *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, tecnos, Madrid, 1991; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputación objetiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXVII, Madrid, 1984; el mismo *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985; STRUENSEE, *Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo*, “Temas sobre la teoría del delito”, INACIPE, 1999; TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Madrid, 1986; *Fin de Protección y ámbito de la norma*, Estudios Penales y Criminológicos, tomo X, Santiago de Compostela, España. 1987; VIDAURRI ARECHIGA, *La imputación objetiva*, Estudios jurídico-penales, Universidad de Guanajuato Facultad de Derecho, 1997; WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 1966; *Introducción a la filosofía del derecho. derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1971; WOLTER, *La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Madrid, España. 1994; *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la aberratio ictus*, El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, tecnos, Madrid, 1991; ZAFFARONI, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 2002.

II.- Planteamiento sobre la relación de causalidad

Es necesario comenzar por destacar que el desarrollo e importancia que durante el siglo XIV adquirió el naturalismo, influyó decididamente en el planteo de la teoría causal de la acción en el Derecho penal. Es por tales motivos que VON LISZT brindó especial atención a la causalidad y a los fenómenos naturales y elaboró la teoría del delito, precisamente, a semejanza de las clasificaciones de las ciencias naturales. Desde el siglo XIX y hasta la mitad del XX la doctrina y jurisprudencia penal se limitaban a requerir y discutir la primera de las relaciones o nexo causal y el resultado, que además se consideraba componente del elemento acción, en sentido amplio, más bien que del tipo, o en cualquier caso componente del tipo, pero también de la acción⁹.

A. Teorías individualizadoras

Bajo el nombre de teorías individualizadoras, se aplican una serie de criterios diversos, siendo estos expuestos con la pretensión de limitar la extensión de la equivalencia de las condiciones¹⁰, al tener en común el interés de seleccionar en cada

⁹ Sobre esta idea KAUFMANN, *Concepción hermenéutica del método jurídico*, Persona y Derecho, 35, Pamplona, 1996, pp. 11 y ss., refiere que durante siglos, el Derecho natural y el positivismo jurídico se han combatido mutuamente, aunque a menudo cubriéndose con otros nombres. De la guerra no ha salido un vencedor, pero sí dos vencidos. Derecho natural y positivismo están hoy agotados, y por ello sólo queda la Filosofía jurídica buscar una “tercera vía”, más allá del Derecho natural y del positivismo. Recorrer este camino corresponde en plena lógica a la Hermenéutica. Ello al referir el caso que hubo de resolver el *Bundesgerichtshof*, que es el Supremo Tribunal alemán en lo civil y penal. Asunto en apariencia sencillo: un hombre que había lanzado ácido clorhídrico al rostro de la cajera para robarle seguidamente el dinero depositado. En el juicio se planteó, como cuestión jurídica principal, si el ácido utilizado era un “arma” como concepto determinante de que se hubiera cometido un robo. Con arreglo al art. 250 del Código Penal, comparado con el 249 que castiga el hurto, se prevé una pena superior cuando, entre otras posibles circunstancias, el autor del delito “lleve un arma”. El tribunal Supremo llegó a la conclusión fundándose únicamente en una interpretación extensiva de criterio objetivo-teleológico llevada hasta el extremo de imbricarse ampliamente con la analogía. Y aquí esta precisamente la cuestión: si se aplicó lícita o indebidamente el criterio de la analogía. (...) Pero el problema principal, ahora como siempre, es la *elección del método*.

¹⁰ Cfr. TORÍO LÓPEZ, *Cursos*, p. 223, puntualiza: “estas teorías buscaban *limitar* la de la equivalencia de las condiciones, confirmamos que ellas nunca negaron la validez de esta última teoría, sino que admitiéndola buscaron corregir sus excesos; sobre la admisión que las teorías individualizadoras hacen de la equivalencia de las condiciones”. En opinión de GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en el derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XV, 1962, p. 544, “por lo regular se alude genéricamente a todas las teorías causales posteriores a la equivalencia, y no sólo a las tesis individualizadoras”. Vid. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 76 s.

Imputación objetiva

caso concreto el factor determinante en la producción del resultado diferenciado así entre causas y condiciones para asignar a estas últimas la calidad de meras circunstancias acompañantes. Aunado a esto, puede que en alguna ciencia de la naturaleza tenga utilidad una concepción que considera causa de un acontecimiento aquel elemento que haya contribuido más eficazmente a la producción de un resultado.

Si bien todo ello es posible en otros ámbitos científicos, sin embargo, en Derecho penal, estas concepciones son completamente inservibles. Estas posturas no han tenido aceptación doctrinaria ¹¹, si hubiera de seleccionarse un criterio homogéneo que permitieran identificar dichas teorías y comprender mejor lo que para ellas es causa y no condición de un resultado, podría decirse que está constituido por la causa eficiente, concepto ya empleado con la misma finalidad por Santo Tomás DE AQUINO ¹², quien en tal sentido podría ser considerado como el predecesor de las tesis individualizadoras.

Varias son las críticas de que han sido objeto estas teorías:

Da la impresión de que primero se estudia el caso problemático y se busca la solución más satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material para, *aposteriori*, elaborar una teoría general de la causalidad que fundamente aquella solución. Esto conlleva, en primer lugar, el hecho de que su aplicación generalizada sea imposible o satisfactoria ¹³; en segundo lugar que al llevar la comprobación de la causalidad con predecisiones jurídicas, estas teorías resultan inservibles para la delimitación de un marco externo de responsabilidad del cual deben partir las categorías jurídico-valorativo, cualquier teoría que pretenda decidir sobre lo injusto en base a criterios científico-naturales, está condenado al fracaso ¹⁴; a lo expuesto, en tercer lugar, hay que añadir la dificultad de comparar cada condición y establecer entre ellas distinta jerarquía, así como la imposibilidad de deducir mayor o menor responsabilidad penal con base en unos criterios físico-naturales.

¹¹ DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 111.

¹² Citado por REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 22;

¹³ Para una crítica detallada sobre estas teorías GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 93 y ss.

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 98.

Dentro de las distintas doctrinas en este contexto formuladas, entre otras, son de resaltar la de BINDING (teoría de la condición preponderante o decisiva), la de BIKMEYER (la más eficaz); la de ORTMANN (teoría de la condición más eficiente, principal, directa o la última condición)¹⁵.

Este grupo de teorías nunca logró importancia significativa, a nivel doctrinal, y en la actualidad se las considera carentes de cualquier interés en orden a su aplicabilidad práctica, salvo el de haber contribuido a la delimitación de la evolución histórico-dogmática de la relación de causalidad en la teoría del delito en el ámbito del Derecho penal comparado.

B. Teorías generalizadoras

1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Puede afirmarse que la primera consideración sistemática que de la causalidad hizo aplicación jurídica el Derecho penal surgió a partir de los trabajos de John Stuart MILL (1843), posteriormente proseguidos por la formulación debida al procesalista austriaco Julius GLASER (1858), que finalmente fue acogida por el penalista alemán von BURI (1873).

Hoy en día, aunque se discuta la dependencia del concepto penal de causa respecto del filosófico, se reconocen predominantemente, la corrección lógica y científico natural de la tesis de la equivalencia causal de todas las condiciones de un resultado. En lo cual no siempre sus dos aspectos han sido diferenciados con claridad por la jurisprudencia y por la doctrina.

Así, la teoría de la equivalencia ha pretendido históricamente ofrecer tanto un concepto de causa como un método para la demostración de la existencia de una relación de causalidad. En este sentido, se trata de una teoría sobre el fundamento de la causalidad como sobre su demostración, es decir que, en su primer aspecto, el

¹⁵DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 112.

Imputación objetiva

postulado fundamental de esta teoría es la equivalencia causal de todas las condiciones de un resultado, que se formula mediante el aforismo de que “causa es la suma de todas las condiciones que finalmente producen un resultado”.

Ejemplo: Si se pretende explicar desde un punto de vista causal que un sujeto ha hurtado un reloj, son tan importantes las circunstancias de que el reloj haya sido fabricado, posteriormente vendido y empleado por quien a la postre fue víctima del ilícito, como el hecho de que un sujeto se lo haya arrebatado violentamente a su legítimo poseedor ¹⁶.

La fórmula de la *conditio sine qua non* tiene la particularidad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido: para poder decir que el resultado no se hubiera producido si se elimina mentalmente determinada condición, es preciso que ella ha co-causado el resultado. Por tanto, aquella fórmula decide, en realidad, solamente sobre la cuestión de qué condiciones (reconocidas como tales) resultan jurídico penalmente relevantes ¹⁷.

¹⁶REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 9.

¹⁷ En este sentido consúltese las siguientes tesis: Amparo directo 3550/78. Evaristo del Angel del Angel. 2 de diciembre de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 151-156 Segunda Parte. Tesis: página: 60. Tesis Aislada; Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón; Amparo directo 472/87. Cleodomiro García Osorio. 1o. de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Patlán Origel. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIV, Julio, Tesis, página 607. Tesis Aislada; Amparo en revisión 329/970. José Luis Ortega Moreno. 3 de julio de 1970. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Galnares Antuñano. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 19 Sexta Parte. Tesis: Página: 21. Tesis Aislada. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XV-II Febrero. Tesis: IV.3o.144 P Página: 415. Tesis Aislada; Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 134. Tesis Aislada. Amparo directo 626/68. Miguel Madera Vázquez. 7 de agosto de 1968. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CXXXIV, Segunda Parte. Tesis: Página: 44. Tesis Aislada. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 151-156 Segunda Parte. Tesis: Página: 60. Tesis Aislada. Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XV-II, Febrero de 1995 Tesis: IV.3o.144 P, página 415.

Para esta doctrina se ha utilizado el método auxiliar heurístico, para decidir si algo es condición, denominado, “*fórmula hipotética*”, según la cual condición o causa es todo aquel factor que si se suprime mentalmente, esto es, en la hipótesis de que no hubiera dado, lugar a que también desaparezca o se suprima (no sin producirse) el resultado ¹⁸, es decir, se suprime mentalmente la acción cuya virtualidad causal respecto del resultado se trata de probar, para poder constatar a continuación si el resultado subsistiría o no.

Ejemplo: Un farmacéutico despacha erróneamente un medicamento, lo que provoca una intoxicación de vitaminas en la víctima; al recibir ésta el tratamiento médico necesario en el Hospital, sufre una grave infección gripal que le causa la muerte.

Pero no sólo el desconocimiento de la causalidad general hace inoperante la *conditio sine qua non*, sino que aún en el evento de conocerse esa ley causal general, la mencionada fórmula es incapaz por sí misma de determinar cuál es la causa concreta (causalidad específica) de un resultado puesto que su aplicación presupone el conocimiento de aquel factor.

Veamos el siguiente ejemplo: en el año de 1989 un avión comercial de pasajeros estalló en el aire poco después de abandonar el aeropuerto de la capital colombiana, como consecuencia de lo cual fallecieron todos sus ocupantes; frente a este caso la fórmula de la *conditio sine qua non* postula que una explosión fue causa de las muertes porque previamente estaba clara la existencia de tal estallido, pero es incapaz de solucionar el problema central de cuál fue la causa de esa explosión; sólo

¹⁸Cfr. BUSTOS /LARRAURI, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989, p. 46, al referirse que los procesos causales hipotéticos, que son aquellos caracterizados por el hecho de que aun cuando se suprime la condición que ocasionó el resultado, éste sigue produciéndose de igual forma y en el mismo momento. Para evitar la impunidad varios fueron los correctivos, así se destacó: La inoportunidad de introducir factores hipotéticos en los cursos causales, esto es, el examen de la causalidad debía limitarse a examinar lo realmente acontecido. (...) Se argumentó asimismo que debía considerarse el resultado concreto; GÓMEZ BENITEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 34, señala que para demostrar la concurrencia de relación de causalidad el método hipotético de la *conditio sine qua non* se ha mostrado en algunos aspectos escasamente útil y en general, más como comprobación lógica ulterior que como un método de demostración. Vid. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 77 ss.

Imputación objetiva

cuando haya sido demostrado que la activación de la bomba generó el estallido (es decir, cuando se conozca la causa) puede ser empleada la fórmula de la *conditio* para suprimir mentalmente la bomba y al desaparecer las muertes arribar a la conclusión (ya previamente obtenida) de que el artefacto explosivo fue la causa del desastre aéreo, con lo cual se habrá logrado tan solo una inútil reafirmación de la ya probado.

La crítica ¹⁹ que se ha formulado a esta postura doctrinaria consiste en la ilimitada amplitud de la responsabilidad hacia atrás, también denominada “teoría de la objeción del regreso al infinito” ²⁰.

Por ejemplo: A invita a B su casa y B muere al dirigirse a ella en un accidente de tráfico, si bien se afirmará que A ha realizado una conducta típica y antijurídica, se negará su responsabilidad por faltar el requisito de la culpabilidad, dado que no concurre ni dolo ni imprudencia.

Por tanto, para la valoración jurídica no deben considerarse todas las condiciones, *sino solamente aquellas que de acuerdo con la experiencia resultan adecuadas a la producción del resultado concreto*.

Otro serio inconveniente encuentra la fórmula de la *condicio sine qua non* en aquellos casos en los cuales una real o eventual concurrencia de fenómenos impide la desaparición del resultado cuando se los suprime mentalmente, como lo demuestra un ingenioso ejemplo de ENGISCH, que pasamos a examinar a continuación.

Un sujeto es invitado a presenciar la ejecución del asesino de su hijo, durante la cual logra deslizarse ligeramente hasta el patíbulo para en el momento decisivo, cuando el verdugo se dispone a accionar el mortal mecanismo, empujarlo y soltar él mismo el dispositivo para vengar personalmente la muerte de su hijo; en este caso es claro que si en aplicación de la *conditio sine qua non* suprimimos mentalmente la

¹⁹ Véase GÓMEZ BENITEZ, *Causalidad*, p. 16; desde su asunción no sólo teórica, sino también en la praxis penal en 1873, la teoría de la condición ha sido el centro indiscutible de la doctrina de la relación de causalidad, ya sea como objeto de crítica, o bien como alabanza.

²⁰ Cfr. DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, p. 109.

actuación del padre el resultado no desaparecido por cuanto el verdugo habría ejecutado al reo, lo que supone que el papá no fue causa de esa muerte, al paso que como evidentemente el verdugo no tuvo tiempo de desplegar su acción tampoco él es causa de la muerte, por ende arribamos a la curiosa conclusión de que habiendo sido ejecutado el delincuente ni el padre ni el verdugo son causa de ese resultado.

Sin embargo, los partidarios de la teoría de la condición se defienden frente al inconveniente apuntado con los siguientes ejemplos:

En plena discusión en un jardín público, A empuja levemente a B, que resbala y cae a un estanque; B contrae, debido a la bronquitis crónica que padece, una pulmonía y fallece a consecuencia del incendio que se declaró en la clínica en que había sido ingresado. A hiere levemente a B, que muere, a consecuencia de un accidente de circulación, cuando era trasladado en taxi a una casa de socorro. En ambos casos la conducta de A es, según la teoría de la condición, causa de la muerte de B, porque suprimido mentalmente el empujón o las heridas leves, la muerte no se hubiera producido (sino se hubiese producido el empujón, B no habría caído al estanque; si no hubiese caído al estanque, no habría contraído la pulmonía; sino hubiese contraído la pulmonía, no habría sido ingresado a la clínica; sino hubiese ingresado a la clínica, no habría sido alcanzado por el incendio declarado en ésta, etc.). Por tanto el resultado muerte debe serle objetivamente imputado a A y en consecuencia, hay que reconocer que la conducta de éste cumple el tipo penal de homicidio.

Con los ejemplos antes señalados se muestra como falla en los casos en que concurren a la producción de un resultado dos condiciones, de modo que cada una de ellas hubiera sido suficiente para producir el resultado.

Si A y B proporcionan, independientemente, a C una dosis mortal de veneno, en la misma comida, haciendo abstracción de la conducta, real también, de B. A la

misma conclusión llegaríamos si hiciéramos abstracción de la conducta de B (causalidad acumulativa)²¹.

En resumen, la teoría de la equivalencia de la adecuación no interfiere en la conformidad con la naturaleza de la tesis de la equivalencia de las condiciones, sino en su traslación al concepto de causalidad penal; según esto, las causas inadecuadas no son típicas; todas las condiciones causales en el ámbito de las ciencias de la naturaleza no lo son del Derecho penal, aunque, ciertamente, para que aquí sean causas tiene, como mínimo, que serlo también en el plano natural ²².

2. Teoría de la adecuación causal

Esta teoría, también llamada de la “*causación adecuada*”, o de la “*relevancia*”, que veremos a continuación, se suelen denominar “*teorías generalizadoras*”, porque no comparan individualmente las diversas condiciones estableciendo una degradación o jerarquía entre ellas, sino que restringen de modo general la causalidad en todas las condiciones que no cumplen ciertos requisitos.

La teoría de la causalidad adecuada intenta restringir también el ámbito de la responsabilidad penal en el plano de la causalidad, con ello surge precisamente para limitar los excesos a los que conducía la teoría de la equivalencia en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado ²³.

Esta doctrina es ideada por von BAR (1871), quien primeramente restringió la conexión casual en el sentido del Derecho, en contraste con la relación causal en sentido natural, al tener en cuenta para ello el fin propio del Derecho, y que excluye de la causalidad en el ámbito jurídico todo aquello que no correspondiera a la, regla de la

²¹ Cfr. CEREZO MIR, *Curso*, p. 54.

²² En vista de estas dificultades se propuso adoptar la fórmula de “condición ajustada a las leyes de la naturaleza” elaborada por ENGISCH: “Se demuestra que una conducta (...) es causal para un resultado concreto (positivo) y delimitado según un determinado tipo penal, cuando aquel comportamiento ha seguido en el tiempo cambios en el mundo exterior que estuvieran unidos con el comportamiento y entre sí conforme a una ley (de la naturaleza) y que han desembocado en alguna parte integrante del supuesto de hecho concreto que ha sido delimitado por la ley como resultado”. BUSTOS/LARRAURI. *Imputación*, pp. 47 y 48.

²³ Véase en este sentido BUSTOS/LARRAURI. *Imputación*, p. 54.

vidac²⁴. Más tarde fue difundida por von KRIES, (1886) médico fisiólogo alemán, quien no se limitó a aplicar el concepto de probabilidad quince años antes propuesto por von BAR, sino que consideró que “la adecuación de la causalidad requeriría complementariamente la dominabilidad del hecho”²⁵, con lo cual se generó una larga polémica sobre la base en que debía llevarse a cabo el juicio de previsibilidad²⁶, puesto que en el evento de considerar solo los conocimientos que el actor tenía al momento de desplegar la acción se favorecía la imprudencia en cuanto al sujeto con conocimientos inferiores a los de sus conciudadanos resultaba liberado de responsabilidad.

Estos autores utilizaron el concepto de previsibilidad objetiva, al entender por ella lo que es previsible para el hombre medio ideal diligente situado en la posición del autor y con los conocimientos de éste, y *ex ante*, teniendo en cuenta todo el conocimiento experimental de la humanidad (“*saber nomológico*”, esto es, un conocimiento general de la experiencia, un acontecimiento sobre las leyes de relación de un acontecimiento: comprende los “conocimientos de las leyes de la naturaleza”) y las circunstancias del caso concreto conocidas o cognoscibles por el sujeto (“*saber ontológico*” refiriéndonos a la probabilidad que se caracteriza por ‘que no conocemos exactamente la relación de las condiciones en el caso concreto’; por consiguiente, y otra vez en oposición a la necesidad donde no existe circunstancia que no sea conocida, para emitir un juicio de responsabilidad procedemos del siguiente modo: ‘una parte de las condiciones esenciales para el suceso la dejamos determinada, y otra parte la dejamos completamente indeterminada’, esta última parte indeterminada ‘incluye la totalidad de circunstancias que podrían surgir’).

Por lo demás, la teoría de la adecuación permite la deseada eliminación de nexos causales totalmente inusuales: la misma evita el *regresus ad infinitum* de la

²⁴ En opinión de GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, p. 40, la expresión “regla de la vida” es equívoca, pues unas veces se utiliza en el sentido de que no existe causalidad si el resultado se produce a consecuencia de un proceso causal irregular, es decir, inadecuado (...) y otras veces no tiene que ver lo más mínimo con la probabilidad de una acción de causar un resultado: regla de la vida significa, entonces, simplemente, juridicidad.

²⁵ La letra cursiva es por nuestra cuenta.

²⁶ Sobre esta polémica principalmente MEZGER, *Derecho penal*, pp. 108-113; STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte general*, EDERSA, Madrid, 1990. pp. 82-84.

teoría de la equivalencia, y también permite la exclusión de los cursos causales “extravagantes”.

De este modo, por ejemplo, el causante de un accidente, cuya víctima muere por un incendio del hospital, puede ser considerado como ya no causal respecto de ese resultado; el disparo de un arma de fuego produce habitualmente la muerte o lesiones considerables de otro; por ello, se estima que es adecuado para producir tales resultados y en consecuencia, es causa de los resultados.

Por el contrario, propinar una bofetada a otro, que es hemofílico, y le produce la muerte, no permitirá afirmar la relación de causalidad (adecuada), porque según la experiencia general una bofetada no produce la muerte de otro.

En cambio, la opinión dominante, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia creyó desde siempre que la previsibilidad del curso causal concreto tenía que enjuiciarse como componente del dolo y de la imprudencia, para obtener la misma conclusión.

3. Teoría de la causalidad relevante (desde la tesis de Mezger)

Con el inicio del siglo XX se impone una nueva fase en el pensamiento jurídico-penal, que conlleva un cambio en la forma de entender el delito: la concepción neoclásica. Motor de este cambio es el pensamiento *neokantiano* y más concretamente, la corriente denominada *Escuela sudoccidental alemana*²⁷, que “junto al método científico-naturalístico de observar y describir, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizada por comprender y valorar²⁸”.

²⁷MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 11 y 12, según la Escuela Sudoccidental alemana, habrá que atenderse al objeto que dichas ciencias pretenden conseguir con su aplicación y estudiar como han de configurarse para la consecución de estos fines. La metodología propuesta por dicha Escuela ejerció gran influencia en las ciencias jurídicas y especialmente en el Derecho penal; los hechos naturales, los sucesos, sólo pueden convertirse en objeto del Derecho en la medida que son conocidos por nuestra razón empleando un método que, en el caso del Derecho, es un método valorativo. (...) El Derecho, como ciencia natural que es, procede valorando; en el mismo sentido DONNA, *La imputación*, p. 130.

²⁸MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 11; en este mismo sentido, CEREZO MIR, *Curso*, p. 62.

Quedó entonces establecido por MEZGER que en materia jurídica debe existir una clara separación entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad ²⁹, siendo aquella determinada con base en la equivalencia de las condiciones y esta mediante el aislamiento de la causa que fuese relevante para el Derecho penal, relevancia esta que fluiría de la simple interpretación del tipo correspondiente; el segundo paso será negar que todas las causas interviniesen en un suceso sean *jurídicamente* equivalente ³⁰. Esto es, si bien no se niega su carácter causal ³¹, sí se objeta que este sea el único criterio sobre el cual deba fundamentarse la responsabilidad penal. Por ello se afirmará que el Derecho penal solo toma en consideración aquellos procesos causales *relevantes*.

Con el nacimiento de esta teoría de la causalidad relevante se afirmó que la punibilidad de una conducta dependería entonces de tres elementos: la relación causal, la relevancia jurídica de dicha relación y la culpabilidad del autor ³².

Al tenor de lo antes dicho se alude que en los delitos dolosos la relación de causalidad será únicamente relevante cuando la producción del resultado fuere objetivamente previsible *ex ante* y aparezca como realización de la conducta prohibida por la norma ³³.

En los delitos imprudentes la relación de causalidad sólo será relevante cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, *ex ante*, pues sólo entonces será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido (...), y que fuera de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida ³⁴.

²⁹MEZGER, *Derecho penal*, pp. 111 y 113.

³⁰MEZGER, *Derecho penal*, p. 113.

³¹ El propio MEZGER, *Derecho penal*, p. 114, ya lo advertía en su momento, “Muchas *objeciones* se han hecho a la *teoría de la relevancia*, pero ninguna de ellas ha dado en el blanco”.

³²MEZGER, *Derecho penal*, p. 114, estos presupuestos tuvieron influencia en nuestro derecho positivo, entre otras la Jurisprudencia 228/85 2a. Parte, 1a. Sala Penal. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época., Tomo CXIII, Tesis, página: 808, Tesis Aislada; y entre otros el Amparo penal directo 4900/51. Zenteno Figueroa Antonio. 12 de septiembre de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona Redondo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

³³CEREZO MIR, *Curso*, p. 62.

³⁴CEREZO MIR, *Curso*, p. 62.

Imputación objetiva

La idea fundamental de la teoría de la relevancia consiste, como ya es sabido, en que la relación causal por sí sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesario algo más: la relevancia jurídico-penal del nexo condicional. Requisito necesario para la responsabilidad es “que el resultado esté conectado causalmente con el acto de la voluntad del autor”³⁵, así como la distinción entre la causalidad en el sentido de la teoría condición y la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado.

Por ejemplo, si los disparos efectuados por los sujetos A y B causaron la caída del sujeto pasivo, provocándose el traumatismo craneo encefálico que le ocasionó la muerte, poco interesa que los proyectiles no causaran una lesión mortal, si debido a los impactos, hicieron caer a la víctima por perder el equilibrio, como si personalmente los inculpados lo hubiesen empujado y golpeado en el cráneo, puesto que de no haber recibido tales disparos no se hubiera caído ni producido el traumatismo; de aquí que se establezca eficiente relación de causalidad entre la conducta y el resultado³⁶.

Por último, la teoría de la relevancia abre el camino al concepto de imputación objetiva como requisito adicional del tipo donde se examina la relevancia jurídico penal de un curso causal³⁷.

4. Teoría de la interrupción del nexo causal

En una etapa del desarrollo de la ciencia penal, en la que la teoría de la equivalencia de las condiciones servía sólido fundamento para la edificación de los

³⁵MEZGER, *Derecho penal*, pp. 109 y 116; ahora bien, aunque todas las condiciones del resultado son equivalente en el sentido de que cualquiera de ellas puede ser considerada causa, no todas pueden fundamentar la responsabilidad, pues en sentido jurídico no todas son equivalentes. (...) Nexo causal y “nexo de responsabilidad” no siempre coinciden.

³⁶ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 472/87. Cleodomiro García Osorio. 1o. de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Patlán Origel. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XIV-Julio. Tesis: Página: 607. Tesis Aislada.

³⁷Cfr. DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 111; si bien añade LARRAURI, *Introducción*, pp. 227 y 228; “esta teoría, es presentada en ocasiones como el precedente inmediato de la imputación objetiva, distingue claramente los dos ámbitos en los que a partir de entonces se desarrollará la determinación de las acciones típicas. (...) A partir de este momento se distinguen los dos ámbitos por los que va a discurrir la discusión, esto es, un primer plano causal, y en segundo plano en el que deben elaborarse unos criterios normativos en base a los cuales adscribir”.

juicios de responsabilidad, existía ya la preocupación por aquellos casos en los cuales la conducta descuidada de alguien servía tan solo para posibilitar que un tercero o la propia víctima desarrollaran una conducta que dolosa o culposamente desplegada originara la afectación de un bien jurídico.

El recurso más fácil para solucionar los problemas complejos que con la causalidad se plantean en materia penal es la afirmación de que los hechos sobrevinientes interrumpen el curso causal primitivo.

Por ejemplo: cuando una persona que ha sido levemente herida fallece como consecuencia de una equivocada intervención quirúrgica o porque la clínica donde estaba siendo atendida estalló en llamas, se ha recurrido a veces la afirmación de que sucesos posteriores como los relatados interrumpen el curso causal y por ello excluyen la atribución del resultado al primer autor. Por otra parte la negligencia de la víctima de un delito (en el cuidado de sus heridas, por ejemplo) rompe a veces la cadena causal; otras no.

Si mantenemos que existe relación causal cuando el autor de unas lesiones no mortales desconoce la falta de capacidad del médico, tendremos que mantener lo mismo, aunque el agente conozca esta circunstancia y lesione a su enemigo para lograr su muerte a consecuencias de una intervención que vaya en contra de todos los principios de la ciencia médica³⁸.

Esta teoría se resquebraja por su indeterminación de criterios ya que si bien es cierto, que a veces en el factor extraño interruptor, existen divergencias, pues unas veces exige una actuación dolosa, otras basta la conducta culposa y en algunas otras se atiende más a el peso del factor o a su incalculabilidad³⁹.

³⁸GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 92 y 93. “La teoría de la interrupción del nexo causal, además de operar con criterios confusos y contradictorios no tiene nada que ver con el problema causal”.

³⁹ En el mismo sentido, DAZA GÓMEZ, *Teoría de la imputación*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLVIII, Núms. 219-220, Mayo-Agosto. 1998, p. 45.

Imputación objetiva

Dicho de otra manera, la relación de causalidad supone necesariamente un vínculo entre dos (o más) fenómenos, en virtud del cual la presencia de uno de ellos conduce a la existencia del otro; por consiguiente, si una de dichas manifestaciones no lleva a la producción de la otra, simplemente no podrá hablarse de la existencia de una relación causal⁴⁰, sin que sea dable decir que, pese a no haber un ligamento entre los dos fenómenos, existió una relación de causalidad pero interrumpida⁴¹.

Por ello, en el ejemplo de quien en forma descuidada olvida dentro del abrigo que deja en el guardarropa del teatro, un arma de fuego que posteriormente encontrada por un empleado del teatro, quien creyendo que se trataba de un arma descargada la acciona sobre un compañero suyo ocasionándole la muerte, debe afirmarse categóricamente, que la conducta imprudente del dueño del abrigo es, sin lugar a dudas, causa de la muerte producida por el acomodador del teatro.

En todo caso lo que puede hablarse eventualmente es de la coexistencia de varias cadenas causales, pero nunca de su interrupción.

III.- Consideraciones conclusivas

La teoría de la imputación objetiva permite identificar los problemas centrales de la estructura general del delito, en particular a nivel de injusto, por ende, se obtiene a través de esta herramienta metodológica un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos. Lo cual será de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo.

Por lo anterior, se habrá de establecer un posicionamiento a favor de que el tipo del delito culposo es, en su totalidad, idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado, ya que normativamente no denota una diferencia estructural en su contenido, y sí, por el contrario, una oportunidad para establecer los parámetros

⁴⁰ Véase, entre otros, el Amparo directo 5913/65. Antonio Eufasio Aguirre. 16 de febrero de 1968. Mayoría de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXXVIII, Segunda Parte, Tesis, página 12, Tesis Aislada.

⁴¹ REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 321.

adecuados, esenciales del contenido objetivo del delito culposo en las diversas modalidades de intervención delictiva.

Los ejemplos principales que se estudian en la imputación objetiva como delitos culposos implican una relación de contrariedad al deber exigido y que debe existir entre la acción descuidada y el resultado y los casos de llamado fin de protección de la norma.

Como elementos determinantes en el delito culposo fueron determinados la violación al deber de cuidado y la relación de antijuricidad, modificándose su configuración por las categorías normativas de *creación de un peligro jurídicamente relevante*, es decir prohibido, y de *realización de este peligro en el resultado típico*.

CAPÍTULO II

LA RENORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO EN EL DERECHO PENAL: EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I.- Origen de la renormativización del tipo objetivo

En los últimos tiempos viene desarrollándose una evolución en la dogmática penal que tiende a atribuir un contenido normativo al tipo objetivo que excede de la descripción de un determinado resultado o de un determinado comportamiento. Lo anterior es advertido por JAKOBS en el prólogo a la primera edición de su *Manual*⁴²: “ante la renormativización y la funcionalización de todos los conceptos jurídico-penales, la contraposición entre los delitos de comisión y los delitos de omisión perdería su nitidez, dados que ambos radican en la competencia por organización o también en una competencia institucional”. Por ello es habitual que en las exposiciones de la teoría de la imputación objetiva se produzca una contraposición entre la cuestión puramente objetiva, o completamente científico-natural, de la causalidad y la puramente normativa de la imputación objetiva. Por esta razón, la segunda de estas cuestiones es tratada totalmente independiente de la primera.

⁴²*Derecho penal*, p. XXI.

Imputación objetiva

La idea de la imputación se remonta a ARISTÓTELES, de quien el ámbito de estructuras jurídicas, se desenvuelve resumidamente por primera vez los principios más generales de la imputación: “dominio del hecho”. Una sola acción imputable es susceptible de valoración moral, de alabanza o censura ⁴³, esto es, cuando se verifica la posibilidad de que el hombre dominara la situación hasta el punto de que hubiera podido actuar de otro modo. De lo contrario, en lugar de acción imputable al hombre, habría caso fortuito inimputable ⁴⁴, al tener un impulso durante los siguientes siglos, ideas permanentes en torno a las estructuras jurídicas materiales, como fueron los casos por Santo Tomás DE AQUINO, en la Edad Media, y por PUFENDORF, en la Edad Moderna, siendo este último autor de quien nos referiremos en seguida.

Samuel PUFENDORF, considerado por antonomasia como el filósofo del Derecho natural, aparece en una de esas etapas fructíferas de la historia del espíritu (1762), en las que el desarrollo de las ideas ha llegado a una situación decisiva, y en la que, por ello, nacen las fuerzas motoras de una época nueva ⁴⁵.

Anteriormente se diferenciaba entre *imputatio facti* (imputación de primer nivel) ⁴⁶ e *imputatio iuris* (imputación de segundo nivel) ⁴⁷, esto es, imputación al hecho ⁴⁸ e imputación a la culpabilidad ⁴⁹. No obstante, se había producido una curiosa

⁴³ WELZEL, *Introducción a la filosofía*, p. 31.

⁴⁴ Cfr. *Doctrina Aristotélica de la imputación*, Revista Dianoia, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 1, el pensamiento de Aristóteles en torno del problema de la *imputatio* es, en parte, antecedente y, en parte, complemento de su teoría de la justicia.

⁴⁵ Véase DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 242, refiere que PUFENDORF formuló el primer axioma que rezaba lo siguiente: cualquier acción que pueda ejecutarse a una norma moral, y esta en poder de un hombre el realizarla o no realizarla, podrá imputársele a este hombre. Y a la inversa, lo que ni en sí mismo considerado, ni en la causa está en poder de un hombre realizarlo o no realizarlo, no podrá nunca imputarse.

⁴⁶ HRUSCHKA, *Reglas*, p. 347 “la imputación del primer nivel es un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*”.

⁴⁷ HRUSCHKA, *Reglas*, p. 348, “La imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho -en el más amplio sentido de la palabra «merecimiento» esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos-. (...) En Derecho penal, el juicio de imputación de segundo nivel es más exactamente un juicio sobre un demérito. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor»”.

⁴⁸ HRUSCHKA, *Reglas*, pp. 346-347 y 349; “la imputación de un proceso como hecho comisivo y de una inactividad como hecho omisivo quiere decir que el juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico, una simple causa intermedia en el mundo *newtoniano*, o que la inactividad sea la mera ausencia de un acontecimiento físico, sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un *hecho* (comisivo u omisivo), como un

transformación: la relación del hecho con la voluntad del sujeto era entendida como una relación meramente causal, como así también a la filosofía del Derecho de HEGEL⁵⁰ en siglo XIX, al señalar que sólo puede llamarse imputación -en sentido estricto- a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, como modificación del mundo exterior; pueden serme imputadas, mientras que las consecuencias que se derivan no de mi conducta, sino de la ya producida modificación del mundo exterior, no me deben ser imputadas⁵¹.

Esto es, en la concepción *hegeliana* la “imputación del acto” a su autor representa jurídicamente un “juicio de responsabilidad”: mediante la atribución de la acción al sujeto se verifica la propia responsabilidad. Por consiguiente, la imputación no sólo consiste en la atribución de un acto a su autor sino también en la atribución de responsabilidad personal. Sin embargo, esta diferenciación desapareció en los Hegelianos desde el momento en que ellos unieron ambos juicios al entender que para el Derecho solo el hecho culpable tenía interés.

Apoyándose en los presupuestos básicos de la filosofía idealista y en particular, de la obra de HEGEL, LARENZ elabora su doctrina de la imputación objetiva⁵², en la

factum hecho un sujeto agente. Por ello, la imputación de primer nivel quiere decir precisamente que, en opinión del juzgador imputante, el autor ha tenido una alternativa a su hecho comisivo o ha su hecho omisivo; o expresado de otra forma, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido. (...) En el ámbito de las reglas sobre la imputación de primer nivel, las cuestiones se suscitan en la *praxis*, esencialmente, entorno a una posible exclusión de imputación”.

⁴⁹Cfr. HRUSCHKA, *Reglas*, pp. 350-351. “La imputación de la culpabilidad implica, por tanto, la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho, con la consecuencia específica de que el hecho sea antijurídico. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor». El juicio de imputación de segundo nivel también expresa algo acerca de la libertad con la que obró el autor. (...) En este sentido en el que se considera que fue «libre» el autor al que se le imputa el hecho. De este concepto de libertad ha de distinguirse el manejado en la imputación de primer nivel, en la que se trata de la alternativa que tuvo el autor a su acción”.

⁵⁰ Citado por SCHÜNEMANN, *Teoría de la imputación objetiva*. Conferencia impartida en el Congreso celebrado de Veracruz, 1997; en el mismo sentido WOLTER, *La imputación*, p. 66.

⁵¹ REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 49.

⁵² Un resumen de la concepción LARENZIANA cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 19; CUESTA AGUADO, *Tipicidad*, p. 129; por su parte CANCIO MELIÁ, *Conducta*, p. 72. refiere a LARENZ en cuya obra (*la teoría de la imputación de HEGEL y el concepto de imputación objetiva*) marca como punto de partida la doctrina del idealismo crítico y en especial, la teoría de la imputación de HEGEL. Recientemente, RUDOLPHI, *El fin*, p. 86, modifica la idea de LARENZ en el ámbito de la imputación objetiva señalando que “destinatario de las normas penales de conducta no es el hombre concreto, en especial, sino el concepto abstracto de un hombre de capacidad normal, o, más bien, el hombre concreto simplemente en su naturaleza general, en tanto que es ser racional, persona”. Así pues, materia de

Imputación objetiva

que describe aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto. Con esto, Larenz enlaza con la teoría de la adecuación, aceptándola en sus líneas generales, aunque no como teoría causal, sino como principio de imputación.

El ejemplo traído es el del médico que ha cometido un error inconsciente y por ello provocó la muerte del paciente. Claro está que la muerte sólo le podrá ser imputada al médico si éste conocía realmente la situación de peligro que su conducta implicaba para la víctima. Si no conocía tal peligro no se le podrá imputar ese resultado. Sin embargo, existe para él la obligación de mantenerse actualizado en su ciencia, y si se le puede imputar su violación, la muerte será responsabilidad suya, pero por la imputación extraordinaria⁵³.

Con esto la imputación se convierte en un juicio teleológico -en el sistema del Derecho penal queda excluido por completo el retorno a un objetivismo estricto, dado el principio funcional⁵⁴- que habrá determinar si el acontecer puesto en marcha por el autor estuvo o pudo estar dirigido por la voluntad de éste hacia la consecución de un determinado fin.

LARENZ resalta, no obstante, que a diferencia de lo que cabe deducir de la obra de Hegel, el concepto de finalidad y consecuentemente, también el de imputación, no debe ser entendido en sentido subjetivo, sino *objetivo*, al ser la acción “unidad de la voluntad subjetiva”. La imputación para HEGEL, dice LARENZ, representa “el derecho de la voluntad subjetiva”, en consecuencia lo fortuito en la acción es lo que *no* era conocido por la voluntad. Ahora bien, la imputación tiene que ver con la cuestión de qué es por lo que se le puede atribuir al sujeto como su acción, de qué es por lo que se le ha de hacer responsable.

prohibición o de mandato no es lo imputable objetivamente en su concreta individualidad, sino sólo la acción imputable objetivamente al mismo sobre la base de su capacidad general humana para la conducción del proceso causal.

⁵³ Véase DONNA, *Teoría del delito*, p. 259. Cabe mencionar que este autor utiliza los términos de *Imputación Ordinaria* e *Imputación Extraordinaria* como equivalente a la *imputación de primer e imputación de segundo nivel* respectivamente cada una.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El sistema*, p. 24, señala de una manera excepcional, en el sistema funcional del Derecho penal se relativiza la rígida separación sistemática, que se remonta al naturalismo, entre presupuestos objetivos (pertenecientes al mundo exterior) y subjetivos (pertenecientes al mundo interior de la psique humana) de la punibilidad, puesto que la imputación objetiva depende también de los conocimientos e intenciones del autor y el dolo típico, por su parte, de la situación objetiva de peligro.

Un retorno a la idea de la imputación objetiva en el ámbito del Derecho penal se produce a partir de 1930, a través de tres autores que se expresan casi al mismo tiempo: en primer lugar, es de mencionar Richard HONIG, quien parte de la vieja pugna entre la teoría de la equivalencia y la teoría de la adecuación, pero inmediatamente lleva la discusión a otro terreno al constatar que en la ciencia del Derecho no es posible que lo único que importe sea la comprobación del nexo causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexo existente entre acción y resultado (así pone en duda HONIG que la categoría ontológica de la causalidad aprehendiera correctamente la relación entre acción y resultado), es decir, la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. Entonces, sólo con la *finalidad objetiva* que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa y jurídicamente a la conducta humana. De este modo, el cambio de perspectiva que aquí se lleva a cabo desde la causalidad hasta la imputación hace que el centro de gravedad se desplace ya en la teoría de la acción⁵⁵ de la esfera ontológica a la normativa⁵⁶.

Por consiguiente, se trata solo de un *juicio objetivo* sobre esta relación teleológica del comportamiento con el resultado sobre su *alcanzabilidad* o *evitabilidad* para que se encuentre en la misma situación. A diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, la clave de la relación del autor con el resultado no estriba en la previsibilidad, sino en la *dirigibilidad del proceso causal*. Ello es lógico porque el Derecho se dirige a comportamientos que al hombre le sea posible observar, los que

⁵⁵BORJA JÍMENEZ, *Funcionalismo*, p. 9. A partir del nacimiento de la teoría final de la acción de WELZEL y su progresiva imputación tras la Segunda Guerra Mundial, surgió un enconado debate entre los autores clásicos que postulaban en favor de un concepto causal de acción y la nueva tendencia. (...) En los últimos años llama la atención que autores de la talla de JAKOBS, ROXIN o GIMBERNAT, hayan reflejado en distintos trabajos un notable esfuerzo sobre la necesidad de establecer un concepto de acción válido para el Derecho penal que actúe como presupuesto esencial del resto de categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad).

⁵⁶Cfr. en este sentido ROXIN, *Problemas básicos*, p. 128; por su parte JAKOBS, *Estudios*, p. 101, refiere que la normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción.

estén en su ámbito de poder. Por lo que podemos concluir que *solo tiene significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado cuando este pueda ser pensado finalmente en virtud de su alcanzabilidad o evitabilidad*.

Las investigaciones que HONIG dedica a ese fin le hace enlazar con LARENZ, llevándole a la conclusión de que la conducta humana del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia sólo con la finalidad objetiva que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar jurídicamente de manera significativa a la conducta humana. Por consiguiente, HONIG señala que con la constatación de una relación causal únicamente, no se hace justicia a la esencia del comportamiento humano en el sentido de una manifestación de voluntad, entendiendo: “el comportamiento es, en contraposición a los restantes innumerables factores, algo originario; “un colocar consciente de causas”, “un acto cuasicreador”, una intervención final de la inteligencia humana en los procesos de la naturaleza y con ello, un fenómeno teleológico ⁵⁷”.

Como es sabido, esta solución tiene sus raíces históricas en la teoría de la imputación de HEGEL, pero, como acertadamente señaló HONIG, se puede desarrollar igual desde el punto de vista de la metodología *neokantiana* a la que él estaba próximo. Este autor, sin embargo, renuncia conscientemente a fundamentar así su teoría para “deducir el concepto de la imputación objetiva de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del Derecho y con independencia de toda posición filosófica”. Por ello, HONIG afirmó que imputable es (...) aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente ⁵⁸.

La nueva óptica de HONIG es la base de gran parte de las más recientes consideraciones de la teoría de la imputación objetiva: sus defensores opinan que la relación entre acción y resultado no queda adecuadamente descrita con los conceptos de causalidad, invocando en este sentido claramente HONIG. Más allá de este punto de partida común y de los fundamentos existen grandes diferencias.

⁵⁷ Es así como lo refiere GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 76

⁵⁸ Véase MAGARÑOS, *Teoría*, p. 657.

Por su parte, ENGISCH⁵⁹ fue más allá de la adecuación referida al resultado, es decir, además de la previsibilidad general del resultado por infracción del deber objetivo de cuidado, exigió la adecuación en relación con el modo especial del curso causal. Así también por su parte diferenciaba sistemáticamente de un modo claro -ya en esa época- entre la causalidad en el sentido de la teoría de las condiciones la adecuación en el sentido de la previsibilidad general del resultado y la realización del peligro como presupuestos adicionales. Así colocaba los tres presupuestos en el mismo nivel, como elementos del tipo penal independientemente entres sí.

Y posteriormente se pronunció WELZEL, quien en la primera etapa del finalismo incluyó a la adecuación social en su artículo publicado en 1939, como un presupuesto negativo de la imputación para los delitos dolosos, así como también para los delitos culposos. El citado fundador de la teoría final de la acción resuelve, en la última edición de su *Manual*, uno de los ejemplos que hoy se ubican en el marco de la imputación objetiva:

En el que alguien “manda a otro a pasear por el bosque en el momento en el que está por comenzar una tormenta con la esperanza de que un rayo le de muerte” afirmando de que no hay dolo, puesto que el autor no tiene “voluntad de matar”. Sin embargo, y como hemos visto, WELZEL resolvió este mismo caso en los “*Estudios*” de otra manera totalmente opuesta: “Este ejemplo no tiene nada que ver con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social.

Finalmente, WELZEL retoma su concepción originaria de la adecuación social, volviéndola a considerar como criterio de exclusión de la tipicidad, de la relevancia penal de las conductas.

⁵⁹ Citado por SCHÜNEMANN, *Teoría de la imputación*, p. 1.

Imputación objetiva

La crítica más rotunda contra la teoría de la adecuación social se debe a HIRSCH⁶⁰, uno de los consecuentes discípulos continuista de la original formulación de WELZEL, quien examina detenidamente los distintos supuestos tradicionalmente solucionados por esta vía, para concluir que “en ninguno de ellos resulta necesaria, porque todos estos casos, pese a hallarse comprendidos en el tenor literal del tipo, no están abarcados por la *ratio legis* del precepto; y considera al riesgo permitido como una simple variante de la adecuación social, principalmente aplicable al ámbito de la imprudencia, que puede ser sustituido con ventaja por el criterio del cuidado exigible en el tráfico”.

Estos tres enfoques (LARENZ, HONIG y WELZEL), ya mencionados, en un principio se mantuvieron sin ulteriores consecuencias, y fueron objeto de conjunta consideración por ROXIN en 1970, en el libro Homenaje a HONIG, con su contribución titulada “*teoría de la imputación objetiva*”, en la que concibe la esencia, tanto de los delitos dolosos de lesión como de los culposos, en la creación y realización de un riesgo no permitido, sin embargo, propicio que se fuera evolucionando y traspasando las barreras de la mera causalidad.

Dentro de esta aportación, se pueden distinguir, al menos, dos corrientes: Una, restrictiva: Intenta sistematizar el conjunto de reglas según las cuales se puede considerar que un resultado es objetivamente imputable a una acción de un autor. Otra, amplia: según la cual la teoría de la imputación objetiva se enmarca en una visión funcionalista del Derecho penal y responde a unos parámetros que trascienden el ámbito del tipo objetivo y se manifiestan en todas las categorías del delito.

II.- Ámbito de la imputación objetiva

Se afirma que “al tipo se le confiere la función de llamada, pues esta dirigido a su captación intelectual por el ciudadano para que, de acuerdo con la norma primaria que subyace en la norma penal, guíe su conducta hacia la no realización de la conducta

⁶⁰ Citado por GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría*, p. 134 y s.

prohibida (delitos de acción) o bien hacia la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión). (...) Por ello, se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales sino a un individuo que lo asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad político-criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente para el particular y la sociedad ⁶¹ (...).

En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, por tanto, se deben determinar cuáles de esas conductas se pretenden vía prevenir a través del tipo. Sólo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, típicas ⁶².

En este contexto, lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulando por aquella –desde la causalidad hacia la acción– sin encontrar un lugar sistemático correcto”.

Con relación a los delitos a los que la teoría de la imputación objetiva es aplicable, ésta configuró originariamente pensando en los delitos comisivos de resultado ⁶³. Sin embargo, actualmente se propone la extensión de su ámbito de aplicación también a los delitos de actividad y a los omisivos.

A este respecto, REYES ALVARADO explica que “cuando se hace referencia a una imputación objetiva del resultado, se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por

⁶¹ Véase DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 82 y 83.

⁶² DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 84 y 85.

⁶³ En tal sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 48, limitándose la autora al estudio de aquellos tipos para los que en principio se trató de configurar: los de lesión. JESCHECK, *Tratado*, p. 249. al conjunto de criterios y principios de carácter teleológico-normativo que configuran la relación que ha de existir entre acción y resultado para que éste pueda serle objetivamente imputable al sujeto; DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, p. 86, refiere que poco tiene que hacer la imputación objetiva en el análisis de los delitos de mera actividad, pues en ellos el tipo se agota con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella.

Imputación objetiva

Hegel como un instrumento para determinar cuando una conducta podía ser considerada como la obra de alguien ⁶⁴”.

Un abandono de la teoría final del injusto y la adopción de un nuevo sistema penal, como el que defiende REYES ALVARADO, supone entender la imputación objetiva como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, ya que de ninguna manera puede solo ser referida a un resultado, sino a toda la actuación como obra de determinada persona ⁶⁵, ni tampoco constituye una asistemática agrupación de criterios ⁶⁶, porque con ello se alude tan sólo a los aislados intentos de corrección del sistema finalista, mientras que lo que se pretende es una nueva elaboración de la concepción del delito edificada sobre la teoría de la imputación ⁶⁷.

Así, por ejemplo, la generalizada tendencia de referir la imputación objetiva sólo a los delitos de resultado es lógica consecuencia de la estrecha interpretación que considera a esta teoría como un mecanismo exclusivamente apto para atribuir resultados; pero si, de acuerdo con lo ya expuesto por REYES ALVARADO, “...la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no solo un resultado sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y mucho menos a unos determinados tipos de resultado como los homicidios y las lesiones personales, como en algunas escasas oportunidades se ha llegado a sugerir ⁶⁸”, aunado al incremento de riesgos generados por las actividades cotidianas especializadas en sociedades globalizadas que cada vez son acontecidas pero sin resultados materiales, por ejemplo, en los delitos de energía nuclear, o en las investigaciones genéticas.

⁶⁴Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 72.

⁶⁵REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 73.

⁶⁶REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 75.

⁶⁷REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 74.

⁶⁸REYES ALVARADO, *Imputación*, p.78.

Sobre esta tesitura y planteado lo anterior, en los delitos de peligro concreto requieren que en el caso específico se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Este peligro, conforme a los criterios de imputación que más adelante se expondrán, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (*ex ante*); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un “resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*⁶⁹.

Con estos sólidos argumentos, RUDOLPHI establece, en primer lugar: “si el autor, también en caso de una conducta conforme a deber, por ejemplo en el caso del ciclista, al mantener la distancia lateral prescrita, hubiese fundamentado el peligro (permitido) del hecho causante del resultado concreto⁷⁰. Base para este juicio de peligro representan todas las circunstancias determinables *ex post*, como por ejemplo la embriaguez del ciclista, el peligro de desviarse súbitamente hacia la izquierda, originado por la misma embriaguez, el alcance del posible desvío, etc.⁷¹.”

Si este examen demuestra que la conducta del autor conforme al deber hubiese producido el peligro (permitido) del suceso concreto causante del resultado, entonces debe determinarse en una segunda etapa de trabajo si la conducta contraria a deber del autor ha causado un peligro (contrario a derecho) que sobrepasa la medida permitida del peligro, o sea, si ha dado lugar a una probabilidad mayor del suceso causante del resultado concreto⁷².

Sin embargo, DÍAZ-ARANDA se aparta en cierta medida de esta exigencia al afirmar que “poco tiene que hacer la imputación objetiva en el análisis de los delitos de mera actividad, pues en ellos el tipo se agota con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”⁷³. Pero tal opinión no puede

⁶⁹ En este sentido ROXIN, *Derecho penal*, p. 404.

⁷⁰ RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 46.

⁷¹ RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 47.

⁷² RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 47.

⁷³ DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, p. 86.

Imputación objetiva

sostenerse con fundamento dogmático, por cuanto el peligro concreto como resultado requiere, al igual que un resultado de lesión, que pueda ser imputado objetivamente a la conducta peligrosa y, de no ser imputable, estaríamos en presencia de una tentativa de un “delito de peligro” y como tal debería de ser impune, excepto cuando exista un correlativo delito de peligro abstracto.

Esto es, el peligro concreto será o no imputable dependiendo de cuáles sean los motivos por lo que finalmente el resultado de peligro concreto no se ha producido y además, el peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo, es decir, en los casos en los que el bien jurídico-penal no tiene substrato empírico, cuando estamos en presencia de delitos de resultado, en sentido material, la afectación del objeto del delito constituye el resultado material, pero en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no hay resultado en sentido material, pero sí que pueden requerir para la realización del tipo, la lesión del objeto del delito. Esta afectación del objeto del delito, que no es resultado en sentido material, sino un elemento esencial del tipo, es a la que denominamos también “resultado”, por cuanto político-criminalmente y procesalmente, esta lesión del objeto del delito tiene idéntica función que la del resultado material de los delitos de lesión ⁷⁴.

En este contexto, al volver al estudio de los delitos de lesión es necesario que el resultado fuera objetivamente previsible y dominable. De esta forma, los momentos conducentes a la imputación objetiva en los delitos materiales se presentan detalladamente de la siguiente forma:

- a) Es preciso, en primer lugar, una acción peligrosa.
- b) Esa acción ha de encontrarse jurídico penalmente prohibida, es decir, hallarse en contradicción con la norma base del tipo.
- c) La peligrosidad de la acción a de conducir progresivamente al peligro y en su caso, el resultado lesivo descrito en el tipo de delito.

⁷⁴ En este línea ROXIN, *Derecho penal*, p. 403, señalando que los problemas de imputación se plantean no sólo en los delitos de lesión, sino también en los delitos de peligro.

Lo que con esa matización requiere indicarse es que la imputación objetiva descansa fundamentalmente en la acción peligrosa prohibida, con una causal de posterior resultado prohibido ⁷⁵, en palabras de OTTO ⁷⁶: “hay que comprobar que el autor ha creado un peligro para el bien jurídico que excede la medida permitida, que se realizó en la lesión del bien jurídico, a pesar de que aquél disponía de la posibilidad de evitar la lesión del bien jurídico”.

Ejemplo: A dispara a B con dolo homicida, éste sólo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo ⁷⁷.

Existe acuerdo unánime en que en situaciones como ésta sólo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando la jurisprudencia y la doctrina dominante lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque éste ha de extenderse al curso causal concreto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la consumación del hecho no sólo fracasa por la falta de dolo. Y como la tentativa que en todo caso hay que afirmar que concurre, también presupone un dolo homicida, sólo se puede negar el dolo respecto con el concreto resultado homicida si la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una “acción de matar” en el sentido del tipo.

Esta es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo. En consecuencia, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa. Esto es, para

⁷⁵ Por ejemplo, DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 101, el allanamiento de morada, la imputación objetiva del tipo se agota en la subsunción en los elementos tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial.

⁷⁶ OTTO, *Diagnosis*, p. 87.

⁷⁷ ROXIN, *Derecho penal*, p. 363.

Imputación objetiva

determinar penalmente responsable al sujeto, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido⁷⁸.

Sin embargo, para FRISCH, faltaría la atribuibilidad del resultado al dolo, en cuanto que el curso causal concebido y el curso causal efectivo difieren de manera considerable. Por ello FRISCH determina que el objeto de la teoría de la imputación objetiva sería el nexo que ha de existir entre un comportamiento previamente calificado de típico y el resultado para poder considerar realizado el tipo objetivo en cuestión, limitándose, a la realización del peligro en el menoscabo, es decir, la denominación “*nexo de riesgo*”⁷⁹.

FRISCH insiste en que este “esquema articulado de manera más o menos precisa conduce a no imputar al autor el resultado causado (y objetivamente apto para ser perseguido como fin) cuando aquél no ha aumentado el riesgo de su producción, sino que, por el contrario, lo ha disminuido”⁸⁰. En cambio, la postura de BUSTOS RAMÍREZ⁸¹ se basa en que la imputación objetiva “no es admisible en el plano de la tipicidad, ya que lo básico en la tipicidad es un proceso valorativo de determinación de una situación típica (atribución), constituida por un proceso interactivo entre sujetos. Su inclusión en la tipicidad objetiva podría encerrar para el futuro el peligro de una

⁷⁸ Cfr. entre otras la jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo directo 63/93. José Isaías Sánchez García. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: José Neals André Nalda. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1988, Segunda Parte, Jurisprudencia número 1652, p. 2677. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XII-Noviembre. Tesis: Página: 424. Tesis Aislada; SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 365/89. Silvestre Pérez Vera. 23 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretaria: Graciela M. Landa Durán. Véase: Jurisprudencia 228/85, Segunda Parte. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 469. Tesis Aislada.

⁷⁹ Citado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 42; el mismo FRISCH, en su monografía “*Conducta típica e imputación del resultado*”, en el que emprende una separación entre “conducta típica” e “imputación del resultado”; según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta dónde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras a la teoría de la imputación pertenece “únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado”. Al respecto ROXIN, *Derecho penal*, p. 365, señala que en esa separación no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata siempre de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante.

⁸⁰ FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 26 y s.

⁸¹ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación*, p. 35.

ampliación mucho mayor de la punibilidad, que lo que significó la aceptación de la causalidad como criterio de asignación de resultados”⁸², sino que tiene “su lugar sistemático en la antijuridicidad”⁸³, pues es en este plano en el que se consideran todas las valoraciones así también las desvaloraciones que integran a todo el ordenamiento jurídico, no solamente siendo de la norma, esto es un mandato o una prohibición.

En la misma postura, TORÍO LÓPEZ⁸⁴ considera que la “teoría de la imputación objetiva despliega una función central actualmente en la doctrina de la antijuridicidad, en la que se destaca que la conexión causal entre la acción y el resultado no fundamenta todavía la responsabilidad por el hecho”.

Por su parte, WOLTER sostiene que el criterio de la imputación objetiva debe de abarcar todo el sistema del Derecho penal⁸⁵.

Nuestra posición, por el contrario, se halla dentro de la línea de los que consideran que a la imputación objetiva debe ubicarse en la tipicidad, (entendida como un elemento del tipo objetivo) para ofrecer mayor seguridad jurídica, como más adelante lo demostraremos.

III.- Crítica a la imputación objetiva (desde la teoría final de la acción)

No obstante lo anteriormente expuesto, en las consideraciones precedentes, existe también una crítica desde la teoría final de la acción, hasta ahora única, extensa y fundamental a esta nueva teoría, formulada por Armin KAUFMANN en su último artículo del año 1985⁸⁶; en ella se limita, al ámbito de los delitos dolosos⁸⁷, quien

⁸²Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación* p. 36.

⁸³Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación*, p. 36.

⁸⁴TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza*, p. 3.

⁸⁵WOLTER, *La imputación*, p. 65.

⁸⁶Cfr. KAUFMANN, *¿Atribución objetiva?*, p. 807 y ss.

⁸⁷ Para el ámbito del delito doloso los críticos de la teoría de la imputación objetiva remiten al efecto filtrante del dolo y de los criterios de la autoría. El dolo en cuanto voluntad de realización impide

Imputación objetiva

cuestionó la aplicabilidad de dicha teoría a los delitos dolosos, llegando a afirmar que se trataba de una figura que, desde sus orígenes, lleva en la frente el sello del delito culposo⁸⁸.

Y, por supuesto, en la manera en como KAUFMANN evaluaba el estado de la imputación objetiva al referirse a la misma en estos términos: “¿Qué queda de la imputación objetiva? Dado que no es posible demostrar un nexus especial entre el resultado típico y el autor que pueda calificarse de «imputación objetiva», lo que queda es un conjunto de *topoi*, útil para la interpretación de este o aquel tipo, a veces incluso de grupos de tipos (...) Lo menos grave que puede esperarse es que el periodo de la imputación objetiva acabe en tal fructificación de la parte especial”.

Además que KAUFMANN señala la necesidad de introducir a la categoría de la imputación objetiva es en primera línea fundamentada con el desvirtuado argumento de que la teoría de la equivalencia extendería ilimitadamente la realización del tipo objetivo.

Este argumento pudo haber tenido cierta plausibilidad cuando la causación del resultado típico a través del actor decidía si una norma de comportamiento había sido lesionada, si frente a la ausencia de una causa de justificación el ilícito se encontraba fundamentado, y si se había actuado en forma antijurídica. Después de que el dolo y la imprudencia fueran reconocidos como elementos del tipo (y con ello como elementos de la lesión a la norma de comportamiento, del ilícito y de la antijuridicidad) ya no se puede hablar de un agigantamiento del ilícito⁸⁹. Por ello, la teoría de la imputación objetiva debe, en consecuencia, servirse de mejores fundamentos. Hasta aquí el reproche de Armin KAUFMANN está justificado: la teoría de la imputación objetiva no ha dado origen a nada más que a un “conjunto de *topoi*”.

calificar como conducta dolosa aquella en la que el autor dispone cursos causales altamente improbables estando más allá de la capacidad de dominio del ser humano.

⁸⁸Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 78; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, p. 31, considera que en el delito doloso, “aun en el caso de que se acepte su eficacia, la existencia del dolo confiere un carácter secundario a la imputación objetiva”.

⁸⁹KAUFMANN, ¿«Atribución objetiva», p. 814.

No obstante, sobre el particular, PUPPE explica al final de los años sesenta, precisamente al inicio de su nuevo florecimiento, el pensamiento conceptual y sistemático cayó en descrédito en la ciencia jurídica con el redescubrimiento de la tópica⁹⁰. Las nuevas consignas rezaban: tópica en lugar de jurisprudencia de conceptos, pensamiento problemático en lugar de pensamiento sistemático, retórica en lugar de lógica. Ciertamente -refiere PUPPE-, la imputación objetiva no ha dejado de ordenar sistemáticamente el hilo de sus ideas, cosa que puede apreciarse en sus exposiciones en el manual de ROXIN y en los comentarios de RUDOLPHI. Pero dentro de los niveles particulares del sistema esta teoría se ha vinculado profundamente al pensamiento problemático. Esto significa que todo problema podría ser solucionado por sí solo, independientemente de los otros, mediante el desarrollo de criterios completamente novedosos -exactamente nuevos *topoi*-⁹¹.

De lo anterior se aprecia que la profesora PUPPE se orienta al estudio de los límites del normativismo, derivados de la lógica, el lenguaje y la realidad sobre la que se proyectan las concepciones normativas.

Por otra parte, HIRSCH⁹² critica al “riesgo desaprobado y concreción de ese riesgo, como una teoría superflua”, llegando a esta conclusión a través del análisis esencialmente del tipo subjetivo, que es el filtro que realmente existe para el problema de la causalidad. “Sólo se imputa al autor lo que éste ha querido como doloso, de modo que el riesgo creado aparece en este aspecto como un regreso a la teoría causal⁹³”.

Además desconoce el real papel del dolo. Esta afirmación se hace notoria cuando se habla de riesgo permitido. El error sobre este punto debería excluir el dolo del autor⁹⁴. Siendo, por tanto, el concepto de imputación objetiva una mera denominación genérica de fenómenos heterogéneos, que se sobrecarga con sus

⁹⁰PUPPE, *La imputación*, p. 7.

⁹¹PUPPE, *La imputación*, p. 7.

⁹² Citado por DONNA, *La imputación*, p. 145.

⁹³DONNA, *La imputación*, p. 146.

⁹⁴DONNA, *La imputación*, p. 148.

Imputación objetiva

características normativas, y cuyo valor reside en la búsqueda de la delimitación de lo objetivo, además de lo subjetivo, pero con las fuertes limitaciones antes expresadas ⁹⁵.

Así también se postula STRUENSEE ⁹⁶, quien parte de que la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo (ilícito) subjetivo al argumentar: “la teoría de la imputación objetiva aspira a eliminar esta desigualdad, e imputar al delito doloso también aquello que es apto para el delito imprudente, siendo esto asimilado en dos elementos; por un lado, se trata de una cierta necesidad de armonía para la unificación de las estructuras dogmáticas. Al mismo tiempo, ella es regida por la preservación formal de la exigencia tradicional de identidad de los presupuestos objetivos para todas las formas de delito, aún cuando el contenido sea modificado y aumentado.

Por otro lado, el enriquecimiento del tipo objetivo en el delito imprudente parece demostrar que existe, en efecto, algo como un “ilícito objetivo”, que en relación al tipo objetivo (tradicional) del delito doloso es caracterizado a través de elementos complementarios ⁹⁷”. Con esto, la imputación objetiva, sin examinarlo en prejuicio dogmático de que estos presupuestos complementarios del ilícito imprudente se trata de “lo objetivo”. Se coloca, de este modo, como de anteojeras que le impiden echar una mirada a la pregunta de si la unidad de la estructura del ilícito no debe ser buscada en la dirección contraria, señalada a través de la teoría de los elementos subjetivos del ilícito y de la relevancia de la finalidad de la acción ⁹⁸.

La contestación de FRISCH a esta objeción de STRUENSEE es la siguiente: “no se puede poner en duda la parte objetiva del tipo o determinados elementos objetivos del tipo expesos (como cosa ajena en el robo artículo 367 del Código Penal Federal) o implícitos (riesgo no permitido) porque solamente existe una realización del tipo o un delito cuando concurre también la parte subjetiva” ⁹⁹. La desaprobación del riesgo no tiene nada que ver con que el sujeto conozca o no lo conozca. Tal es el caso del delito de aborto (artículo 329 del Código Penal Federal), donde es pertinente destacar que

⁹⁵DONNA, *La imputación*, p 151.

⁹⁶ Véase STRUENSEE, *Acerca*, p. 14 y s.

⁹⁷STRUENSEE, *Acerca*, p. 15.

⁹⁸STRUENSEE, *Acerca*, p. 16.

⁹⁹ Véase FRISCH, *Tipo penal*, p. 82.

aunque la intención de matar al producto de la concepción en cualquier momento de la preñez constituye un elemento subjetivo difícil de comprobar si no es por las manifestaciones externas de la conducta del responsable, en el caso en que se acredita que la ofendida tiene un embarazo que puede apreciarse por el sentido de la vista, por lo que es previsible que algún golpe que recibiera podría traer como consecuencia la muerte del producto, al demostrarse la relación de causalidad entre los golpes que el inculpado le propina a la víctima y la muerte del producto de la concepción, se establece su responsabilidad en la comisión de este delito ¹⁰⁰.

La crítica hasta aquí expuesta de la teoría de la imputación objetiva -tal como ha expresado STRUENSEE¹⁰¹- se basa en “la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados, y que para esta diferenciación existen criterios unívocos. Esta clara diferenciación es, sin embargo, despachada por algunos autores como ociosa. Así pues, la división entre exterior e interior sirve solamente a la orden exterior, y debe caer allí donde ella contradice el sentido de un concepto. En tal caso -o incluso- el ámbito de aplicación de esta dimensión de sentido nueva, objetiva y abarcadora de elementos psíquicos del autor, parece ser la teoría de la imputación objetiva. Pues ella “no hace depender necesariamente, aunque sí probablemente y en la praxis con razón también frecuentemente la realización del tipo objetivo de factores subjetivos, intrapsíquicos. Cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras del riesgo con conocimiento y conscientemente, puede así fundamentarse sobre ello el juicio de que él ha creado un riesgo no permitido y realizado el tipo objetivo de un homicidio, lesión, etc. (...) es, por tanto, completamente legítimo que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva” ¹⁰².

¹⁰⁰ En este sentido, consúltese el Amparo directo 3739/78. Daniel Ramírez Hernández. 24 de febrero de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Víctor Manuel Franco Pérez. Instancia: Sala auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 169-174 Séptima Parte. Tesis: Página: 9. Tesis Aislada.

¹⁰¹ Cfr. STRUENSEE, *Acerca*, p. 29.

¹⁰² STRUENSEE, *Acerca*, p. 30.

Imputación objetiva

En la misma línea de STRUENSEE, se pronuncia SACHERDEKÖSTER¹⁰³ al señalar: “es absolutamente legítimo que determinados factores subjetivos puedan ser significativos para la imputación objetiva¹⁰⁴”.

Esta problemática mantiene enfrentados hasta hoy a finalistas y partidarios de la imputación objetiva en un antagonismo que, en parte, se debe a malentendidos¹⁰⁵.

Para SANCINETTI, la apreciación con una teoría subjetivista en la cual “no puede prescindir de un tipo objetivo al menos misérrimo, aunque sea provisto sólo de causalidad -si es que el correcto concepto de tipo objetivo fuese tan sólo la causalidad-, entonces, tampoco puede prescindir de un concepto correcto de tipo objetivo más amplio -si es que el concepto correcto de tipo objetivo contiene institutos superpuestos a la causalidad o ajenos a ella-. Por tanto, si se acepta el postulado mínimo de la imputación objetiva de que lo prohibido no es simplemente ‘causar un resultado disvalioso’, la consecuencia subjetivista será obvia: dado que el dolo debe dirigirse de todos modos y siempre a la realización del tipo objetivo, entonces, la discusión por el *tipo objetivo correcto* es también, en la instancia del reflejo del tipo objetivo en el subjetivismo, una discusión sobre el concepto de *dolo correcto*, o de *tipo subjetivo correcto*”¹⁰⁶.

Pero, por otro lado, el propio SANCINETTI reconoce que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los

¹⁰³Cfr. *Evolución del tipo subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 99 y 101, respecto a esta confusión entre lo objetivo y subjetivo sostiene ROXIN que ello no constituye una argumentación válida contra la teoría de la imputación objetiva. Según la opinión de ROXIN –refiere SACHER DE KÖSTER–, ello sólo demuestra que también factores subjetivos pueden jugar un papel importante en la imputación objetiva. “La imputación objetiva no se llama ‘objetiva’ porque las circunstancias subjetivas sean irrelevantes, sino porque la acción típica constituida por la imputación –el homicidio, las lesiones, el daño, etc– es algo objetivo que se une al tipo subjetivo, es decir, según el caso, al dolo”.

¹⁰⁴Cfr. SACHER DE KÖSTER, *Evolución*, p. 100, esta mezcla indeseada de elementos objetivos y subjetivos ha sido admitida recientemente por ROXIN: “la teoría de la imputación objetiva hace depender la realización del tipo objetivo, si bien no necesariamente, pero sí posiblemente y en la práctica de manera frecuente, de factores psíquicos y subjetivos

¹⁰⁵ Véase SANCINETTI, *Observaciones*, p. 113.

¹⁰⁶ Véase SANCINETTI, *Subjetivismo*, pp. 84 y 85.

contornos de lo típico¹⁰⁷. Sin embargo, parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que SANCINETTI parece pretender alcanzar.

FRISCH¹⁰⁸ ha objetado a estas tesis de la siguiente manera: “en particular la cuestión de que la teoría de la imputación objetiva no es necesaria para el delito imprudente porque ya se alcanza soluciones adecuadas con el instrumental propio de la dogmática del delito imprudente (infracción del deber de cuidado, relación de contrariedad a deber), es una objeción de carácter esencialmente terminológico. Con ella no pretende discutir la adecuación de los presupuestos materiales de la imputación del resultado, sino por el contrario se está reconociendo.

En efecto, la presencia de la creación de peligro desaprobado se presupone en la infracción del deber de cuidado; y que el resultado deba retribuirse a la contrariedad al deber de la conducta, se corresponde con el requisito de que todo peligro desaprobado, en virtud del cual la conducta está prohibida y es contraria al deber de cuidado, debe haberse realizado. En todo caso, podría entenderse la objeción en el sentido de que tal normativización e inseguridad podría evitarse en el ámbito del delito doloso, dado que en éste ámbito se dispone de conceptos más precisos y menos normativizados, como el de dolo (en cuanto voluntad de realización) que implica un cierto poder sobre el hecho, y el de (ausencia) del dominio del hecho, para los casos de producción del resultado con la intermediación de la víctima autorresponsable o de un tercero”.

Sin embargo, el propio FRISCH, argumenta acertadamente que “es dudoso que estos conceptos sean tan claros y superen en estos aspectos a los conceptos de la teoría de la imputación objetiva, como afirman sus críticos”¹⁰⁹.

Por su parte, ROXIN indica que el criterio de imputación los considera “claramente válidos”, si bien sólo “como criterios de adscripción de una situación al

¹⁰⁷ Véase SANCINETTI, *Subjetivismo*, p. 103, nota al pie 29.

¹⁰⁸ *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 44.

¹⁰⁹ *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 44.

Imputación objetiva

tipo”¹¹⁰, lo que entendemos como un elemento más en el tipo penal, se explica: el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales señala los procedimientos que deberán aplicarse, esto, en atención, al artículo 19 Constitucional, con el objeto de ofrecer una mayor seguridad jurídica. Luego, la postura de ROXIN a este camino de solución es correcta: si en casos de que el dolo faltará, entonces, ello es debido al déficits en el ámbito de la representación, y no en el plano volitivo: “voluntad de realización del hecho”.

Por tal razón, los fundamentos dados por WELZEL, entre otros, para la ausencia de dolo son dogmáticamente imprecisos en cuanto directamente niegan el componente volitivo del dolo¹¹¹.

Por tanto, la ausencia de elementos volitivos en este requisito del dolo, solo puede comprobarse inmediatamente allí donde el movimiento corporal físico no es “ocasionado” o “producido” por la voluntad:

Por ejemplo, el caso en los actos reflejos pero también en los movimientos corporales mecánicamente causados, esto es, X tropieza en un almacén y cae sobre una estantería de porcelana, durante lo cual el prevé las consecuencias de su caída¹¹².

Por tanto, “con la teoría de la imputación objetiva se extiende el contenido del tipo objetivo, el que adquiere un mayor peso que el que poseía con la teoría clásica, neoclásica y finalista”¹¹³. Siendo así que en la imputación objetiva lo determinante es si un portador de roles, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quien es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; esa consideración genérica que permite considerar cuando una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con un sustento de la imputación objetiva, con la cual podrá complementar jurídicamente el contenido del

¹¹⁰Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 365.

¹¹¹ROXIN, *Derecho penal*, p. 366.

¹¹²ROXIN, *Derecho penal*, p.366.

¹¹³ROXIN, *Derecho penal*, p. 366.

injusto, por ende, el criterio de imputación prevale en este nivel de análisis de la conducta y no de la culpabilidad, a fin de determinar el grado de intervención delictiva.

La misma pretensión de buscar correctivos que permitieran solucionar los vacíos dejados por la teoría final del injusto en ambos como el de la década del 60 a la formulación de aislados criterios con los cuales se solucionaban inconvenientes concretos del sistema ¹¹⁴; así surgió inicialmente la llamada teoría de la elevación del riesgo, la cual sin embargo mostró pronto su incapacidad para solucionar por sí misma a muchos casos, por lo que se recurrió a la tesis del fin de protección de la norma, y posteriormente al de la disminución del riesgo, al de la autonomía de la víctima y a muchos otros más con los que en su momento se pretendieron llenar vacíos, que ni la concepción final del injusto ni sus posteriores correctivos podían satisfacer.

Bajo esta perspectiva, con la teoría de la imputación objetiva no existe tal desplazamiento del punto esencial del delito del aspecto subjetivo al aspecto objetivo del tipo al que hace referencia ROXIN¹¹⁵, sino una profundización de los criterios de interpretación de las normas para determinar sus alcances, y por otro lado, no se coloca realmente en contradicción con las teorías de la causalidad ya antes expuestas, más bien acoge sus planteamientos e intenta continuarlos con criterios mejores es decir, de mayor seguridad jurídica y en algunos supuestos completarlos, con los demás elementos del tipo objetivo (normativos, circunstancias de tiempo, modo y lugar, etc.).

Materialmente lo anterior significa que al valorar la crítica a la teoría de la imputación objetiva se debe diferenciar: muchas objeciones se refieren únicamente a las más recientes teorías de la imputación objetiva que contienen una mayor carga

¹¹⁴Cfr. SACHER DE KÖSTER, *Evolución*, p. 101, de este modo, la teoría de la imputación objetiva ha dado un severo giro con respecto a los principios de la teoría final de la acción. Dado que varias décadas posterior al finalismo, no es posible encontrar una toma de posición de WELZEL sobre los postulados, aunque él ya había sentado su criterio al respecto al referirse en sus obras al tipo subjetivo, tal como lo hizo, por ejemplo, en su solución del caso de la tormenta.

¹¹⁵ Citado por SACHER DE KÖSTER, *Evolución*, p. 114.

normativa, pero de ningún modo a aquella otra antigua perspectiva cuya corrección ha defendido últimamente de forma expresa MAIWALD¹¹⁶.

Por ello, la más moderna teoría de la imputación hace depender “la imputación del resultado” de algo que va mucho más allá de la mera categoría prejurídica de que el fin pueda ser objetivamente perseguido. En ella -según refiere FRISCH¹¹⁷- la interviene un amplio abanico de criterios jurídicos. Tales criterios conducen a que una serie de resultados, cuya imputabilidad objetiva está fuera de toda duda sobre la base del criterio de la perseguibilidad objetiva del fin, se conviertan en resultados no imputados con la nueva teoría de la imputación objetiva¹¹⁸.

IV.- La propuesta de Roxin en el tipo objetivo

Las primeras manifestaciones de un sistema penal “teleológico-racional” fueron realizadas en los años setenta por ROXIN, quien sentó las primeras bases de esta nueva concepción en su trabajo que por título lleva “*Política criminal y sistema del Derecho penal*”¹¹⁹. Este autor trata de fijar los límites de la teoría de la imputación objetiva, haciendo referencia a criterios político-criminales, así como al “principio de culpabilidad”¹²⁰. Así, el principio de culpabilidad se reflejaría ya a nivel de la tipicidad para excluir las causalidades del injusto mediante los criterios de la imputación objetiva, especialmente cuando se trata de excluir la imputación debido a la falta de realización del riesgo permitido, pese a haberse dado una infracción de la norma de cuidado y existir un resultado típico.

En palabras de MIR PUIG¹²¹: “Tampoco fue un finalista, sino un autor de raíces neokantianas, ROXIN, quien habría de desarrollar —sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente el planteamiento propuesto en 1930 por HONIG— y difundir más que

¹¹⁶MAIWALD, *De la capacidad*, principalmente pp. 7-32.

¹¹⁷Cfr. FRISCH, *La imputación objetiva. Estado de la cuestión*, p. 24 y s.

¹¹⁸FRISCH, *La imputación objetiva. Estado de la cuestión*, p. 24.

¹¹⁹ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

¹²⁰Principalmente consúltese *Derecho Penal*, pp. 175 y ss.

¹²¹Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 05-05, 2003, p. 4.

nadie en la doctrina penal la teoría de la imputación objetiva. Según SCHÜNEMANN, discípulo de ROXIN, la orientación teleológica o funcional que este último autor inició y que ha caracterizado la doctrina penal desde hace treinta años, se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógicoobjetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector”.

Lo anterior es sostenido por ROXIN, aduciendo argumentos hasta ahora vigentes para legitimar a la imputación objetiva, entre los que cabe resaltar: *1)* descarta la responsabilidad penal en casos en los que una aplicación ciega de los esquemas dogmáticos-penales la afirmarían. Es decir, mayormente actúa *in bonam partem*; *b)* ofrece criterio “racionales” y por tanto “controlables” para la solución de casos problemáticos presentados; *c)* en última instancia, su justificación está en una necesidad político-criminal de proteger los bienes jurídicos en función del bienestar social y de la libertad individual en un Estado de Derecho.

V.- La imputación objetiva en el sistema de Jakobs

La discusión en torno a la teoría de JAKOBS trasciende los límites de la doctrina alemana. Múltiples traducciones han sucedido en un lapso relativamente corto. Se hace accesible así al Derecho penal internacional una propuesta teórica cuyas ambiciones universalistas van siendo justificadas al ampliar el propio autor sus esquemas interpretativos a diversos ámbitos del quehacer jurídico, abordados por Jakobs con sistematicidad y profundidad. Más de una decena de libros evidencian la potencialidad del proyecto iniciado en los años setenta.

La incompreensión del trabajo de JAKOBS trata de superarse mediante intentos de encasillarlo en los parámetros habituales característicos del Derecho penal clásico o, incluso, de las ideologías que van quedando obsoletas por los cambios experimentados por la propia sociedad. Así resulta curioso encontrar que antiguos

detractores se transforman en nuevos seguidores, aunque intenten mantener una cierta distancia con un pensamiento que, todavía, les parece poco ortodoxo.

Lo anterior se corrobora cuando JAKOBS añade interesantes puntos de vista a las formuladas propuestas de ROXIN. En efecto, la discusión que emprende JAKOBS acerca del funcionalismo moderado de ROXIN no sigue el camino hollado que consistía en demostrar su inaplicabilidad como método de investigación de los problemas sociales. Por el contrario, su postura consiste en afirmar que el más grave problema del funcionalismo y de sus cultores en el ámbito de las ciencias penales, ha sido la falta de radicalidad con que se ha hecho uso del análisis funcional.

No tratándose, por consiguiente, de que el método funcional sea inadecuado, sino que no ha sido utilizado en su verdadera potencialidad. Para hacerlo es necesario radicalizar el método funcional, entendiendo función en el sentido lógico-matemático del término, vale decir, como un esquema lógico-regulador que permita comparar entre sí, como equivalentes funcionales, sucesos que desde otra perspectiva serán absolutamente incomparables. Además de esto, es necesario despojar el análisis funcional de sus referencias ontológicas, que lo subordinan innecesariamente al análisis causal, siendo que la causalidad es antes bien un caso de análisis funcional y no a la inversa el funcionalismo un caso particular de causalidad.

Adicionalmente, la construcción de la imputación objetiva de JAKOBS, tiene una estrecha relación con su sistema, que no ha tenido gran aceptación en la literatura especializada ¹²². A pesar de lo dicho, la idea de la imputación objetiva como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por medio de una serie de institutos.

Por otro lado, es lógico que partiendo de un punto de vista distinto como es la imputación objetiva de ROXIN, siguiera un camino diferente, e incluso, podríamos

¹²² Al igual que la escuela político-criminal, JAKOBS ha intentado explicar el Derecho positivo desde una perspectiva funcional y teleológica. Su diferencia reside en que su sistema se orienta de acuerdo a una concreta función de la pena: la prevención general positiva. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 42 ss.

creer que en el pensamiento de JAKOBS recogiera una tradición doctrinal distinta a la teoría civil de la imputación objetiva y a la de las teorías de la adecuación y de la relevancia.

El estudio de JAKOBS intitulado “La imputacion objetiva en derecho penal”, publicado en 1992, es un trabajo particularmente interesante por varias razones. Se trata, en primer lugar de un ensayo programático, pero en el que se encuentran las bases de su pensamiento respecto a las particularidades del sistema normativo. Por otro lado, constituye un esfuerzo integrativo que incorpora los desarrollos hechos en “teoría de la imputación” por HEGEL, entre otras muchas consideraciones que por razón de espacio para este trabajo nos es imposible ahondar más sobre el mismo, por lo que nos conlleva a estudiarlo en un trabajo posterior. En suma, es una obra que señala con nitidez la unidad de la teoría de la imputación objetiva elaborada por JAKOBS y por tanto, puede leerse a la luz de los conceptos nuevos (como principio de confianza, conocimientos especiales, rol, etc.) sin que se pierda actualidad.

La opción adoptada por JAKOBS sobre los estándares normativos de la imputación objetiva no se refieren a las capacidades de los sometidos a la norma, “sino a la interpretación de la norma; ésta se estandariza. Cuando se dice, por ejemplo, que hay que castigar al que lesiona a otra persona, corresponde averiguar qué significa lesionar —¿lo es también, por ejemplo, alcanzar un cuchillo muy afilado a una persona de la que se sabe por experiencia que es poco juiciosa, o proporcionar sustancias psicotrópicas a alguien que es drogodependiente pero todavía responsable, o la iniciación de obras de gran magnitud en las que el riesgo de lesiones (literalmente) salta a la vista en el hecho de que se haya instalado en ella un puesto de primeros auxilios?—.

Se trata, por tanto, no de trazar la frontera entre el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento con significado de lesión en función de la simpatía por el riesgo o del temor hacia el mismo por parte del autor individual, sino de estandarizar dicha frontera. Y esta estandarización es necesaria, como se ha dicho, porque nadie se puede regir por un trazado individual de fronteras correspondiente a

otro, debido a la anonimidad de éste último, es decir, porque sin estandarización se perdería la orientación”¹²³.

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para JAKOBS en dos niveles ¹²⁴: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación -en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, JAKOBS propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición e regreso y otros más; como es el de los conocimientos especiales.

A ello agrega JAKOBS, de manera especulativa, la consideración de que “el hecho de que la imputación se rija según el contenido objetivo de la norma es algo que ciertamente no se circunscribe a sociedades que posibilitan contactos anónimos en el sentido anteriormente mencionado -la sociedad se agota precisamente en el establecimiento de normas objetivas-, pero en caso de sociedades anónimas la objetividad del armazón de soporte se hace especialmente patente” ¹²⁵.

Esta imputación es *objetiva*, porque la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significada. Ciertamente, este estándar no es objeto de garantía jurídico-penal *per se*: la cuestión acerca de si el hecho de no haber alcanzado este estándar genera responsabilidad, o, por el contrario, puede ser reconducido, exonerando al sujeto, a ciertos defectos individuales que se consideran

¹²³Cfr. *La ciencia*, p. 18.

¹²⁴ Para un estudio más profundo de la postura de JAKOBS en MÁRQUEZ PIÑERO, *Fundamentación*, pp. 13 y ss; REYES ALVARADO, *Imputación*, pp. 100, 159 y 330 y ss.

¹²⁵Cfr. JAKOBS, *La ciencia*, p. 20. Vid. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 68 ss.

indisponibles, es una cuestión que ha de decidirse en los siguientes niveles de imputación (configurando esa situación individual el objeto de valoración mientras que la valoración, de nuevo, se realiza en un juicio objetivo) ¹²⁶.

¹²⁶JAKOBS, *La autoría mediata*, p. 9.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I.- Prohibición de regreso

Durante mucho tiempo ha sido motivo de especial preocupación la proliferación de casos en los que conductas descuidadas de algunas personas abren la posibilidad de que otros individuos aprovechen las circunstancias favorables creadas con la mencionada imprudencia para la dolosa comisión de hechos punibles. El primer gran intento sistemático para solucionar esta clase de inconvenientes fue efectuado a comienzos de siglo en Alemania por Reinhard vonFRANK (1931) quien propone esta doctrina ¹²⁷.

Su idea era la de rechazar la ilimitación de la responsabilidad penal, sobre el supuesto de que un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico que le ha sido encomendado, la prohibición de regreso no permite retroceder tras una condición (que condujo a la producción de un resultado) que FRANK expresamente caracteriza como “libre” ¹²⁸ —a este respecto, ROXIN no está de acuerdo con la aportación hecha por FRANK— ¹²⁹. Para empezar debería ser evidente que de la terminología empleada no se deriva consecuencia alguna ¹³⁰, siendo

¹²⁷DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 113.

¹²⁸ En este sentido se manifiesta HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000, p. 190.

¹²⁹*Dogmática penal*, p. 50.

¹³⁰JAKOBS, *Estudios*, p. 215. Pese a todo la doctrina de la prohibición de regreso se aferra tercamente a la vida. (...) En los últimos tiempos se encuentran una y otra vez autores que apoyan una

Imputación objetiva

menester destacar el estudio de RUDOLPHI quien al respecto considera que esta teoría se da como consecuencia de la cual una condición se coloca más allá de una condición libre y dolosa, no tomándose en cuenta, por tanto, los puntos de vista causalistas ¹³¹.

Por tanto, la prohibición de regreso *es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar en un sentido lesivo de la norma, así como reglas fructíferas respecto de los casos en que el partícipe realiza una prestación* ¹³² *estereotipada* ¹³³ *como socialmente adecuada.*

Ejemplo: quien alberga a su amigo durante unas cuantas noches del mismo modo como sucedió siempre hasta ese momento cada vez que pasaba por allí, no comete un encubrimiento, ni siquiera si el amigo, en esta ocasión, se encuentra fugado de los órganos de persecución penal, y ello con independencia de si el que lo alberga lo sabe. Pero quien oculta al amigo en el desván o en el sótano se comporta objetivamente como un encubridor ¹³⁴.

Veamos otro ejemplo: el empleado de una estación de servicio llena el tanque de una automóvil inadecuado para transitar; el taxista lleva un individuo, que según se entera en el transcurso del viaje, cometerá un delito en el lugar de destino ¹³⁵.

Dicha teoría, de acuerdo con su comprensión habitual pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de las

prohibición de regreso. Entre ellos se encuentran LAMPE, NAUKE, WELP, OTTO y últimamente WEHRLE, todos ellos estudiados y criticados por ROXIN, *Dogmática penal*, p. 50 y ss; sobre el particular CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. (Imputación a la víctima)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 73. refiere que la llamada prohibición de regreso, institución introducida en la discusión moderna en materia de imputación objetiva -es- sobre todo por JAKOBS.

¹³¹RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 22, nota al pie 60.

¹³² Véase al respecto JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 156; entre el autor y la otra persona existe al en común, pro lo que hay en común se limita a la prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito.

¹³³FERRANTE, *Teoría*, p. 92; en el que estas conductas estereotipadas como socialmente adecuadas, están configuradas con independencia del plan delictivo del tercero autor, y por tanto, el aprovechamiento de ella por parte de éste no hace variar su significado, al menos en tanto la prestación se lleve a cabo tal como se prestaría en caso de total desconocimiento del plan delictivo.

¹³⁴JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 215

¹³⁵Cfr.FERRANTE, *Teoría*, p. 92.

condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado. Mientras que sus detractores consideran precisamente que tal proceder es incompatible con “la esencia de la teoría de las condiciones”¹³⁶. Conforme a ello, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero¹³⁷.

Ejemplo: En un bar de una zona peligrosa el autor para divertirse embriaga a un amigo suyo, sirviéndole disimuladamente aguardiente en su vaso de cerveza. Luego lo lleva ebrio fuera del bar y lo deja tirado en la vereda. Allí el amigo, en un estado de ebriedad e indefensión, es matado a golpes por un sujeto que le quiso robar.

Dichas condiciones no cumplen ningún tipo objetivo de autoría; por consiguiente, en caso de imprudencia, su creación es impune, y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría; los preceptos relativos a la participación¹³⁸.

¹³⁶ Vuélvase a ver JAKOBS, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 245.

¹³⁷ Al respecto ya nuestros tribunales habían hecho mención sobre este criterio utilizando la expresión de “prohibición de retroceso”, al referir: “El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la *conditio sine qua non*, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad”. Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 134. Tesis Aislada.

¹³⁸ El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se

Imputación objetiva

Tal y como establece la tesis sostenida (en la página 352) por los Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IV, Segunda Parte-1, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación bajo el texto siguiente: “*El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso*”.

Es imposible fundamentar que todo autor imprudente detrás de un autor doloso deba ser impune, como todo comportamiento doloso detrás de un hecho imprudente. En lo que se refiere al argumento dogmático adicional (...) consistente en afirmar que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de la pena, ROXIN a formulado la objeción de que la punición de uno de los autores por “ambos hechos” infringe “el principio de responsabilidad individual¹³⁹”; sin embargo, lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta respondiendo el autor doloso exclusivamente por su hecho. Por tanto el argumento ha de entenderse en el sentido de que la pena impuesta al autor doloso es al menos una causa de exclusión de la pena respecto del autor imprudente; por lo consiguiente rige un estricto principio de absorción respecto de hechos de autores diferentes¹⁴⁰.

Por consiguiente, el argumento de que la pena impuesta al autor doloso puede satisfacer ya plenamente el fin de la pena, es sólido solamente en la medida en que se

actualice el resultado dañoso. Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo en revisión 130/89. Gabriel Valencia Valencia y coagraviados. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 352. Tesis Aislada.

¹³⁹ Véase este criterio de crítica CUESTA AGUADO, *Tipicidad*, p. 126.

¹⁴⁰ JAKOBS, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 248.

trate de que la pena impuesta a quien (dolosamente) actúa en último lugar satisface el fin de la pena, y ello sólo en algunos casos, ya que algunos otros deben quedar para la participación, y por consiguiente, para la participación imprudente; en todo caso el beneficio de la prohibición de regreso si se pretende que sea más que un gesto bastante extraño de generosidad frente al autor con culpabilidad imprudente, no puede quedar limitado a los casos de imprudencia.

Para el neonormativismo todo parece ser un problema de imputación objetiva. El primer autor en matizar el componente subjetivo en la coautoría ha sido el propio JAKOBS¹⁴¹, quien pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva¹⁴². Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible¹⁴³, tanto para comportamientos imprudentes como doloso, con base en criterios objetivo-normativos, de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Para JAKOBS, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “distanciado” de él.

En realidad, las consideraciones críticas que han recibido los ya mencionados intentos que se han efectuado para otorgar un sólido fundamento a la prohibición de

¹⁴¹JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 746 y 747; se refiere al supuesto en el que un sujeto, teniendo conocimiento de la comisión de un delito por parte de otro, adapta o ajusta su contribución configurativa al hecho en relación con el ejecutor inmediato, que desconoce en todo momento que cuenta con el apoyo (secreto) de otro. Para estos casos, siguiendo a JAKOBS, hay que conformarse con una decisión de adaptación o de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración vincula su aportación con el hacer del ejecutor, aunque éste no sepa nada.

¹⁴² En contra de la postura de JAKOBS, se encuentran WELZEL, ROXIN, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, BOTTKE, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CREMER, KÜPPER, MIR PUIG, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y GONZÁLEZ RUS, citados por PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 307, nota al pie 312.

¹⁴³ Tiene plena razón HRUSCHKA, *Prohibición*, p. 190, al señalar que la prohibición de regreso de FRANK se ha de distinguir por consiguiente de otras prohibiciones de regreso, en particular de la que expone JAKOBS, que no se refiere a los presupuestos conceptuales de la categoría de la “inducción”, sino a un punto de vista genérico de carácter normativo que impide recurrir a ciertas condiciones de una determinada acción. A pesar de recibir el mismo nombre y de referirse en parte a los mismos casos, tienen ambas prohibiciones de regreso una impronta absolutamente diferente.

Imputación objetiva

regreso¹⁴⁴, no significa que esta teoría haya desaparecido. Lo que en verdad ocurre, es que la mencionada teoría ha recibido un nuevo tratamiento dentro de la dogmática penal¹⁴⁵.

Por una parte, el replanteamiento de la prohibición de regreso ha significado desde un punto de vista práctico, que la teoría adquiera una doble importancia tanto dentro de la imputación objetiva¹⁴⁶ como dentro del estudio de la autoría y participación¹⁴⁷, por otra parte, desde esta nueva dimensión, la finalidad conjunta no es el dolo del hecho conjunto, sino que se refiere “sólo a la ‘voluntad especial’ dirigida en contra de la voluntad general existente por sí misma, ésta (voluntad especial) se representa en la realidad y provoca un daño a la validez de una norma. Pero lo injusto penal (...) no acontece en el nivel del transcurso causal exterior, sino en aquel de la validez de la norma¹⁴⁸.

Se trata por ello, con esta ‘voluntad global’, nada más que de la expresión de sentido objetivo de unos sucesos, única expresión relevante jurídico-penalmente; esto es, el fundamento de la responsabilidad en coautoría no es un problema de imputación subjetiva, sino un problema de imputación objetiva.

¹⁴⁴ Cfr. al respecto RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 22; ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 47 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 101 y ss.

¹⁴⁵ Véase al respecto QUINTINO ZEPEDA, *Perspectivas penales*, 2000. pp. 30 y ss; donde plantea una serie de casos en que la prohibición de regreso puede ser analizada por medio de fórmulas.

¹⁴⁶ Tal como acertadamente muestra JAKOBS, para la imputación no es suficiente cualquier condición puesta por un foráneo ante una reconocible tendencia hacia el hecho. La ejecución de la amenaza: “si te vas, mato a alguien” no puede motivar a condenar por homicidio culposo a quien se va, así como tampoco es culpable, el juez por este hecho cuando asaltantes insinúan el asesinato de un político en el caso de continuar el proceso, y luego lo realizan. (...) Y es que puede distinguirse claramente entre una promoción objetiva por el primer actuante y una vinculación arbitraria a condiciones por el autor doloso. ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 69 y 70.

¹⁴⁷ En el mismo sentido HRUSCHKA, *Prohibición*, p. 203.

¹⁴⁸ Por el contrario, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, p. 326, entienden, equivocadamente, que la idea fundamental de la teoría de la prohibición de regreso descansaba sobre una confusión de causalidad y culpabilidad.

II.- Principio de confianza

El principio de confianza, trata casos en los que alguien, a diferencia de en la prohibición de regreso, es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente, esto es, la peculiaridad de que el desarrollo del acontecimiento no depende de la simple naturaleza, sino del cuidado que pongan otras personas¹⁴⁹, así como también, en la determinación de las responsabilidades culposas en el accionar policial.

Por ejemplo, en el caso de la medicina moderna, se requiere actualmente la cooperación de distintos especialistas por lo que, en general, es una actividad llevada a cabo por varias personas. En este sentido, sólo a través de una diferenciación adecuada de los deberes y de llegar a determinar la responsabilidad personal de cada uno y, también, evitar excesivas exigencias a ciertos miembros del equipo y los riesgos de una responsabilidad difusa entre ellos¹⁵⁰, como es el caso del médico que utiliza su bisturí en la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado. Estas y otras divisiones de trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones; el resultado será, con bastante seguridad, pero que el que se produce si se reconoce un principio de confianza¹⁵¹.

Una conductora de un turismo observó hasta poco antes del final de una zona urbana por la que transitaba un hombre mayor que disponía a cruzar la calle. Cuando la acusada continuó acelerando una ve pasada esta señal. La acusada al darse cuenta de ello no pudo ya impedir un choque mortal utilizando los frenos y realizando una acción evasiva.

¹⁴⁹Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, especialmente, p. 218.

¹⁵⁰GORANSKY, *Criterios*, p. 129.

¹⁵¹ En este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva*, especialmente, p. 219.

El hilo argumental de la fundamentación parte de una limitación del principio de confianza. Ésta reza así: quien se comporta de manera contraria a deber, no puede confiar en que los otros se comportarán conforme a deber ¹⁵². Por lo visto, esto debe compensar la falta de apreciación de la avanzada edad del peatón. La acusada no podrá alegar, prescindiendo de esta apreciación, que para determinar su velocidad más allá de la zona urbana ha confiado en un comportamiento, adecuado al tráfico, del peatón. Con base en esto podrá fundamentarse también, pues, un deber de la acusada de conducir más despacio de lo normalmente permitido. Este nuevo deber de cuidado estará fundamentado en que la acusada infringió antes otro deber de cuidado —esto es, la limitación de la velocidad dentro de la zona urbana—. Pero este deber tendría que ser exigible aquí con independencia de la primera infracción del deber de cuidado y fundamentar por sí solo la imputación.

III.- El riesgo en el Derecho penal

En la actual configuración social, que constituye parte del entorno del ser humano, la complejidad de las relaciones interpersonales ha aumentado considerablemente. El hombre organiza su vida según cómo funciona su entorno, al que accede a través de su experiencia o del conocimiento de la experiencia de otros. La función que se atribuye al Derecho en tal sentido, es la generalización congruente de expectativas que permite a los sujetos de derecho desarrollarse en un sistema social seguro y que confirma la identidad del sistema social. La defraudación de las expectativas que conforman el rol puede verificarse de maneras muy diversas según las estructuras de expectativas imperantes en los distintos subsistemas sociales ¹⁵³.

Sin embargo, para JAKOBS, “la prevención mediante pena, concebida ésta como pena impuesta jurídicamente, en seguida se ve sujeta a limitaciones que una sociedad

¹⁵² PUPPE, *Imputación*, p. 111.

¹⁵³ Véase así, el desarrollo de las sociedades modernas en el Derecho penal DAZA GÓMEZ, *El funcionalismo*, pp. 65 y ss; MALO CAMACHO, *Derecho penal*, pp.99 y ss; MÁRQUEZ PIÑERO, *Principios fundamentales del derecho penal*, Criminalia, 1999.

consciente del riesgo no acepta porque le resultan demasiado restringidas; y de este modo surge la necesidad de un balance constante entre juridicidad y efectividad¹⁵⁴.

Siendo así que el rol que nos interesa en este momento es el “rol general”, que parte de la idea del ciudadano como un congénere igual que puede desarrollarse libremente y organizar como desee su esfera individual. No obstante, esta libertad de organización tiene una faceta negativa que le obliga a impedir que su esfera de organización o individual genere riesgos para las esferas individuales de las demás personas. Por esta razón, si a pesar de la prohibición normativa se verifica el *output* prohibido, será necesario atribuir este defecto no a quien ha confiado en ella, sino a quien la ha defraudado. Partiendo de la idea de que el autor ha organizado libremente su esfera de organización y que de ella ha surgido un riesgo no permitido, por lo que dicho riesgo le será penalmente imputado.

Resulta además admisible -para JAKOBS- “que la sociedad, evoluciona hacia una sociedad que aglutina una gran parte del mundo, lo cual obliga -aunque sea someramente- a una toma de postura en relación con tres problemas. Primero, al problema de la desespecificación de ordenamientos normativos; segundo, al de la relación entre los distintos ordenamientos específicos; y tercero, al problema de la injerencia jurídico-penal en ordenamientos ajenos”¹⁵⁵.

Como ha podido apreciarse en líneas anteriores, el concepto de *riesgo* desempeña un papel determinante en el Derecho penal, y principalmente, en la teoría de la imputación objetiva¹⁵⁶, con la finalidad de poder hacer responsable penalmente a

¹⁵⁴ Véase específicamente *La ciencia*, p. 27.

¹⁵⁵ *La ciencia*, p. 35.

¹⁵⁶ LUHMANN, *Sociología del Riesgo*. Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992, p. 87. Por su parte, JAÉN VALLEJO, *Cuestiones básicas de Derecho penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 121, citando a LUHMANN, dice: “en lugar de exigirse a así misma el conocimiento del futuro, la dogmática se debería orientar al desconocimiento, a la indeterminación del futuro. Este podría ser el modo adecuado de reacción frente a la orientación al futuro y a la apertura del futuro del sistema social de hoy”; de lo contrario “existiría el riesgo de que un sistema jurídico, al que le es exigida una orientación a consecuencias político-sociales, renuncie, en realidad, a una autoconducción dogmática dejando de orientarse a criterios, que trascienden el programa de decisiones, para conformarse con la expectativa de consecuencias”. Por tanto la tarea consiste en una adecuación de los conceptos jurídicos a la sociedad, a una sociedad en la que el futuro permanece abierto (futuro no programable).

Imputación objetiva

una persona por su actuar prohibido; siendo ROXIN, sin duda alguna, el máximo representante que vincula estas dos teorías (teoría del riesgo e imputación objetiva), recurriendo a tres medidas básicas de apreciación para calibrar la justeza de la imputación:

- a) La creación o no de un riesgo jurídicamente relevante.
- b) El aumento o falta de aumento del riesgo.
- c) La disminución o no del riesgo.

Posteriormente se incluyó asimismo como medida básica el reconocimiento de las exigencias derivadas del “fin de protección de la norma”¹⁵⁷.

A. El riesgo permitido

La primera formulación del principio del riesgo permitido se debe a C.L. von BAR y a Karl BINDING el haber sentado las bases de su concepto moderno, considerando ambos que la antijuridicidad quedaba excluida en los tipos no dolosos por la observancia del cuidado objetivo, esto es, por la permanencia dentro de los límites del riesgo permitido. Siendo por consiguiente el entendimiento que la función de la norma primaria es la protección de bienes jurídicos. Por ello toda conducta típica ha de crear un peligro para el bien jurídico protegido. Esta afirmación cobra especial importancia en una sociedad de riesgos como en la que vivimos¹⁵⁸.

A consecuencia del proceso de industrialización, las actividades socialmente útiles, pero peligrosas, lejos de ser objeto de prohibición, debían propiciarse, ya que no

¹⁵⁷ Quienes aceptan en la doctrina mexicana este presupuesto véase entre otros DAZA GÓMEZ, *Teoría general*, p. 117; EL MISMO, *Teoría de la imputación*, p. 36; DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, p. 79; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, *Comentarios*, p. 19; MALO CAMACHO, *Derecho penal*, p. 380; MEDINA PEÑALOZA, *Teoría de la imputación*, Tesis Doctoral, 2000; VIDAURRI ARECHIGA, *Estudios*, pp. 181 y ss.

¹⁵⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 117 y 118; incluso afirma que cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe; (...) Esta trivial constatación no conduce a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados; (...) Puesto una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad; en sentido similar, pero menos radical REYES ALVARADO, *Imputación*, pp. 90 y ss; FERRANTE, *Teoría*, p. 88; SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, pp. 28 y ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 132, sostiene – erradamente – que en el estado actual de desarrollo científico, actividades como el transporte ferroviario o aéreo o de automotores no constituyen actividades peligrosas.

cabría imaginar la vida sin provecho social que comportan. A causa de ello la doctrina científica se ha esforzado por colmar esa laguna en el terreno de la interpretación del alcance de los tipos, en particular de los imprudentes, por su propia naturaleza vinculada a la idea de riesgo.

Al iniciar el examen del problema del riesgo permitido en Derecho Penal, se impone, ante todo, plantear una primera pregunta: *¿cuáles son los casos en que la responsabilidad penal queda excluida por la aplicación del principio del riesgo permitido?*¹⁵⁹. Se ha manifestado al respecto “que no es imputable objetivamente el resultado, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido (era un peligro lícito)”¹⁶⁰.

Un importante sector doctrinal ha venido defendiendo la tesis de que lo que sucede en los supuestos de riesgo permitido es que falta una de las condiciones necesarias para que el curso fáctico ocurrido sea imputable a un sujeto a título de injusto(...). De tal manera que en consecuencia, la ausencia de un riesgo no permitido excluiría la imputación de la conducta al tipo: para algunos, excluiría la autoría; para la mayoría, la imputación objetiva¹⁶¹.

FRISCH entiende “que se trata de un problema material no resuelto, por mucho que, a veces, mediante el recurso a etiquetas naturalistas, se pretenda aparentar que se ha alcanzado una solución. De todos modos, el problema material se halla vinculado a un problema metodológico, a saber, la incapacidad de la doctrina de elaborar principios comunes a la amplia multiplicidad de casos que se suscitan”¹⁶².

¹⁵⁹ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo*, p. 35. En el mismo sentido, véase MAIWALD *De la capacidad*, p. 11.

¹⁶⁰ Cfr. CEREZO MIR, *El finalismo*, p. 14.

¹⁶¹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo*, p. 49; según JAKOBS, *Derecho penal*, p. 243, “la fundamentación del riesgo permitido está emparentada, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. Paralelamente, sólo podrá tener lugar cuando a su vez, como en el estado de necesidad, no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos. Por eso el riesgo permitido tampoco se puede obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico; el patrón técnico determina lo que usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración”.

¹⁶² Cfr. refiriéndose a éste autor sobre el problema del riesgo desaprobado SILVA SÁNCHEZ, *Informe sobre las discusiones*, en “Sobre el estado de la teoría del delito” (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), p. 181.

Imputación objetiva

El uso de la fuerza por parte de la policía, es quizás uno de los más claros ejemplos de riesgos permitidos, por lo que en opinión de ABREGÚ-CHILLER: “no puede caber duda que, al poner en manos de un agente del orden la autorización y la obligación de actuar violentamente, si es necesario, para la protección de la vida, la integridad y el patrimonio, la sociedad está asumiendo un riesgo de trascendencia. El riesgo permitido, es esa franja que autoriza el uso de la fuerza, más allá de los casos de legítima defensa o estado de necesidad”¹⁶³.

El concepto de riesgo permitido tiene su ubicación natural, dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y de determinación de la responsabilidad consiguiente, en el proceso de valoración de la conducta, es decir, es un elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos. Sin embargo, siguiendo la concepción de JAKOBS en la que configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del “riesgo”, desligada de probabilidades estadísticas de lesión¹⁶⁴.

JAKOBS configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del “riesgo” desligada de probabilidades estadísticas de lesión: El riesgo permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica —de una ponderación omitida—, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

¹⁶³ Cfr. ABREGÚ/CHILLER, *El homicidio culposo en la labor de prevención de la policía*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal. Tráfico automotor. Actividad médica. Actividad deportiva. Actividad penitenciaria. Actividad policial, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 83. de cualquier modo, en el caso de la actividad policial, el riesgo permitido es el costo a pagar por el mantenimiento de la seguridad y el orden, de modo tal que ese riesgo nunca puede permitir acciones que pongan en peligro ese orden y esa seguridad que se busca proteger.

¹⁶⁴ Véase CANCIO MELIÁ, *Conducta*, p. 66.

Por otra parte, la significación del elemento sociológico en la imputación se prueba, con especial relieve, en los delitos imprudentes y en los delitos de peligro. En ellos, dicho elemento aparece plásticamente expresado a través de la fórmula del *riesgo permitido* (...) Teniendo en cuenta las características de la sociedad moderna, con su malla de actividades peligrosas, la idea del riesgo permitido debe constituir, en dichos delitos una especificación del deber objetivo o general de cuidado (...) El riesgo permitido se nutre de un pensamiento tan integrador como suscribible sin demasiados objetores en la sociedad moderna. Y conforme al mismo, resulta congruente que no toda muerte o lesión en el ejercicio de actividades arriesgadas generen automáticamente la responsabilidad penal.

El riesgo permitido es incluso definible como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto en que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

Sin embargo, el fenómeno del riesgo permitido posee un segundo aspecto, el cual es referido, no ya al desvalor de la conducta, sino al desvalor del resultado ¹⁶⁵, es decir, que las normas de conducta penales se dirigen exclusivamente contra aquellas formas de conducta que muestran un grado de peligrosidad que va más allá de la medida permitida. En definitiva, vemos que un determinado sector de la doctrina propone que con la finalidad de unificar la terminología, se abandone la antigua denominación de “*deber objetivo de cuidado*” ¹⁶⁶ —cabe agregar que el riesgo permitido se aplica a los casos en que la situación no permite actuar con el cuidado

¹⁶⁵MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 207; en sentido opuesto, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 285, refiere que la relación de imputación estaría referida a la acción; el resultado tendría la función de una condición exclusivamente objetiva de la tipicidad penal. Los delitos de resultado habrían de entenderse como delitos de peligro condicionado por el resultado.

¹⁶⁶ Con profundidad, CUESTA AGUADO, *Tipicidad*, pp. 156 y ss; señalando que el deber objetivo de cuidado en el caso concreto, habrá que acudir a las normas y principios que indican las medidas de seguridad que se deben adoptar y respetar para el desarrollo de una determinada actuación. (...) Según JESCHECK, en la configuración del deber objetivo de cuidado, habrán de distinguirse dos aspectos: a) Deber de cuidado interno; b) Deber de cuidado externo, con tres manifestaciones: 1. Deber omitir acciones peligrosas; 2. Deber de preparación e información previa; 3. Deber actuar prudentemente en situaciones peligrosas.

Imputación objetiva

que se debe, pero el riesgo asumido es menor que la completa inactividad—, que tradicionalmente se ha empleado dentro del delito imprudente, para sustituirla por la genérica expresión de “*riesgo permitido*”, que elemento (no criterio) de la imputación objetiva es predicable de ambas modalidades delictivas, con lo que reforzará la pretensión de este sector doctrinal por defender un sistema penal unitario.

No obstante, otros autores señalan que el deber objetivo de cuidado y riesgo permitido constituyen, pues, las dos valoraciones significativas en dicha estructura típica. Mediante la postulación social que implican, los posibles excesos de una metodología lógico-formal se ven razonablemente limitados.

A este respecto, un sector doctrinal equipara total o parcialmente -el concepto de riesgo permitido- con la adecuación social¹⁶⁷. Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación¹⁶⁸.

JAKOBS parte de que un consentimiento opera justificando o excluyendo el tipo, esto es, que puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con el mismo tipo, especialmente en las lesiones. El ámbito del consentimiento excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo. Con esto, JAKOBS concluye que la exclusión del tipo por el riesgo permitido y por consentimiento son aquí congruentes.

¹⁶⁷ Entre otros, CANCIO MELÍA, *Los orígenes*, p. 53; GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría*, p. 124 y s; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación*, pp. 115 y 116.

¹⁶⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 371; por su parte WOLTER, *La imputación*, p. 88; que además de la imputación estrictamente objetiva de resultados de salvación como valores de resultado, una dogmática sobre <<el alcance del tipo de permisión>> o sobre la imputación objetiva en la creación de posibilidades de salvación (valor de la acción incluido el valor de las posibilidades de salvación). Se trata pues de establecer un principio de la posibilidad de salvación, en el que también podrían encontrar su ubicación dogmática los límites éticos-sociales de la legítima defensa o de las desviaciones causales incluida la *aberratio ictus* en la creación de una posibilidad de salvación. Sin embargo, toda esta cuestión aún se encuentra en pañales dogmáticos.

Por otra parte, sobre el criterio unitario del consentimiento KIENTZY opina que constituye una causa de exclusión del injusto que despliega su eficacia ya en el nivel de tipicidad, puesto que para que se cumpla el tipo no basta que exteriormente la acción parezca subsumible en el mismo, sino que debe encerrar aquel mínimo contenido de injusto que se concretiza en la lesión del bien jurídico¹⁶⁹.

En una línea similar, si bien haciendo uso de unos argumentos dogmáticamente más endebles, está también KÜHNE, el cual sostiene que tanto “el consentimiento como la conformidad son expresión de una renuncia al bien jurídico que excluye la tipicidad”¹⁷⁰.

No obstante, es a ROXIN a quien hay que atribuir el mérito de haber explicado claramente que la razón determinante para suponer que todo consentimiento eficaz excluye la tipicidad se halla en la teoría del bien jurídico defendida, de acuerdo con la misma, en las normas penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no consiste en “*la integridad de los objetos*”, sino en “*el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden*”. En palabras del propio ROXIN: “cuando bienes jurídicos sirven al libre desarrollo del individuo, no puede haber lesión alguna del bien jurídico, cuando una acción se base en una disposición del titular que no perjudica su libre desarrollo, sino que, por el contrario, es expresión del mismo”¹⁷¹.

Continuando ahora ya con el análisis de los supuestos en los que se produce dicha elevación “excepcional” de nivel máximo de riesgo permitido, hay que entrar a examinar las razones por las que se produce en ciertos casos un tratamiento específico de condiciones que difiere de las reglas generales hasta ahora expuestas. Y, para ello, debemos referirnos a dos cuestiones: la razón de la explicación de dichos casos y la fundamentación de su tratamiento jurídico-penal diferenciado desde el punto de vista del juicio de antijuridicidad.

¹⁶⁹ Referido por ROXIN, *Acerca del consentimiento en Derecho Penal, Dogmática Penal y Política Criminológica*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Editorial Moreno S. A. 1998. pp. 144-149; KIENTZY, *Der Mangel an Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträger*, 1970.

¹⁷⁰ *Ídem*.

¹⁷¹ ROXIN, Op. Cit. *Acerca del consentimiento*...

Por lo que se refiere al primer aspecto, es necesario ante todo identificar que características de aquellas conductas que afectan de alguna manera a bienes jurídicos penalmente protegidos son permanente y cuales son variables. Pues en relación con las primeras el deber de conducta podrá ser definido mediante una formulación dotada de validez general; mientras que, respecto de las segundas, no quedará otro remedio que acudir a soluciones casuísticas¹⁷². Sin embargo, con ello se demuestra el carácter eminentemente tópico de la teoría, y por ende la imposibilidad de exigir para ella el carácter de teoría globalizadora¹⁷³.

B. Incremento del riesgo y conductas alternativas conforme a Derecho

La otra teoría que, junto a la analizada, se disputa la primacía en el tema que nos ocupa, es la conocida teoría del “*incremento del riesgo*”, diseñada por ROXIN¹⁷⁴ por el año 1962. Así como los “*comportamientos alternativos ajustados a derecho*”, referidos a supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aún de haber adoptado el autor un comportamiento conforme a deber¹⁷⁵, criterios desarrollados ya con anterioridad¹⁷⁶.

¹⁷²PAREDES CASTAÑON, *El riesgo*, p. 420 y 421.

¹⁷³ En este sentido DONNA, *La imputación*, p. 137.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, véanse CANCIO MELÍA, *Conducta*, p. 59; CUESTA AGUADO, *Tipicidad*, p. 140; REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 244; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 205 y 206; considera que la obra de ENGISCH suele señalarse como su claro antecedente, y cuyo contenido puede resumirse de la siguiente forma: existe realización del riesgo cuando el comportamiento imprudente ha creado un riesgo mayor que el permitido, extremo este último que se constata mediante la comparación entre el peligro de hecho creado y aquel que la conducta correcta hubiera dado lugar en el supuesto concreto a enjuiciar.

¹⁷⁵ Véase CANCIO MELÍA, *Conducta*, p. 58. quien refiere a GIMBERNAT quien propuso para la solución de estos supuestos la utilización del criterio del fin de protección de la norma. (...) ROXIN por el contrario, elaboró para estos supuestos la doctrina del incremento del riesgo, conforme a la cual lo decisivo es determinar si la conducta del autor generó un riesgo por encima del permitido.

¹⁷⁶ CANCIO MELÍA, *Conducta*, p. 60; por su parte, REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 244, manifiesta que ROXIN, al ocuparse de los problemas que respecto del grado de probabilidad exigible habían surgido dentro de los partidarios de considerar las conductas alternativas conforme a Derecho, calificó al concepto de “realización del riesgo” como demasiado genérico y crítico las posiciones extremas de fundamentar la inexistencia de la imputación tanto en una simple posibilidad, como una probabilidad rayana en la certeza, proponiendo en su lugar que en un resultado debería serle imputable a una persona cuando ella, con su conducta, hubiera creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva.

Sobre ello, ROXIN explica “que los casos de conducta alterativa conforme a Derecho están próximos a las constelaciones en que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación. Pero se diferencian de ellos en que no se trata de una causalidad ya predispuesta realmente, sino sólo de una causalidad hipotética imaginada a efectos comparativos y que sirve para conseguir un juicio normativo de incremento del peligro; en el mismo sentido”¹⁷⁷.

Por su parte, JAKOBS agrega que “la teoría del incremento del riesgo podría ser viable coherentemente: para ello habría que prescindir de la realización del riesgo y de los cursos causales hipotéticos¹⁷⁸”. Asimismo MARTÍNEZ ESCAMILLA alude a que “suelen presentarse y entenderse como un intento de dar solución, hoy en sede del tipo objetivo, a un grupo de casos problemáticos de caracteres peculiares¹⁷⁹”.

Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva se topó con otro problema, consistente en la determinación de que es el llamado aumento del riesgo en el tipo imprudente. Las palabras utilizadas, tales como sustancial, claro, esencial, no son fáciles de determinar. Bien ha dicho KÜPPER¹⁸⁰ “que estos *topoi* no sólo son, en sí una medida, sino por el contrario, son contradictorios. Con lo cual desde un punto de vista normativo se llega a la conclusión de que la imputación sea sin sentido, si la norma que fija el criterio también lo es”.

El argumento base es que el nexo necesario entre conducta desvaliosa y resultado tiene que constatar que el riesgo creado con la acción imprudente haya incidido en su producción. No se puede excluir la posibilidad de que el daño también se hubiera producido con una conducta conforme a derecho. Es por eso que no es más que un caso de elevación del riesgo, donde debe verificarse si éste se ha manifestado en la producción del resultado¹⁸¹.

¹⁷⁷ROXIN, *Derecho penal*, p. 382, en el mismo sentido su discípulo DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 90 y 91.

¹⁷⁸*Derecho penal*. p. 285.

¹⁷⁹MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 193.

¹⁸⁰Citado por DONNA, *La imputación*, p. 150.

¹⁸¹Por lo que respecta a las omisiones, es determinante que no existirá un comportamiento “alternativo, ya que no hubo un comportamiento, sino que lo que habrá que preguntarse es en qué medida el comportamiento debido hubiera mantenido el riesgo dentro de lo permitido.

STRUENSEE ha sostenido infundadamente que el aumento del riesgo es de dudosa inclusión en el tipo objetivo. “En primer lugar -dice el autor- es cuestionable si a la producción del resultado típico que, según el Derecho positivo, es presupuesto de punibilidad, resulta necesario añadir al constatación, además de las circunstancias de un síndrome de riesgos. Pues a toda producción del resultado precede, necesariamente, una situación que incluye en sí misma la posibilidad (peligro) de causación del resultado. Si estos peligros intermedios o riesgos fuesen intolerables, resultaría ya también realizado, siempre que el tipo objetivo con la causación del resultado ¹⁸².”

Sin embargo, si se reconoce que, en la imputación objetiva, la teoría del incremento del riesgo está limitada por la teoría del fin de protección, entonces no existe así ninguna clase de peligro que conduzca a una responsabilidad del deber lesionado por medio de incluir simples reflejos de protección.

Aun con lo anterior ROXIN siguió reservando la teoría del incremento del riesgo para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a los criterios por él desarrollados ¹⁸³ que trataban estos casos como supuestos de cursos causales hipotéticos.

Ejemplo: Un sujeto, víctima de una paliza, es conducido al ambulatorio de la Seguridad Social “(...) apreciándose que presentaba dos heridas inciso–contusas en la ceja izquierda, así como múltiples erosiones. A la hora indicada, al frente del Ambulatorio se hallaba el procesado (...), de buena conducta y sin antecedentes penales, quien hacía sólo dos años que había terminado sus estudios en la Facultad de Medicina y carecía de toda especialización (...). Por otra parte, el centro carecía entonces de ambulancia, laboratorio, rayos X y teléfono y el material de que disponía era poco. Al lesionado le fue saturada la herida que presentaba en la ceja con tres

¹⁸²STRUENSEE, *El tipo subjetivo del delito imprudente*, INACIPE, 2000.

¹⁸³ Los casos de conducta alternativa ajustados a Derecho como lo menciona ROXIN, *Derecho penal*, p. 382, están próximos a las constelaciones en las que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación. Pero se diferencian de ellos en que no se trata de una causalidad ya predispuesta realmente, sino sólo de una causalidad hipotética imaginaria a efectos comparativos y que sirven para conseguir un juicio normativo de incremento del riesgo.

puntos, lo que hizo el practicante, y después el procesado (...), auxiliado por el otro médico, procedió a reconocerlo, haciéndole unas palpaciones en las costillas, ante la posibilidad de que alguna estuviese fracturada, ya que se quejaba del costado derecho, y como no apareció nada anormal le indicó que podía irse a su domicilio sin perjuicio de que, más tarde, si le persistieran los dolores, se hiciese una placa (...). El sujeto falleció horas después a causa de una hemorragia consiguiente al desgarramiento, por traumatismo, del riñón derecho a nivel del pedículo. De haber sido diagnosticada a tiempo la lesión afectante al riñón, su muerte pudo ser perfectamente evitada. “Ahora bien, fue reconocido en el Ambulatorio de la S.S., con los médicos existentes en él, era muy difícil el diagnóstico de tal lesión, pues aunque la hemorragia consistente a la rotura del riñón se acusa mediante la observación de los parámetros clínicos normales, como tensión arterial, frecuencia del pulso y aparición de hematuria, lo que parece no se hizo en este caso, aunque se hubiese hecho muy probablemente nada anormal se habría apreciado, dado que, para que la hemorragia pueda ser detectada clínicamente, es preciso que adquiera cierta entidad, lo que exige el transcurso de varias horas, sobre todo sino es intensa, como evidentemente no lo era cuando el interfecto llegó al Ambulatorio, habida cuenta del lapso que aún vivió después”¹⁸⁴.

Más allá de estas constelaciones de casos, se propuso utilizar como criterio general de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el criterio del fin de protección de la norma antes mencionado. Éste operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva. Su aplicación pretendía evitar las dificultades que presenta el juicio de previsibilidad, y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuricidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo.

Con lo señalado se demuestra que en la praxis los casos de incremento del riesgo permitido se refieren mayoritariamente a los delitos imprudentes¹⁸⁵; sin

¹⁸⁴SILVA SÁNCHEZ, *Casos*, p. 165.

¹⁸⁵Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 83 y s, al explicar que como es sabido, la responsabilidad por imprudencia requiere la producción de un resultado lesivo. Ello significa que no cabe la imputación si, aunque se haya realizado una de las conductas descritas como imprudentes, no se produce resultado lesivo alguno para bienes jurídicos. Es más, aunque haya imprudencia y se cause un resultado, tampoco cabrá establecer

embargo, las reglas de imputación expuestas tienen teóricamente la misma validez para los delitos dolosos. Así, el legislador cuando se encuentra en la necesidad de admitir actividades peligrosas, ha de decidir, en primer lugar, en que medida esta dispuesto a tolerar los peligros que para los bienes jurídicos emanan de dichas actividades (...). Esta medida tolerada de peligro es la que constituye el componente del resultado del fenómeno del riesgo permitido y la idea nuclear en que se fundamenta la teoría del incremento del riesgo ¹⁸⁶.

El funcionamiento práctico de esta propuesta puede verse claramente en el referido caso del farmacéutico ¹⁸⁷, tratamiento dado por ROXIN, según el cual “lo que importa no es si el médico, de ser consultado, hubiera recetado más veces la medicina, sino que lo único decisivo es si el empleo reiterado del fármaco era conforme a las reglas del arte médico”; con otras palabras: si se mantenía dentro del riesgo permitido de ser éste el caso y además, un médico consciente de su responsabilidad tampoco hubiera obrado de modo distinto ha como lo hizo el farmacéutico, el hecho de prescindir de la consulta generalmente obligada no es una circunstancia que aumente el riesgo (...). Pero esto no es todo. De que el tratamiento fuera conforme a *lex artis* no deduce ROXIN con carácter definitivo la absolución del farmacéutico. Ello dependerá, además, de “si el médico, de haberse proseguido el tratamiento con controles permanentes, hubiera podido comprobar los síntomas de envenenamiento en un momento en que todavía era posible la salvación”. Aunque sólo existiera una probabilidad científicamente demostrable de ello, la conducta del farmacéutico, por haber excluido esa posibilidad, habría tenido el efecto de incrementar el peligro y habría traspasado los límites del riesgo permitido, por lo que estaríamos ante un homicidio imprudente.

responsabilidad por éste si su producción no se puede imputar precisamente a la defectuosa elección de método (sino a otros factores). Deben aplicarse aquí, por tanto, las reglas sobre la realización del riesgo en el resultado que ha ido desarrollando la teoría de la imputación objetiva.

¹⁸⁶MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación*, p. 207.

¹⁸⁷ Véase el ejemplo en FEIJÓO SÁNCHEZ, *Teoría*, p. 13, así como el caso de la novocaína. A un niño se le administra como anestesia cocaína en lugar del narcótico indicado conforme a la *lex artis* (novocaína). El niño fallece. En la autopsia se descubre la particular y extraña anomalía física del niño que le habría producido rechazo contra todo tipo de anestesia.

ROXIN indica que entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo, es polémica la cuestión de cuál debe ser la decisión cuando no se pueda comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido ¹⁸⁸.

Los defensores de esta teoría se aprecian gracias al método propuesto, poder prescindir definitivamente de los cursos causales hipotéticos y de la fórmula de la *conditio*, sustituyéndolos por el enjuiciamiento pericial o los datos estadísticos en la averiguación del nexo del riesgo. Así evitarían las críticas al respecto dirigidas a la teoría tradicional ¹⁸⁹. Sin embargo, la teoría del incremento del riesgo supone una interpretación extensiva de los tipos penales que no respeta el límite literal posible de los preceptos de la parte especial. El que crea un riesgo no permitido practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero no mata o no causa una lesión. Por lo menos, no se prueba que mate o cause una lesión. Es decir, realiza una conducta que se puede calificar como tentativa (acabada), pero que no se sabe si ha consumado como homicidio o lesiones. El artículo 307 del Código Penal Federal (homicidio simple intencional) no desvalora aumentar la probabilidad de lesión para la vida de otros o reducir sus oportunidades de supervivencia, sino que desvalora la efectiva lesión de ese bien jurídico.

No obstante, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, la constatación científica del incremento del riesgo no es algo tan factible. Si bien los grandes progresos de la ciencia son innegables, no es menos cierto que aún le queda un largo camino por recorrer, que existen fenómenos o sucesos que todavía no pueden ser explicados científicamente con certeza y en muchos casos la ciencia no puede prescindir con seguridad que habría ocurrido con un comportamiento que no tuvo lugar, si éste hubiera disminuido o no las posibilidades de causación de la lesión o si hubiera evitado o no el resultado, como puede ser el médico quirúrgico, donde la

¹⁸⁸ROXIN, *Derecho penal*, p. 382.

¹⁸⁹Véase en este sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 219.

mayoría de las veces es complejo dilucidar si el resultado es consecuencia de la conducta imprudente del médico o del riesgo natural de la enfermedad ¹⁹⁰.

C. La disminución del riesgo

Cuando la conducta co-causante del resultado tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico, se dice que disminuye el riesgo, y por tanto, que no crea un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva ¹⁹¹. Para ello sería el caso de quien desvía la acción lesiva dirigida a una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga en otra parte menos valiosa.

Por ejemplo: Supongamos la hipótesis de que A apunte a B con un revólver para dispararle en la cabeza. C empuja el brazo hacia un lado el brazo de A en el último momento, de tal forma que el disparo no alcanza la cabeza de B, sino su hombro. ¿Ha realizado C el tipo de lesiones en el caso? El se ha convertido, sin duda, en causal para la lesión del hombro y, precisamente, en forma por completo adecuada. Pero de tal modo él no ha creado un peligro para la integridad corporal de B, sino que ha disminuido el peligro existente salvándole la vida. La lesión no se puede, por consiguiente, imputar, porque no estriba en un peligro creado por él, con lo cual el tipo de lesiones no se ha realizado ¹⁹².

En este supuesto, un sector de la doctrina argumenta que podría estar amparada en una causa de justificación -estado de necesidad-¹⁹³. Tomando en consideración la

¹⁹⁰ Al respecto, consúltese SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas*, pp. 21 y s, al referir que la idea es que los destinatarios de los servicios profesionales ponen una especial confianza en los conocimientos del profesional y en su adecuada puesta en práctica. Mientras tanto, respecto al resto de aspectos que inciden en el ejercicio de la profesión no habría por qué tener más confianza que la común y la infracción de deberes de cuidado en este ámbito mostraría una gravedad igualmente común. Por ejemplo, no cabría tener más confianza que la común en el hecho de que un facultativo no se dormirá o no se retirará del lugar en que procede que esté. Pero existe fundamento para tener una confianza específica en que prescribirá correctamente las dosis de medicamentos, o en que examinará correctamente al paciente.

¹⁹¹ MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 232

¹⁹² ROXIN, *La problemática de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 39, Madrid, 1989, p. 755.

¹⁹³ Cfr. TORÍO LÓPEZ, *Fin*, p. 392; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 232; plantea que puede resolverse el ejemplo como un estado de necesidad; JESCHECK, *Tratado*, p. 389, por su parte, señala la

opinión ROXIN, a este respecto indica que “se reconoce la acción siendo esta constitutiva de una acción típica de lesiones; sin embargo, lo que aparece en un primer plano no es la realización de un riesgo para la integración física, sino la evitación del mismo, aspecto este que impide catalogar a dicho comportamiento como acción típica de lesiones”, o en palabras de MIR PUIG¹⁹⁴: “para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva es necesario que *ex ante* apareciese como creadora de un riesgo típicamente relevante.

Ello no sucede en los casos de disminución de riesgo, en los de ausencia de un grado de riesgo suficiente y en aquellos en que se origina un riesgo permitido, o bien, como precisa DÍAZ-ARANDA¹⁹⁵, “el peligro original debe ser ajeno, en el sentido de no provocado, por el mismo sujeto activo”, (...) “evitando llagar hasta el análisis de la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penadle una conducta que, desde una interpretación del tipo como captador de conductas disvaliosas, debe quedar excluida del ámbito de prohibición penal”.

IV.- Fin de protección de la norma

El criterio del fin de protección de la norma parte de un principio completamente distinto al de la teoría del incremento del riesgo: la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido acompañante, o bien éste no sea uno de los que la norma pretende evitar¹⁹⁶.

Sin embargo, hay quienes consideran que constituye un topos que tiene muy variadas aplicaciones en la teoría de la imputación objetiva del Derecho penal, como

posibilidad de recurrir a la causa de justificación del riesgo permitido; CEREZO MIR; *Curso*, p. 326, argumenta la existencia de un dolo de lesiones ROXIN, *La problemática*, p. 755; desde el punto de vista tradicional, a lo sumo se podría absolver asumiendo el estado de necesidad justificante. Pero de este modo no se reconocería que no existe el tipo de lesiones. El sentido social de la acción no está en el perjuicio (o menoscabo corporal producido), sino en la salvación del cuerpo.

¹⁹⁴ *Derecho penal*, p. 231.

¹⁹⁵ DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, p. 87.

¹⁹⁶ Así lo entiende ABREGÚ/CHILLER. *El homicidio*, p. 60.

también del Derecho civil, por esta razón, todo es oscuro en este criterio ¹⁹⁷, e incluso ROXIN adoptó posteriormente un criterio distinto que sirviera a sus propósitos de interpretar los tipos penales de acuerdo a un método teleológico funcional: “hay que sustituir la teoría final de la acción, si se quiere persistir en el punto de partida final, por una teoría final del tipo ¹⁹⁸”.

En estas palabras se encuentra el fundamento material del “fin de protección de la norma” para el Derecho penal, el cual es vinculado por ROXIN¹⁹⁹ con la “teoría de la adecuación social”, “antes de que el giro hacia la ontología” le desviara de esa vía. De este modo, quedan descartados los resultados en que no está pensando dicha norma. Por tales razones, no está claro, como debe establecerse y qué parte de las circunstancias del hecho ha de comprobarse propiamente con base en lo que constituye el fin de protección de la norma.

Ciertas normas imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos, sin embargo, el sujeto eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se puede negar la imputación de la conducta al tipo²⁰⁰.

Se trataría, por tanto, de un problema de la parte especial tal y como lo expone RUDOLPHI²⁰¹: “el ámbito de fin de protección de la norma es un criterio utilizado entre otros fines, para excluir la imputación objetiva en casos de daños sobrevenidos de manera secundaria (madre que muere de un infarto al conocer el atropello de su hijo), de daños sobrevenidos posteriormente (muerte de un sujeto varios años después de haber sufrido un contagio de SIDA), de participación en autopuestas en peligro ajenas que provocan lesiones o la muerte (la entrega de estupefacientes peligrosos para la

¹⁹⁷ Así PUPPE, *Imputación*, p. 81.

¹⁹⁸ Esto no se debe malinterpretar tomándolo en el sentido de que se trata sólo de una modificación terminológica y sistemática. Por el contrario, el mismo concepto de finalidad es distinto: es de carácter normativo y, según su contenido de sentido, sólo se puede descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos.

¹⁹⁹ *Cfr. Problemas básicos*, p. 115.

²⁰⁰ Véase, por todos ROXIN, *Derecho penal*, pp. 373 y 374

²⁰¹ Citado por LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 185, nota al pie 33.

vida a sujetos que, conscientes del riesgo, la toman y mueren) o de favorecimiento imprudente de acciones dolosas (publicación en una revista de información sobre personas presuntamente responsables por actividades violentas antiterroristas, que es utilizada por sus asesinos).

Por ello se ve obligada a restringir el ámbito de lo típico con ayuda de criterios más o menos complicados, siempre de difícil articulación y ubicación sistemática, que en definitiva no significan sino un recurso inconsciente a uno de los postulados capitales del finalismo, cual es el que afirma que para poder enjuiciar una acción resulta imprescindible desde el principio tener presente el sentido que el sujeto le otorga, su carácter teleológico. Por ejemplo, si el accidente tuvo lugar en un punto en que el motorista estaba autorizado para manejar a una velocidad de treinta y cinco kilómetros por hora, según los reglamentos de tránsito, y en el que no había parada forzosa, la víctima no debió esperar que el tren se detuviera, sino que continuara su marcha, y quedaba a su propia iniciativa el invadir o no la vía del tren. El motorista, por su parte, no puede esperar a que un peatón atraviese la vía imprudentemente con riesgo de su vida, sino que se detenga y permita el paso del tranvía; así es que, aún cuando la velocidad fuera superior a la permitida, no hay relación de causalidad entre esto y el daño producido, puesto que la vía obliga al tren a mantener una dirección fija e indefinida, siendo imprudente el acto del peatón, de invadir la vía, para que se produzca el accidente, sin lo cual es imposible. Por lo que si el tren se encontraba distante todavía de la parada, es lógico que el peatón, a menos de que actúe con imprevisión e imprudencia graves, deba detenerse, y si no lo hace, el daño resulta exclusivamente de sus propios actos, sin que para ello intervenga la imprudencia, consistente en el exceso de velocidad, imputable al motorista, pues la situación creada por el peatón, le impide precisamente por el peso del tranvía, detenerlo en un espacio de unos cuantos metros, máxime, si en el caso existe la circunstancia de que la víctima cargaba algo en la cabeza, que tal vez le impidió observar la vía antes de pasar de todo lo cual se concluye que en el caso, no existió imprudencia, por parte del motorista y la sentencia que no lo considere así, es violatoria de garantías²⁰².

²⁰²Ejemplo extraído del Tomo LXXII, Mayo Ruiz Pastor, pág. 1597, 20 de Abril de 1942. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXII, Tesis, página 1597, Tesis aislada.

Conforme al modo de proceder sugerido por la teoría del fin de protección de la norma. Ha de examinarse, en primer lugar, si la teoría del fin de protección de la norma, ha de examinarse, en primer lugar, si la norma infringida se revela como apropiada para disminuir o conjurar aquellos peligros que se han realizado en la lesión del bien jurídico. Por ello, no puede basarse en que ha desplegado su eficacia peligros, cuya reducción se proponía la norma de cuidado infringida, sino en que los terceros confían en el comportamiento correcto del autor y que por factor sorpresa resultan defraudados en sus expectativas de un comportamiento correcto. El fin de protección alcanzaría hasta donde los terceros confían en la observancia de las reglas del ámbito vial.

Ello es claramente explicado por GIMBERNAT ORDEIG, en el sentido de que, si el resultado producido por el comportamiento no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber derivado de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad, siendo ello expuesto con el siguiente supuesto:

Si un conductor circula a una velocidad excesiva en las proximidades de un colegio, y mata a un suicida que se arroja ante su vehículo, ahí se están dando todos los elementos expresos integrantes de la tipicidad del homicidio imprudente, en cuanto que una acción negligente ha sido causante de un resultado típico. No obstante un elemental análisis teleológico de esa norma de prudencia, que establece que “la velocidad debe reducirse a la equivalente a la del paso del hombre... en las proximidades de las escuelas a las horas de entrada y salida de los alumnos”, lleva a la consecuencia de que esa limitación de velocidad no está impuesta para evitar atropellos de suicidas; de ahí que esa muerte, aparentemente típica, no sea objetivamente imputable²⁰³.

Asimismo, DÍAZ-ARANDA entiende “que el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar es precisamente: proteger a los escolares en horas de clases, no para proteger a suicidas que a media noche buscan a

²⁰³Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, pp. 216 y 217.

un causante de su muerte. Por ello si la velocidad de 60 km/h es en general permitida en la vía sobre la cual se produce el accidente y sólo se restringe en la zona en que se encuentra la escuela, no se puede imputar la conducta al tipo objetivo de homicidio por causar la muerte de un suicida a media noche. Diferente sería si en general en esa vía la velocidad máxima es de 40 km/h, la cual se restringe todavía más en la zona escolar (20 km/h), pues si bien este segundo deber de cuidado queda excluido, sigue igual si son suicidas o no, o si realizan su intento de cruzarse a media noche o medio día”²⁰⁴.

Por otra parte, el propio ROXIN recurrió al fin de protección de la norma²⁰⁵ como criterio destinado, en los supuestos en que se produce un segundo daño, y precisamente, supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuesta en peligro.

Por ejemplo: “el caso de la entrega de heroína”. El acusado había vendido a la víctima una determinada cantidad de heroína que resultó ser de gran pureza, sin que el acusado conociera esta circunstancia. La víctima murió al consumir la sustancia. Al respecto el Tribunal de instancia condenó al acusado por un delito contra la salud pública, pero le absolvió del de homicidio del que se le acusaba, afirmando que la conducta del acusado, al desconocer el alto grado de pureza de la heroína, no entrañaba un riesgo distinto del inherente al tráfico. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación del tribunal de instancia, afirmando que es indudable que la extraordinaria concentración de la sustancia vendida genera un riesgo de muerte. Por otra parte, sostiene que el acusado estaba obligado a comprobar si las características de la heroína que vendía se ajustaban a lo habitual en el contexto de relación correspondiente, ya que el riesgo permitido en este ámbito ha de determinarse en atención a las expectativas del consumidor. Partiendo de la teoría de la imputación objetiva, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que en este caso no existe una

²⁰⁴ Véase DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 98 y 99.

²⁰⁵ En este contexto, la expresión “fin de protección de la norma” estaba siendo utilizada en dos distintas acepciones. Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía “la norma objetiva de cuidado” de los delitos imprudentes; por otra parte, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Más recientemente para evitar confusiones, recurre a la expresión “alcance del tipo cuando utiliza el criterio en su segunda acepción”.

Imputación objetiva

autopuesta en peligro que pudiera excluir la imputación objetiva, ya que las conductas de esta clase sólo quedan fuera del fin de protección de la norma si el sujeto que se pone a sí mismo en peligro es consciente del riesgo al que se expone.

Con arreglo al criterio del ámbito o fin de protección de la norma (o del ámbito del tipo) quedaría excluida, según ROXIN, la imputación del resultado en los siguientes supuestos: en caso de cooperación a la creación dolosa del peligro por parte de la víctima, cuando ésta hubiera consentido en la creación dolosa del peligro por parte de otro y siempre que la evitación del resultado perteneciera al ámbito de responsabilidad de otra persona.

Ejemplo: “*el caso del incendio*”. El acusado había participado junto con otras personas —entre ellas, la posterior víctima— en una fiesta celebrada en una casa. El acusado prendió fuego en la planta superior del inmueble, en la que se encontraban dos personas: el hijo, de doce años, del matrimonio anfitrión, y uno de los invitados, que estaba dormido. Al progresar el incendio, el niño pudo salvarse, mientras que el invitado sufrió una intoxicación por humo que condujo poco después a su muerte. Otro hijo del matrimonio anfitrión, que en el momento de desencadenarse el incendio se encontraba en el exterior —y que había ingerido una considerable cantidad de alcohol—, intentó subir a la planta superior de la casa, en la que quería salvar los bienes materiales o las personas que ahí estuvieran, especialmente a su hermano de doce años. Llegó al pasillo, en la que cayó al suelo por los efectos producidos por la inhalación del humo, muriendo también él por una intoxicación de monóxido de carbono. El Tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de incendio, y, en lo que se refiere a la muerte del hermano que intentó el salvamento, por homicidio imprudente. El Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania, mantuvo la condena, argumentando, en este supuesto no concurre una autopuesta en peligro responsable, ya que no queda excluido el fin de protección de la norma.

En el *topos* del ámbito o fin de protección de la norma se han mezclado una serie de cuestiones que ocupan un lugar distinto dentro de la teoría jurídica del

delito²⁰⁶. En realidad este criterio es una mezcla de distintos institutos y figuras de la teoría jurídica del delito con una única finalidad: limitar la imputación de resultados. Es decir, se han entremezclado diversos problemas que han quedado camuflados bajo el manto del fin o ámbito de protección de la norma. De esta manera, la teoría de la imputación objetiva ha confundido en vez de esclarecer.

Se ha afirmado²⁰⁷ que un resultado fuera del fino ámbito de protección de la norma es lo mismo que decir que falta algún requisito para imputarle el resultado a una persona como obra suya. A pesar de lo dicho, coincidimos²⁰⁸ que con ello no se evita la arbitrariedad en la solución, ya que es preciso determinar en cada supuesto cuál es el requisito que falta y por qué falta ese requisito.

A pesar de que concordamos con los presupuestos básicos de la teoría de la imputación objetiva que busca una interpretación teleológica y objetivadora del tipo y rechazar las críticas provenientes del finalismo, es preciso tomar en cuenta una serie de defectos de los padece²⁰⁹ como son los llamados “*casos de resultado tardíos*”, los cuales se caracterizan porque la conducta del autor produce en la víctima, no solamente una determinada lesión primaria, sino que implica, además, el peligro de que se produzcan, más tarde, a causa de la lesión primaria producida (por ejemplo, la amputación de una pierna o lesión de un órgano) otras consecuencias corporales o incluso la muerte de la víctima.

Tal es el caso de Rudi DUTSCHKE, un dirigente de la revuelta estudiantil alemana de 1968 que fue víctima de un atentado por parte de un sujeto de la extrema derecha que le disparó en la cabeza con intención de matarle. DUTSCHKE sobrevivió a la lesión y logró restablecerse después de una larga rehabilitación. Como daño permanente de la lesión cerebral quedó, sin embargo, una epilepsia causada por un

²⁰⁶ Como es el caso en la interpretación del tipo objetivo, problemas estrictos de causalidad, los conocimientos relevantes para el tipo, la determinación del deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido, la relación normativa que debe existir entre la infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado, etcétera.

²⁰⁷ Véase *Teoría*, p. 94.

²⁰⁸ *Teoría*, p. 95.

²⁰⁹ En defensa de las aportaciones de ROXIN, principalmente su discípulo SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento*, p. 19.

tejido cicatricial. Los ataques epilépticos pueden ciertamente moderarse a través de medicamentos, pero el riesgo de un ataque repentino no puede excluirse definitivamente. Años más tarde, después de que el autor del atentado fuera ya condenado con sentencia firme por tentativa de homicidio, DUTSCHKE sufrió un ataque epiléptico en el baño, perdiendo la conciencia y ahogándose.

Resultados de esta índole no son imputables, según una opinión ampliamente extendida dentro de la teoría de la imputación, pese a la existencia de un peligro que señale claramente en esta dirección y que ha sido creado por el autor²¹⁰. De manera muy similar se niega, últimamente, en la discusión sobre los aspectos penales de la infección de otra persona con el “SIDA”²¹¹, la aplicabilidad de los delitos contra la vida:

Ejemplo: El acusado había tenido conocimiento de que estaba infectado con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). El médico que le comunicó este hecho le informó de modo exhaustivo acerca del riesgo de contagio del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) que emanaba a partir de ese momento de su persona para quienes mantuvieran relaciones sexuales con él y le indicó, especialmente, que sería necesario que utilizara en todo caso un preservativo a la hora de mantener los contactos sexuales que dan lugar a posibles contagios, especialmente, el coito vaginal, anal u oral. A pesar de estas recomendaciones, mantuvo en varias ocasiones, con personas que había conocido poco antes en un local del ambiente homosexual relaciones sexuales sin preservativo y sin informar a su respectiva pareja acerca del hecho de que estaba infectado. En ninguno de estos casos pudo comprobarse que se hubiera producido una transmisión del virus²¹².

²¹⁰FRISCH, *Tipo*, p. 43. Como explicación se aduce, entre otras, que el hecho ha concluido con la curación de la lesión primaria y que el impedir resultados tardíos, cae fuera del fin de protección de los tipos correspondientes.

²¹¹ Los supuestos de transmisión del SIDA han desencadenado un intenso debate doctrinal. Lo cierto este grupo de casos plantea una serie de problemas que trascienden con mucho el ámbito de la valoración jurídico-penal de la conducta de la víctima. Al respecto véanse MIR PUIG, *Problemas jurídicos penales del SIDA*, pp. 11 y ss.; FRITZ, *El Derecho penal sexual en la actualidad. Sexualidad y Crimen*, Reus, Madrid, pp. 17 y ss.; ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, Crimen y Sexualidad; SILVA SÁNCHEZ, *Problemas jurídicos penales del SIDA*; entre otros.

²¹²Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta*, p. 34.

El Tribunal de instancia condenó al acusado por tentativa de un delito de lesiones. El Tribunal Supremo Federal Alemán de la República Federal de Alemania, mantuvo la condena, argumentando que no puede quedar excluida la responsabilidad de las víctimas por el hecho de que hubieran sido poco cuidadosas al no exigir el uso de medidas prevención, ya que con independencia de que en este caso pudiese aplicarse la doctrina de la distinción entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en todo caso la responsabilidad comienza en aquel momento en el que el autor dispone de conocimientos superiores en la materia que la víctima ²¹³.

Caso diferente es: “que estos riesgos están previamente determinados y precisamente en función de ellos se han establecido los deberes que debe observar el autor, si por el contrario éste no observa dichos deberes y, por tanto eleva el riesgo, pero si el resultado de todas formas se habría producido aunque el autor hubiese observado dicho deber, entonces ese resultado no se puede imputar a su conducta ²¹⁴”.

Ya en este punto debe señalarse que, en la concepción de ROXIN, la distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro no es más que un primer escalón de la solución a los casos problemáticos.

El problema es definir qué se entiende por una autolesión o una autopuesta en peligro, y heteropuesta en peligro ya que se tratan de conceptos normativos y no de una mera descripción fáctica ²¹⁵. En opinión de ROXIN, son supuestos de participación en una autopuesta en peligro, por ejemplo, los casos de competición de motociclistas ²¹⁶ o de entrega de estupefacientes ²¹⁷, mientras que pertenecen al grupo de las

²¹³ Consúltase FRISCH, *Tipo*, p. 43, quien refiere que estos tipos penales no estarían diseñados para tales resultados, que eventualmente se realizan muchos años después de la conducta causante; faltaría la dimensión temporal de la imputación. Ello no significa otra cosa que: el peligro de que se produzcan años más tarde resultados mortales a causa del comportamiento de contagio correspondiente no es, desde este punto de vista un peligro desaprobado en sentido del tipo penal de los delitos contra la vida.

²¹⁴ En este sentido véase DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 96 y s.

²¹⁵ Señala FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 290.

²¹⁶ *Cfr.*, detalladamente, ROXIN, *Derecho penal*, p. 388.

²¹⁷ ROXIN, *Derecho penal*, p. 389.

heteropuestas en peligro consentidas, por ejemplo, el caso del barquero ²¹⁸ o del copiloto ²¹⁹.

Según ROXIN, en este último grupo de casos habría que llegar a una valoración normativa distinta a la correspondiente a los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, afirmando la responsabilidad del autor que pone en peligro al otro. Pues el acontecer generador del riesgo no es dirigido o “dominado” por la víctima, estando más “indefensa” ésta frente al riesgo que en el caso de la autopuesta en peligro.

Siguiendo con la doctrina alemana, de donde a partir de la realidad de su Derecho positivo han buscado la solución a este tipo de problemas y otros similares mediante la referencia al *topos* de la distinción entre autolesión y heterolesión consentida ²²⁰. En estos casos se deja respetar al otro como persona que no debe ser denigrada como mero medio o instrumento para las finalidades particulares ²²¹. Sin embargo, no existirá una autolesión o una autopuesta en peligro, en sentido propio cuando alguien se “autolesiona” o “autopone en peligro” porque un tercero ha creado o le es imputable una situación de necesidad en la que la única salida racional que le queda al titular de los bienes jurídicos es autolesionarse o autoponerse en peligro ²²².

La cuestión central para la imputación de estos hechos pasa a ser, pues, cuándo una autolesión o autopuesta en peligro puede calificarse como racional. Decir simplemente que no existe autolesión o autopuesta en peligro mientras una persona reaccione de forma razonable a una situación de necesidad no es más que una aproximación al problema ²²³.

Por ello, el principio de autorresponsabilidad, como principio general del Derecho, tiene una influencia en diversos aspectos de la teoría del tipo. Por ejemplo,

²¹⁸ROXIN, *Derecho penal*, p. 393.

²¹⁹ROXIN, *Derecho penal*, p. 394.

²²⁰FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 290.

²²¹FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 292.

²²²FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 313.

²²³FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 314.

permite otorgarle un fundamento al principio de confianza, tiene influencia insuficientemente reconocida en la teoría de la autoría y participación sobre todo en la idea de la accesoriedad y en la doctrina de la autoría mediata y en el ámbito del tipo objetivo sirve para determinar la imputación del hecho al titular del bien jurídico afectado definiendo como autolesión o puesta en peligro -es decir, no hay injusto-²²⁴.

Sin embargo, por otro lado, sostiene que con ayuda de determinados criterios puede llegarse a la conclusión —en ciertos supuestos— de la heteropuesta en peligro equivale a la autopuesta en peligro y debe ser por ello igualmente impune. Para que pueda producirse tal equiparación, deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima “conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro”; en segundo lugar, que la lesión sea “consecuencia del riesgo asumido”, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser “igualmente responsable” del acontecer que quien genera el riesgo.

Siguiendo al profesor ROXIN, quien refiere sobre un punto fundamental de este tema, es: “la pregunta acerca del alcance (el fin de protección) del tipo aún puede resultar fructífera para otros grupos de casos. Así, por ejemplo, tampoco se podrán imputar los daños consecuencia de un shock (daños producidos psíquicamente a un afectado por un delito, pero no en su propia persona) ni los daños consecuencia de otros (por ejemplo, el posterior accidente de tráfico de quien ha quedado impedido por una anterior lesión)²²⁵”.

Las reflexiones expuestas hasta ahora han mostrado ya que los ejemplos tradicionales de cursos causales extraños o incluso sorprendidos no son la situación en la falta de creación de un peligro, sino casos de creación de peligros que no son desaprobados —o en su caso reprochables— a causa de razones específicamente normativas. Tampoco se puede decir que tales desarrollos se encuentran fuera de la experiencia de la vida.

²²⁴FEIJOO SÁNCHEZ, *Actuación*, p. 331.

²²⁵ROXIN, *Derecho penal*, p.402.

A este respecto, FRISCH²²⁶ indica que la razón estriba, más bien, en que determinadas actividades nos parecen importantes por su necesidad o utilidad de condiciones que minimizan el riesgo. De modo concreto: si las condiciones que debían cumplirse en el curso de la actuación correspondiente, se cumplieron, se excluye la punibilidad (más preciso: lo ilícito) por faltar la característica de la infracción del deber de cuidado, exigida de manera casi general en el ámbito de la imprudencia; de modo que no hace falta recurrir, como explicación al topos de la imputación que es la falta de creación de un riesgo desaprobado. Esto cambia solamente cuando no se dispone, sin más, del topos de la ausencia de infracción del deber de cuidado, o cuando no se puede dudar, en el caso concreto de la infracción del deber de cuidado. Lo primero sucede cuando está sobre el tapete no un delito culposo, sino un delito doloso.

V.- Toma de postura

A diferencia del sistema causalista y finalista, los cuales se basaban en el nexo causal, el funcionalismo se basa en un “nexo de imputación”, es decir, la atribución de un resultado a la conducta del autor penalmente responsable y, en consecuencia, su inclusión en el tipo objetivo.

En tal caso, las conductas defraudadoras que al Derecho penal le incumben, es algo que la teoría de la imputación objetiva debe determinar. La función que una teoría de la *imputación* esta llamada a desempeñar, es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado “*el concepto jurídico penal de conducta*”, con lo que podemos inferir que, para el Derecho penal: “es acción toda causación imputable, esto es, que le sea objetivamente —con todos los elementos que el tipo objetivo requiere para su integración—imputable el resultado de la persona por su actuar”.

Tal afectación del objeto del delito, que no es resultado en sentido material, sino un elemento esencial del tipo, es a la que denominamos también “resultado”, por cuanto político-criminalmente y procesalmente, esta lesión del objeto del delito tiene

²²⁶FRISCH, *Tipo*, p. 42.

idéntica función que la del resultado material de los delitos de lesión. De esta manera, el concepto jurídico penal de acción surge cuando una conducta “injusta” y “culpable”, es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva²²⁷.

La diferencia entre la teoría de la imputación objetiva y sus críticos se reduce en este punto esencialmente a que ambos trabajan con distintos criterios objetivos. Mientras que la teoría de la imputación objetiva emplea conceptos como “creación de un peligro desaprobado” y la necesidad de la “realización de un peligro desaprobado”, los críticos preguntan si la producción del resultado es expresión del poder sobre el hecho o dominio del hecho del autor, o si previsible y congruente con lo querido por éste²²⁸.

Sin lugar a dudas, estamos frente a una nueva concepción del sistema penal desarrollada en derredor de una teoría de la imputación que implica no solo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto²²⁹. Siendo que el status de la imputación se caracteriza a partes iguales por elementos empíricos y normativos.

Por lo que respecta a la imputación que el Derecho procesal penal presenta en la actualidad un Estado de Derecho cuya fundamentación teórica hoy se encuentra

²²⁷ Si la imputación subjetiva busca precisar el contenido del querer, que desde el punto de vista hegeliano forma parte de la imputación objetiva, es impensable que la determinación de ese contenido de la voluntad preceda a la demostración de la existencia de esa voluntad. Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 81.

²²⁸ Al respecto, FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 54, aclara que “los conceptos críticos están fuertemente orientados hacia lo ontológico –aunque sólo en parte–. Con ello pretender evitar los peligros de la inseguridad jurídica predicados de los conceptos normativos de la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, tal extremo es muy dudoso puesto que saber hasta dónde llega exactamente el poder final sobre el hecho, cuándo existe dominio del hecho y qué no puede preverse es cualquier cosa menos algo inequívoco y, precisamente por ello, objeto de innumerables controversias”.

²²⁹ Cfr. LESCH, *Intervención*, p. 926, quien refiere que para la interpretación del injusto penal no se está a la valoración de sucesos del mundo exterior, sino al significado de estos para la vigencia de la norma (...) El Derecho penal, al igual pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico. Dicho en palabras del *hegeliano* BERNER: «Que el delito es una lesión jurídica no conforma su cara objetiva, sino su contenido específico, que se manifiesta perfectamente tanto en la acción *subjetiva* como en la *objetiva*». El descubrimiento de este «*contenido específico*» es el terreno que ha conquistado la teoría de la *imputación objetiva*”.

Imputación objetiva

fuera de duda pero cuya realización práctica no siempre es completa y que siempre queda como tarea, es la imputación individual. Esta imputación individual se justifica y se consigue atendiendo a conceptos determinados y llenos de contenido en un proceso que viene previamente dado. Es decir, aquí encontramos sobre todo las reglas para llevar a cabo la prueba.

Estas reglas pretenden asegurar que la materialización de la realización entre la persona y el mundo exterior se determine siguiendo estrictamente los criterios de racionalidad vigentes en ese momento. El proceso de determinación de los hechos, si no se atendiera a estas particularidades, presentaría un grave problema: tener que contar con todo lo que se ha descubierto, siendo aún discutible determinar los parámetros o márgenes a utilizar en cada uno de los conceptos ya mencionados.

En cuanto al Derecho penal material, contiene en el tipo objetivo los conceptos de producción causal, de acción humana, la teoría de los fines de la norma, de la adecuación social o del riesgo permitido, todos los cuales pretenden asegurar, a través de su conjunción, que no se deslicen atribuciones injustificadas en la relación entre el suceso objetivo y el comportamiento individual, esto es, el criterio del alcance del tipo que es un criterio a través del cual se canaliza una interpretación teleológica de la parte especial se puede extender a otros ámbitos.

En síntesis, el momento causal teleológico y el normativo -como fue antes mencionado- pertenecen a la imputación objetiva, pero entre ellos no existe simple acumulación, yuxtaposición, sino una característica relación dialéctica. El momento fundamental, sin embargo, es normativo, de entre las muchas conductas que naturalísticamente son desplegadas por el ser humano, solo incumben al Derecho penal aquellas que suponen un atentado contra los intereses sociales, lo que significa que no todo resultado exterior, no toda la subjetividad del actuar humano interesa al Derecho penal. Con ello se muestra que la imputación en Derecho penal es parte integrante de cualquier cultura y, por ende, de cualquier cultura jurídica²³⁰.

²³⁰ La idea que aparece se debe a HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 130.

Esperamos haber mostrado que en este estudio hay un conjunto de sugerencias respecto a los temas de mayor relevancia en el análisis de la “imputación objetiva”, que pueden originar una reflexión de largo alcance, que el especialista interesado en el tema no puede descuidar si quiere ir más allá de la simple descripción de los problemas habituales en las sociedades.

CAPÍTULO IV

EL FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN ACCESORIA

I.- Planteamiento introductorio

El Derecho Penal no puede limitar su alcance a sancionar exclusivamente las conductas de aquellos sujetos que de modo principal lesionan o ponen en peligro de lesión los bienes jurídicos a los que la sociedad les atribuye un valor mediante la figura típica.

En la redacción que hace el legislador quedan fuera otras personas de las que no se hace mención expresa en el tipo penal, toda vez que “en torno a la conducta principal que en él se describe, existen a veces otras conductas *accesorias anteriores o simultáneas*”²³¹.

Tales acciones anteriores o simultáneas son una proyección en el tiempo de la comisión del delito. Estas proyecciones las encontramos en la parte general de los códigos penales, cuando se refieren a las personas responsables de los delitos.

Así, el autor del delito es el sujeto al que hace referencia el tipo penal en su descripción, indicando los presupuestos fundamentales ineludibles para el

²³¹JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, México. Porrúa, 1983, p.394.

Imputación objetiva

señalamiento de una conducta como generadora del injusto penal y no de la culpabilidad, a fin de determinar con mejores elementos probatorios el grado de intervención delictiva del sujeto activo en la comisión del delito.

Así lo entienden los magistrados del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al conocer de diversos Amparos que fueron resueltos por unanimidad ²³², conformando la Jurisprudencia I.10º, P. J/2, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Septiembre de 2003, visible en la página 1184, que a la letra indica:

“AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. DEBE ANALIZARSE EN EL INJUSTO Y NO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El análisis de la autoría y participación no debe realizarse en el capítulo de la responsabilidad penal, puesto que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a diferencia del 168 del Código Federal de Procedimientos Penales exige únicamente probar el obrar doloso o culposo y que no exista acreditada a favor del inculpado alguna causa de exclusión del delito, esto es, no se exige en la legislación del Distrito Federal acreditar el grado de intervención del sujeto activo en la responsabilidad sino en el injusto penal, pues no debe perderse de vista que no hay más autor del delito que aquel que realiza o ayuda a realizar la acción y si la acción pertenece al injusto, es allí donde debe ser analizada”.

²³² Amparo en revisión 400/2003. 14 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz.

Amparo directo 1020/2003. 17 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 1040/2003. 17 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretaria: María Manuela Ferrer Chávez.

Amparo directo 1100/2003. 30 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Ojeda Velázquez. Secretaria: Herlinda Álvarez Romo.

Amparo directo 1110/2003. 11 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Alamillo Mendoza. Secretario: Sergio Adolfo Quevedo Castillo.

Ahora bien, si tales presupuestos fundamentales e ineludibles se cumplen en dos o más sujetos para un mismo delito cometido en el mismo tiempo, lugar y modo, estamos ante las formas de intervención accesorias, de manera que surgen así, en el moderno Derecho penal, muchas líneas de estudio respecto a su configuración, alcance y punibilidad²³³.

Empero, no debemos soslayar la importancia de determinar la diferencia que existe entre el Derecho Penal de hecho y Derecho Penal de autor con el objetivo de comprender el fundamento en la intervención accesoria.

El *Derecho Penal de hecho* es una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.

El Derecho Penal de hecho se ve favorecido por el principio constitucional *nullum crimen sine lege.*, pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se adecuan al principio de determinación de la pena.

Estaremos ante el *Derecho Penal de autor* cuando la pena se vincule a la personalidad del autor buscando una peculiaridad humana.

Ahora bien, determinar a cuál de las dos categorías pertenece el Derecho Penal mexicano es muy sencillo considerando el principio de legalidad consagrado en la parte dogmática del Texto Constitucional²³⁴. Las descripciones de acciones y las penas por el hecho evidentemente favorecen la existencia de un Derecho Penal de hecho.

²³³ Sobre la base de la teoría del dominio del hecho, con diversas formulaciones y configuraciones doctrinales, que tienden a establecer líneas de demarcación de las categorías conceptuales de autor y partícipe (cooperador, inductor o interviniente no esencial), sin perjuicio de que desde el punto de vista de valoración material en ocasiones las legislaciones penales equiparan la punibilidad y nivelan la sanción correspondiente a los autores y a ciertos intervinientes que no son conceptualmente en sentido propio autores principales e de la realización delictiva.

²³⁴ Art. 14 constitucional: ...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Enrique BACIGALUPO²³⁵ refiere al respecto la categoría dogmática de la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, estableciendo como fundamento de tal categoría la comprobación de que en las causas de inculpabilidad (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, exceso de una causa de justificación) el Derecho Penal no tiene en cuenta si el autor tuvo o no realmente la capacidad de obrar de otra manera, sino que mediante un procedimiento generalizador excluye la responsabilidad aunque el autor haya podido comportarse de otra manera. Por el contrario, en la “verdadera” exclusión de la culpabilidad (exclusión de la capacidad de motivación por el derecho, error de prohibición inevitable) el Derecho Penal opera en forma individualizadora, es decir considerando la capacidad concreta del autor de motivarse de acuerdo con la norma.

Esta forma individualizadora que adopta el sistema de nuestros días, no es sino, el producto del devenir histórico que ha marcado la necesidad de facilitar la tarea del juzgador a la vez de limitar su arbitrio.

Desde luego que no se plasmará en los códigos una pena exacta para cada supuesto, sí se señalan empero, los máximos y los mínimos de alcance de la sanción jurídica; para que de este modo el juez determine la punición adecuada de cada caso.

La determinación de la pena en el sistema mexicano es relativa, es decir, sigue el principio de estricta legalidad en combinación con el arbitrio judicial que considera las circunstancias de la comisión del delito, así como las características particulares del autor del mismo. En esta situación se tienen entonces, un marco penal genérico y un marco penal concreto.

Asimismo el proceso de individualización de la pena se divide en fases:

En primer lugar, está la individualización legal de la pena, que es la fase en que actúa el legislador estableciendo el marco genérico que corresponde a cada delito.

²³⁵ Cfr. BACIGAULO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Editorial Temis 1996 p. 138.

Predominan en esta etapa los criterios de prevención general y proporcionalidad. Es genérico porque se señala lo que el legislador considera conveniente para intimidar a los ciudadanos y evitar la comisión del ilícito.

En segundo lugar, está la individualización judicial, que es, por obviedad, la que lleva a cabo el juzgador. Se realiza la determinación cualitativa, con base en la calidad de la pena merecedora por la comisión del delito, se consideran aquí, la gravedad del ilícito y la existencia de penas alternativas. Posteriormente se realiza la determinación cuantitativa, fijándose cantidades ya sea de años de prisión o cuantías de penas pecuniarias.

En tercer y último lugar, tenemos la individualización ejecutiva o administrativa, en la cual se hacen modificaciones a la pena de prisión durante su ejecución, mediante la aplicación de beneficios con el fin de obtener la libertad condicional.

En lo que referimos como determinación cualitativa de la pena, se lleva a cabo la determinación en grado de la consecuencia jurídica. Se presentan entonces distintos supuestos en donde se debe aplicar el menor o mayor grado de la sanción conforme al nivel de aportación a la comisión del delito o el avance alcanzado dentro de las etapas del *iter criminis*.

Cuando las conductas de varias personas concurren en el hecho es preciso hallar criterios que permitan diferenciar entre las distintas formas de intervención y la autoría, propiamente dicha. Ello para confrontar la tesis según la cual toda contribución al suceso originado por imprudencia conlleva la imputación a título de autor.

Sin perjuicio de los esfuerzos que puedan realizarse desde una perspectiva puramente teórica, es evidente que en este tema, como en otros (a semejanza de lo que ocurre con el *distingo* entre actos preparatorios y ejecutivos, así como con las diversas clases de concursos), la doctrina sólo puede aportar parámetros muy genéricos, porque

en sustancia lo que interesa es cómo se han desarrollado los hechos que dan lugar al proceso²³⁶.

Respecto a los delitos culposos, objeto de nuestro estudio, se ha apuntado que generalmente los juzgadores castigan siempre con la misma pena a las varias personas que estiman han efectuado un aporte (sea cual fuese su importancia) a un suceso derivado de imprudencia, negligencia o impericia; con lo que no marcan las diferencias que pudieron existir en cuanto a la entidad de las contribuciones individuales.

Ello a pesar de que la *participación*, entendida esta palabra como identificando la porción del total que cada uno ha puesto, puede haber sido totalmente distinta, desde la más relevante hasta la casi careciente de importancia.

Entienden esos tribunales la palabra *participación*, como sinónima de *contribuir* (ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin), y así se imaginan que solamente es posible tomar parte en un hecho si los protagonistas persiguen un objetivo: el previsto por la ley como delito. Sin embargo, también es posible tomar parte de un suceso en que la finalidad común no sea concretar un resultado de aquéllos que la ley quiere evitar. En sentido coincidente *participar* puede concebir como *tener uno la fracción de una cosa o tocarle algo de ella*.

Algo diverso es *tomar parte*, pues en este sentido se le agrega a la palabra un componente identificatorio de conocimiento y de designio.

A nuestro juicio, se puede compartir un hecho en el que los intervinientes persigan un determinado propósito (concretar un acontecimiento previsto por la ley como merecedor de pena); o tener parte de un hecho en el que la finalidad no radique concretar un acontecimiento semejante.

²³⁶TERRAGNI, Marco Antonio, *Autoría e intervención de terceros en el delito culposos*, en Homenaje a Claus ROXIN: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Córdoba, Argentina, 2001.

Por eso, las palabras *contribuir*, *intervenir* y *participar* pueden ser usadas como sinónimos, sin que ellas señalen, necesariamente, el aporte relativo a una conducta adecuada a un tipo doloso.

El esfuerzo intelectual debe estar enderezado a suministrar pautas para diferenciar, entre las intervenciones en el hecho culposo, las que son atribuibles a título de autor y las que lo son a título de partícipe, porque si toda contribución se imputa como autoría, en nuestro país ello violenta el principio de legalidad.

La reflexión anterior obliga a pensar en si no sería conveniente legislar acerca de la participación en el delito imprudente, y en las ventajas y desventajas de una iniciativa tal:

a. La ventaja estaría en lo dicho: restringir por vía legislativa el concepto de autor.

b. Las desventajas en que se ampliaría el campo de la punibilidad hasta límites inaceptables desde la óptica político-criminal, al menos que las sanciones que se puedan proyectar difieran fundamentalmente de las penas a las que refiere el actual

No se puede dejar de advertir que, en términos generales, una ampliación de los supuestos de autoría determina una reducción de las hipótesis de participación y, a la inversa, una ampliación de las posibilidades de atrapar legalmente la participación, puede dar lugar a la reducción correlativa de la incriminación por autoría.

De todas maneras, en la medida en que el legislador tome como punto de partida el concepto restrictivo de autor, la sanción de la participación imprudente requiere su mención específica en el Código Penal. En cambio, en un modelo unitario o extensivo la consideración de las diversas formas de intervención solamente tiene el sentido de determinar las sanciones; no de tipificar los aportes, los que quedan sumergidos dentro de la previsión legislativa global.

Optar por un sistema que habilite la punibilidad de la intervención complementaria en los hechos imprudentes, significaría aceptar que la accesoriedad

Imputación objetiva

del aporte no es absoluta sino relativa: que el injusto de la participación no es solamente derivado del injusto del hecho del autor, sino también contiene injusto propio,

Así en el sistema mexicano, a los cómplices de delito consumado o intentado se les impondrá pena inferior en grado a la fijada por la ley para el autor del mismo delito, regla que constituye la plasmación del principio de accesoriedad de la participación, en virtud de la cual, la pena del partícipe se establece a partir de la pena del autor. Se acumulan disminuciones de pena en los casos de partícipes en delito no consumado, es decir, la pena del autor se rebaja por el grado de ejecución alcanzado, la del partícipe se establece a partir de ésta y se disminuye aún más en atención a su grado de participación

Ahora bien, sobre la ideas autor e interviniente en el hecho cometido por culpa o imprudencia, la doctrina ha trazado dos líneas básicas:

El **concepto unitario o extensivo de autor**, que conduce a la posibilidad de ampliar el número de imputados. Esta teoría no hace ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito, considera autores a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso. Bastará una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que el individuo ha sido su autor.

La idea es abandonar los criterios de distinción entre el autor y el cómplice y reemplazarlos por una correcta medición judicial de la pena. El juez no debe analizar, conforme a esta postura, si el sujeto fue autor o partícipe del hecho, sino que simplemente debe de medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente.

Esta posición tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones ²³⁷, según la cual todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo. Cualquier aporte que se haga al hecho implicará su causación.

GÓMEZ MARTÍN ²³⁸ resume elocuentemente la posición que guarda este concepto extensivo-subjetivo de autor, al señalar: “Es opinión generalizada en la doctrina penal española y alemana la idea de que el concepto extensivo-subjetivo de autor se fundamenta sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ello se debe, principalmente, a que esta vinculación con la teoría de la equivalencia de las condiciones se encuentra presente en la construcción doctrinal del defensor del concepto extensivo-unitario de autor que mayor influencia ejerció en la doctrina y la jurisprudencia alemanas de finales del siglo XIX: Max von BURI. El razonamiento de von BURI es el siguiente: si el concepto extensivo-subjetivo de autor se ve obligado a distinguir entre autor y partícipe desde un punto de vista subjetivo es debido a que no resulta posible operar esta delimitación desde una perspectiva objetiva. Esto último se debería a que, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, tanto la intervención del autor como la del partícipe representarían aportaciones al proceso causal consistentes en la interposición de causas sin las que no se habría producido el resultado. No obstante la imposibilidad de distinguir objetivamente entre autoría y participación, la propia ley obliga en muchos casos —en todas aquellas legislaciones que no incorporen un sistema unitario de autor— a practicar dicha distinción. Puesto que según el planteamiento expuesto, el referido criterio no podría ser uno de naturaleza objetiva, se impondría, entonces, un criterio de delimitación entre autoría y participación de naturaleza subjetiva. No obstante todo lo anterior, no es menos cierto que hay autores posteriores a von BURIQUE que no fundamentan su construcción en la equivalencia causal de las aportaciones. E incluso otros que, pese a aceptar en principio el fundamento en la equivalencia causal, rechazan expresamente el concepto extensivo de autor. Por lo demás, algunos autores, como BAUMANN, defienden un concepto de autor que, sin ser decididamente extensivo-subjetivo puro, se encuentra

²³⁷ Desarrollada por VON BURI, explicada ampliamente en DÍAZ Y GARCÍA-CONLEDO, *Autoría y participación*, p. 66.

²³⁸ *Los delitos especiales*, tesis doctoral, disponible en red, pp. 80 y 81.

Imputación objetiva

marcadamente influenciado por las teorías subjetivas de la autoría. El análisis que BAUMANN ha venido realizando hasta la fecha sobre el concepto de autor se ha venido asentando sobre la premisa, ya descubierta por MEZGER, de que la delimitación entre el concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor no tiene tanta importancia como a menudo tiende a considerarse. Sentada la anterior premisa, lo cierto es, sin embargo, que el concepto de autor defendido por MEZGER siempre se ha encontrado más próximo al concepto extensivo que al concepto restrictivo de autor. Ello se comprueba fácilmente a la luz de dos de sus primeros trabajos sobre autoría y participación: “Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH” (1962) y “Täterschaft und Teilnahme” (1963). En el primero de estos trabajos, BAUMANN defiende un concepto de autor que participa de alguna de las principales características de un concepto extensivo-subjetivo de autor puro. Esta circunstancia se refleja claramente en la siguiente cita: “si se ve el injusto penal, como nosotros lo hacemos, en la lesión y en la puesta en peligro de un bien jurídico, en la injerencia en la esfera jurídica ajena, entonces se llega a un concepto extensivo de autor. Autor del injusto penal lo es aquél que causa esta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, con independencia de que sea inductor o cómplice. Los §§ 48 y 49 StGB devienen causas de restricción de la pena, y esta limitación no puede residir en el campo de una mayor o menor proximidad de la intervención, o de una causalidad de mayor o menor intensidad. Con una toma de posición a favor de esta delimitación se está tomando partido también a favor del concepto personal de injusto”. En el segundo de los trabajos citados, BAUMANN parece seguir partiendo de un concepto de autor próximo a un concepto extensivo-subjetivo de autor puro. Apunta BAUMANN: “la delimitación subjetiva es la única que se me parece sostenible. Lo esencial no puede ser el dominio objetivo del suceso (¡equivalencia!), sino tan solo de la voluntad y de la energía activa del que actúa. No cabe duda de que esta voluntad de autor se da en general cuando es el que actúa el que ejecuta él mismo por completo la acción ejecutiva del tipo. En este caso, (el que actúa) quiere el hecho mismo, y que se le pueda imputar como propio. También es seguro que no es correcto contemplar el interés en el resultado como indicio único de la voluntad del autor. La voluntad de dominar el suceso (del que quizá existen otros indicios), esto es, la voluntad del dominio del hecho, es un indicio de la voluntad de autor por lo menos igual de valioso”.

Otro fundamento es que se acerca a una opción político-criminal, que parte de la contemplación de un delito como obra en común de todos los que contribuyen a él y estima conveniente, castigar por igual a todos ellos, especialmente sin que el castigo de unos (partícipes) dependa de lo que haga el otro (autor).

Y, por otro lado, está el **concepto restrictivo de autor**, en donde rigen los mismos criterios de distinción aplicables a los delitos dolosos; con algunas particularidades. En este planteamiento teórico la autoría depende de que el sujeto ejecute la acción que describe el tipo penal, ya que no todos los intervinientes en el delito realizan dicha ejecución, por lo que no puede considerarse a todos ellos autores. Los que cooperan en la perpetración del delito sin llegar a ejecutar la acción serán castigados como partícipes, esto es, como inductores o cómplices. Este concepto refiere que el Derecho Penal debe intervenir frente a los sucesos más graves y, además, sancionar los acontecimientos leves en la debida proporción. Estamos entonces ante un concepto restrictivo de autor. De este planteamiento se constituye el concepto formal-objetivo de autor.

“Lo que presenta como diferencia el concepto restrictivo de autor, frente al concepto unitario y al extensivo, es que mientras estos últimos parten de la idea de que, en principio, todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea imputable el resultado del mismo en sentido amplio son autores, el restrictivo parte de una idea en sentido contrario: no todos los que participan en un hecho delictivo son autores, sino solamente algunos de ellos, pero los que no quedan indicados como autores, habiendo participado en los hechos, pueden ser sancionados con fundamento en la existencia de normas que castigan expresamente otras formas de intervención que no son autoría. En términos generales, la teoría formal-objetiva se caracteriza porque considera como autor a aquel sujeto que ejecuta total o parcialmente la acción descrita en los tipos de la parte especial. La teoría formal-objetiva es una de las teorías que más ha tenido influencia en España, y de forma limitada en Alemania. Entre sus

Imputación objetiva

defensores germanos se encuentran: SCHÜTZE, DOHNA, ROSENFELD, MITTERMAIER, LISZT, MEZGER, MERKEL, SAUER, HIPPEL y FINGER”²³⁹.

De ahí que en cuanto a los coautores en la comisión de un ilícito, el Estado reacciona con una mayor severidad, pues es más grave el homicidio cometido por varias personas que el llevado a cabo por una sola, desde el punto de vista de la sensibilidad social, y menor alarma social presenta aquel que su participación en el hecho se reduce a facilitar o auxiliar a los autores del delito para la realización del plan delictivo.

En este sentido, MÁRQUEZ CÁRDENAS señala: “Teniendo en cuenta los principios del Derecho penal en un Estado de Derecho que busca la delimitación de lo típico como una garantía de la seguridad jurídica, las valoraciones del legislador, habrá que tener en cuenta los conceptos de merecimiento y necesidad de la pena en las formas de intervención en el delito, principalmente en dos aspectos: a) La intervención del agente, su culpabilidad. El grado de injusto podrá designar la imposición de una pena típica y también determinar que la responsabilidad del sujeto es autónoma y no dependiente de otro interviniente. b) Toda forma de intervención se someterá al marco legal, independientemente que se trate de un autor y un partícipe. Es claro que la autoría, por ser la forma más directa de violación y desconocimiento del mandato que prohíbe conductas contrarias al orden jurídico establecido, tendrá siempre el máximo de la pena. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que si una conducta es grave y contiene un mayor designio criminal, merece y necesita más pena para quien lo haya realizado. En el sentido de la teoría formal-objetiva es el autor quien ejecuta el tipo penal, al que se le irroga mayor reprochabilidad, porque la conducta que más merecedora y necesita más sanción penal es la que contraviene el mandato que prohíbe el legislador en los respectivos tipos. Quien realiza la acción ejecutiva en un delito merece mayor reproche, puesto que tiene menos sensibilidad frente a la sociedad. Quien realiza la acción ejecutiva se enfrenta a su víctima y no sólo tiene que vencer los frenos e inhibiciones de conciencia de causar un daño a un semejante, sino de los propios frenos que la ley penal le impone si realiza el hecho punible, que representa en el sujeto una mayor energía criminal. El desvalor ético social de la

²³⁹MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática penal. Frente a otras formas de autoría y participación*, Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá, 2008, pp. 19 y 20.

conducta justifica un merecimiento de pena muy grande para el ejecutor del hecho, esto es, el autor de la conducta, pero en la medida que su actuación sólo llegue a una tentativa justifica, desde un punto de vista de prevención general, por el peligro corrido a los bienes jurídicos protegidos, una necesidad de pena también alta”²⁴⁰.

Por su parte, ROSOCAÑADILLAS sostiene que en el delito imprudente es conveniente mantener este concepto restrictivo de autor pues la consecuencia práctica de la existencia material de un injusto menor en la participación, se traduce en consideraciones de necesidad y merecimiento de la pena²⁴¹.

Este concepto restrictivo de autor lleva aparejado el principio de accesoriedad que mencionamos en líneas anteriores.

El reconocimiento del *principio de accesoriedad* es una garantía que debe proporcionar un Estado de Derecho, respetuoso de la autonomía de las personas: que cada quien responda por sus acciones propias, pero no por la aspersión de conductas ajenas; esto último, a menos que consciente y voluntariamente se preste a colaborar con ellas.

De este modo lo que en realidad hace a la ilicitud del hecho del partícipe es, además de sus aportes objetivos, la dirección de su voluntad hacia la consecución del resultado; de manera tal que el Derecho desvalora la suma de los dos factores. En cambio, si la contribución fuese sólo imprudente, el desvalor de lo objetivo es idéntico (como que los aportes pueden ser equivalentes, tanto en el hecho intencional como en el culposo) pero no tendrá el mismo grado de contrariedad con el Derecho la actitud espiritual, sólo descuidada, si se la compara con aquella continente del conocimiento y la voluntad de que el suceso tenga lugar.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO indica que la accesoriedad de las formas de participación es lo que realmente, dentro del campo propio de la teoría de la

²⁴⁰La coautoría en la dogmática penal, pp. 26 y 27.

²⁴¹ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*, Editorial Comares. España 2002.

participación, ofrece un perfil claro de los tipos²⁴². En un sistema de accesoriedad limitada, se castiga a quien prive de la vida a otro de manera típica y antijurídica cumpliéndose la función garantista de delimitación de lo típico.

Continúa DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO apuntando que la idea de mayor o menor peligrosidad está ligada a la de mayor o menor merecimiento y necesidad de la pena, de este modo, cuando se argumenta respecto la decisión sobre el concepto de autor o la diferenciación entre éste y el partícipe puede basarse en el menor o mayor merecimiento de pena o en la peligrosidad, se habla de cosas diferentes.

En tanto la teoría formal-objetiva mantenga una postura en la coautoría de que quien realiza una característica del tipo, con independencia de cuál sea la actitud interna del sujeto, tenderá al fracaso en aquellos supuestos donde las formas de intervención en su modalidad de coautores, ralicen una actividad exclusivamente intelectual, de planificación y dirección, pero que no participa en su material, no será aplicable tal postulado.

Superando los criterios unitario y restrictivo de autor, se configura la denominada **teoría del dominio del hecho**.

Afirman sus expositores que tiene el dominio final del hecho²⁴³ quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado. El dominio del

²⁴²DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Editorial PPU, 1991.

²⁴³Sobre el particular, MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática penal*, p. 39, explica que “La teoría del dominio del hecho fue enunciada por WELZEL en un trabajo de 1939, donde sienta las bases de lo que sería su teoría derivada de un concepto final de acción. Para este autor lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. “Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo. Es la sencilla realidad, que caracteriza la peculiaridad del actuar humano como realización de la voluntad, de que el hombre puede poner en marcha, de un modo dirigido según un fin que se propone, la configuración del futuro (del acontecer causal). Esta configuración, que ha realizado de un modo dirigido según la finalidad de su voluntad, le pertenece específicamente como obra propia. En ello es indiferente si él ha realizado este hecho para sí o para otro, en interés propio o ajeno; si éste es la realización, con conciencia del fin, de la resolución de su voluntad, es su hecho”. Así, el criterio esencial del dominio del hecho para WELZEL no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho. Para WELZEL, autor es sólo aquél que, “mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”. Esto es, en un argumento más concreto, que “autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución, y por ello señor sobre «su hecho»”. Sin embargo, en el caso de la participación,

hecho depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes²⁴⁴.

Para ROXIN²⁴⁵, el dominio del hecho se manifiesta en el dominio de la propia acción típica, que no se pierde ni por la coacción ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error o incapacidad de culpabilidad, y aun en los casos de aparatos de poder. La idea de autor implica un concepto metodológico, y por lo tanto prejurídico.

Para ello ROXIN logra reunir aspectos ontológicos y teleológicos en la autoría, señalando que “el autor es la figura central del proceso de actuación”²⁴⁶, y esto es un principio rector que no constituye una descripción de la autoría en su contenido, sino sólo es un criterio formal de un punto de partida metodológico. En cambio, desde un punto de vista prejurídico, el concepto de figura central significa acudir a una representación plástica existente en la conciencia colectiva, en donde el autor directo, autor mediato y coautor son la figura central del acontecimiento; el inductor y cómplice están al margen de los principales. “...si es que se puede hablar de algún modo de una esencia de la participación preexistente, ésta consiste en este apoyo de partícipe en la figura central del autor”²⁴⁷. Este principio responde a una consideración valorativa y ontológica de las formas de intervención en el delito, que pretende delimitar el lugar que ocupan el autor directo, mediato y el coautor en

“el inductor sugiere el hecho ajeno y el cómplice lo apoya, pero el dominio final sobre él, el dominio sobre la decisión y su ejecución real, sólo lo tiene el autor”, basado en un concepto personal del injusto. La complicidad consiste en la “ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho”.

²⁴⁴MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática penal*, p. 39, señala que “En primer lugar se quiso delimitar la relevancia de la causalidad en el plano físico, prescindiendo de cualquier dato subjetivo y jurídico; luego, se entendió que sólo era posible limitar la relevancia penal de la causalidad en el plano de la tipicidad y, por último, se pretendió que la culpabilidad operaba como correctivo. En la delimitación de la autoría los pasos fueron parecidos: primero se quiso delimitar el concepto de autor en un plano físico (teorías material-objetivas), luego se apeló al tipo considerado en su mera objetividad (teorías formal-objetivas) y, por último, se acudió al animus, que es una innovación de la culpabilidad en el nivel de la tipicidad. La estrechez de la objetividad típica aislada y la insuficiencia de la apelación al uso del lenguaje hicieron naufragar la tesis formal. Esta situación de aparente sin salida comenzó a superarse con la aparición de la doctrina del dominio del hecho, que es la que predomina en la doctrina dominante y en la jurisprudencia.

²⁴⁵ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. Joaquín CUELLO y Luis SERRANO, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²⁴⁶Cfr. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p.25.

²⁴⁷*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 26.

relación con los partícipes. En relación con el autor-partícipe, es claro que el autor es la figura central del acontecimiento punible, pero con respecto a los casos del autor mediato, la situación cambia pues este no deriva su posición como figura central del acontecimiento típico; es precisamente del instrumento de que se sirve este autor que ejecuta el hecho y frente a la conciencia colectiva es el responsable de la actuación. En consecuencia, dada la instrumentalización que vincula al sujeto de atrás con el instrumento, no podemos atribuirle a ambos la condición de figuras centrales de los delitos, si se parte del criterio material del dominio del hecho, porque aunque los dos sujetos dominen el hecho, un dominio posibilita el otro. Por tanto, la idea de la figura central del acontecimiento típico juega un rol exclusivamente en la relación autor-partícipe²⁴⁸.

En cambio, en los casos de dominio de la acción quien sin depender de otro realiza los elementos del tipo, es sin duda autor. En el dominio de la voluntad, el autor de atrás tiene su esencia en el poder de la voluntad conductora.

Y en el dominio, que se da cuando varios autores dirigen el hecho y que cada uno depende del otro, es un dominio condicionado al actuar del plan global. Por ello, la teoría del dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto, donde el tipo y sus límites son decisivos para la determinación del concepto de autor. Esta teoría responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las acciones, tal y como configura el legislador en los tipos penales. Por lo que la delimitación de la autoría recurre a un doble criterio: realización de una característica del tipo y el objetivo dominio de la acción.

En este sentido, la autoría surge como un problema de acción y por supuesto del tipo, lo cual conlleva un dualismo difícil de resolver, de modo que para delimitar quién es autor y quién partícipe es preciso atender a la acción, pero entendida como realización del tipo, y por su parte al tipo penal no en su dimensión descriptiva, sino como tipo de injusto. Del sentido que quepa atribuir al tipo y a su realización habrá, necesariamente, de extraer el criterio delimitador de la autoría, y parece claro

²⁴⁸ El planteamiento es tomado de MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática penal*, pp. 52 y 53.

que el tipo y su realización no pueden entenderse en dos sentidos, uno formal y otro material.

En este sentido, explica MÁRQUEZ CÁRDENAS²⁴⁹ que “existen diversas formas, según la doctrina planteada por Roxin, para realizar mediatamente un hecho: a) Utilizando en el plan delictivo a una persona que obra por error, que no comprende lo que en verdad está haciendo debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; es el caso del ladrón que le pide a un tercero que le pase la cartera que dice pertenecerle, a sabiendas de que es ajena, o cuando se recurre a un inimputable, en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines. b) Cuando emplea la coacción presionando la voluntad de un tercero, sea mediante la amenaza de hacerle sufrir un mal, como presionándolo con un atentado a su vida si se niega a la realización del hecho que se le pide, o apremios semejantes. c) A través del dominio de la voluntad, como sucede con un aparato organizado de poder, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, ideológica, o una banda delictual, el Estado mismo, etc. Son los jefes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que ellas le confieren, dando las órdenes y pudiéndolas hacer cumplir intercambiando los ejecutores, según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquél que imparte la orden es el autor mediato”.

En 1998, ROXIN señaló que: “Las posiciones se mueven, por lo general, en un marco establecido por la doctrina del dominio del hecho, llenando los espacios de interpretación que deja este marco. Se plantean así, ante todo, dos divergencias que generan una discusión de carácter más fundamental. Primero se encuentran los defensores de un concepto de dominio del hecho orientado normativamente, que se oponen a quienes destacan las relaciones materiales de dominio. Así, por ejemplo, afirma JAKOBS que el «dominio del hecho», que él también reconoce en su significado, «acaba determinándose en la doctrina (...) de forma demasiado naturalística (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como base para la competencia)», mientras RENZIKOWSKI, como representante de la posición contraria,

²⁴⁹ *La coautoría en la dogmática penal*, pp. 58 y 59.

le opone que «una dogmática jurídico-penal de carácter normativo sin relación con los hechos queda suspendida en el aire». Existe también una discrepancia entre ciertas opiniones que con ayuda de la idea de autonomía rechaza el autor detrás del autor, porque para un autor autoresponsable no cabe ningún otro dominio del hecho, mientras que otra doctrina, como la que yo defiendo y sostiene ahora la jurisprudencia, reconoce distintas formas de aparición del dominio del hecho y simultáneamente la posibilidad de apreciarlo de forma escalonada»²⁵⁰.

Por lo antes señalado y para estar en condiciones de enmarcar el tema central de nuestro estudio que es la coautoría culposa, desarrollamos las posturas doctrinarias entorno a la autoría y la participación.

Desde luego que habremos de determinar el alcance de las afirmaciones que aquí se plasman, distinguiendo los caracteres que configuran al delito culposos y las implicaciones que se generan al señalar que en este tipo de injusto penal puede haber coautoría. Para ello, sobre las últimas actualizaciones relativas a esta forma de intervención delictiva, la posición de ROXIN resalta expresamente lo siguiente²⁵¹:

“Primero: DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO ha propuesto una nueva concepción de la coautoría que también ha llamado la atención en Alemania. Díaz sostiene, en contra de mi doctrina del «dominio funcional del hecho», que aquel que no realiza la acción típica por sí mismo, por ejemplo, sujetando a la víctima para que otro pueda apuñalarla, sólo ejerce un «dominio negativo del hecho». Permaneciendo inactivo (o sea, sin sujetar a la víctima) podría hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto sólo lo hace quien da los golpes y con ello ejerce el «dominio positivo del hecho». Quiere restringir coautoría al dominio del hecho positivo, que existiría, por ejemplo, cuando tres autores pegan tres puñaladas a la víctima que sólo juntas producen la muerte. Además entiende DÍAZ que la deseada restricción de la coautoría al estado de la ejecución no podría efectuarse desde el criterio del dominio funcional del

²⁵⁰ “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 167.

²⁵¹ Ob. Cit., pp. 172 y s.

hecho, pues también una aportación necesaria en el ámbito de la preparación puede ser decisiva para el éxito del plan...Segundo: JAKOBS, como también sus discípulos DENKSEN y LESCH, quieren renunciar a la exigencia de decisión conjunta en la coautoría y «considerar suficiente una decisión de ajustarse...con la que quien no es ejecutor inmediato pero contribuye a la configuración con el hacer del ejecutor». Si A impide la intervención de un policía decidido a evitar un atraco, sería coautor, incluso aunque el ladrón no se hubiera percatado de esta contribución. Tampoco en el caso mencionado de dominio de organizaciones impediría apreciar coautoría la circunstancia de que quien actúa no supiera nada del otro...Tercero: el principal punto de discusión en materia de coautoría sigue siendo la cuestión de si actos preparatorios pueden fundamentar coautoría. Así lo considera la jurisprudencia, y ya he expuesto que, ocasionalmente, considero suficientes incluso actos preparatorios mínimos y alejados...Por el contrario, una interpretación estricta, que también yo defiendo, exige para la coautoría una contribución esencial en el estado de la ejecución. Fuera de los casos de autoría mediata, a los que ahora no me refiero, no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de ranto y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría. Pero la interpretación que yo defiendo, aunque va ganando terreno, sigue siendo minoritaria...Cuarto: el punto más interesante en el ámbito de la coautoría es el imparable avance de la coautoría culposa. Hasta hace pocos años la opinión absolutamente dominante en la doctrina alemana era la de que en los delitos imprudentes regía un concepto unitario de autor, de modo que en caso de varios ejecutores imprudentes sólo se planteaba una autoría accesoria. Hoy numerosos autores se manifiestan a favor de la coautoría imprudente que en lo más fundamental ha sido elaborado en el escrito de habilitación de RENZIKOWSKI y en un trabajo de Bettina WEISSER sobre decisiones colegiadas...La razón del ascenso de esta figura se halla en el problema últimamente de actualidad que plantean las decisiones colegiadas, que juegan un papel en la responsabilidad por el producto y también en los delitos contra el medio ambiente. En estas decisiones la causalidad de cada

uno, no determinante para la decisión, plantea ciertos problemas, cuando la decisión da lugar a la realización imprudente del tipo. Si todos los votantes son considerados coautores, a cada uno se le imputará la aportación de los otros, y la causalidad de la acción conjunta es constatable sin problemas. La posibilidad de coautoría imprudente debe considerarse muy serio. Para ello debería construirse en los delitos imprudentes un concepto de «ejecución conjunta» independiente, distinto del formulado para la coautoría en los delitos dolosos. Dogmáticamente es admisible y posible. Si resulta aceptable, dependerá de que se consiga elaborar un concepto suficientemente preciso de hacer conjunto en los delitos imprudentes. Evidentemente, no se trata de renunciar a la prueba de la causalidad de un comportamiento imprudente sólo porque varias personas se comportan de manera imprudente”.

Ahora bien, una vez mostrada la postura de ROXIN sobre la viabilidad de la coautoría imprudente, surgen dos situaciones: el desarrollo de nuestra postura en el contexto la doctrina penal moderna y el problema jurídico consistente en determinar hasta dónde es posible que se le pueda imputar objetivamente el resultado a uno, no enturbiándose esa imputación con atribuciones que corresponda formular a otro de los protagonistas del suceso.

La solución no puede buscarse solamente a través de la idea *previsibilidad*, pues casi siempre es posible imaginar que un colega o un colaborador cometan errores. La cuestión radica en la magnitud de la falla previsible.

II.- El fundamento de la punibilidad de las formas de intervención accesoria

El Estado como único ente capaz de aplicar la sanción penal se encuentra limitado por la misma sociedad que le cedió el poder, y es de todos conocido que a lo largo de la evolución de la ciencia penal han surgido distintas teorías que tratan de fundamentar la aplicación de las consecuencias jurídicas. Tales fundamentos

responden el cuestionamiento respecto a la función que debe cumplir la conminación de conductas.

Así pues, la teoría de la retribución o de la justicia encuentra el sentido de la pena en el hecho imponer un mal merecido con el fin de retribuir y equilibrar la alteración que sufrió el bien jurídico tutelado y la sociedad a consecuencia de la ejecución del delito. Presupone una pena justa que corresponda en duración e intensidad con la gravedad del delito. Esta teoría es antigua y la podemos vincular con el principio del Talión. Ha perdido vigencia sobretodo porque no puede sustentarse que para suprimir un mal deba aplicarse otro mal.

La teoría de la prevención especial, por otra parte establece que la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos. Esta teoría sigue el principio de resocialización del delincuente.

La última teoría, la de la prevención general, ve el fin de la pena en la idea difundida entre la comunidad, que al ver la existencia y la ejecución de sanciones penales se abstiene de la comisión del injusto.

Tras estas teorías confrontamos nuevamente la participación accesoria y la redacción del tipo penal, que en su descripción, si se trata de una norma penal completa²⁵², incluye la punibilidad únicamente que amerita la conducta del autor, puesto que, como se dijo, la referencia a las formas accesorias de intervención delictiva se hace en la parte general precisamente evitando la necesidad de reiterar tal información en cada tipo penal. Pero debemos explicar por qué la doctrina y la práctica del Derecho Penal también atribuyen sanciones a las formas accesorias de intervención.

Es una teoría mixta, la respuesta a nuestra interrogante. Se agrega el elemento culpabilidad, así pues, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

²⁵² No debemos dejar de considerar que las normas penales incompletas remiten a otra parte del ordenamiento e incluso a otro cuerpo de leyes para hallar la punibilidad.

Imputación objetiva

En las formas de intervención accesoria no puede imponerse pena alguna si no hay un análisis previo del individuo, considerándolo un ser capaz de decidir respecto a su forma de actuar. Hecho este análisis es posible medir la voluntad que el sujeto tuvo durante la comisión del delito, determinando la importancia que tuvo su aportación para alcanzar los fines del delito.

El estudio de la cuestión se justifica por sí mismo, dada la necesidad de ajustar la práctica del Derecho Penal al principio de legalidad, pues no es dado castigar a nadie si la conducta concreta de que se trate no ha sido contemplada como delito por el legislador.

En la doctrina se manejan distintas teorías que fundamentan la punibilidad en las formas accesorias de intervención.

Tales teorías se dividen en dos grupos:

- Pensamiento de la corrupción.
- Pensamiento de la contribución a la lesión del bien jurídico como fundamento de la punibilidad.

Las teorías fundadas en el pensamiento de la corrupción no son convincentes en la actualidad. Son:

A. Teoría de la participación en el injusto ajeno o de la culpabilidad

Considera que la razón para que se castigue al partícipe se encuentra en la circunstancia de haber corrompido al autor, es decir, contaminar al autor con sus propósitos de delinquir, al extremo de arrastrarle a cometer el delito.

Esta teoría no explica satisfactoriamente la fundamentación de la punibilidad, ya que el partícipe no puede hacer posible el delito del autor. Puede contribuir pero no

hacerlo posible, ya que eso significaría tener el dominio del hecho, criterio ampliamente desarrollado por la jurisprudencia española ²⁵³.

²⁵³ Al respecto expone MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática penal*, p. 43, nota al pie 90, los siguientes criterios de los tribunales españoles “Algunas sentencias nos permiten ver cómo el Tribunal Supremo en España, Sala Segunda, se ha venido ocupando del tema, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1978(R. A 1849). M.P.: Bernardo Francisco Castro Pérez. En la investigación de unos delitos de falsedad y estafa, al acusado se le tiene como verdadero cerebro del plan delictivo, siendo calificado en la sentencia como “verdadero dueño de la acción”, así como figura central del acontecimiento al asumir el hecho como propio (animus auctoris) a diferencia de los otros partícipes que se muestran ocupando una posición subordinada y solamente cooperadora (animus socii), en el desenvolvimiento del delito. Indica además que uno de los partícipes aparece como instrumento inconsciente, que llevaría a calificar la actuación del acusado como autor mediato, lo lleva a incluirlo dentro de los tipos de la autoría establecidos en los números 2º y 3º del art. 14 del CP, de acuerdo a los cuales “no es solamente autor quien realiza por sí mismo la acción prohibida, sino también aquél que se sirve de otro, induciéndolo a ejecutar dolosamente un hecho punible propio o incluso como instrumento inconsciente, dirigiendo el curso del acontecimiento antijurídico por él proyectado en provecho propio y cooperando con actos sin los cuales no hubiera podido realiza, como fueron en el presente caso, la entrega del talón recibido a los falsificadores y luego de los cheques para su falsificación, así como posteriormente el encargo a la mujer que presentase éstos en el Banco, para su cobro”. La sentencia se compone de varias partes interesantes de analizar, inicialmente en la determinación de la teoría a seguir para apreciar la autoría en el presente caso, se barajan al menos dos de ellas en forma algo explícitas, una primera constituida por la teoría del dominio del hecho, que es verificable, cuando sedice la frase “verdadero dueño de la acción”, y la otra, la teoría subjetiva, al hacer clara referencia a los estados de ánimo de los partícipes para lograr diferenciar entre autores y partícipes, identificable por los términos animus auctoris y animus socii, donde se evidencia y manifiesta la aceptación de ambas en la determinación de la autoría. Por otra parte, resulta claro la aceptación, la autoría mediata en la responsabilidad de la actuación del acusado. Teniendo en cuenta que para la fecha de la sentencia, el art. 14 del CP no contemplaba ese tipo de autoría y se debía realizar una muy elaborada elucubración para situarla en algunos de los incisos del art. 14. En la actualidad con el nuevo CP, no se presentan estos problemas debido a que el nuevo CP en forma explícita consagra la figura de la autoría mediata. Lo anterior constituye un gran avance por parte de la jurisprudencia de la aceptación de la figura de autor mediato”.

Asimismo, cita los siguientes casos: “En STS del 12 de mayo de 1971 (R. A. 2266) M.P.: Ángel Escudero del Corral, en sus fundamentos de derecho tercero al determinar los alcances de la autoría mediata, procede a definir la misma por medio de la teoría del dominio del hecho: reconociendo al autor mediato, como “genuino autor por su dominio o señorío de la acción, que comete el hecho principal, aunque no efectúe directamente el resultado, que lesiona el bien jurídico protegido y dio efectividad el tipo penal”. Esta sentencia ubica la figura del autor mediato dentro del anterior art. 14.1 del CP, ello en razón de la inexistencia de regulación legal de tal figura, hoy día no se tendría problema en admitir que la autoría mediata se encuentra recogida por el artículo 28 del nuevo CP. STS de 9 de mayo de 1990 (Nº A. 3882) M.P.: Enrique Bacigalupo. Es un caso de robo con fuerza en las cosas donde participaron varios sujetos, se determinó que el proceder del acusado era de coautor ya que el mismo contó en todo momento con el codominio del hecho “A través de una realización conjunta del plan aceptada por los otros partícipes a cambio de una retribución”. Lo importante de la sentencia es que el acusado no participó en forma directa de la apropiación de los objetos propios del robo, y sin embargo, se le tiene como coautor del mismo debido al evidente dominio funcional que tuvo del hecho. “Este codominio del hecho no se puede poner en duda porque el procesado no haya realizado por él mismo la apropiación y se haya mantenido a cierta distancia del lugar en el cual se llevó a cabo la misma. En efecto, tales circunstancias son una consecuencia de la distribución de funciones acordada por los procesados al decidir la realización conjunta del hecho y en modo alguno convierten en secundaria la participación del recurrente. Sobre todo porque esta participación se ha desarrollado en la etapa de la ejecución y en ella el procesado ha conservado los poderes de dirección del hecho que le correspondían en el proyecto conjunto”. En forma seguida la sentencia remata sus apreciaciones y entra de decir, que a pesar de no ser posible considerar el proceder del acusado como coautor quedaría la posibilidad de admitir la autoría directa y, en todo caso la autoría mediata: “todos los elementos de la coautoría se

encuentran presentes en la acción ejecutada por el recurrente. Más aún, si se cuestionara la coautoría en sí misma ello no podría beneficiar el recurrente, pues sus poderes reales de dirección del hecho en la etapa ejecutiva serían suficientes, de todos modos, para fundar su autoría directa o, en todo caso, su autoría mediata, utilizando como instrumento a personas que obraron ciertamente con dolo, pero sin el animus rem sibi habendi requerido para la autoría del robo y, por lo tanto, de manera no típica”. STS 2 de julio de 1994 (R. A. 6416) M.P.: Enrique Bacigalupo. Es quizá una de las sentencias más importantes donde se trata la figura de la autoría mediata, y la muy polémica configuración del “autor detrás del autor”. Los hechos se desarrollan en un pequeño pueblo castellano de Mancha Real, donde a raíz de una pelea y disputa el día anterior entre un grupo de gitanos y castellanos se produjo la muerte de uno de estos últimos. Ello originó la concentración frente al ayuntamiento al día siguiente de gran cantidad de vecinos que pedían se realizara justicia y se expulsara del pueblo a doce personas que consideraban “indeseables”. La idea era realizar una manifestación, la cual fue desaconsejada por ilegal, por parte del gobernador civil de Jaén, a sí como por el Secretario del Ayuntamiento de Mancha Real. Sin embargo, el Alcalde prosiguió con lo pedido por los ciudadanos y convocó al Ayuntamiento a un pleno extraordinario que no tenía competencia para ello, debido a los acuerdos que se pretendían tomar y por unanimidad se aprobó la repulsa contra aquellas personas que venían atentando contra la seguridad del pueblo y se les solicita que abandonen en forma voluntaria el término municipal, además, se acordó realizar una concentración pacífica por las calles del pueblo para que se ejecutara antes propuesto. Luego de la manifestación y en la plaza del Ayuntamiento, el Alcalde se dirigió a los asistentes con manifestaciones en contra de los partícipes en el asesinato del vecino la noche anterior, y procedió a convocar a una nueva manifestación luego de verificarse el entierro del aquel vecino y marcar las casas de aquellas personas tenidas como “no gratas”. Estas mismas manifestaciones las reiteró el alcalde ante una radio emisora local y llamando a participar en esta segunda manifestación. Enterado el gobernador civil de Jaén de esta segunda manifestación, llamó telefónicamente al alcalde de Mancha Real y le dijo que era ilegal la misma y no debía realizarse además, si se realizaba, no debía pasar por la calle donde se verificó el asesinato donde vivían varias familias gitanas. Esta advertencia no logró que el alcalde desistiera de su propósito y se realizó la segunda manifestación. Al pasar por la calle donde ocurrió el hecho de muerte algunas personas que formaban parte de la manifestación siendo algunas de ellas identificadas y otras no, procedieron a destruir por completo las viviendas de las personas gitanas, sin que se determinara si el alcalde se enterara o consintiera dicha acción. Resulta clara la participación del alcalde acusado en el delito de manifestación ilícita realizada en el pueblo de Mancha Real, pero lo que no encuentra claro la audiencia es la participación del alcalde en los hechos constitutivos de daños provocados en las viviendas de las familias gitanas, razón por la cual lo absuelve de toda pena y responsabilidad. Este último punto es el interesante y la sala casó el fallo en estos extremos y condenó al alcalde por los hechos constitutivo de daños. Considera la sala que la audiencia erró en sus apreciaciones ya que consideró que en el proceder del alcalde no existió coautoría por la ausencia del formal acuerdo previo, como tampoco existió inducción por la ausencia de una incitación directa, asimismo, muestra la irresponsabilidad de llegar a considerar la complicidad, porque no se justificó su cooperación en la ejecución de los daños. Todos estos argumentos vienen a ser desvirtuados por la Sala, pero lo más importante, es la decisión de situar la acción del alcalde dentro de la figura de la autoría mediata, debido a la “auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos”, figura que ni siquiera vino a ser estudiada por parte de la audiencia. En efecto, “todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del alcalde. A ello se debe agregar que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos al tiempo que postulaba la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual constituye las circunstancias del caso un verdadero super dominio del hecho de los autores inmediatos fundado en la posición de autoridad del Alcalde”. Ello conduce a hablar de la doctrina del “autor detrás de autor”, “caracterizada por la posibilidad de la autoridad ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable”, lo cual es consecuencia en el caso concreto “de que el alcalde con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o por lo menos una tolerancia oficial, cuya ilicitud podrían reconocer con un mínimo ciertos de conciencia”. En este sentido, la posición institucional del alcalde le otorga una “posición de dominio superior” sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es

La conexión del marco penal de la participación con el marco del hecho del autor pone en evidencia que la ley atiende al injusto del hecho, con independencia de la corrupción del autor, y este injusto del hecho no concuerda con el injusto de la corrupción.

B. Teoría de la desintegración social

La finalidad de esta teoría era fundamentar la punibilidad en la instigación.

Cuando el instigador hace surgir la idea de la resolución criminal en otra persona y ésta procede a cometer la acción típica y antijurídica, provoca su desintegración social, al colocarla en un conflicto agudo con la sociedad²⁵⁴.

Existiría un doble contenido del injusto, ya que, además del propio delito que se comete, el ataque a la persona del instigado constituiría la lesión de un bien jurídico autónomo. Por tanto el partícipe no quebranta de igual forma que el autor las disposiciones de la parte especial²⁵⁵.

Como adelantamos, existen también las teorías del pensamiento de la contribución a la lesión del bien jurídico como fundamento de la punibilidad.

Estas teorías, frente a las teorías fundadas en el pensamiento de la corrupción, que tratan de sustentar la responsabilidad de los partícipes en la culpabilidad o en el injusto ajeno, basan esencialmente el castigo del partícipe en la intervención de éste, pero de modo diferente al autor. Estas teorías niegan la accesoriedad.

Prescinden del momento de la corrupción para fundamentar materialmente la pena; solamente toman en cuenta la incidencia de la conducta que lleva a cabo el

claro, “esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo toda vez que –como se ha destacado en la doctrina– “no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues (...) trata del rango normativo de la participación”.

²⁵⁴ Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El fundamento material de la pena en la participación*. Madrid 1990. p. 51.

²⁵⁵ STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*. Madrid 1982. p. 259.

partícipe en el menos cabo del bien jurídicamente protegido en el precepto de la parte especial de los códigos penales.

1. Teoría pura de la causación

Toma como fundamento la intervención del partícipe en el menoscabo o quebrantamiento del bien jurídicamente tutelado. Conocida también como teoría del propio desvalor de la participación, que contiene en sí misma el fundamento de su punibilidad; a la accesoriadad no le corresponde más función que la de delimitar el ámbito de lo punible en referencia al delito del partícipe²⁵⁶.

Se le otorga al delito del partícipe la estructura de un delito de resultado mediante la exigencia de que se haya cometido el hecho principal, estableciendo pues, una dependencia de la naturaleza técnico legal de los tipos de participación respecto a los tipos autónomos de los delitos de la parte especial. Para esta teoría el injusto que realiza el partícipe tiene plena autonomía.

Partiendo de una metodología basada en el pensamiento tópico LÜDERSSEN²⁵⁷ ha desarrollado las premisas conceptuales de la doctrina de la causación. Para ésta, el motivo del castigo del partícipe radica en que, de uno u otro modo, interviene en la lesión del bien jurídico protegido.

Pero no ve la necesidad de considerar el injusto de la participación derivado del que lleva a cabo el autor, es decir, el partícipe realiza su propio injusto, diciendo que el bien jurídico está provisto de protección frente los ataques no sólo del autor, negando de este modo la naturaleza accesoria de la participación.

²⁵⁶RUIZ ANTÓN, Op. Cit. p. 196

²⁵⁷LÜDERSSEN, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Nomos Verlagsgesellschaft Alemania. 1983, p 119.

2. Ilícito propio de la participación

Los defensores de esta teoría hablan de delito del partícipe, en el sentido de que el hecho es portador de su propio contenido de injusto y culpabilidad, constituyendo un tipo autónomo del que se considera al partícipe autor.

Lo más adecuado para determinar las formas de intervención delictiva y sus consecuencias jurídicas es el intento de analizar la esencia de las formas de intervención en el delito atendiendo el modo en que se dirige la norma penal a los distintos sujetos.

STEIN acoge, bajo esta postura, un concepto restrictivo de autor y establece la diferencia entre la autoría, la inducción y la complicidad a través de un principio normativo. Constata que las normas no se dirigen al autor y a los partícipes de la misma forma, sino que la norma de comportamiento del autor se dirige a él con mayor urgencia o perentoriedad que a los otros sujetos. A esta idea viene asociada otra: la de que los partícipes realizan su injusto a través del comportamiento futuro de otro sujeto (el autor).

Según esto, en la autoría directa o inmediata la norma prohíbe comportamientos que no lesionan el bien jurídico mediante la intervención futura de otra persona.

En la autoría mediata se comprenden dos grupos de casos:

- a) Aquellos en los que la norma prohíbe la lesión del bien jurídico que se hace efectiva a través de un futuro comportamiento, conforme a derecho de otro sujeto;
- b) Aquellos comportamientos prohibidos por la norma cuya peligrosidad se verifica a través del comportamiento antijurídico de otra persona, aunque la

Imputación objetiva

infracción del deber del sujeto de delante no es “completa” y/o existe en él una falta de capacidad de obediencia de la norma.

Por otro, lado la norma de comportamiento referida a la inducción prohíbe aquellos comportamientos cuya peligrosidad está en que perjudiquen los factores de motivación del inducido respecto de su deber de comportamiento como tal, mismo que coincide con el pronunciamiento por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, pág. 2023:

INSTIGACIÓN AL HOMICIDIO. SE ACREDITA LA COMPLICIDAD Y NO AQUÉLLA, SI EL AUTOR MATERIAL DEL DELITO YA HABÍA TOMADO LA DECISIÓN DE LLEVARLO A CABO Y ÉSTA SÓLO FUE REFORZADA POR LOS CONSEJOS O ÁNIMOS QUE LE DIO OTRO SUJETO PARA QUE EJECUTARA ESE ACTO DELICTIVO:

Si de los medios de prueba se demuestra que el quejoso aconsejó o animó al autor del delito de homicidio para que éste “matara a la persona” cuando ya estaba realizando actos encaminados a ese objetivo y, por tanto, ya tenía la determinación de cometer el ilícito, ese aporte psíquico del sujeto no constituyó una influencia determinante para despertar en el autor la voluntad y decisión de cometerlo, pues esa voluntad ya existía; por lo que la contribución del quejoso únicamente se tradujo en auxiliar o ayudar al autor, e influir para fortalecer su decisión previamente tomada. En ese sentido, cuando la intervención de otro sujeto no constituyó el factor determinante para despertar la voluntad del autor para cometer un delito –porque éste ya estaba determinado a llevarlo a cabo–, sino sólo un reforzamiento de la decisión ya tomada, se concluye que se está ante un caso de **complicidad** y no de instigación.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO:

Amparo directo 346/2012. 23 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos.
Ponente: María Elena LEGUÍZAMO FERRER. Secretaria: Jacqueline Pineda Mendoza.

Amparo directo 385/2012. 23 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos.
Ponente: María Elena LEGUÍZAMO FERRER. Secretaria: Jacqueline Pineda Mendoza.

Desde una posición crítica, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES²⁵⁸ afirma: “...encontrándose como hoy se encuentra, perfectamente delimitada la figura de la inducción respecto de otras como la del autor detrás del autor, la coautoría, la autoría mediata en general, o, en concreto, la autoría mediante la utilización de aparatos organizados de poder o en el seno de organizaciones delictivas jerarquizadas, etc. – reina poca unanimidad terminológica pero todas estas figuras tienen el tratamiento de autoría–, habría que concluir que para los casos restantes, es decir, para los supuestos en los que concurre verdadera y “simple” inducción, no parece estar justificado que la penalidad del inductor sea igual que la penalidad del autor. El inductor es un partícipe en hecho ajeno y, como tal, debe tener una reducción de la pena, pues su grado de culpabilidad, como partícipe, siempre será menor que el del autor. Desde este punto de vista, Elena no debió tener la misma pena que el autor del hecho, Abel. La tesis es aún provisional y requiere desde luego una investigación más profunda que estudie la perspectiva de la inducción, la de la autoría mediata y la del autor detrás del autor, así como un concreto análisis del concepto de autoría, todo ello desde la dogmática de la imputación objetiva. Aquí solo puede ser sometida a discusión, pero sí parece que esa será la dirección que habrá de tomar la dogmática de la autoría y participación en los próximos años”.

Por último, las normas de comportamiento del cómplice prohíben todos aquellos modos de comportamientos que no estén comprendidos en las normas de comportamiento del autor o del inductor.

²⁵⁸ “En los límites de la inducción”, en *indret* 2/2012, p. 15. Consultado el 23 de enero del 2013.

Imputación objetiva

Consideremos entonces que la participación presupone tomar parte en un hecho ajeno, de allí su carácter accesorio.

La participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado por lo menos, el nivel de la tentativa, es decir, por lo menos el principio de ejecución. El desistimiento de la tentativa no afecta la punibilidad del partícipe que no haya desistido, consecuencia del carácter personal de la excusa absolutoria sobreviviente al desistimiento.

El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades:

- a) Accesoriedad mínima.- el hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado.
- b) Accesoriedad limitada.- el hecho principal debe ser típico y antijurídico.
- c) Accesoriedad extrema.- el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable.
- d) Hiperaccesoriedad: cuando también las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también perjudican o benefician al partícipe.

En la doctrina, la opinión dominante es que debe regir el sistema de accesoriad limitada, el hecho principal debe ser típico y antijurídico; la culpabilidad de cada partícipe es individual..

El principio de accesoriad mínima se excluye pues un hecho solamente típico no es antijurídico cuando concurre una causa de justificación y ello excluye toda consecuencia jurídica del hecho. Por lo que un hecho justificado pero típico no puede dar lugar a una participación punible.

La accesoriad limitada requiere como hecho principal una acción típica dolosa y antijurídica, sin exigir además que sea culpable; la culpabilidad del autor y de cada partícipe son individuales e independientes.

La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son parte del concepto de culpabilidad sólo tienen incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe: la instigación o complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía.

Las causas que excluyen la atribuibilidad no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia sólo el estado de necesidad no justificante debe extenderse también a los partícipes siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto del autor. Este grado de solidaridad sólo deberá apreciarse cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales. En este sentido el Estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto a los bienes jurídicos. Por lo tanto el estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad o de la responsabilidad por el hecho, sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el estado de necesidad no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad.

Las circunstancias personales que determinan un agravación de la pena son en principio personales, pero se transmiten a los partícipes cuando éstos las hubieran conocido.

Surgen dos cuestiones fundamentales:

- a) ¿Cuáles son los elementos personales que a pesar de caracterizar lo ilícito no se extienden a los partícipes?
- b) ¿Qué régimen deben seguir los elementos personales cuando fundamentan la punibilidad y cómo se les distingue de los otros?

Respecto de la primera cuestión, si bien todos los elementos subjetivos son siempre elementos personales, no todos los elementos personales son siempre subjetivos, una especial posición de deber del autor es un elemento objetivo que tiene

Imputación objetiva

caracteres personales. La determinación de estos elementos es extraordinariamente difícil y las fórmulas para lograrla son susceptibles de múltiples interpretaciones.

Básicamente se recurre a un criterio de distinción según el cual los elementos subjetivos personales pueden ser vinculados al hecho o vinculados al autor, de tal manera que solo estos últimos tendrían efecto personal a pesar de ser elementos de de lo ilícito y no beneficiarían al partícipe que careciera de ellos aunque los conozca.

En la segunda cuestión, la falta de régimen específico que se refiera a estos elementos que ni atenúan ni agravan, ni excluyen la pena exige una solución dogmática de difícil fundamentación. En principio cabría la posibilidad de adoptar para estos elementos el mismo criterio que para los que agravan la punibilidad: hacerlos extensivos al partícipe simplemente bajo la condición de que éste haya tenido conocimiento de ellos.

Sin embargo, la única solución que parece adecuada es la de la atenuación de la pena del partícipe que carece del elemento personal que fundamenta la punibilidad aunque haya tenido conocimiento de esa circunstancia personal del autor.

CAPÍTULO V

EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LA INTERVENCIÓN ACCESORIA

I.- Introducción

En el ámbito de la dogmática penal, la intervención de varias personas en la realización de un hecho delictivo es ampliamente complejo, pues es preciso establecer las diferencias entre las diversas aportaciones al hecho y las consecuencias derivadas de cada una de ellas.

En sus orígenes la teoría de la imputación objetiva tomó como base el idealismo *hegeliano*²⁵⁹, pues para poder imputar un resultado a alguien era necesario que la acción fuese dominable por la voluntad. De acuerdo con esta idea, la imputación hace referencia a aquello que se puede atribuir al sujeto como acción suya, por lo que puede hacerse responsable, de manera que a la acción se opondría el simple acontecer natural, existiendo la relación de acción cuando pueda afirmarse una imputación de acción a la voluntad.

²⁵⁹ Aquí el concepto de persona que resulta del idealismo alemán de Hegel, es un ser humano con capacidad de establecerse objetivos y de actuar con base en los mismos, y a través de su voluntad se encuentra en condiciones de dominar los cursos causales, de manera que donde termina dicha dominabilidad concluye igualmente el actuar humano susceptible de engendrar responsabilidad penal.

Lo que sea dominable por la voluntad, no se determina en la función de la capacidad subjetiva de cada uno de los interventores delictivos, sino sobre la base de aquello que le era posible a una persona media en cuanto a la dominación voluntaria del acontecer.

II.- Posiciones doctrinales: visión general

En este sentido referir recursos con base en criterios causales no parece convincente para la doctrina penal.

En este contexto, es GIMBERNAT quien más ha insistido en el rechazo de tales parámetros, señala que cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto.

La *conditio sine qua non* no parece correcta por tres motivos. En primer lugar, como destaca CEREZO MIR, la doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal es muy antigua ni siquiera guarda relación con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En segundo punto, la aplicación de la teoría de la necesidad es una interpretación errónea del contenido de la teoría causal.

Apoyar la idea de la *conditio sine qua non* supondría tanto como aceptar el pensamiento propio del positivismo decimonónico, adoptando el método del propio tecnicismo jurídico de VON LISZT y ROCCO.

Por su parte, DONNA afirma que la intervención accesoria es autoría particularizada porque el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Interviene quien en posesión de las cualidades personales de autor, es portador de la

decisión común respecto del hecho y en virtud de ello tome parte en la ejecución del delito ²⁶⁰.

El fundamento de atenuación de la pena, en el caso de la complicidad, es una menor necesidad de pena, que resulta mejor cuando se deja al arbitrio del juzgador, es decir, la atenuación será una facultad discrecional del juez que ha de considerar el contexto de la comisión del ilícito.

Para JAKOBS, un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.

Una de las cuestiones más debatidas de la accesoriedad es la dependencia del hecho del partícipe del dolo del autor del hecho principal. Esta consecuencia no depende de la forma en que se fundamenta la accesoriedad limitada ni tampoco de la fundamentación de la punibilidad de la participación *stricto sensu*. La cuestión es independiente inclusive del concepto de acción.

La dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción está impuesta por la propia naturaleza de ésta. Instigar es crear en otro la decisión del hecho antijurídico.

Lo mismo ocurre en la complicidad, sólo es posible en relación a un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho lo que sin dolo no es posible.

En la dogmática defienden este punto de vista BACIGALUPO, ZAFFARONI, CEREZO MIR y GIMBERNAT ORDEIG, entre otros ²⁶¹.

²⁶⁰ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2002.

²⁶¹ Véase por todos BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*. Edit. Temis. Bogotá 1996.

III.- La cooperación necesaria como forma de intervención delictiva

A. Teorías subjetivas

Las teorías subjetivas tuvieron bastante auge en Alemania durante el siglo XIX y principios del XX, debido fundamentalmente a la influencia ejercida por el concepto de acción en el que predominaba el elemento de voluntad.

Las características de esta teoría apuntan a la distinción entre autoría y participación con base en criterios “intrapésicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes”²⁶².

La teoría subjetiva se ha formulado bajo el mismo principio en atención al cual son causas equivalentes todas las aportaciones de cuantas personas concurren en un mismo hecho. No obstante, la diferencia entre el concepto unitario de autor y la teoría subjetiva de la autoría estriba en que éstas últimas hacen depender el título de imputación personal (de autoría o de participación) según cuál haya sido el propósito de cada persona concurrente. De modo que si determinada persona contribuyó a la realización del hecho con el ánimo de autor (o de partícipe) de ello dependerá su imputación personal a título de autor, o de partícipe, según el caso.

LUZÓN DOMINGO, uno de los primeros defensores de esta teoría, convierte en autor a un sujeto, con independencia de su aportación al hecho, por haber actuado con voluntad de actor y haber participado en el acuerdo o concierto de voluntades para llevar a cabo el hecho²⁶³.

²⁶²ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid 2000. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.. p. 71

²⁶³LUZÓN CUESTA, *Derecho Penal del Tribunal Supremo. Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia criminal. Parte general*, Tomo II, Barcelona, 1964.

Así es como en rigor se distingue al cómplice, del autor, porque el cómplice es ciertamente un colaborador no necesario, pero sin olvidar que hay colaboradores no necesarios que merecen y les corresponde la consideración de autores, ya que la accesoriedad de su colaboración es puramente accidental, si, fundiendo su voluntad con la de los ejecutores, han tenido, no voluntad de cómplice, sino voluntad de autor, o sea, la voluntad de ejecutar el hecho, que realiza otro; o voluntad de sumarse a su ejecución con la que no se identifica, a la que se considera ajeno, pero respecto de la cual no permanece indiferente sino que quiere colaborar, un poco desde fuera, removiendo algún obstáculo no insuperable, haciendo más fácil la empresa del delincuente, ya por simpatía, ya por interés, pero sin comprometerse de lleno con una empresa que no le interesa o en la que no permite convertirse en parte esencial.

LUZÓN DOMINGO define al coautor para distinguirlo del partícipe bajo el criterio del acuerdo de voluntades. En esta concepción no parece posible caracterizar definitivamente al cooperador necesario como autor o partícipe, pues ello dependerá del ánimo con el que haya intervenido. Así pues, dentro de la teoría subjetiva encontramos la teoría del dolo, que hace depender de los intervinientes las calidades de autoría y participación. En otras palabras, dependerá del dolo del sujeto actuante para decidir si estamos en presencia de un autor o de un partícipe. Clara muestra de esta postura doctrinal ha sido mantenida a lo largo de varios años por los tribunales de nuestro país en materia de delitos contra la salud, por ejemplo, el criterio emitido por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, al resolver el Amparo en Revisión 77/90, el 13 de junio de 1990, por unanimidad de votos, y con ello emitieron tesis aislada, correspondiente a la Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, VII, Mayo de 1991, visible en la página 293, bajo la siguiente rubrica y texto:

“SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE VENTA. SE INTEGRA CON EL ACUERDO DE VOLUNTADES SOBRE LA COSA Y EL PRECIO PACTADO. Cuando de las constancias de la indagatoria se desprende como hecho probado el consenso de voluntades entre el comprador y vendedor para concretizar la venta del estupefaciente, habida cuenta que el vendedor

Imputación objetiva

recibió el pago de varios kilos de droga en el momento de la aprehensión, y si bien el enervante no llegó al dominio del adquirente por la intervención de los agentes de la policía, tal evento es intrascendente y por lo mismo no impide dar por satisfechos los elementos constitutivos del ilícito contra la salud de la modalidad de venta de marihuana, en razón de que la referida conducta cobró vigencia con el solo acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio pactado”.

De igual manera se ha pronunciado el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al resolverse el Amparo Directo 431/96, el 4 de septiembre de 1996, por unanimidad de votos, lo que generó la aprobación de la tesis aislada VI.2o., 120 P, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, IV, Octubre de 1996, visible en la página 516, bajo el siguiente rubro y texto:

“DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE VENTA DE PSICOTROPICOS. PARA SU CONFIGURACION NO ES NECESARIO QUE EL ACTIVO OBTENGA LUCRO. De la interpretación sistemática de los artículos 193 y 194, fracción I, del Código Penal Federal, se deduce que para la configuración del delito contra la salud en su modalidad de venta de psicotrópicos no es necesario que el activo obtenga lucro, siendo suficiente para acreditar el tipo penal comerciar con dicho narcótico; por tanto, si en la causa penal se encuentra acreditado que el indiciado intervino en la comercialización de psicotrópicos, tal circunstancia es suficiente para comprobar su responsabilidad en el ilícito mencionado”.

Desde luego, una teoría subjetiva como la que se expone no puede ser aplicada en la práctica, porque a decir verdad, muy poco nos debe interesar si una persona quería ser autor de un delito, o simplemente tenía el propósito de cooperar al mismo -realizando gran parte de los hechos delictivos-, y, en atención a ese mero dicho,

atribuirle responsabilidad como autor o partícipe. La responsabilidad penal no puede estar sujeta a la libre interpretación del interviniente ²⁶⁴.

Resulta entonces que no queda claro a qué resultados prácticos lleva esta delimitación y a pesar de ello sus partidarios como VON BURI afirman que “lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad del autor y la dependencia de la de partícipe.”²⁶⁵ El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere tampoco él.

La mayor flaqueza de esta teoría consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica -según VON BURI - por el punto de partida causal.

Otro punto en contra es que la teoría del dolo se ve forzada a considerar únicamente como partícipe a aquél que ejecuta la acción típica solo, pero internamente subordinándose a otro.

La teoría del dolo fracasa irremediablemente en el punto que tiene que considerar partícipe a aquel que comete la acción principal con voluntad subordinada. BOCKELMANN afirma: “El que vierte sangre con sus propias manos no puede lavarse las manos en la inocencia” ²⁶⁶.

También como variación de la teoría subjetiva encontramos la teoría del interés que sostiene que es autor quien tiene un *interés propio* en que el hecho delictivo se produzca, mientras que es partícipe aquel sujeto que interviene en los hechos delictivos sin un interés propio, es decir, a favor de *un interés ajeno*. La teoría del interés, igual que la del dolo, son subjetivas, que no pueden ser aceptadas, porque al depender de lo subjetivo no son demostrables en un proceso penal.

²⁶⁴ Consúltese: JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, tr. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

²⁶⁵ ROXIN, *Autoría*, p. 72.

²⁶⁶ ROXIN, *Autoría*. p. 76.

Imputación objetiva

La fórmula del *interés* no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de “la subordinación de la voluntad” requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales.

Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado.

A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución, imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo.

Por ejemplo, el Caso de la Bañera, citado por MÁRQUEZ CÁRDENAS: “En este caso se hace referencia a la sentencia (RG74, 85) de la jurisprudencia alemana rechazada por la doctrina, y expresamente abandonada por BGH, 8, 395. En interés y a ruego de la madre que acaba de dar a luz a un hijo, su hermana muere el recién nacido ahogado por inmersión en el agua de la tina del baño, por propia mano y sin colaboración de terceros. El tribunal de primera instancia había condenado a la hermana como autora del infanticidio y a la madre como inductora. Sin embargo, en segunda instancia, revocándose el primer fallo, condenó a la hermana de la madre que había ejecutado con sus propias manos la muerte únicamente como cómplice de un asesinato, argumentando que no existía en la persona de la hermana *animus auctoris* para actuar en interés propio, y en el caso había cometido el hecho en interés de la madre. En la sentencia el tribunal juzgó el interés personal de la autora en el resultado como indicio de su voluntad de autor. Como dicho resultado (muerte del menor) supuestamente sólo le interesaba personalmente a la madre del menor y no a la hermana que ejecutó el infanticidio, entonces cabría presumir que no existía la voluntad del hecho como propio y con ella la autoría. Faltó esta expectativa personal o alguna similar, y ante la duda el tribunal aceptó una falta de voluntad de querer el hecho. Entonces, dado que el interés en el resultado representa un indicio de la voluntad de autor, tal interés sólo existía en

la madre”. O bien, el Caso de STASCHYNSKIJ: “Corresponde a sentencia (BGH18, 87) dictada por el Tribunal Supremo Federal Alemán. STASCHYNSKIJ, agente de la KGB que recibió órdenes de la organización a la que pertenece, asesina por encargo a dos exiliados políticos en la antigua R.F.A. Comete los asesinatos actuando solo, de propia mano y utilizando una pistola. El Tribunal lo condenó como cómplice de tales delitos, ya que el sujeto no había tenido interés propio ni poseía una voluntad propia del hecho. Los interesados eran quienes habían encargado tales muertes, por lo tanto Staschynskij actuó en interés ajeno y era sólo un cómplice. En una decisión el BGH8, 395, distanciándose de las anteriores decisiones duramente criticadas, resolvió un caso condenando a quien ejecutó el hecho en supuesto interés de otro. Una mujer que mantenía relaciones inestables y conflictivas con su marido acuerda con un sujeto dar muerte a su cónyuge. El asesinato se acordó, se planeó en detalle entre el que ejecutó el hecho y la mujer. Aprovechando la oportunidad en que caminan los tres hacia un pueblo vecino, la mujer da la señal convenida al autor, quien empezó a golpear con un hacha al marido hasta causarle la muerte. De seguir la teoría del interés, el sujeto que dio los golpes mortales, siguiendo las instrucciones de la mujer, debía ser sancionado como cómplice, puesto que carecía de interés personal en los hechos, pues actuó por compasión y en una situación de dependencia que mantenía con la cónyuge del causante. Sin embargo, el tribunal sentenció al autor responsable del delito de homicidio. Con esta sentencia el tribunal se distanció de las decisiones cuestionadas (RG74, 85) y (BGH18, 87)”²⁶⁷.

Ahí reside también su límite. Si se independiza el punto de vista del interés y, a pesar de faltar la subordinación, se pretende negarle a alguien la cualidad de autor sólo porque actúa en provecho de otro, limitación incorrecta; por una parte, debido a que es imposible que el legislador haya querido que el autor único quede impune sólo porque haya actuado en interés de otro.

²⁶⁷ *La coautoría en la dogmática penal*, pp. 36 y 37.

Por otra parte, porque ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos; cuando, por ejemplo, alguien ha realizado un aborto, con seguridad es importantísimo, para determinar la pena, si lo ha hecho en interés propio o ajeno, por precio o por compasión; pero para la realización del tipo y el enjuiciamiento de la autoría es irrelevante²⁶⁸.

B. Teorías objetivas

Toda teoría objetiva de la autoría consiste en calificar como autor a quien ha cometido el hecho típico descrito en la ley penal. La herencia doctrinaria de esta teoría objetiva viene provista desde los tiempos del creador del tipo penal como categoría esencial del ilícito; nos referimos nada menos que a Ernest von BELING²⁶⁹.

BIRKMEYER, por su parte, sintetiza esta teoría afirmando que autoría es realización del tipo legal.

Las teorías objetivas únicamente se preocupan por saber quién de todos los intervinientes ha concretizado materialmente la descripción típica. Resulta autor quien realiza toda o parte de la acción ejecutiva²⁷⁰.

Por lo que se refiere a la acción ejecutiva, VIVES ANTÓN²⁷¹ señala que esta teoría se caracteriza por considerar autor a todo aquel que realice una acción ejecutiva, frente al partícipe que lleva a cabo actos preparatorios o de mero auxilio durante la ejecución. Se establece correspondencia entre autor y partícipe, así como entre actos ejecutivos y preparatorios, de tal manera que la coautoría se diferencia de la

²⁶⁸ROXIN, *Autoría*. p. 76.

²⁶⁹Véase: BELING, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*, tr. Sebastián SOLER, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944.

²⁷⁰La adjetivación de la acción como ejecutiva o típica, dependerá de la variante de teoría objetiva analizada.

²⁷¹VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*. Madrid 1977.

complicidad de la misma forma en que se distinguen las formas preparatorias de las ejecutivas.

FERRER SAMA²⁷² señala que lo característico de la autoría en sentido estricto es el hecho de haber tomado parte en la propia ejecución del delito, siendo esta nota la que diferencia al verdadero autor de los otros partícipes que, si bien son autores por declaración legal, no lo serían sin la descripción típica del ordenamiento.

Ahí, precisamente, reside la pobreza o limitación de esta teoría, porque en el supuesto imaginado de que una persona sostiene a otra entre sus brazos, en espera de que otro clave un puñal al indefenso, no podemos decir que el individuo que sujeta al otro haya realmente cometido la descripción típica de homicidio, pero, en cambio, sí podemos afirmar, válidamente, que dicho individuo mató a la persona que sostenía en su brazos.

En este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES: “no es posible que la reacción penal sea decidida en atención al carácter o espíritu -antisocial- del autor. En un estricto Derecho Penal de hecho, no tienen cabida los llamados elementos espirituales de la culpabilidad. Por consiguiente, la primera limitación que la potestad punitiva encuentra en materia de culpabilidad es que ésta sólo puede ir referida a un hecho concreto y anterior”²⁷³.

C. Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho tiene su origen en el finalismo encabezado por WELZEL al considerar autor a “aquel que mantiene una condición, consciente del fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”²⁷⁴.

²⁷²FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia, 1947.

²⁷³QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, p. 112.

²⁷⁴WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Chile, 1987, p. 145.

Imputación objetiva

En esta etapa de evolución de la ciencia penal alemana rigen tres características que generaron el ambiente propicio para la aparición y aceptación de esta teoría:

- a) la teoría del dominio del hecho surge como reacción a la teoría subjetiva de la autoría y la participación, seguida y aplicada en la doctrina alemana.
- b) surge por contradicción al concepto causalista de acción.
- c) surge para superar las dificultades e inconvenientes de la teoría objetivo-formal.

Para GÓRRIZ ROYO²⁷⁵, “este origen remoto pone de manifiesto, en primer lugar, la inicial vinculación de la teoría del dominio del hecho con el concepto de autor derivado de la teoría de la acción final, lo cual, ciertamente, no ha impedido que sea sustentada desde otras posturas dogmáticas. No es extrañar, por tanto, que en Alemania la teoría del dominio del hecho hundiera sus raíces en la *teoría subjetiva* hasta entonces acogida en la jurisprudencia, si bien –paradójicamente–, también se ha podido decir que, por otra parte, surge como reacción a esta teoría y por contradicción al concepto causalista de acción. Por último, incluso se apunta, como motivo de su aparición, la necesidad de salir del paso ante el estancamiento provocado por las – hasta entonces– dominantes teorías objetivo-formales, en temas como la autoría mediata, por su fijación en el inmoldeable criterio de la ejecución.

En cierto modo, la disparidad de razones apuntadas para explicar el surgimiento de estas teorías en un indicio de las dificultades que, de entrada, se plantean en torno a su *naturaleza*. Sin obviar el carácter problemático de esta cuestión, únicamente interesa indicar respecto a la misma que la mayoría de defensores de la doctrina que analizamos convienen finalmente en atribuirle una *naturaleza objetivo-subjetiva*. No obstante, es cierto que este problema no puede solucionarse en términos generales pues dicha naturaleza no puede predicarse, según veremos, de todas sus variantes. En consecuencia con la naturaleza que, comúnmente, se le atribuye a la

²⁷⁵ *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 315- 317.

teoría del dominio del hecho y hechas las matizaciones expuestas, según dicha tesis puede caracterizarse al autor, en líneas muy generales, como el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito y dirige el proceso que desemboca en dicha producción. Puede observarse que junto un *elemento objetivo* de la autoría, dado que se requiere el control final, el dolo o voluntad de realizar aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho, bien se entienda este requisito como disposición anímica del sujeto (dolo típico), bien como elemento subjetivo del dominio”.

Anteriores a WELZEL, deben destacarse las propuestas hechas por MAURACH y GALLAS.

GALLAS señala que la diferenciación entre autoría y participación sólo se puede llevar a cabo si se entienden los tipos como unidades de sentido finales-causales, es decir, como acciones y no como descripción de meros transcurso causales²⁷⁶.

La participación –continúa GALLAS– también se puede considerar como acto final, pues en cuanto al objeto pretendido las acciones de los intervinientes no se diferencian, pero habría que añadir una determinada forma de comisión, y de este modo, una determinada configuración objetiva de los medios utilizados para la consecución del objetivo²⁷⁷.

Más adelante, JESCHECK afirma que ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan apropiadas para fundamentar de manera convincente la esencia de la autoría y al mismo tiempo, delimitar a la autoría y a la participación. Esta exposición de JESCHECK es respecto al hecho de caracterizar a la teoría del dominio del hecho como una síntesis de criterios objetivos y subjetivos²⁷⁸.

²⁷⁶GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, p. 85.

²⁷⁷*Ídem*.

²⁷⁸JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. Luis MANZANARES SAMANIEGO, Granada, 1993, p. 586.

Imputación objetiva

Y es que efectivamente la teoría del dominio del hecho surge como una síntesis de criterios objetivos y subjetivos, en concreto de la teoría objetivo formal y de la teoría subjetiva del dolo.

Esta teoría pertenece a la clase de posturas que distinguen entre autoría y participación y, en este sentido, la teoría del dominio del hecho puede ser calificada como una *teoría restrictiva*; pero, además, dicha teoría es una *teoría objetivo-material*, porque trata de localizar los elementos objetivo-materiales de dominio (funcional) del hecho, conforme a los cuales pueda acreditar la autoría o la participación de alguna persona concurrente en la comisión de algún ilícito.

De conformidad con esta teoría ²⁷⁹, es autor el sujeto que tenga el control directo del acaecimiento del ilícito; es coautor el individuo que posea el dominio funcional del hecho; y es autor mediato el que, teniendo el *dominio de la voluntad* de otro sujeto, ocupe a éste como instrumento para la comisión de un delito.

Por otra parte, la persona que no obstante concurre en la realización del hecho es ajena tanto al control de la acción causante del resultado, así como al dominio funcional del mismo, y que ni siquiera –en un momento dado– tiene el dominio sobre la voluntad de quien o quienes lo causaron, es considerada partícipe, puesto que su aporte fue concurrente para el alcance del delito. En menos palabras, el sujeto que habiendo concurrido a la realización del hecho no lo hizo con algún tipo de dominio funcional ²⁸⁰ (tales como pudieran ser la autoría directa, la coautoría o, en su caso, autoría mediata) entonces es calificado como partícipe.

De lo anterior se deduce que cualquier imputación a título de partícipe confirma la falta de dominio del hecho.

²⁷⁹Véase, en este sentido, CEREZO MIR, *Derecho penal, Parte general –lecciones–*, segunda edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 180.

²⁸⁰ Al respecto consúltese: ROXIN, Claus, *Autoría*, p. 51; EL MISMO, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista Penal*, No. pp. 242-248.

Los coautores a diferencia de los partícipes, no sólo realizan actos ejecutivos, realizan un hecho propio no uno ajeno como el partícipe. La posibilidad de concreción del concepto de dominio del hecho es entender que concurre en el sujeto que tiene el poder de interrumpir la realización del tipo.

La aplicación del criterio de pertenencia es evidente en las consecuencias de la teoría del dominio del hecho: dominio de la acción, dominio de la voluntad, y dominio funcional. Esta teoría permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto.

Su mayor mérito es el carácter objetivo, explica la autoría desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo legal, por lo que sólo puede ser autor, quien en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho.

D. Crítica

Una de las principales críticas sobre la teoría del dominio del hecho, viene conducida por la teoría de los delitos de infracción de deber. La cual centra su atención principalmente sobre las posiciones de GALLAS, SCHÜNEMANN²⁸¹, FREUNDY ROXIN.

Para los fines metodológicos de este apartado, es oportuno mostrar tal posición crítica mediante el trabajo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES intitulado *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, publicado en 2002²⁸², que habrá de

²⁸¹“El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en el lugar de otro”, trad. Mariana SACHER, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 981-1005.

²⁸²Existe un trabajo elaborado en el 2007, intitulado “Delito de infracción de deber”, en DAZAGÓMEZ, Carlos (Director), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2007; el mismo publicado en Eduardo MONTEALEGRELYNETT (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 271-288.

generar una nueva fundamentación para los delitos de infracción de deber a alejado de la teoría de la acción final, por un escenario normativo, para lo cual retoma fundamentalmente, el pensamiento de Jakobs,²⁸³ creando un entramado conceptual viable para armonizar tanto los delitos de infracción como los de dominio en sede de la participación, mediante argumentos *extraneus* e *intraneus*, prohibiciones, mandatos y sobre instituciones, en otras palabras, el soporte normativo será mediante el estudio de los deberes generales y especiales²⁸⁴.

Para ello, es menester considerar que entre los varios deberes generales que incumben a toda persona es el de no lesionar a los demás en sus bienes: *neminem laede*. En caso de no respetar tal deber, por hacer uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede imputar como suyo el resultado acaecido y deberá

²⁸³ De toda su obra, cabe destacar “Actuar y omitir”, trad. Manuel CANCIOMELIÁ, en DAZAGÓMEZ, Carlos (Director), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, pp. 21-44.

²⁸⁴ Véase, esencialmente, pp. 116 y s. “La moderna teoría de la intercambiabilidad de mandatos y prohibiciones es, pues, acertada, en tanto vaya referida a los mandatos y prohibiciones – contradictorios- de los *tipos calificados* (esto es, del nivel lingüístico). En cambio, una reformulación de las prohibiciones del *tipo de interpretación* (es decir, de la institución negativa), en un mandato del tipo de interpretación (esto es, en una institución positiva), o viceversa, no es posible (ni necesaria). La institución negativa (del tipo de interpretación) no se puede *reconceptualizar* en una institución positiva, puesto que entonces –como institución positiva- acabaría más de lo que según su primogenia negatividad debería acabar. En los tipos codificados, los mandatos y prohibiciones se diferencian tan sólo desde un punto de vista lingüístico (en los tipos de interpretación también además desde un punto de vista material), por lo que incluso mejorar será hablar de institución negativa y positiva *versus* prohibición y mandato. Cuando se trata de diferencias materiales –las existentes entre ambas instituciones–, la diferencia perdura independientemente de si la institución desde un punto de vista fenomenológico ha sido formulada como mandato o prohibición. En el ámbito de la institución negativa se puede reformular la prohibición de “dañar” en el mandato de “no dañar” o de “omitir todo lo que dañe” [opuesto contradictorio; “las disposiciones contradictorias conllevan en sí (...) el momento de la indiferencia]. Pero, independientemente de tal reformulación, su contenido material negativo permanece intacto. O, explicado de la mano de un ejemplo de relación positiva: que el fomento y ayuda a los países del tercer mundo –según la información– consista en que se mande “prestar ayuda”, o se prohíba “no prestar ayuda”, “interrumpir la ayuda”, etc., es, desde un punto de vista material, idéntico. En todo caso, se trata de una relación positiva con esos países, independientemente de su redacción como prohibición (de no prestar ayuda) o mandato (de prestarla): “contrarias (...) en tanto una tiene, a diferencia de la otra, un complemento positivo”. Y es que, si se manda la ayuda y fomento (o se prohíbe su omisión) de los países del tercer mundo (entendida como una institución positiva), resulta evidente que *también* se ha de prohibir todo lo que impida la consecución de esa ayuda y fomento (o mandar la omisión de todo lo que impida dicha consecución). Por tanto, nos hallamos ante una doble expectativa: se espera tanto un “hacer”, la edificación del mundo en común, como una “omisión”, la omisión de lo que impida dicha edificación (y no ya, simplemente, la omisión de la no edificación). Con esto, retorno a la definición de Pufendorf sobre los contenidos de la prohibición y del mandato. “Todo mandato contiene ya, según su contenido, una prohibición de todo lo que se le oponga; si se manda amar al prójimo, con ello se prohíbe lo que impida ese amor”, rezaba en este sentido su fórmula.

Lo dicho pone de manifiesto una nueva diferencia entre la institución negativa *neminem laedere* y las positivas, y que ya fue apuntada por HEGEL.

responder en razón del *quantum* de su organización²⁸⁵. De ahí, que en los delitos de organización propuestos por ROXIN (delitos de dominio) sea autora que, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a terceras personas y a costa de éstas. Por consiguiente, el autor responde a la relación sinalagmática que existe entre libertad de organización, por una parte, y responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, por otra.

En cambio, en los delitos de infracción de deberse fundamenta la imputación personal mediante una lesión del deber de comportamiento solidario que se exige en favor de un determinado bien jurídico, en virtud de una relación de carácter institucional²⁸⁶. En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en

²⁸⁵ De igual manera, SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por JAKOBS, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación”, RECPC, 08-03, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>, consultado el 13 de diciembre del 2011, p. 3. “El primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo. Pero los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera; y tienen un status especial, como testigo llamado ante una Comisión de investigación, como funcionario, como médico o como padre, que viene definido por un haz de derechos y deberes¹⁰ (como por ejemplo, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, en el caso de personas requeridas ante una Comisión de encuesta parlamentaria). El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese status especial. Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal”

²⁸⁶ Sobre el particular, véanse entre otros HIRAYAMA, Motoko, “El poder ilustrativo de la teoría del “delito de infracción del deber”, en Eduardo MONTELEALEGRELYNETT y José Antonio CAROJOHN, Editores, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 397-409; REQUENA JULIANI, Jaime, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, Dykinson, Madrid, 2010, en especial, todo el Capítulo XIII; JAKOBS, Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, trad. Manuel CANCIOMELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 104-109; PAWLIK, Michael, “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?. Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas”, trad. Paola Dropulich, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 207-230; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “La “actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”, en Juan Carlos Carbonell Mateu et. al. (Coordinadores), *Estudios en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, pp. 421-463; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Autoría y delitos especiales”, en Luis ARROYO ZAPATERO e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Volumen I, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1013-1025; SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, en especial, pp. 489-508; ABANTO VÁZQUEZ, Manuel A., “Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la Ciencia penal alemana”, en *Libro en homenaje a Claus Roxin, La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo I, INACIPE, 2003, pp. 199-259.

Imputación objetiva

general o bien contra determinados peligros, solidariamente. La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. Existe una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no sólo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión.

En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito de organización es irrelevante. Ahora bien, a diferencia de Roxin, Jakobs entiende que dicha infracción no es sólo una regla para determinar la autoría sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico-penal.

En palabras de Camilo SESSANO²⁸⁷: "JAKOBS pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas relaciones positivas: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una Institución del Estado. Por ello existe una diferencia entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un status especial. La infracción de los deberes derivados de un status especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber. Puede observarse, en relación con el bien jurídico, que tanto las normas que imponen a un sujeto la obligación de evitar una extensión de la propia esfera de organización a costa de los ámbitos organizativos de otros, y que plantean por tanto, una relación puramente negativa entre el sujeto y el bien jurídico (*neminem laedere*), como aquellas que obligan por el contrario a la "conexión de esferas vitales" o a la "configuración de un mundo parcialmente en común", y con ello a prestaciones positivas para la subsistencia o la producción de bienes jurídicos, contienen con carácter general, una referencia a un estado de cosas (presente o futuro) que se define por la existencia de un bien jurídico. En general, pues, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos

²⁸⁷"Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional", pp. 4-5.

importante al hecho delictivo (delitos comunes, o de dominio del hecho, o en virtud de responsabilidad por organización); o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y a su fomento, esto es, mediante un deber especial (delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional). En el primer supuesto, en los delitos de dominio, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos. En el segundo de los supuestos - en los delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional -, en cambio, bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo. En el caso de los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones de investigación estamos precisamente ante este segundo supuesto, en el que el sujeto se encuentra vinculado (incluso a su pesar) de una forma positiva, con una institución con la que debe cooperar. Existe un deber positivo de contribuir al bien jurídico, este deber positivo de colaboración con la Comisión parlamentaria de investigación obliga a quien es requerido, a ayudar y fomentar el bien, mediante su comparecencia y su declaración veraz. La situación inicial en que se halla la Comisión de investigación: de previa "ignorancia" o "desconocimiento" de unos hechos que deben ser esclarecidos, es decir, una situación inicial de peligro o propicia para ser dañada, no ha sido producida ni empeorada por quien todavía no ha comparecido y todavía no ha dicho la verdad. La Comisión parlamentaria de investigación, en la configuración inicial de sus trabajos, es una institución positiva necesitada de ayuda para desarrollar su propia función, por ello incorpora al obligado a la institución. Esa necesidad de ayuda es la que hace surgir ambas figuras delictivas, y esa falta de ayuda (infracción de un deber positivo) es la que fundamenta la responsabilidad”.

Con este fundamento, concluye que puede haber tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando quien interviene es un obligado especial. Así, por ejemplo, la muerte de un hijo menor de edad es siempre delito de infracción de deber para los padres. Pero, por otra parte, no resulta suficiente la existencia de deberes aislados para configurar un delito de esta clase, por lo que no todo delito especial configura a su vez un delito de infracción de deber. Para

ser tal ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona. “Un estatus sólo se alcanza cuando el debersancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.), o bien, integra a un obligado en una institución (el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia...)”.

Por su parte, CUELLO CONTRERAS ha propuesto, para la discusión doctrinal sobre los delitos de deber²⁸⁸, elaborar un concepto de autor común a todas las modalidades del delito (comisivo, omisivo, especial y por actuación en nombre de otro). Dicho concepto contiene a la vez un elemento ontológico de dominio y un elemento normativo de deber. Así puede definirse unitariamente la autoría como imputación de un resultado a quien dominando su producción es obligado a evitarlo. El concepto vale también para concebir unitariamente la autoría en todas las modalidades del delito y la participación en los casos en que es posible (proporcionando argumentos para excluirla, p. ej. participación por omisión). El fundamento común de la autoría en todas las modalidades del delito permite resolver el difícil problema de la responsabilidad individual en delitos cometidos a través de organizaciones.

²⁸⁸ “Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito”, indret, 1/2011, consultado el 20 de agosto del 2012, p. 9: “Para justificar la existencia de los delitos de infracción de deber, por cierto un concepto a acuñar interpretativamente, ya que no establecido legalmente, se sirve SÁNCHEZ-VERA de la existencia de delitos que tanto se pueden cometer activamente como por omisión, como el homicidio o el quebrantamiento de condena, porque tales delitos muestran que si hay casos en los que tanto se puede cometer el delito actuando como omitiendo actuar, los de competencia por organización propia acuñados por JAKOBS, o los delitos especiales acuñados por ROXIN, y casos en los que hacer y omitir no son equivalentes para todos los autores, p. ej. la omisión de salvar al menor es una omisión equivalente a la acción de matar en el caso de la madre y del socorrista, pero no en el del tercero (mera omisión del deber de socorro, participación en la comisión por omisión de un garante), entonces no es válida la tesis de ROXIN, cuando considera(ba) que todo delito de omisión es un delito de infracción de deber. Como consecuencia de lo anterior, concluye SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en los términos de JAKOBS, que la distinción acción-omisión, a los efectos de la autoría, debe ser sustituida por la distinción dominio-deber, de manera que mientras que hay delitos que tanto se pueden cometer por acción como por omisión, incluidos aquellos que tienen circunscrita la persona del autor (delitos especiales), casos de competencia por organización, no ocurre igual a la inversa, ya que hay delitos que sólo los pueden realizar como autor quienes tengan un especial deber, los delitos de infracción de deber, que tanto pueden cometerlos por acción como por omisión: siendo la suya la única omisión que da lugar al delito de omisión en sentido estricto. Así, p. ej., la madre del recién nacido es una obligada por especial deber, pero los demás sólo pueden responder como autores de homicidio del menor si lo hacen activamente”.

Finalmente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES explica que “para la coautoría y delitos de infracción de deber se deben tomar en cuenta dos cuestiones, la primera se refiere a si es posible una coautoría entre un autor de un delito de dominio y otro de un delito de infracción de deber, en tanto la segunda plantearía el interrogante de si sería posible, por su parte, una coautoría entre varios obligados especiales que a la vez llevaran a cabo un delito de infracción”²⁸⁹: “...aunque los especialmente obligados se repartan la ejecución de las diversas tareas delictivas –lo que supone una forma ciertamente clara de ejecución en coautoría–, no estamos ante una lesión del deber conjunta; si los obligados, en este caso, han de ser vistos como coautores, no lo serán porque hayan quebrantado de forma conjunta el deber positivo que a todos, pero individualmente, les incumbía, sino en virtud de la ejecución conjunta en el sentido de un dominio del hecho funcional en reparto de trabajo. En otras palabras: si en este supuesto de reparto de trabajo se puede hablar de coautoría, no lo será porque los diversos obligados especiales lleven a cabo un delito de infracción de deber en coautoría, sino porque ejecutan *también* un delito de organización o dominio del hecho en coautoría. Ejemplo: dos esposos organizan conjuntamente la muerte de su hijo común; no estamos ante un delito de infracción de deber en coautoría, sino ante dos delitos de infracción de deber independientes, y ante una responsabilidad en coautoría pero por un delito de dominio del hecho. Cada uno de los padres, por sí, quebranta el deber positivo que le incumbía respecto del hijo”²⁹⁰.

²⁸⁹*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 201.

²⁹⁰*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 205.

IV.- La cooperación necesaria como forma de coautoría

A. Análisis de las diferentes doctrinas

Un sector minoritario de la doctrina ha caracterizado a la cooperación necesaria como una forma de coautoría en sentido estricto, no sometida a la regla de accesoriidad.

La responsabilidad del cooperador necesario es independiente respecto de cualquier otro interviniente en el hecho y la misma se fundamenta, principalmente en el “criterio material de la eficacia causal de su contribución indispensable para la producción de un resultado”²⁹¹.

Tenemos así, dentro de este sector doctrinal minoritario, diferentes formulaciones doctrinales que explican la cooperación necesaria como forma de coautoría.

Para MÁRQUEZ CÁRDENAS, “la coautoría se presenta cuando varias personas, de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, sino que es necesario que sea además esencial, de lo contrario estaríamos frente a la complicidad como forma de participación. Así, de forma genérica y como punto de referencia, podría decirse que “coautor es el que, como autor inmediato o mediato, realiza el hecho punible conjuntamente con otros autores”. A diferencia de la participación, que supone la cooperación en un hecho ajeno, cuando varias personas intervienen en la realización del tipo en concepto de coautores, llevan cabo un hecho propio (común) del que responderán de forma independiente. Por ello en la coautoría no rige el principio de accesoriidad, básico en la participación, sino el principio de imputación recíproca de esfuerzos y contribuciones. Con ello se quiere indicar que

²⁹¹ PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad accesoria en Derecho Penal*. Granda Comares, 1998.

cada intervención se hace extensiva a los demás para que todos puedan ser considerados como autores del hecho colectivo, porque sólo de esta forma se puede alcanzar el plan delictivo común del que cada uno responde de forma independiente²⁹².

1. La teoría objetivo-material

La **teoría objetivo-material** considera insuficiente la mera referencia formal a los tipos penales para llevar a cabo la delimitación, siendo necesario aportar criterios de carácter material. Con tal propósito se tomaba como premisa de partida normalmente las teorías individualizadas de causalidad, aquéllas que distinguían entre causa (autor) y condición (partícipe) para la producción del resultado. En este género caben la teoría de la necesidad y la teoría de la simultaneidad.

2. La teoría de la necesidad

En la **teoría de la necesidad** se considera autor *autor delicti socius principalis*²⁹³ a todo aquel que coloca una causa necesaria, eficiente, indispensable para la producción del resultado. Por el contrario, es cómplice para esta teoría o *socius delicti* todo aquel que interpone una condición accesorio, prescindible, coadyuvante del resultado, es decir que aporta una condición favorecedora al resultado, pero sin la cuál este también se hubiera producido. Esta teoría aún hoy desempeña algún papel, se defiende la teoría objetivo-formal para trazar la delimitación entre autoría y participación en sentido estricto es decir, mantiene en cualquier caso la cooperación necesaria en una forma de participación.

Ahora bien, desde una perspectiva objetivo-material, se deduce claramente que autores en sentido estricto son los ejecutores, inductores y cooperadores necesarios. De ambas perspectivas lo fundamental es determinar cuál es la que se encuentra plasmada en los Códigos Penales.

²⁹² La coautoría en la dogmática penal, pp. 62 y 63.

²⁹³ En terminología de FEUERBACH uno de sus máximos representantes.

3. La teoría de la simultaneidad

En la **teoría de la simultaneidad** se atiende fundamentalmente al criterio cronológico de la intervención del hecho: si el sujeto realiza la aportación en la parte ejecutiva *concursum concomitantis* es autor, mientras que si su contribución es anterior *concursum antecedens* sería partícipe; tan extrema esta teoría que se llegó a considerar suficiente la presencia en el lugar del delito para afirmar la autoría. La teoría de la simultaneidad fue poco a poco cayendo en desuso.

Comprendemos que el estudio de la figura del cooperador necesario es ciertamente complejo, además de confuso, como en general han venido siendo todos los temas afectantes a la autoría y la participación.

No es fácil conocer con seguridad qué teoría delimitadoras de autoría y participación y qué criterios de diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad se emplean ya en los casos prácticos para resolver los dos problemas fundamentales que plantea la cooperación necesaria que normalmente se confunden y reducen a la cooperación necesaria.

B. Crítica

Una de las principales líneas valorativas sobre la cooperación necesaria ha sido la pronunciada por DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, para quien la cooperación por ser demasiado amplia y poco coherente con un concepto auténticamente restrictivo de autor,²⁹⁴ sin embargo, la cooperación necesaria como forma de participación equiparada en pena a la autoría por su relevancia o esencialidad para la empresa delictiva, es acertada, porque mantener un concepto auténticamente restrictivo de autor también en la coautoría, y de este modo, conservar las ventajas de este concepto

²⁹⁴¿Es necesaria la cooperación necesaria?, en p. 649; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N.º. 8, 1998-1999, ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Dr. Don Luis García San Miguel. 53-88.

restrictivo que, según parecer muy generalizado y que, obviamente, comparto, es el que mejor se adapta a las exigencias de un Estado de Derecho²⁹⁵.

Sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO reconoce finalmente que “la fórmula legal de la cooperación necesaria resulta desafortunada y es origen de muchos de los problemas que plantea esa forma de participación y de las críticas vertidas contra ella²⁹⁶. Los argumentos del autor son los siguientes:

En mi opinión (aunque sin duda esto suscitaría menor consenso), dado que considero que quienes cooperan con actos ejecutivos a la realización del hecho merecen y necesitan también la pena del autor, puesto que la cercanía a la realización típica que supone la práctica de los actos ejecutivos eleva de modo especialmente relevante el riesgo de lesión o puesta en peligro del correspondiente bien jurídico (entre otras cosas, porque la llegada a esa fase del *iter criminis* hace más difícil la evitación del delito), sería conveniente abarcar en la nueva formulación la cooperación ejecutiva. Creo que siempre o casi siempre esas conductas podrían incluirse en la cooperación necesaria, pero, para evitar las dudas que actualmente puedan presentarse y el difícil (actualmente al menos) juicio de necesidad en cada caso concreto y porque la figura de la cooperación ejecutiva posee ciertos perfiles propios diferenciado de otros supuestos de cooperación esencial, considero mejor incluir una referencia expresa en la definición de la figura de cooperación equiparada en pena a la autoría²⁹⁷.

No obstante, las deficiencias que muestra DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO son ciertas pero no suficientes para los fundamentos normativos que se intentan construir desde una posición, ya que como se verá más adelante, uno de los objetivos será señalar que si la determinación de si una conducta del autor expresa una infracción de la vigencia de la norma, se actualiza el injusto, por consiguiente se habrá alejado del riesgo permitido, es decir, existe infracción de la norma (injusto) cuando el autor con su conducta realiza un riesgo no permitido.

²⁹⁵ ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, p. 654.

²⁹⁶ ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, p. 664.

²⁹⁷ ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, p. 667.

V.- Teoría mixta entre la coautoría y la participación

A. La propuesta de Rodríguez Mourullo

La posición doctrinal, “autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva”²⁹⁸. Deja así en claro que el concepto de autor se deriva de los respectivos tipos de la Parte especial y que parte de un sistema restrictivo basado en un criterio objetivo-formal y que se considera correcto frente a la teoría del dominio del hecho, que en los delitos imprudentes conduce al mantenimiento de un concepto extensivo.

RODRÍGUEZ MOURULLO considera que la coautoría, entendida como coejecución (coautoría directa), es una ampliación de la autoría en sentido estricto, pero es autoría de todas formas, es decir, no está sometida al principio de accesoriedad²⁹⁹.

Afirma también que el concepto de autor sigue siendo el mismo y la mayor amplitud provendrá de la propia estructura del tipo. Mayor amplitud que se opera tanto en el marco de los delitos culposos como los dolosos cuando la figura legal se presenta concebida como un tipo prohibitivo de causar.

Se concentra en demostrar que es posible la autoría mediata imprudente basada en una relación señor-instrumento que está presente también en los delitos imprudentes. El autor mediato debe ser conciente de las circunstancias que convierten al ejecutor en su instrumento y le erigen a él en señor del acontecimiento.³⁰⁰

²⁹⁸ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*. Granada 2002. Ed. Comares p. 315

²⁹⁹DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991. Promociones y Publicaciones Universitarias. p. 448

³⁰⁰RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXII, fascículo III, 1969, pp. 461-487. Sobre la posición actual de la

La relación señor-instrumento puede establecerse, por supuesto, concientemente para la realización de hechos extratípicos; pero la relación señor-siervo puede entablarse no sólo para llevar a cabo hechos extratípicos, sino delitos imprudentes a través del instrumento. Mientras subsista firme esta relación dueño instrumento existiría la posibilidad de autoría mediata.

Ocupándose del tema de participación imprudente, RODRÍGUEZ MOURULLO admite que es un delito imprudente, es decir, en donde el autor actúa de modo imprudente, exigiendo para estos casos, además de la actuación imprudente del partícipe, la conciencia de cooperar en un hecho ajeno.

B. La postura de Mir Puig

En palabras de MIR PUIG³⁰¹, autoría es *pertenencia* del delito; es autor todo aquel que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo. Esta pertenencia no se da sólo en quien realiza por sí solo todos los actos ejecutivos en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. La pertenencia del hecho, la autoría, se atribuye también al autor mediato que realiza el tipo mediante otra persona a la que, en general, no puede pertenecer el delito.

Más difícil es saber a quién corresponde la pertenencia del hecho cuando interviene en él varios sujetos que no sólo lo causan, sino que además reúnen las condiciones típicas necesarias (dolo, cualificación personal). Entre el inductor y el ejecutor inmediato este tiene preferencia para asumir la autoría, porque su aportación causal es la más próxima a la consumación. Esto significa que el hecho se atribuye a quienes intervienen *en la ejecución inmediata* del hecho con preferencia a los que sólo cooperan en un momento preparatorio.

autoría mediata culposa, véase el pormenorizado trabajo De Oliveira Monteiro, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, tirant lo blanch, Valencia, 2013.

³⁰¹MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1998, Editorial Tecfoto, S. L., 5ª ed.

Imputación objetiva

Quedan entonces los que intervienen en el momento de ejecución inmediata: la fenomenología de la codeincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo.

Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho, que es obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar.

CAPÍTULO VI

ALGUNOS TIPOS ESPECIALES DE COAUTORÍA

I.- La llamada coautoría aditiva

A. Planteamiento

Los supuestos de la coautoría aditiva se presentan cuando múltiples sujetos, conforme al plan del hecho acordado, llevan a cabo cada uno de ellos una acción que por sí sola se dirige a la realización completa del tipo, pero se desconoce qué acción o acciones han sido las causantes del resultado.

Aquí la actuación conjunta de los intervinientes tiene el sentido de incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico tutelado y garantizar la segura producción del resultado³⁰².

Es los hechos encontramos esta variante de coautoría cuando se produce un agresión en grupo, donde existen varios sujetos con actitud compartida que realizan al mismo tiempo la acción.

³⁰²PÉREZ ALONSO, Op. Cit, p. 312

Imputación objetiva

En estos casos cada autor pretendió por sí mismo realizar por completo el tipo, y el hecho de que actúen conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de las funciones entre ellas, sino obtener el aseguramiento del resultado³⁰³.

Estos supuestos se resuelven admitiendo que se trata de un tipo de coautoría, pues *ex ante* las diferentes contribuciones, dada su importancia, resultan esenciales y necesarias. De lo contrario el principio *in dubio pro reo*, habría de absolverlos a todos.

Sin embargo, se entiende que no se da la coautoría funcional en cada caso, pues si intervienen muchos autores no debe atenderse a su aportación individual.

Es sumamente probable que el hecho colectivo, en cuanto a su transcurso y efectos habría sido el mismo si un interviniente determinado no hubiere colaborado.

Lo anterior da lugar a una reflexión: en ciertas circunstancias responde también como coautor aquel que no tiene dominio del hecho. Tal reflexión es derrumbada si consideramos que cada uno de los intervinientes considera que el resto podría acertar o fallar respecto del propósito delictivo con arreglo al plan, situación que constituye un supuesto clásico de dominio funcional del hecho.

ROXIN³⁰⁴ señala que sería erróneo recurrir al planteamiento causal de la teoría de la necesidad, queriendo verificar *ex post* si el individuo ha aportado una condición determinante en la ejecución; más bien desempeña ya una función necesaria en el sentido de nuestra teoría, cuando todo habría dependido de él, dándose las circunstancias oportunas. La coautoría aditiva sólo entra en juego en el marco de la imputación del resultado.

Al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA³⁰⁵ explica que la coautoría es el dominio funcional del hecho, y se presenta cuando varias personas de común acuerdo

³⁰³LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, Ed. Akal, p. 78

³⁰⁴ROXIN, *Autoría*, p. 738.

³⁰⁵*Ob. Cit.*, p. 45.

toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, co dominando el hecho entre todos. La coautoría estará delimitada en función de la concepción que se mantenga sobre la autoría. Será distinta desde una óptica subjetiva que desde una óptica objetiva (formal o material). Es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les de un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Ejemplo: A apunta con la pistola mientras B toma el dinero de la caja. El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado “antes” de la ejecución o “durante” la ejecución (que se denomina “coautoría sucesiva”). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en “escena”.

HERZBERG sustenta una postura contraria a la de ROXIN, afirmando que, en el momento en que se atribuyen a un sujeto las partes del hecho de los demás, se presupone algo más que la adición de acciones individuales simultáneas en plano de igualdad.

A pesar de lo anterior en algunos Tribunales del mundo como en el de España, se afirma que el dominio conjunto del hecho no determina de la misma manera que el dominio de autor individual y del autor mediato. Todo el que con su aporte lleva la probabilidad de éxito del plan delictivo tiene una función relevante en la ejecución y deviene, por ello cotitular del dominio del hecho.

En los casos de coautoría aditiva no es discutible si los inculpados obran sobre la base de una decisión común y que con su aporte aumentaron la probabilidad de producción del resultado. Es claro que todos actúan con conciencia de que su aportación no serviría para alcanzar el resultado, serviría por lo menos, para que el resto tuviera la posibilidad de continuar con la agresión.

Cabe incluso sostener que todos los inculpados tienen una función decisiva en la configuración del hecho que fundamenta un dominio común del mismo.

Imputación objetiva

En estos casos de coautoría aditiva la contribución de cada interviniente se dirige por sí sola a la realización completa del tipo, y la actuación conjunta (cuanto más elevado sea el número de sujetos, mayor probabilidad de conseguir el objetivo) tiene el sentido de garantía y compensación que seguramente llevarán al alcance del objetivo:

Garantía, porque cada sujeto actuará con la seguridad de que sus compañeros colaboran para alcanzar el fin, que de no lograrse individualmente, otros sujetos lo realizarán por él.

Compensación, las deficiencias que durante la ejecución pueda llevar a acabo cada sujeto se subsana por la actuación del resto del grupo.

Históricamente podemos citar el asesinato de Julio César, asesinado por veintitrés puñaladas y sólo dos eran mortales.

B. Grupo de casos

HERZBERG refiere un caso en el que veinte terroristas, con la intención de atentar contra la vida de un político, se apostan cada uno de ellos en una ventana próxima al lugar por donde ha de pasar, y simultáneamente disparan contra él, para hacer más probable el logro de su plan, pero no se puede determinar qué bala o balas producen la muerte.

HEZBERG pretende afirmar la coautoría, puesto que de lo contrario, por el principio *in dubio pro reo*, todos serían absueltos.

Para ROXIN, no se da coautoría funcional en cada caso, pues si intervienen muchos autores no debe atenderse a su aportación individual. Es sumamente probable que el hecho colectivo en cuanto a su transcurso y efectos habría sido el mismo si un interviniente determinado no hubiera colaborado.

Otro caso es el de cincuenta manifestantes que lanzan piedras contra el edificio de una embajada, rompiendo los cristales de todas las ventanas, como habían planeado, pero igualmente no es posible determinar qué lanzamientos dieron en el blanco. Cada individuo, en este caso ha ejercido la función propia que le correspondía en el plan; sin la pluralidad de intervinientes se habría tratado de un hecho distinto.

Concluimos aquí que es preciso que nos enfrentemos a delitos consumados, de lo contrario por el principio *in dubio pro reo* como notamos en líneas anteriores, habrían de ser absueltos los presuntos culpables.

En estos supuestos se llega a la conclusión de juzgarlos a todos como coautores aditivos por el hecho consumado.

C. Crítica

Nuestra posición contra la coautoría aditiva, a pesar de ofrecer un argumento fundamental para intentar identificar los aportes requeridos por la norma para determinar los parámetros de coparticipación, es JAKOBS quien advierte lo difícil que resulta decidir en los supuestos en que coinciden un gran número de intervinientes en acciones paralelas dirigidas a ejecutar un único resultado delictivo, pero en definitiva no todos los participantes, mediante sus acciones ejecutivas, llegan a ser causales del resultado, y tal como se verá con la coautoría alternativa al ser una forma de intervención para ciertos delitos, como los delitos simples, en los que debido a que tienen un solo verbo rector, por ejemplo, seis personas preparan una pelea contra una persona que los engaña, por lo que toman la decisión asesinarlo mediante armas de fuego, realizando un acuerdo común y al ejecutar conjuntamente el hecho, todos disparan a la vez sobre el defraudador, siendo que solo el disparo de uno o dos de ellos, pudo darle muerte a la víctima (en el supuesto que estos hayan dado muerte inmediata por ir directo al corazón). O siendo que todos estos disparos pueden haber dado muerte inmediata a la víctima (razón por la cual, debido a que todos fueron al corazón será el criterio del tiempo el que determine cuál pudo llegar primero). En este

tipo de casos, no es clara la ejecución del homicidio mediante una coautoría, pues todos realizan su aporte no para realizar el delito en común, sino que el aporte de cada interviniente tiene como finalidad conseguir el resultado por sí mismo o en todo caso asegurarlo, independientemente del aporte de los demás. Si fuera admisible una coautoría en estricto sentido, esto conllevaría aceptar que la regla general para la coautoría (en donde todos deben realizar parcialmente el tipo) admita excepciones, por ende estaríamos realmente comparando la coautoría aditiva y alternativa con una real coautoría.

II.- La llamada coautoría alternativa

A. Planteamiento

Bajo esta denominación se incluyen aquellos supuestos en los que varios sujetos pretenden conseguir su propósito criminal, llevando a cabo cada uno de ellos, un acción que, de forma disyuntiva, se dirige por sí sola a la realización completa del tipo.

En estos casos existen varias posibilidades de realizar el tipo, y por ello cada sujeto se encuentra preparado o dispuesto para ejecutar una de las alternativas, consiguiendo el propósito común sólo uno de ellos, el que pueda.

Son distintas alternativas de realización típica que son excluyentes entre sí.

Aquí la preparación y disposición conjunta de todos los intervinientes tiene el sentido de cubrir las posibilidades fácticas de ejecución y, de esta forma, garantizar la segura producción del resultado.

La coautoría siempre presupone una cooperación cumulativa en la realización del tipo legal, mientras que una cooperación meramente alternativa para conseguir un determinado resultado injusto típico no es aún suficiente para fundamentar una coautoría. Conclusión que viene confirmada por la idea según la cual siempre se

rechaza una coautoría cuando el interviniente cede la decisión relevante sobre el sí del hecho.

En particular, el núcleo de la problemática de las contribuciones alternativas reside en determinar si las mismas se presentan en fase preparatoria o ejecutiva, cuya resolución condicionará el propio contenido del acuerdo mutuo (aspecto subjetivo) como la función desempeñada (aspecto objetivo).

Habrá que dilucidarse, por tanto, si los actos alternativos individuales conforman la unidad de acción necesaria para realizar conjuntamente el hecho (coautoría) o si un solo acto configura la acción que por sí misma realiza el tipo (autoría inmediata), siendo los demás actos preparatorios punibles *per se* o constitutivos de complicidad.

B. Grupo de casos

Dos sujetos, A y B, deciden matar a otro sujeto X, sabedores de que X no elige siempre el mismo camino, para asegurarse acuerdan que A se colocará en un camino y B en el otro. X el día del hecho escoge el camino por el cual lo estaba esperando A, siendo asesinado por éste.

Cuando B se separaba de A para esperar a la víctima en el otro camino, necesariamente tuvo que ceder a A la posibilidad de cometer el homicidio y viceversa.

Que A es autor del homicidio está fuera de toda duda; el problema lo plantea la calificación de B.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO señala que B no es autor, pues para nada ha determinado objetivamente el hecho; lo único que hace B es mostrarse decidido a matar, si es preciso, pero eso no es lo mismo que matar; el dominio positivo del hecho lo tiene sólo y por completo A, con su acción de disparar, que sea el azar el que haya

Imputación objetiva

decidido que B se apostara en el camino por el que no pasó X no varía para nada la situación objetiva pues ya sabemos que el zar puede incluso determinar incluso que no haya responsabilidad penal del que se muestra dispuesto a todo. B tampoco puede ser castigado como partícipe ejecutivo, pues el hecho de apostarse en el camino no parece una acción ejecutiva en el sentido del comienzo de la tentativa (ésta comenzaría probablemente cuando se avista a la víctima y se apunta contra ella), pero sí será un cooperador necesario, pues su conducta *ex ante* es de una importancia trascendental para asegurar el éxito del plan, y constituye una contribución escasa; pero incluso si se negara por ejemplo diciendo que falta la causalidad entre la acción de apostarse de B y el resultado de la muerte de X, la cooperación necesaria tal como está planteada, se podría plantear como cooperación necesaria moral, en el sentido de mostrarse dispuesto a matar, si X pasara por su camino, refuerza sin duda la acción criminal de A y viceversa, o, si se prefiere, acudiendo a la idea de dominio funcional del hecho, porque si B se desiste de realizar su cooperación, se desbarataría todo el plan, pues normalmente dos intervinientes habrán condicionado expresa o tácitamente su intervención a que el otro también lo realice. Contra esto último no cabe decir que, si uno de los dos no hubiera actuado, el otro también habría podido probar suerte y esperado a X en un camino, por el que quizá habría pasado éste y así haberle matado sin la intervención del otro sujeto, que por tanto, en caso de actuar, se mostraría como mero cómplice; pero este modo de argumentar es incorrecto, pues se basa en un mero juicio hipotético.

Pese a que pudiera existir un dominio funcional del hecho por parte de todos los sujetos, en cuanto que prestan una contribución esencial en fase ejecutiva, no puede aceptarse la coautoría de aquellos que no llegaron a disparar; al no encontrarse con la víctima en la alternativa elegida.

Para STEIN, aquel que finalmente dispara sobre la víctima es el autor inmediato. Los demás sólo pueden ser coautores si han contribuido mediante una acción previa de una forma específica de coautoría a aquella acción, por ejemplo, ocupando sus posiciones, instigando de esa forma al autor inmediato a que también ocupe su lugar y a que actúe a continuación según lo acordado: pero en tales casos

normalmente no existiría una proximidad temporal suficiente con respecto de la acción del autor inmediato, de forma que cuando mucho se podría considerar como participación.

Otro caso es el de seis sujetos que rodean las seis puertas de salida de la compañía en que labora su víctima, de modo tal que salga por donde salga el sujeto pasivo tiene una muerte segura.

Según RUDOLPHI³⁰⁶, pese a que pudiera existir un dominio funcional del hecho por parte de todos los sujetos, en cuanto que prestan una función esencial en fase ejecutiva, no puede aceptarse la coautoría de aquéllos que no llegaron a disparar, al no encontrarse con la víctima en la alternativa elegida.

Es cierto que los sujetos tomaron la decisión conjunta del hecho, pero no han cooperado de tal forma que cada uno de ellos hubiera prestado una contribución al hecho esencial para unos mismos sucesos, que son los realizadores del tipo legal, sino han cooperado de tal forma que según la situación de uno sólo de ellos, y además en forma individual e independiente de la otra persona, tenía que llevar a cabo la acción realizadora del tipo legal.

La coautoría siempre presume una cooperación cumulativa en la realización del tipo legal, mientras que una cooperación meramente alternativa para conseguir un determinado resultado injusto típico no es aún suficiente para fundamentar una coautoría.

Aclarando esta figura, JAKOBS refiere el caso en el que dos cazadores furtivos determinan conjuntamente la noche en la que tienen menos riesgo para disparar a una pieza, y uno prueba suerte en un lugar y el otro dos kilómetros más allá, sólo son coautores sí conjuntamente han preparado sus armas, buscado sus posiciones, etcétera.

³⁰⁶ Citado por PÉREZ ALONSO, *Ob. Cit.* p. 320.

C. Crítica

Los presupuestos marcados en la coautoría alternativa no han llegado a ofrecer una solución sólida, toda vez que un principio debe negarse una relación tal entre los intervinientes en el suceso, en palabras de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ³⁰⁷: “En primer lugar, difícilmente puede apreciarse en los mismos la existencia de un proyecto de actuación conjunta del delito, pues por definición el tipo va a ser finalmente cometido de forma exclusiva por uno sólo de los conjurados, lo cual es además conocido por todos desde el principio; por lo tanto, ya la apreciación del elemento subjetivo de la coautoría se presenta problemática. Por otra parte, es también dudoso que se trate de aportaciones que se lleva a cabo en la fase de ejecución delictiva. Por último, tampoco cabe entender que la aportación de cada uno de ellos presente una capacidad lesiva directa para el bien jurídico protegido, en los ejemplos usuales, la vida. Afirmar lo contrario sería entender de forma incorrecta el momento temporal en el que este juicio debe llevarse a cabo...no se puede realizar en función simplemente de lo pactado en el acuerdo, ya que el acuerdo no contiene un desvalor en sí mismo más allá de una posible responsabilidad por conspiración, sino que la perspectiva *ex ante* que defendemos hace referencia al momento en el que el sujeto lleva a cabo su aportación al hecho”.

III.- Posición personal

Es importante recordar la propuesta discursiva y analítica de este trabajo eal ser normativa conlleva a reiterar el planteamiento crítico para aquellos autores que rechazan un análisis de la autoría y participación en criterios cuantitativos, así como su preocupación por “determinar las conductas jurídico-penalmente relevantes, mientras que el que dichas conductas sean de autoría o de participación es una cuestión menor, limitada a la determinación de la pena inferior en grado únicamente en supuestos de complicidad y por obligación regulada establecida en la legislación vigente y

³⁰⁷La responsabilidad penal del coautor, pp. 474 y s.

legitimada por la propia Constitución, entendiendo entonces las normas de participación como causas de restricción de la punibilidad.

En este sentido se pronuncia la propuesta de GARCÍA DEL BLANCO, al considerar que “es preciso plantear la pregunta de por qué el mutuo acuerdo supone necesariamente la aplicación del principio de imputación recíproca de las diferentes aportaciones englobadas en el mismo. La respuesta debe fundamentar no sólo la necesidad de un incremento de pena de la realización conjunta del hecho con relación a la realización individual parcial del mismo, lo cual implica determinar dónde radica el mayor desvalor de la conducta realizada conjuntamente”³⁰⁸, por lo que resulta de mejor forma considerar reducir este elemento a mero indicio de conocimiento individual relevante en el juicio de imputación del riesgo y del resultado³⁰⁹. Finalmente llega a la siguiente conclusión: “Resulta absurdo hablar de responsabilidad penal en coautoría pretendiendo la existencia de criterios diferentes a los mantenidos en la responsabilidad por autoría individual... Si la responsabilidad penal del autor de un delito presupone siempre su propio hecho en sentido normativo responsabilidad ésta autónoma e individual, entonces el mutuo acuerdo resulta innecesario para hacer responder al coautor por el hecho conjunto”³¹⁰; y concluye, a modo de recapitulación, ordenando las conclusiones extraídas en el estudio sobre la relevancia de los componentes subjetivos en los juicios de imputación³¹¹.

En suma, GARCÍA DEL BLANCO estima que, si la contribución individual de un coautor se agota en la realización parcial del tipo “evidentemente sólo podría responder como máximo de una tentativa”, pues entiende que “la imputación de las aportaciones ajenas que permitiría la responsabilidad por el hecho completo, resultaría contraria a los principios de responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, proporcionalidad y, por tanto, sería inconstitucional”³¹².

³⁰⁸ *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 399 y s.

³⁰⁹ *La coautoría en Derecho penal*, pp. 432 y s.

³¹⁰ *La coautoría en Derecho penal*, pp. 636 y s.

³¹¹ *La coautoría en Derecho penal*, pp. 637 y ss.

³¹² Ob. cit., p. 681.

Imputación objetiva

Quizá el modelo propuesto por esta penalista funge en relación con la coautoría: el resto de contribuciones, en cuanto contexto condicionante del significado de la conducta individual, permitirá en estos casos entender la aportación de sólo una parte del veneno preciso como una conducta idónea para producir la muerte sin necesidad de recurrir –aparentemente– a imputaciones ajenas.

Ahora bien, si “la imputación de las aportaciones ajenas” resulta “contraria a los principios de responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, proporcionalidad”, parece que ello también será así en relación con las distintas formas de intervención accesoria.

CAPÍTULO VII

LA COAUTORÍA EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIAMEXICANAS

I.- Planteamiento general

La evolución doctrinal en nuestro país de las distintas formas de intervención delictiva, guarda íntima relación con el pronunciamiento de los tribunales jurisdiccionales. Sin embargo, este vínculo doctrina-jurisdiccional tiene un marco referencial ineludible, este es, el derecho positivo mexicano. Lo que significa que en tanto el CPF por ejemplo, no tenga previsto sanción expresa para el actuar culposo en la participación, por más que la doctrina describa, explique, fundamente lo contrario, las resoluciones de los tribunales en nuestro país, no podrán dar respuesta a situaciones fácticas que últimamente ponen en duda la negativa para regular la participación culposa.

Basta mostrar como ejemplo a lo antes aludido la resolución emitida por la Primera Sala de la SCJN por Contradicción de tesis 84/2010. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, 10 de noviembre de 2010, Unanimidad de cuatro votos, siendo Ponente la Ministra Olga SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, al constituir con este criterio tesis de jurisprudencia 120/2010, en sesión de fecha 17 de noviembre de 2010.

“EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO. ESTE DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 214, EN SU ANTERIOR FRACCIÓN V, ACTUALMENTE FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, ES DE FORZOSA COMISIÓN DOLOSA. Mediante la reforma al Código Penal Federal –antes Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal–, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se adicionó un segundo párrafo al artículo 60, en el cual se establecieron los **delitos** que pueden considerarse **culposos**. Con lo anterior, el legislador introdujo el principio *numerus clausus*, por el cual en la parte general de la legislación sustantiva penal, se especifican los **delitos** considerados de esa naturaleza, de manera que, en virtud de ese señalamiento expreso, el juzgador no puede sancionar como culposa alguna conducta fuera de las previstas en los artículos 150, 167, fracción VI, 169, 199 bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, párrafos primero y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV del mismo ordenamiento. Por tanto, el delito de ejercicio indebido de servicio público previsto en el artículo 214, en su anterior fracción V, actualmente fracción VI, del Código Penal Federal, al no contemplarse dentro de los **delitosculposos** indicados, debe considerarse de forzosa comisión dolosa”³¹³.

Con este supuesto de restricción normativa en el Código sustantivo, resulta aun así necesario seguir analizando los criterios que autores nacionales han ido estableciendo a lo largo de la última década sobre las distintas formas de intervención delictiva y su alcance sobre la propuesta del presente estudio; a fin de estar en condiciones de sentar las bases de una fundamentación normativamente hablando en la coautoría culposa.

³¹³ La tesis corresponde a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su GacetaXXXIII, Marzo de 2011, visible en la página 258.

II.- Concepto restrictivo de autor y concepto unitario de autor

A. Tesis de Díaz de León

Hoy en día se establecen diversas formas según las cuales se interviene en la comisión de los delitos, cuya clasificación generalmente aceptada indica que las personas que colaboran ayudando al autor en la ejecución del hecho punible son cómplices; quienes determinan el dolo y la finalidad de los autores para que estos los cometan se les denomina instigadores; finalmente quien actúa con codominio del hecho recibe el nombre de coautor.

DÍAZ DE LEÓN³¹⁴ basa el codominio del hecho en las siguientes circunstancias para producirse:

- a) Sea consecuencia de un acuerdo conjunto a realizar el hecho; a través de una deliberación común se ligan funcionalmente las diferentes aportaciones al hecho: uno de los coautores sujeta al pasivo mientras el otro lo hiere con un cuchillo; cada una de las aportaciones está unida a la otra a través de una división de funciones delictivas acordadas en la deliberación conjunta.
- b) La aportación que haga el coautor sea objetiva, pues, es únicamente a través de esta forma de aportación (objetiva) que se puede establecer que alguien ha intervenido con dominio del hecho y por tanto como coautor. Esta circunstancia corresponde a una exigencia directa de esta fracción III del artículo 13 del código Penal Federal, al señalar: “*los que lo realicen conjuntamente*”.

³¹⁴DÍAZ DE LEÓN, *Código penal para el Distrito Federal comentado*, p. 47.

Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN, en su Código Penal Federal Comentado ³¹⁵, afirma que el término coautor refiere la idea de algo así como un segundo autor, por lo que hablar de autor y coautor significa aludir a la existencia de varios autores con dominio conjunto del hecho y por tanto responsables en igualdad del delito.

Este doctrinario se posiciona en un concepto en el que desde luego no estamos de acuerdo, pues menciona que “la coautoría como realización conjunta del hecho por varios sujetos con codominio del hecho y mediante un plan común, por su esencia y elementos que la conforman no podría darse en los delitos culposos” ³¹⁶.

Niega además la posibilidad de que se presente la coautoría en los delitos de omisión, pues se derivan de violaciones a un deber o de calidades de garante impuestas por el orden jurídico y que, por tanto, legalmente no se pueden compartir en coautoría por la sola voluntad particular de los agentes.

B. Tesis de González-Salas Campos

La distinción entre autoría y participación es ajena totalmente al concepto unitario de autor; la discusión de si las figuras de la autoría y participación deben ser parte o no de la responsabilidad penal, ha quedado superada en la doctrina extranjera, de acuerdo con GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS ³¹⁷, al tratar estas figuras como tipos de autor y tipos de participación. En este sentido, todo tipo penal describe un comportamiento del autor, y el tipo de participación, el del partícipe.

La problemática para distinguir quién es autor y quién partícipe, según la concepción de GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS ³¹⁸, estriba en que hay que atender al rol que cada uno realiza. Cada rol es distinto, el autor es “principal”, y el partícipe “accesorio”; el autor realiza la conducta típica y el partícipe presta ayuda a que se

³¹⁵ Al respecto consúltese DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Federal con Comentarios*, México, 2001, 5ª ed., Ed. Porrúa, p. 115

³¹⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Federal*, p. 115.

³¹⁷ Cfr. *El tipo de autor y el tipo de participación*, Criminalia, Año LXV, No. 3, México, Sep-Dic. 1999, p. 148.

³¹⁸ Cfr. *El tipo de autor*, p. 149.

realice dicha conducta típica. En sus diferencias ha habido múltiples discusiones dogmáticas, y no siempre se ha puesto de acuerdo la doctrina penal.

C. Tesis de Aguilar López

La posición de AGUILAR LÓPEZ sobre la coautoría imprudente apenas deja notarse, pero es, a mi parecer la primera que empezó a desarrollarse en el derecho penal mexicano como factible. En el año 2002, el Magistrado AGUILAR LÓPEZ presentó como tesis doctoral ³¹⁹un proyecto ambicioso de elaborar mediante el método sistemático con un claro criterio de política-criminal funcionalista del derecho penal, sustentada en la estructura finalista de la conducta típica, una propuesta de analizar los comportamientos delictivos en la función jurisdiccional; particularmente, me atrae la atención su aceptación de la coautoría imprudente, que reconoce: “Los sujetos activos del delito pueden llevar a cabo la conducta típica, bien sea dolosa o *culposamente* de conformidad con el artículo 8º del Código Penal Federal, y en términos del último párrafo del artículo 168, del ordenamiento adjetivo en la materia y fuero”³²⁰.

Este planteamiento de AGUILAR LÓPEZ coincide fundamentalmente con el sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 8/94, sustentada entre los Tribunales Colegiados (entonces) Primero y Tercero, ambos del Cuarto Circuito, el 4 de abril de 2001, y resuelta por unanimidad de cuatro votos y emitiendo la Tesis de jurisprudencia 53/2001, aprobada en sesión de 4 de julio de 2001, por unanimidad de cinco votos, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Octubre de 2001, página 44, bajo la rubrica y siguiente texto:

³¹⁹ Ahora se halla publicada bajo el título *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*, Porrúa, México, 2005, al respecto el autor explica, p. 1: “La relevancia sistemática de la teoría del delito se destaca en dos aspectos fundamentales: a) El objeto cuya elaboración científica corresponde al penalista (objeto de la ciencia jurídico penal) es el Derecho Penal positivo. b) Este derecho positivo no se reduce a un conjunto de estructuras lógico-formales, llevadas de todo elemento sociológico, político o ético, sino que forma una realidad cultural, comprensiva tanto de las normas que le componen, como de los hechos sociales que éstas regulan y de los fines que las mismas persiguen”.

³²⁰ *El delito y la responsabilidad penal*, p. 249 (el énfasis es nuestro).

Imputación objetiva

CONCLUSIONES ACUSATORIAS. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE FORMULAN EN CONTRAVENCIÓN A LOS ARTÍCULOS 292 Y 293 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (FALTA DE CITA DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). Una etapa importante del proceso penal la constituye la acusación, en la cual el Ministerio Público formula sus conclusiones, las que sirven para fijar el alcance de la sentencia y que el inculpado pueda responder a la acusación. Los citados preceptos 292 y 293 establecen los requisitos que debe satisfacer el representante social al formular sus conclusiones acusatorias, entre éstos, que se señale en proposiciones concretas la responsabilidad del acusado en la comisión del delito que se le atribuye, a fin de no dejarlo en estado de indefensión; para ello, el órgano acusador debe: a) citar el artículo 13 del Código Penal Federal, el cual define qué personas resultan ser autores o partícipes de un hecho delictuoso, especificando la fracción o fracciones en las que se estima se ubica la conducta del inculpado, b) razonar el porqué así se considera y, c) señalar las pruebas que demuestren su responsabilidad. La satisfacción total o parcial de estos requisitos por parte del Ministerio Público regulará el trámite a seguir por el juzgador, quien deberá optar por alguno de los siguientes procedimientos: 1. El Juez o tribunal dará vista con las conclusiones acusatorias al acusado y a su defensor para que las contesten y, continúe con el procedimiento: A) Cuando los referidos requisitos queden satisfechos en las conclusiones; B) Si se diera el caso de que se omita citar el artículo 13 o sólo la fracción o fracciones respectivas, pero sí se contienen los razonamientos tendientes a demostrar la responsabilidad del acusado y la relación de pruebas que los apoyen, de tal manera que quede claro a qué supuesto de los previstos en las diversas fracciones de ese precepto se refiere la acusación; C) Cuando no obstante que se cite el referido artículo 13 y la fracción o fracciones que se estimen aplicables, las razones formuladas para ubicar la responsabilidad y las pruebas que se mencionen para apoyarlas no se adecuen a las fracciones invocadas, sin embargo, no existe duda en cuál fracción o fracciones verdaderamente se ubica la conducta, pues en este supuesto sólo se está ante una cita equivocada de preceptos; 2. El Juez o tribunal tendrá por conclusiones no acusatorias (al no concretizarse la pretensión punitiva) las formuladas por el Ministerio Público y

las remitirá con el proceso al procurador general de la República para que confirme o modifique dichas conclusiones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 294 y 295 del código adjetivo penal en cita: A) Cuando en lo absoluto se satisfagan los requisitos mencionados en líneas precedentes; B) Si en las conclusiones sólo se cita el precepto 13 y la fracción o fracciones correspondientes, pero se omite razonar sobre la responsabilidad del inculpado; y C) Cuando las conclusiones fueren contra constancias (porque tampoco se concretiza la acusación), ya porque los razonamientos no se adecuen a las pruebas mencionadas, o bien, porque éstas, sólo si fueren trascendentales para fincar la responsabilidad, no correspondan a las que obren en el proceso; en esta hipótesis el juzgador debe señalar la contradicción. Si se diera el caso de que se está en cualquiera de los supuestos mencionados en los tres últimos incisos, el tribunal de apelación debe, en el supuesto de que el apelante sea el acusado, ordenar la reposición del procedimiento, para que el Juez de la causa proceda en términos de los artículos 294 y 295 del código adjetivo de la materia, atento lo dispuesto por los numerales 387 y 388, fracción XIII, del propio ordenamiento. Las reglas mencionadas tienen como propósito otorgar la debida seguridad jurídica en el proceso penal y respetar la garantía de audiencia del inculpado.

Este criterio del autor que refleja la postura del Poder Judicial de la Federación, evidentemente no aplicaría para el reconocimiento legal de la coautoría imprudente, sin embargo, de los argumentos esgrimidos por AGUILAR LÓPEZ se infiere la posibilidad fáctica de su apreciación al reconocer su aceptación por un concepto restrictivo de autor, específicamente, por la tesis objetivo-formal “pues se le quiere ver consagrada precisamente en la disposición legal de que son autores todos los que “lo realicen conjuntamente” (artículo 13, fracción III, del Código Penal Federal, pero no define la autoría, sino cierta forma de coautoría”³²¹.

Destacando la posición de la teoría del dominio del hecho como pieza clave para acreditar la intervención delictiva ante los órganos jurisdiccionales, tal y como lo

³²¹ *El delito y la responsabilidad penal*, p. 265.

Imputación objetiva

deja notar el más reciente criterio sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, mediante la Jurisprudencia I.8o.P. J/2, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Noviembre de 2010, visible en la pagina 1242, con el siguiente rubro y texto:

“COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida “codominio funcional del hecho”; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

Sin embargo, en un primer momento, AGUILAR LÓPEZ no reconce explícitamente la coautoría culposa al aseverar: “Hoy en día, el criterio relevante y decisivo es la colaboración, en una posición equivalente y concretada de división del trabajo-cooperativo en el hecho típico, el poder comunicativo de las conductas en la causación dirigida al hecho conjunto. Además, para apreciar el dominio de configuración equivalente y concertado, tiene que considerarse la relación con el

hecho y si tiene eficacia en la comisión del mismo. En los casos de cusación del resultado equivalente pero no concertada, en conductas dolosas, no se da una contribución imputable como coautoría. Antes bien, hay que probar si, y en qué medida, concurren las condiciones de la autoría inmediata o mediata, en cada uno de los autores individuales, en estas condiciones concurre la figura inexistente de la autoría accesoria. Por consiguiente, comete el hecho como autor, quien lo realiza en colaboración, a través de una contribución relevante, de acuerdo con el contexto del delito, en dominio de configuración equivalente y concertado, por medio de un hacer positivo o de una omisión que infringe el deber”³²².

Este planteamiento de AGUILAR LÓPEZ no debe ser completamente rechazado, en primer lugar, porque responde al criterio mantenido por el Poder Judicial de la Federación y, en segundo lugar, porque el último punto es interesante para nuestros fines, esto es: “una omisión que infringe el deber”, si no logro equivocarme, reconoce la posibilidad de una coautoría culposa por omisión, ya que la configuración concertada y equivalente que requiere, invariablemente, la coautoría por omisión, refleja la violación a los deberes de cuidado.

No es sino en un texto intitulado “Problemas de autoría y participación en el proceso penal”³²³, donde AGUILAR LÓPEZ toma postura abiertamente por la coautoría culposa, indicando al respecto lo siguiente: “En cuanto a la culpa sin representación, de acuerdo con su conformación normativa, se estructura por una acción caracterizada por la violación a un deber de cuidado que se debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales del autor; un resultado típico que no se previó, no obstante ser previsible, y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige en el delito culposo, por derivar de la propia descripción legal, es de naturaleza normativa sin que se deba equiparar a un mero proceso de causa y efecto, sino denotar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado que se produjo, esto es, que fue el factor determinante para la producción del daño causado en

³²² *El delito y la responsabilidad penal*, p. 275.

³²³ *Reflexiones en torno de la justicia penal*, Incija Ediciones, México, 2003, pp. 85-100.

el evento”³²⁴. Esta es la base para el desarrollo explicativo y justificativo del delito culposo en la forma de coautoría que más adelante será desarrollado y sustentado. Huelga señalar que AGUILAR LÓPEZ deja sentado un sólido precedente para reconocer la coautoría culposa, con un claro enfoque normativo-funcional.

III.- Valoración de la teoría objetivo-formal

A. La coautoría como realización de acciones ejecutivas

Un concepto de autor auténticamente restrictivo y que respete el significado jurídico de la propia esencia de la coautoría, debe establecer, como exigencia primaria, que los actos parciales de los intervinientes sean llevados a cabo en la fase de ejecución. Sólo a partir de este momento adquieren relevancia penal los sucesos de actuación, sólo a partir de aquí se realiza conjuntamente el hecho punible.

Únicamente cuando cada uno de los intervinientes da principio a la ejecución del delito, fundamentando la punibilidad del hecho, se puede tomar la decisión relevante sobre la realización del tipo.

La exigencia de una intervención en la fase ejecutiva no significa, necesariamente, que las contribuciones al hecho deban ser prestadas de forma simultánea, es decir, en el mismo espacio y tiempo.

Como ejemplo PÉREZ ALONSO ³²⁵cita al jefe de una banda de ladrones que prepara el plan para un atraco, el cual puede ser coautor si actualiza su función dirigente y organizativa en la fase de ejecución, verbigracia mediante la coordinación telefónica desde la central de control.

³²⁴*Reflexiones en torno de la justicia penal*, pp. 93 y 94.

³²⁵PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada, 1988, Ed. Comares, p. 239.

B. La coautoría como realización de acciones típicas

El artículo 13 del Código Penal Federal no da una definición de lo que ha de entenderse como coautores, por ende, consideramos oportuno entender que los coautores son los que de *mutuo acuerdo realizan conjuntamente un hecho*³²⁶.

También puede entenderse como una pluralidad de sujetos que se reparten funcionalmente la ejecución de un hecho.

En estas definiciones se recoge un elemento objetivo: la realización en conjunto del hecho como propio; y otro subjetivo; el mutuo acuerdo colectivo.

Si el mutuo acuerdo colectivo no se diese, se estaría ante autorías independientes; como sería el caso de que dos sujetos vertiesen veneno en la taza de café de un tercero, sin saber nada ninguno de los dos sobre la actuación del otro.

Resulta al respecto ejemplificativa la tesis XIV.2o.15 P, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito que corresponde a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, ubicada en el Tomo IV, Septiembre de 1996, y visible en la página 626:

“COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTICIPES. Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los

³²⁶Cfr. en sentido similar DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, p. 362.

Imputación objetiva

que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado”.

A este tenor, la Primera Sala de la SCJN, en tesis 236/1995, ha sostenido:

“PARTICIPACIÓN DELICTUOSA.El concurso eventual de agentes en el delito requiere no sólo de la participación material en la acción típica, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto de partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material”.

Sin embargo, en el delito de despojo no es indispensable el acuerdo previo para la configuración del delito señalado, como es el caso que sostuvo el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en la tesis V.2o.3.P, Tomo: I, Junio de 1995, Novena Época, visible en la página 411, bajo el rubro:

“COAUTORÍA EN EL DESPOJO. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA.La circunstancia de que el quejoso hubiera ocupado un inmueble que fue materia de un ilícito de despojo, luego de realizado éste, no lo convierte en responsable de tal delito, puesto que debe tenerse en cuenta que el despojo fue un ilícito de lesión, doloso y de comisión instantánea, ejecutado por persona diversa al inculpado, sin que exista acuerdo entre ambos para contribuir a mantener su efecto”.

En el mismo tenor, la tesis jurisprudencial sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, visible en el tomo: IX, Mayo de 1992, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 407, bajo la rúbrica:

“COMPLICIDAD NO ACREDITADA.Si no quedó debidamente demostrada la participación del quejoso en la ejecución y consumación del robo, que denote la existencia de un acuerdo previo entre éste y su coacusado para apoderarse de un objeto, la responsabilidad del quejoso como coautor no queda acreditada”.

Dicho de forma muy resumida, coautor es quien interviene en división del trabajo³²⁷ durante la fase de ejecución del hecho (punible), presta una contribución que desempeña una función independiente y esencial, escasa, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, que supone un codominio (positivo y material) del sí y del cómo de la co-realización del tipo penal, adoptada mediante un acuerdo o decisión conjunta en el marco del plan delictivo global (acordado y final), concurre también las cualidades personales y especiales exigidas por el correspondiente tipo.

Respecto al codominio del hecho, el Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, sostiene el criterio publicado en el tomo V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, del Semanario Judicial de la Federación, octava época, en la página 127, al tenor siguiente:

“COAUTORÍA DELICTIVA.La coautoría exige que los intervinientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común de realizar el hecho, debiendo asumir cada uno de ellos un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la ejecución del hecho y el acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente este acuerdo, lo que determina la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervinientes”.

³²⁷ En el mismo sentido DÍAZ-ARANDA, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, p. 140.

Imputación objetiva

La jurisprudencia nacional ha sostenido, a este respecto que acuerdo previo es determinante para la coautoría, verbigracia las tesis: VI.2°. V329/1994; 325/1995; 1.2°.P.J/18/1990;

Hoy en día, el criterio relevante y decisivo es la colaboración, en una posición equivalente y concretada de división del trabajo-cooperativo en el hecho típico, el poder comunicativo de las conductas en la causación dirigida al hecho conjunto. Además, para apreciar el dominio de configuración equivalente y concertado, tiene que considerarse la relación con el hecho y si tiene eficacia en la comisión del mismo. En los casos de causación del resultado equivalente pero no concertada, en conductas dolosas, no se da una contribución imputable como coautoría. Antes bien, hay que probar si, y en qué medida, concurren las condiciones de la autoría inmediata o mediata, en cada uno de los autores individuales, en estas condiciones concurre la figura inexistente de la autoría accesoria.

Por consiguiente, comete el hecho como coautor, quien lo realiza en colaboración, a través de una contribución relevante, de acuerdo con el contexto del delito, en dominio de configuración equivalente y concertado, por medio de un hacer positivo o de una omisión que infringe el deber, tal y como lo prevé la tesis correspondiente a la Octava Época por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, tomo VIII, septiembre de 1991, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en la página 107.

“COAUTORÍA, CONFIGURACIÓN DE LA, EN EL DELITO DE FRAUDE. Aun cuando el acusado no haya sido el autor de la falsificación de los cheques con los que se cometió el fraude, si intervino en otra fase de la comisión de ese delito que previamente había sido concertado entre varios coacusados, es claro que resulta responsable del mismo en los términos del artículo 13 del Código Penal Federal, por haber cooperado de consuno con los demás al resultado delictivo”.

Cuando el tipo requiere que el sujeto activo cuente con alguna calidad específica, ésta no le es exigible al copartícipe. Así lo ha sostenido la tesis I.3°.P.44P,

correspondiente a la Novena Época Instancia, de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Agosto de 1999, visible en la página 740.

"COPARTICIPE EN EL DELITO PREVISTO EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 112 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. El delito previsto y sancionado en el artículo 112, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito, requiere en primer término, que el sujeto activo del delito sea empleado o funcionario de una institución de crédito, y que éste autorice operaciones a sabiendas de que resultarán en quebranto del patrimonio de dicha institución; siendo pertinente mencionar que el activo del delito es el que ejecuta la conducta típica. Por otra parte, el artículo 13 del Código Penal Federal menciona quiénes son autores o partícipes del delito, pero no establece que todos ellos sean sujetos activos, sino que extiende la responsabilidad del ilícito a los partícipes; por tanto, es inexacto que estos últimos deban reunir una calidad específica en los tipos penales que así lo requieren. Ahora bien, si en el caso se acreditaron los elementos típicos del ilícito antes aludido, por que un empleado o funcionario de la institución de crédito ofendida, autorizó operaciones a sabiendas de que resultarían en quebranto del patrimonio del banco y también se acreditó que para la ejecución del ilícito contribuyó persona diversa que no tenía la calidad de funcionario o empleado de la institución de crédito, como fue un tarjetahabiente, es evidente que la responsabilidad de este último resulta como copartícipe del activo del delito, conforme lo establece la fracción III, del artículo 13 antes mencionado, pues es obvio que debe responder por su conducta dolosa, en congruencia con el grado de su culpabilidad".

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 607/2002, de fecha 22 de marzo de 2002, por mayoría de votos, reconocieron la viabilidad de analizar un accidente de tránsito vehicular bajo un criterio de causalidad normativa y no naturalística como lo venía considerando la doctrina y tribunales nacionales, criterio que se plasmó en la tesis aislada I.7o.P.7 P, con el siguiente rubro y texto:

Imputación objetiva

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

Sobre el particular el magistrado ponente Ricardo OJEDA BOHÓRQUEZ emitió un voto disidente en el que se advierte:

“Discrepo de la mayoría por la razón de que en mi concepto las consideraciones de la sentencia mayoritaria son erróneas, al estimar que en el caso no se acreditó el nexo causal entre la acción fáctica desplegada por el quejoso y el resultado material que se produjo y que, por ello, la responsable ordenadora, en el acto reclamado que se le atribuye, incidió en una inexacta aplicación de la ley penal al caso concreto.–Previamente a la exposición de los argumentos correspondientes, debe señalarse que los tipos culposos se integran con un

resultado que no es perseguido por la finalidad, sino causado. Como el resultado es solamente causado, no podemos hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él.—El concepto de autor es distinto en la tipicidad dolosa y en la culposa. En el plano óntico sabemos que el autor es el que tiene el dominio del hecho, pero como en el caso no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber autor sino sólo causante. Lo que al tipo culposo le interesa es que, por haber violado un deber de cuidado, se haya causado un resultado.—Por supuesto que habrá en lo óntico un autor de la conducta de manejar un vehículo automotor (concepto óntico que se toma teniendo en cuenta el fin de conducir), pero al tipo culposo lo que le preocupa es si la conducta violó un deber de cuidado y causó un resultado. El legislador no prohíbe el fin de conducir, sino que prohíbe cualquier conducta que violando un deber de cuidado cause el resultado lesivo; el legislador toma en cuenta la mala programación de una finalidad que per se no prohíbe, y que causa un resultado generalmente distinto. En la tipicidad culposa se prohíbe la sola causación del resultado, el sujeto activo del injusto culposo es el que sólo causa el resultado, basta que sea causante. La individualización del sujeto activo del tipo culposo como mero causante, no da lugar a que pueda distinguirse entre “autor” y “partícipe” en el tipo culposo, porque con cualquier intervención en el curso causal se es sujeto activo.—WELZEL dice que “cualquier cantidad de co-causalidad para el resultado típico producido en forma no culposa por una conducta que no guardó el cuidado debido en el tránsito, funda la autoría del correspondiente tipo culposo”. De allí que en el ámbito de los delitos culposos no haya diferencia entre la autoría y participación.—La acción imprudente se enlaza necesariamente al resultado real y no a uno meramente representado. Entre la violación del deber de cuidado y el resultado debe existir una relación de determinación, pues es innegable que son múltiples las actividades en que es previsible la producción de un resultado lesivo, verbigracia, en el tránsito de vehículos.—La relevancia típica de la causalidad se anula frente a la limitación que impone el requisito típico de que la violación del deber de cuidado es determinante del resultado. El principio de culpabilidad es la aplicación del *nullum crimen sine culpa*, que puede enunciarse

Imputación objetiva

sintéticamente como “no hay pena sin reprochabilidad”, o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de conducirse conforme a derecho; el principio de la culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libre decisión del hombre; en síntesis, responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables.—En el delito imprudente rige un concepto unitario de autor o causante, de modo que la “participación imprudente” en un hecho punible se considera en todo caso autoría imprudente. De este modo, se manejan dos conceptos distintos de autor para el delito doloso y el delito imprudente: uno restrictivo en el delito doloso, construido sobre la base de la teoría del dominio del hecho; un concepto unitario en el delito imprudente, por virtud del cual toda causación del hecho por imprudencia fundamenta la autoría, de donde se advierte la posibilidad de la autoría accesoria imprudente, pues en ocasiones la realización del resultado lesivo no puede ser explicada considerando un solo riesgo, sino que en él pueden haber confluído una pluralidad de riesgos jurídicamente desaprobados, generados por la concurrencia de diversas acciones contrarias al cuidado debido, actuación conjunta que comporta una distribución de deberes de cuidado.—El problema de la infracción del deber de cuidado se plantea como un problema de imputación objetiva: lo relevante es comprobar si el autor creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado; de tal manera que hay delito imprudente cuando el resultado lesivo ha realizado un riesgo que ha rebasado los márgenes del riesgo permitido, en la medida en que concurren los demás presupuestos del delito culposo. La infracción del deber de cuidado implica necesariamente un comportamiento que va más allá de los límites del riesgo permitido. Por tanto, la comprobación del tipo objetivo de la imprudencia requiere sólo valorar si, en el caso concreto, la ausencia de medidas de precaución ha determinado que el riesgo permitido ha entrado en una fase ya no permitida.— De lo que se concluye que independientemente de la denominación doctrinaria que pudiere otorgarse al aquí quejoso, ya sea como causante, autor imprudente o simplemente como sujeto activo del delito, lo cierto es que la Sala responsable correctamente tuvo por acreditada, en términos del artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la plena responsabilidad penal del peticionario de garantías, al conceder eficacia jurídica

a lo depuesto por Fernando Antonio Arias Ramos, lo que fue concatenado con las declaraciones de Gerardo Hernández Tirado y Efraín Martínez, testigos de los hechos, a las que se sumaron las declaraciones de Benjamín García San Luis y Sergio Valtierra Morales, policías preventivos remitentes; medios de prueba que a juicio de la responsable alcanzaron el valor jurídico que les confiere el artículo 255 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; pruebas testimoniales que el tribunal de alzada estimó corroboradas con el dictamen de criminalística, suscrito por el perito José Luis Esquivel Aguirre, así como con el dictamen en materia de tránsito terrestre suscrito por los peritos Jorge A. Fuentes Pérez y Miguel A. Ruiz Vayone, periciales a las que concedió valor probatorio pleno con fundamento en el numeral 254 el código adjetivo penal, por estimar que se encuentran ajustados a las reglas previstas por los diversos 96, 99 y 162 del ordenamiento legal invocado; pruebas que estimó robustecidas con el dictamen rendido por el perito tercero en discordia en materia de tránsito terrestre de la Procuraduría General de la República, ingeniero Juan Castillo Dávila, experticial a la que también le otorgó valor probatorio pleno de conformidad con el numeral 254 del Código de Procedimientos Penales; además de haber adminiculado los anteriores elementos de prueba con la inspección ocular practicada en el lugar de los hechos, la que por ajustarse a las reglas previstas en los artículos 139 y 140 del código adjetivo aplicable, le concedió valor probatorio pleno en atención a lo señalado por los numerales 253 y 286 de ese mismo ordenamiento, además de robustecer lo anterior con el acta médica suscrita por la doctora Martha Patricia Salamanca Razo, y el dictamen de necropsia suscrito por los peritos médicos forenses Jesús Ortega Segura y José A. Armengol Ortiz, a los que también concedió valor probatorio pleno de conformidad con el artículo 254 antes citado; elementos de prueba que fueron corroborados con el informe de investigación suscrito por Erasmo Gutiérrez Moreno, elemento de la Policía Judicial del Distrito Federal, al que confirió el valor legal que otorga el precepto 286 del código procesal; elementos de prueba que fueron concatenados con la fe ministerial que fue practicada respecto del vehículo volkswagen, tipo sedán, color verde ecológico, de servicio público taxi, modelo 1993, con placas de circulación L 62350, diligencia a la que la

Imputación objetiva

responsable otorgó valor probatorio pleno al ajustarse a las reglas previstas en los artículos 94 y 95 del código adjetivo; probanzas que en su conjunto generaron indicios suficientes que enlazados conformaron la prueba circunstancial a que se refiere el artículo 261 en comento, los que llevaron a la responsable a concluir que ... es penalmente responsable del delito de homicidio culposo, al ser por sí mismo uno de los causantes del conjunto de traumatismo que produjeron en el pasivo alteraciones viscerales y tisulares en los órganos interesados que le privaron de la vida, es decir, tomó en consideración la naturaleza de los hechos, la prueba de los mismos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario existente entre la verdad conocida y la que se busca, lo que condujo a la responsable a considerar en forma acertada al conjunto de indicios que se pormenorizan con anterioridad, como prueba plena de la responsabilidad del aquí peticionario de garantías.-Lo anterior, al ser evidente que ... con su conducta produjo indirectamente un resultado típico, al no observar un deber de cuidado que debía y podía observar, según sus circunstancias y condiciones personales, lo que quedó de manifiesto con el dictamen rendido por el perito tercero en discordia en materia de tránsito terrestre, suscrito por el ingeniero Eduardo Juan Castillo Dávila, en el que concluyó que la causa determinante que dio origen al desarrollo del hecho, fue que el conductor ... tripulante del automóvil marca volkswagen, con placas de circulación L 62350, al circular con su vehículo y efectuar una maniobra direccional hacia su derecha para continuar su circulación por el Eje Uno Norte Alzate, con dirección hacia el oriente, no cedió el paso al peatón, hoy occiso, el cual efectuaba el cruzamiento del Eje Uno Norte, caminando con dirección de sur a norte y hacia el oriente de la calle Enrique González Martínez; probanza que se encuentra concatenada con lo manifestado por Gerardo Hernández Tirado, testigo presencial de los hechos, quien aseveró que el vehículo tipo taxi, al terminar de cruzar la calle de Enrique González Martínez atropella a una persona del sexo masculino, al parecer indigente, golpeando al mismo con su defensa delantera en la pierna derecha, dicha persona procede a caer a la cinta asfáltica, por lo que en esos momentos el taxi se abre, es decir, se pasa al segundo carril de izquierda a derecha, pegado al de contraflujo, y en esos

momentos se percata que el vehículo microbús que venía detrás del taxi, y del cual ya proporcionó sus placas, procede a arrollar a dicha persona con sus llantas delantera y trasera del lado derecho; elementos de prueba que fueron robustecidos con todas y cada una de las demás probanzas que obran en el sumario y que fueron debidamente justipreciadas por la responsable, las que han puesto de manifiesto que el sujeto activo no previó el resultado típico producido siendo previsible, ya que pudo haberse representado que, al no conducir con el debido cuidado, eventualmente podía impactar a un sujeto con su vehículo taxi y provocarle un daño o lesión en forma directa o indirecta, como en el caso en el que este último cayó al arroyo de circulación y que podía ser atropellado por algún otro vehículo. Independientemente de que el aquí disconforme contaba con una mayor facilidad de prever el daño, atendiendo a su ocupación de chofer, circunstancia que concierne a la individualización de la sanción correspondiente, de conformidad con el artículo 60 del Código Penal aplicable.–De lo anterior es posible concluir, como lo hizo la responsable, que el ahora peticionario de amparo, al conducir el vehículo volkswagen sedán, tipo taxi, color verde ecológico, con placas de circulación L 62350, sobre la calle de Enrique González Martínez e incorporarse a la calle de Eje Uno Norte Alzate, hizo maniobras direccionales de vuelta a la derecha, sin las debidas precauciones y sin calcular el espacio existente entre su vehículo y el peatón que se encontraba dentro del arroyo de circulación, peatón que pretendía hacer el cruzamiento del Eje Uno Norte, de sur a norte, momento en el cual proyectó el costado derecho del vehículo en contra del cuerpo del sujeto desconocido, y debido al impacto el peatón fue impulsado hacia el piso del arroyo del Eje Uno Norte Alzate; conducta con la que infringió un deber de cuidado, cuya intervención fue determinante en el evento antijurídico, que culminó con la privación de la vida del sujeto pasivo, al existir una relación de causalidad física indirecta entre el acto y el daño resultante; ello lo hace penalmente responsable del delito, pues es inconcuso que sin su intervención el evento antijurídico jamás se habría concretizado, pues el ofendido no habría caído al arroyo de circulación y, consecuentemente, no hubiese sido atropellado por el microbús que precedía al taxi que condujo el aquí quejoso en forma imprudente, con el cual hizo un

Imputación objetiva

primer contacto que desencadenó la causación del resultado último, que lo fue el haber privado de la vida al pasivo del ilícito.-Ahora bien, el artículo 9o., párrafo segundo, del Código Penal del Distrito Federal establece: “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”.-Luego, al acreditarse la existencia de un daño, es decir, un resultado material, en el caso, la privación de la vida de un ser humano; al haberse demostrado un estado subjetivo de culpabilidad, consistente en la negligencia en virtud de la violación de un deber de cuidado; al comprobarse la relación de causalidad física indirecta entre el acto y el daño resultante; así como la imputación legal del daño sobre el aquí disconforme, se encuentra plenamente demostrada la responsabilidad penal de ... en la comisión del delito de homicidio culposo que se le imputa, elementos que la responsable correctamente tuvo por demostrados con todas y cada una de las probanzas que obran en la causa penal. Sirve de apoyo a lo anterior la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 19, Volumen 6, Segunda Parte, Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, que se localiza bajo el rubro y texto siguientes: “DELITO CULPOSO. SUS ELEMENTOS.-Los elementos del delito culposo son: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante, y d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión causales. Por tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que el agente incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible.”.-Lo anterior, con independencia de que el operador del microbús, en el momento de los hechos, en forma directa, con su unidad automotriz, haya privado de la vida al sujeto pasivo de la acción y que tenga o no responsabilidad, por obrar con o sin el debido cuidado al conducir; pronunciamiento que no corresponde a las atribuciones del suscrito.-En

consecuencia, lo procedente, en mi concepto, es que se debió negar la protección constitucional ... Negativa que debió extenderse incluso a los actos de ejecución que reclama del Juez Quinto Penal del Distrito Federal y del director de Ejecución de Sentencias de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal, al no impugnarse por vicios propios, sino como consecuencia directa del fallo combatido.—Sirve de apoyo a lo anterior la tesis V.2o. J/6, visible en la página 267 del Tomo I, junio de 1995, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que sostiene el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y que este órgano constitucional comparte, jurisprudencia cuyos rubro y texto son del tenor literal siguiente: “AUTORIDADES EJECUTORAS.Si no aparece que la autoridad que ordenó el acto, ha violado con él garantías individuales, lo mismo debe afirmarse respecto de las autoridades que son meras ejecutoras, si de esta autoridad no se combaten actos por vicios propios”.

Sobre este tema, vale destacar la tesis aislada emitida por la Magistrada Ponente Elvia DÍAZ DE LEÓN D'HERS, integrante del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, quien consideró al resolver el amparo directo 400/2009, de fecha 18 de febrero de 2010, resuelto por unanimidad de votos, con lo cual se emitió la tesis aislada I.4o.P.57 P, Novena Época, XXXII, Julio de 2010, la cual ha sido publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que está visible en la página 1933.

“DELITOS COMETIDOS POR CULPA CON REPRESENTACIÓN. EN SU ACREDITACIÓN NO SE ADMITE LA COAUTORÍA. La culpa con representación, en términos del párrafo segundo del artículo 9o. del Código Penal Federal, parte de la premisa de que el sujeto activo no quiere el resultado típico, pues aunque lo prevé, confía en que no se producirá; en tanto que la coautoría, de acuerdo con la fracción III del artículo 13 del mismo ordenamiento legal, se caracteriza, entre otras cuestiones, por el acuerdo de voluntades que existe entre los sujetos que la conforman, precisamente para realizar el delito. Luego, si no se quiere la comisión del ilícito, resulta incongruente que se acuerde

Imputación objetiva

con otros sujetos su realización; lo que implica que en la acreditación de los delitos cometidos por culpa con representación no se admite la coautoría”.

Por otro lado, el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver diversos amparos directos, emitió la jurisprudencia I.8o.P. J/2, correspondiente a la Novena Época, XXXII, Noviembre de 2010, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 1242, con el rubro y texto siguiente:

“COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

Aunado a lo anterior, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver diversos amparos directos, emitió la jurisprudencia I.2o.P. J/33, correspondiente a la Novena Época, XXXII, Noviembre de 2010, publicada en el

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la cual se encuentra visible en la página 1265, bajo el texto y rubro siguiente:

“COAUTORÍA Y AGRAVANTE DE PANDILLA, COEXISTENCIA DE. La coautoría prevista en la fracción II, del artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, y la agravante de pandilla contemplada en el diverso numeral 252 de dicha codificación, son figuras jurídicas coexistentes, pues una no excluye la existencia de la otra; en tanto que, la primera implica que en la comisión de la conducta delictiva intervienen dos o más individuos, con dominio funcional del hecho, determinado éste por la actividad que corresponde a cada uno de los activos en su realización, lo cual hace que respondan del delito en su integridad, pero sin que ello trascienda al resultado de la sanción; mientras que la segunda, requiere para su actualización, la existencia de tres o más sujetos activos, que sin estar organizados con fines delictuosos, se reúnan habitual u ocasionalmente y cometan un ilícito en común, calificativa que obviamente incide en el cuántum de las penas, pero no determina la forma de intervención del autor del delito. En consecuencia, el hecho de que la coautoría implique un acuerdo por parte de los activos para cometer un ilícito, el cual puede ser previo a su comisión, concomitante con el hecho o incluso de naturaleza tácita, de ninguna manera origina que no se actualice la agravante de pandilla”.

Finalmente, la posición mayoritaria de los autores antes aludidos en nuestro derecho penal mexicano, coincide con la posición tradicional del finalismo para la identificación de sus elementos componentes de la coautoría, dominio funcional del hecho, división de tareas, acuerdo previo. Sin embargo, consideramos que al ser criterios plenamente identificados no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia, creemos oportuno complementar tales criterios identificativos mediante el riesgo permitido, riesgo no permitido, fin de protección de la norma, para dar sustento a la viabilidad de la coautoría en los delitos culposos. Ese será el objetivo en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO VIII

LA FIGURA DE LA COAUTORÍA EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

I.- Planteamiento

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial española ha mantenido una evolución constante, propiciado principalmente por el alto grado de discusión que se ha generado entre los teóricos y prácticos en las últimas décadas, aunado a la gran difusión de ideas sobre casos generados en la práctica jurisdiccional y en las aulas. Sin embargo, es indispensable establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la coautoría y la participación, siendo conscientes de que sus límites no son precisos, ya que este campo empírico está demasiado abierto y, por ello, se producen constantes y fluidas transiciones entre ambos tipos de intervención criminal.

A diferencia de la autoría mediata, en donde es posible operar con grupos de casos bastante definidos y en donde, por regla general, solo intervienen dos personas, en el ámbito de la coautoría y la participación la dificultad es mayor por la propia naturaleza de las cosas, es decir, porque no se parte de un campo suficientemente estructurado y delimitado. Aquí, donde pueden actuar un número indeterminado de personas, el número de constelaciones imaginables es bastante inabarcable por la variedad de las propias situaciones vitales jurídico-penalmente relevantes. Por lo que resulta menester detenernos en unos cuantos aportes que la ciencia jurídica penal española ha desarrollado en la coautoría y que, para los fines de la investigación nos

permitirá centrar las bases para nuestros objetivos argumentativos a favor de la coautoría imprudente.

II.- Algunas posiciones doctrinales

A. Tesis de Gimbernat Ordeig

El triunfo de la teoría de la condición ha relativizado el significado para el Derecho Penal del problema causal, al que todavía hace pocas décadas se le atribuía un papel determinante para limitar la tipicidad.

Hoy existe acuerdo en la ciencia y crecientemente en la jurisprudencia, en que la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría de la condición, y que no es con otras teorías discrepantes a la de la equivalencia como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal con las que ha de limitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones de la causalidad (condicionalidad) realmente existentes deben llevarse a cabo con un criterio abierto y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva que opera fundamentalmente con la idea del in de protección de la norma³²⁸.

GIMBERNAT reconoce el acierto de la teoría del dominio del hecho para explicar y fundamentar la autoría mediata, pero entiende que fracasa en la delimitación entre coautoría y complicidad. Según él esta teoría se encuentra ante la misma disyuntiva cuando trata de diferenciar entre la cooperación necesaria y la complicidad.

Por su parte, elabora la teoría de los bienes escasos y considera que quien contribuye al hecho con una cosa o con una actividad difícil de conseguir, “escasas” será un cooperador necesario. Añade GIMBERNAT que, para determinar la escasez de un medio, habrá que realizar primero una calificación provisional que tenga en cuenta factores generales. La calificación definitiva se produce cuando se examinan, a continuación, los factores especiales del caso concreto. Por ejemplo, la entrega de una

³²⁸GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad omisión e imprudencia*, Madrid, 1999, p. 89

pistola (en general, bien escaso) sólo constituye complicidad si quien la recibe tenía ya una pistola que funcionaba perfectamente (factores especiales del caso concreto que eliminan el carácter de escasez que en general tiene la pistola).

GIMBERNAT alerta sobre el uso equivocado de recursos hipotéticos, indica que si la decisión sobre si una contribución ha sido o no necesaria para que el resultado dependiera de qué es lo que habría sucedido sin dicha contribución, de si el ejecutor, en tal caso hubiera podido por otros medios el objeto apetecido, sería imposible calificar una cooperación necesaria sin lesionar el principio *in dubio pro reo*, pues sobre lo que habría pasado el juez puede emitir únicamente juicios de probabilidad.

No es posible, por ello, pensar en un análisis de esta materia a superar mediante la orientación en grupos decasos, ni establecer presupuestos demasiado rígidos pues, al carecer de una estructuración nítidamente preestablecida, se violaría la variedad de la vida. Pero la inexistencia de unos límites precisos dados de antemano no es ningún impedimento para establecer los principios directrices, dado que la materia obliga a la inclusión de regulativos a partir de los cuales se pueda llevar a cabo una delimitación correcta de los casos individuales. Por todo ello, no cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye el principal y más complejo problema en la teoría de la codelinquencia.

Este autor, es quien representa en la postura consolidada en España al haber desarrollado una variante de la teoría formal-objetiva. En su planteamiento indica: "...autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial". Más adelante agrega: "autor en sentido estricto es todo aquel que realiza la conducta descrita en la figura delictiva definida por la Ley"³²⁹.

³²⁹ *Autor y cómplice*, Op. Cit., p. 221.

B. Tesis de Gutiérrez Rodríguez

Sostiene que la cualidad de la actuación del autor desde el punto de vista *ex ante*, es capaz de lesionar de forma directa mediata o inmediatamente, siquiera parcialmente, el bien jurídico protegido penalmente³³⁰.

Según GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la actuación del coautor debe tener capacidad lesiva entendida como que deber ser idónea para producir el resultado típico. La idoneidad se valorará mediante un juicio de prognosis sobre la aptitud de la misma para producir de forma autónoma la lesión del bien jurídico.

Además, la actuación del coautor debe tener una capacidad lesiva directa entendida como autonomía de la aportación del coautor para producir el resultado. Es decir, la relación que une al coautor con la víctima y la lesión del bien jurídico es directa y no sólo entendida desde una perspectiva física, sino también normativa. Extrae así la autora, que el fundamento material para diferenciar entre las formas de autoría y las de participación, está en que las primeras suponen un enfrentamiento directo con la norma penal debido a su mayor cercanía en relación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Esta cercanía no se debe entender sólo en un sentido espacio-temporal (diferenciación cuantitativa) sino que también supone una “aptitud” para afectar el bien jurídico, una capacidad para lesionar o poner en peligro el bien jurídico (diferenciación cualitativa).

Finalmente, el coautor debe tener una capacidad lesiva directa total o parcial; no es necesario que se demuestre que la actuación tiene una capacidad de lesión (directa) total del bien jurídico, sino que bastará igualmente con la constatación de una capacidad lesiva (directa) parcial. Precisamente esta lesividad parcial es el dato que pone de relieve las diferencias estructurales entre la autoría individual y la coautoría: si la lesividad es sólo parcial en la autoría individual el sujeto va a recibir por lo regular menor pena, debido por ejemplo, a su imposibilidad para producir el resultado

³³⁰GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *Responsabilidad penal del coautor* (tesis doctoral), 2000, p. 603.

típico; en la coautoría el hecho de que la lesividad de la actuación sea meramente parcial no implica ninguna disminución cuantitativa en la desaprobación de la misma.

Definidos los elementos, debe haber un juicio de valoración de la capacidad lesiva. Este juicio debe hacerse desde una perspectiva *ex ante* y sobre la aportación efectivamente realizada. Debe ser un juicio de peligrosidad realizado por un observador imparcial que incluya entre sus conocimientos los específicos del sujeto cuya actuación se quiera analizar adoptando de esta manera una perspectiva objetiva-subjetiva. Se deben tener en cuenta las aportaciones que llevan a cabo el resto de los intervinientes para constatar que la contribución posee una capacidad directa, al menos parcial y equivalente a la de los demás coautores, de afectación del bien jurídico protegido penalmente.

C. Tesis de Roso Cañadillas

Para esta autora, la coautoría se debe diferenciar de la pluriautoría, en donde varios intervinientes concurren cumulativamente a la producción del resultado y cada uno de ellos puede ser considerado individualmente autor, ya que cumple con los requisitos del tipo y su aportación por sí sola hubiera producido el resultado³³¹. En la coautoría, las aportaciones son incompletas y sólo de su unión se puede llegar a la producción del resultado. Así los sujetos pueden llevar a cabo una parte de la acción típica en el caso de que el tipo describa una sola acción típica; o bien cada uno lleva a cabo sólo una de las acciones típicas de las varias que define el tipo; o por último todos intervienen en cada una de las acciones típicas que conforman el tipo. En palabras de la autora “La jurisprudencia española no se ha ocupado en profundidad de la problemática que representa la categoría de la autoría en el delito imprudente. Su *modus operandi* consiste en evitar o desviar su estudio, y para ello acude a la previsibilidad, a la causalidad o últimamente a la imputación objetiva para solucionar supuestos de hecho que deberían encontrar su sede y ubicación propia en la teoría de la codelincuencia. A lo máximo que ha llegado nuestra jurisprudencia es a diferenciar

³³¹ *Autoría y participación imprudente*, pp. 423 y ss.

supuestos de codelinuencia imprudente o concurso de delincuentes de supuestos de concurrencia de imprudencia –o de culpas, que es el término más profusamente utiliza la jurisprudencia-, pero sin otorgar demasiada trascendencia a esta clasificación, pues...finalmente se castiga a todos los intervinientes como autores, ya existe concurso de delincuentes, ya exista concurrencia de imprudencias”³³².

Señala ROSO CAÑADILLAS otro elemento que define la coautoría y que la distingue de la figura de la autoría accesoria, el elemento subjetivo del acuerdo común constitutivo de la coautoría, que permite mediante un juicio de valoración distinguir en cada caso particular ante qué figura nos encontramos.

D. Tesis de Pérez Alonso

Las formas de estructuración del comportamiento humano con relevancia jurídico penal, para responder el concepto de autor no se agotan con la realización de la conducta típica de forma individual y de propia mano (*autoría inmediata como dominio de la acción*), ni con la realización del tipo penal a través de otra persona que actúa como instrumento, para que lleve a cabo la voluntad delictiva del hombre de atrás (*autoría mediata como dominio de la voluntad*).

³³² *Autoría y participación imprudente*, p. 419. Es importante señalar que ROSO CAÑADILLAS, al ser discípula de LUZÓN PEÑA, retoma ciertos argumentos de éste para la construcción de la autoría imprudente en el caso de la coautoría, por lo que resulta necesario recordar la postura sobre el particular de LUZÓN PEÑA, “La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XLII, Fascículo III, Madrid, 1989, pp. 900 y 901: “Se trataría, así pues, de la posibilidad de que en ciertos supuestos, para sujetos concretos, los delitos imprudentes funcionen como delitos de infracción de un deber. Lo cual requeriría que de una particular norma extrapenal se dedujera inequívocamente que un concreto deber de diligencia le corresponde tan especialmente y en primer plano a un determinado sujeto que cualquier infracción de ese deber (activa o pasiva, determinante o no del curso causal) por su parte ya supondría la realización del tipo y consiguientemente implicaría su responsabilidad como autor. Y esto supondría, a su vez, primero, que la estructura del tipo penal resultativo imprudente permitiera tal subsunción, y segundo, que la norma extrapenal previsor de especiales deberes de ciudadano, a la que se remite tácitamente el tipo penal del delito imprudente, realmente quisiera que el infractor responda penalmente de todo resultado (incluso aunque su producción haya sido solo favorecida, pero no determinada objetivamente, por la acción infractora del deber, o aunque ésta ni siquiera haya influido causalmente en el resultado), cuya evitación se pretendía por tal norma y le había sido especialmente encomendada a ese sujeto”.

Para Esteban PÉREZ ALONSO, la coautoría se define y fundamenta con base en el principio de referencia al tipo, y su ubicación sistemática corresponde a la teoría del tipo de lo injusto, en cuanto que se encuentra descrita en la tipicidad legal estando conformada por elementos objetivos y subjetivos. Si la coautoría es co-realización del tipo penal, la coautoría como dominio funcional del hecho se muestra como una síntesis indisoluble de momentos objetivos y subjetivos pertenecientes al tipo. Si el dolo abarcó todos los elementos del tipo objetivo, en el plano subjetivo es necesario además conocer los elementos objetivos de la coautoría, es decir la ejecución conjunta del hecho.³³³

En realidad, PÉREZ ALONSO lo que intenta es conjuntar los planos ontológicos y teleológicos, al considerar "...ello no significa necesariamente que haya que cambiar los presupuestos metodológicos y teóricos de partida sobre la autoría y participación en la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad simple. La perspectiva y actitud científica en esta cuestión, como en la autoría y participación o cualquier otra en Derecho Penal, sigue siendo la misma. El modo de consideración ontológico y teleológico sigue siendo el mismo, aunque el objeto sea parcialmente distinto. La cooperación necesaria también debe ser deslindada de la complicidad en el ámbito pre-jurídico y valorativo, aunque la materia de la regulación y la valoración sean distintas. El debate científico también debe centrarse en el terreno de los principios y criterios meta-normativos de los que para el interprete para obtener el concepto de la cooperación necesaria en el sentido de la ley. Por tanto, el paradigma científico, la propia concepción objetiva y material, en congruencia, es la misma, pero el criterio diferenciados es distinto al cambiar el objeto de la delimitación. Por ello, me remito con carácter general a lo expuesto sobre los presupuestos metodológicos y teóricos para la definición de la autoría, pero con la importante salvedad realizada. Un retorno a los criterios causales o subjetivos, por ejemplo, resultaría problemático y difícilmente justificable si se quiere mantener un mínimo de congruencia metodológica y teórica”³³⁴.

³³³ *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, pp. 133-138

³³⁴ *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pp. 336 y 337. Quien ha dedicado especial atención a la posición de PÉREZ ALONSO, ha sido DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEVO, Miguel, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, pp. 646-668, en especial, p. 662: “...no se trata, como apoyándose en ROXIN y refiriéndose también a mi concepción (junto a la de la fuerza

Imputación objetiva

Este intento metodológico es resulta incompatible con la propuesta del presente estudio, ya que, a diferencia de PÉREZ ALONSO, se parte de un carácter comunicativo que permite determinar si el hecho para el injusto debe derivarse de la posición del sujeto en el contexto social, sin que resulte suficiente la mirada al causante, es decir, volver a centrar la atención a criterios ontológicos y valorativos, no permitiría dar el siguiente paso para determinar si el hecho a partir del cual sobreviene el daño o la situación de peligro solamente puede ser explicado mediante una referencia al contexto que aclare si el mismo es competencia de un determinado autor, víctima o finalmente, fortuito, lo cual será soportado tal embate teórico con los criterios de la imputación objetiva, particularmente, con el riesgo permitido e incremento del riesgo.

De este modo, REQUENA JUALINI³³⁵ sostiene “el Derecho penal consigue, ya en el concepto de injusto, adaptarse a la estructura de la sociedad: el punto de partida de tal vínculo de sistematización se encuentra en la idea de reconstruir los propios esquemas básicos de la imputación objetiva como elementos de la autodescripción jurídico general; entonces los esquemas básicos de la imputación objetiva deberán ser interpretados y caracterizados como principios de organización jurídica que dirigen la autodescripción del sistema jurídico. Es decir, solamente existe injusto (infracción de

motivacional) sugiere PÉREZ ALONSO, de una “consideración retroactivo-psicológica” sobre los efectos que hubiera tenido la ausencia de un comportamiento en el de los demás, y por tanto, hipotética y *ex post*, sino de una consideración *ex ante* de la importancia de una contribución. El juez que, naturalmente, siempre realiza comprobaciones *ex post*, aunque debe valorar (algunas cuestiones, como ésta, no otras) colocándose en una perspectiva *ex ante*, no se debe preguntar aquí simplemente qué habrían hecho los demás si un sujeto no hubiera intervenido, sino si los demás, desde un principio, condicionaron su actuación a la del sujeto, del mismo modo que en otros casos no se debe preguntar qué habría pasado si tal contribución no se hubiera prestado, sino si la contribución *ex ante* aparecía como esencial para la empresa criminal (utilizando los criterios hipotéticos que parezca oportuno).

Quizá guarde relación con la crítica al carácter subjetivo la identificación o acercamiento que plantea PÉREZ ALONSO del planteamiento “subjetivizante” a la vieja teoría que fundamentaba el castigo en la culpabilidad ajena. No es esto cierto en relación con mi criterio, pues lo que sigue fundamentado el castigo del partícipe (en este caso y para mí, del cooperador necesario) no es la corrupción del autor (que podía estar ya corrompido ni su culpabilidad (que es independiente para cada sujeto), sino que se está produciendo un condicionamiento absoluto de la realización de un hecho típico y antijurídico por parte del autor, y, por ello, con la conducta del cooperador, se está atentando de modo accesorio, aunque muy relevante, contra el correspondiente bien jurídico.

Alega también PÉREZ ALONSO que los criterios que por subjetivos critica se hacen difícilmente practicables o, sin más, impracticables, en los supuestos de cooperación unilateral (es decir, sin acuerdos con el autor), pues el autor no se puede motivar y tomar la firme decisión de delinquir por algo que desconoce. Esto no afecta a mi criterio (que, recuerdo, además no se basa en la mera motivación del autor), puesto que no se trata de un criterio único (si lo fuera, serían realmente pocos los supuestos de cooperación necesaria), sino que es un criterio más junto al o a los basados en datos “objetivos”.

³³⁵ Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio, pp. 110 y 111.

la norma) cuando la conducta del autor significa una negación de su vigencia sin que para ello sean presupuestos suficientes ni la mera causalidad ni la representación individual del autor: la determinación del sentido relevante de la conducta no puede determinarse sin referencia al contexto social y al lugar que ocupa la persona dentro del mismo, es decir, sin referencia a las expectativas de conducta que, como persona que ocupa una determinada posición en la sociedad, han sido depositadas en ella –rol–. Y justamente esa labor es la que debe llevar a cabo la teoría de la imputación objetiva mediante dos estructuras de imputación fundamentales: la competencia por organización y la competencia institucional”, posicionamiento que asumiremos para los objetivos de la comprobación normativa de la coautoría y tentativa culposa.

E. Tesis de Pérez Manzano

La valoración del modelo de regulación de la imprudencia no depende sólo de las repercusiones político criminales en abstracto, sino también de las que derivan de sus consecuencias dogmáticas.

En materia de autoría y participación imprudente, del sistema de regulación cerrada de la imprudencia en su conexión con la específicas forma de tipificación de algunos delitos imprudentes extrae la doctrina consecuencias que afectan no sólo a la configuración dogmática de los delitos imprudentes, sino que pueden poner en tela de juicio la adecuación del sistema a los principios de legalidad e intervención mínima³³⁶.

Al respecto explica la autora lo siguiente: “El artículo 12 del CP 1995 prescribe que las «acciones u omisiones sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». Con ello se plasma el sistema de incriminación cerrada (*numerus clausus*) de los delitos imprudentes. Este sistema, que, como es sabido, implica la regulación de los delitos imprudentes a través de disposiciones específicas uicadas en la parte especial del código que habilitan de forma individual para la sanción de las modalidades delictivas imprudentes, se considera preferible al de incriminación genérica o abierta

³³⁶Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999, p. 34.

Imputación objetiva

(*numerus apertus*), utilizado por los códigos penales anteriores, básicamente en virtud de su mejor adecuación a principios fundadores del Derecho penal de un Estado de Derecho. En concreto, se alega en su favor el ajustarse mejor al principio de legalidad en su aspecto de mandato de determinación, y al principio de intervención mínima. De un lado, si el principio de legalidad –en su garantía de mandato de determinación– exige que los delitos aparezcan taxativamente determinados en la ley, y además, de forma que se expresen con claridad sus contornos, ello implica que la ley también debe prever de forma expresa y aclarar todo lo referido al aspecto subjetivo del hecho típico. Con ello se consigue mayor seguridad jurídica, pues el ciudadano puede saber *a priori* si está o no tipificado un delito en su modalidad imprudente sin necesidad de tener que acudir a difíciles y, a veces, artificiosas argumentaciones sobre la compatibilidad dogmática de un cierto elemento subjetivo de un delito con la comisión imprudente de éste. Pero además, en la medida en que el legislador ha de plantearse la necesidad de sancionar penalmente cada uno de los delitos realizados imprudentemente, suele suceder que este modelo también se ajusta mejor al principio de intervención mínima al suponer, en la práctica, la excepcionalidad de la sanción penal de los delitos imprudentes”³³⁷.

El peligro de que toda contribución imprudente sea considerada autoría ha sido resaltado como una consecuencia de la atipicidad de la participación imprudente³³⁸.

La doctrina mayoritaria ha interpretado del Código Penal Español un concepto restrictivo de autor³³⁹. Conforme a esta tesis, la imagen del hecho realizado por el concurso de varios intervinientes es la de un hecho globalmente realizado por todos los que han tomado parte en el mismo, que se imputa como obra de todos.

De manera que el tipo de contribución aportada es sólo la razón de la imputación, pero el hecho típico es obra de todos con independencia de las diferencias objetivas entre las distintas intervenciones³⁴⁰.

³³⁷ *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, pp. 34 y 35.

³³⁸ *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, p. 37 y s.

³³⁹ *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, p. 27 y ss.

³⁴⁰ *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, p. 64 y ss.

Anterior al Código Penal español de 1995, sólo se enumeraban los distintos intervinientes a los que consideraba autores a efectos de pena, que ciertamente la doctrina procedió a diferenciar a efectos dogmáticos entre genuinos autores y partícipes accesorios. El Código español enuncia con claridad la existencia de dos clases de intervinientes que son sancionados con la misma pena: los que son autores y los que sólo resultan asimilados a éstos a efectos de pena.

El argumento más contundente en favor del concepto restrictivo de autor es que todas las formas de participación presuponen la realización de un hecho principal en el cual intervenir. Este hecho principal, el hecho tipificado en la parte especial, sería distinto del hecho del partícipe, de manera que ello supondría la vigencia del principio de accesoriidad.

Ha señalado DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO que la referencia al hecho en el que intervenir podría interpretarse como una referencia al sustrato fáctico del hecho típico y antijurídico; más lo que apunta MIR PUIG en su interpretación sistemática de los términos de delito y falta, conducen a la conclusión de que la participación punible requiere la realización de un hecho principal, típico y antijurídico.

Ahora bien, la admisión de un mismo concepto de autor en los delitos imprudentes y dolosos viene avalada además por la neutralidad subjetiva en la descripción los elementos configurados de las distintas formas de autoría.

En este sentido deben valorarse, en primer lugar, la ausencia de mención de dolo o de cualquier otro elemento subjetivo en ninguna de las formas de autoría; en segundo lugar, la falta de descripción de los supuestos de instrumentalización que constituirían autoría mediata que podrían haber sido indicativos de una comprensión subjetiva de la misma; o en tercer lugar, la ausencia de referencias a la decisión conjunta o al acuerdo de realización del hecho en la coautoría.

Sobre el carácter subjetivista de la teoría del acuerdo previo el Tribunal Supremo español señala que la necesidad de una decisión conjunta o la exigencia de acuerdo entre los intervinientes de cara a la imputación del hecho a título de coautoría, podía ser interpretado en el sentido del finalismo ortodoxo, lo que impediría el traslado de este título de imputación a los delitos imprudentes, de manera que en éstos sólo sería posible la autoría accesoria, que no sería más que una autoría única plural.

F. Tesis de Sánchez Lázaro

SÁNCHEZ LÁZARO presentó como tesis doctoral el 15 de abril del 2002, una investigación dedicada a las distintas formas de intervención delictiva en el ámbito del delito imprudente, particularmente me interesa centrar mi atención en su estudio sobre la coautoría imprudente³⁴¹, toda vez que representa la más sólida obra escrita en España sobre la materia, misma que deseo retomar para los objetivos y presupuestos metodológicos de esta investigación.

³⁴¹ Su investigación fue dirigida por el Doctor Carlos María ROMEO CASABONA, quien refiere en el Prólogo del libro de SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, pp., XX y XXI, lo siguiente “El autor de la presente obra, mi discípulo Fernando Sánchez Lázaro, se propuso, por sugerencia mía, hacer frente a esta materia. Desde el primer momento centró sus esfuerzos en encontrar un fundamento específico para la autoría en el delito imprudente. No sin dar unas cuantas vueltas logró su propósito y, apartándose de los planteamientos previos más extendidos en la doctrina, presenta al lector una construcción compacta y trabada en sus dimensiones, caracterizada por partir de unos presupuestos normativos muy marcados, como él mismo reconoce, con el consiguiente distanciamiento de los criterios que podrían calificarse de naturalísticos, dominantes en la actualidad. Estos desvelos normativistas lo llevan a sostener una subjetivización extrema y discutible no ya del cuidado debido (para cuya determinación debe atenderse, apunta, a las capacidades individuales del autor), sino incluso del riesgo permitido, pues entiende que el conocimiento o la capacidad del sujeto no sólo puede condicionar el carácter grave o leve de la imprudencia, dado que la mayor o menor capacidad que posea en el control del riesgo permitido determina la mayor o menor entidad del mismo, sino su existencia misma...Asume como idea básica para este fin la competencia sobre la fuente de peligro, que es la posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico penal de garantizar que la fuente de peligro se mueva dentro del riesgo permitido. Con esta idea no se pretende apuntar a la persona que controla fácticamente la fuente de peligro o que domina el proceso lesivo e identificarla como autora. Lo que señala, insiste el autor, es la persona que es la principal responsable de la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido materializado en la lesión; a ella debe dirigirse la norma jurídico-penal en primer lugar. Como variantes ofrece la asunción conjunta por varios sujetos de una misma fuente de peligro o la concurrencia de varias de estas fuentes en uno o varios sujetos. Con la ayuda que le prestan el criterio de la competencia y, en su caso, otros instrumentos fáctico-formales y partiendo de un concepto restrictivo de autor sostiene y fundamenta las demás formas de autoría, que considera admisibles también en la imprudencia. Por medio de un estudio detenido de la autoría accesoria se adentra en la difícil cuestión de la tentativa en los delitos imprudentes”.

El autor inicia su travesía mediante el análisis del concepto unitario de autor en el sentido de los delitos imprudentes, entendiendo al autor de un delito imprudente de resultado como “...aquél que contribuye a la producción del mismo mediante una acción que no observe los deberes de cuidado”,³⁴² definición que queda al descubierto de una gran serie de deficiencias para todo sector doctrinal que parte de la formación de constitución de lo injusto, de la inviabilidad de los criterios empleados en los delitos dolosos para explicar la intervención delictiva en este ámbito, de la redacción de los tipos de la parte especial o, incluso, de argumentos político-criminales, quienes mantienen una interpretación extensiva de los delitos imprudentes de resultado, reconduciendo la contribución punible a una única categoría amplia, esto es, la autoría, por lo que considero indispensable para comprender la propuesta de SÁNCHEZ LÁZARO señalar sus siguientes planteamientos:

“El hecho de que el resultado integre lo injusto en los delitos imprudentes de tal clase no determina que la intervención delictiva en los mismos deba explicarse sobre la –ausencia de– relación subjetiva de los intervinientes con el resultado, pues aun asumiendo que en los delitos imprudentes de resultado las distintas formas de autoría y participación se constriñan sobre o con la ayuda de momentos subjetivos, como puedan ser una resolución conjunta de actuar peligrosamente o la conciencia de infringir los deberes de cuidado. Quienes esgrimen el segundo argumento, la inviabilidad de los criterios empleados en los delitos dolosos para explicar la intervención delictiva en este ámbito, proceden del siguiente modo: intentan explicar la intervención delictiva en los delitos imprudentes con la teoría restrictiva que utilizan en los delitos dolosos, no les sirve y deducen de tal circunstancia que en los delitos imprudentes debe utilizarse una teoría extensiva. Sin embargo, este razonamiento sólo podría ser correcto si se demostraran previamente dos cosas: primero, que el criterio que utilizan estos penalistas para explicar la intervención delictiva en los delitos dolosos, el dominio del hecho, es el único criterio restrictivo posible, y en segundo lugar, que una adaptación del mismo a la imprudencia es irrealizable. En cualquier caso, adelanto ya que ninguna de estas dos proposiciones es cierta, por eso sostengo que el razonamiento es incorrecto y no incompleto (...). Y en cuanto a los argumentos

³⁴² Véase *Intervención delictiva*, p. 14.

Imputación objetiva

político-criminales, únicamente tienen sentido en Alemania, ya que en España el legislador deja abierta la posibilidad de castigar la participación imprudente sin renunciar a un concepto restrictivo de autor, es decir, como auténticas formas de participación. Sin embargo, el verdadero problema de estas teorías no se encuentra tanto en sus presupuestos, como en sus consecuencias: Primero, estos autores, mediante el empleo de un concepto tan amplio de autor, extienden la punibilidad en el ámbito menos grave de responsabilidad subjetiva, la imprudencia, y este procede carece materialmente de toda lógica, pues supone castigar más y en mayor medida en el ámbito donde menos motivos materiales existen para ello. Segundo, relacionado con lo anterior, la amplitud del criterio de interpretación que proponen lleva a los tipos imprudentes de resultado hasta un punto difícilmente conciliable con el mandato de determinación, sin que tenga sentido ofrecer menos garantías –principalmente, seguridad jurídica y determinación típica– a quienes contribuyen a la realización de un delito imprudente de resultado que a quienes lo hacen a un delito doloso. Y tercero, obvian las diferencias materiales existentes entre las distintas contribuciones que concurren en la producción de un resultado lesivo, permitiendo que se castigue igual lo desigual. Como se ha señalado desde la doctrina, «lo que supone participación en el delito doloso no puede pasar a entenderse como autoría en el delito imprudente..., lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente». Se trata de razones de proporcionalidad. Porque la carencia de matices de la solución unitaria lleva a sus defensores –en sede de tipicidad– a desvalorar en igual medida comportamientos que poseen significados objetivos radicalmente distintos³⁴³.

Estos señalamientos críticos a los postulados tradicionales del concepto unitario de autor en los delitos dolosos frente a la intervención culposa, tiene coherencia para SÁNCHEZ LÁZARO por tener una fundamentación la imputación en la existencia de la imprudencia y causalidad, mientras que la nueva formulación de la autoría en el sentido de los delitos imprudentes se ha normativizado, mediante propuestas tales como la «dominabilidad» a partir de conceptos de previsibilidad y evitabilidad, así como el principio «de propia responsabilidad», «libre determinación

³⁴³ *Intervención delictiva*, pp. 15-18.

de la persona», «la inclinación al hecho por parte del hombre de adelante», o bien, la “diferencia valorativa existente entre el dolo y la imprudencia” o la “no interposición de riesgo permitido entre la conducta imprudente y el resultado lesivo”, pero acepta SÁNCHEZ LÁZARO que aún y con importantes propuestas por parte de la doctrina, no ha sido suficiente centrar la atención en estas diferencias materiales, toda vez que la autoría “no sólo depende de que el sujeto obre libre o sea capaz de impedir la producción del resultado lesivo, sino de otros aspectos normativos que estas ideas no comprenden. Pensemos en los casos en los cuales el proceso lesivo se inicia dentro de un aparato de poder organizado o de una gran empresa. ¿A qué resultados llegaríamos con los principios antes mencionados? Pues con la idea de dominabilidad, posiblemente, castigaríamos como autores a todos los que intervienen en la producción del resultado lesivo, con lo que estaríamos en las mismas; y con los demás criterios castigaríamos al último de los intervinientes pese a que, la mayoría de las veces, no es él quien muestra el mayor grado de merecimiento y necesidad de pena ¿Podríamos conformarnos con estos resultados? Evidentemente no”³⁴⁴. Por tanto, considera SÁNCHEZ LÁZARO que los modelos unitarios no son idóneos para explicar la intervención delictiva en los delitos imprudentes, por no contar claramente con un criterio específico de imputación, que permita articular el sistema las distintas formas de intervención, aunado a la indeterminación típica que provoca la renuncia al principio de accesoriedad, así como la extensión de la punibilidad en el ámbito menos

³⁴⁴ *Intervención delictiva*, pp. 20 y 21. En lo relativo al tratamiento de la coautoría en los delitos imprudentes por parte del Tribunal Supremo, dice SÁNCHEZ LÁZARO, pp. 25 y 26, “...el problema de la concepción jurisprudencial se deriva de la renuncia a apreciar toda diferencia material existente entre las distintas contribuciones. Es decir, para el TS, de cara a apreciar esta figura, es indiferente la peligrosidad de la contribución, la importancia material de la misma, etc. Lo único preciso es que el sujeto aporta algo y que, además, esté de acuerdo en realizar la actividad que infringe los deberes de cuidado, presentándonos una adaptación de «la teoría del acuerdo previo» a ésta otra forma de responsabilidad subjetiva. Una estructura típica de estas características no sólo extiende la coautoría más allá de lo que sería aconsejable formal y materialmente, además, y éste es el principal inconveniente, al no valorar aspectos como la peligrosidad, lesividad, importancia material o cualquier otra circunstancia que pueda establecer diferencias en el grado de merecimiento y necesidad de pena de las conductas realizadas por los distintos intervinientes, conduce a valorar igual lo que puede y debe ser valorado de forma distinta. Con otras palabras, conduce a resultados injustos. Ahora bien, este defecto en el tipo objetivo no oscurece el mérito de la aportación del TS, al contrario, piénsese que en la doctrina sólo recientemente se va aclarando el problema de la intervención delictiva en los delitos imprudentes. La excesiva amplitud del tipo objetivo de la coautoría significa, únicamente, que se debe seguir trabajando, que hay que completar y perfeccionar la estructura típica de esta figura para evitar que los riesgos que acabamos de señalar se terminen materializando. Nada más... Por último, en relación con el otro grupo de supuestos mencionado, esto es, los casos en los que no existe ningún tipo de vínculo subjetivo entre quienes realizan las distintas conductas imprudentes que concurren en la producción del resultado, debo decir que el proceder del TS es, simplemente, inadmisibles”.

grave de responsabilidad subjetiva o la ausencia de garantías de adecuación del castigo al desvalor de acción de cada interviniente³⁴⁵. De igual manera rechaza las teorías diferenciadoras, tanto subjetivas como objetivas, como las teorías restrictivas (objetivo-materiales, como objetivo-formal en todas y cada una de sus expresiones), así como la teoría del dominio del hecho y la determinación objetiva y positiva del hecho, porque entiende el autor que los penalistas mantienen una elección de momentos de corte naturalísticos, a los que han intentado dotarlos de un fundamento normativo, los cuales han sido realmente pocos, aunado a que no explican –dice SÁNCHEZ LÁZARO– “por qué quien interviene en fase de ejecución o domina el hecho, por poner un ejemplo, debe responder como autor, y a partir de él desarrollan las distintas formas de autoría y, negativamente, participación”, tal y como sucede con los defensores de la teoría del dominio del hecho, ya que “el sujeto que domina fácticamente el proceso lesivo debe ser calificado como autor del delito, y a partir de este momento, es decir, del dominio fáctico de la realización del hecho típico, explican las distintas formas de manifestación de esta figura, esto es, dominio de la acción, dominio funcional del hecho y dominio de la voluntad”³⁴⁶.

Por tanto, la postura que habrá tomar SÁNCHEZ LÁZARO sobre el concepto de autor en delitos imprudentes será contrario a lo que sucedía tradicionalmente, porque arguye el autor que “...la criminalidad actual se observa, cada vez más, un proceso de distanciamiento entre el momento de aparición fenomenológica del delito y la máxima responsabilidad por el mismo. Frecuentemente, y por lo general en los casos de mayor trascendencia social (como por ejemplo, «el caso de la colza», el «*Lederspray*» o el caso de la sangre contaminada), vemos que quienes concretan o materializan el hecho delictivo no son responsables de su aparición. Mientras que quienes merecerían la calificación de autores, según criterios de merecimiento y necesidad de pena, se encuentran tan alejados del instante en el que el delito se manifiesta que su intervención sólo es localizable en un estadio del proceso lesivo en el que este último carácter, la lesividad, no es siquiera imaginable”³⁴⁷.

³⁴⁵*Intervención delictiva*, p. 27.

³⁴⁶*Intervención delictiva*, p. 96.

³⁴⁷*Intervención delictiva*, pp. 97 y 98. EL MISMO, “Deconstruyendo el principio de legalidad. Recensión a Irene NAVARRO FRÍAS, Mandato de determinación y tipicidad penal, Comares, Granada, 2010”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2011.

Por ende, su propuesta de fundamentación por una coautoría imprudente, radicarán en sede la tipicidad, toda vez que, es ahí, donde se debe centrar el debate, toda vez que “los criterios tradicionales de autoría en vez de construirse sobre este segundo momento, esto es, sobre el momento de la responsabilidad, y en contra de lo que se debiera esperarse un concepto de autor, sobre todo en un momento en el que el verbo típico ha perdido buena parte de su significado descriptivo, lo hacen sobre la forma de manifestación del delito, atendiendo para la explicación de la autoría a aspectos tales como el dominio de su ejecución, el instante de intervención de los distintos sujetos o al actor que determina objetiva y positivamente la lesión del bien jurídico. Este error de ubicación, si bien en los delitos dolosos conduce a una disociación entre la autoría y el máximo grado de responsabilidad delictiva que, pese a no ser del todo satisfactorio, podría asumirse con argumentos como una mayor determinación típica, etc. En la imprudencia, en supuestos donde la responsabilidad está muy alejada del momento de aparición del resultado lesivo, conduce a insoportables lagunas de punibilidad”,³⁴⁸ al no existir un dominio como tal, fácticamente hablando, o bien, cualquier otra circunstancia similar que permita fundamentar la autoría a quienes han mostrado el máximo grado de merecimiento y necesidad de pena en la ejecución, por tanto, deberán quedar impunes.

En este sentido, el propio SÁNCHEZ LÁZARO ha insistido en la tipicidad y su técnica legislativa, al señalar: “Las estructuras y definiciones legales de estos institutos, al igual que las recogidas en la parte especial del Código, se conforman mediante –la introducción y combinación de– dos tipos de componentes: componentes descriptivos y componentes –que podríamos denominar– desvalorativos. Los primeros, los componentes de carácter descriptivo, son aquellos que permiten delimitar el instituto jurídico-penal tanto como hecho o realidad empírica, ofreciendo pautas o elementos susceptibles –en mayor o en menor medida– de comprobación o costatación empírica y que ayudan a determinar la forma de manifestación «externa» del instituto, como en cuanto realidad axiológica, mediante la realización o confirmación del correspondiente juicio de valor, dentro de los diferentes procesos

³⁴⁸ *Intervención delictiva*, p. 98.

lesivos. Esta primera clase de elementos son aquellos que, por ejemplo, permiten configurar a la inducción, no como forma de participación sin más, esto es, como un mero cooperador, sino como aquella forma especial de cooperación a la ejecución del delito que tiene lugar mediante una *incitación o inducción directa*. Mediane esta clase de elementos se puede definir también a la tentativa como una actuación por la que el actor «da *comienzo* da la ejecución del hecho *directamente por hechos exteriores*», y concretar que la misma exige la práctica de «*todos o parte de los actos* que objetivamente deberían producir el resultado», por poner otro ejemplo. Mientras que los componentes de carácter desvalorativo, o como se manifiestan de forma más frecuente, descriptivo-valorativo son aquellos elementos que configuran el significado del instituto en términos de desvalor, es decir, que permiten configurar y describir el instituto como «injusto punible (merecedor de pena necesidad de pena), como injusto agravado». Esta segunda clase de elementos permiten reflejar su significado material en cuanto entidad jurídico-penalmente no tolerada de riesgo o establecer diferencias materiales –igualmente, en términos de desvalor- entre tipos privilegiados y agravados o entre los diferentes institutos y figuras delictivas³⁴⁹.

En este orden de ideas, el concepto de autor que propone SÁNCHEZ LÁZARO es el siguiente: “la autoría es la categoría o instituto jurídico-penal que –dentro de la tipicidad– le corresponde demostrar la *máxima expresión de responsabilidad delictiva*, más concretamente, en relación con los delitos objeto de mi investigación, los delitos imprudentes de resultado, la primera o máxima forma de responsabilidad delictiva por la creación del riesgo no permitido que se realiza en el concreto resultado de lesión. Esta comprensión, de autoría, insisto, no es arbitraria. La evolución en la forma de entender el verbo típico, abandonando su significado descriptivo, lleva a comprender la autoría, no como forma de realización, lo cual ya no es realista ni satisfactorio, sino como *forma o expresión de responsabilidad*. Esta forma de comprensión material se esfuerza con las consecuencias jurídicas características de este instituto: responsabilidad autónoma y plena –en concreto- por la creación del riesgo no

³⁴⁹ *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Comares, Granada, 2007, pp. 10 y 11.

permitido que se realiza en el resultado de lesión”.³⁵⁰ Este criterio le permite al autor determinar “razonablemente” a la persona o personas que deben responder en primer lugar por la creación del riesgo realizado en el resultado de lesión. Este criterio –dice SÁNCHEZ LÁZARO– es la “*competencia sobre la fuente de peligro*”,³⁵¹ que es entendida como “posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueva dentro del riesgo permitido”,³⁵² y para comprender esta definición pone el siguiente supuesto: “Si por ejemplo, D incita a F, quien acaba de sacar el carnet de conducir, a circular peligrosamente con el vehículo de este último, y a consecuencia de tal conducta se produce un accidente en el que fallece una tercera persona. Entonces, para determinar la autoría según el concepto propuesto, no se debe valorar la posición de los distintos intervinientes según datos o criterios de carácter meramente naturalísticos. Hay que entender a su significado normativo, y deducir así quién es la persona o personas a las que corresponde garantizar que el riesgo generado por al fuente de peligro –en el ejemplo, el coche– no exceda de los márgenes tolerados. Pues bien, tal posición es fácilmente identificable³⁵³. Aunado a que, invariablemente, el sujeto competente se encuentra expresamente identificado en las normas de determinación que regulan la participación en el ámbito social donde ha tenido lugar la conducta delictiva, en el entendido de que las normas

³⁵⁰*Intervención delictiva*, pp. 102 y 103. Su propuesta se debe entender como una continuidad de las posturas de José CEREZO MIR y Carlos María ROMEO CASABONA en lo relativo al concepto de “realización”, entendido como el resultado se produzca como consecuencia de la infracción de la norma de cuidado y que, además, sea de aquellos que pretende evitar la misma.

³⁵¹*Intervención delictiva*, p. 106. Al respecto aclara lo siguiente, p. 107: “El concepto de autor propuesto, a diferencia de los criterios anteriores, no nos señala a la persona que controla fácticamente la fuente de peligro o al actor que domina el proceso lesivo, sino que habla directamente de responsabilidad. Concretamente, nos dice quién es el principal responsable de la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido materializado en la lesión; la persona cuya actuación presenta un componente cualitativo adicional de peligro, ya que de ella depende el nacimiento efectivo del riesgo, su actualización y que la amenaza sobre el bien jurídico se torne inmediata. Con otras palabras, aquél a quien las normas jurídico-penales deben dirigirse en primer lugar, dado que es él quien condiciones positivamente –y en términos de responsabilidad– que el ataque a su vigencia trascienda al plano que les es propio a través de su exteriorización como riesgo y alcance su máxima expresión en el resultado de lesión. Éste es el concepto de autor que se propone”.

³⁵²*Intervención delictiva*, pp. 111 y 112.

³⁵³*Intervención delictiva*, p. 113. “Ya en un primer momento –dice SÁNCHEZ LÁZARO– sabemos que, en virtud del signalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias, toda persona que decide generar un riesgo no permitido mediante la utilización de una fuente de peligro debe cuidar de su inocuidad frente a los bienes de terceros. Por tanto, el sujeto que incide directamente sobre la fuente de peligro es, por lo general, quien debe preocuparse de los niveles de riesgo que genera: en el ejemplo propuesto, F en tanto que conductor de vehículo –esto es, injerencia– es quien debe manejarlo con diligencia y precaución, a quien corresponde garantizar que el riesgo que genera permanece dentro de lo permitido y quien debe estar en todo momento en condiciones de poder controlarlo. En consecuencia, F es autor”.

Imputación objetiva

extrapenales –esto es, la *lex artis*– no fundamentan ya deberes y posiciones de garantía jurídico-penales referentes a la fuente de peligro, sino que únicamente ayudan a determinar al sujeto o sujetos competentes como meros criterios de orientación³⁵⁴.

Postura claramente *jakobsiana*, cuyo origen normativo de la posición del sujeto diferenciando según la competencia se derive del ámbito general de organización que éste ostenta por su condición de ciudadano, o de un *status* especial que adquiere por otras circunstancias ser la condición de padre, marido o depositario de una confianza especial, entre otros supuestos³⁵⁵, los cuales reciben el nombre de casos típicos de

³⁵⁴*Intervención delictiva*, p. 115; el mismo, “El ocaso de la resolución conjunta. Recensión a Victoria GARCÍA DEL BLANCO, La coautoría en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006”, en *Indret*, 4/2010, p. 2. Para mayor detenimiento sobre las fuentes de competencia, véase JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos teoría de la imputación*, pp. 972 y ss.; Camilo SESSANO GOENAGA, Javier, “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por JAKOBS, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, No. 8, 2006.

³⁵⁵ Camilo SESSANO GOENAGA, Javier, “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”, pp. 2-5, señala que “JAKOBS ha realizado una distinción entre responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes generales) y responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales)...El primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo. Pero los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera; y tienen un status especial, como testigo llamado ante una Comisión de investigación, como funcionario, como médico o como padre, que viene definido por un haz de derechos y deberes (como por ejemplo, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, en el caso de personas requeridas ante una Comisión de encuesta parlamentaria). El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese status especial. Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal. El status general configura por tanto la competencia por organización; a cada uno compete, en virtud de su status general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel de lo permitido. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como mínimo el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán. JAKOBS pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas relaciones positivas: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una Institución del Estado. Por ello existe una diferencia entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un status especial. La infracción de los deberes derivados de un status especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber. Puede observarse, en relación con el bien jurídico, que tanto las normas que imponen a un sujeto la obligación de evitar una extensión de la propia esfera de organización a costa de los ámbitos organizativos de otros, y que plantean por tanto, una relación puramente negativa entre el sujeto y el bien jurídico (*neminem laedere*), como aquellas que obligan por el contrario a la “conexión de esferas vitales” o a la “configuración de un mundo parcialmente en común”, y con ello a prestaciones positivas para la subsistencia o la producción de bienes jurídicos, contienen con carácter general, una referencia a un estado de cosas (presente o futuro) que se define por la existencia de un bien jurídico. En general,

injerencia, esto es, “aquellos supuestos en los que el deber de neutralizar los riesgos no permitidos derivados de la fuente de peligro se derivan de la previa incidencia irregular del autor sobre la misma”³⁵⁶.

SÁNCHEZ LÁZARO lo ejemplifica de la siguiente manera: “Por ejemplo, si A observa una piedra en el borde de la carretera y convence a B para que la empuje y haga rodar por la ladera sobre la que se encuentra, y B efectivamente lo hace, golpeando de muerte a una persona que se encontraba en la trayectoria de la misma y cuya presencia no advirtió cuando, antes de empujar la piedra, se adelantó para cerciorarse de tal aspecto. Entonces, B al empujar la piedra y orientarla hacia la producción del resultado lesivo se obliga, al mismo tiempo, frente a los riesgos que genera y su eventual materialización. Por tanto, en caso de que efectivamente se concrete la lesión del bien jurídico, sólo él debe responder como autor. Los mismos argumentos valen si X sustrae una señal de tráfico o manipula la señalización de un cruce; si la enfermera E decide cambiar la medicación prescrita por el médico al paciente, asumiendo con su acción una competencia que inicialmente ostentaba otra persona y sobre los eventuales riesgos que genere su actuar; si el fabricante F introduce en el mercado un producto que causa daños con una frecuencia superior a la tolerable, o si D, tras hacerle el puente a un coche, conduce por las ramblas a una velocidad que duplica la permitida embistiendo mortalmente a dos peatones que circulaban de forma correcta: D, en tanto que conductor del vehículo, es quien debe procurar que de su conducción no se desprenda riesgos que excedan de lo permitido, por tanto, si los mismos se producen y concretan, sólo él deberá responder como autor. En todos estos ejemplos de X, E, F y D, se fundamenta sobre un mismo momento: una irregular utilización o incidencia sobre la fuente de peligro”³⁵⁷.

pues, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo (delitos comunes, o de dominio del hecho, o en virtud de responsabilidad por organización); o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y a su fomento, esto es, mediante un deber especial (delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional)”.

³⁵⁶*Intervención delictiva*, p. 117.

³⁵⁷*Intervención delictiva*, pp. 118 y 119.

Al respecto es importante aclarar que la competencia sobre la fuente de peligro existe en tanto originaria del ámbito de organización del autor, como también derivarse, de un acto de asunción del mismo, por ejemplo “quien ofrece para hacer indicaciones a un conductor en una situación en la que carece de visibilidad, en caso de que éste atropelle a un transeúnte siguiendo las mismas, no responderá como autor por el mero hecho de indicar, sino por la circunstancia de que es él quien pasa a controlar la fuente de peligro, quien debe decidir y decide su orientación y los riesgos que la misma genera”.³⁵⁸

Sin embargo, hasta el momento he intentado tomar los argumentos que le permiten al autor fundamentar las bases para una intervención delictiva imprudente. Ahora corresponde mostrar cuales son las críticas que han negado categóricamente la posibilidad de una coautoría culposa, afirma SÁNCHEZ LÁZARO: “intentan construir la coautoría en los delitos culposos igual que en los delitos dolosos, con los mismos elementos típicos objetivos y subjetivos, y al no ser posible tal tarea en relación con estos últimos, puesto que en la imprudencia los actores no comprenden subjetivamente el resultado y, por tanto, no cabe una resolución delictiva en sentido estricto, niegan su existencia”.³⁵⁹ Y además: “Primero, se fundamenta la negación de la coautoría en un problema de tipicidad, y sólo cuando se afirmase la existencia de esta figura tendría sentido discutir su estructura típica, tanto los elementos objetivos como los subjetivos. Y segundo, se sostiene sobre dos premisas no demostradas: que la coautoría en los delitos imprudentes exige una resolución conjunta por parte de los distintos intervinientes, y que esta última debe comprender, además el resultado lesivo”.³⁶⁰

³⁵⁸ *Intervención delictiva*, p. 127.

³⁵⁹ *Intervención delictiva*, pp. 162 y 163.

³⁶⁰ *Intervención delictiva*, p. 163. No sólo son estos argumentos en contra los que expone SÁNCHEZ LÁZARO, también analiza los de la “innecesariedad” de la coautoría en los delitos imprudentes, la cual consiste, pp. 164 y s., en una “concepción unitaria de la autoría y, por consiguiente, un concepto unitario de autor sería innecesario determinar las distintas formas de intervención delictiva, pero no sólo en los delitos imprudentes, también en los delitos dolosos”. Así como la de la “imposibilidad de dominio”, consistente en “en los delitos imprudentes «decaen todas las clases de autoría derivadas de una determinada forma de dominio del hecho: no hay coautoría ni autoría mediata». Asimismo, expone la de la “Imposibilidad de realización conjunta”, consistente en “la realización conjunta de un delito exigiría que los intervinientes abarquen subjetivamente sus actuaciones y las consecuencias derivadas de las mismas. Es decir, exigiría dolo en los coautores”. De todas las señaladas no son aceptadas por SÁNCHEZ LÁZARO, por carecer realmente de argumentos sólidos.

Por consiguiente, la propuesta de SÁNCHEZ LÁZARO es que sí es factible la existencia de coautoría en los delitos imprudentes “porque *se trata de una figura necesaria para desarrollar consecuentemente cualquier concepto de autor que merezca ser calificado como restrictivo*, donde el momento restrictivo que se ha elegido para determinar y fundamentar el máximo grado de responsabilidad delictiva es realizado conjuntamente por varios sujetos y es preciso una imputación recíproca de las diferentes contribuciones para hablar de dominio del hecho, determinación objetiva y positiva del hecho o de cualquier otro criterio restrictivo que decidamos emplear para la explicación de la autoría. Entonces se muestra necesaria la coautoría”³⁶¹.

Una vez identificado la razón esencial de la existencia de la coautoría imprudente, procede entonces, en explicarla: “consiste en la realización conjunta del mismo. Coautores serían quienes realizan conjuntamente el momento que hemos elegido como fundamento de la autoría. Es decir, quienes ostentan conjuntamente la competencia sobre la fuente o fuentes de peligro concurrentes”³⁶², esto se representa claramente con el siguiente ejemplo “si C, D y E deciden espontáneamente tirar una viga por al ventana y, como consecuencia de esta acción, golpean mortalmente a B. En principio, puede parecer correcto que los tres sean considerados coautores de un homicidio imprudente. Si se nos pregunta por qué. Podemos contestar: porque los tres ostentan competencia sobre la concreta fuente de peligro, fundamentando tal posición normativa en la creación conjunta del riesgo que se produce al tirar la viga por la ventana. C, D y E utilizan la fuente de peligro para genera riesgo por encima de los niveles tolerados y, como consecuencia de ello, se obligan frente a su eventual materialización”³⁶³. Problema distinto generan los casos donde la concurrencia de fuentes de peligro son generadas por sujetos separados, por ejemplo si A, B y C provocan un corte de circulación en la carretera para colocar un letrero de velocidad, y

³⁶¹ *Intervención delictiva*, p. 169.

³⁶² *Intervención delictiva*, p. 171.

³⁶³ *Intervención delictiva*, pp. 171 y 172. “Tampoco necesitaríamos ofrecer argumentos mucho más complejos para solucionar el ejemplo propuesto por QUINTANORIPOLLÉS y comentado por JORGE BARREIRO, en el cual dos cirujanos, sin tomar las mínimas precauciones de sepsia, intervienen al mismo tiempo determinan la septicemia causante del fallecimiento del paciente. En este ejemplo, a diferencia del anterior, la posición normativa de los sujetos no se deriva de un actuar precedente antijurídico, sino de la posición que ocupan los cirujanos en la operación frente al sujeto amenazado por el riesgo. Se trata de un caso de competencia institucional, y la única dificultad se derivaría del carácter personalísimo de los deberes que obligan a los sujetos”.

D va a exceso de velocidad y, al salir de curva se encuentra con los vehículos detenidos ocasionando una colisión con más de tres vehículos ocasionado la muerte de dos pasajeros, la lesión de cinco más y daños severos, surge la pregunta ¿deben responder todos los sujetos intervinientes?, si ello es así ¿deben responder como coautores?³⁶⁴.

En casos como éste último, el factor problema que se genera es lo difícil que resulta negar un vínculo o un elemento subjetivo común entre los distintos intervinientes, al no poder hablarse de una resolución delictiva, tal y como sucede en los delitos dolosos, pero sí –dice SÁNCHEZ LÁZARO– de una resolución de peligro o, al menos, de una conciencia de actuar conjuntamente con los demás actores. O también, puede llegar a suceder que dos o más personas ostenten competencia sobre una fuente de peligro sin que haya proximidad entre las mismas, ni conocimiento por parte de una sobre la actuación de otra u otras, esto es, los sujetos que colocaban los anuncios de velocidad en plena hora de tráfico en la carretera Puebla–México, desconocían de la velocidad excesiva del conductor del vehículo que se impactaría con los demás autos parados sin previo señalamiento. Lo cual para la doctrina mayoritaria, la respuesta sería en sentido negativo, por carecer de una vinculación subjetiva entre los distintos intervinientes para afirmar la coautoría, hablando de una resolución conjunta o de un conocimiento de realizar conjuntamente la acción peligrosa, para lo cual, SÁNCHEZ LÁZARO presenta tres argumentos tendientes a justificar la necesidad de este elemento típico de carácter subjetivo, a saber:

“En primer lugar, se afirma que la resolución conjunta es el fundamento material de la especial forma de imputación que subyace a la coautoría: la imputación recíproca, y en consecuencia, inherente a esta figura, ya que, según un importante número de penalistas, es este elemento subjetivo el que «permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás»³⁶⁵. Hasta aquí coincido con estos penalistas. Sin embargo, y a diferencia de ellos, entiendo que de esta suposición

³⁶⁴*Intervención delictiva*, p. 172. El ejemplo que citamos es una variante del señalado por SÁNCHEZ LÁZARO: “si A provoca una retención en la circulación al perder parte de la carga que transporta en una calle de determinado pueblo, y B, que circulaba al doble de la velocidad permitida, embiste al último vehículo de los retenido y provoca la muerte de tres personas”.

³⁶⁵*Intervención delictiva*, p. 189.

no se puede deducir que no existan otros momentos sobre los que sea fundamentable esta especial forma de imputación. Y ahí radica el error de estos autores, en la generalización: el anterior argumento no se puede esgrimir para justificar el carácter necesario de este elemento subjetivo, pues no niega la existencia de otras vías alternativas para construir la coautoría. Por tanto, sólo sirve para explicar por qué la resolución conjunta posibilita su construcción.³⁶⁶ En segundo lugar, y a partir de la definición legal de esta figura, se sostiene que la resolución conjunta es el elemento que posibilita la consideración unitaria de las contribuciones individualmente prestadas por los distintos coautores, que únicamente sobre este momento subjetivo pueden ser entendidas las contribuciones individuales como una realización conjunta³⁶⁷. Sin embargo, se les olvida explicar por qué la valoración unitaria de las diferentes contribuciones debe fundamentarse siempre en tal momento subjetivo ¿Por qué no se puede fundamentar en aspectos objetivos u normativos?... En consecuencia, este argumento, al igual que el anterior, no sirve para justificar el carácter necesario de la resolución conjunta, sino para explicar por qué sobre este elemento subjetivo se puede levantar una de las posibles estructuras típicas de las que dotemos a la coautoría³⁶⁸. Finalmente, un grupo de penalistas como DENCKER, KAMM o PUPPE justifican la necesidad típica de este elemento en la mayor peligrosidad que para la lesión del bien jurídico supone el conocimiento por parte de los distintos coautores de estar actuando conjuntamente, y explican así las consecuencias materiales que conlleva su apreciación. Este último argumento quizá tenga algún sentido en los delitos dolosos, pues el hecho de conocer que en la realización de un delito se interviene conjuntamente con otros sujetos puede servir para asegurar su ejecución, aunque también, y al mismo tiempo, para limitar los alcances de ésta, ya que el desconocimiento de las prestaciones que realizan los demás intervinientes puede motivar la producción de un resultado más grave que el deseado. En cualquier caso, y al menos en la imprudencia, la peligrosidad es una cuestión que no depende de lo que los sujetos acuerden, sino de la entidad del riesgo creado, y ésta no tiene que ver con lo que los coautores quieren, conocen o resuelven, sino con lo que hacen³⁶⁹.

³⁶⁶*Intervención delictiva*, pp. 189 y 190.

³⁶⁷*Intervención delictiva*, p. 190.

³⁶⁸*Intervención delictiva*, p. 191.

³⁶⁹*Intervención delictiva*, pp. 192 y 193.

Con estos argumentos, nuestro autor deja en evidencia que la doctrina ha fundamentado la imputación del riesgo ajeno, únicamente, cuando se cuenta o se comprende subjetivamente el mismo, sea a través de una resolución conjunta o de determinado grado de conocimiento por parte de los coautores y con ello, se contribuye a su materialización. Sin embargo, en una sociedad actual, donde los contactos son generalmente anónimos y más aún, en actividades tan especializadas, como el tránsito vehicular, la producción de productos, etcétera, donde el único vínculo entre los intervinientes es mediante las posiciones normativas, a juicio de SÁNCHEZ LÁZARO la imputación recíproca ya no tiene por qué fundamentarse siempre sobre momentos subjetivos³⁷⁰. Por tanto, la razón que permite la imputación del resultado es bien sencilla “*salvo distribución de funciones, la competencia sobre la fuente de peligro siempre es total, esto es, sobre la totalidad del riesgo que genera*”³⁷¹, y que no genera ningún menoscabo a la responsabilidad subjetiva, ya que el fundamento de la coautoría en el elemento subjetivo radica en elementos naturalísticos; en cambio, la propuesta de SÁNCHEZ LÁZARO, al ser de carácter normativo, se fundamenta en una posición de deber y, por ende, se ofrece un momento *imperativo*, es decir, “ya no se trata de lo que debería –presuntamente– pasar por la cabeza del sujeto, sino de lo que debe –imperativamente– pasar: se trata de los riesgos con los que debe contar e inocular –imperativamente– el sujeto por encontrarse en un

³⁷⁰*Intervención delictiva*, p. 195: “Si dos vehículos circulan temerariamente por una autopista y ocasionan un accidente donde fallece una tercera persona, no hará falta exigir que se conozcan o se hayan puesto previamente de acuerdo para afirmar la coautoría. Ante todo, porque ya el ámbito social donde intervienen permite extraer argumentos materiales de carácter normativo sobre los que fundamentar la apreciación de esta figura. Pero no se trata sólo de argumentos estrictamente teóricos, además, concurren importantes razones de carácter problemático, pues bastaría con que el resultado no sea totalmente reconducible a cada uno de ellos para que ambos queden impunes, porque la determinación en el mismo riesgo creado por cada uno de los dos conductores de forma individual –e imputar a uno 3.2 muertos y al otro 2.8 y tres fracturas de brazo, por ejemplo- es imposible, y la imputación del resultado del primer conductor requiere, al mismo tiempo, imputar una parte de la realización del riesgo que ha generado el segundo y viceversa, por tanto, y desde un punto de vista político-criminal, es preciso afirmar la coautoría. De lo contrario, el que conduce peligrosamente esperará que en caso de accidente concorra alguna otra imprudencia en su producción para asegurarse la impunidad, ya que, en la medida en que no se le puede imputar totalmente el resultado, dado que para ello es preciso admitir la imputación recíproca entre los distintos conductores que originan el mismo, ni individualizar en él los efectos de su contribución, quedará impune. Y tales consecuencias son político-criminalmente inasumibles”.

³⁷¹*Intervención delictiva*, p. 196.

determinado ámbito o posición social”³⁷². Cabe señalar que el autor acepta que para ser coautor de un delito imprudente de resultado no basta con concurrir en su producción infringiendo deberes de cuidado, ya que no toda concurrencia de comportamientos imprudentes basta para fundamentar la coautoría, sino que será necesario interpretar el dispositivo legal correspondiente a esta forma de intervención delictiva, mediante un punto de vista de carácter normativo-objetiva, que permita construir la coautoría sobre deberes jurídicos que relacionan a los coautores en cuanto partícipes en determinados ámbitos sociales, y otra, aceptada en los delitos imprudentes, sustentada en la vinculación subjetiva establecida por los mismos.³⁷³ Para ello nuestro autor, analiza la participación en un ámbito de corresponsabilidad acorde con cada ámbito social de actuación, esto es, en los ámbitos de circulación³⁷⁴ y de trabajo organizado³⁷⁵.

G. Tesis de Castillo Codes

Para CASTILLO CODES³⁷⁶, los presupuestos de imputación en el delito imprudente son, desde el punto de vista objetivo, la creación de un riesgo no permitido y la evitabilidad de relajación del tipo, y subjetivamente, es necesario que el citado riesgo no sea conocido por el sujeto, quien no obstante tenía posibilidad de conocerlo, es decir, que el riesgo sea cognoscible, lo que constituye la previsibilidad subjetiva. De esta forma es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente o, al menos, de que el delito imprudente plantea problemas propios del tipo subjetivo del delito, aunque aquí el tipo subjetivo no tiene que coincidir lógicamente con el aspecto

³⁷² *Intervención delictiva*, p. 197. Al respecto ahonda el autor, p. 199: “La comprensión estrictamente subjetiva de la coautoría no está ya justificada materialmente, ni se corresponde con los problemas de nuestro tiempo. Porque la creciente complejidad social, con su alto grado de contacto e interrelación, genera y exige de la persona un mayor nivel de responsabilidad, y ocupar una detemrianda posición frente a una fuente de peligro o actuar en un determinado ámbito social pueden fundamentar y fundamentan competencia más allá del riesgo propio o de aquél que se comprende subjetivamente, extendiéndose a riesgos generados por terceros con los que debemos contar, simplemente, por eso: por ocupar tales posiciones o actaur en tales ámbitos. Y estas circunstancias inciden inevitablemente en la comprensión de la coautoría”.

³⁷³ *Intervención delictiva*, p. 211.

³⁷⁴ *Intervención delictiva*, pp. 213-216.

³⁷⁵ *Intervención delictiva*, pp. 216-218.

³⁷⁶ *Imprudencia. Autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007.

objetivo del hecho, sino que se entiende en el sentido de cognoscibilidad de este aspecto objetivo, particularmente en la coautoría culposa³⁷⁷.

En palabras del autor citado: “Esta forma de intervención conjunta en el ámbito de la imprudencia precisa, al igual que en el delito doloso, una decisión común al hecho. En efecto, si en el presente trabajo hemos mantenido que toda imprudencia consiste, subjetivamente, en el conocimiento de un sector relevante de las circunstancias fundamentadoras del peligro para el bien jurídico, y que el sujeto, al actuar con conocimiento de dichas circunstancias, se decide por el foco de riesgo que resulta de su actuación, es perfectamente admisible que varios sujetos se concierten para genera, en común, un determinado foco de peligro. Ciertamente, que tal decisión común no se proyectará sobre el resultado lesivo, dado que el mismo no forma parte del tipo imprudente, pero sí sobre las circunstancias riesgosas de las que se derivará el resultado. Toda vez que el autor imprudente siempre actúa en dirección consciente hacia una determinada meta, que no es otra que la formación del foco de peligro, puede constatarse una decisión de varios sujetos hacia un mismo fin penalmente relevante”³⁷⁸.

Distinto resulta en el plano objetivo, ya que si bien en la coautoría requiere invariablemente, que varias personas actúen simultáneamente, formando con ello “un foco de riesgo del que se puede derivar, de forma directa, la lesión de bien jurídico y aunque dicha lesión podría haberse producido con la intervención de una sola persona, no obstante el riesgo resultante de la actuación de varios reviste mayor intensidad y, con ello, incrementa la probabilidad de lesión para el bien jurídico”, de ahí que

³⁷⁷ *Imprudencia. Autoría y participación*, pp. 48 y 49, CASTILLO CODES explica que “el deber objetivo de cuidado tiene una doble dimensión: *normativa*, constituida por la previsibilidad que, en función de las circunstancias concurrentes, es exigible al sujeto agente, determinada conforme a la teoría de la adecuación y desde un punto de vista *ex ante*; y *conductual*, definida por la conducta que debe adoptar el sujeto para neutralizar los riesgos previsibles derivados de su actuación, en definitiva, las medidas de precaución necesarias para evitar la lesión del bien jurídico. Por tanto, desde el punto de vista objetivo, la tipicidad de la conducta imprudente dependerá de la comprobación acerca de si el sujeto, con su actuación, ha infringido un deber de cuidado, derivado de una norma concreta escrita, o bien de la experiencia general, siendo necesario tener en cuenta en el enjuiciamiento de dicha tipicidad, tanto la configuración de la propia conducta, como las circunstancias en las que la misma se lleva a cabo: así, en los adelantamientos realizados en el ámbito del tráfico rodado, es ilícito para el conductor verificar dicha maniobra a cierta distancia, siempre que no se evidencien concretos indicios que hagan presagiar la producción de un resultado lesivo, aun manteniendo la citada distancia de seguridad”.

³⁷⁸ *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 194.

CASTILLO CODES sostenga la viabilidad de mantener un juicio de imputación, toda vez que mediante la intervención de varios sujetos se incrementa las probabilidades de lesión, pues dice el autor: “se puede efectuar una imputación recíproca con independencia de la concreta eficacia de la conducta de cada uno respecto del resultado final”³⁷⁹. Para ello, es indispensable que todos y cada uno de los participantes se hayan sometidos a las mismas exigencias de cuidado³⁸⁰, para efectuar una imputación recíproca, por ejemplo “entre el propietario de una obra que se realiza sin observar las pertinentes medidas de seguridad, y el arquitecto que no subsana tales deficiencias, no puede haber coautoría, ya que cada uno infringe deberes distintos –el dueño de la obra, deberes surgidos en abse a una responsabilidad por organización, y el arquitecto, deberes de naturaleza institucional–. Por tanto, la responsabilidad de ambos por el derrumbamiento de la construcción surge como consecuencia de los respectivos deberes de cada uno de ellos infringido, y por tanto, no cabe una imputación recíproca”³⁸¹.

³⁷⁹*La imprudencia: autoría y participación*, p. 195. Al respecto expone el autor, pp. 57 y ss., sobre la conformación del deber de cuidado vinculado no ya como la conducta que hubiese debido observar el sujeto, “sino a la realización de una acción que provoca un riesgo superior al permitido por el legislador... Se pone así de manifiesto, que el “deber de cuidado” no es un concepto relevante en el ámbito de la imprudencia, sino a lo sumo, un criterio general de imputación, y sobre todo, que se diferencia claramente del “riesgo permitido”, ya que el primero hace referencia a una *conducta esperada*, es decir, a las cautelas que debió observar el sujeto, mientras que desde el prisma del riesgo permitido, “lo relevante no es lo que se debió o no hacer sino lo que ha hecho el autor, esto es, crear un peligro que jurídicamente está desaprobado, de forma que se valora negativamente *la conducta realizada*”. De esto se derivan dos consecuencias: la primera, que los delitos dolosos e imprudentes no presentan diferencias en el plano objetivo, pues en ambos está constituido por la realización de una conducta que genera un riesgo no permitido; en este sentido, se afirma que, si bien desde el punto de vista subjetivo y de acuerdo con la representación “ex ante” del agente, la imprudencia conlleva una menor peligrosidad objetiva, sin embargo, objetivamente, el riesgo que genera una conducta imprudente es el mismo que lleva aparejada una dolosa: así, el conductor que se dirige con su vehículo a 80 kilómetros por hora hacia unos viandantes que están cruzando la calzada a través de un paso de cebra, crea un riesgo objetivamente desaprobado, tanto si el conductor obra dolosa como imprudentemente. La segunda consecuencia, íntimamente relacionada con la anterior, consiste en que, la única diferencia entre ambas especies delictivas se encuentran en el ámbito subjetivo, de manera que el dolo requiere *conocimiento* de la parte objetiva del tipo, mientras que la imprudencia se caracteriza por la *cognoscibilidad individual* –no objetiva– del tipo objetivo. Por consiguiente, tanto el dolo como la imprudencia son elementos de la imputación subjetiva, que se proyectan sobre el hecho objetivamente desvalorado en el tipo penal de modo que, con carácter previo a la imputación de un hecho a título de dolo o imprudencia, es necesario definirlo como un hecho objetivamente desvalorado por el Derecho penal, configurándose así el injusto como “un juicio bidimensional, lo que obliga a analizar las dimensiones objetivas del hecho antes de analizar la dimensión subjetiva del mismo”.

³⁸⁰*La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

³⁸¹*La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

Imputación objetiva

Al respecto es elocuente la tesis aislada II.2o.P.230 P, resuelta por el Magistrado Dr. José Nieves LUNA CASTRO, integrante del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el Amparo en Revisión 276/2007, de fecha 12 de febrero de 2008, por unanimidad de votos, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Julio de 2008, visible en la página 1910, bajo el siguiente rubro y texto:

“VIOLACIÓN AL DEBER DE CUIDADO DERIVADO DE LA CALIDAD DE GARANTE. PARA QUE SE ACTUALICE DEBE ESTABLECERSE QUÉ DISPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO O QUÉ OTRA CLASE DE FUENTE, EN SU CASO, PREVÉ LA OBLIGACIÓN DEL INCULPADO DE ACTUAR EN DETERMINADO SENTIDO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DE QUE SE TRATE. Si la autoridad responsable estima que el deber de cuidado que le era exigible al inculpado derivado de su calidad de garante, estriba en no haber acatado una disposición legal de un reglamento específico, es necesario dejar establecido qué disposición del referido ordenamiento o de uno diverso, o bien otra clase de fuente, en su caso, señala a aquél la obligación de actuar en determinado sentido en relación con la protección del bien jurídico de que se trate, para así estar en posibilidad de afirmar que debido a ese incumplimiento se violó el deber de cuidado que le correspondía, dada su calidad de garante del bien jurídico tutelado, pues no basta afirmar dogmáticamente que se omitió cumplir con obligaciones derivadas de la ley, contratos o actuaciones precedentes, sin exponer las razones particulares que llevaron a esa conclusión”.

Este planteamiento del Dr. José Nieves LUNA CASTRO tiene injerencia en el caso referido por CASTILLO CODES: “en el supuesto planteado por la STS 16 de Enero de 1998 (A.15), en el cual se juzga a dos guardias urbanos, que con el objeto de detener a un delincuente que había robado un coche, y se había introducido en un garaje, ya dentro de éste efectúan conjuntamente un total de once disparos, dos de ellos intimidatorios y el resto apuntando a las ruedas del coche, alcanzando una de las

balas al conductor, que resultó lesionado”³⁸². La respuesta es, para el autor, la existencia de coautoría imprudente, ya que “desde el punto de vista objetivo, ambos guardias, al disparar simultáneamente hacia el vehículo conducido por la víctima, en un lugar cerrado, crearon un riesgo cierto de que el conductor del vehículo resultara alcanzado por los proyectiles. Si bien es verdad que para causar tales lesiones no era imprescindible la actuación conjunta de los dos, bastando con que uno solo disparara, lo que se confirma por el hecho de que fue uno solo el que acertó, no obstante, la intervención simultánea de ambos elevaba las probabilidades de lesión, y por tanto, el foco de peligro creado en común revestía una mayor peligrosidad. Existe, por tanto, un dominio conjunto por parte de ambos guardias sobre el foco de riesgo creado en común”³⁸³. Este último planteamiento de CASTILLO CODES, para los fines de la investigación son clave para la conformación del marco objetivo de la justificación para aceptar la coautoría culposa, esto es, la creación de un riesgo mediante un “foco de peligro”, postura que comparto plenamente y que, en su momento, GIMBERNAT ORDEIG desarrollará para los delitos de omisión y, destacándose otro elemento adicional, esto es, la negativa a utilizar criterio alguno naturalístico de relación causal entre la conducta y el resultado final, sino que es más que suficiente, con que el foco de riesgo del que aquél se derivó, haya sido creado por la actuación simultánea de ambos.

CASTILLO CODES cita otro supuesto que afianza esta postura de la coautoría culposa: “...se planteó la responsabilidad de ambos procesados, quienes, con el objetivo de sacar un camión que había quedado atascado en un barrizal, unieron el citado vehículo con una grúa a través de un grueso cable de acero, subiéndose, uno al camión y el otro a la grúa de manera que al ponerse en marcha esta última y cuando tiraba del camión, el cable de acero quedó tensado sobre la carretera a un metro de altura, lo que determinó que un turismo que por allí pasaba y cuyo conductor no pudo percatarse de la existencia del citado obstáculo, colisionara contra el mismo, resultando muerte y lesiones en los ocupantes del coche”³⁸⁴.

³⁸² *La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

³⁸³ *La imprudencia: autoría y participación*, p. 196.

³⁸⁴ *La imprudencia: autoría y participación*, p. 197. El caso antes aludido corresponde a la resolución emitida por el TST 5 de Marzo de 1974 (A. 1200), reconociendo en este supuesto la coautoría imprudente, por las siguientes razones: “Así, en primer lugar, destaca que los dos procesados

III.- Consideraciones críticas generales

A lo largo del presente apartado se ha podido comprobar que el debate científico español ha generado nuevas betas para la fundamentación de la coautoría en el delito culposo, ya que una de las más adecuadas al método optado para su investigación, esto es, el normativismo, mediante criterios de la imputación objetiva, tales como riesgo permitido e incremento del riesgo, permitirán estar en condiciones de asumir un posicionamiento sobre los diversos aportes generales entre varios intervinientes, tanto en la realización del plan, como en la ejecución del mismo.

En suma, a cada uno de los participantes realicen comportamientos prohibidos por la norma, les será imputado el resultado a título personal, o bien, conjuntamente, ya que los aportes de cada uno, al no ser entendidos ontológicamente, sino normativamente, establecen un nuevo conglomerado de criterios *ad hoc* a los momentos que la sociedad del riesgo denota cada vez más problematizada la identificación de los aportes que generan conjuntamente cada uno de los intervinientes, tal y como se verá a continuación con mayor detenimiento y claridad.

se pusieron de acuerdo para la realización de la conducta peligrosa: “Se concertaron voluntariamente para desarrollar la operación”; seguidamente, pone de relieve cómo los dos conductores actuaron en plano de igualdad, cuando afirma que la conducta peligro la llevaron a cabo “sin subordinación de uno al otro, pues no se trataba de un trabajo reglado ni jerarquizado, sino de una vulgar operación práctica que ambos podían concebir y ejecutar con los medios a su alcance, sin crear entre ellos voluntariamente, ninguna dependencia”; por último destaca que la conducta peligro fue realizada por ambos procesados “personalmente, pues se pusieron en las respectivas cabinas de los móviles, unidos por el cable, y tensaron éste sobre la carretera de un lado a otro”, y termina aplicando el criterio del dominio del hecho, cuando afirma que “estuvo de cuenta de los dos, el “poder saber” y el “poder preveer”, lo fácilmente previsible, pues suyo era el dominio del hecho”.

CAPÍTULO IX

EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA COAUTORÍA CULPOSA.LA POSICIÓN UNITARIA EN LA COAUTORÍA IMPRUDENTE

I.- Las consecuencias del finalismo en el ámbito de la autoría imprudente

A. Tesis de Welzel

Conforme a los postulados de la doctrina de la acción iniciada por WELZEL, doctrina que, si bien se extiende a un ámbito mayor que el de la imprudencia, halla en ésta su campo de aplicación por importancia³⁸⁵. Al respecto, la doctrina de WELZEL propone, que en los tipos cerrados la antijuridicidad puede averiguarse mediante un procedimiento meramente negativo, esto es, demostrar la no presencia de alguna causa de justificación, después de haber estudiado los elementos del tipo –dado que la descripción típica compuesta de características reales fácticas, enumera exhaustivamente los presupuestos materiales del injusto–³⁸⁶; los tipos abiertos, que

³⁸⁵ No obstante, el tiempo ha demostrado que el finalismo padeció desde siempre la compatibilidad del concepto de acción con el delito imprudente, toda vez que la ley no define qué acciones están prohibidas, sino que se le limita a describir el resultado típico y a exigir su causación imprudente, con lo que no se acota suficientemente la conducta prohibida. En consecuencia, se entiende que la teoría final de la acción en el comportamiento humano es un dato apriorístico en relación con la existencia de las normas de conducta y, por tanto, al plasmarlas el legislador únicamente puede dirigirlas a acción humanas finales, debiendo conservar su estructura óptica, a la que se encuentra vinculado.

³⁸⁶ Así lo explica GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1991, pp. 157 y s.

requieren complemento, no indican de por sí la antijuridicidad, sino que ésta debe ser fundamentada a través de un juicio ulterior independiente, no bastando la mera comprobación negativa sobre la concurrencia de causas de justificación ³⁸⁷, o en palabras de ROXIN “...la razón estriba en que la impunidad de una realización típica no dolosa sólo se puede explicar en algunos casos bajo el presupuesto de una situación de justificación y por tanto no se puede interpretar como exclusión del tipo” ³⁸⁸.

Como es sabido, el resultado no plantea graves problemas, en principio, en los delitos dolosos ³⁸⁹, porque en éstos se castiga tanto la infracción consumada como la tentativa y la frustración, siquiera gradualmente. En cambio, en todos los delitos culposos de lesión, según la concepción de WELZEL, para la realización del tipo es suficiente ya la mera causación del resultado descrito en la ley penal, en la medida en que este resultado esté conectado de manera adecuada y previsible con la acción.

Posteriormente, WELZEL modificó su posición, debido a las críticas que surgieron de su propia escuela ³⁹⁰. Sobre todo, debido a NIESE, quien, partiendo de los

³⁸⁷ Debido a la singular índole de estos tipos, denominados abiertos, el legislador les habría agregado una regla positiva con la misión de establecer la antijuridicidad, directamente, ya en el cumplimiento del tipo. En virtud de este –escasamente afortunado– concepto, se incluye ya en la tipicidad, para cerrarla, al examen sobre las causas de justificación. Tal consideración aún rige en mayor grado para los delitos imprudentes y de omisión.

³⁸⁸ ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1031

³⁸⁹ Ya el propio WELZEL aclaró en su artículo *La doctrina de la acción finalista, hoy*, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2004, p. 24, que “La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo. Quizá hubiera sido mejor que hubiera adecuado a ello mi terminología y hubiera denominado a la acción no según el fin, desde el cual y hacia el cual es dirigida (es decir, como acontecer “finalista”), sino más bien según el acto de dirección, es decir, la palabra griega, hoy puesta de moda, para designar la dirección (*kybernan*), como acontecer “cibernético”. Algunas confusiones se hubieran evitado de antemano. En todo caso está claro que cuando la voluntad de la acción se dirige a la realización de un tipo legal estamos ante el dolo en sentido técnico. Este dolo es una parte integrante de la acción. De ahí se derivan importantes consecuencias para la doctrina de la participación: la inducción y la complicidad suponen una conducta principal dolosa”. Por su parte, CEREZO MIR, discípulo directo del profesor WELZEL, en su artículo *Lo injusto de los delitos dolosos en Derecho penal español*, en *Temas fundamentales del Derecho penal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2002, p. 21 y ss., desarrolló de manera extraordinaria la evolución dogmática del concepto de injusto de los delitos dolosos y su repercusión en el Derecho penal español.

³⁹⁰ Para una mejor comprensión del significado y alcance del concepto de “imprudencia” en el finalismo, es recomendable leer el trabajo de FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Bosch, Barcelona, España, 2001, pp. 68-86.

mismos presupuestos que su maestro WELZEL, criticó de forma tajante el concepto de finalidad potencial que caracterizaba al injusto imprudente frente al doloso: “La finalidad es una categoría del ser que existe o no existe”. En ese “ser o no ser” reside la esencia de las categorías ontológicas. No existe una tercera posibilidad ³⁹¹.

En consecuencia, si el dolo es finalidad penalmente relevante, el no-dolo (imprudencia) es finalidad penalmente irrelevante. El fundamento de la imprudencia se encuentra en que el autor persigue un fin penalmente irrelevante no cumpliendo (omitiendo) el cuidado obligado, por ejemplo en el tráfico, WELZEL señaló que el cuidado necesario es un “concepto *objetivo y normativo*. Para la determinación de su contenido no tiene importancia cual sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino sólo cual sea el cuidado “necesario en el tráfico”; no sirve de pauta, tampoco, el cuidado que se *observe*, de hecho, en el tráfico, sino el que sea *necesario*. Una conducta responde al cuidado objetivo, si considera *prudentemente* los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio inteligente; es decir, si coincide con la conducta que seguiría un *hombre inteligente y prudente en la situación del autor*. El contenido del cuidado objetivo en el caso concreto se determina, pues, por medio de un criterio “intelectual” y un criterio “normativo” ³⁹².

El concepto que proporcionó WELZEL sobre el deber de cuidado, claramente refleja un alejamiento rotundo del aspecto subjetivo (culpabilidad), por lo que sistematizo el delito imprudente en el tipo penal con un contenido de carácter objetivo y normativo, lo que le permitió que en la primera etapa de su pensamiento incluyera a la adecuación social (en su artículo publicado en 1939), como un presupuesto negativo de la imputación para los delitos dolosos, así como también para los delitos culposos. Por tal motivo, el fundador de la teoría final de la acción (WELZEL), resuelve en la última edición de su manual uno de los ejemplos que hoy se ubican en el marco de la imputación objetiva:

³⁹¹NIESE considera que la imprudencia es un supuesto de falta de conocimiento actual del tipo y el fundamento del desvalor se encuentra en que el autor habría conocido la realización del tipo si hubiera actuado con el cuidado correspondiente a un correcto participante en el tráfico, teniendo en cuenta las capacidades personales del autor y las circunstancias del caso concreto.

³⁹²WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1964, p. 71.

En el que alguien “manda a otro a pasear por el bosque en el momento en el que está por comenzar una tormenta con la esperanza de que un rayo le de muerte” afirmando de que no hay dolo, puesto que el autor no tiene “voluntad de matar”. Sin embargo, y como hemos visto, WELZEL resolvió este mismo caso en los “Estudios” de otra manera totalmente opuesta: Este ejemplo no tiene nada que ver con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social. Mucho se ha escrito sobre este caso para establecer el inicio de lo que WELZEL generaría a nivel de tipo: la imputación objetiva, como criterio para excluir la responsabilidad de la persona con elementos objetivos y normativos; y con ello, apartarse como ya se ha referido al aspecto subjetivo (culpabilidad). Además, se pone de también de manifiesto que un sistema funcional de los bienes jurídicos es significativo para el mundo del Derecho que, en opinión de WELZEL, es “el mundo del sentido, del significado”, y la adecuación social es la que se refiere “los elementos del tipo... al conjunto de la sociedad”, y precisamente el instituto de la adecuación social se debe relacionar con dicho sistema³⁹³. Pero qué significó realmente para este autor el concepto de adecuación social y cuál fue su función para los delitos culposos es algo para lo que hemos de tomar en consideración los estudios de CANCIO MELIÁ,

³⁹³RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 282: “La adecuación social implica una valoración sobre la estructura material de una acción por lo que opera sobre un concepto de acción en el que sus elementos estructurales no se encuentran escindidos si se parte de la estructura finalista de la acción. Cuando la teoría de la imputación objetiva trata de responder a la cuestión de en qué supuestos no se ha realizado el tipo de lo injusto –su contenido desvalorativo– pese a la concurrencia de todos los elementos estructurales que formalmente parecen subsumibles en aquél, en mi opinión, ya no es en sentido estricto una teoría de la imputación objetiva –que debe operar internamente como criterio de interrelación de todos aquellos elementos– sino un criterio de valoración –externo– de la conducta y del suceso vinculado a la misma. La adecuación social sería realmente una causa de exclusión del desvalor penal del resultado, en el sentido de que no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes porque debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Así como criterio hermenéutico serviría para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción”.

quien ha indagado sobre los orígenes del concepto de la adecuación social para WELZEL³⁹⁴, lo cual se puede resumir en lo siguiente:

“Por un lado, su argumentación se inscribe -de modo paralelo a lo que cabe decir del desarrollo de LARENZ- en el marco de la crítica que formula frente a la concepción «naturalista-causal» de la acción y del bien jurídico... Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según WELZEL, «tipificaciones de comportamientos antijurídicos»; por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde el principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena.

WELZEL modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la teoría de la adecuación social, y también cambió en varias ocasiones su ubicación y relevancia sistemáticas, lo que ha conducido a que frecuentemente se hable del «eslogan de la adecuación social», entendido como referida meramente a la aceptación social fáctica de determinadas formas de comportamiento, a la «normalidad» social en este sentido. Sin embargo, lo cierto es que WELZEL no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la plateó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados). Por otra parte –con independencia del desarrollo posterior de sus sistema dogmático, dominado por una perspectiva subjetiva-ontológica del concepto de acción- también está claro que su concepción quedaba referida al contenido normativo-social del tipo, a

³⁹⁴CANCIO MELÍA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 78-81. Para mayor profundidad, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; en el mismo contexto, véase ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y Teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.

aquello que más allá de los «meros nexos causales», y con ello tanto en el tipo de los delitos dolosos como de los delitos imprudentes”³⁹⁵.

El resumen que proporciona CANCIO MELIÁ nos permite apreciar que la nota común corresponde a que no existe un desvalor de la acción, por tanto, la finalidad como género y el dolo como especie de la misma, no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción que nos suministran información acerca de la significación social de la conducta. En consecuencia, la adecuación social nunca debe convertirse en una causa de exclusión del tipo, puesto que conduciría a entrar en contradicción con el principio de legalidad; sí en cambio, puede utilizarse como criterio de interpretación orientado a restringir el ámbito de aplicación de aquellos tipos penales formulados con excesiva amplitud³⁹⁶.

Finalmente, WELZEL retoma su concepción originaria de la adecuación social, volviéndola a considerar como criterio de exclusión de la tipicidad, de la relevancia penal de las conductas. De ahí, que una de las críticas más rotundas contra la teoría de la adecuación social se debe a HIRSCH³⁹⁷, por lo demás discípulo de su formulador inicial (WELZEL), quien examina detenidamente los distintos supuestos que son tradicionalmente solucionados por esta vía, para concluir que “en ninguno de ellos resulta necesaria, porque todos estos casos, pese a hallarse comprendidos en el tenor literal del tipo, no están abarcados por la *ratio legis* del precepto; y considera al riesgo permitido como una simple variante de la adecuación social, principalmente aplicable al ámbito de la imprudencia, que puede ser sustituido con ventaja por el criterio del cuidado exigible en el tráfico”.

³⁹⁵CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 78-81.

³⁹⁶ Es por ello que el concepto de bien jurídico no se halla en condiciones de ofrecer una fórmula con la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se puede delimitar fácilmente la conducta punible de la que no lo es; no obstante, junto con la finalidad de la pena, sí está en condiciones de proporcionarnos la indicación de qué es lo que puede ser legítimamente tutelado con el Derecho Penal. en este sentido, puede también hablarse de función negativa de legitimación del bien jurídico. Sin embargo, la presencia de nuevos intereses con pretensión de tutela jurídico-penal, como se ha mencionado, arrastra un buen número de interrogantes, especialmente en relación a la técnica legislativa mediante la cual deberá plasmarse esa tutela. Todo lo cual ha originado un amplio debate en el seno de la Ciencia penal que todavía permanece abierto.

³⁹⁷ Citado por GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría*, pp. 134 y s.

En resumen, podemos considerar que la teoría de la adecuación social sostiene que las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformado históricamente, no pueden incluirse en algún tipo delictivo, incluso cuando conlleven peligros para bienes jurídicos protegidos jurídicopenalmente, por ejemplo, la fabricación de armas y materiales explosivos, el funcionamiento de un reactor nuclear, la practica del fútbol, entre otros. Se circunscriben a esta tarea, porque el legislador no puede prohibir el comportamiento socialmente adecuado, y por eso tampoco lo quiso prohibir.

El concepto finalista de autor se fundamenta en el siguiente argumento: **autor es el que tiene el dominio finalista del hecho**, lo cual corresponde a un concepto material que permite explicar la autoría mediata puesto que el autor mediato tiene el dominio del hecho³⁹⁸. Pero CEREZO MIR puntualmente comenta que este concepto “tropieza con dificultades en los delitos imprudentes porque en ellos no puede hablarse de dominio del hecho, ya que el resultado se produce de un modo ciego, causal, no finalista. Por este motivo, WELZEL se vio obligado a desdoblar el concepto de autor. En los delitos imprudentes es autor todo aquel que contribuye a la producción del resultado con una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido. En los delitos dolosos es autor el que tiene el dominio finalista del hecho”³⁹⁹.

B. Tesis de Roxin

Las primeras manifestaciones de un sistema penal “teleológico-racional”, realizadas por el año 1970, fueron por ROXIN quien sentó las primeras bases de esta nueva concepción en su trabajo que por título lleva “*Política criminal y sistema del Derecho penal*”⁴⁰⁰. Este autor trata de fijar los límites de la teoría de la imputación objetiva, haciendo referencia a criterios político-criminales, así como al “principio de

³⁹⁸ En este mismo sentido, ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, trad. Enrique ANARTEBORRALLA, en *Revista Penal*, pp. 61-65; así como, en idéntico sentido, MUÑOZ CONDE, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»”, en *Revista Penal*, pp. 107-114.

³⁹⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 210.

⁴⁰⁰ ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976.

Imputación objetiva

culpabilidad”⁴⁰¹. Así, el principio de culpabilidad se reflejaría ya a nivel de la tipicidad para excluir las causalidades del injusto mediante los criterios de la imputación objetiva, especialmente cuando se trata de excluir la imputación debido a la falta de realización del riesgo permitido, pese a haberse dado una infracción de la norma de cuidado y existir un resultado típico, tal y como la Magistrada Elvia DÍAZ DE LEÓN D'HERS, integrante del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, resolvió el Amparo directo 400/2009, de 18 de febrero de 2010, por unanimidad de votos, en el que emitieron la Tesis Aislada I.4o.P.58 P, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Agosto de 2010, visible en la página 2263, que a la letra indica:

“DELITOS CULPOSOS. AL NO PODERSE FRACCIONAR LA CONDUCTA DE LOS SUJETOS QUE COMETEN ESTA CLASE DE ILÍCITOS, SÓLO PUEDEN ACTUALIZARSE A TRAVÉS DE AUTORÍA MATERIAL DIRECTA. Una de las características esenciales de los delitos culposos, en términos del párrafo segundo del artículo 9o. del Código Penal Federal, es la violación a un deber de cuidado que el sujeto debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales. De esta manera, si la calificación de la culpa atiende al proceder concreto del sujeto activo ubicado en una situación específica, entonces, resulta inconcuso que no es factible fraccionar su conducta; lo que implica que sólo puede realizarla por sí mismo y, por ende, que sólo puede actualizarse esta clase de ilícitos a través de autoría material directa”.

En sentido similar, fue el criterio sostenido por el Magistrado Alejandro SOSA ORTIZ, integrante del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el Amparo directo 451/2003, de 6 de noviembre de 2003, por unanimidad de votos, emitendo la tesis II.2o.P.136 P, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Junio de 2004, visible en la página 1415, que a la letra indica:

⁴⁰¹ Principalmente consúltese Derecho Penal, pp. 175 y ss.

“AUTORÍA MATERIAL. LA OMISIÓN DE FUNDAMENTARLA DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS CUANDO DE LA SENTENCIA SE ADVIERTE QUE AL INculpADO SE LE ATRIBUYE HABER REALIZADO POR SÍ LA CONDUCTA TÍPICA. La omisión de la autoridad responsable de precisar en la sentencia la autoría material del hecho delictuoso de conformidad con el artículo 13, fracción II, del Código Penal Federal, no es violatoria de garantías cuando aquélla esclarece que la conducta atribuida al inculpado es la de haber realizado por sí la descrita en el tipo, esto es, que se le considera responsable a título de "autor material, inmediato o directo", en términos de la disposición mencionada. Ello es así, porque la redacción de los tipos penales contenidos en el libro segundo del Código Penal Federal corresponde precisamente con la forma de intervención de la autoría material; en efecto, las expresiones "al que", "a los que", "a quien", "a quienes", contenidas en diversas figuras delictivas se identifican con el autor material (sujetos activos primarios); luego, basta que se hubieren señalado las disposiciones legales en que se encuentra contemplado el tipo, sin agregar alguna de las distintas fracciones que contiene el artículo 13 de la ley sustantiva en cita, para entender que la intervención que se le atribuye al inculpado es la de autor material.

Estos criterios, guardan estrecha relación con la postura que ha sostenido ROXIN, quien ha dado los argumentos hasta ahora vigentes para legitimar a la imputación objetiva:

- a) Descarta la responsabilidad penal en casos en los que una aplicación ciega de los esquemas dogmáticos-penales la afirmarían. Es decir, mayormente actúa *in bonam partem*.
- b) Ofrece criterio “racionales” y por tanto “controlables” para la solución de casos problemáticos presentados.

En última instancia, su justificación está en una necesidad político-criminal de proteger los bienes jurídicos en función del bienestar social y de la libertad individual en un Estado de Derecho.

Además, el profesor Claus ROXIN, en el mismo año, publica ⁴⁰² la «Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico», en que ha marcado un camino a seguir sobre los delitos culposos, al igual que su artículo de «fin de protección de la norma en los delitos culposos»⁴⁰³ y que ha la fecha en su manual considera que esta fuera de discusión que “en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es por tanto imprudencia; pero lógicamente un riesgo permitido no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca ya el injusto”⁴⁰⁴.

En cuanto a la terminología de los delitos imprudentes ROXIN considera, en primer lugar, que se menciona la mayoría de las veces la *infracción del deber objetivo de cuidado*. Junto a él se encuentran la *previsibilidad*, *congnosibilidad* o *advertibilidad* y *evitabilidad* del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente⁴⁰⁵. En general, se entiende que la comisión imprudente es quien realiza el tipo de una ley penal como consecuencia de la infracción involuntaria de un deber de cuidado, y no lo advierte, pese a su obligación, o aún teniéndolo por posible, confía, contrariando su deber, en que no se produciría el resultado. Luego, se desprende de la propia definición, la responsabilidad por imprudencia incluye tanto los supuestos de culpa consciente o con representación como los de los de culpa inconsciente o sin representación. Por otro lado, habrá casos en los que faltan parámetros de conductas formulados para sectores o ámbitos especializados de la vida, en los que han de servir de orientación, no obstante, bastarán dos reglas generales:

- a) quien dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informarse, si no es

⁴⁰² *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1979. Evidentemente la traducción no fue sino tiempo después a cargo de Enrique Bacigalupo Zapater.

⁴⁰³ Traducido por José Manuel Luzón Peña y publicado en el libro *Problemas fundamentales de Derecho penal*, Reus, Madrid, España, 1976.

⁴⁰⁴ *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas de la 2ª Edición, por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997, p. 998.

⁴⁰⁵ *Derecho penal, parte general*, p. 999.

posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta; y

b) quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a la falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta, en caso contrario ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia⁴⁰⁶.

Al decir del propio ROXIN, “quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo”⁴⁰⁷.

Pero en materia de intervención delictiva que postura conserva ROXIN: autor es la figura central en la realización de la conducta delictiva y distingue tres conceptos de autor, según la estructura de los correspondientes tipos delictivos. La mayor parte de los delitos dolosos son delitos de dominio, en los que la figura central es el que tiene el dominio del hecho. Acepta, pues, para ellos el concepto finalista de autor. En los delitos que suponen la infracción de un deber –delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo⁴⁰⁸, delitos imprudentes⁴⁰⁹, delitos de comisión por omisión⁴¹⁰–, autor es todo el que estaba sujeto a ese deber, cualquiera que hubiera sido su forma de contribución a la comisión del delito. Por último, en los delitos de propia mano, autor es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva.

Específicamente, ROXIN distingue entre **autoría y participación imprudente** a partir de su concepción del delito imprudente como delito de infracción –tal y como en párrafos anteriores se ha explicado– pero con el paso del tiempo la abandona por

⁴⁰⁶ Sobre el deber de información en el caso de los médicos, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, tecnos, Madrid, 1990. principalmente pp. 130 y ss.

⁴⁰⁷ *Derecho penal, parte general*, p. 1010.

⁴⁰⁸ Sobre el particular SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, principalmente pp. 27-31.

⁴⁰⁹ *Autoría*, loc. cit.

⁴¹⁰ *Autoría*, loc. cit. Recientemente ROXIN publicó un artículo relacionado con la causalidad en los delitos de omisión, con motivo del libro homenaje que tuvieron a bien otorgarle al profesor CEREZO MIR sus discípulos, en *Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, ed. José Luis Díez Ripollés et. al., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 963-975.

Imputación objetiva

considerar inválido el criterio y mantiene que la problemática que aquí se plantea se puede solucionar con la imputación objetiva, ya que en realidad no son problemas de autoría, sino de **imputación objetiva** los que se presentan. Por ello, si se parte de que es el concepto unitario de autor el que rige en los delitos imprudentes, la solución no consiste por tanto en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido.

Con esto, ROXIN deja claro que las limitaciones a la responsabilidad en el delito imprudente no se deben efectuar en la categoría de la codelincuencia, ni mediante el expediente de la prohibición de regreso, sino que deben ubicarse en la imputación objetiva y sobre todo en el principio de confianza⁴¹¹ y, a la postre, en el riesgo permitido.

Sin embargo, ROXIN no propone una excepción a la concepción general que sostiene en los delitos imprudentes, y ésta es la existencia también de delitos especiales imprudentes, categoría que existe igualmente en los delitos dolosos, y en la que ROXIN mantiene una caracterización distinta del autor frente a los delitos de dominio⁴¹².

Cabe destacar las breves reflexiones que GÓMEZ MARTÍN⁴¹³ realiza sobre un sector de la doctrina alemana, que reflejan el análisis vertido sobre el pensamiento de ROXIN, el cual consiste en “los resultados a los que conduce la aplicación de un concepto unitario de autor en los delitos especiales no distan demasiado de los que arroja el tratamiento de esta clase de delitos desde el punto de vista de un sistema diferenciador entre autoría y participación. De esta opinión es, por ejemplo, TRUNK. En su tesis doctoral, este autor analiza todas las posibles combinaciones a que puede dar lugar la intervención de un “intraeus” y un “extraeus” en el marco de un hecho consistente en la infracción del deber especial de emitir certificados de vacunación veraces cometida por médico especialista en vacunación (§ 16 de la Ley Federal de

⁴¹¹ Sobre el particular véase la tesis de licenciatura de PÉREZ DAZA, *El principio de confianza en Derecho penal*, UNAM, México, 2004.

⁴¹² En este sentido, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 41 y s.

⁴¹³ *Los delitos especiales*, pp.43-45.

Epidemias, BSeuchenGesetz). TRUNK acaba concluyendo que en todos los casos en que se produce alguna intervención en el hecho merecedora de pena (tanto de “intraanei” como de “extranei”), las respectivas calificaciones jurídicas de las distintas conductas implicadas resultantes del sistema unitario incorporado por la OWiG alemana coinciden con las auspiciadas por el sistema diferenciador del StGB alemán. TRUNK llega a esta conclusión después de analizar los siguientes supuestos: a) comisión de la infracción por el médico y el paciente; b) inducción del paciente al médico, que actúa dolosamente; c) inducción del paciente al médico, que actúa imprudentemente; d) comisión por el paciente con ayuda del médico; e) comisión dolosa por el paciente, con la ayuda imprudente del médico; y f) comisión imprudente por el paciente con la ayuda dolosa del médico. En el caso a) (el paciente y el médico falsifican conjuntamente el certificado de vacunación), y con independencia de si existe o no acuerdo entre “extraneus” e “intraeus”, tanto a la luz de la OWiG alemana como del StGB alemán, debe castigarse a los dos intervinientes en el hecho. En el supuesto b) (paciente que induce a médico, que actúa dolosamente), tanto la OWiG como el StGB llegan a la misma solución: castigar a los dos intervinientes en el hecho con la misma pena. El caso c) (paciente que induce dolosamente a médico que actúa imprudentemente) viene representado por un supuesto como el siguiente: el paciente deja entre los documentos que la secretaria del médico le ha dejado preparados para la firma un certificado de vacunación falso para que el médico lo firme. El médico, que tiene por costumbre firmar todos los documentos que su secretaria le deja preparados para la firma sin detenerse en comprobar su contenido, firma el certificado del referido paciente sin advertir su falsedad. Tanto desde la regulación contenida en la OWiG como desde el StGB, la conducta del paciente (participación dolosa en hecho imprudente) debería merecer la impunidad. El caso d) (comisión por el paciente con la ayuda del médico) se basa en el siguiente supuesto de hecho: el paciente induce al médico (valiéndose del ofrecimiento del pago de unos honorarios suplementarios) para que emita un certificado de vacunación falso. El médico rechaza el ofrecimiento del paciente amparándose en la imposibilidad de realizar la conducta objeto de la inducción por la existencia de un deber especial que recae sobre él, pero no se niega, sin embargo, a que el propio paciente sea quien materialice la falsificación por él pretendida. Ante la falta de oposición del médico, el paciente lleva a cabo la

falsificación. Señala TRUNK que tanto la OWiG como el StGB alemanes castigan la conducta de ambos intervinientes en el hecho (con la única diferencia de que el primer texto legal sancionaría la conducta del paciente a título de autoría, mientras que desde un sistema diferenciador no pasaría de ser una conducta de participación). El supuesto e) (comisión dolosa por paciente con ayuda imprudente de paciente) debe ser resuelto del mismo modo tanto de acuerdo con un sistema diferenciador como de acuerdo con un sistema unitario: el médico debe responder como autor imprudente y el paciente queda impune (según el § 14.2 OWiG, la punibilidad de la intervención de un “extraneus” en un hecho especial presupone su comisión dolosa. Y en el caso f) (comisión imprudente por el paciente con ayuda dolosa por parte del médico), también desde los dos sistemas deberá llegarse a la misma solución: autoría del médico e impunidad del paciente. Del anterior análisis infiere TRUNK, en suma, que el sistema unitario de la OWiG conduce en los delitos especiales a las mismas soluciones que el sistema diferenciador del StGB. Ello constituye, en su opinión, una prueba evidente de su corrección.

C. Tesis de Bottke

BOTTKE⁴¹⁴, por su parte, afirma que no existeni siquiera el concepto de autor en el ámbito de los delitos imprudentes; sólo existe, en estos casos, lo que él llama la competencia por el hecho, el competente respecto del hecho.

Así, afirma que el StGB no diferencia entre autoría y participación, ya que en la incriminación de conductas imprudentes las normas de Derecho penal alemán no utilizan las expresiones de autor o partícipe, sino que se centran en la causación imprudente de un resultado o en la actuación imprudente que causa el resultado imprudentemente (o en ambas); además, BOTTKE interpreta que con un tenor literal tan amplio la ley ha querido conseguir una protección penal más comprensiva de bienes jurídicos importantes.

⁴¹⁴ Citado por ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, p. 45.

Pero acertadamente, tal como lo detecta ROSO CASILLOS, BOTTKE se muestra como un defensor a ultranza del concepto unitario de autor, por lo que tiene que hacer concesiones, ya que le vienen directamente impuestas por la ley. De este modo mantiene la no punibilidad del *extraneus* o del que no actúa de propia mano, cuando el tipo exige la cualidad de *intraneus* o la actuación de propia mano⁴¹⁵.

Por último, BOTTKE se plantea la viabilidad del concepto unitario en los delitos imprudentes de conducta determinada y, admite también el concepto unitario de autor en esta clase de delitos, porque para éste autor, todo el que crea un riesgo permitido, que causa un resultado delictivo, ya sea directamente, ya sea a través de la actuación dolosa o imprudente de otros, es competente por el hecho⁴¹⁶.

D. Tesis de Cerezo Mir

En el caso de España, uno de sus principales precursores de la doctrina finalista es CEREZO MIR⁴¹⁷, quien pregona un concepto de autor material, el cual permite explicar la autoría mediata puesto que el autor mediato tiene el dominio del hecho⁴¹⁸; sin embargo, esta postura se rechaza categóricamente para los delitos imprudentes “porque en ellos –dice CEREZO MIR– no puede hablarse de dominio del hecho, ya que el resultado se produce de un modo ciego, causal, no finalista. Por este motivo

⁴¹⁵ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, p. 47. “Aun así, BOTTKE sostiene ésta es una cuestión independiente del concepto de autor que se mantenga, pero no le queda más remedio que reconocer acto seguido que el tipo sólo se cumple si el autor reúne las cualidades exigidas por él, y por ello deja claro que la competencia por un hecho imprudente presupone (...) que el competente por un hecho imprudente no sólo cause imprudentemente el hecho de otro, sino que él mismo cumpla todos los elementos del tipo”.

⁴¹⁶ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, p. 47.

⁴¹⁷Basta mencionar los trabajos siguientes: *Autoría y participación en el nuevo Código penal español*, en “Temas fundamentales del Derecho penal”, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 13-32; *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en “Temas fundamentales del Derecho penal”, tomo II, pp. 87-106; *Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general, de octubre de 1990*, en “Temas fundamentales del Derecho penal”, tomo II, pp. 303-316; *Curso de Derecho penal español, Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 206 y ss.

⁴¹⁸*Curso de Derecho penal español*, p. 210. El concepto finalista de autor se basa en la doctrina de la acción finalista de Welzel. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. Según WELZEL – refiere CEREZO MIR– <<autor es sólo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo>>. <<El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer; el partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo>>.

WELZEL se vio obligado a desdoblar el concepto de autor. En los delitos imprudentes es autor todo aquel que contribuye a la producción del resultado con una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido”⁴¹⁹.

Evidentemente, CEREZO MIR se apega a un concepto restringido u objetivo-formal de autor que establece el nuevo Código penal español⁴²⁰, y esto ocasiona que ni pueda explicar los casos de coautoría imprudente. Por el momento, nos limitaremos a expresar esta postura, para más adelante retomarla y comentar la deficiencia que acaece en este concepto de autor para los delitos imprudentes.

II.- Alcance legislativo del modelo de *numerus clausus* en los delitos culposos

El sistema de los *numerus clausus* implica la regulación de los delitos imprudentes a través de disposiciones específicas ubicadas en la parte especial del Código Penal Federal que habilitan de forma individual para la sanción de las modalidades delictivas imprudentes, se considera preferible al de incriminación genérica o abierta (*numerus apertus* o de la cláusula general de incriminación), utilizada por los Códigos penales anteriores, básicamente en virtud de su mejor adecuación a principios fundamentales del Derecho penal de un Estado de Derecho⁴²¹.

Pero además, en la medida en que el legislador ha de plantearse la necesidad de sancionar penalmente cada uno de los delitos realizados imprudentemente, suele suceder que este modelo también se ajusta mejor al principio de intervención mínima al suponer en la práctica la excepcionalidad de la sanción penal de los delitos imprudentes⁴²², que se distingue del sistema denominado del *numerus apertus* de la

⁴¹⁹ *Curso de Derecho penal español*, p. 210.

⁴²⁰ Sobre el particular, *cf.* DÍEZ RIPOLLÉS, *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 1, Madrid, España, 1998, p. 35.

⁴²¹ Igualmente, MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, España, 1994, pp. 67-71.

⁴²² PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª época, n.º. Extraordinario 1º, UNED,

culpa o de sistema abierto, en donde en general todas las conductas previstas en la ley como dolosas pueden ser cometidas en forma culposa, siempre que la naturaleza de la propia figura lo permita.

En el caso del Derecho penal argentino, Antonio TERRAGNI explica “que existe una diferencia entre los hechos dolosos y los culposos, no en cuanto a la idea de autor sino en orden a la punibilidad de la intervención accesoria en la obra de aquél, porque con referencia a los primeros ella es castigable, y en los culposos no”⁴²³. Una valoración del sistema concretamente adoptado requerirá, la determinación de si se han seleccionado convenientemente los tipos que admiten la comisión imprudente, atendiendo del modo preciso a los principios de merecimiento de pena y necesidad de pena⁴²⁴; algunas otras son rechazables desde la perspectiva del principio de legalidad, mandato de taxatividad y seguridad jurídica, pues en la medida en que habilitan para sancionar la comisión imprudente de todos los delitos contenidos en un título o capítulo, o respecto de un conjunto de disposiciones, van a plantear los mismos problemas de interpretación sobre la compatibilidad dogmática de la figura delictiva y su comisión por imprudencia⁴²⁵.

Por todo lo anterior, resulta procedente analizar si en nuestro ordenamiento positivo las conductas de participación imprudente deben ser tratadas como conductas de autoría así como los razonamientos que se exponen para considerar que sólo es típica en el ordenamiento legal la participación dolosa en hecho doloso. De lo cual, por nuestra parte, consideramos incorrectas, si analizamos desde una perspectiva normativa, las formas de intervención que contempla el artículo 13 del Código Penal Federal⁴²⁶.

Madrid, España, 2000, p. 141; en el mismo sentido Silva Sánchez, Jesús, María, *El nuevo Código penal*, p. 93.

⁴²³TERRAGNI, Marco Antonio, *Autoría e intervención de terceros en el delito culposo*, en Homenaje a Claus Roxin: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Córdoba, Argentina, 2001, p. 447.

⁴²⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús, María, *El nuevo Código penal*, p. 93.

⁴²⁵PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, España, 1999, p. 36.

⁴²⁶De igual manera sucede en los tribunales argentinos, según comenta TERRAGNI, Marco Antonio, *Autoría e intervención de terceros en el delito culposo*, p. 447 y s., “al castigar siempre con la misma pena a las varias personas que estiman han efectuado un aporte (sea cual fuese su importancia) a

A. La propia redacción de los tipos imprudentes

Conforme al texto legal del Código Penal Federal (artículo 9, párrafo segundo), 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.

Si bien es cierto, el contenido del deber de cuidado se determinada con arreglo a dos elementos⁴²⁷: uno intelectual, el cual comprende la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio inteligente; y otro normativo, conforme al cual, no toda acción que, según aquel juicio inteligente, cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el cuidado debido, pues de lo contrario tendría que ser omitida casi toda acción en el ámbito social, no así, lo considera la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 19, Volumen 6, Segunda Parte, Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, que se localiza bajo el rubro y texto siguientes:

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

un suceso decisivo de imprudencia, negligencia o impericia; con lo que no marcan las diferencias que pudieron existir en cuanto a la entidad de las contribuciones individuales".

⁴²⁷MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 2000, p. 388; WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*. p. 71.

Ahora bien, con la configuración del delito culposo, el tipo de los delitos imprudentes ha de complementarse mediante valoraciones judiciales adicionales. Por ello, la doctrina se expresa acerca del nivel de cumplimiento en el tipo de la imprudencia de las exigencias derivadas del *nullum crimen sine lege*. Así se subraya, a menudo, que el tipo del delito culposo es un tipo abierto⁴²⁸.

En cuanto a la peculiar visión de ROXIN, éste ha considerado que “el reconocimiento que la contravención de preceptos del tráfico indica por cierto la producción de un peligro no permitido, pero no necesariamente lo fundamenta. Pues lo que es peligroso en abstracto puede ser inocuo en el caso concreto”⁴²⁹.

Por ejemplo, nuestro país se conforma de 32 Códigos Penales, un Código Penal Federal y un Código de Justicia Militar, esto quiere decir que una conducta puede ser considerada delito en un Estado y en otro no, por ejemplo, los delitos cometidos por los menores de edad; resulta que en los Estados de Sinaloa, Quintana Roo, Puebla, Guanajuato, Oaxaca, Tabasco, y Tamaulipas, se contempla la imputabilidad de las personas entre los 16 y 17 años. O, en el caso del «delito de asalto», o el «adulterio»,

⁴²⁸ Entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado e imprudencia*, p. 92; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, parte general*, Comares, Granada, 1997; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, p. 388.

FIGUEROA VELÁSQUEZ, *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2000, p. 365, afirma. “El problema se plantea cuando no existen tales normas. Esto ocurre parcialmente en el lavado de dinero, donde una serie de deberes de cuidado vienen indicados en la ley, mientras que otros no han sido expresamente fijados. Por ejemplo, en el caso de la comunicación de las operaciones respecto de las que existen indicios, no se indica que indicios han de incurrir ni las operaciones de las que se derivan tales indicios. El desarrollo de las normas de cuidado para el reconocimiento del dinero “sucio” es muy difícil, por que lo “sucio” no es el dinero, sino su origen. El dinero, sin embargo, no manifiesta exteriormente su procedencia. Por eso, el empleado de banca se tendrá que limitar a valorar los hechos extraños que se deriven del conjunto global de las circunstancias de la operación. Cabe concluir así que la medida de cuidado de los empleados de banca vendrá dada por la obligación de percibir tales circunstancias extrañas y de valorar su relevancia en el específico ámbito en que se lleven a cabo”.

⁴²⁹ *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, PPU, Barcelona, España, 1992, p. 95. Previo a este trabajo, ya el propio ROXIN explicaba que “la teoría de los tipos abiertos no es una consecuencia del punto de vista fundamental de WELZEL. Si se lleva hasta sus últimas consecuencias el concepto final de la acción, columna vertebral de todo sistema, con las teorías de lo injusto personal y las tesis del contenido valorativo del tipo y su propiedad de ser materia de la prohibición, se comprobará que los tipos abiertos resultan extraños a este sistema. Por otra parte, dado que su propia concepción del tipo no es compatible con los tipos abiertos, surge la cuestión de cómo podría fundamentarse esta teoría si ella constituye ya un cuerpo extraño del sistema de WELZEL. La afirmación de Welzel de que los elementos del deber jurídico serían un resultado de una aplicación consecuente de su dogmática a ciertos tipos penales complicados, debe ser considerada, conforme a los resultados hasta ahora obtenidos, con gran escepticismo”. Véase *Tipo penal*, p. 158.

entre otros. Ello demuestra que la infracción de la norma de un Estado libre y soberano no determina el alcance del tipo objetivo, sino que sólo nos servirá de indicio para constatar la existencia del tipo subjetivo -la infracción del deber de cuidado-.

Entonces, se considerará una conducta como imprudente en algunos Estados libres y soberanos aunque sólo en algunos exista una normativa en ese ámbito. E, incluso, la misma conducta puede ser punible donde no haya normas e impune donde éstas existan. El injusto imprudente no se encuentra vinculado a la existencia de normas extrapenales, pudiendo constatarse aunque éstas no existan y pudiendo negarse aunque existan reglas extrapenales referentes al hecho ⁴³⁰.

Al mismo tiempo, si se adoptan otras medidas complementarias o supletorias que no son las reglas de seguridad o precaución pero que cumplen la misma función la conducta estará siendo también cuidadosa.

B. El tenor de los preceptos reguladores de la participación

⁴³⁰ En profundidad sobre la determinación de las normas extrapenales FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 299. “Existen supuestos en los que la infracción de una norma extrapenal no equivale a infracción del deber de cuidado. En algunos de ellos se puede afirmar en general que las normas extrapenales no juegan ningún papel o carecen de relevancia para determinar la existencia de un deber de cuidado penalmente relevante. Así, en primer lugar, puede haber normas que no tengan la finalidad de proteger ciertos riesgos, sino otros fines. Por ejemplo:”en realidad, muchas de las sustancias no permitidas en la alimentación animal (tirostáticos, hormonales y betaagonistas), no deciden necesariamente un riesgo en la salud de las personas, dado que la prohibición de las mismas viene presidida por el fraude económico que conllevan, al incidir en un engorde artificial de los animales de abasto, en los que el consumidor esta pagando, a precio de carne, grasa y agua”. O las limitaciones de velocidad debidas a razones energéticas pero que no están establecidas para controlar riesgos para las personas. Otro ejemplo serían los reglamentos deportivos, que están pensados para que el juego se pueda desarrollar y no, en mi opinión, para proteger a los deportistas aunque sirva para ello. O aquellos supuestos en los que se conduce un automóvil no son de aplicación las reglas generales del tráfico por no conducirse en una vía pública o por estar participando en una carrera oficial de coches.

Por su parte, Claus ROXIN, *Derecho penal, parte general*, p. 1003, considera que “la ‘norma’ puede esta equivocada desde un principio o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto; incluso prescindiendo de ello, no se podrá apreciar aún un peligro jurídicopenalmente de una norma de tráfico o cuando la seguridad se garantiza de otro modo”. Más aún pone de relieve este autor “el respeto de las normas de tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido”.

En el Derecho penal mexicano, la doctrina mayoritaria considera en estudiar las formas delictivas de intervención a título de dolo ⁴³¹, y eso para cualquier delito, de modo que la participación por imprudencia sería impune por atípica ⁴³², al ser defendido un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes.

Sin embargo, la mera referencia al sistema de “numerus clausus” en el artículo 60 del Código Penal Federal no parece un criterio decisivo para negar la relevancia penal de la participación imprudente. Esto es, afectará de manera directa la parte especial del CPF, no así a las reglas de imputación, tal y como razona DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “...la imputación objetiva del resultado ha de darse tanto en el autor como en los partícipes y el hecho de que los principios de tal imputación objetiva hayan de ser distintos para uno y para otros no significa absolutamente nada, pues posiblemente también han de jugar de manera distinta en los delitos dolosos y en los imprudentes, sin que por ello nadie identifique imputación objetiva y dolo o imprudencia” ⁴³³.

Por otro lado, la mayoría de los autores que en la doctrina alemana adoptan un concepto restrictivo de autor de acuerdo con las premisas de la teoría del dominio del hecho, mantienen, sin embargo, en relación a los delitos imprudentes un concepto unitario de autor ⁴³⁴.

De este modo, niegan la posibilidad de diferenciar en el hecho imprudente lo que sean formas de autoría y participación, con la consecuencia de que, caso de faltar la relación de autoría, se excluiría la imputación ⁴³⁵.

⁴³¹AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, *Derecho penal*, Oxford, México, 2000, p. 107; DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría general del delito*, p. 374; DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código penal para el Distrito Federal. Comentado*, Porrúa, México, 2001. pp. 41 y ss; FIGUEROA VELAZQUEZ, R, M, *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2000, pp. 405 y ss; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, pp. 209 y ss; ZAMORA J., ARTURO, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Angel Editor, México, 2001, pp. 105 y ss.

⁴³²PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, p. 40

⁴³³*Autoría en Derecho penal*, p. 496.

⁴³⁴Por consiguiente, el StGB consagra un sistema unitario o extensivo de autor en el caso de los delitos imprudentes. Si varias personas causan imprudentemente un resultado típico, cada una es responsable de la totalidad como autor.

⁴³⁵GÓMEZ RIVERO, *La inducción como conducta dolosa*, tirant lo blanch, Valencia, España, 1996, p. 336.

Imputación objetiva

Ello es una consecuencia lógica de la teoría del dominio final del hecho ⁴³⁶. Esto es, si el dominio del hecho presupone la “finalidad” del autor, es contrario a la “naturaleza de las cosas” entender que en un hecho imprudente pueden existir partícipes (cómplices e inductores) que motivan o favorecen a un autor que no domina finalmente el hecho. En consecuencia, en un hecho imprudente todos los intervinientes responden de la misma manera, en calidad de autores, siempre que se haya infringido la norma de cuidado.

Lo anterior es así, en la autorizada opinión de Günter STRATENWERTH, si bien considera que en los delitos imprudentes, al igual que en los dolosos, autor es el que realiza el comportamiento amenazado con pena, este comportamiento se define en aquéllos de un modo diferente a éstos, ya que en los delitos imprudentes la producción del resultado no está dominada finalmente, sino que aparece como consecuencia de la creación de un riesgo no permitido. Y en este sentido STRATENWERTH argumenta su postura de la mano del siguiente ejemplo: Si una enfermera cambia el medicamento durante la operación, a consecuencia de lo cual resultan fatales consecuencias para el paciente será ella, y no el cirujano, la responsable en primera línea del resultado -con independencia de si el médico tenía o no un deber de control-, ya que ella no desempeña un papel subordinado en relación con el resultado, sino que ha infringido un deber de cuidado que se traduce en la producción de aquél. Es esto lo que determina la autoría en los delitos imprudentes. Si, por contrario, se considerase sólo cómplice, se llegaría a la impunidad de acuerdo con los parágrafos 26 y 27, puesto que ambos exigen un hecho doloso ⁴³⁷.

A la vista de lo anterior, considera que si se quisiera diferenciar en los delitos imprudentes, al igual que en los dolosos, entre autoría y participación, habría que proceder de un modo distinto a éstos, y en concreto, mediante un intento de separar los diferentes ámbitos de responsabilidad, lo que aún no ha sido desarrollado en este ámbito de la imprudencia. Por ello la co-causación del resultado contraría al deber de

⁴³⁶GÓMEZ RIVERO, *La inducción como conducta dolosa*, p. 336.

⁴³⁷ La participación sólo es posible si se realiza dolosamente y se refiere a un hecho principal doloso. Por lo que independientemente la doctrina alemana niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes.

cuidado, presupone mínimo de la responsabilidad por imprudencia, convierte sin más al interviniente en autor, mientras la responsabilidad por el suceso ocasionador del daño no se pueda graduar de otro modo.

Durante mucho tiempo ha sido motivo de especial preocupación la proliferación de casos en los que conductas descuidadas de algunas personas abren la posibilidad de que otros individuos aprovechen las circunstancias favorables creadas con la mencionada imprudencia para la dolosa comisión de hechos punibles.

De ahí, que nuestra perspectiva por un partícipe sea aquél que contribuye a la realización del hecho de otro. Y en los supuestos de participación imprudente, como suele suceder en un suicidio⁴³⁸, autolesiones o autopuestas en peligro se acude al argumento *a maiore ad minus* y se mantiene que si la participación dolosa en estos supuestos es impune por atípica, con mayor razón debe serlo para el caso de la intervención imprudente; otros acuden al fin de protección de la norma, y otros, también desde la imputación objetiva, se basan en el principio de autorresponsabilidad para saber si la conducta es impune o no, pues no será así en cualquier caso.

No obstante, que en los delitos culposos no se distinguen entre autor y partícipe y que sólo existe autoría, se puede considerar que no hay impedimento para que exista autoría y participación en los delitos culposos, a lo que por el momento, no profundizaremos en este tema.

⁴³⁸FLETCHER, *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 278, explica que “aunque los autores de los Estados Unidos digan de un modo formal que se decantan por la teoría de la equivalencia de todas las formas de participación, creen sin embargo, en la distinción entre las conductas de inducción y las de complicidad. Esto se hace evidente en las actuales discusiones que existen en América sobre el suicidio asistido. A principios de 1997 la Corte Suprema de los Estados Unidos se planteó si los pacientes que sufren una enfermedad terminal tienen un derecho constitucional a la asistencia médica con el objeto de poner fin a sus vidas. Los liberales podrían sentirse fuertemente a favor de la exención de la pena y de cualquier otra forma de reacción penal para los médicos que asisten al paciente en el suicidio, pero nadie pone en duda que los médicos pueden también inducir a otros a suicidarse. Existe una gran diferencia y es realmente importante diferenciar si la decisión o la iniciativa proviene del paciente o de la persona que colabora o asiste”, más adelante, “a pesar de su compromiso formal con la teoría de la equivalencia, el Derecho americano conserva el sistema del Common Law que distingue entre autores principales, inductores y cómplices. Esto implica que los jueces, en el momento de proceder a la imposición de la pena, pueden apreciar distintos grados de participación en el delito”.

CAPÍTULO X

LAS TESIS DIFERENCIADORAS EN LA COAUTORÍA IMPRUDENTE

I.- Criterios de distinción

A. Teoría subjetiva

El fundamento de la teoría subjetiva radicaba en la teoría causal de la condición, la cual permitía establecer diferencias entre las distintas formas de intervención en el delito y adaptarse de este modo a la voluntad del legislador⁴³⁹, diferenciando entre autores y partícipes según el carácter –autónomo o subordinado– de la voluntad –propio o ajeno– del interés con que actúe el sujeto⁴⁴⁰.

Quienes han defendido esta teoría fueron BINDING y SCHÖNAUER. Sin embargo, algún sector doctrinal negaba su viabilidad en los delitos imprudentes, y pese a que una adaptación a la imprudencia es representable mientras no se demuestre que la

⁴³⁹ Véase PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 53. Las teorías subjetivas tuvieron bastante auge en Alemania, durante el siglo XIX y principios del XX, debido principalmente a la influencia ejercida por -el concepto de acción, en el que predominaba el elemento de la voluntad de- Hegel y sus seguidores.

⁴⁴⁰ En este sentido SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 28; en este mismo sentido ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, pp. 84 y s. Cfr. sobre el particular, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 289 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 42 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, tecnos, Madrid, 1990, pp. 150 y ss.

intervención delictiva en este ámbito deba explicarse a partir de la -ausencia de relación subjetiva de los intervinientes con el resultado de lesión, no vale la pena realizar tal esfuerzo ⁴⁴¹.

Es por ello que BOLEA BARDON considera que la teoría del acuerdo previo no debe ser identificada con las teorías subjetivas. Por lo demás, encontramos en la jurisprudencia española escasas referencias a teorías subjetivas. Sólo en algunas ocasiones, y normalmente no como único criterio, se menciona el interés propio del sujeto en el hecho para fundamentar la autoría ⁴⁴².

Por su parte, MÁRQUEZ CÁRDENAS ⁴⁴³ sostiene: “El fundamento, como indicamos, del concepto extensivo de autor desde el punto de vista objetivo, es la contribución causal: es autor el que contribuye causalmente al hecho y no será autor el que con su conducta no da lugar a la contribución del hecho delictivo. La contribución causal se examina conforme a la fórmula de las equivalencias de condiciones y, por consiguiente, todas las condiciones tienen igual valor, no hay manera de lograr diferenciar entre el autor y el partícipe. Así, con la sola objetividad de la conducta se hará casi imposible encontrar los conceptos que permitan un límite. De ahí que esta “concepción condujo en el pasado a la afirmación de que ninguna característica objetiva del tipo podría determinar la delimitación de la autoría y la participación”. La teoría subjetiva parte, entonces, de la imposibilidad de lograr una diferencia exterior del papel del autor y el partícipe, porque todas las condiciones del resultado son idénticas con respecto de la causalidad del mismo. La diferencia entre el autor y los partícipes sólo podrá darse o deducirse de la actitud subjetiva de cada uno de los que toman parte del hecho delictivo respecto del resultado de la realización del tipo. Según la teoría subjetiva será autor quien, realizando una aportación causal, cualquiera

⁴⁴¹ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 29: “Los problemas que plantean para explicar los delitos especiales, de propia mano o de omisión, donde la autoría se asocia a factores objetivos, por tanto, independientes de la voluntad del actor; la existencia de tipos que presuponen en el autor una acción dirigida a finalidades e intereses de otros; los resultados los que puede conducir: dejar impunes o castigar como cómplices a quienes consuman personalmente el delito si no concurre el irreal requisito subjetivo determinante de la autoría; vaciar de sentido el principio de legalidad, pues la autoría ya no se vincula al actuar tipificado en los distintos artículos de la parte especial sino a un determinado móvil del sujeto; la inseguridad jurídica que genera; etc.”, pp. 30 y s.

⁴⁴² *Autoría mediata en derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 49 y s.

⁴⁴³ *La coautoría en la dogmática penal*, pp. 33 y 34.

que sea su contribución al hecho, lo haga con voluntad de autor, es decir, actúa con la voluntad de querer el hecho como propio, y será un partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquiera que sea su entidad, lo hace con voluntad de partícipe, o sea, voluntad de participar en un hecho de otro. Por lo anterior se afirma que el autor actúa con *animus auctoris*, el partícipe con *animus socii*, por lo que se conoce también como “teoría del ánimo”. Este planteamiento exige determinar qué se entiende por actuar con *animus auctoris* y con *animus socii*. En la doctrina se ha buscado caracterizar qué se entiende por cada uno de estos conceptos. De acuerdo con las teorías del dolo se afirma que todo “depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor, y si ha dejado a éste decidir sobre la ejecución del hecho”. En las llamadas teorías del interés, el *animus auctoris* coincide con el sujeto que tiene un interés en la comisión del delito”.

Las dos fórmulas subjetivas que se han barajado para dar contenido al *animus socii*⁴⁴⁴ son la **teoría del dolo**, por un lado, y la **teoría del interés**, por otro: la primera la define DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO a través de “la idea común de que el *animus auctoris*, lo que caracteriza al autor, consiste en una voluntad autónoma, independiente, mientras que el *animus socii* del partícipe es una voluntad no autónoma, sino dependiente de la del autor y precisamente subordinada a la misma”⁴⁴⁵.

B. Teoría objetiva

Esta teoría considera como autor a quien ejecuta personalmente ya sea total o parcialmente, la acción típica descrita en los tipos penales de la Parte especial.

⁴⁴⁴ Véase GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 46. El criterio subjetivo que parece haber tenido más éxito en la doctrina y jurisprudencia alemana es éste: el partícipe “somete” su voluntad a la del autor de tal forma “que deja al criterio de éste el que el hecho llegue o no a consumarse”...Este “dejar al criterio” es... lo que constituye el *animus socii*. En el mismo sentido, DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, pp. 13 y ss.

⁴⁴⁵ *Autoría en Derecho penal*, p. 315.

En caso de que el delito sea pluriactivo, será autor el que realice aunque sea uno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico.

Se atiende estrictamente al tenor literal, prescindiendo de la importancia de su contribución efectiva en el marco de la totalidad del suceso, considerándose autor a todo aquel cuyo comportamiento entre en el círculo que el tipo pretende abarcar.

La disposición interna del autor, su interés personal en el resultado y el dominio espiritual de su ubicación dentro de una pluralidad de sujetos actuantes, es irrelevante.

Los defensores de esta teoría consideran que el hecho de ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad que el cometer un mero acto preparatorio o de colaboración.

C. Valoración de los criterios de distinción

Tanto los criterios subjetivos y objetivos no han logrado cimentar las bases suficientes para la viable aceptación de la coautoría culposa, ya que si bien es cierto, cada uno de estos criterios son originarios de un sistema ontológico, lo cual definitivamente dificulta su viabilidad sobre la materia. Por ello, resulta necesario recurrir a otros elementos normativos, no solamente de carácter complementarios, sino más aún, divergentes a ellos. Por la sencilla razón de que la coautoría culposa no debe aplicar con criterios de subjetividad u objetividad, sino de comportamientos contrarios a la norma, es decir, de conductas que generan un riesgo no permitido.

II.- Criterios de restricción

A. Teoría objetivo-material

En esta postura se considera insuficiente la mera referencia formal a los tipos penales para llevar a cabo tal delimitación, siendo necesario aportar criterios de carácter material, para lo cual se tomaba como premisa de partida las teorías individualizadas de la causalidad, es decir aquéllas que distinguían entre causa (autor) y condición (partícipe) para la producción del resultado ⁴⁴⁶.

Para ser autor es preciso ser causa del hecho, pero se establecen graduaciones en función de la importancia que tenga para el resultado la causa de que se trate.

Quizá este enfoque causalista constituye la causa principal de su escaso seguimiento y rechazo general en la dogmática penal moderna, puesto que la evolución del pensamiento jurídico ha puesto de manifiesto el desacierto y lo infructuoso del recurso a parámetros causales para resolver los problemas de autoría y participación.

B. Teoría objetivo-formal

En apoyo a esta teoría están autores como BELING, que sigue el concepto restrictivo de autor basado en el criterio objetivo-formal y lo aplica tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes.

GRÜNHUT soluciona el problema de la punibilidad de la participación dolosa en un delito imprudente a través de una concepción de la accesoriedad limitada y objetiva, es decir que no se tenga en cuenta el dolo o la imprudencia (elemento

⁴⁴⁶ Estas doctrinas son separables de la teoría de la causalidad adecuada, pues, mientras que ésta efectúa la delimitación entre causa y condiciones en base a consideraciones normativas, las teorías individualizadas establecen el límite con ayuda de criterios no valorativos, con criterio científico-naturales la mayoría de las veces.

subjetivo) con el que actúa el autor principal para afirmar la accesoriedad de un partícipe.

GRÜNHUT añade que la teoría objetivo-formal es aplicable los delitos resultativos y que los casos de causación que no son acciones de ejecución, precisamente, son provocación o favorecimiento del hecho de otro y son punibles como la participación dolosa en una acción antijurídica ajena.

RODRÍGUEZ MOURULLO defiende la distinción entre autoría y participación imprudente con un fundamento basado en su interpretación del Código Penal Español que adopta el sistema de incriminación abierta de la imprudencia, apareciendo la imprudencia encadenada a todo el proceso de ejecución del delito con sus genuinas modalidades. Autor de un delito imprudente no será, todo aquél que a través de una conducta infringe el cuidado exigible, sino tan sólo quien realiza imprudentemente la acción típica del correspondiente delito doloso.

C. Teoría del dominio del hecho

Un concepto correcto de dominio del hecho sólo se habrá encontrado si es utilizable como concepto general de autor.

El autor es la figura central y clave de sucesos de actuación.

La teoría del dominio del hecho tiene su origen histórico en un determinado periodo de la evolución de la ciencia penal alemana, que se caracterizaba al menos, por tres notas básicas:

a) Surge como reacción frente a la teoría subjetiva de la autoría y la participación.

Imputación objetiva

b) Surge también por contradicción al concepto causalista de acción y demás concepciones causales que se defendían en aquél momento.

c) Logra superar las dificultades e inconvenientes de la teoría objetivo – formal que, hasta entonces era la teoría seguida mayoritariamente en la doctrina alemana.

La teoría del dominio del hecho se caracteriza por ser una síntesis de criterios objetivos y subjetivos.

Ahora bien, la figura de la coautoría es entendida como dominio funcional del hecho y debe definirse partiendo de su propia estructura, es decir de la contribución correlativa de varias personas para realizar conjuntamente un hecho injusto, basada en el principio de división del trabajo conforme al plan global.

En base al principio de división del trabajo, en el que cada sujeto lleva a cabo un acto parcial, podría pensarse que basta con el dominio parcial del hecho para ser coautor, es decir, que cada sujeto realmente domina su propia contribución al hecho, como a veces se ha supuesto desde el dominio del hecho y como a veces se le ha criticado a esta teoría, pues cualquier otra solución desde el dominio del hecho sería una mera ficción. Pero un dominio parcial no es suficiente para ser coautor, pues, en tal caso no habría diferencia estructural con la complicidad, ya que el cómplice también tiene en sus manos su contribución al hecho, es decir, domina parcialmente el hecho, sin que por ello sea coautor.

La característica esencial de la coautoría, conforme a lo indicado sobre su estructura, reside precisamente en que cada individuo domina los sucesos globales en cooperación con los demás, es decir, se trata de un dominio del hecho conjunto y unitario.

Por consiguiente, en base al principio de división del trabajo acordada, las piezas parciales se disuelven en una prestación colectiva unitaria, de forma que cada

individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su contribución al mismo.

D. La determinación objetiva y positiva del hecho

Uno de los problemas que presentan la determinación objetiva y positiva del hecho resulta de igual manera insatisfactoria para la propuesta normativa que se intenta construir ya que la causación del resultado típico no es en ningún caso requisito suficiente para definir la autoría, pues también las contribuciones de los partícipes en sentido estricto son causales con respecto a la producción del resultado típico por parte del autor principal, criterio que ha sido defendido en las últimas tres décadas por los tribunales españoles al igual que en México, esto es, se ha apostado intocablemente un concepto unitario de autor. Por consiguiente, la constatación de la causalidad en los aportes vertidos por cada uno de los intervinientes no puede ser suficiente para caracterizar la aportación objetiva del coautor a la realización conjunta del hecho delictivo, sino que además debe reunir otros requisitos exigidos, tanto en los supuestos de coautoría dolosa como imprudente.

E. Valoración del sistema de restricciones en el ámbito unitario

Los autores que parten de un concepto unitario o extensivo-causal restringen posteriormente, las consecuencias del sistema aceptadas por ellos mismos.

No se puede partir de una concepción de autoría y a renglón seguido introducir consecuencias ajenas a ella. Se puede modificar el sistema pero no saltándose los principios básicos estructurales de éste. Las construcciones de estos autores se convierten en una mezcla intolerable entre el concepto extensivo y el restrictivo que “conduce a posiciones dogmáticas nada claras y por tanto poco responsables”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002, Ed. Comares, p. 83.

El introducir restricciones en el sistema extensivo-causal no lleva sino a extraer la consecuencia lógica de que la aplicación de este sistema no conduce a las soluciones ideales en todos los casos, por lo que no puede constituir una concepción válida de la autoría, ni para los delitos imprudentes ni para los delitos dolosos.

Finalmente no es nada deseable la aplicación de un sistema en el que el coste es una extensión no justificada de la responsabilidad penal: esto iría en contra de los principios básicos del Derecho Penal, por lo que en último lugar y como solución menos mala es preferible un sistema unitario restringido, a un sistema unitario puro.

III.- La infracción del deber

A. La tesis de Roxin

ROXIN sostiene una distinción posible entre autoría y participación imprudentes a partir del criterio de infracción de un deber. Entiende que los tipos imprudentes son en el Derecho vigente delitos de infracción del deber. El deber objetivo de cuidado recibe la denominación de elemento personal.

ROXIN en 1962 analiza este aspecto mediante los clásicos ejemplos del “ciclista”⁴⁴⁸, juzgado por el Tribunal Supremo Federal en el año de 1957, así como el del “caso del farmacéutico”⁴⁴⁹ de 1887, así como el “caso del pelo de

⁴⁴⁸ “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, REUS, Madrid, 1976, p. 149: “El conductor de un camión quiso adelantar a un ciclista y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de la Circulación. Durante el adelantamiento el ciclista, que estaba muy debido, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión que en ese momento pasaba por su lado y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó que con suma probabilidad también se habría producido el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento”.

⁴⁴⁹ *Ob. Cit.*, p. 149: “Un farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Se pudo averiguar que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina”.

cabra”,⁴⁵⁰ analizado por el Tribunal Supremo del Reich en 1929, y por último, el analizado por la doctrina “caso de la novocaína”,⁴⁵¹ de los cuales explica el autor lo siguiente: “Todas estas situaciones se parecen en: a) el acusado ha actuado de modo incorrecto; b) hay una lesión de un bien jurídico; y sin embargo, c) ésta probablemente o incluso con seguridad también se habría producido aunque el comportamiento hubiera sido irreprochable. La cuestión consiste en saber si hay que admitir homicidio imprudente en cada uno de estos casos, si por el contrario, hay que absolver en todos ellos, o si se pueden formular diferentes soluciones según la probabilidad de que no se hubiera producido el resultado con un comportamiento conforme a derecho”.⁴⁵² Pero el planteamiento de fondo que desde ese momento ROXIN detectó fue diferenciar entre un factor de causalidad “en sentido jurídicopenal” o si hay “un nexo causal relevante jurídicamente” o si entran en “juego otros elementos de imputación que ya no tienen nada que ver con la causalidad”⁴⁵³. Por consiguiente, para nuestro autor, la propuesta de solución a casos de esta índole es el incremento del riesgo, que permite establecer un parámetro normativo para valorar la infracción de los deberes de cuidado que regula la propia norma, y con ello, solventar las deficiencias o inseguridad de un criterio causal: “El examen de hipotéticos cursos causales, con el que se ha intentado un y otra vez abordar la problemática, si bien no conduce al núcleo del problema, posee, sin embargo, un cierto valor heurístico. Porque si alguien se comporta incorrectamente y el resultado no se hubiera producido con una actuación adecuada, existe alguna probabilidad de que se haya rebasado el riesgo permitido; exactamente igual que, a la inversa, frecuentemente no podrá constatar que haya habido ningún incremento del peligro si el resultado también se hubiera producido con una conducta conforme a lo ordenado. Pero ese modo de ver las cosas no ofrece más que un indicio

⁴⁵⁰*Ob. Cit.*, p. 149: “El acusado había «comprado a una firma comercial china pelo de cabra para su fábrica de pinceles, pese a que la firma comercial le había comunicado que tenía que desinfectarlo, había hecho que sus trabajadores lo transformaran en pinceles sin previa desinfección». Cuatro trabajadores resultaron contagiadas por bacilos de carbunco y murieron. Según las declaraciones del perito posiblemente también habrían muerto aunque se hubiera realizado la desinfección, porque los desinfectantes permitidos no habrían ofrecido suficiente garantía de que tales pelos estuvieran realmente libres de gérmenes”.

⁴⁵¹*Ob. Cit.*, pp. 149 y 150: “El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte”.

⁴⁵²*Ob. Cit.*, p. 150.

⁴⁵³*Ob. Cit.*, p. 151.

refutable, y ello en el mejor de los casos. Y si se lo aplica sin excepciones y sin atender al principio del riesgo, se pueden obtener resultados totalmente falsos... La idea del incremento del riesgo, con la que creemos poder solucionar satisfactoriamente esta difícil problemática, ya fue tratada en el año de 1943 por MITTASCH en un artículo hoy casi olvidado. Pero como este autor trata nuestros casos desde el punto de vista de la «causalidad del riesgo defectuoso», vuelve a caer en seguida en la órbita de atracción de la teoría del nexo y considera que el núcleo de la cuestión estriba en superar las insuperables dificultades de prueba que de ello resultan. Con tal modo de ver las cosas ello es totalmente consecuente. Pero su solución que «afirma... una inversión de la carga de la prueba», que aboga por quebrantar el principio «in dubio pro reo» y que incluso reconoce que permite un «acceso limitado» al pensamiento del «*versari in re illicita*... en el Derecho penal», no hace sino descubrir clarísimamente el dilema de la teoría del nexo y materialmente no va más lejos que ésta»⁴⁵⁴.

Por ende, la infracción del deber es de naturaleza normativa y para nada ontológica y designa de igual modo tanto la autoría en los delitos comisivos imprudentes como en los delitos omisivos imprudentes ⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ *Ob. Cit.*, p. 176.

⁴⁵⁵ Para BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 12, en la dogmática española predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe inferirse de cada uno de los tipos penales de la Parte especial y, por tanto, *autor es quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico*. Esta doctrina, probablemente mayoritaria, distingue entre autoría y participación según *el aspecto exterior* de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir formalmente bajo verbo del tipo penal. Las posibilidades de esta inferencia son prácticamente inexistentes si no se recurre previamente a un criterio para distinguir al autor de quienes sólo toma parte de forma diversa de la autoría. Precisamente, ese es el criterio, como dijimos, que no proporcionan los tipos de la Parte especial y ello permite poner en duda la tesis de la doctrina mayoritaria.

Por el contrario, un concepto distinto de autor, contrapuesto al concepto de la teoría formal-objetiva, lo proporciona la *teoría del dominio del hecho*. Según ésta, es *autor* quien domina la realización del hecho y *partícipe* todo aquel que sin dominar la realización del hecho hace alguna aportación para su realización. A pesar de no ser ésta la doctrina dominante en nuestro país, la distinción que el Código Penal español hace entre autoría y participación, en virtud del reconocimiento legal de las formas de autoría mediata y de la coautoría (art. 28 CP), no sólo no impide tomar como punto de partida la teoría del dominio del hecho, sino que en realidad lo favorece. Probablemente, por esta razón también la jurisprudencia –particularmente constante la del Tribunal Supremo en los últimos años– tiene cada vez de forma más clara a fundamentar sus decisiones con apoyo en la teoría del dominio del hecho.

Sin embargo, esta teoría no puede ser vista en la actualidad como una explicación adecuada de todos los problemas de la autoría en tipos penales contenidos en la ley. En este sentido, la teoría del dominio del hecho se ha demostrado insuficiente para determinar la autoría y la participación en relación a los tipos de los *delitos de omisión*, los delitos imprudentes, los *delitos especiales* y, aunque por distintas razones, los *delitos de propia mano*.

ROXIN también plantea la cuestión de cómo determinar el contenido del deber, es decir, qué elementos materiales configuran el concepto de lesión del deber de cuidado, brinda una serie de directrices según las cuales podría elaborarse una teoría de los deberes. Distingue cuatro categorías de deber de las cuales pueden resultar los límites del deber:

a) La primera consistiría básicamente en una labor de interpretación del tipo de injusto imprudente en cuestión y del señalamiento de los límites de cada tipo en particular.

b) La segunda es una labor de inducción, partiendo de determinados sectores como el comportamiento en el tráfico, en el ámbito de la medicina y en el de la construcción, se pueden extraer deberes especiales que son específicos de estas situaciones típicas y así formular nuevos criterios unidos a los que ya existen como la previsibilidad, la adecuación social o el riesgo permitido, con lo que se llegaría a nuevos conceptos jurídicos generales que podrían constituir los elementos estructurales fundamentales de una dogmática de la imprudencia definida en cuanto al contenido.

B. La teoría de JAKOBS

Nominalmente JAKOBS califica a su concepción respecto del delito imprudente como unitaria.

En un primer momento JAKOBS acepta el concepto unitario de autor, pero comienza a realizar restricciones que lo alejan diametralmente del punto de partida.

Diferencia entre delitos institucionales y delitos de organización, genera así consecuencias en el ámbito de la participación, pues en la primera clase de delitos sólo es posible la autoría; todo el que infrinja su deber especial será considerado como

autor; corresponden a estos delitos los llamados por ROXIN delitos de infracción de un deber.

Sin embargo, en los delitos denominados de organización es posible la participación en sentido estricto: en el quebrantamiento del rol común puede existir una organización conjunta con otros. Por tanto en esta clase de delitos se pueden diferenciar distintas formas de intervención en el momento de organizar un riesgo común ⁴⁵⁶.

Hecha esta distinción, JAKOBS dispensa a aquellos supuestos en los que un sujeto se organiza conjuntamente con otros, y para ello es imprescindible detenerse en la ubicación de esta cuestión. JAKOBS trata el problema dentro de lo que él denomina como primer escalón de la imputación objetiva: imputación del comportamiento, cuya función consiste en dibujar exactamente la fronteras del tipo objetivo y explicar el sistema de imputación que rige e una determinada sociedad en un momento determinado.

Estaremos ante delitos de organización cuando el sujeto actúe dentro del ámbito de organización del comportamiento en general y el hecho suponga el quebrantamiento o ruptura de un rol común. El individuo tiene derecho a la libre administración de su propio ámbito organizativo mientras no traspase la frontera de los ámbitos de organización ajenos.

⁴⁵⁶ Para profundizar, cfr. G. JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Editorial Ángel Editor, México 2002. Sobre el pensamiento de JAKOBS, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Los delitos de infracción de deber”, *ob. cit.*, pp. 461 y 462. “En verdad, cuando se aplica la teoría del delito de infracción de deber de una forma consecuente, hay que concluir, rotundamente, que dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios, o, dicho de una forma más exacta, para una diferenciación entre delitos de infracción de deber propios e impropios (o “delitos especiales propios” y “delitos especiales impropios” en la terminología tradicional). O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber –tampoco “impropio”-, o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente. Pretendidas “agravaciones del contenido del injusto” de un delito de infracción de deber... Estar obligado positivamente significa tener que edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, y, en verdad con independencia de si a la vez, se hubiera dañado una institución negativa, del funcionario de prisiones que comete el delito de favorecimiento de quebrantamiento de condena, por acción), esto es, independientemente de si, en la terminología habitual, hay un denominado delito común subyacente o no. La institución negativa, como vimos partiendo de la tradición iusfilosofica, ha de ser diferenciada de forma clara de las instituciones positivas”.

La libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo; por lo tanto, varias personas pueden armonizar entre sí sus organizaciones, de tal forma que, comportándose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y, también conjuntamente, respondan como colectivo. El ámbito de organización conjunta de comportamientos es pues el ámbito de intervención accesoria, es decir, en los delitos de organización conjunta de comportamientos es posible la participación en sentido escrito pues es posible diferenciar diferentes formas de intervención en la organización de un riesgo común⁴⁵⁷.

JAKOBS entiende que la accesoriedad, atendiendo al principio del hecho, no es la imputación a un interviniente no ejecutor del injusto ajeno, sino que se le debe imputar o hacer responsable por su propio injusto.

En palabras de GARCÍA DEL BLANCO: “La accesoriedad para JAKOBS no sólo cumple el sentido limitador de la responsabilidad con relación a las formas de participación *stricto sensu* (en el ordenamiento jurídico-penal alemán, el inductor y el cómplice), sino de todo aquel que interviniendo en el delito no sea el ejecutor final del tipo. Es decir, la limitación de responsabilidad deriva del principio de accesoriedad afectará tanto al inductor, el cómplice como al coautor. Por otra parte, también cumple una función extensiva de la responsabilidad que permite que todos respondan por el hecho realizado conjuntamente, es decir, accesoriedad en sentido cuantitativo. Para poder imputar el hecho finalmente realizado por el aejecutor se exigirá que la aportación del interviniente desde un punto de vista objetivo implique la capacidad de co-configurar la realización del hecho, estableciéndose una comunidad normativa entre dicho interviniente previo y el ejecutor”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷Cfr. *Derecho penal, Parte general*, pp. 266 y s. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, p. 198, detalla que el posicionamiento de JAKOBS genera “diferencia entre delitos de competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional, dependiendo del riesgo típico de la clase de competencia organizada o institucional. Aunque la responsabilidad penal siempre tiene como fundamento para JAKOBS el quebrantamiento de un rol, dependiendo de que clase de rol se infrinja, roles especiales o roles comunes, estaremos ante delitos institucionales o ante delitos de organización”.

⁴⁵⁸*La coautoría en Derecho penal*, pp. 200 y 201.

C. Tesis de Lesch

Afirma la restricción de la responsabilidad en los delitos imprudentes a través de una teoría de imputación objetiva y especialmente por medio de la prohibición de regreso, así como la distinción basada en un criterio cuantitativo.

Lo que se debe formular y estructurar de manera restrictiva, no es el concepto de autor, sino el concepto de tipo, del injusto y de imputación objetiva. Lo único que tienen en común el concepto restrictivo de autor y la construcción de LESCH es el concepto de ejecución⁴⁵⁹, la cual no prejuzga ninguna forma fijada o establecida de autoría y participación.

Ahora bien, las formas de participación también son analizadas por este doctrinario. Afirma que no es posible una diferenciación entre tantas formas de participación si se sigue un criterio cualitativo en atención a la realización del tipo y de la definición de ejecución, sino que tal diferenciación sólo se puede conseguir partiendo de criterios cuantitativos, ya que la responsabilidad tiene el mismo fundamento para todos los intervinientes y sin embargo las cuotas de responsabilidad son diferentes en cuanto existen amenazas de pena diferentes.

Por tanto, la autoría y la participación no se encuentran dentro del tipo. Ellas no califican la imputación en sí, sino meramente las cuotas de responsabilidad respectivas como momento parcial de la imputación; se trata de consideraciones de medición de la pena integradas en la imputación y tipificadas en distintas formas de intervención, las cuales se orientan en el *quantum* respectivo de la intervención⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹LESCH entiende por ejecución la limitación del comportamiento típico a aquella conducta imputable que lleva al resultado directamente, es decir, sin la intermediación de una acción punible posterior.

⁴⁶⁰Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Colombia 1995, p. 119.

Finalmente, podemos sostener que LESCH basa su construcción en tres pilares fundamentales:

- Restricciones a la responsabilidad penal que deben hacerse en el tipo, en el injusto y en la imputación objetiva que concibe como criterios normativos.
- Las formas de intervención no dan ningún contenido ni sentido a la imputación objetiva, sólo sirven para señalar las cuotas de responsabilidad una vez que se haya valorado la conducta normativamente a través de los criterios de imputación objetiva. Estas cuotas de medición tiene su reflejo en la aplicación de la pena.
- La imputación accesoria tiene un contenido netamente objetivo y se aplica tanto en los delitos imprudentes como en los delitos dolosos.

D. Criterios de dominabilidad

Bajo este sustantivo se agrupan las construcciones de autores que tienen un elemento común en sus definiciones respecto de la autoría imprudente. Tal elemento es la potencialidad, es decir la posibilidad del ejercicio de un dominio o de un control sobre el hecho. Estos autores suelen negar un dominio efectivo o real del autor imprudente, ya que parten en su mayoría, de las posturas metodológicas del finalismo.

En el delito imprudente no hay una conciencia de la producción de resultado lesivo, por lo que la acción de un delito imprudente no va dirigida a la producción de un resultado determinado, y si esto es así, no puede haber un dominio concreto y efectivo por un sujeto que no dirige su conducta hacia ese fin, sino que como máximo sólo puede haber una posibilidad de control o de dominio: existe un dominio potencial, y éste es el criterio que estos autores consideran propio y adecuado para distinguir entre autoría y participación en estos delitos.

Otra idea que reiteran estos autores es la de ámbitos de responsabilidad, considerados como el pilar central del que deriva el concepto normativo de la dominabilidad, en tanto que para otros autores es precisamente la categoría de ámbitos de responsabilidad la que denota el contenido a los conceptos de dominabilidad o controlabilidad.

IV.- Posición personal

Llegados a este punto, se ha podido mostrar que el deber de cuidado no es un concepto relevante en el ámbito de la imprudencia, sino un criterio general de imputación, el cual es reconocido no solo en el ámbito penal, sino también administrativo, cabe citar de ejemplo el siguiente criterio jurisprudencial:

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVIII, Agosto de 2003, pág. 1832:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCIPIOS QUE RIGEN SU CONFIGURACIÓN. En el terreno de la responsabilidad administrativa, la omisión, social y jurídicamente relevante, estará referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su existencia. No hay una omisión en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción concreta. De aquí se desprende que el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad), han de estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. La omisión administrativa es, entonces, la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un servidor puede realizar, al ordenamiento jurídico administrativo sólo le interesa aquella que la administración pública espera que el servidor haga, porque le está impuesto el deber legal de realizarla. La

responsabilidad administrativa omisiva consiste, por tanto, invariablemente en la inobservancia de una acción fijada que el servidor tenía la obligación de efectuar y que, además, podía hacer; luego, ésta es, estructuralmente, la infracción de un deber jurídico. De esta suerte, lo esencial en esta responsabilidad es el incumplimiento de un deber, al omitir el servidor una acción mandada y, por tanto, esperada con base en el ordenamiento jurídico, con la puntualización de que la omisión también puede presentarse como una infracción de resultado, al vincularse el "dejar de hacer" a una consecuencia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 130/2003. 12 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel ROJAS FONSECA. Secretario: Jorge Arturo Porras Gutiérrez.

Ahora bien, es importante reiterar que resulta diferente el deber de cuidado al asumido por riesgo permitido ya que el primero hace referencia a una conducta esperada, en cambio el contexto del riesgo permitido hace que lo relevante no está basado en lo que se debió o no hacer sino lo que ha hecho el autor es crear un riesgo jurídicamente desaprobado, valorándose la conducta realizada negativamente, de ahí que la posición sostenida por DEL CASTILLO CODES sea la más adecuada citar: “De esto se derivan dos consecuencias: la primera, que los delitos dolosos e imprudentes no presentan diferencias en el plano objetivo, pues en ambos está constituido por la realización de una conducta que genera un riesgo no permitido; en este sentido, se afirma que, si bien desde el punto de vista subjetivo y de acuerdo con la representación “ex ante” del agente, la imprudencia conlleva una menor peligrosidad objetiva, sin embargo, objetivamente, el riesgo que genera una conducta imprudente es el mismo que lleva aparejada una dolosa: así, el conductor que se dirige con su vehículo a 80 kilómetros por hora hacia unos viandantes que están cruzando la calzada a través de un paso de cebra, crea un riesgo objetivamente desaprobado, tanto si el conductor obra dolosa como imprudentemente. La segunda consecuencia, íntimamente relacionada con la anterior, consiste en que, la única diferencia entre ambas especies delictivas se encuentra en el ámbito subjetivo, de manera que el dolo requiere *conocimiento* de la

parte objetiva del tipo, mientras que la imprudencia se caracteriza por la *cognoscibilidad individual* –no objetiva– del tipo objetivo. Por consiguiente, tanto el dolo como la imprudencia son elementos de la imputación subjetiva, que se proyectan sobre el hecho objetivamente desvalorado en el tipo penal de modo que, es necesario definirlo como un hecho objetivamente desvalorado por el Derecho Penal, configurándose así el injusto como “un juicio biodimensional, lo que obliga a analizar las dimensiones objetivas del hecho antes de analizar la dimensión subjetiva del mismo”.⁴⁶¹ Finalmente, la propuesta para el soporte argumentativo dado por el autor, es el criterio asumido por “riesgo permitido”, en palabras del autor “el delito imprudente se configura, objetivamente, a través de la creación de un foco de riesgo no permitido, para cuya prohibición han sido tenidos en cuenta concretos resultados a bienes jurídicos también concretos, y subjetivamente, por el efectivo conocimiento por parte del sujeto, de que actúa ante dicha situación. De esta forma, es evidente que lo prohibido no es el resultado lesivo, sino los factores objetivos que han hecho posible su producción, es decir, el llamada “disvalor de hecho”⁴⁶².

⁴⁶¹*La imprudencia: autoría y participación*, pp. 59 y 60. Desarrollando el autor un potencial crítico a las diversas posiciones que aparentemente sostienen criterios normativos para explicar las formas de intervención delictiva, pp. 84-103.

⁴⁶²*La imprudencia: autoría y participación*, p. 135. Para ahondar más sobre este criterio de riesgo permitido, véase entre otros, PÉREZ DAZA, Abraham, *El principio de confianza en el derecho penal*, tesis de licenciatura, inédita, 2004, pp. 83 y ss.; ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, INACIPE, 2006, pp. 85 y ss.; MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación objetiva en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Madrid, 2009, pp.99-133.

CAPÍTULO XI

TEORÍA GENERAL DE LA COAUTORÍA CULPOSA.PRESUPUESTOS DOGMÁTICO- CONCEPTUALES

I.- Introducción

La posición tradicional sobre la coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos. La coautoría supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, es necesario que sea además, esencial de lo contrario, estaríamos frente a la complicidad como forma de participación.

De ahí que, el posicionamiento doctrinario tradicional sobre la coautoría sea en el entendido que cuando varias personas de común acuerdo, siguen un plan y toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, dominando el hecho entre todos, la coautoría que supone una división del trabajo, aunque no basta con cualquier aporte dentro de esa distribución de funciones, sea necesario además esencial, de lo contrario estaríamos frente a la complicidad como forma de participación, por tanto, la coautoría imprudente no es punible.

Sin embargo, en los últimos años la doctrina alemana y en cierta medida también la española, han planteado la diferencia entre autoría y participación imprudente a partir de la teoría de la prohibición de regreso y del principio de

autorresponsabilidad permitieron ceñtrarse la atención en la viabilidad de delimitar desde una perspectiva objetiva y normativista la intervención de esferas de responsabilidades y de deberes de garantía dentro de un determinado ámbito de competencia en la medida en que su conducta, además de lesionar el bien jurídico, se desarrolla con independencia y autonomía respecto de las demás conductas que concurren en la producción del resultado.

De esta forma, la idea central de este capítulo será establecer las bases normativas para la identificación de la creación de un riesgo que se produce directamente en el resultado, para ello se requiere repasar conceptos básicos como norma, imputación, acción en sentido comunicativo y lealtad.

II.- Norma e imputación

En los últimos tiempos viene desarrollándose una evolución en la dogmática penal que tiende a atribuir un contenido normativo al tipo objetivo que excede de la descripción de un determinado resultado o de un determinado comportamiento. Lo anterior es advertido por JAKOBS en el prólogo a la primera edición de su *Manual*⁴⁶³: “ante la renormativización y la funcionalización de todos los conceptos jurídico-penales, la contraposición entre los delitos de comisión y los delitos de omisión perdería su nitidez, dados que ambos radican en la competencia por organización o también en una competencia institucional”. Por ello es habitual que en las exposiciones de la teoría de la imputación objetiva se produzca una contraposición entre la cuestión puramente objetiva, o completamente científico-natural, de la

⁴⁶³ *Derecho penal*, p. XXI; posteriormente, en su artículo publicado en 1997, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma*, afirma la convicción de que el Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad de la siguiente manera: “...se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta”.

Imputación objetiva

causalidad y la puramente normativa de la imputación objetiva. Por esta razón, la segunda de estas cuestiones es tratada totalmente independiente de la primera ⁴⁶⁴.

Se afirma que al tipo se le confiere la función de llamada, pues está dirigido a su captación intelectual por el ciudadano para que, de acuerdo con la norma primaria que subyace en la norma penal, guíe su conducta hacia la no realización de la conducta prohibida (delitos de acción) o bien hacia la conducta ordenada para la salvaguarda de un bien jurídico en peligro (delitos de omisión) (...) Por ello, se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales sino a un individuo que lo asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad político-criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente para el particular y la sociedad ⁴⁶⁵ (...).

En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, por tanto, se deben determinar cuáles de esas conductas se pretenden vía prevenir a través del tipo. Sólo aquellas conductas así identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, típicas ⁴⁶⁶. En este contexto lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulando por aquella - desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto”.

En este sentido, se puede resumir que el criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico-penal se halla, más bien, en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en al construcción del sistema. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido de cada categoría, ello en función de cambios valorativos

⁴⁶⁴ Recientemente CERLETTI, *Juicios de imputación y juicios causales*, Libro Homenaje al Prof. JAKOBS, tomo II, p. 240, plantea la siguiente problemática con los planteamientos de JAKOBS “¿Cuál es la relación que existe entre los juicios de causalidad y los juicios de imputación?”, evidentemente en este trabajo, CERLETTI, trata de aclarar que en JAKOBS existe cierta continuidad (y superación) de la lucha de Welzel, quien se propuso en su tiempo liberar a la dogmática de “las famosas cadenas de la causalidad, cuyo chirriar anuncia desde lejos al jurista penal”. Hoy, como en aquel entonces su maestro, carga por ello con el ropaje de hereje”.

⁴⁶⁵ Véase DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo*, Porrúa, México, 2001, pp. 82 y 83.

⁴⁶⁶ DÍAZ-ARANDA, *Dolo*, pp. 84 y 85.

o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho Penal y del sistema de la teoría del delito.

Sin embargo, no puede negarse que en la actualidad cabe distinguir con cierta claridad al menos dos corrientes funcionalistas: una *moderada* y otra *radical*, cuyas conclusiones son en poca medida diferentes. Ambas se distinguen, al parecer, en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista.

ROXIN, en su *Manual*⁴⁶⁷, intenta elaborar, desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste, para ROXIN, sobre todo, en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.

Para ROXIN, el fin de la pena es la prevención tanto general (positiva integradora) como especial, pero, en aras a la libertad limitada por el principio de culpabilidad. Por tal razón, este autor presupone que de ello “resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor”⁴⁶⁸.

“La necesidad preventiva del castigo, que debe admitirse según el criterio del legislador, se deriva justamente en el caso normal de la interpretación teleológica tiene

⁴⁶⁷ De suma importancia resulta la tendencia iniciada con su monografía *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, España. p. 19, que partiendo de un punto de vista teleológico del Derecho penal intenta superar, por un lado, la división entre finalistas y causalistas y, por otro, el análisis puramente sistemático del concepto de delito, introduciendo como criterio rector final para la resolución de problemas dogmáticos la política criminal. Y actualmente en su espléndido manual de *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...* p. 203.

⁴⁶⁸ ROXIN, *La evolución de la política criminal*, p. 59.

Imputación objetiva

que considerar siempre el punto de vista de la necesidad de la pena. Pero sobre todo, la cuestión en torno a la necesidad preventiva del castigo surge en las causas de exculpación, dicho más exactamente: aquella siempre tiene que considerarse junto con la cuestión relativa a la culpabilidad cuando se trata de los motivos de exclusión de la responsabilidad penal”⁴⁶⁹.

A partir de estos criterios reintroduce el concepto de “imputación” en la tipicidad: la imputación objetiva como sistema superador del dogma causal. Mientras que el tipo objetivo en las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la “realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”, sustituye con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas⁴⁷⁰.

A la antijuridicidad corresponde la catalogación de valores ordenadores de la vida en sociedad, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, etcétera, que sirven para comprobar si un hecho típico puede ser admitido por el ordenamiento jurídico como permitido.

Y la culpabilidad trataría de averiguar si el sujeto es “responsable” del hecho cometido, y si existen razones de prevención que justifiquen la imposición de una pena⁴⁷¹.

ROXIN vuelve a un sistema bipartito del concepto de delito en el que los elementos fundamentales del sistema del Derecho Penal vienen constituidos por dos juicios de desvalor: el injusto penal y la responsabilidad. Por ello, tipicidad y antijuridicidad se engloban en un único elemento en el que se distinguen elementos

⁴⁶⁹ROXIN, *La evolución de la política criminal*, p. 61.

⁴⁷⁰ Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo; pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un esta rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido. Al respecto consúltese el artículo de ROXIN, *Reflexiones Sobre La Problemática de la Imputación en el Derecho Penal*, en Problemas básicos de Derecho Penal, Madrid, España, Reus, 1976. pp. 128 y ss.

⁴⁷¹ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, p. 204.

que han de concurrir positivamente y aquellos que deben estar ausentes como elementos negativos (causas de justificación). Afirma que la impunidad, para los casos de desistimiento voluntario, sólo puede explicarse a partir de la teoría de la pena ⁴⁷².

Lo anterior es únicamente una muestra de cómo ROXIN demuestra que la teoría de la pena es “sumamente fructífera” también para la dogmática y el sistema de Derecho penal. Lo cual, contribuye a la solución políticocriminalmente satisfactoria de muchos problemas objetivos y conduce a una nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como «culpabilidad»⁴⁷³.

Al mismo tiempo que ROXIN elabora su sistema estructurado en la política criminal y su vinculación con la dogmática y el sistema de Derecho Penal, se encuentra un interesante sistema propuesto por Günther JAKOBS, que, sin rechazar por completo la influencia de WELZEL ⁴⁷⁴, su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente distintos a los del finalismo⁴⁷⁵, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etcétera; no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática –en palabras de ROXIN– estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de LUHMANN⁴⁷⁶). Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para JAKOBS, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la

⁴⁷²ROXIN, *La evolución de la política criminal*, p. 62.

⁴⁷³ROXIN, *La evolución de la política criminal*, p. 63.

⁴⁷⁴Aunque JAKOBS en su propio manual es tajante al referirlo en su prólogo a la primera edición de su manual de derecho penal.

⁴⁷⁵Véase con más detalles sobre la iniciación del sistema de JAKOBS, PEÑARANDA RAMOS, et al., *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, España, Civitas, 1997, pp. 17 y ss.

⁴⁷⁶POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Porrúa, México, 2001, pp. 24 y s. Al igual que otros sociólogos anteriores, como Talcott PARSONS, LUHMANN pretendió a lo largo de una bibliografía casi inabarcable, elaborar desde una perspectiva crítica una “teoría general de la Sociedad”, en la que conjuga con admirable coherencia la construcción teórica con el funcionalismo práctico y dinámico. Esta teoría recibe la denominación de “Estructuralismo Funcional” o “Constructivismo”. Desde esta perspectiva, la teoría de LUHMANN concibe la sociedad como un sistema autorreferente y autopoietico que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones.

culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, esto es, que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la “adscribe” conforme al criterio de lo que es necesario para el “ejercitamiento en la fidelidad al Derecho”, sin tomar en consideración las capacidades del autor⁴⁷⁷.

En todo caso, mucho se ha hablado, escrito y discutido en los últimos años sobre la influencia de la teoría de los sistemas sociales en el pensamiento de JAKOBS. Suele casi generalmente afirmarse que la construcción de JAKOBS se debe en gran parte a las aportaciones de LUHMANN en el ámbito de la Sociología.

POLAINO NAVARRETE, definitivamente gran conocedor de la dogmática funcionalista⁴⁷⁸, opina que “sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y -en consecuencia- no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema”⁴⁷⁹.

Con base en esta opinión más que digna de estudio, pone de relieve según JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica y que no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no puede decir nada sin atender a la misión del Derecho Penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se imputa se muestra como un concepto funcional. Con ello no se pretende afirmar que, mediante la apelación a la función del Derecho Penal, se haya encontrado un punto con cuya ayuda se puedan fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todos. Por el contrario, toda proposición de

⁴⁷⁷ROXIN, *Derecho penal, Parte general...* p. 204.

⁴⁷⁸ En México se pueden consultar, bajo la postura de este pensamiento, DAZA GÓMEZ, *El Funcionalismo Hoy*, Criminalia, México, 1999, pp. 146; MÁRQUEZ PIÑERO, *Fundamentación básica del Derecho penal*, en Criminalia, México, Mayo-Agosto, 1999, pp. 43 y 44.

⁴⁷⁹ *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal...*, p. 30.

la Dogmática Penal padece las mismas inseguridades que sufre la consecución de un acuerdo sobre la función del Derecho Penal ⁴⁸⁰.

Todo ello indica que, si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como *funcionalismo radical*, mientras que el de ROXIN y sus discípulos sería más bien *moderado*, lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal.

En este contexto, al volver al estudio de los delitos de lesión es necesario que el resultado fuera objetivamente previsible y dominable. De esta forma, los momentos conducentes a la imputación objetiva en los delitos materiales se presentan detalladamente de la siguiente forma:

- a) Es preciso, en primer lugar, una acción peligrosa.
- b) Esa acción ha de encontrarse jurídico penalmente prohibida, es decir, hallarse en contradicción con la norma base del tipo.
- c) La peligrosidad de la acción a de conducir progresivamente al peligro y en su caso, el resultado lesivo descrito en el tipo de delito.

Lo que con esa matización requiere indicarse es que la imputación objetiva descansa fundamentalmente en la acción peligrosa prohibida, con una causal de posterior resultado prohibido ⁴⁸¹, en palabras de OTTO ⁴⁸²: “hay que comprobar que el autor ha creado un peligro para el bien jurídico que excede la medida permitida, que se realizó en la lesión del bien jurídico, a pesar de que aquél disponía de la posibilidad de evitar la lesión del bien jurídico”.

⁴⁸⁰JAKOBS, *Derecho penal, Parte general*, Prólogo, p. V.

⁴⁸¹ Por ejemplo, DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, p. 101, el allanamiento de morada, la imputación objetiva del tipo se agota en la subsunción en los elementos tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial.

⁴⁸²OTTO, *Diagnosis*, p. 87.

Imputación objetiva

Ejemplo: A dispara a B con dolo homicida, éste sólo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo ⁴⁸³.

Existe acuerdo unánime en que en situaciones como ésta sólo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando la jurisprudencia y la doctrina dominante lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque éste ha de extenderse al curso causal concreto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la consumación del hecho no sólo fracasa por la falta de dolo. Y como la tentativa que en todo caso hay que afirmar que concurre, también presupone un dolo homicida, sólo se puede negar el dolo respecto con el concreto resultado homicida si la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una “acción de matar” en el sentido del tipo.

Esta es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo. En consecuencia, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa. Esto es, para determinar penalmente responsable al sujeto, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido ⁴⁸⁴.

⁴⁸³ ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, p. 363.

⁴⁸⁴ Cfr. entre otras la jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Amparo directo 63/93. José Isaías Sánchez García. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto TRUJILLO ALTAMIRANO. Secretario: José Neals André Nalda. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1988, Segunda Parte, Jurisprudencia número 1652, p. 2677. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XII-Noviembre. Tesis: Página: 424. Tesis Aislada; SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 365/89. Silvestre Pérez Vera. 23 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis CABALLERO CÁRDENAS. Secretaria: Graciela M. Landa Durán. Véase: Jurisprudencia 228/85, Segunda Parte. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 469. Tesis Aislada.

Sin embargo, para FRISCH, faltaría la atribuibilidad del resultado al dolo, en cuanto que el curso causal concebido y el curso causal efectivo difieren de manera considerable. Por ello, FRISCH determina que el objeto de la teoría de la imputación objetiva sería el nexo que ha de existir entre un comportamiento previamente calificado de típico y el resultado para poder considerar realizado el tipo objetivo en cuestión, limitándose, a la realización del peligro en el menoscabo, es decir, la denominación “nexo de riesgo”⁴⁸⁵.

FRISCH insiste en que este “esquema articulado de manera más o menos precisa conduce a no imputar al autor el resultado causado (y objetivamente apto para ser perseguido como fin) cuando aquél no ha aumentado el riesgo de su producción, sino que, por el contrario, lo ha disminuido”⁴⁸⁶.

En cambio, la postura de BUSTOS RAMÍREZ⁴⁸⁷ se basa en que la imputación objetiva “no es admisible en el plano de la tipicidad, ya que lo básico en la tipicidad es un proceso valorativo de determinación de una situación típica (atribución), constituida por un proceso interactivo entre sujetos. Su inclusión en la tipicidad objetiva podría encerrar para el futuro el peligro de una ampliación mucho mayor de la punibilidad, que lo que significó la aceptación de la causalidad como criterio de asignación de resultados”⁴⁸⁸, sino que tiene “su lugar sistemático en la antijuridicidad”⁴⁸⁹, pues es en este plano en el que se consideran todas las valoraciones así también las desvaloraciones que integran a todo el ordenamiento jurídico, no solamente siendo de la norma, esto es un mandato o una prohibición.

⁴⁸⁵ Citado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 42; el mismo FRISCH, en su monografía “Conducta típica e imputación del resultado”, emprende una separación entre “conducta típica” e “imputación del resultado”; según ello, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta dónde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras a la teoría de la imputación pertenece “únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado”. Al respecto, ROXIN, *Derecho penal*, p. 365, señala que en esa separación no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata siempre de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante.

⁴⁸⁶ FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 26 y s.

⁴⁸⁷ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación objetiva*, temis, Bogotá, 1996, p. 35.

⁴⁸⁸ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación objetiva*, p. 36.

⁴⁸⁹ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Imputación objetiva*, p. 36.

En la misma postura, TORÍO LÓPEZ⁴⁹⁰ considera que la “teoría de la imputación objetiva despliega una función central actualmente en la doctrina de la antijuridicidad, en la que se destaca que la conexión causal entre la acción y el resultado no fundamenta todavía la responsabilidad por el hecho”. Por su parte, WOLTER sostiene que el criterio de la imputación objetiva debe de abarcar todo el sistema del Derecho penal⁴⁹¹.

Nuestra posición, por el contrario, se halla dentro de la línea de los que consideran que a la imputación objetiva debe ubicarse en la tipicidad, (entendida como un elemento del tipo objetivo) para ofrecer mayor seguridad jurídica, como más adelante lo demostraremos.

III.- Sobre el concepto de acción: la acción comunicativa expresiva de sentido

En el Libro Homenaje a Hans WELZEL con motivo de su 70 aniversario, JAKOBS desarrolla un concepto de acción, en el que sustituye la finalidad por el requisito de evitabilidad y, la configura con la producción de un resultado individualmente evitable⁴⁹². JAKOBS parte de la base de que a la norma como pauta de comportamiento para el autor potencial, sólo le resulta alcanzable aquel comportamiento que la persona desarrollaría si estuviera motivada para ello. Pero esta frase condicional no se dirige a la probabilidad psicológica o a la oportunidad de un comportamiento determinado, ni a la rectitud normativa del comportamiento, sino que es puramente hipotética. En este sentido, un comportamiento es evitable si el autor, de haber tenido un motivo para evitarlo, hubiera podido evitarlo realmente⁴⁹³.

⁴⁹⁰TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza de la imputación objetiva*, p. 3.

⁴⁹¹WOLTER, *La imputación*, p. 65.

⁴⁹²*Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1974, pp. 307 y ss.

⁴⁹³En este sentido JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, p. 73.

Este concepto de acción abarca toda actividad final, toda omisión consciente y toda actividad y omisión individualmente culposa. Además, añade JAKOBS que, mediante la determinación de la posibilidad de gobierno como decisiva, el concepto de acción no se orienta según los elementos positivos del comportamiento (por ejemplo, la voluntad, la conciencia, la causalidad), sino siguiendo el objetivo de la norma de conseguir la evitación de determinados comportamientos, según las condiciones de la posibilidad de evitación; luego la interpretación de la norma como pauta de comportamiento abarca también el objeto de valoración en las reacciones que se producen de modo inconsciente (por ejemplo, automatizado) o sin querer (por ejemplo, en determinadas situaciones de pasión).

Posteriormente, JAKOBS trata de nuevo el concepto de acción ⁴⁹⁴, en el cual deja claro que “el concepto de acción, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcla de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para él”.

De hecho, precisamente a este aspecto se refería Armin KAUFMANN cuando afirmaba que la discusión sobre la acción era, en realidad, una discusión sobre el contenido del injusto ⁴⁹⁵.

Pero, más adelante, el propio JAKOBS afirma en la búsqueda de la dimensión de sentido del hecho para el Derecho penal, que la esencia de la acción es la causación *imputable* ⁴⁹⁶, con lo cual se integra al concepto de acción la idea de la objetivización del no reconocimiento de la vigencia de la norma y, adicionalmente, la culpabilidad ⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ *El concepto jurídico-penal de acción*, en Dogmática penal moderna, Porrúa, México, 2000, pp. 46 y ss.

⁴⁹⁵ Citado por SILVA SÁNCHEZ, *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, Libro-Homenaje Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 979 y s.

⁴⁹⁶ *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 113.

⁴⁹⁷ *Estudios de Derecho penal*, pp. 116ss. y 121 y ss.

Ahora bien, de los elementos (antijuridicidad y culpabilidad), que JAKOBS incluye en su concepto de acción, SILVA SÁNCHEZ explica que “debe quedar fuera el primero: hay acciones que lo son –capaces de sentido, también para el Derecho penal– y que no niegan la vigencia de la norma; si no, no se sabe qué sería el comportamiento de quien se defiende legítimamente o, más general, todos los actos de obediencia al Derecho penal.

En realidad, debe admitirse que el Derecho penal reconoce como «acciones» otros procesos distintos de aquellos que expresan la objetivación del no reconocimiento de la norma. Por ejemplo, el desistimiento voluntario, que si algo objetiviza es precisamente el reconocimiento de la norma. Dado que un proceso que no tiene sentido jamás podría modificar el sentido de otro que sí lo tiene, y resulta que el desistimiento voluntario (por citar sólo este ejemplo) es acción para el Derecho penal, sin objetivar el no reconocimiento de la norma, sino justamente todo lo contrario”⁴⁹⁸.

Evidentemente, esta postura deriva de un trabajo anterior⁴⁹⁹, en el cual concienzudamente estudia y distingue el papel correspondiente a la norma de conducta y a la norma de sanción (o, llanamente, la sanción) en la construcción de la teoría del delito⁵⁰⁰, de lo cual obtiene la aceptación de una concepción integradora de la teoría del delito como teoría de la antinormatividad (infracción de directivas de conducta) y, como teoría de la imputación de la desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas⁵⁰¹.

Pero, en el concepto de acción, los hechos son capaces de tener, entre otros, el sentido de infracción de una directiva de conducta y han de ser expresión de tales autoconciencia y libertad⁵⁰²: “en cambio, la concepción del sistema del Derecho penal

⁴⁹⁸SILVA SÁNCHEZ, *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, pp. 988 y s.

⁴⁹⁹*¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas*, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 559 y ss.

⁵⁰⁰*¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 561.

⁵⁰¹*¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, p. 575.

⁵⁰²*¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, p. 991.

como un sistema de «normas» de valoración o de expectativas de conducta institucionalizadas podría llevar a concepciones diversas”⁵⁰³. El concepto de acción puede tener una configuración distinta en el Derecho penal de las penas y en el Derecho penal de las medidas de seguridad⁵⁰⁴.

IV.- La contradicción de la norma: el concepto de vigencia de la norma

Es cierto que el adelantamiento de la protección se realizaba ya a través de punición de la tentativa, pero con la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión, pues tradicionalmente se considera impune la tentativa imprudente⁵⁰⁵.

Y ello resultaba ser insuficiente en los nuevos ámbitos de riesgo originados por los avances científicos tecnológicos, ámbitos en los que la necesidad de progreso y normal desenvolvimiento de la vida social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites. Con son el caso del tránsito vehicular, el medio ambiente, la manipulación o transporte de sustancia peligrosas, entre otras. En todos estos casos estamos ante conductas peligrosas en sí mismas, pero permitidas siempre que se respeten ciertos límites de riesgo. Y es precisamente la superación de tales límites lo que determina la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales. La norma misma –y no la sanción– ha de convertirse en el esquema determinante de interpretación del mundo, y ello además no para una clase jurídica sino dentro del

⁵⁰³ *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, p. 991: “Siendo la expectativa una construcción social, también su destinatario puede ser socialmente construido. Y los procesos surgidos de aquellos *centros de imputación* socialmente construidos, a quienes se atribuye la frustración de expectativas, pueden ser calificados como acción (hechos capaces de sentido) a pesar de que tales centros de imputación de ningún modo pudieran ser destinatarios de directivas de conducta ni sus hechos expresar, entre otros, el sentido de la infracción de aquéllas”.

⁵⁰⁴ *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, p. 991

⁵⁰⁵ Sobre el particular, véase *infra*, Sección Sexta.

Imputación objetiva

grupo en su conjunto. Una norma que ya nadie considera legítima menos la policía, aunque ésta de modo determinado, fuera de la policía no es una norma válida sino una fórmula de las condiciones de la aplicación de la coacción.

Por lo tanto, un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirige la comunicación, pudiéndose hablar de tal dirección sólo si determina el proceso de fundamentación, y no sólo el resultado de la comunicación ⁵⁰⁶.

Por consiguiente, una norma puede dirigir la comunicación también cuando es quebrantada. Mientras el hecho sea tratado como quebrantamiento de la norma y no como normativamente indiferente, este tratamiento demuestra la vigencia de la norma.

Sea como fuere, la idea de la “vigencia de la norma”, elemento esencial de la construcción de JAKOBS—dice POLAINO ORTS— “ha sido sometida a severa crítica proveniente desde diversos sectores doctrinales, a menudo analizándola como postulado aislado, despojada de otros elementos con los que se imbrica y sin tener en cuenta el contexto funcionalista en que se propugna, lo cual desdibuja sensiblemente el potencial de la crítica” ⁵⁰⁷.

Por tanto, la realidad de la norma no se confunde con su seguimiento; si la norma no fuera real también en su infracción no se trataría de una infracción. La

⁵⁰⁶ Comunicación está como sinónimo del entendimiento general sobre el sistema de reglas aplicado. La interpretación directa de ese sistema es lo determinante, y no el tenor literal de declaraciones.

⁵⁰⁷ Cfr. *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*, en Libro Homenaje al Prof. JAKOBS, tomo II, p. 63, más adelante detalla que “el concepto de vigencia del derecho es ciertamente multívoco. Se emplea en diversos sentidos y más como un problema filosófico o de teoría general del derecho que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular. A lo sumo, cuando se habla de la vigencia de un ámbito jurídico concreto (vigencia del Derecho penal), vigencia del derecho civil, etc.) se suele transportar los principios generales del derecho a las especificidades de cada sector determinado. A este respecto, no es infrecuente entre los teóricos generales del derecho el distinguir tres conceptos distintos de validez o vigencia de la norma, a saber: validez *jurídica*, validez *fáctica* (o *sociológica* o *social*) y validez *ética* (o *moral* o *filosófica*”, p. 67. Por nuestra parte, retomamos esta reflexión de las distintas concepciones sobre el concepto de validez de la norma.

realidad tampoco depende de que el infractor la reconozca: no es conciencia, sino la comunicación acerca de su hecho lo que determina la realidad ⁵⁰⁸.

Entonces, se comprende que la configuración normativa de las expectativas ciertamente no asegura su verificación en la realidad, por lo que el Derecho penal ha de contribuir al mantenimiento de estas expectativas a través de un acto comunicativo que niega la conducta defraudadora. Esta negación se realiza mediante la aplicación de una sanción, con la que el Derecho penal afirma, comunicativamente, que la conducta del infractor no es conforme con ciertas expectativas sociales y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. No obstante, para el mantenimiento de las expectativas normativas, es necesario determinar cuándo se han defraudado. En este sentido, el rol de ciudadano y los roles especiales determinan distintas formas de defraudación que se reflejan en los diversos mecanismos de imputación de responsabilidad.

Es por ello, que el ser humano no puede desarrollarse socialmente sólo con expectativas configuradas cognoscitivamente, pues la propia complejidad del sistema social y su contingencia convertiría el cúmulo de experiencias personales en elementos de juicio poco fiables. Por esta razón, los contactos sociales deben contar principalmente con expectativas normativas: aquéllas que aseguran, al que confía en ellas, que actúa correctamente y que el defecto está en la persona que las ha defraudado. Una persona puede desarrollarse en sociedad sólo en tanto pueda tener expectativas generalizadas, es decir, que posean un consenso social y que en caso de defraudación se mantengan contrafácticamente ⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Para profundizar sobre la comunicación en el Derecho penal, véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, España, 1998. pp. 65 y ss.

⁵⁰⁹ Sobre el particular, refiere GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, España, 1999, p. 34, que es justamente en esta necesidad de la configuración actual del sistema social donde el Derecho despliega su contribución social. Sólo si una norma jurídica, por ejemplo, prohíbe matar, una persona puede estructurar su vida sobre la expectativa de que los seres humanos con los que tiene contacto diariamente respetarán su vida. La función que se atribuye al Derecho, en tal sentido, es la generalización congruente de expectativas que permite a los sujetos de derecho desarrollarse en un sistema social seguro y que confirma la identidad del sistema social.

V.- Lealtad al ordenamiento jurídico

La norma penal no crea nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídico-penal, el derecho penal como un todo, solo tiene sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento.

Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como una norma social y solo posteriormente como norma jurídica penal.

Es claro que la función motivadora de la norma penal solo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de funciones motivadoras de otras instancias de control social. Un Derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho penal puramente represivo, que solo tendría eficacia como instrumento de terror.

Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social será ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el derecho penal.

De tal manera que el Derecho penal materializa los medios con los que cuenta con la función social que le es atribuida por el sistema jurídico: esto quiere decir que, la configuración normativa de las expectativas ciertamente no asegura su verificación en la realidad, por lo que el Derecho penal ha de contribuir al mantenimiento de estas expectativas a través de un acto comunicativo que niega la conducta defraudatoria. Esta negación se realiza mediante la aplicación de una sanción, con la que el Derecho penal afirma, comunicativamente, que la conducta del infractor no es conforme con ciertas expectativas sociales y que éstas siguen siendo modelo de orientación social.

No obstante, para el mantenimiento de las expectativas normativas, es necesario determinar cuándo se han defraudado. En este sentido, el rol de ciudadano y los roles especiales determinan distintas formas de defraudación que se reflejan en los diversos mecanismos de imputación de responsabilidad.

Ante esta situación, el jurista se encuentra ante el dilema de aplicar instrumentos dogmáticamente acuñados y aquilatados que aprehenden dificultosamente las nuevas realidades, o, por el contrario, renunciar a una aplicación estricta de los mismos, “flexibilizándolos” en beneficio de un resultado socialmente aceptable, por más que ello pueda mermar derechos fundamentales, quebrantar las reglas generales de atribución de responsabilidad y resultar de dudosa justificación desde el punto de vista de la función preventiva de las penas.

De ahí la necesidad de garantizar la autonomía comunicativa de *ego*, con la condición de que acepte el perjuicio de la pena como una reacción simbólica a la decepción que produzca por la deslealtad de su acción y, además, al apreciar su acción desde la perspectiva de *alter*.

Resumiendo: la misión de la pena es preventiva en el mantenimiento de la norma como modelo de orientación-racional en el campo de acción de la autonomía comunicativa, tanto por parte de *ego* como de *alter* en los contactos sociales, quienes

confían en una norma, lo que conlleva a que el Estado responda positivamente confirmando la confianza, logrando esto con la prevención general positiva ⁵¹⁰.

No obstante, el tema fundamental será determinar, tal y como plantea GIL GIL, qué es lo que el Derecho penal debe tratar de lograr y qué es lo que debe tratar de evitar (prevenir) ⁵¹¹. Con esto, se permitirá establecer los parámetros de la responsabilidad en las intervenciones delictivas y, entonces, poder estar en condiciones de determinar si es procedente sancionar la coautoría culposa, ya sea por omisión o en grado de tentativa.

⁵¹⁰ A partir de esta consideración, JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 33, explica que si “la prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”.

La prevención general positiva es para JAKOBS, como el ejercicio en el reconocimiento de la norma, que se divide en tres aspectos: ejercicio de la confianza en la norma; ejercicio de la fidelidad en el Derecho, y ejercicio en la aceptación de las consecuencias.

⁵¹¹ *Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal*, en Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir, pp. 9-35.

CAPÍTULO XII

FORMAS Y LÍMITES DE LA COAUTORÍA CULPOSA

I.- Introducción

A lo largo del trabajo se ha mostrado que el fundamento normativo de la imputación facilita las condiciones en la que cada uno de los intervinientes en la comisión de un delito, permite delimitar e identificar con mayor seguridad jurídica la responsabilidad de cada sujeto. Ahora corresponde centrar la atención, especialmente, en la comisión del delito culposo mediante coautoría.

Para ello, se habrá de repasar puntualmente cada uno de los postulados que la doctrina ha marcado como premisas de fundamentación en la comisión culposa, tal como será analizada mediante la coautoría culposa inmediata y mediata, a fin de centrar las bases para el siguiente capítulo correspondiente a la acción en la autoría culposa.

II.- Coautoría culposa inmediata: la realización “autónoma” de cada coautor

Lo constitutivo de la coautoría es el ejercicio del dominio de configuración “equivalente y concertado”. En el acto conjunto de imputación también puede

imputarse un rol constitutivo de coautoría a la contribución objetiva y renunciable a la obra.

En la coautoría el criterio relevante y decisivo es la colaboración en una posición equivalente y concertada de división del trabajo cooperativo en el hecho típico, el poder comunicativo de las conductas en la causación dirigida del hecho conjunto.

Para apreciar el dominio de configuración equivalente y concertado tiene que considerarse la relación con el hecho y si tiene eficacia en la comisión del hecho. En los casos de causación del resultado equivalente pero no concertada, en conductas dolosas, no se da una contribución imputable como coautoría.

Antes bien, hay que probar si, y en qué medida, concurren las condiciones de autoría mediata o inmediata, en cada uno de los autores individuales, en estas condiciones concurre la figura inexistente de la autoría accesoria.

Por consiguiente, comete un hecho como coautor quien realiza su colaboración en el hecho, a través de una contribución relevante, de acuerdo con el contexto del delito, en dominio de configuración equivalente y concertado, por medio de un hacer positivo o de una omisión que infringe el deber ⁵¹².

El criterio de equivalencia concertada origina, como la actuación corporal del que actúa en la autoría inmediata de un solo autor y la superioridad relevante en la autoría mediata, el dominio de configuración por el coautor es el elemento que fundamenta la autoría.

La prueba de este elemento legitima imputar autoría a una contribución al hecho también de aquellas colaboraciones, en las que realmente, no realiza una actuación corporal o sobre cuya realización no dispone de un dominio de configuración superior, pero en la que él agrega también su contribución organizada,

⁵¹²SILVA SÁNCHEZ, SCHÜNEMANN et al., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, pp.316-320.

facultad de actuar consensuadamente en el delito y en las cuales, por lo tanto tiene parte de responsabilidad como autor su coorganización, en el sentido de causación dirigida al hecho.

III.- Coautoría culposa mediata: la utilización culposa de instrumentos

La coautoría mediata existe cuando dos sujetos perpetran el hecho a través de otro. A través exige referencia a mediante o por medio de otro. Quienes cometen el hecho a través de otro, ejercitan dominio de configuración de superior relevancia.

El superior dominio de configuración se ejercita cuando se aprovechan, por los hombres “de atrás”, informaciones desiguales sobre las circunstancias relevantes del hecho, la vejez, la falta de inteligencia, fuerza o estatus diferente, de acuerdo con las condiciones de organización.

Dominio de configuración de superior relevancia se ejercita cuando el dominio de configuración superior es fundamento penal significativo respecto de los presupuestos jurídicos cualitativos que fundamentan la pena del legislador. Este será el caso cuando al hombre de delante –instrumento– el ordenamiento jurídico le libera del fundamento cualitativo de la pena, no por el contrario en los casos de error de prohibición evitable⁵¹³.

Dominio de configuración de superior relevancia puede ser ejercido también por quien, detrás de un autor que actúa de forma completamente delictiva, comete el hecho a través de éste. Este es el caso que se da cuando se utiliza un aparato de poder dentro de una estructura jerárquica y esta organización garantiza el cumplimiento de las órdenes por parte de quien tiene el mayor rango, en tanto esa organización disponga de una ideología criminal.

⁵¹³ *Ibidem.*

La utilización crítica del lenguaje cotidiano exige, en los casos de coautoría mediata, en primer lugar examinar las circunstancias reales, después de esto si se trata, de una situación de poder de decisión relevantemente desigual, con base en una diferente distribución de información sobre las circunstancias constitutivas del hecho; también si se trata de una situación de poder de decisión de relevante desigualdad con base en el desnivel de poder que las condiciones de la organización crean entre los hombres de delante y los hombres de detrás, que fundamentan a favor de los segundos un dominio de configuración superior.

Si esta superioridad es relevante, se determinará con base en la definición del objeto del error adscrito al injusto típico, a través de discrepancia de estatus general de vinculación, determinada según las reglas de responsabilidad penal, así como a través de una relación jerárquica prescrita y limitadora en organizaciones de ideología criminal.

En los casos de no evitación del hecho penal, con especial infracción de deber, es conveniente otra discusión sobre la autoría penal, hay que probar asimismo (más allá de la mera especial infracción de deber) el ejercicio de un dominio de configuración de superior relevancia.

Cuando no se cumple con estos criterios, desaparece la autoría omisiva por falta de un eficaz y constitutivo ejercicio fáctico y efectivo del dominio de configuración de superior relevancia. Sólo se podría afirmar la existencia de participación por omisión.

Ahora bien, abordando la coautoría culposa mediata, normalmente el sujeto que actúa en último lugar en un hecho donde han intervenidos varios es el que está más próximo temporal y espacialmente a la lesión del bien jurídico tutelado⁵¹⁴, con lo que el criterio de proximidad espacio temporal es un elemento a tener en cuenta.

⁵¹⁴ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002, p. 543.

Por el contrario, hay intervinientes cuya actuación está todavía muy alejada de la producción de la lesión, con lo que su peligrosidad es menor y el éxito de la consumación de la lesión siempre dependerá de posteriores actuaciones que probablemente sean las que determinen el hecho.

Por lo tanto, generalmente la intervención de un sujeto posteriormente a la iniciación de un curso causal por otro y que además determina el hecho convertirá al sujeto de atrás en partícipe y al sujeto de delante en autor, siendo entonces el partícipe imprudente impune.

Esa relación de preponderancia de los interventores posteriores y más cercanos al momento consumativo frente a los anteriores y menos cercanos al momento consumativo puede invertirse con la aplicación de la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente.

IV.- Límites dogmáticos a la coautoría culposa

Interesa en el presente estudio claramente resaltar que la defensa que se postula de la posibilidad de apreciación teórica y práctica de la coautoría y de la participación culposas, que en nuestra opinión merecería ser consignada normativamente en la revisión de los tipos legales que así lo requieran, no es en modo alguno una propuesta de pretensión absoluta y de pretendido carácter general que no admita la consideración de las peculiaridades concretas de los singulares tipos legales.

Antes bien, entedemos que existen determinados límites a la configuración dogmática de la coautoría culposa, que han de ser básicamente delimitados desde dos diferentes perspectivas fundamentales: la perspectiva genérica conceptual relativa a la categoría normativa del objeto de consideración, y la perspectiva de la exigencia en el tipo legal de singulares elementos subjetivos del injusto. A cada una de ellas, siquiera de manera sucinta, prestaremos seguidamente atención, siguiendo sustancialmente las pautas trazadas por el maestro doctoral en conocidas aportaciones dogmáticas.

A. Límites conceptuales genéricos

La imputación por culpa en el acto de participación criminal exige la ausencia de dolo. Ello es una básica premisa que no por elemental debe dejar de ser consignada. Dolo y culpa son no sólo contrarios conceptualmente sino incompatibles dogmáticamente entre sí. Si hay intervención dolosa, queda excluida la culpa. Si media culpa, se elimina toda posibilidad de calificación por dolo.

Como destaca POLAINO NAVARRETE al respecto, para la doctrina causalista el dolo y la culpa eran entendidos como formas de culpabilidad, de manera que sistemáticamente se examinaban dentro de ese elemento del delito, cuando ya se habían estudiado la acción, la tipicidad y la antijuricidad⁵¹⁵.

En cambio, la doctrina finalista defendió la doble posición del dolo y la culpa en la teoría del delito, de acuerdo con la concepción del injusto personal (*personales Unrecht*) de forma que dolo y culpa son elementos del tipo de injusto (más propiamente: del tipo subjetivo) que definen tanto la acción (que ha de ser bien dolo bien culposa) como la antijuricidad y la culpabilidad⁵¹⁶.

A juicio del citado maestro de Sevilla, dolo y culpa constituyen algo más que meros elementos integrantes de alguno de los caracteres constitutivos del concepto jurídico de delito: son una forma de individualización o –si se quiere– de personalización de la responsabilidad penal. Por ello los designa como títulos de imputación (subjetiva) más que como elementos del concepto de delito, aunque también lo sean en cuanto en él se integran⁵¹⁷.

⁵¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 99.

⁵¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 99.

⁵¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 99.

Según POLAINO NAVARRETE, de manera consecuente con la normativización de los conceptos penales propugnada por el funcionalismo, también el dolo ha de ser sometido a un proceso de objetivización o estandarización. Por ello, el dolo ya no debe definirse por la mera confluencia de dos elementos subjetivos (querer y conocer), sino de manera objetiva como deber conocer normativo⁵¹⁸.

Y lo mismo cabe afirmar que sucede respecto del segundo de los títulos de imputación normativa, constituido por la culpa o imprudencia, que origina una responsabilidad penal considerablemente más atenuada que la que origina el dolo, aunque ambos tienen en común que consisten en la infracción de una norma y de un deber propio del actuante⁵¹⁹.

Pero, a diferencia de lo que sucede en el dolo, en la culpa el sujeto no quiere ni persigue ni acepta ni se representa y asume resultado alguno como posible. Simplemente el sujeto se equivoca, “mete la pata” y ocasiona un resultado típico que le es imputable precisamente por su actuar imprudente, aunque el resultado no haya sido querido por el autor⁵²⁰.

En suma –concluye POLAINO NAVARRETE–, ante la imprecisa determinación legal, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia definir el concepto normativo de culpa o imprudencia típica. Actúa culposamente quien infringe el deber objetivo de cuidado, produciendo un resultado típico cuando podía y debía haber observado una obligación con un cuidado que lo hubiera evitado. El resultado se imputa, no porque sea querido (que no lo es), sino por la infracción objetiva de cuidado⁵²¹.

⁵¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 104.

⁵¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 104.

⁵²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 105.

⁵²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 105.

B. Límites típicos singulares

Una segunda observación limitativa del alcance de la participación culposa en la realización de un delito que nos interesa efectuar es relativa a la estructura típica de los singulares tipos legales subjetivamente configurados, es decir, aquellas figuras de delito que son portadoras de singulares elementos subjetivos del injusto que van más allá del ámbito abarcado por el dolo del autor, hipótesis respecto de las que es de descartar categóricamente la posibilidad de participación culposa.

La exigencia de un singular elemento subjetivo del injusto en un tipo legal de delito requiere de manera inexorable la previa concurrencia del dolo del autor, puesto que –como gráficamente resalta POLAINO NAVARRETE⁵²²– en los tipos subjetivamente configurados se requiere ineludiblemente, para determinarse la responsabilidad a título de autor en sentido propio, la concurrencia del singular elemento anímico consignado en el precepto respectivo en el sujeto que realiza la conducta típica objetiva, habida cuenta de que el dolo abarca los elementos objetivos del tipo y el singular elemento subjetivo del injusto trasciende más allá del ámbito del dolo⁵²³.

Según POLAINO NAVARRETE, las consecuencias dogmáticas de la aseveración efectuada son importantes. En efecto: sólo aquel sujeto en quien se constatan los elementos subjetivos del injusto habrá de considerarse, presupuesta la conducta objetiva fundamental, autor (o, en su caso, co-autor), pero si en el ánimo del sujeto no están presentes tales singulares características típicas, jamás podrá responder como autor, por cuanto no puede realizar el injusto típico, por ausencia de determinados elementos integrantes del mismo⁵²⁴.

⁵²²POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, n.º. 13, Sevilla, 1972, *passim*.

⁵²³POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, n.º. 13, Sevilla, 1972, p. 318.

⁵²⁴POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, n.º. 13, Sevilla, 1972, p. 319.

Imputación objetiva

Pero, si el sujeto interviene en la acción de quien incorpora tales elementos singulares –coloreandola conducta típica respectiva (dándose sentido normativo)–, dicha intervención podrá ser imputada perfectamente a título de participación. En el autor es exigida una actitud psíquica singular (especial intención, peculiar tendencia, determinada formas de manifestación) respecto de su propio actuar, siendo irrelevante que el partícipe actúe con dicho elemento anímico requerido en el autor. El elemento subjetivo en la actuación del partícipe se reduce al dolo o a la culpa en los límites de su respectiva intervención⁵²⁵.

⁵²⁵POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, n.º. 13, Sevilla, 1972, p. 319.

CAPÍTULO XIII

LA ACCIÓN EN LA AUTORÍA CULPOSA

I.- Planteamiento

Uno de los mayores logros generados por la doctrina jurídico penal ha sido sobre el concepto de acción, su transición de un postulado ontológico a uno normativo, nos permitirá continuar con esta discusión a la luz de la autoría culposa, posicionamiento que permitirá equiparar la acción con la omisión en la coautoría culposa, para ello, se requiere indiscutiblemente revisar el posicionamiento de su más elocuente creador del finalismo, es decir de Welzel y de su escuela ontológica que al día de hoy, sigue teniendo grandes adeptos.

II.- Evolución dogmática del concepto de acción: del ontologismo al normativismo (en especial: la acción como expresión de sentido)

El moderno concepto de acción es producto de una evolución muy paulatina en la ciencia del Derecho Penal del siglo XIX. En FEUERBACH aún no era objeto de discusión independiente el concepto de acción. Como “padre del concepto jurídico-penal de acción” suele considerarse a HEGEL: “El derecho de la voluntad...es reconocer su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo. El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”. En este pasaje, así pues, sin distinguir aún entre las diversas categorías sistemáticas, se equipara la

acción a la imputación del hecho completo e incluso sólo se considera acción la acción dolosa.

Posteriormente entre los discípulos penalistas de HEGEL, tales como ABEGG, KÖSTLIN, BERNER, HÄLSCHNER, se incluye prácticamente siempre la imprudencia en el concepto de acción, pero la separación entre acción e imputación al hecho total (o sea, entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y sólo en sus primeros pasos. Es celebre la afirmación de BERNER dejando constancia de que hay que partir de la base de que “el delito es acción. Todo lo que por lo demás se afirma del delito son sólo predicados que se añade a la acción en cuanto sujeto. Por ello el concepto de acción ha de ser la firme osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito”.

Ya con anterioridad este autor había abogado por la *diremptio* es decir la división del delito en acción y punibilidad. Por dichas formulaciones modernas se considera mayoritariamente a Berner como fundador de la nueva teoría de la acción, pero la verdad es que él mismo tampoco profundizó mucho más en esos apuntes iniciales.

Algo semejante sucede con el no *hegeliano* LUDEN, en cuya obra del año de 1840 se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente a los proyectos sistemáticos del siglo XX, cuando distingue:

1. Un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana.
2. Antijuridicidad en esa acción
3. Cualidad dolosa o culposa de esa acción.

Aquí todavía no se separan acción y tipo, pero por lo demás está ya prefigurada la tripartición que caracteriza a nuestro sistema hasta hoy.

LUDEN se apartó de esa vía en sus escritos posteriores. En cambio en BINDING, cuya obra penetra ampliamente ya en nuestro siglo, todavía carece de significado

penal autónomo el concepto de acción, bajo cuyo nombre se entiende al delito en su totalidad.

LISZT y BELING, los fundadores del “sistema clásico del delito”, son también creadores del concepto natural de acción. “acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior según lo definió por primera VEZ LISZT. En este concepto para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto del mismo, por mínimo que sea, como el provocar vibraciones en el aire en las injurias. Pero, como ese concepto difícilmente se puede compaginar con la omisión que no causa nada, LISZT llegó posteriormente a formular otra descripción: Acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación; es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

Este concepto natural de acción cumple muy bien con la función de delimitación, excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras excitaciones sensoriales y esa es la objeción que más frecuentemente se le formula. El concepto natural de acción no es completamente idóneo como elemento básico, ya que, en atención a los delitos de omisión se renuncie a la modificación causal del mundo exterior y se conserve sólo la voluntariedad como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues como los nervios motores no se ponen en movimiento ellos mismos normalmente no precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización. En cuanto a la definición de acción como conducta humana, tampoco proporciona un elemento básico común si conducta se utiliza sólo como designación común de actividad y omisión sin un elemento superior y autónomo.

Evolucionando, tenemos después al concepto final de acción cuyo creador, WELZEL, dice que acción humana es el ejercicio de la actividad final, e intenta situar la

estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho Penal y devolverle de ese modo la base de las leyes del ser que había sido destruida por el concepto natural. La finalidad de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos⁵²⁶.

El concepto final de acción codeterminó esencialmente la discusión dogmática jurídico penal de 1935 y 1965; para ella el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino componente de la acción al tipo, de lo que a su vez se pueden derivar múltiples consecuencias prácticas sobre todo en la teoría del error y de la participación.

Esta teoría no se ajusta a los delitos de omisión; pues como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final.

Los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor. De ese modo se produce un efecto mediante la finalidad de un elemento base común al actuar doloso y al imprudente; pero esa finalidad del hecho imprudente es tanto más idónea como elemento sistemático del enlace, pues el objetivo perseguido por quién actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos penales y por ello tampoco puede ser soportador de predicados típico, antijurídico y culpable, que deben ser más bien a la falta de cuidado causante del resultado, pero ésta no tiene sitio alguno en la estructura de la finalidad. Con ello el concepto final de acción acaba regresando al concepto natural de acción: sólo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente.

⁵²⁶ En la última década, la doctrina penal ha hecho un esfuerzo por desarrollar filosóficamente el significado de la acción construida por WELZEL durante el siglo pasado, tal y como ha dejado constancia VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; la segunda edición data de 2009, con mayores ampliaciones sobre su propuesta inicial de la acción pero ahora en diversos estadios de la teoría del delito; tal propuesta ha tenido eco, como sucedió con RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en especial, el Capítulo III: “De una concepción significativa de la acción a una reordenación de la teoría jurídica del delito”.

WELZEL quiso hacer algunas correcciones para adecuar su teoría, quiso incluso prescindir totalmente del resultado, es decir de la finalidad en sentido literal de la palabra latina *finis*, fin; en la descripción de la acción y atender únicamente al proceso de control. Opina que quizá hubiera sido mejor en lugar de acción final, referir una acción cibernética, es decir la acción como un suceso controlado y dirigido por la voluntad, pues entonces dicha teoría abarcaría lingüísticamente por igual tanto a la acción dolosa como a la imprudente y afectaría en ambos casos a lo jurídicamente relevante, esto es, al control⁵²⁷.

El otro intento de explicar la imprudencia como acción final lo emprendió STRUENSEE, quien ve la imprudencia en que la finalidad del agente se extiende a las circunstancias fundamentadoras del riesgo no permitido. La finalidad jurídicamente desaprobada constituye también el injusto del delito imprudente, y con ello el injusto del dolo y el de la imprudencia muestran una estructura homogénea. Empero, como aquí la finalidad sólo resulta captable en el ámbito del injusto, ciertamente se renuncia a la misma como caracterización de una acción pretípica y con ello como elemento básico. En cuanto a su contenido hay que criticar a esta concepción en el aspecto de que la imprudencia no consiste necesariamente en la realización conciente de factores de riesgo. A esta teoría se le agradecen los progresos esenciales en la teoría del injusto, sobretudo para los delitos imprudentes en los que se considera no la finalidad, pero sí la falta de control de la acción, considerando el desvalor de la acción y la conducta del autor⁵²⁸.

⁵²⁷ *Derecho penal alemán parte general*, pp. 39-48.

⁵²⁸ “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *indret 4/2009*, Octubre, 2009, consultado el 21 de enero del 2013, p. 7: “Es importante resaltar un punto más entre las cuantiosas objeciones que hablan en contra del criterio de la “aprobación”. El suceso psíquico de aprobar o –su opuesto– el desaprobado exigen una toma de postura valorativa del actuante respecto de la producción del resultado u otras circunstancias típicas. Esta toma de postura valorativa se basa, por lo general –aunque no necesariamente–, en la consciencia de que se realiza un ilícito. La consciencia del ilícito, sin embargo, desde el reconocimiento de la teoría de la culpabilidad, no constituye ningún componente del dolo. Una delimitación de dolo y no-dolo ligada predominantemente a la concurrencia de consciencia de ilícito es incompatible con la dogmática actual del dolo”.

III.- La acción de la coautoría culposa

La concepción neoclásica del delito se cimentaba en la teoría del conocimiento del neokantismo, posteriormente, el paso decisivo a la centralización del sistema penal en la teoría de la acción fue gracias a los esfuerzos de WELZEL, quien estaría motivado por Nicolai HARTMANN, aportación que no sería concluida, sino superada o mejor dicho, acomodada a las circunstancias actuales de una sociedad del riesgo. Por ello es que en un primer punto de partida los fundamentos filosófico jurídico serían los señalados a partir de una concepción del significado de la acción inspirada en los principios del derecho penal liberal, tal y como sería el caso mediante la teoría de las normas y una teoría de la libertad de acción.

La exposición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵²⁹ es la que mejor sintetiza esta aportación a nivel de tipicidad: “El *momento básico* de la tipicidad viene representado por la acción, del cual depende incluso la configuración objetiva de la materia tipificada. Y en este sentido la concordancia de la manifestación externa con un tipo de acción determina “una apariencia de acción”, apariencia que requiere una indagación ulterior para precisar que efectivamente nos hallamos ante una acción (o sea, ante una conducta que “sigue una regla” y que por ello puede ser entendida como acción en tanto que incorpora un significado) y no ante un hecho natural.

Como también anticipé, si bien es cierto que para conceptuar el tipo de acción no puede incluirse entre sus elementos *necesariamente* la intención, no lo es menos que existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con momentos subjetivos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales momentos. Así, en el marco de la concepción significativa de la acción los tradicionalmente calificados en la dogmática penal como “elementos subjetivos del injusto”, o “elementos subjetivos de la antijuridicidad”, que no se identifican con el

⁵²⁹ “La “concepción significativa de la acción” de T.S. VIVES ANTÓN y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, pp. 1158 y 1159.

dolo, quedan incorporados al tipo de acción como elementos subjetivos del tipo de acción, desempeñando ya una función definitoria del mismo o papel sustantivo a fuerza de constituir un criterio conceptual más para valorar la acción.

Pero más allá de un planteamiento filosófico de la acción en el tipo culposo, lo interesante de este bosquejo dogmático del significado de la acción es que llega al mismo punto de partida que el normativismo funcional, al considerar dentro de los parámetros teóricos explicados, que el agente se había comprometido con la producción de la lesión del bien jurídico protegido por la norma infringida, es decir, la ausencia de comportamiento existe también en la comisión imprudente pero, en este caso, respecto de la evitación de la lesión al bien jurídico efectivamente producida, compromiso que le venía normativamente exigido. Es decir, habrá que determinar si ha infringido y en qué grado el deber de cuidado, lo cual significaría un juicio normativo.

De ahí que sea factible señalar al autor de un delito imprudente, habrá que reprocharle el haber lesionado un deber objetivo de cuidado impuesto por la norma de cuidado, debido a que o bien no la ha reconocido (imprudencia inconsciente) o bien a pesar de haberlo reconocido no ha cumplido con dicho deber de cuidado, confiando en su habilidad y con ello en la no producción del resultado (imprudencia consciente), por consiguiente, sería factible su realización por acción u omisión, y de manera individual o conjunta. Para GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, la acutación imprudente recaería en el acuerdo de cada uno de los intervinientes, dándole un significado al concepto de acuerdo como “proyecto de actuación común”,⁵³⁰ de donde desprende la viabilidad de un conocimiento recíproco de la actuación conjunta, al igual que el delito doloso,⁵³¹ esto es, “Lo único necesario es el conocimiento y la voluntad de actuar conjuntamente en la realización de una acción o de una omisión que es contraria al deber objetivo de cuidado, sin que además sea exigible un conocimiento del peligro por parte de los intervinientes, de tal manera que también en los supuestos de imprudencia inconsciente es posible apreciar una vinculación subjetiva entre los intervinientes que

⁵³⁰ *La responsabilidad penal del coautor*, p. 215.

⁵³¹ *La responsabilidad penal del coautor*, p. 215.

distinga la coautoría de los supuestos de mera concurrencia de imprudencias individuales⁵³².

IV.- La equivalencia valorativa entre la coautoría omisiva y la activa

Los diversos intentos de equiparar la acción con la omisión, entre las que habrán de destacar, el criterio del movimiento corporal, el criterio del sentido social, el criterio de preferencia, o el de la dirección del reproche, así como el criterio de la energía y finalmente, el criterio de la causalidad, pero la aportación más trascendente para entender la viabilidad de la equivalencia valorativa entre la coautoría omisiva y activa, ha sido la señalada en los delitos de dominio y de infracción de deber que tanto ROXIN como JAKOBS marcaron inicialmente, pero con los avances de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES y REQUENA JULIANI, estaremos en condiciones de explicar la viabilidad de dicho esquema de aplicación.

V.- La normativización de la conducta

A partir de las consideraciones normativas del sistema jurídico penal y en particular la dogmática, ha sido que las normas sigan, a los ojos de toda sociedad, vigentes, tal y como ha reiterado POLAINO NAVARRETE, seguidor incansable y ponderadamente crítico del pensador más revolucionario en esta línea de pensamiento, esto es, Günther JAKOBS, pero no sólo como un mero expectador de su obra, sino constructor de una propuesta coherente del Derecho penal funcional en sociedades de riesgo.

Por tal razón, POLAINO NAVARRETE explica: “La sugente teoría de JAKOBS ha evolucionado la moderna Dogmática penal, y ejerciendo un fuerte influjo en diversos países ha hecho que no pocos principios tradicionales se hayan tambaleado. Pero

⁵³²La responsabilidad penal del coautor, p. 215.

anuestro juicio, pese a su solidez y creatividad, se asienta en presupuestos y sustenta postulados –junto a algunos planteamientos de profunda brillantez– que, a fuer de su mera originalidad, no pueden ser compatidos en congruencia con los criterios valorativos propios de la Dogmática penal”⁵³³ y en particular habrá de centrar su atención, en todo el universo conceptual *jakobsiano*, en la *normativización de los conceptos penales*: “La presente tesis conlleva una *normativización* de los conceptos penales (como acción, omisión, imputación objetiva, culpabilidad, persona, etc.), de modo que los entiende de manera *funcional*, y no prejuzgado ni ontológico”⁵³⁴.

Del mismo modo que la acción, en la omisión se puede integrar una forma de conducta típicamente relevante, en tanto se trate de un no hacer absoluto, un no actuar genérico, sino de un “no hacer algo concreto y determinado”, cuya realización deriva de un mandato de la ley penal para determinados sujetos y en determinadas situaciones jurídicas.

VI.- Formas fenomenológicas de coautoría culposa

A. Modalidad activa

La coautoría al ser una forma de autoría soportada en un acuerdo común, división de funciones y aporte eficaz de trabajo en la realización de la conducta prevista como punible, resulta útil su estudio en los delitos especiales de comisión, al igual que en los de omisión, es decir, al ser el delito especial realizado por la persona

⁵³³POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, cit., pp. 201 y 202.

⁵³⁴POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, p. 203; el mismo, “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal”, en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Derecho penal ante las sociedades modernas (Dos estudios de dogmática penal y política criminal)*. Ante este panorama la pregunta que se impone es lógica: ¿debe la Sociedad moderna reacción ante los incesantes focos de peligros con más Derecho penal? O lo que es lo mismo: ¿la contrapartida de las nuevas tecnologías y de los nuevos riesgos acaso es la restricción de la libertad? A mi juicio, no puede responderse siempre con más Derecho penal (esto es, con nuevas incriminaciones penales o con endurecimiento de las penas ya existentes) ante esos focos de problema. El Derecho penal ha de tender a la racionalización, y ha de ser consciente de sus límites. No todos los problemas de la Sociedad moderna pueden combatirse con la pena criminal. Por ello, sobre la virtualidad del ordenamiento punitivo a toda ultranza soy, como he intentado demostrar en mi intervención, moderadamente escéptico”.

que cumple con la cualificación exigida por el tipo, la cual equivale a una condición natural o jurídica ostentada por el sujeto que lo hace diferente a las demás personas, de tal manera que faltando esa calidad especial, el comportamiento desde el punto de vista de la imputación penal se desnaturaliza, por la imposibilidad de encuadrarlo en la descripción legal prevista por el legislador.

Pero antes de ello, resulta necesario señalar que al autor del delito imprudente se le reprocha el haber lesionado un deber objetivo de cuidado impruebo por una norma de cuidado, debido a que o bien no lo ha reconocido (imprudencia inconsciente) o bien a pesar de haberlo reconocido no ha cumplido con dicho deber de cuidado, confiando en su habilidad y con ello en la no producción del resultado (imprudencia consciente). Esta infracción del deber de cuidado puede realizarse tanto por acción como por omisión y puede ser tanto individual como conjunta⁵³⁵.

GIL GIL⁵³⁶ considera que “La tipicidad de la conducta imprudente no puede depender nunca por tanto de la autonomía o no dependencia de otros factores para la producción del resultado, pues precisamente se establece en relación con la posibilidad no controlada de interacción con esos posibles otros factores. Solo nos queda por tanto una segunda conclusión...la conducta calificada de autoría no debe depender para la producción del resultado de otras conductas *imprudentes*. Pues quien actúa posteriormente amparado por un principio de confianza respecto de un riesgo recibido del acausante anterior que aquél debía haber conjurado, al actuar atípicamente, no puede ser considerado autor y desplazar la conducta del anterior a la categoría de mero favorecedor”.

De igual manera, resulta convincente y aportadora el estudio de ROSO CAÑADILLAS en particular cuando refiere⁵³⁷: “...retomando de nuevo la configuración del *elemento objetivo* en la coautoría imprudente, considero que las aportaciones de cada uno de los intervinientes deben co-determinar conjuntamente el resultado; de lo

⁵³⁵GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 214.

⁵³⁶ *El delito imprudente*, Atelier, Madrid, 2007, p. 330. Para profundizar en el criterio predominante en la jurisprudencia española, véase, Roso Cañadillas, *Autoría y participación imprudente*, pp. 422-465.

⁵³⁷ *Autoría y participación imprudente*, pp. 577 y 578.

contrario, desde el punto de vista objetivo no habrá coautoría imprudente. Por tanto, al igual que en la coautoría dolosa no es posible la determinación negativa del hecho: el poder evitar, sino que el sujeto debe *realizar* –conducta positiva– el hecho conjuntamente con otros. Ni tampoco se debe seguir el dominio funcional o en este caso la determinación funcional para saber quién es coautor, porque tampoco la esencialidad de la contribución entendida como desbaratamiento del plan común con la sola retirada por el sujeto de su contribución puede fundamentar la coautoría, pues, aunque se pretenda eludir la crítica con la petición de la esencialidad de la contribución, resulta que igualmente nos encontramos ante un dominio negativo del hecho, que lleva a extender el concepto de autor en el ámbito de la coautoría”.

B. Omisión propia

Para POLAINO NAVARRETE⁵³⁸, “del mismo modo que el hacer activo, puede la *omisión* integrar una forma de conducta típicamente relevante siempre que no se trate de un ‘no actuar absoluto’, un ‘no actuar genérico’, sino de un ‘*no hacer algo concreto y determinado*’, cuya *positiva ejecución es ordenada por una ley penal preceptiva* respecto de determinados sujetos en determinadas situaciones jurídicas. El dejar de hacer lo ordenado por la norma (la ‘acción jurídicamente esperada’), que establece una *norma penal de mandato* (también denominada *ley penal preceptiva*), constituye una ‘*conducta omisiva*’ calificada como ‘*omisión pura*’ u ‘*omisión propia*’, en tanto por su ejecución no se imputa típicamente al autor la producción de ningún resultado material, sino sólo el puro dejar de dar cumplimiento ejecutivo a la conducta mandada por la ley penal preceptiva, que impone y exige su realización en cuanto necesaria para salvaguarda de determinados bienes jurídicos penalmente protegidos”. Llevada esta descripción fenomenológica de la omisión propia a la coautoría culposa, sería posiblemente aplicable a casos de la praxis médica, donde dos médicos deciden utilizar un procedimiento para cirugía maxilofacial y los dos doctores omiten seguir los protocolos, por no recurrir a la supervisión del jefe de servicio y/o médico adscrito en conjunto con el servicio de anestesiología, evaluando el riesgo beneficio que esto

⁵³⁸ *Derecho penal, Parte general, tomo II, Teoría jurídica del delito*, Volumen I, p. 268.

conlleva para cada caso y se realizaran siempre y cuando pudiera poner en riesgo la vida del paciente, por lo que los dos médicos les sería objetivamente imputable el resultado acaecido por haber omitido un deber especial de atención, acorde con los protocolos, manuales, etcétera que la praxis médica requiere para el tratamiento de pacientes hospitalizados, más aún por contar una calidad de garante específica, esto es, la atención médica, por lo que resulta aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Abril de 2002; pág. 1228:

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

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO:

Amparo directo 676/2001. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo SÁNCHEZ VALENCIA. Secretario: Cuauhtémoc Esquer Limón.

C. Omisión impropia

El delito de impropia al ser la lesión de una norma prohibitiva, la cual al lado de la producción activa del resultado prevé de una manera secundaria un mandato de acción que se dirige a determinadas personas y cuya infracción es presupuesto de la punibilidad y, por otro lado, la omisión impropia constituye un tipo penal autónomo regido íntegramente por los principios dogmáticos de la omisión propia, quedando su punibilidad y el bien jurídico protegido como

únicos elementos comunes con los delitos de comisión⁵³⁹. Por ello, se ha de considerar como fundamental para la coautoría imprudente, por omisión impropia que, en cada uno de los intervinientes exista el conocimiento de los presupuestos para la comprobación del deber de garantía, al ser sólo éste admisible en la medida en que el autor sea capaz de impedir el resultado., es decir, requiere que el autor tenga conocimiento de la situación típica.

Por ejemplo: “De la misma manera se tenía que interpretar el tratamiento para los sujetos extraños al tipo penal, que tomaban parte en la realización de la conducta allí descrita. Ese sujeto extraño que no cumplía con la condición personal natural o jurídica exigida en la descripción legal, ni era plenamente cualificado ni era plenamente extraño, por cuanto él como el cualificado orientaban la causalidad de manera intencional hacia la lesión de un mismo bien jurídico, razón por la cual no podía ser asimilado ni reconocido como sujeto cualificado, precisamente por ser contrario a su misma naturaleza. En consecuencia se le debía reconocer indefectiblemente como un sujeto diferente al cualificado y al no cualificado.

Mal podría el Estado a través del legislador y de los operadores de justicia con la excusa de cerrarle el paso a la impunidad, asignarle a un sujeto de manera absurda una cualidad que no poseía o que le era imposible soportar. Así por ejemplo, no ha sido extraño en la contratación estatal el siguiente caso: Un servidor público, llámese Alcalde, Gobernador, Ministro, etc., contrata una determinada obra con un particular. El contratista, para cumplir con el contratante la contraprestación ilícita acordada, construye la obra con materiales

⁵³⁹Cfr. BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 116. “La fundamentación de los delitos impropios de omisión clásica se ve en la necesidad de explicar de qué manera es posible deducir de una prohibición (que tendría por objeto una acción) la existencia de un mandato de acción (cuyo objeto sería una omisión). Esta cuestión enfrenta dos posiciones: por un lado, Hans Kelsen, quien sostiene que prohibición y mandato no difieren sustancialmente el uno de la otra y que un mandato o una prohibición pueden trasvasarse libremente en su forma contraria, pues sólo se trata de diversos modos de expresar lo mismo (los mandatos prohíben tanto como las prohibiciones mandan). Por otra parte, Armin Kaufmann, quien sostiene que no puede existir identificación posible entre exigir una acción y prohibir la realización de la misma. De ahí que Armin Kaufmann pueda demostrar consecuentemente que es falso el planteamiento de los delitos de omisión como problema de antijuridicidad y que se concretaría en afirmar que “una omisión lesiona una *prohibición* cuando contraviene un mandato de acción”.

de baja calidad, diferente a los contratados, repartiéndose de común acuerdo el ahorro. En este evento, ambos sujetos quisieron la misma conducta, lesionar la propiedad del Estado, pero a pesar de la equivalencia del dolo, al primero se le reprochará más su comportamiento que al segundo. ¿La razón?

1. El contratante es un sujeto especial, por la posición que ocupa dentro de la organización del Estado. Es tan importante esa persona para el Estado, que lo ha investido jurídicamente de una categoría especial, otorgándole el estatus de servidor público para diferenciarlo de las demás personas que no tienen esa calidad.

A raíz de esa condición especial que ostenta el servidor público, la ley le exige un mayor compromiso ético en el ejercicio de sus funciones y en el cuidado de los bienes del Estado depositados bajo su custodia.

2. El contratista es un particular, a quien la ley no le exige los mismos compromisos éticos en sus relaciones con el Estado como los exigidos a los servidores públicos. Como ha ocurrido un comportamiento realizado por dos sujetos de diversa condición jurídica orientado a una misma finalidad, como es la de defraudar la propiedad del Estado, en la gran mayoría de las veces los operadores de justicia resolvían el problema acudiendo a la asimilación del particular a la de servidor público; o bien rompiendo la unidad de imputación, a pesar de las dificultades procesales que tal decisión implica. No hay duda, a los servidores públicos antes identificados se les deberá imputar peculado por apropiación por coautoría propia. ¿La razón? Elemental.

A. La coautoría propia se presenta cuando varios sujetos de común acuerdo realizan íntegra y simultáneamente con división de funciones y aporte eficaz de trabajo la misma conducta típica.

B. El peculado por apropiación es un delito especial propio, puesto que solo lo pueden realizar quien ostente la calidad de servidor público.

C. Verificado los presupuestos A y B, la conclusión no se deja esperar. A los cuatro funcionarios se les deberá imputar el delito de peculado por apropiación por coautoría propia⁵⁴⁰.

En este sentido, la posición de BACIGALUPO sobre los delitos de omisión impropia en su modalidad de autoría imprudente nos permitirá reforzar la propuesta llevada a cabo más adelante en este trabajo, toda vez que “el recurso, de buscar en el “acuerdo” de los concurrentes (en este caso los obligados a actuar) una base para sostener una vinculación de las omisiones de cada omitente, en todo caso, sólo podría dar por cumplido uno de los requisitos, pero no permitiría unificar en *una sola infracción de deber* a la que concurrirían las diversas “partes de la omisión” correspondientes con cada obligado.

El rechazo de la posibilidad de una coautoría por omisión no es una *petitio principii*, porque se estaría exigiendo en la coautoría la voluntad de realización que al omitente individual y aislado no se le exige. Con ello no se cambia ninguna exigencia relativa a la omisión en sí, sino que tal conclusión se deriva directamente de la estructura de la participación. No hay una nueva exigencia sino que no existe, por eso mismo, posibilidad de conceptualizar la coautoría.

La posibilidad de admitir una coautoría en el caso de un autor que despliega una acción positiva y de otro que, siendo garante, omite.

Desde nuestro punto de vista, resulta evidente que quien omite no puede tener el codominio del hecho en que se apoya la coautoría.

⁵⁴⁰MÁRQUEZ CÁRDENAS y Orlando GONZÁLEZ PAYARÉS, “La coautoría: delitos comunes y especiales”, en Revista Dialogos de saberes, enero-juni, Bogotá, 2008, pp. 35 y 36; MÁRQUEZ CÁRDENAS, La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación, Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá, 2008, pp. 127 y 128.

En todo caso, el omitir sólo podrá considerarse en cuanto posible participación por omisión en el hecho positivo y, tratándose de una ayuda meramente psíquica, en tanto posible hecho positivo⁵⁴¹.

⁵⁴¹BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 172 y 173.

CAPÍTULO XIV

PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO DE COAUTORÍA CULPOSA

I.- Caso del transporte público

El progreso tecnológico, el acercamiento de la comunidad al automóvil y la generalización consecuente del uso de vehículos motorizados, ha generado que la cuestión del tráfico automotor se transforme en un problema social de gran envergadura.

El aumento geométrico de esta dimensión social ha significado que las comunidades deban aceptar el sistema social como un todo (diseño urbanístico, ordenamientos jurídicos y administrativos, sistemas de asistencia médica) a este nuevo fenómeno. Ello ha posibilitado el aumento estructural y estadístico de los riesgos, y de conductas riesgosas, algunas que implican desde luego un actuar punitivo.

Las relaciones entre tráfico rodado y control punitivo, han condicionado tanto al Derecho Penal que, según afirmaciones repetidas de los estudios criminológicos, es un motivo para su intervención.

La relación entre la dimensión dogmática y la social ha dado por resultado la necesidad de reparar los daños complejos que tiñen este sector político criminal⁵⁴².

En este sentido la definición sistemática de los delitos culposos se ha perfeccionado con el desarrollo de pautas generales de atribución como el riesgo permitido, el ámbito de protección de la norma, la competencia de la víctima, el comportamiento alternativo conforme a derecho entre otros.

En el ámbito del delito culposos, lo que subyace materialmente idéntico a toda imprudencia sea mucho menos importante que las diferencias específicas producidas por la determinación concreta del nivel de prudencia en este o aquél contexto social.

El ilícito negligente depende mucho más intensamente del contexto social que lo contiene o rodea que el ilícito doloso, estructura típica que tiene un contenido propio independientemente del entorno comunicacional.

La figura del hombre prudente se nutre de la definición de los deberes básicos de actuación que proveen, a menudo, las propias regulaciones administrativas de lo que se ha dado en llamar de modo gráfico la *lex artis*. En este sentido tiene mucha mayor razonabilidad reflexionar sobre los contornos normativos de una anestesia prudente, o un policía prudente, o un arquitecto prudente.

La estructura típica del ilícito negligente requiere de una definición que muchas veces se funda en la violación del reglamentos.

Este ámbito específico de la responsabilidad penal por el actuar negligente ha generado más de una complicación durante mucho tiempo. Las confusiones llegaron a ser de tal magnitud que hasta en algún momento se pensó que esta especial negligencia que se fundaba en la violación de reglamentos simplificaba la comprobación típica: toda violación reglamentaria que estuviera vinculada causalmente con el resultado que

⁵⁴²MAIER, Julio B. *cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1999, Editorial AD-Hoc, p. 19.

Imputación objetiva

se quería evitar alcanzaba para solventar materialmente la tipicidad culposa. Esto incluso es comprobable históricamente al recordar la clásica parificación de las opciones a las que se hizo mención en las diferentes legislaciones penales.

En el caso del transporte público se presenta lo que en doctrina se llama *concurrancia de culpas en la imprudencia*.

El tránsito de vehículos se ha transformado en una dimensión especialmente sensible a la discusión sobre la posibilidad de que la “*compensación de culpas*” se constituya en un elemento importante en la exclusión del ilícito.

Con el término “*compensación de culpas*” se hace referencia a que, en ocasiones, el resultado disvalioso es codeterminado por un accionar imprudente de la propia víctima.

Esta posibilidad, en el ámbito, por ejemplo, de los delitos imprudentes contra la vida producidos en el tránsito automotor, se manifiesta claramente posible y estadísticamente probable.

A menudo la muerte de una persona se explica por la violación del deber objetivo de cuidado del sobreviviente (y autor) pero, al mismo tiempo también puede ser explicada por la propia violación del "deber objetivo de cuidado" de la víctima.

Durante los años posteriores a la instalación del lema "compensación de culpas", la doctrina y la propia jurisprudencia negaban toda posibilidad de otorgar alguna relevancia al fenómeno para la definición de la ilicitud.

En general, se sostenía que la llamada compensación de culpas tenía un claro origen iusprivatista y sólo en ese ámbito debería tener alguna incidencia. En esta línea sólo aparecían las opiniones disonantes, aunque absolutamente importante, de Karl BINDING y Francesco CARRARA, quienes opinaban que la culpa de la víctima, llegado el caso, podría tener la capacidad sistemática de excluir la responsabilidad del autor.

Empero desde que el problema de la imputación a nivel de la fundamentación del ilícito se evalúa desde el prisma normativo, la consideración de la cuestión ha variado sustancialmente: hoy en día está fuera de discusión la necesidad de ponderar las aportaciones de cada protagonista del conflicto penal. Con esto se abre la elaboración de criterios que permita racionalizar y resolver político-criminalmente esa ponderación.

En el ámbito de los delitos de tráfico los casos son fácilmente imaginables:

1. Un automovilista pretende posicionarse mejor en su propio carril cuando quienes le preceden se han detenido por encontrarse el semáforo en rojo. Para ello avanza 30 metros a gran velocidad por el otro carril, haciendo impacto con otro automovilista que venía en sentido contrario por su carril y que había desatendido a la prohibición de avanzar del semáforo.

2. Un automovilista circula a 180 kilómetros por hora y otro se cruza imprevista y negligentemente.

3. Un peatón cruza imprevistamente y por la mitad de la calzada cuando es atropellado por un sujeto que venía con su automóvil de contramano.

4. Un conductor de un camión da marcha atrás, sin mirar a su espejo retrovisor, matando a un niño que se había subido imprevistamente a la escalera trasera del camión sin ser observado.

Por otro lado, un tema que en la evolución dogmática de los últimos treinta años convulsionó a la ciencia penal, se manifiesta, asimismo, con toda su relevancia político criminal en los delitos de tránsito: la siempre difusa distinción entre los límites del dolo eventual y la culpa conciente. Existe, aunque suene contrastante, la posibilidad de cometer delitos dolosos en el marco del tránsito de vehículos, situación que genera la necesidad de explicar la frontera entre dolo y culpa.

Imputación objetiva

El ingreso en el ámbito de la imputación al dolo requiere siempre cierta decisión de voluntad que deja al bien jurídico en peligro. Cualquier decisión, con conciencia del riesgo, que implique el rechazo de la producción del resultado como un suceso posible es sólo imprudencia.

Cuando, por ejemplo, alguien a pesar de la advertencia de su acompañante, se adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que, el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistirá de su actuación, porque él mismo sería la víctima de su conducta.

Las acciones desplegadas en el tráfico automotor tienen sin duda alguna, gran porcentaje de automatización de los movimientos. La cantidad de procesos de actuación o de control que se despliegan en forma paralela para poder ejercer el dominio de un automóvil en el marco del tránsito requiere desplazar del primer nivel de conciencia a un grupo de procesos y acciones. Ello en ocasiones somete a que aparezcan actos instintivos, reacciones explosivas frente a las cuales el sujeto activo tiene nulas posibilidades de un control efectivo.

Este tipo de comportamiento se presenta a menudo en la descripción de las acciones del tránsito automotor que son analizadas a la luz de la posible comisión de un ilícito contra la vida en forma imprudente y plantea con notable claridad la importancia de definir un concepto jurídico penal de acción, sobre bases más normativas que ontológicas, y en este caso la necesidad de definir los contornos del límite mínimo de la imprudencia punible (ya que el límite máximo se relaciona con la correcta conceptualización del dolo eventual). Una de las dificultades consiste en que no se trataría propiamente, de un supuesto que pueda ser abarcado por los tres casos

clásicos de exclusión de la acción evitable: fuerza física irresistible, arco reflejo y estado de absoluta inconciencia

II.- Prácticas médicas

La estructura típica de los delitos imprudentes siempre ha tenido conflictos con el principio de legalidad al no poder cumplir con sus exigencias básicas. Tenemos de esta manera un tipo penal abierto, en el que la definición legal de la conducta prohibida por la norma no encontraba en las palabras de la ley la totalidad de los elementos que permitieran ejercer con precisión la función de los tipos penales; entonces de la lectura de las normas que describen el tipo culposo no surgen todos los datos que permiten describir cuál es la conducta de la vida real prohibida por el legislador y por ello, merecedora de la pena.

Las interpretaciones teleológicas y, en cierto sentido, creadoras de imperativos, a pesar de los esfuerzos invertidos, no pudieron adecuarse a las exigencias del principio de legalidad, pero generaron al menos, un conjunto de principios de gran importancia político criminal que finalmente han definido la materia de prohibición en el ámbito de la imprudencia.

En la actividad médica esta situación se advierte claramente ya que se trata de un espacio político criminal en el que la franja entre el derecho penal y la fatalidad es cada vez más tenue.

La actividad médica en particular poco puede valerse del paradigma clásico del hombre prudente esto en razón de un conjunto de principios y normas reglamentarias de actuación médica.

En el actuar del médico quizá más que en ninguna otra actividad que pueda ofrecer cierto margen de regulación penal, las acciones se producen en el marco

especial de un contexto riesgoso. No se trata de evitar riesgos, sino de elegir el curso lesivo de menor entidad.

El estudio de la relación existente entre imprudencia punible y actividad médica, muestra que del modo en que se resuelven algunos problemas dependerá del fortalecimiento de un conjunto bastante importante de garantías constitucionales que son el presupuesto axiológico imprescindible de cualquier Derecho Penal respetuoso del Estado de Derecho.

III.- El tipo de la coautoría

A. Visión general

Reiteramos que coautor es quien lleva a cabo en la fase de ejecución una contribución imprescindible y funcionalmente adecuada, en base al principio de división del trabajo y de una decisión común, para la realización del tipo penal conforme al plan global del hecho, poseyendo las demás características personales, especiales y subjetivas exigidas por el tipo correspondiente.

Si el concepto restrictivo de autor se refiere y fundamenta en la realización del tipo, de esta definición se deduce que el dominio funcional del hecho típico se compone de dos elementos esenciales: la ejecución y la decisión conjunta del hecho, junto a la concurrencia de cualidades personales que pueden exigirse en algún tipo para ser coautor idóneo, así como los elementos subjetivos del injusto. Por ello se ha insistido en que la coautoría como dominio funcional del hecho es una síntesis de momentos objetivos y subjetivos típicos.

Los elementos que se derivan de esta definición son imprescindibles para hacer responder de forma plena e independiente por realización conjunta de un hecho delictivo.

B. El presupuesto funcional básico: división del trabajo

El principio de división del trabajo, relacionado con el *principio de la confianza*, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva.

En otros términos: Habilita para definir en el tipo objetivo de estos delitos imprudentes, quien ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente conforme a las exigencias de la norma. Los aportes de los demás, según el caso pueden ser de autoría conjunta o de simple intervención, no punible, en el hecho del autor o autores.

IV.- Aspecto objetivo del tipo

A. La ejecución conjunta del hecho

En la coautoría todos son autores, por consiguiente, en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor. Habrán de estar presentes, por ello, tanto los elementos subjetivos de la autoría como, en su caso, los elementos objetivos de la autoría cuando el tipo delictivo de que se trate lo prevé. En otras palabras, cada coautor ha de ser autor idóneo, no sólo en cuanto a su aportación sino también en referencia a las aportaciones de los demás intervinientes. Como requisitos de la coautoría son reconocidos los que a continuación se mencionan:

Javier VILLA STEIN señala los siguientes requisitos:

1) Ejecución conjunta del hecho: supone, como exige el art. 23 del Código Penal: “Los que tomaran parte en la ejecución”, que los intervinientes realizan en consuno el tipo, repartiéndose las tareas que prevee el plan global unitario.

2) Codominio del hecho: supone la coautoría que cada interviniente hace un aporte esencial que revela su codominio del hecho –dominio funcional del hecho, diría ROXIN– pues cada actor controlando su aporte esencial (tácito) domina el conjunto (estratégico). El codominio del hecho presupone además concierto de voluntades para realizar el plan global unitario.

3) Aporte objetivo de cada interviniente: significa este elemento que habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total en el estadio ejecutivo, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse ⁵⁴³.

Raúl PEÑA CABRERA menciona los siguientes requisitos:

1. Ejecución del hecho común
2. Aportación esencial o necesaria.
3. Común acuerdo.

La coautoría no precisa de un reconocimiento legal expreso, pues ella está implícita en la noción del autor. Sin embargo, no podemos negar la importancia de la fórmula “Los que tomaren parte en la ejecución” (art. 23 del Código Penal), pues nos señala el momento que va desde el comienzo de la ejecución hasta la consumación, momento en el que prestar una colaboración sin el cual el hecho no se habría podido cometer, implica un aporte que revela el codominio del hecho.

Una hipótesis de coautoría requiere la presencia de dos condiciones: la co-ejecución (objetiva) y el acuerdo de voluntades (subjctiva). En cuanto a la condición objetiva, es necesario que la ejecución del hecho se realice conjuntamente, estructurándose en un todo. Los coautores deben realizar los actos ejecutivos que le correspondan funcionalmente. No interesa la distancia, ni tampoco la simultaneidad. Subjctivamente coautor es el autor que tiene el poder y dominio de la realización del hecho, pero conjuntamente con otros autores con quienes se ha establecido un acuerdo

⁵⁴³VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal, Parte General*, año 1998, pág.304.

de voluntades, Asimismo, se opera una distribución de funciones, cada coautor es responsable por el acuerdo común y por tanto responde por lo que salga del plan común⁵⁴⁴.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala los siguientes requisitos:

- A) De carácter subjetivo: la decisión conjunta.
- B) De carácter objetivo: codominio del hecho.

En la decisión conjunta es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente, este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les dé un sentido de división de función en dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo.

Ejemplo: A apunta con una pistola, mientras B toma el dinero de la caja.

El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado “antes de la ejecución” o ‘durante’ la ejecución (que se denomina coautoría sucesiva”). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en ‘escena’.

Cuando falta el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo, nos hallamos ante la llamada autoría accesoria y no ante coautoría.

Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, con respecto a este punto se requiere de una decisión o un acuerdo, en virtud del cual cada coautor se comprometa a asumir una tarea parcial-indispensable para la realización del plan, de manera que todos aparezcan como co-titulares de la responsabilidad; es pues la decisión mancomunada la que

⁵⁴⁴ PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, tercera edición.

determina la conexión de las partes del hecho ejecutadas por cada uno de los intervinientes y la que permita imputar a la persona respectiva la parte de las otras⁵⁴⁵.

JESCHECK, en el aspecto subjetivo, exige que los intervinientes estén vinculados recíprocamente por medio de una resolución conjunta, con lo que en el marco del acontecimiento global, cada uno de ellos, debe asumir una función parcial de carácter esencial que les haga aparecer como coportadores de la responsabilidad por la ejecución del conjunto del hecho.

B. La infracción conjunta del deber objetivo de cuidado

La imprudencia no consiste solamente en una ausencia de conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos de un tipo penal, pues tal delimitación negativa alcanza también al caso fortuito. El elemento nuclear y primario del delito imprudente lo constituye la infracción del deber objetivo de cuidado; la conducta que infringe el deber objetivo de cuidado y que causa el resultado típico se convierte en el centro de imputación penal al autor.

Sin embargo, al autor se deben referir todos los elementos típicos. El sujeto que actúa infringiendo el deber objetivo de cuidado, causando el resultado que le es objetivamente imputable al realizar la conducta objetiva del tipo, es el autor del delito imprudente. Y es autor directo del delito imprudente cuando realiza por sí mismo la conducta descuidada que, sin otras relevantes interferencias personales, termina lesionando el bien jurídico.

Si se considera que toda conducta descuidada, de autoría o de participación, fundamenta la responsabilidad imprudente a título de autoría, el valor que pueda tener la distinción entre las diversas formas de autoría se determina por la corriente doctrinaria a la que se apegaba el pensamiento jurídico.

⁵⁴⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, Parte general*, segunda edición, Editorial Santa Fe de Bogotá, año 1995, pág. 560.

C. Vinculación funcional a pesar de división del trabajo

El ámbito rector de la división de trabajo está en el principio de confianza, como uno de los ejes rectores de la imputación objetiva para la delimitación de diferentes ámbitos de actuación en actividades especializadas.

Tal y como lo señalamos anteriormente, el principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió a mediados del pasado siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, se les reconocía a los conductores la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario. De esta forma, se pretendía limitar su deber de cuidado, eximiéndoles de la obligación de estar pendientes en todo momento de las posibles o previsibles actuaciones incorrectas de los terceros. Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han ido extendiendo el ámbito de aplicación de este principio y han llegado a definirlo como un criterio general con el que delimitar el deber de cuidado en todos aquellos casos en los que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la actuación incorrecta de un tercero. A medida que el principio de confianza se ha ido extendiendo a otros ámbitos de actuación distintos del tráfico viario, la doctrina ha ido destacando la necesidad de limitar la aplicación de este principio en aquellos ámbitos en los que, en atención a la especial relación entre los distintos intervinientes, puede apreciarse la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros; así, fundamentalmente, en ámbitos en los que se produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Para mayores detalles sobre el particular, véanse, entre otros, MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid, 2009; PÉREZ DAZA, Abraham, *El principio de confianza en Derecho penal, criterio de para delimitar ámbitos de responsabilidad imprudente*, en prensa, ed. Porrúa.

Imputación objetiva

Este criterio ha tenido aplicación en los órganos jurisdiccionales de nuestro país, tal y como se visualiza con la tesis aislada V.2o.P.A.26 P emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, al resolver el Amparo directo 258/2008, de 1o. de septiembre de 2008, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Diciembre de 2008, visible en la página 978, que a la letra indica:

“COAUTORÍA. EN ESTA FORMA DE PARTICIPACIÓN CADA COPARTÍCIPE DEBE RESPONDER DEL DELITO EN FORMA UNITARIA, SIN QUE SEA DABLE IMPUTAR LA APORTACIÓN PARCIAL QUE CADA UNO DE LOS INCULPADOS REALIZÓ.El autor de un delito no es únicamente quien realiza materialmente la conducta típica, sino todo aquel que posee bajo su control directo la decisión total de llegar al resultado, es decir, quien tiene a su alcance la posibilidad de materializar el hecho delictivo o dirigir el proceso causal del acontecimiento criminal, contemplado en forma unitaria, es decir, comprendiendo al tipo básico y sus modalidades. En aquellos casos en que el autor comparte el actuar delictivo con otros autores, los cuales concurren con él en la comisión del delito mediante una distribución y división del trabajo delictivo, es decir, cuando hay pluralidad de activos, se configura la participación conjunta, que constituye la coautoría cuando, a pesar de la división de funciones, los autores concurrentes se encuentran en el mismo plano de participación, o bien, uno tiene el dominio directo, pues es quien realiza la etapa ejecutora del evento criminal, pero aun así los demás partícipes coadyuvan a la producción del resultado típico, por lo que estos últimos suelen constituirse como coautores, dada la división del trabajo colectivo mediante un plan común preconcebido, ya que su concurrencia en la ejecución del hecho punible importa la realización conjunta del delito por varios sujetos con codominio funcional del hecho. Por tanto, en los casos de coautoría no es dable imputar exclusivamente a cada uno de los inculpados la aportación parcial que realizó sino que, por el dolo encaminado a la consecución total del resultado, cada copartícipe debe responder del delito, considerado en forma unitaria como un solo resultado de la suma de conductas múltiples, precedidas de un designio criminal y de un acuerdo conjunto llamado "pacto criminoso".

D. Intervención configurativa en la fase de ejecución

La coautoría como realización conjunta del tipo por varias personas, es decir, división del trabajo requiere de dos limitaciones que constituyen los elementos esenciales de su tipo objetivo: división del trabajo en la ejecución del hecho y presupuesto imprescindible para la co-realización del tipo.

Sólo quien actúe durante la fase de ejecución del hecho, prestando una contribución independiente y esencial para el logro del mismo, domina funcionalmente el hecho, es decir co-domina de forma poderosa la ejecución del hecho, configurando plenamente el sí y el cómo de la co-realización del tipo⁵⁴⁷.

No toda intervención en el hecho con división de trabajo constituye coautoría. Para ser coautor no basta con sentirse como tal, ni con planear el hecho o establecer sus condiciones previas sino que hay que tener el co-dominio sobre la ejecución del hecho típico.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, el concepto de coautor está delimitado, en primer término por aquélla fase del *iter criminis* que resulta punible en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Código Penal Federal que define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, lo que resulta una garantía y exigencia básica del principio de legalidad penal. En este sentido sólo se pueden castigar las acciones u omisiones previstas como delito, aquellas que supongan ya dar principio a la ejecución del delito. Por ello sólo puede ser coautor y castigado como tal, quien intervenga al menos en la fase de ejecución del delito, o sea desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho. En base al principio de referencia al tipo de concepto de autor, el segmento de los sucesos de actuación que supone ya la realización propia del tipo es el hecho punible. Este es el hecho con

⁵⁴⁷ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 220.

relevancia penal que se debe dominar y configurar plenamente para ser verdadero coautor.

De este modo, un aporte esencial durante la ejecución dará lugar a la coautoría; el mismo aporte pero durante la preparación dará lugar a la cooperación necesaria⁵⁴⁸; los demás aportes, los no esenciales, que tengan lugar durante la ejecución como durante la preparación deberán considerarse complicidad.

E. Contenido de la intervención configurativa del hecho

Es autor el coautor, que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero en todo caso de la común resolución delictiva. O dicho en otras palabras: entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atiende unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica lleva a cabo otros, tal y como lo ha sostenido el siguiente criterio jurisprudencial:

[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Noviembre de 2010; pág. 1265:

COAUTORÍA Y AGRAVANTE DE PANDILLA, COEXISTENCIA DE. La coautoría prevista en la fracción II, del artículo 22, del Código Penal para el Distrito Federal, y la agravante de pandilla contemplada en el diverso numeral 252 de dicha codificación, son figuras jurídicas coexistentes, pues una no excluye la existencia de la otra; en tanto que, la primera implica que en la comisión de la conducta delictiva intervienen dos o más individuos, con dominio funcional del hecho, determinado éste por la actividad que corresponde a cada uno de los activos en su realización, lo cual hace que

⁵⁴⁸ cooperación necesaria.

respondan del delito en su integridad, pero sin que ello trascienda al resultado de la sanción; mientras que la segunda, requiere para su actualización, la existencia de tres o más sujetos activos, que sin estar organizados con fines delictuosos, se reúnan habitual u ocasionalmente y cometan un ilícito en común, calificativa que obviamente incide en el cuántum de las penas, pero no determina la forma de intervención del autor del delito. En consecuencia, el hecho de que la coautoría implique un acuerdo por parte de los activos para cometer un ilícito, el cual puede ser previo a su comisión, concomitante con el hecho o incluso de naturaleza tácita, de ninguna manera origina que no se actualice la agravante de pandilla.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO:

Amparo directo 3302/2004. 27 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis GONZÁLEZ. Secretario: Froylán Muñoz Alvarado.

Amparo directo 652/2005. 7 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis GONZÁLEZ. Secretario: Froylán Muñoz Alvarado.

Amparo directo 295/2007. 9 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis GONZÁLEZ. Secretario: Froylán Muñoz Alvarado.

Amparo directo 170/2009. 11 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Irma RIVERO ORTIZ DE ALCÁNTARA. Secretaria: Laura Olivia Sánchez Aguirre.

Amparo directo 303/2010. **. 8 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto VENANCIO PINEDA. Secretario: Miguel Ángel Jiménez Rodríguez.

Lo anterior toma sentido en el delito culposo, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado. El dominio funcional representa un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en el marco del cual los coautores ejercitan una medida esencialmente equivalente de dominio del hecho. Un plus de dominio de

Imputación objetiva

decisión puede compensar un minus de dominio de configuración, y viceversa, tal y como lo postula el siguiente criterio jurisprudencial:

[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Noviembre de 2010; pág. 1242:

COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO:

Amparo directo 768/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel BARÁIBAR CONSTANTINO. Secretario: Jesús Terríquez Basulto.

Amparo directo 22/2010. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel BARÁIBAR CONSTANTINO. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 77/2010. 7 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel BARÁIBAR CONSTANTINO. Secretaria: Leticia Jardines López.

Amparo directo 167/2010. 14 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel BARÁIBAR CONSTANTINO. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 277/2010. **. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel BARÁIBAR CONSTANTINO. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

El coautor es autor, luego para ser tal requiere reunir todas las calidades propias de éste. Toda vez que lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, por ello, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención, por lo que desde perspectiva clásica no ha sido legitimada la coautoría culposa, tal y como lo ha marcado el criterio del Poder Judicial de la Federación que a continuación se cita:

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Julio de 2010; pág. 1933:

DELITOS COMETIDOS POR CULPA CON REPRESENTACIÓN. EN SU ACREDITACIÓN NO SE ADMITE LA COAUTORÍA. La culpa con representación, en términos del párrafo segundo del artículo 9o. del Código Penal Federal, parte de la premisa de que el sujeto activo no quiere el resultado típico, pues aunque lo prevé, confía en que no se producirá; en tanto que la coautoría, de acuerdo con la fracción III del artículo 13 del mismo ordenamiento legal, se caracteriza, entre otras cuestiones, por el acuerdo de voluntades que existe entre los sujetos que la conforman, precisamente para realizar el delito. Luego, si no se quiere la comisión del ilícito, resulta incongruente que se acuerde con otros sujetos su realización; lo que implica que en la acreditación de los delitos cometidos por culpa con representación no se admite la coautoría.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 400/2009. 18 de febrero de 2010. Unanimidad de votos.
Ponente: Elvia DÍAZ DE LEÓN D'HERS. Secretario: Héctor Vargas Becerra.

Es claro que la negativa para aceptar la coautoría culposa es producida fundamentalmente de que la coautoría se limita a los hechos dolosos, simplemente porque la coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica solo es posible en los delitos dolosos de comisión, porque el delito culposo se caracteriza –como la omisión- por la violación de un deber (en el caso de la culpa se trata de un deber de cuidado) y esto no es susceptible de participación ni de división

V.- Aspecto subjetivo del tipo

A. Conocimiento general *versus* conocimientos específicos

Una de las principales negativas para legitimar la coautoría culposa, ha sido la falta de acuerdos por parte de los intervinientes, es decir, no es posible la apreciación de la voluntad de dominar el hecho, y por consiguiente, de un acuerdo común y por la aplicación para estos casos de un concepto unitario de autor. Pero esto es una interpretación sesgada a la existencia fáctica de supuestos de esta naturaleza, ya que la doctrina recurre a la autoría accesoria, “lo que supone proceder a una valoración aislada de cada una de las conductas imprudentes es por sí sola suficiente para la producción del resultado imprudente de aquellos otros en los que es precisa la unión de todas las aportaciones”⁵⁴⁹.

Pero si ponemos mayor atención a esta supuesta crítica, debemos aclarar que este acuerdo previo puede ser consciente, querido y siempre en forma conjunta, lo cual no conlleva a aceptar por sí solo, el simple acuerdo unilateral de uno de los intervinientes como coautores, ya que el acuerdo también puede ser manifestado tácitamente y no siempre expreso, por ello, podría pensarse que el acuerdo tácito conlleva a una problemática al momento de determinar quiénes son coautores, ya que siempre es más fácil determinarlos si el acuerdo es expreso, pero esta cuestión es

⁵⁴⁹GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 212.

resuelta oportunamente al momento de determinar si ese acuerdo tácito implicó una división de roles, ya que si bien, la importancia del acuerdo previo radica en que tiene como consecuencia necesaria el reparto de roles, a fin de lograr el propósito buscado.

[TA]; 7a. Época; 1a. Sala; Informes; Informe 1985, Parte II; pág. 25:

PARTICIPACION DELICTIVA, ESTRUCTURA DE LA. Para que surja la figura de la participación, que tiene el carácter de accesoria respecto de la autoría, es necesario que el sujeto, en lo externo, ejecute actos casualmente eficaces de colaboración con el hecho delictuoso consumado o tentado del autor (accesoriedad cuantitativa de la participación), es decir, es menester que se aporte la correspondiente cuota de cooperación en el hecho ajeno; y, en lo interno o anímico, debe concurrir el *ánimus socii*, que no es otra cosa que la conciencia y voluntad o propósito de ayudar, colaborar o favorecer la infracción dañosa o conducta típica y antijurídica del sujeto activo principal (accesoriedad cualitativa de la participación).

PRIMERA SALA

Amparo directo 10364/84. James William Scott. 14 de junio de 1985. 5 votos. Ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS. Secretario: Tomás Hernández Franco.

Por lo anterior, hemos de asumir que la coautoría llega a presentarse en el caso en que algunos de los intervinientes, aún y cuando hayan sido parte del acuerdo en común y haber aceptado realizar su aporte objetivo al hecho (requisitos *sine qua non* para la coautoría), no significa el hecho como propio, ni siquiera se consideraría coautor, esto por la razón de que tomar en consideración la teoría del dolo y el *animus auctoris*, quedaría fuera de aplicación la imputación al sujeto como coautor, por ejemplo, en delito de peculado se requiere que aquellos que intervengan deban tener un ánimo de lucrar con recursos financieros que recibieran en administración, criterio mantenido por la jurisprudencia:

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo III, Enero de 1996; Pág. 321:

Imputación objetiva

PECULADO. EL "ANIMUS LUCRANDI" NO CONSTITUYE UN ELEMENTO PARA LA CONFIGURACION DEL DELITO. La consumación del delito de peculado, no se desvirtúa con el hecho de que el sujeto activo tuviera el propósito de reintegrar las sumas apropiadas, ni con la circunstancia de que se encuentre en posibilidad económica de hacer su devolución. En efecto, el hecho de que el inculcado no hubiera tenido el ánimo de lucrar con los recursos financieros que recibió en administración, no lo releva de su responsabilidad, pues tal delito se consuma desde el momento en que distrae de su objeto, para usos propios, ese dinero recibido en razón de su cargo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO:

Amparo directo 371/95. Maximino Hernández Meneses. 3 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel MARROQUÍN ZALETA. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

La discusión por la parte subjetiva del tipo en los delitos culposos en grado de coautoría, denota con puntual claridad GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ⁵⁵⁰ que “se reprocha el haber lesionado un deber objetivo de cuidado impuesto por una norma de cuidado, debido a que o bien no lo ha reconocido (imprudencia incosciente) o bien a pesar de haberlo reconocido no ha cumplido con dicho deber de cuidado, confiando en su habilidad y con ello en la no producción del resultado (imprudencia consciente). Esta infracción del deber de cuidado puede realizarse tanto por acción como por omisión y puede ser tanto individual como conjunta. Precisamente sobre la actuación imprudente a realizar de forma conjunta recaerá el acuerdo entre los intervinientes. El término acuerdo también se puede sustituir en este ámbito por el de “proyecto de actuación común”; en definitiva consiste, al igual que en el delito doloso, en la existencia de un conocimiento recíproco de la actuación conjunta, pudiendo el mismo derivarse de la existencia de un acuerdo propiamente dicho entre los sujetos ya sea expreso o tácito, o de un proyecto diseñado por un tercero. Debemos tener en cuenta además que no se trata de una acción neutra desde el punto de vista de la valoración jurídica, sino que la actuación debe llevar consigo la creación de un riesgo no permitido”.

⁵⁵⁰ *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 214 y 215.

Por consiguiente, la parte subjetiva del tipo en el delito culposo por coautoría debe ser entendido, no solamente a partir del animo del sujeto para contribuir en la planificación del hecho, sino que ese aporte sea el parámetro para determinar la realización de un riesgo no permitido.

A. Las fronteras entre el dolo y la culpa consciente

La Ciencia del Derecho en su evolución ha transitado por diversas “escuelas de pensamiento” cuyas diferencias podemos advertirlas, entre otros aspectos en el método de investigación y el orden de estudio de los elementos que integran el concepto del delito.

Por mencionar algunos aspectos, destaca por ejemplo, la ubicación del dolo en la estructura del delito: para los causalistas el estudio del dolo debe abordarse en el tema de la culpabilidad; mientras que para los finalistas el dolo es un aspecto que debe estudiarse en la tipicidad.

Pero en el año de 1944 el finalismo sufrió una crítica en cuanto hace a la explicación de los delitos culposos. La frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente, para ENGISCH, no queda claramente explicada en la teoría de la acción final⁵⁵¹.

Al parecer, ENGISCH sólo inició una polémica que a nuestro juicio continúa, quizá no con la óptica de criticar al finalismo, pero cierto es que no es fácil delimitar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, como advertiremos en el presente trabajo.

⁵⁵¹ENGISCH, Karl, *Der finale Handlungsbegriff en Probleme der Strafrechtserneuerung*, pp. 153 y siguientes. Citado por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La doctrina de la acción finalista*. 2ª ed. Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, España, 1978, p.84.

1. Concepto de dolo eventual

Atendiendo la prelación cronológica a que nos referíamos en líneas precedentes, a continuación presentamos el concepto que del dolo eventual manejan los autores con base en la escuela a la que pertenecen.

CARRANCÁ Y TRUJILLO cita a Francesco CARRARA⁵⁵², quien afirma que en el dolo eventual se tiende a lesionar un derecho ajeno y se prevé además, la posibilidad de lesionar otro más ocasionándole así un daño consecutivo, pero sin la voluntad positiva de causar este último resultado; de aquí que sea consecuencia lógica considerar como culposa la acción por cuanto se esperaba poder evitar el daño consecutivo, no lográndose por imprudencia en la especie imprevisión.

En el caso del dolo eventual, asegura MALO CAMACHO⁵⁵³, el agente no quiere producir el resultado, sin embargo en el interés de alcanzar el fin que se propone, está dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta y hecho típico aunque desee que estos no se produzcan.

En sentido estricto, continúa MALO CAMACHO, no existe la voluntad de causar el resultado típico y antijurídico, pero es asimilada a ésta, para los efectos de la responsabilidad penal, su aceptación de las consecuencias del resultado producido.

Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA refiere que “hay *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”⁵⁵⁴.

⁵⁵² Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 22ª edición, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 505 y 506.

⁵⁵³ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 6ª edición, Ed. Porrúa, México, 2005, pp. 366 y 367.

⁵⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo V, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992, p. 585.

JAKOBS, tras estudiar algunas de las teorías que fundamentan el dolo eventual – y que estudiaremos en líneas subsecuentes–, precisa que “concurrirá, pues, dolo eventual, cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”⁵⁵⁵.

2. Dolo eventual en la ley penal mexicana

México cuenta con 34 Códigos punitivos, por lo que no es propio, por la extensión de este trabajo, analizar el contenido de todos ellos. En este sentido nos permitimos citar el contenido de dos ordenamientos:

Código Penal Federal:

“Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, *o previendo como posible el resultado típico*, quiere o *acepta la realización del hecho descrito por la ley...*”

Algo parecido sucede en el Código Penal para el Distrito Federal:

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

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

Podemos apreciar que los ordenamientos son coincidentes en el rasgo de la *previsión* y la *aceptación*.

Legalmente obra con dolo eventual el que previendo como posible el resultado típico acepta su realización.

⁵⁵⁵JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p. 327.

3. Dolo eventual y criterios judiciales

Existen 52 tesis aisladas con respecto al dolo eventual, ya sea emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito o por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al igual que advertimos la cronología en los conceptos del dolo eventual, a continuación nos tomamos la libertad de colocar cronológicamente algunos criterios relevantes.

“INTENCIONALIDAD DELICTUOSA.El dolo eventual de realizar el hecho, sean cuales fueren sus consecuencias, cae dentro del ámbito de los hechos o delitos intencionales, según las reglas del derecho positivo que establecen que *la presunción de la intencionalidad no se destruye aun demostrando que el agente no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño*⁵⁵⁶; *ni de que no se propuso causar daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria* y notoria del hecho en que consistió el delito, o si el imputado previo o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho y estar al alcance común de las gentes, o si se resolvió a violar la Ley fuera cual fuere el resultado.

A nuestro modo de ver, el lenguaje de este criterio resulta un tanto complejo, en efecto el agente no se propuso causar el daño en el segundo hecho típico, de lo contrario sería dolo directo.

“DOLO EVENTUAL. PARTICIPACION.Si en una de las juntas preparatorias del asalto, uno de los agentes *propuso que si encontraban resistencia él estaba dispuesto a pegarles y a matar a los ofendidos*, el reo estaba por tanto enterado, ya que era de los asistentes a las juntas, de que en los planes no se descartaba la posibilidad de atacar en su integridad física a dichos ofendidos si se presentaba la ocasión; por tanto, resulta correcta la cita hecha por el tribunal responsable cuando habla de dolo eventual sobre el particular”.

⁵⁵⁶ Las cursivas son nuestras.

Este criterio nos orienta en el sentido que lo hiciera el concepto de MALO CAMACHO, pues el agente en el interés de alcanzar el fin que se propone, está dispuesto a aceptar las consecuencias que pudieran derivar de su conducta.

“DOLO EVENTUAL Y DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS. SUS DIFERENCIAS. Mientras que en el dolo eventual en la *representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta aceptando sus consecuencias*, en el dolo de consecuencias necesarias el agente tiene el propósito de un resultado determinado, pero en este caso la representación es que al desarrollar su conducta surgirán de manera irremediable otros resultados típicos de los que pretendía el sujeto realizar. Así, si en el caso el procesado *tenía en mente como posible que al poner en marcha su vehículo, la ofendida que se encontraba sujeta al volante, sería proyectada y lesionada, a pesar de lo cual no renunció a la ejecución de su conducta aceptando su resultado*, deben estimarse las lesiones sufridas por el sujeto pasivo ocasionadas mediante dolo eventual y no por dolo de consecuencias necesarias, porque al poner el inculpado en movimiento el vehículo, el resultado que podía surgir por su conducta era el de lesionar, como aconteció, pero de ninguna manera en forma irremediable se producirían otros resultados típicos.

El criterio nos permite apreciar la característica del dolo eventual referente a la representación y aceptación del resultado.

DOLO EVENTUAL. DELITO CONTRA LA SALUD. MODALIDAD DE TRANSPORTACION. CONFIGURACION DEL. Si en preparatoria sostuvo el quejoso que su contratante le informó que el trabajo que le proponía era ilícito, sin especificarle que transportaría droga, y a pesar de ello el peticionario no renunció a la proposición de su contratante de ir a recoger paquetes a un determinado lugar y transportarlos a un punto geográfico distinto, aceptando de manera tácita las consecuencias que se podrían originar, se configura por ende el "dolo eventual", pues éste se da cuando *el agente se representa el resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del*

hecho, aceptando sus consecuencias, es decir, existe voluntad de la conducta del quejoso, pues no puede negarse que subjetivamente se representó como posible o contingente la acción de delinquir.

Hasta ahora los ejemplos giraban en torno a un hecho delictivo principal y consecuencias representadas y aceptadas, que daban lugar a un segundo resultado típico, empero, en el ejemplo del criterio anterior, hay un solo resultado típico cuyas consecuencias representadas determinan que la conducta desplegada fue dolosa.

DOLO EVENTUAL. COMPROBACIÓN DE SUS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS POR VÍA INFERENCIAL INDICIARIA. Los elementos de configuración del dolo eventual, por razón de entrañar *aspectos esencialmente subjetivos, como lo son los procesos anímicos de orden cognoscitivo y volitivo, cuya generación se produce en el interior de la mente del sujeto activo*, son del todo refractarios a una constatación directa y, en tal virtud, resulta jurídicamente idónea su comprobación inferencial, siempre que se sustente objetivamente en indicios circunstanciales plenamente acreditados, que sean conducentes a demostrar, mediante *una inferencia lógica necesaria*, en una relación de antecedente a consecuente, más o menos estrecha, que induzca al convencimiento de que el infractor penal, no obstante *prever como probable el resultado típico, aceptó la causación del mismo*.

En el criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito apreciamos el uso del término inferencia, el cual, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “deducir algo de otra cosa”⁵⁵⁷. No compartimos dicho criterio, pues desde nuestra óptica ésta es sólo la mitad de la valoración, que debe ir aparejada de una minuciosa apreciación de la declaración del sujeto activo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión digital visible en la página de internet <http://buscon.rae.es>, consultada el 17 de mayo de 2010.

⁵⁵⁸ Evidente es que no podemos atenernos a que la “confesión es la reina de las pruebas”, pero consideramos que la primera declaración, la más próxima a la ejecución de la conducta, puede ser útil para, ahora sí, inferir el ánimo del sujeto.

4. Concepto de culpa consciente

En la tesitura que hemos procurado, la doctrina ha definido a la culpa consciente en el modo en que sigue.

CARRANCÁ Y TRUJILLO⁵⁵⁹ asegura que en la culpa consciente o con representación se prevén las consecuencias del resultado, esperando que no ocurran, es muy semejante al *dolus eventualis*, sólo que en éste decide el egoísmo, y en la culpa con representación, la ligereza.

JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁶⁰ refiere, a su vez, que MEZGER reconoce la clasificación de culpa consciente y culpa incosciente, estaremos ante la primera cuando el autor ha previsto las consecuencias de su acto, pero a causa del menosprecio del cuidado debido, no ha previsto las consecuencias de su acto.

Por su parte, JAKOBS refiere que “últimamente se propone distinguir entre el dolo eventual y la culpa consciente según el objeto de conocimiento, es decir según la clase de peligro. El no poner en práctica una posibilidad de evitación sería igual a decidirse por la posible lesión al bien jurídico”⁵⁶¹.

5. Culpa consciente en la ley penal mexicana

Código Penal Federal:

“Artículo 9. ...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”.

⁵⁵⁹ Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Ob. Cit., p. 521.

⁵⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 999.

⁵⁶¹ JAKOBS, Günther, Ob. Cit., 332.

Código Penal para el Distrito Federal:

“Artículo 18. (*Dolo y Culpa*)...Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o *previó confiando en que no se produciría*, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”

El legislador mexicano colocó los rasgos distintivos de la culpa consciente, estableciendo que el activo produce un resultado típico, en forma prevista bajo la confianza de que no se produciría.

6. Culpa consciente y criterios judiciales

Para el caso de la culpa consciente existen 25 criterios⁵⁶² de los cuales dos son jurisprudencia por reiteración de criterios. Al igual que en el dolo eventual, los tenemos a continuación en orden cronológico.

IMPRUDENCIA, DELITO DE. Si la lesión se produjo cuando los sujetos activo y pasivo del delito jugaban con sus armas, lógicamente debe inferirse que el evento producido tiene el carácter de imprudencial, supuesto que el daño que resultó, aun cuando *fue previsto, no fue querido*, lo que hace incuestionable que la acción pudo encuadrarse dentro de lo que el Derecho material designa como culpa consciente, habida cuenta de que la causación del resultado es el fundamento imprescindible de la culpabilidad jurídico penal.

A nuestro modo de ver este criterio, arriba a la confusión que también se ha presentado en la doctrina, pues maneja erróneamente el término querido, cuando debió utilizar la palabra aceptado, rasgo distintivo del dolo eventual, pues si el resultado es querido, es dolo directo.

⁵⁶² Hallazgo a través del método “Búsqueda temática” en el disco óptico emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. IUS 2009.

CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA. Si deliberadamente el reo descarga su pistola y sólo por el afán de jugar una broma al ofendido le apunta y hace accionar el arma, incurre en imprudencia grave, que linda con el dolo eventual, ya que existió culpa consciente o con previsión, por ser previsible para todo mundo que un disparo efectuado sobre una persona puede traer como consecuencia la muerte, aun cuando el sujeto actuara esperando que no ocurriera, dominando la ligereza en esta imprudencia frente al egoísmo en el dolo eventual, por lo que el agente se salvó de ser sancionado por homicidio intencional, dado que la ley, realizado el resultado lesivo, presume dolosa la conducta del infractor.

De aquí la necesidad de conocer las teorías que la doctrina reconoce para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, porque en efecto, qué debe decidir el juzgador: ¿el sujeto que dispara prevé como posible el resultado de herir al otro sujeto y lo acepta? o ¿el sujeto prevé como posible el resultado de herir al otro pero confía en que no se presente tal acontecimiento?

IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CULPA CONSCIENTE. Si el inculpado previó el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente.

Este criterio es Jurisprudencia por reiteración de criterios del que se advierte que abrigar la esperanza de no producir el hecho dañoso, es el aspecto que caracteriza a la culpa consciente.

DOLO EVENTUAL O INDIRECTO, CULPA CONSCIENTE Y PRETERINTENCIONALIDAD. El dolo eventual o indirecto se ha definido como aquel en que el autor se representa como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o bien, cuando el sujeto sin dirigir precisamente su comportamiento hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo desea de manera directa, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. Es

dentro de este marco, donde la hipótesis de la "ruleta rusa invertida" encuentra su perfecta adecuación, pues no cabe duda de que al haber el activo tomado su pistola, dejando una bala en el cilindro al que dio vuelta, para luego apuntar hacia su compañero, según ambos lo habían acordado, y dispararle, en su mente se representaba la posibilidad de que el hoy occiso podría resultar lesionado o muerto, como en efecto aconteció, sin que a pesar de ello desistiera de su comportamiento. Es innegable que el resultado no lo deseaba, pero lo aceptó, e incluso podríamos atrevernos a pensar que en lo íntimo de su mente hasta lo deseó, porque de no haber acontecido el hecho en la forma en que se desarrolló, hubiera podido ser de manera inversa y resultado lesionado o muerto el inculpado, hipótesis que definitivamente no deseaba, pero cuya realización era factible, porque como se desarrollaba el "juego de ruleta rusa invertido", era inevitable que cualesquiera de los dos participantes fuera dañado. No es factible ubicar el presente caso en el ámbito de la culpa consciente, pues en ésta *no hay voluntad respecto al resultado que se representa, el cual no se quiere ni se acepta*, a diferencia del dolo eventual, en el que existe aceptación del resultado previsto como posible o probable. Para incurrir en culpa es menester la violación del deber de cuidado, a lo que es totalmente ajeno el actuar doloso, en cualquiera de las formas que concurra, de acuerdo a las diversas clasificaciones de doctrina. El homicidio preterintencional se caracteriza por un resultado consistente en la muerte, que se previó, con la esperanza de que no se realizaría, o que no siendo previsto haya sido previsible, actuando el activo sólo con animus dañandi; por tanto, el actuar del acusado no se ajustó a tales exigencias porque la preterintencionalidad requiere que al inicio se obre de manera dolosa, en tanto que la conducta desplegada por el activo sea dirigida a causar un daño al pasivo, esto es, que deseara sólo lesionarlo; sin embargo, en una segunda fase, a virtud de la concurrencia de la culpa, se logra un resultado típico (muerte), que sobrepasa al inicialmente querido.

Esta tesis nos ofrece una definición amplia del dolo eventual y un claro ejemplo del mismo, lo que nos permite a su vez, distinguir a la culpa consciente, pues en efecto el "juego" referido en el ejemplo no puede encuadrar en las características de la culpa consciente, pues si se abrigara la esperanza de que el resultado no se produciría, ¿cuál

sería el sustento de esa esperanza? si el activo sabe que hay una bala respecto de la cual hay una probabilidad alta de que sea disparada por el cañón. En este caso, como en cada uno de los que se presenten, es preciso, como señalábamos en líneas precedentes, que se estudie el ánimo del sujeto.

“DOLO EVENTUAL. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS (CÓDIGOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, ABROGADO Y VIGENTE).El párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal para el Distrito Federal, ahora abrogado, que continúa siendo aplicable a los ilícitos perpetrados durante su vigencia, y cuyo contenido normativo esencial se ve reiterado en el párrafo segundo del dispositivo 18 del nuevo ordenamiento punitivo distrital, atribuye una estructura de conformación cognoscitivo-volitiva al modo comisivo de concreción delictual, de tipo doloso, tradicionalmente conocido en la doctrina como dolo eventual, puesto que previene como elementos requeribles para su integración, los siguientes: a) En el enunciado “obra dolosamente el que ... previniendo como posible el resultado típico” contempla el elemento de orden cognoscitivo consistente en la *previsión o representación del posible resultado típico*; y b) En la expresión “acepta la realización del hecho descrito por la ley” incluye el elemento de carácter volitivo, configurado por el *asentimiento de voluntad del infractor penal con respecto a la causación del resultado típico, lo cual entraña evidentemente la aceptación del resultado previsto como posible o probable*, ya que implica, psicológicamente, una forma indirecta de concurrencia de la voluntad. Este último aspecto constituye, ciertamente, el más relevante para el efecto de distinguir la culpa con representación del dolo eventual, en virtud de que en esta forma de concreción dolosa del tipo penal el activo quiere y realiza voluntariamente una conducta activa u omisiva, en la que conscientemente prevé como posible el resultado típico sancionado por la norma penal, y aunque el activo no pretenda ni desee ese posible resultado, como finalidad de su conducta, no obstante, *lo acepta o asume conscientemente, conformando el elemento volitivo precitado*, ya que consiente el probable resultado eventual de su actuar u omitir voluntario, máxime cuando le es del todo indiferente si se produce o no la causación de ese resultado típico contingente, como puede acontecer si el activo despliega, de manera voluntaria y consciente, una actividad altamente peligrosa,

en condiciones y circunstancias por las que entiende necesariamente, como inminente, un riesgo de causación de un grave daño a la integridad o existencia de las personas, en que evidentemente, sin necesidad de prueba directa alguna, podría denotarse una *deshumanizada indiferencia o desprecio por la vida humana*.

En esta tesis advertimos de nueva cuenta que tras individualizar las características del dolo eventual, se descarta la existencia de la culpa consciente, agregando caracteres que estudiaremos en las teorías o criterios diferenciadores entre el dolo eventual y la culpa consciente.

7. Criterios diferenciadores entre dolo eventual y culpa consciente

El dolo eventual y la culpa consciente son conceptos que limitan en forma directa y usualmente el modo de distinguirlos es a partir de la definición de uno de ellos⁵⁶³, para inferir las características del otro concepto.

En este contexto, la doctrina ha elaborado diversas teorías que permitan alcanzar un criterio de distinción. Aquí una breve síntesis de las teorías más desarrolladas por la dogmática:

A. Teoría del sentimiento

Para esta teoría, el autor debe haber concebido intrínsecamente la representación del daño posible, junto a aquellas posibilidades ulteriores que de su obrar se deduzcan, sintiéndolo como un obstáculo de su resolución, y sin embargo debe haber aceptado, aprobado, el daño en el supuesto de que se produjera.

⁵⁶³ Cfr. BROTTTO, Norberto, *Dolo eventual y culpa consciente. Su perspectiva en la doctrina*, Revista La Ley, Año LXIV, Número 190, Octubre de 2000, Buenos Aires.

Los autores afirman que hacen incidir en el ámbito de lo doloso, bajo esta teoría, la situación más pasiva que adopta el agente ante el resultado previsto como posible.

B. Teoría del asentimiento

Para esta teoría la voluntad de un resultado necesita comprobarse en el momento en que se emprende la acción, y el resultado que se quiere en ese momento sigue querido, aunque no se realice, en cuyo caso lo que habrá es una tentativa.

C. Teoría del consentimiento

Esta postura requiere para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con él.

Para ROXIN, el inconveniente que trae aparejado esta teoría es que si el sujeto aprueba directamente el resultado, en la mayoría de las veces concurre ya una intención, por lo que al asemejar la intención con el dolo directo, no dejaría nada para el dolo eventual: “Si se interpreta de esta forma estricta la teoría de la aprobación, la misma conduce por tanto a resultados distintos que la doctrina aquí defendida, y debe ser rechazada. En efecto porque, en primer lugar, cuando el sujeto aprueba directamente la producción de un resultado, la mayoría de las veces concurre ya una “intención o (propósito)”, de modo que esta concepción no deja apenas nada para el dolo eventual. En segundo lugar y sobre todo, esta concepción pasa por alto la consideración de que el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas. El que alguien apruebe el resultado por él incluido en los cálculos, lo afronte con indiferencia o incluso lo lamente es importante para la medición de la pena, pero no puede influir en el carácter doloso del hecho. Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya “querido” en

el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna⁵⁶⁴.

Esta teoría también es conocida como “teoría hipotética del consentimiento”, por utilizar como medio de prueba, la primera fórmula de FRANK, según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del resultado.

Si se llega a la conclusión de que el sujeto hubiera actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que afirmar la existencia de dolo, en caso contrario hay que negarlo.

Dentro de esta corriente los defensores de la “teoría positiva del consentimiento” se sirven de la segunda fórmula de FRANK la que prevé: “Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”.

D. Teoría de la indiferencia

Lo relevante de esta teoría es que atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. La misma se interesa por la situación emocional del sujeto, y sobre la base de la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, afirma la existencia de dolo.

La crítica que se le hace a esta postura radica en que va más allá del “querer”, que tiene una acepción más neutra respecto de la *psique* del autor ya que se puede querer un resultado, aun cuando éste nos desagrade, del mismo modo que, se puede no querer el resultado, pero sernos éste indiferente.

⁵⁶⁴ Cfr. *Derecho penal, parte general*, p. 431.

E. Teoría de la probabilidad

Lo decisivo para los partidarios de esta postura es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. En su comienzo, según la formulación inicial de esta teoría, habrá dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible⁵⁶⁵.

La crítica que se le dirige a esta teoría es que se hace muy imprecisa en la práctica toda vez que si al propio juez ex post, le es imposible determinar cuándo algo es posible o probable, para el autor, ex ante, aún será, si cabe, más difícil conocer si un resultado se presenta como posible o como probable.

“Realmente el dolo podría solamente ser diferenciado, por tanto de la *luxuria*, en virtud de un juicio valorativo. Y este juicio de valoración no puede en absoluto ser obtenido con arreglo al estado psíquico, sino que en realidad se infiere del tipo objetivo”⁵⁶⁶.

8. Casos

- a) Un médico considera probable la muerte del enfermo, y opera a pesar de ello con el objetivo de intentar la última posibilidad de salvación.

Bajo la óptica de la teoría de la probabilidad el médico actuó dolosamente, criterio que no compartimos, puesto que, como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, el cirujano interviene precisamente para salvar al paciente, evitando el probable resultado⁵⁶⁷.

- b) Un perro ataca a su dueña y luego a un niño de la vecindad, se sospechó que el can estaba rabioso y ante la sospecha la dueña mató al perro y lo

⁵⁶⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 8ª edición, Ed. B de F., Buenos Aires, 2008, p.287.

⁵⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Ob. Cit., p. 601. Conviene aclarar que el término *luxuria* como lo explica el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, p. 996. Tiene su origen en el Derecho Romano, utilizada para designar una culpa más grave, pensando en las consecuencias del actuar pero confiando en que no sucedería.

⁵⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Ob. Cit., p. 619.

Imputación objetiva

enterró, presentando para examinación a un can de iguales dimensiones. Ante negativa de hidrofobia, se suspendió el tratamiento contra la rabia respecto del menor, pues la dueña continuó con su tratamiento. El menor murió.

Para este caso, los tratadistas afirman que la señora consintió el sacrificio del menor, lo cual se advierte en el hecho de que ella continuó su tratamiento e hizo el cambio del perro con el objetivo de evitarse responsabilidades.

CAPÍTULO XV

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA

I.- Planteamiento preliminar

La responsabilidad penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, roles entre los cuales se pueden distinguir dos clases, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común más o menos completo y aquéllos que adquieren relevancia jurídica referidos a personas de configuración específica. Los titulares de estos roles generalmente al quebrantarlos responden a título de autor, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común.

Por tanto, el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respecto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robos; el “no respectivo” resalta el lado negativo del rol.

El quebrantamiento de un rol común tiene lugar, por consiguiente, por medio de organización, ya sea llevando a acabo una organización defectuosa por medio de una conducta actual, bien lo sea porque no se conjura el peligro que conlleva el ámbito de la organización.

Ahora bien, existe con ello la posibilidad de organizar conjuntamente con otros, allí entra la coautoría, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, sino de manera que todos se unan en una sola obra. Si dejamos de lado los casos en los que participan personas inmersas en un error, o que han sido coaccionadas, o que no son responsables por cualquier otro motivo, y nos mantenemos en el ámbito de los supuestos de autoría en los que cabe imputar a todos los intervinientes, la coautoría consiste en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo, el trabajo para lograr una obra única que se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte.

II.- Ámbitos de la imputación

A. Ámbito objetivo: el hecho funcionalmente conjunto

Los individuos colaboran en la obtención de fines comunes, son cada vez menos las actividades que se desarrollan individualmente; si bien teóricamente una sola persona podría producir vehículos automotores, construir edificaciones, fabricar productos químicos o elaborar un periódico, el desarrollo individual de tales actividades conduciría rápidamente a la parálisis de la comunidad no sólo debido a la lentitud de las labores, sino también a la imposibilidad de que una sola persona pueda dominar los diversos conocimientos especiales que se requieren para la elaboración de múltiples productos. Pero las ventajas de la división del trabajo desaparecerían por completo si cada una de las personas que intervienen en el desarrollo de una actividad no pudiera como regla general confiar en el comportamiento de sus demás colaboradores, pues se caería en la necesidad de un coordinador que corroborará todos los actos de sus colaboradores. Puede afirmarse que en el hecho funcionalmente conjunto prevalece un principio de confianza ⁵⁶⁸, que rige durante la división del trabajo, siendo vigentes sus fundamentos generales y las limitaciones que les son inherentes.

⁵⁶⁸ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Colombia, 1996.

Sobre el particular, elocuentemente GIL GIL resume el sistema objetivo de imputación en el delito imprudente a partir del propuesto por ROXIN: “El principal representante de esta construcción es ROXIN. Se ha llamado su construcción «imputación trifásica del tipo objetivo» o «teoría de los tres niveles» pues supone tres comprobaciones: 1. la creación de un peligro no permitido (que se excluye objetivamente cuando existe una disminución del riesgo, si existe una falta de elevación del riesgo y en los casos de riesgo permitido); 2. la realización del peligro en el resultado (que se excluye si se ha realizado un riesgo distinto del que pretende evitar la norma, si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma, o si el riesgo no ha incrementado en relación con la conducta alternativa correcta –teoría del incremento del riesgo–) y 3. su pertenencia al alcance del tipo que queda excluía en los casos de participación en una autopuesta en peligro dolosa o en la puesta en peligro consentida de otro, o en los casos de adscripción del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena (prohibición de regreso) y los daños tardíos y de shock. ROXIN no exige un tipo subjetivo en la imprudencia. La cognoscibilidad individual de la peligrosidad no permitida se ubica en la culpabilidad. ROXIN rechaza la distinción entre imputación o tipicidad del comportamiento e imputación del resultado..., pues para él la imputación de la acción se refiere exclusivamente a la constatación de si ha habido una acción mientras que la pregunta acerca de si se ha realizado una «acción de homicidio» es una cuestión de imputación del resultado”⁵⁶⁹.

Las actividades individuales han de ser desarrolladas de acuerdo a una asignación de funciones preestablecida, es decir, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, confiando en que sus compañeros cumplirán de igual forma con sus labores asignadas.

B. Ámbito subjetivo: los sujetos funcionalmente actuantes

La utilización de los recursos generado en el campo de la imputación objetiva permiten diferenciar el objeto de discusión en los delitos culposos en las diversas

⁵⁶⁹ *El delito imprudente*, p. 175.

formas de intervención delictiva, toda vez que resulta inútil recurrir a este matiz normativo para el estudio del concepto restrictivo de autoría y participación, en palabras de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ⁵⁷⁰: “el motivo y el modo por los que se imputa la responsabilidad es diferente como consecuencia de la distinta norma de conducta que es infringida por cada uno de ellos; en un sistema restrictivo de autoría la relación entre la actuación del autor y la del partícipe y el resultado lesivo presenta peculiaridades distintas: en el caso del autor su conducta debe suponer una peligrosidad, un riesgo de realización delictiva que se encuentra conectado (relación del riesgo) con la producción del resultado previsto en el tipo de la Parte Especial (resultado principal); y en el caso del partícipe su conducta debe suponer un riesgo de favorecimiento de la comisión del delito por parte del autor que se traduzca (relación del riesgo) en un favorecimiento efectivo al mismo (resultado de cooperación); la lesión indirecta del bien jurídico propia de la aporogtación del partícipe se materializa cuando el autor inicia el ataque mediante su actuación en la fase ejecutiva. De esta forma, puede afirmarse que el riesgo que se realiza en el resultado típico de forma directa proviene de la actuación de un autor, mientras que la conducta de los partícipes crea un riesgo que sólo indirectamente, es decir, a través de la conducta del autor, se realiza en el resultado principal, de tal manera que lo que se debe poder imputar al partícipe de forma primara no es la producción del resultado típico, sino la conducta favoreceroda o incitadora de la actuación del autor, siempre, claro está, que se cumplan además las exigencias del principio de accesoriedad que limitan la responsabilidad del partícipe...”.

Esta descripción fenomenológica de las formas de intervención delictiva a la luz del riesgo prohibido, es la mejor alternativa para sostener la viabilidad de la coautoría culposa, ya que la comprensión del injusto para tales efectos las reglas de imputación van a tener un alcance diverso según la forma de intervención delictiva ante la que se intenta determinar, ya que el concepto restrictivo de autor, por sí solo, dificulta un verdadero reconocimiento de imputación por el resultado acaecido.

⁵⁷⁰ *La responsabilidad penal del coautor*, p. 449.

III.- La previsibilidad del riesgo

Al respecto, JAKOBS⁵⁷¹ señala que sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en una sociedad. Por ejemplo, si el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación de él que al producirse una perturbación de ese cosmos se deba contar con que prácticamente pueda producirse cualquier consecuencia, del mismo modo que es posible que sobrevenga una consecuencia cuando se modifica una situación en un organismo complejo. Sin embargo, la perturbación de un cosmos ya no es una modalidad de explicación válida, pues de esta forma cualquier comportamiento conlleva a una modificación planificable del mundo.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que los cambios planificables producen otros cambios no planificables, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se lleva a cabo.

A. La realización o la no neutralización colectiva del riesgo en el resultado

Cuando ENGISCH desarrolló la fórmula que actualmente sirve de base a la teoría de la imputación objetiva, mencionó expresamente que a nadie se le podía atribuir un resultado, si él no era producto de un riesgo jurídicamente desaprobado que se hubiera realizado en el resultado, con lo cual la doctrina comenzó paulatinamente a distinguir entre la creación y la realización de riesgos, expresión esta última que alude claramente al vínculo que debe existir entre la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante.

⁵⁷¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, Ángel Editor, México, 2002, p. 78.

Se ha estimado que la propuesta de ENGISCH resultó ser indispensable para la conformación en primer lugar, de una teoría de la adecuación y sobre la previsibilidad objetiva, presupuestos para la postulación de una teoría del riesgo: “La idea de la adecuación pretendía identificar los riesgos que el autor debía conocer (por eso se le denomina como elemento intelectual del deber de cuidado) y, por tanto, que la norma de cuidado exigía evitar. Para riesgos indudables, como tirar la piedra, disparar un arma de fuego o arrojar a alguien desde una altura de 30 m esta teoría ya no sirve. Todo el mundo sabe que la construcción de una carretera o la fabricación de coches puede dar lugar a muertes o lesiones. Pero ello no es suficiente para desaprobado dicha construcción o dicha fabricación. Para afirmar la existencia de un homicidio o unas lesiones típicas es preciso no sólo constatar la creación de un riesgo, sino que éste se encuentre jurídicamente desaprobado. Tradicionalmente se llegó incluso a mezclar el *topos* de la ‘previsibilidad objetiva’ con el instituto del riesgo permitido. Después del importante paso de ENGISCH, la aportación de WELZEL fue definitiva para separar en el deber objetivo de cuidado el hecho de que la norma penal no sólo prohíbe riesgos (resultado adecuado u “objetivamente previsible”), sino que prohíbe sólo cierto tipo de riesgos (no permitidos). Para determinar cuáles son los riesgos que pueden alcanzar relevancia típica los criterios naturalísticos, como la probabilidad de lesión, no aportan una información suficiente. La necesidad de separar ambos problemas se extendió rápidamente y fue admitida por la doctrina mayoritaria. Por el contrario, ENGISCH desplazaba la problemática del riesgo permitido a la antijuridicidad, pero poco a poco la doctrina ha considerado que el riesgo permitido es un instituto que tiene que ver con la tipicidad del delito imprudente(...). Además, ENGISCH exigió que existiera una ‘realización del riesgo no permitido’, denominado esa específica relación como ‘relación de antijuridicidad’ al tener en cuenta el riesgo permitido como una causa de justificación. De esta manera desarrolló una idea que hoy en día se presenta como indudable: el resultado causado por el autor tiene que ser –¡precisamente!– la realización del peligro creado de forma contraria a deber, ya que sólo así puede fundamentar un injusto imprudente”⁵⁷².

⁵⁷² *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 73 y 74.

Imputación objetiva

Finalmente, se pretende consolidar una teoría de la imputación objetiva sobre el denominado fin de protección de la norma. Existe, pues, un vínculo entre la conducta y el resultado. Así ha sido postulado en cierta forma por GIL GIL al referirse sobre el criterio del fin de protección de la norma como el único criterio necesario para determinar la imputación del resultado en el delito imprudente⁵⁷³: “El necesario nexo normativo entre el resultado y la conducta imprudente sólo puede hallarse de manera correcta indagando acerca del fin de protección de la norma. El desvalor del resultado ha de ser un reflejo del desvalor de acción. Ha de servir para reforzar en el juicio de los ciudadanos el valor del bien jurídico y el desvalor de la concreta forma de lesión del mismo que el ordenamiento no tolera, y en cuya virtud se dictó la norma, frente a otras formas de lesión que en cambio se consideran resultado de la preferencia del ordenamiento por la libertad de realización de la conducta (resultado del riesgo permitido)”⁵⁷⁴.

⁵⁷³ *El delito imprudente*, 382.

⁵⁷⁴ *El delito imprudente*, p. 383.

CAPÍTULO XVI

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA

I.- Planteamiento

El planteamiento general de la doctrina jurídico penal sobre la imputación subjetiva en el delito imprudente consiste en la ignorancia vencible del peligro que lleva aparejada la conducta del sujeto, junto con el deber de evitar tal desconocimiento, siendo este deber el que se ha dado por llamar “deber subjetivo de cuidado”, por consiguiente, el tipo subjetivo de la imprudencia no queda caracterizado de forma meramente negativa, como ausencia de dolo, sino que también es viable su aspecto positivo, es decir, como infracción del deber subjetivo de cuidado, donde se ha generado una exigencia de que el riesgo fuera *ex ante*, e individualmente previsible y que el sujeto le fuera exigible conocerlo⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, pp. 51 y 52: “En definitiva, lo determinante en la imprudencia es la comprobación de si le era exigible al sujeto conocer el riesgo que su conducta generaba, es decir, si en definitiva, existía un deber de prever, residiendo ahí el componente normativo del ámbito subjetivo de la imprudencia, y siendo el deber subjetivo de cuidado el que nos dirá si pesaba sobre el sujeto un deber de prever y conocer el riesgo efectivamente creado. En base a lo expuesto, resulta plenamente admisible afirmar la tipicidad de la conducta aun cuando el sujeto, en el momento de actuar, no haya actualizado las circunstancias de riesgo existentes, si sobre él pesaba el deber de comprobar la concurrencia de tales factores de peligro antes de emprender la acción, por lo que la cuestión decisiva se centra en determinar, en qué medida al sujeto le incumbe mantener su acción desprovista de las circunstancias que generan un riesgo típicamente relevante, y dicha incumbencia deberá afirmarse, cuando el sujeto tenga como cometido el velar porque determinadas actividades se llevan cabo, únicamente, tras haberse puesto de manifiesto la inexistencia de circunstancias objetivas de riesgo.

Según lo expuesto, la imprudencia se caracteriza en su vertiente subjetiva, por la ausencia de un efectivo conocimiento sobre el peligro desatado por la conducta, a pesar de que el sujeto tuvo la posibilidad de ser consciente de ello, por lo que fácil es deducir a partir de ello, que la vertiente subjetiva de la imprudencia no precisa de un efectivo conocimiento, bastando únicamente con que exista una posibilidad de conocer los riesgos que la conducta llevaba aparejados”.

II.- La culpa como imprudencia penalmente individualizada (Polaino)

Para identificar el posicionamiento de la imprudencia en el pensamiento de POLAINO NAVARRETE, se requiere verificar algunos postulados genéricos de la teoría del delito desarrollada por el autor, para estar en condiciones de delimitar su individualización en el juicio de imputación.

Existe una clara presencia en POLAINO por mantener un concepto unitario de delito y función de la norma conjuntamente, es decir, desde un planteamiento teleológico (funcional)⁵⁷⁶, que aúne el sentido del desvalor de la acción imputada con las funciones propias por la norma jurídico penal, lo cual, a decir del autor, ofrecería mayor seguridad jurídica en materia penal, al ser apegado al ordenamiento positivo vigente. En palabras de POLAINO NAVARRETE:

“Es de resaltar que para obtener un concepto dogmático unitario del delito es irrelevante que se parta del análisis de las singulares características esencialmente constitutivas del mismo, o bien de una contemplación global sistemática de tal categoría conceptual.

Y ello porque tan inadmisibles como los postulados sostenidos por la teoría atomista pura, es la delimitación global extrema del concepto.

Desde otra perspectiva, es asimismo preciso reconocer que ni el método analítico ni el criterio sintético, unilateralmente considerados, agotan la totalidad de la metódica válida en su aplicación estructuralmente constructiva de la Ciencia del Derecho Penal”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Véase sobre el particular, POLAINO NAVARRETE, “El moderno funcionalismo jurídico-penal: algunas reflexiones críticas sobre su configuración científica”, en Carlos Daza Gómez (Dirección), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, pp. 135-177.

⁵⁷⁷ Véase POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 63.

De este posicionamiento genérico sobre el concepto unitario de delito, POLAINO NAVARRETE sostendrá la necesidad de la referencia a los bienes jurídicos como fundamento del sistema penal (contenido material del injusto típico)⁵⁷⁸:

“La protección que el Derecho penal puede conceder no consiste en devolver la vida al muerto ni la salud al lesionado, sino de proteger los valores de respeto de los demás como personas en Derecho, esto es, como titulares de bienes jurídicos merecedores de respeto. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen, según mi concepción, una *relación de medio y fin*. El Derecho penal no llega, desde el punto de vista normativo, demasiado tarde, sino que llega en el momento exacto para, una vez que se ha producido lo inevitable, sancionar al delincuente, y –al mismo tiempo– prevenir futuras lesiones, alertando de las graves consecuencias que la comisión de delitos tiene en la esfera de libertad del autor. Por ello, el Derecho penal protege bienes jurídicos con vistas a la prevención de esos mismos bienes, reafirmandose, como consecuencia de ello, la autoridad de la norma como elemento integrante de la estructura social”⁵⁷⁹.

Este último señalamiento de POLAINO NAVARRETE da pauta para crear un entorno propio de libertad de actuar del sujeto frente al mandato de la norma y en su deber de salvaguardar al bien jurídico protegido por la vigencia del mundo normativo.

⁵⁷⁸ El propio POLAINO NAVARRETE ha insistido en la elaboración de Ciencia global del Derecho penal que esté a la altura de las circunstancias de las sociedades modernas: al respecto véanse *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Porrúa, México, 2001, *passim*; ID., “El valor de la dogmática en el derecho penal”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, 837-852; ID., “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu/Del Rosal Blasco/Morillas Cuevas/Orts Berenguer/Quintanar Díez, Universidad Complutense de Madrid/Universidad de Granada/Universitat de Valencia, Madrid, 2005, pp. 711-747; ID., “Dolo y elementos subjetivos del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código penal de 1995”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona, Comares, Granada, 1999, pp. 879-920.

⁵⁷⁹ Cfr. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma”, en JAKOBS / POLAINO NAVARRETE / POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 51. Para ahondar sobre este planteamiento, véase del mismo autor citado “Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal”, en Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, 109-134.

La consecuencia lógica inmediata de tal señalamiento será en la función del concepto de acción que deviene la libertad de actuar del sujeto.

Para lo cual, elabora una propuesta funcional de acción consecuente del pensamiento de JAKOBS al aceptar la culpabilidad como presupuesto de la acción, “la acción y la imputación de la culpabilidad –y ésta a su vez presupone la imputación del injusto– son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable”⁵⁸⁰, aunado a que en tanto el concepto de acción cumple tres funciones de definición, relación y delimitación, el concepto de acción actualmente está fuera de discusión entre el ontologismo y normativismo por carecer de importancia. Resalta en efecto al respecto el autor citado lo siguiente:

“Mi personal visión es que no. Recientemente he intentado fundamentar esta percepción en un libro sobre la relación entre la teoría de los actos de habla del filósofo del lenguaje John AUSTIN y el funcionalismo jurídico-penal, libro escrito en colaboración con Miguel POLAINO-ORTS, titulado *Cometer delitos con palabras*. En esa obra, sobre la base de la tripartita clasificación de los actos de habla dada por AUSTIN (actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios), señalábamos que a la emisión oral de una expresión lingüística no se le asigna siempre el mismo significado, no obstante tratarse de las mismas palabras, en el mismo idioma, etc. Ello significaría que una expresión o significa siempre lo que puede llegar a significar, o lo que es lo mismo: *que no preexisten sentidos idiomáticos a la expresión de un determinado enunciado lingüístico*. La expresión «¡dispara ya!» puede tener, por tanto, diferentes sentidos en la realidad, y todo ello en función del contexto. Será una acción penalmente relevante como inducción a un asesinato en el contexto delictivo apropiado pero será penalmente inocua (o socialmente loable) si el grito de ánimo con que un entrenador de un equipo de fútbol se dirige a su delantero más certero en la final del mundial.

⁵⁸⁰ Véase del mismo autor citado: *¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en Derecho penal*”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante (Coords.), Edisofer s.l., Madrid, 2008, p. 1500.

Por ello, la discusión existente en torno a la naturaleza del sentido (¿existe o no un sentido anterior al lenguaje y diferente de él?, ¿crea el lenguaje *ex novo* el reino del sentido o adopta un sentido ya predeterminado?) es equivalente a la que existe en la literatura penalista en torno a la naturaleza ontológica de los conceptos penales (bien jurídico, acción, causalidad, imputación, etc.) y, a mi juicio, esta controversia entre ontologismo y normativismo debe ser relativizada. Y ello porque únicamente abre la puerta a enconadas polémicas que poco o nada aportan a la solución de la problemática jurídico-penal. Del mismo modo que el legislador no crea la vida (el sujeto vivía antes y con independencia del legislador penal), sino precisamente la *relevancia penal* de esa vida, en tanto bien jurídico objeto de tutela típica (esto es, jurídico-penal), también aquí la existencia de un *sentido preidiomático* no desdice el hecho de que sea *efectivamente* el lenguaje el que crea el propio sentido de unos sonidos articulados en función del contacto gramatical o situacional en que se insertan. Además, esta idea se ve acentuada por el hecho de que, con independencia de que un concreto significante *a priori* goce de diferentes significados, el verdadero sentido del vocablo en cuestión no podrá predecirse con anterioridad, sino exactamente en función del contexto en que se expresa. En definitiva, el debate entre ontologismo y normativismo muestra, en mi opinión, signos de haberse agotado en la actualidad, no obstante su importancia pasada en la evolución de la Dogmática jurídico-penal”⁵⁸¹.

Lo que realmente le interesa a POLAINO NAVARRETE es la discusión entre protección de expectativas u orientación de conductas, planteamiento que tendrá grandes aplicaciones para el delito culposo, tal y como se verá más adelante. Para ello, se posiciona el autor por un concepto funcional-social de acción que formula en los siguientes términos:

“Yo defiando personalmente un concepto funcional-social de acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en un segundo plano, y en el que el aspecto de la socialidad es plenamente constitutivo. Si un sujeto viviera

⁵⁸¹ ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en Derecho penal”, *ibidem*, pp. 1510 y 1511.

aislado de amenaza absoluta del mundo social, en una isla perdida, y cometiera un delito, por ejemplo, de hurto, no sería necesario combatir esa conducta. El delito contra la propiedad (el hurto o robo) exige la existencia del derecho de propiedad, y éste es un derecho social, o por mejor decir *personal-social*: esto es *interpersonal*. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una *persona* pero existe por una *convención social*. Esta es mi opinión en relación a qué queda del debate científico en torno al concepto de acción”⁵⁸².

III.- El baremo de la culpa: culpa insignificante, culpa simple, culpa temeraria

El término imprudencia grave se utiliza para designar los supuestos antes denominados de imprudencia temeraria, aludiendo a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigibles a cualquier ciudadano.

La distinción de esta imprudencia grave con la imprudencia leve, vendrá determinada por el grado de infracción de la norma de cuidado y el grado de peligrosidad de la conducta del sujeto activo, constituyendo la imprudencia leve la infracción de las normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, que respetaría no un ciudadano normal o poco diligente, sino un ciudadano cuidadoso. Para poder apreciar la imprudencia será necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1) Una acción u omisión no voluntariamente intencional o maliciosa.
- 2) Una actuación negligente por falta de previsión.
- 3) Un factor normativo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado.
- 4) Generación de un daño.

⁵⁸² ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en derecho penal”, *ibidem*, esp. p. 1518.

5) Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado o inobservante y el daño o mal sobrevenido.

IV.- La cuestión de la cognoscibilidad de la culpa

A partir de la década de los treinta, la doctrina ha construido una descripción del tipo de injusto en el delito culposo como la infracción de la norma de cuidado o de la diligencia debida, la cual produce un resultado típico objetivamente imputable. Esta aportación normativa de la doctrina permitió dotarla de tres elementos esenciales de la culpa: 1) la previsibilidad objetiva del resultado y la infracción de la diligencia o cuidado debido conformarían el desvalor de acción, mientras que la lesión o puesta en peligro típica, si es objetivamente imputable a la conducta, representa el desvalor de resultado⁵⁸³.

Por consiguiente, resulta viable la posición que sostiene DEL CASTILLO CODES⁵⁸⁴, al afirmar que "...la tipicidad de la conducta aún cuando el sujeto, al momento de actuar, no haya actualizado las circunstancias de riesgo existentes, si sobre él pesaba el deber de comprobar la concurrencia de tales factores de peligro antes de emprender la acción, por lo que la cuestión decisiva se centra en determinar, en qué medida al sujeto le incumbe mantener su acción desprovista de las circunstancias que generan un riesgo típicamente relevante, y dicha incumbencia deberá afirmarse, cuando el sujeto tenga

⁵⁸³HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, p. 134: "...no parece que sea posible mantener la previsibilidad objetiva del resultado como elemento privativo del tipo imprudente, pues la constatación de dicho elemento también resulta necesaria en el delito doloso. Ello es así necesariamente, pues el Derecho penal no puede pretender prohibir (ni mucho menos sancionar) la producción de resultados que son imprevisibles para el conjunto del sujeto que envía a su tío a un largo viaje con la esperanza de que muera en un acción de aviación". Por su parte, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2005, pp. 224 y 225: "En la tentativa de fundamentar la culpabilidad de la culpa inconsciente se han buscado argumentaciones muy distintas; en tanto persisten algunas concepciones que niegan la culpabilidad de la culpa inconsciente y consciente el contenido de injusto y la culpabilidad es el mismo, por lo que su diferenciación obedecerá exclusivamente a razones prácticas (ya que facilita la distinción dolo-imprudencia). El riesgo creado y la gravedad del descuido puede ser, en muchos casos, mayor en la culpa inconsciente que en la consciente, ya que, en esta última, el autor, al advertir la posibilidad de la realización típica, puede controlar en mayor medida el peligro de su conducta. El hecho de que el peligro objetivamente creado pueda ser mayor en algunos supuestos de culpa inconsciente es algo incuestionable; sin embargo, no es tan evidente que se dé un mayor acceso a la norma en la culpa inconsciente que en la consciente, sino todo lo contrario".

⁵⁸⁴*La imprudencia: autoría y participación*, pp. 51 y 52.

como cometido el velar porque determinadas actividades se lleven a cabo, únicamente, tras haberse puesto de manifiesto la inexistencia de circunstancias objetivas de riesgo”.

Sin embargo, actualmente existe un fuerte embate por parte de un sector doctrinal (final) que señala algunas deficiencias a la construcción de la imputación objetiva para el delito culposo a la luz de las teorías de las normas, tal ha sido el caso de GIL GIL, al referir⁵⁸⁵:

“Hoy es generalizada la opinión de que la norma subyacente al delito imprudente de acción es una prohibición de actuar descuidadamente, donde lo descuidado se define como el riesgo no permitido. Por tanto, no hay ninguna contradicción con la lógica de las normas, más contradictorio en todo caso parece el prescindir de la norma misma y del análisis de su contenido para poder afirmar la realización de una conducta contraria a la prohibición como paso previo al análisis de la imputación del resultado a la conducta contraria a la norma. La determinación previa de la acción típica como aquella contraria a la prohibición de actuar descuidadamente no implica tampoco los peligros que ROXIN vaticina, si se establecen los criterios necesarios para decidir qué normas de cuidado son las que subyacen al tipo de resultado en cuestión, frente a las normas previas que solo adelantan la protección. Más bien, sustituir este análisis por criterios de imputación del resultado lleva a una aparente contradicción de las regulaciones de los diversos sectores del ordenamiento y a soluciones incorrectas en muchos casos. No es cierto, por último, que los presupuestos de la imputación sean idénticos cuando se analiza la tipicidad de la acción o la imputación del resultado. Muy al contrario, frente a la construcción de ROXIN, la doctrina le ha recordado la distinta perspectiva que corresponde a la constatación de la acción peligrosa no permitida (*ex ante*) frente a la que se adapta en la imputación del resultado (*ex post*), y que el resultado no puede ser objeto de la prohibición, su inclusión en lo injusto se hace a través de las valoraciones. Por lo tanto conviene diferenciar lo que es el

⁵⁸⁵ Cfr. *El delito imprudente*, pp. 177 y 178.

Imputación objetiva

problema de la identificación de la conducta típica de lo que es la imputación objetiva”.

Sin embargo, el postulado de GIL GIL sobre la teoría de la norma, no termina contraponiendo la conjunción con una teoría de la imputación objetiva, porque como ha sostenido KINHÄUSER⁵⁸⁶ en particular sobre la coautoría:

“La función de la imputación y la función en cuanto norma se hallan interrelacionadas del siguiente modo: *ex post* sólo puede reprocharse la realización de un tipo delictivo a una persona en la medida en que ésta hubiera podido *ex ante* evitar tal realización cumpliendo con su deber. Partiendo de esta interpretación, el delito es una construcción de imputación que tiene contenido una contradicción de la norma: al autor se le reprocha haber declarado a través de su conducta que la norma no es para él un motivo de actuación vinculante. La realización del tipo es el valor explicativo objetivo de la contradicción de la norma; la misma es el injusto objetivo, constituido por vía de imputación objetiva, por cuya realización el autor tiene que responder. La realización del tipo es subjetivamente imputable cuando el autor *ex ante* hubiera podido y debido evitar la conducta que conduce a esa realización si hubiera presentado suficiente fidelidad al ordenamiento, es decir, en caso de haber reconocido, con efectos sobre su acción, la norma como causa de obligación.

Cualquiera que pueda realizar el tipo a través de su conducta es destinatario de la norma. En los delitos especiales, cuya punibilidad se halla vinculada a especiales características personales, sólo es destinatario quien presenta esos elementos; así, por ejemplo, en los delitos de funcionarios en sentido estricto sólo la autoridad o funcionario público puede ser destinatario de la norma, en los delitos de omisión, sólo el titular de una posición específica de garante. Cualquiera es destinatario de la norma si, por el contrario, la punibilidad no se halla vinculada a especiales características personales –como ocurre, por ejemplo en los delitos de lesiones o de homicidio”.

⁵⁸⁶ *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, pp. 18 y 19.

V.- Consciencia *versus* inconsciencia de la culpa

Uno de los criterios que mejor resultan aplicables para diferenciar entre la culpa consciente e inconsciente desde una perspectiva normativa, es la generada por DEL CASTILLO CODES al sostener que el presupuesto objetivo de la imprudencia es la creación de un riesgo superior al permitido, teniendo que verse materializado el resultado lesivo, en tanto el aspecto subjetivo, explica que habrá de ser rechazado cualquier elemento cognitivo o volitivo (que sí aplicaría para el dolo), sino simplemente habrá de consistir en una cognoscibilidad del peligro:

“...la distinción entre *imprudencia consciente e imprudencia inconsciente* se encuentra, lógicamente,, en la existencia o no de un verdadero conocimiento por parte del sujeto acerca de la potencialidad lesiva de su conducta, de manera que en la imprudencia inconsciente, aun existiendo un deber de prever, sin embargo, el sujeto no se representó el peligro de su conducta, no se produjo una actualización del peligro, mientras que en la imprudencia consciente, el sujeto actualizó el peligro que generaba su conducta, aunque confió en que el mismo no se materializaría finalmente en un resultado lesivo. En resumen, se puede concluir en que, desde un punto de vista normativo, la imprudencia se caracteriza, *objetivamente*, por la realización de la conducta que, dadas las circunstancias en que se desenvuelve, infringe el deber de cuidado impuesto en la situación concreta, a través de normas específicas o de la común experiencia, y *subjetivamente*, porque era exigible al sujeto que se representara el citado riesgo, y, o bien se lo presentó pero confió en que no se materializaría en un resultado lesivo para el bien jurídico protegido (imprudencia consciente), o ni siquiera fue consciente de tal posibilidad (imprudencia inconsciente). Con la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, se puede afirmar la concurrencia de una conducta o acción típica. Ahora bien, en los delitos de resultado, el análisis no puede detenerse en este punto, siendo necesario, además, determinar la relación existente entre la conducta típica y el resultado

a fin de que podamos hablar de un delito consumado. En este segundo examen se trata de determinar la existencia de una relación de riesgo, es decir, un vínculo normativo entre conducta típica y resultado, denominado “imputación objetiva”, en sentido estricto, caracterizándose por ser un juicio exclusivamente objetivo y *ex post*. Es preciso por tanto, un doble examen: en primer lugar, el llamado “presupuesto de imputación”, integado por la realización de un juicio que toma en consideración todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, debiendo considerarse, igualmente, los conocimientos que sobre el riesgo creado tenía o debía tener el sujeto, a través de todo lo cual se determina la norma de cuidado que ha sido infringida; en segundo lugar, y afirmada la creación de un riesgo jurídicamente relevante, es necesario determinar si dicho riesgo es el que se ha realizado en el resultado, para lo cual se utilizan, mayoritariamente, los criterios del incremento de riesgo y el de la finalidad de protección de la norma infringida, aparte del criterio de la evitabilidad, que presenta una doble dimensión, *ex ante* y *ex post*: la ausencia de evitabilidad *ex ante* respecto al resultado, lo que implica que éste se presentaba como inevitable en el momento de actuar, redundará en el ámbito de la tipicidad, en el sentido de excluirla; en cambio, si la imposibilidad de evitar el resultado únicamente se descubre con posterioridad –lo que significa que, aun observando una conducta adecuada, también se habría producido el resultado–, entonces se podrá afirmar la creación de un riesgo típicamente relevante, pero no podrá ser imputado el resultado”⁵⁸⁷.

VI.- Función y contenido de la actuación funcionalmente vinculante

Este acuerdo o conexión de voluntades constituye el segundo elemento esencial del tipo subjetivo de la coautoría sin el cual no es posible su existencia, podría darse otra forma de coautoría o bien de participación, pero no se configura la coautoría sin este elemento. Por tanto, esta exigencia subjetiva también puede servir para determinar

⁵⁸⁷ *La imprudencia: autoría y participación*, pp. 55-57.

la coautoría y la complicidad, dado que es posible favorecer la realización de un hecho ajeno sin conocimiento o acuerdo con el autor, por ejemplo, en los discutidos casos de acuerdo unilateral. No obstante, debe reconocerse que normalmente existirá este nexo de voluntades entre todos los codelincuentes, pero en cualquier caso, puede operar como límite subjetivo entre ambas formas de intervención criminal, en cuanto que tiene una función y contenido diverso⁵⁸⁸.

La coincidencia de voluntades o la resolución conjunta al hecho es un elemento imprescindible e inmanente en la propia esencia de la coautoría, basada en el principio de división del trabajo. La distribución de funciones objetivo materiales sólo se puede llevar a cabo por acuerdo entre quienes tienen el codominio del hecho. Para que la imputación recíproca de las contribuciones, que es el principio directriz de la coautoría, pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario de las distintas contribuciones. La decisión conjunta del hecho constituye, por lo tanto, el trasfondo de la coautoría, dotando en sentido completo dominio funcional final de hecho. Este acuerdo no es añadido *a posteriori*, sino que forma parte indisoluble del dominio en sí, que se manifiesta como una perfecta síntesis de momentos objetivos y subjetivos. El dominio funcional final del hecho es una unidad de sentido cerrada que sólo a efectos didácticos conviene separar. El codominio objetivo del hecho presupone, al mismo tiempo, un codominio final y subjetivo. No parece posible dominar objetivamente un objeto y no conocer el objeto mismo.

En definitiva, si en la coautoría existe una interdependencia funcional entre los distintos actos parciales, la realización conjunta del hecho exige necesariamente una decisión común al mismo. El acuerdo recíproco desempeña aquí la importante función de fijar la participación en el ejercicio del dominio funcional del hecho.

⁵⁸⁸ BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, traducción de *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, en "Strafrechtliche Untersuchungen", Göttingen, 1957, trad. por Carlos FONTÁN BALESTRA, con la colaboración de Aduardo FRIKER, Abeledo-Perrot, 1980, p. 47.

En este sentido se pronuncia frente al neonormativismo, que pretende convertirlo en todo un problema de imputación objetiva. El componente subjetivo vincula los actos individuales en unos sucesos colectivos: el actuar “uno junto al otro” se convierte en el “estar uno con otro”, es decir, la yuxtaposición se convierte en una integración o coordinación. Por tanto quien carece del conocimiento de la referencia recíproca de los actos parciales. Presupuesto necesario de la coautoría, también carece del dominio funcional del hecho y , en consecuencia, no puede ser coautor.

Debe quedar claro, no obstante, que el componente subjetivo del dominio del hecho no tiene nada que ver con la teoría ubjetiva, es decir con la disposición o actitud interna del sujeto, con el llamado *animus auctoris*.

Empero algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho mantienen posiciones más o menos próximas a este planteamiento subjetivizante⁵⁸⁹.

VII.- Divergencias subjetivas: error y exceso

Conviene mencionar las divergencias que se pueden producir en el tipo subjetivo de la coautoría, fundamentalmente al exceso y al error.

Así, una parte de la opinión doctrinaria afirma que los coautores no responden por el exceso cometido por uno de ellos. El acuerdo mutuo opera aquí como límite, en cuanto que la responsabilidad criminal en concepto de coautoría sólo alcanza hasta donde llegue la decisión adoptada conjuntamente por todos de cometer un hecho delictivo. Por ello, las acciones realizadas por cualquier interviniente a título personal y quien va más allá de lo acordado, no son imputables a los demás, sino que únicamente al que se ha excedido, que responderá como autor individual por ello⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Sobre el particular, véase PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012, particularmente, capítulo 3.

⁵⁹⁰ GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl, El tipo de autor y el tipo de participación, en *Criminalia* descripción: año LXVI, no. 1, enero-abril, México, D.F., 1998, p. 71.

Sólo si los demás aceptan eventualmente o pueden prever objetiva y subjetivamente dicho exceso, podrían responder a título doloso o culposo, respectivamente por el mismo. De este modo, no es coautor de homicidio, sino de lesiones, aquél que tras golpear a la víctima junto a su compañero, observa como éste saca un arma de fuego de forma repentina y sorpresiva, matando a la víctima que sólo debía quedar golpeada según lo acordado.

La misma solución debe adoptarse en los supuestos de abandono de plan por parte de uno de los coautores, que puede ser considerado como un caso particular del exceso.

A diferencia de lo que sucede en los casos de excesos de coautor, en los supuestos de error en el objeto o en la identidad de la persona no existe una solución unánime en la doctrina; que mayoritariamente se inclina por considerar que el error irrelevante de un coautor tampoco beneficia a los demás. Así serían coautores de robo, por ejemplo, tanto el que se encarga de forzar la puerta de la entrada y vigilar para que no sean descubiertos como el que por error escoge un cuadro de DALÍ en vez del PICASSO que habían acordado sustraer

VIII.-La llamada “coautoría sucesiva”

Cuando una persona toma parte en un hecho cuya ejecución ya se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de, ensamblando su actuación con la de éste, lograr la consumación; estamos frente a la coautoría sucesiva.

Este tipo de intervención sucesiva o adhesiva suscita una problemática particular que consiste, básicamente en dilucidar si el que actúa *posteriori* será responsabilizado por el hecho de forma global o bien en forma fragmentaria. Con la teoría del dominio del hecho, es posible aceptar con carácter general, la coautoría sucesiva siempre que el actuante que se incorpora *a posteriori* cumpla con los

presupuestos objetivos de la coautoría y no sólo con los subjetivos, es decir, siempre que pueda afirmarse que tal sujeto tiene el dominio funcional del hecho.

Al respecto es preciso analizar dos cuestiones:

- Hasta qué momento es posible todavía intervenir en un hecho delictivo que ya está siendo ejecutado por otra persona: hasta la consumación formal del delito o más allá incluso de la terminación material o agotamiento del mismo.

- Cómo determinar si el coautor sucesivo, que interviene tras el comienzo de la ejecución y hasta la consumación, debe ser responsabilizado sólo por el injusto realizado desde su entrada en acción, hecho parcial, o también por el injusto ya realizado con anterioridad a su intervención, hecho global.

IX.- Decisión conjunta al hecho y neonormativismo

Sobre el particular, coincidimos en la propuesta hecha por DEL CASTILLO CODES al referir que en la coautoría "...es necesario que todos los intervinientes se encuentren sometidos a las mismas exigencias de cuidado, es decir, que dicho deber tenga el mismo contenido y alcance para todos ellos, pues solo de esta guisa todos los participantes cometen el mismo delito y es posible efectuar una imputación recíproca. Así, entre el propietario de una obra que se realiza sin observar las pertinentes medidas de seguridad, y el arquitecto que no subsana tales deficiencias, no puede haber coautoría, ya que cada uno infringe deberes distintos –el dueño de la obra, deberes surgidos en base a una responsabilidad por organización, y el arquitecto, deberes de naturaleza institucional–. Por tanto, la responsabilidad de ambos por el derrubamiento de la construcción surge como consecuencia de los respectivos deberes que cada uno de ellos ha infringido, y por tanto, o cabe una imputación recíproca. Correlativamente a ello, cada uno de los intervinientes deberá ser consciente de que los demás, que actúan u omiten conjuntamente con él, están sometidos a sus mismas exigencias de cuidado”.

CAPÍTULO XVII

DELIMITACIÓN DE LA COAUTORÍA CULPOSA DE OTRAS FIGURAS: *DOLUS GENERALIS* Y PROHIBICIÓN DE REGRESO

I.- Planteamiento

Desde nuestra perspectiva existe una diferencia esencial entre el *dolus generalis* y la prohibición de regreso, en que la naturaleza de la primera figura tiene como premisa fundamental que siempre hay una voluntad dirigida a un fin en la cual va más allá, de la voluntad del sujeto; en cambio en la prohibición de regreso se inicia con una conducta culposa y como segundo momento hay una conducta dolosa. Esto implica que tienen una naturaleza diversa y que la composición de la segunda figura, como lo es la prohibición de regreso, requiere fundamentalmente, que el sujeto haya actuado sin prever lo previsible y que, la segunda conducta de otro agente sea de naturaleza dolosa.

Por consiguiente, en la coautoría culposa en la discusión dogmática en estos momentos sobre que criterios utilizar para sustentarla, cuantitativo o cualitativo, por nuestra parte, consideramos que debe haber un ámbito subjetivo y objetivo. Objetivo, la forma objetiva de realización y la subjetiva no prever lo previsible incumpliendo un deber objetivo aunado a una segunda acción de otro sujeto y que ambas aportaciones producen un resultado no querido, pero siendo previsible. A mayor abundamiento, el

supuesto de hecho: dos médicos de guardia de un hospital público, atienden a media noche a una señora con cuatro meses de embarazo y que, no cumple con la expectativa normativa que era mandar hacer estudios para ver el estado del producto y de la madre y que ambos simplemente, hacen un diagnóstico desde un ámbito de apreciación, es decir, teniendo la obligación y pudiendo cumplir con la norma era tan sencillo de practicar, ultrasonido, electrocardiograma, para verificar el estado de salud de la madre, lo que conlleva a que ambos concluyan que el producto está muerto, dando medicamento para expulsar al producto, que ellos infieren está sin vida. La salud de la madre empeora y del producto, y el esposo decide recurrir con otro médico en otro hospital en donde los médicos si practican lo básico, que era realizar los estudios correspondientes y verificar el estado de ambos, salvándole vida de ambos (madre y producto) gracias a la acción de los médicos que actuaron con prudencia.

II.- Los supuestos de *dolus generalis*

La problemática del llamado *dolus generalis*” ha sido analizada por la doctrina pasada y contemporánea, sin llegar aun, a una solución convincente y de consenso general; posibilidad que por otro lado, resulta altamente improbable, puesto que el desarrollo de nuevas construcciones dentro de la dogmática jurídico penal van incorporando a la discusión, mas ingredientes que dificultan la tarea de resolver este tipo de constelaciones construidas a los fines analíticos.

La doctrina mayoritaria tradicional ha partido de una situación hipotética, que ha servido para la construcción del llamado “*dolus generalis*”, en donde el curso del acontecer de dos actos, en los cuales el autor cree haber producido el resultado con el primer acto de la acción, mientras que el resultado, en realidad, se produce por el segundo acto de acción, el cual según la representación del autor, solo debía servir para ocultar el hecho ya consumado anteriormente.

El caso clásico es aquel en el cual A lesiona con dolo de homicidio a B, y creyendo erróneamente que B esta muerto, arroja al agua lo que él cree es un cadáver

Imputación objetiva

para ocultar el delito, de tal modo que en realidad B muere por ahogamiento. El resultado se alcanza en un según acto, cuando el autor creía ya haberlo logrado.

Sobre la base de este presupuesto, se han puesto en marcha numerosos esfuerzos dogmáticos, para dar una solución uniforme, incluso se han introducido variantes y significativos cambios del caso práctico de aplicación que iremos utilizando; es así, que hoy en día están controvertidas las soluciones propuestas.

El problema básico se da cuando el autor cree ya haber alcanzado su meta, y realiza seguidamente otro acto con el que justamente produce el resultado, en estos casos debemos preguntarnos si: en primer término ¿corresponde *extender el dolo originario a acciones posteriores?*, o si ni siquiera es necesario llegar al tipo subjetivo eliminando el problema directamente en la tipicidad objetiva como pareciera ser la solución dada desde los propulsores de la Teoría de la imputación objetiva; por otro lado cabe cuestionarse si es posible que ¿estamos en presencia de un *hecho doloso consumado* o debe tomarse a la primera acción como una *tentativa dolosa* y *concurarla con un homicidio imprudente* en la segunda parte de la acción?

Considerando estos interrogantes y haciendo especial referencia a que los casos que forman la constelación del llamado “*dolus generalis*”, suelen ser los casos de aplicación más importantes para la explicación y el análisis sistemático de la Teoría de la imputación objetiva los que permiten formular la pregunta acerca de si esta teoría representa una solución conveniente o si, por el contrario, la Imputación Objetiva carece de significado práctico.

Según WELZEL, en el problema del “*dolus generalis*”, es decir, en el problema que se plantea cuando el resultado se retrasa a una acción posterior, existe un dolo general que se extiende a las acciones posteriores que realiza el agente para lograr el ocultamiento del delito, con lo cual su solución es : penar por un delito consumado.⁵⁹¹

⁵⁹¹ *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 72-74.

WELZEL quería distinguir según si el agente había planeado desde en inicio el segundo acto o si, por el contrario, la decisión adoptada había sido posterior. En base a esta distinción, en el primer caso existiría una consumación dolosa y en el segundo una tentativa respecto de la primera acción en concurso con consumación culposa.⁵⁹²

Según MAURACH, no es admisible el dolo para el segundo acto por que ya se encuentra extinguido; así acentúa esta posición su discípulo SCHRÖDER que considera que no se desvía el curso causal de la representación del autor, sino que el autor, durante la acción típica, no ha tenido dolo en absoluto.

Para ROXIN, la cuestión de si en los casos de “*dolus generalis*” existe una consumación dolosa o una tentativa en concurso con imprudencia, en realidad, es un problema de la imputación objetiva. Considera que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido y que en el ejemplo del “*dolus generalis*” esta imputación es afirmada sólo cuando el curso causal era previsible, considera que si la desviación del curso causal respecto de lo que él autor se represento es *esencial* entonces ya no se realiza el tipo objetivo, por que faltaría el dominio objetivo de la acción. A su vez, si la desviación del curso es de carácter “extravagante (aventurero)” y por supuesto diferente de lo que se represento el autor en su plan, es por lo tanto una desviación esencial⁵⁹³.

En cambio, si la desviación es *inesencial*, no sólo queda configurado el tipo objetivo sino que es también abarcado por el dolo: “... si A se propone matar a B y lo entierra estando éste inconsciente y creyéndolo muerto, de modo que muere por esta segunda acción, se habrá de contemplar el suceso en una valoración objetiva, pese a la desviación del curso causal, como realización del plan del sujeto: A quería matar a B y además lo ha conseguido. Es verdad que la muerte se ha producido en concreto de manera algo distinta a la pensada; pero para la realización del plan de matar eso es exactamente igual de irrelevante que otras desviaciones del curso causal”. Por

⁵⁹² *Derecho penal alemán. Parte general*, pp. 221-228.

⁵⁹³ “Reflexiones sobre el “*dolus generalis*”, en Roxin/Sancinetti, *Desviación del curso causal y “dolus generalis*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 13-45.

Imputación objetiva

ejemplo, la víctima arrojada desde un puente no muere ahogada, en contra de lo que esperaba el autor, sino ya antes al golpearse la cabeza con el pilar del puente.

Lo esencial o inesencial de la desviación causal se hace depender del objetivo que se hubiera propuesto el autor.

ROXIN⁵⁹⁴ rechaza la concepción que pretende apreciar en la constelación del “*dolus generalis*” una tentativa y en su caso un hecho imprudente. Está en contra de la apreciación de que el “el dolo debe darse en el momento del hecho” y considera que es incorrecto por que cree que no es necesario que el dolo concurra durante todo el suceso, sino sólo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal. Si la primera acción es abarcada por el dolo eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del autor eso le basta para imputarle al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de su primera acción.

Según SANCINETTI, también estamos en un problema de imputación objetiva, considera que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido y que tal imputación es afirmada solo cuando el curso causal era previsible. Para poder imputar el resultado al dolo, establece que se necesita aun mas que una mera previsibilidad pero objeta como parámetro rector de la imputación al dolo el criterio expuesto por ROXIN acerca de la realización del plan del autor. Según él, para la imputación al dolo no basta con la realización del plan, sino que tiene que realizarse en el resultado el riesgo específico de la primera acción, para lo cual diferencia entre la realización del primer riesgo y la realización del segundo riesgo: “En el *dolus generalis* ...no se realizaba el primer riesgo en el resultado producido por el segundo acto, ya ejecutado sin dolo”⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1031.

⁵⁹⁵“*Dolus generalis*” y “*suerte penal*”, en Roxin/Sancinetti, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 47-73.

De muchas de estas soluciones no podemos predicar que sean verdaderas o falsas ya que de ser así, estaríamos en un error; lo que fundamenta la disparidad de las numerosas conclusiones a las que se ha llegado, es la forma en que están contruidos los razonamientos que le sirven de antecedentes.

Ante dos o más soluciones divergentes a un mismo problema no necesariamente tiene que ser falsa una de ellas, ya que partiendo de premisas distintas se pueden desarrollar una diversidad de soluciones en si todas ellas correctas.

Podremos cuestionar su falta de practicidad, o bien ponderar un argumento sobre otro, pero resulta casi imposible postular una critica encaminada a encontrar la verdad o la falsedad de cualquiera de las soluciones propuestas ya que las mismas, son el producto de razonamientos que nos pueden disgustar o no, pero que en si solo podremos verificar en ellos prosupuestos de validez.

Siguiendo con la doctrina postfinalista, encontramos a los funcionalistas sistemáticos, que se esforzaron por construir una base imputativa común a todas las formas típicas, remplazando la causalidad concebida hasta el momento por un nuevo concepto objetivo normativizado en función de una teoría preventiva de la pena y cumpliendo la misma función imputativa común para todas las formas típicas dando lugar a la llamada Teoría de la Imputación Objetiva .

Así planteadas las cosas, no se puede perder de vista que con relación a la teoría de la imputación objetiva y al modo en que brinda soluciones a este tipo de problemas, como los que plantea el “*dolus generalis*”, se trata, por cierto, de una concepción interesante desde el punto de vista teórico y que además ha sido presentada por ROXIN de un modo científicamente clarificador. Pero su significado práctico es mínimo, toda vez que los aspectos esenciales de la dogmática encontraron hace ya bastante tiempo soluciones adecuadas a la realidad de las cosas fuera de esa concepción: en su tiempo VON LISZT “resolvía todos lo problemas de la imputación

objetiva por la causalidad es decir que la primera teoría de la imputación objetiva en este sentido fue la teoría de la causalidad⁵⁹⁶.

Por otro lado, los casos ejemplificativos, en parte muy abstractos, confirman su distanciamiento de la práctica; los marcos de situaciones en los cuales la imputación objetiva podría conducir a nuevos resultados prácticos no parecen ser tan amplios como se pretende defender, por el contrario la imputación objetiva teoriza sobre conflictos que no se adecuan a la realidad, y por lo tanto carece de significado práctico.

Así mismo creo que, dada la diversidad de enfoques, las disparidades en el alcance de las expresiones, se genera un desconcierto tal que nos volvemos buceadores de aguas difusas, intentando aplicar la sistemática a casos diferentes de los casos ejemplificativos, y estos desconciertos se producen por que en los diferentes enfoques existe una coincidencia en la terminología que en verdad oculta una gran discordancia conceptual, generándose polémicas desacertadas, inconducentes, estériles y lo que es peor sin fin.

Es así que la teoría de la imputación objetiva es el fiel reflejo de la distancia entre la teoría y la praxis, de la abstracción en la que suele apoyarse el poder criminalizante, porque hace falsas generalizaciones y porque, como dijimos, teoriza sobre conflictos que no se adecuan a la realidad, y de este modo sacrifica el significado práctico que debe tener una teoría para poder conservar su poder discursivo. La sistemática creada dentro de esta concepción resulta inversamente proporcional a la operatividad del sistema penal.

A. Grupos de casos

⁵⁹⁶“Reflexiones sobre el “*dolus generalis*”, en Roxin/Sancinetti, *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 32-34.

La composición dogmática de la coautoría culposa ha de trascender para otros niveles teóricos que conllevan tratados paralelamente, a fin de estar en condiciones de sostener que la teoría del riesgo como parte de la normativización a la coautoría culposa le da contenido frente a su problematización del *dolus generalis* y la prohibición de regreso, tal y como se mostrará a continuación.

A. ¿Extensión del dolo: *dolus antecedens* y *dolus subsequens*?

Al respecto, citamos textualmente la siguiente posición de ROXIN: “El dolo, como base de realización del plan, ha de concurrir durante la acción ejecutiva, es decir durante la propia ejecución. No basta un *dolus antecedens*, es decir un dolo previo a la ejecución durante la fase preparatoria. Cuando alguien saca en una riña un revólver cargado con dolo de matar, pero sólo quiere matar de un disparo con él a la víctima al final de una larga disputa, escapándose sin embargo el disparo por error ya antes de disponerse a realizar la acción ejecutiva, sólo concurre un homicidio culposo. Pues el dolo en la fase preparatoria no es punible como tal. Dado que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle ya responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal⁵⁹⁷.”

Empero, no es necesario que el dolo esté presente durante toda la acción ejecutiva. Basta que concurra en el momento en el que el sujeto se dispone a la producción del resultado y abandona el control del curso causal. Al autor de un atentado que esconde una bomba en el avión y con ello entra en la fase ejecutiva, se le puede castigar por homicidio consumado, incluso si en el momento de la explosión posterior no piensa ya en el asunto o incluso duerme. Ni siquiera es necesario posteriormente un dolo “latente”, en el sentido de un mantenimiento del plan del hecho. Si el autor del atentado, tras colocar la bomba, se arrepiente de su conducta e intenta por radio conseguir un aterrizaje prematuro del avión y con ello la salvación de

⁵⁹⁷“Reflexiones sobre el “*dolus generalis*”, p. 31.

los pasajeros, es asimismo responsable penalmente por homicidio consumado si sus esfuerzos no tienen éxito.

Tampoco el *dolus subsequens*, subsiguiente o consecutivo, es dolo jurídico penal. Quien mata por descuido a su enemigo y se alegra después de ello, o sea, asume el suceso conscientemente de su voluntad, evidentemente a pesar de ello, responde sólo por homicidio culposo, y no doloso. Pues sólo puede hablarse de realización del plan cuando el plan existía antes de acometer la acción ejecutiva. Si antes de la muerte de la víctima a la que se ha herido imprudentemente el sujeto concibe el plan de no llamar a un médico y dejarla morir, entonces el dolo subsiguiente puede fundamentar un nuevo homicidio por omisión, pero no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso. En los delitos de dos actos el dolo debe concurrir en ambas acciones ejecutivas y no puede formarse *a posteriori* en sólo una de ellas.

B. Valoración crítica: la insuficiente normativización del dolo

La discusión actual sobre la normativización del dolo centrada en la objetivización del conocimiento y a la voluntad como puros estados mentales, o prescindiendo de ambos en ciertos contextos, han sido fundamentalmente HERZBERGO PUPPE, partidarios, por un lado, de objetivizar juicios como el de “tomar en serio el riesgo” y, por otro, de negar la idoneidad de ciertos riesgos a los efectos de la imputación dolosa. O también aquellas perspectivas que admiten que puede existir dolo sin una representación efectiva, como en sus últimos trabajos ha manifestado JAKOBS retomando la antigua figura del *dolus indirectus*.

En un sentido más amplio, en este mismo contexto cabe situar también planteamientos tan distintos entre sí como la atribución de carácter adscriptivo a la llamada “prueba del dolo” o la irrupción en el debate continental de la figura de la “ignorancia deliberada” importada del *common Law*, y recientemente trabajada por RAGUÈS I VALLÉS, o bien la propuesta de PÉREZ BARBERÁ, quien dedicó un estudio sobre el dolo eventual, centrando su atención en una crítica sobre las emociones y

proponiendo el abandono de la idea de dolo como estado mental, lo cual ha generado una nueva expectativa para el debate actual.

III.- Los casos de prohibición de regreso

A. La reformulación de la autoría

Anteriormente, analizamos los casos de prohibición de regreso como uno de los principios de la imputación objetiva, ahora se intentará dimensionar el alcance de la misma pero en los casos de intervención delictiva.

Dicha teoría, de acuerdo con su comprensión habitual pretende recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de las condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado. Mientras que sus detractores consideran precisamente que tal proceder es incompatible con “la esencia de la teoría de las condiciones”⁵⁹⁸. Conforme a ello, ha de renunciarse a los resultados que se obtengan con la teoría de la equivalencia respecto de aquellas condiciones en las que para la producción del resultado haya mediado la actuación dolosa y culpable de un tercero⁵⁹⁹, para lo cual citábamos el ejemplo del sujeto que en un bar de una

⁵⁹⁸ Vuélvase a ver JAKOBS, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 245.

⁵⁹⁹ Al respecto ya nuestros tribunales habían hecho mención sobre este criterio utilizando la expresión de “*prohibición de retroceso*”, al afirmar: “*El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad*”. Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con

Imputación objetiva

zona peligrosa el autor para divertirse embriaga a un amigo suyo, sirviéndole disimuladamente aguardiente en su vaso de cerveza. Luego lo lleva ebrio fuera del bar y lo deja tirado en la vereda. Allí el amigo, en un estado de ebriedad e indefensión, es matado a golpes por un sujeto que le quiso robar. En este supuesto particularmente, dichas condiciones no cumplen ningún tipo objetivo de autoría; por consiguiente, en caso de imprudencia, su creación es impune, y habiendo dolo, quedan abarcadas por las ampliaciones del tipo de autoría; los preceptos relativos a la participación⁶⁰⁰. Para lo cual, es menester recordar la tesis aislada sostenida por los Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IV, Segunda Parte-1, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, y visible en la página 352, bajo el texto siguiente:

“El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso”.

En este orden de ideas, es inadmisibilestablecer que todo autor imprudente detrás de un autor doloso deba ser impune, como todo comportamiento doloso detrás de un hecho imprudente. En lo que se refiere al argumento dogmático adicional (...)

Jurisprudencia 228/85. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 134. Tesis Aislada.

⁶⁰⁰ El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso. Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo en revisión 130/89. Gabriel Valencia Valencia y coagraviados. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 352. Tesis Aislada.

consistente en afirmar que la exclusiva punición del autor doloso puede satisfacer el fin de la pena, ROXIN ha formulado la objeción de que la punición de uno de los autores por “ambos hechos” infringe “el principio de responsabilidad individual”⁶⁰¹; sin embargo, lo que se sostiene a través de este argumento no es que uno responda por los dos, sino que la situación queda resuelta respondiendo el autor doloso exclusivamente por su hecho. Por tanto el argumento ha de entenderse en el sentido de que la pena impuesta al autor doloso es al menos una causa de exclusión de la pena respecto del autor imprudente; por lo consiguiente rige un estricto principio de absorción respecto de hechos de autores diferentes⁶⁰².

Por consiguiente, el argumento de que la pena impuesta al autor doloso puede satisfacer ya plenamente el fin de la pena, es sólido solamente en la medida en que se trate de que la pena impuesta a quien (dolosamente) actúa en último lugar satisface el fin de la pena, y ello sólo en algunos casos, ya que algunos otros deben quedar para la participación, y por consiguiente, para la participación imprudente; en todo caso el beneficio de la prohibición de regreso si se pretende que sea más que un gesto bastante extraño de generosidad frente al autor con culpabilidad imprudente, no puede quedar limitado a los casos de imprudencia.

Ahora bien, la normativización del concepto de autor se centra en un problema de imputación objetiva, tal y como lo ha realizado el propio JAKOBS y LESCH. El primero de los citados autores, decide matizar el componente subjetivo en la coautoría⁶⁰³, con la finalidad de enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva⁶⁰⁴. Para ello, parte de que la responsabilidad jurídico penal se fundamenta, ante todo, en la superación o

⁶⁰¹ Véase este criterio de crítica en CUESTA AGUADO, *Tipicidad*, p. 126.

⁶⁰² JAKOBS, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 248.

⁶⁰³ JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 746 y 747; se refiere al supuesto en el que un sujeto, teniendo conocimiento de la comisión de un delito por parte de otro, adapta o ajusta su contribución configurativa al hecho en relación con el ejecutor inmediato, que desconoce en todo momento que cuenta con el apoyo (secreto) de otro. Para estos casos, siguiendo a JAKOBS, hay que conformarse con una decisión de adaptación o de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración vincula su aportación con el hacer del ejecutor, aunque éste no sepa nada.

⁶⁰⁴ En contra de la postura de JAKOBS, se encuentran WELZEL, ROXIN, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, BOTTKER, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CREMER, KÜPPER, MIR PUIG, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y GONZÁLEZ RUS, citados por PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 307, nota al pie 312.

quebrantamiento de un rol, mediante el principio de autorresponsabilidad que, en esencia, implica que cada persona debe responder de las consecuencias de su comportamiento.

Una vez mostrado este presupuesto, en las formas de intervención delictiva, JAKOBS propone utilizar un criterio para diferenciar entre autores y partícipes, de la determinación de las competencias en un hecho delictivo, tal y como lo proyecta en dos modos: de un lado, adoptando el modelo de los delitos de infracción y de otro, mediante el modelo de los delitos de dominio.

Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible ⁶⁰⁵, tanto para comportamientos imprudentes como doloso, con base en criterios objetivo-normativos, de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Para JAKOBS, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “distanciado” de él.

En realidad, las consideraciones críticas que han recibido los ya mencionados intentos que se han efectuado para otorgar un sólido fundamento a la prohibición de regreso ⁶⁰⁶, no significa que esta teoría haya desaparecido. Lo que en verdad ocurre, es que la mencionada teoría ha recibido un nuevo tratamiento dentro de la dogmática penal ⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Tiene plena razón HRUSCHKA, *Prohibición*, p. 190, al señalar que la prohibición de regreso de FRANK se ha de distinguir por consiguiente de otras prohibiciones de regreso, en particular de la que expone JAKOBS, que no se refiere a los presupuestos conceptuales de la categoría de la “inducción”, sino a un punto de vista genérico de carácter normativo que impide recurrir a ciertas condiciones de una determinada acción. A pesar de recibir el mismo nombre y de referirse en parte a los mismos casos, tienen ambas prohibiciones de regreso una impronta absolutamente diferente.

⁶⁰⁶ Cfr. al respecto RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 22; ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 47 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 101 y ss.

⁶⁰⁷ Véase al respecto QUINTINO ZEPEDA, *Perspectivas penales*, 2000. pp. 30 y ss; donde plantea una serie de casos en que la prohibición de regreso puede ser analizada por medio de fórmulas.

Por una parte, el replanteamiento de la prohibición de regreso ha significado desde un punto de vista práctico, que la teoría adquiera una doble importancia tanto dentro de la imputación objetiva⁶⁰⁸ como dentro del estudio de la autoría y participación⁶⁰⁹, por otra parte, desde esta nueva dimensión, la finalidad conjunta no es el dolo del hecho conjunto, sino que se refiere “sólo a la ‘voluntad especial’ dirigida en contra de la voluntad general existente por sí misma, ésta (voluntad especial) se representa en la realidad y provoca un daño a la validez de una norma. Pero lo injusto penal (...) no acontece en el nivel del transcurso causal exterior, sino en aquel de la validez de la norma⁶¹⁰”.

Se trata por ello, con esta ‘voluntad global’, nada más que de la expresión de sentido objetivo de unos sucesos, única expresión relevante jurídico-penalmente; esto es, el fundamento de la responsabilidad en coautoría no es un problema de imputación subjetiva, sino un problema de imputación objetiva.

B. La exclusión de la responsabilidad por ejercicio de un rol

Uno de los rubros donde más claramente podemos encontrar la exclusión de la responsabilidad por ejercicio de un rol, es en el ámbito de la actividad médica, por ejemplo no cabe duda que en los delitos dolosos el acuerdo común debe serlo frente a la idea de llevar a cabo la conducta nuclear del tipo, mientras que en los delitos imprudentes la decisión conjunta se concreta cuando varios sujetos que determinan objetiva y positivamente una situación concreta deciden infringir el deber de cuidado superando el riesgo de lo permitido. Por lo tanto, el acuerdo de voluntades si se entiende de esta forma no constituye obstáculo para la configuración de la coautoría en

⁶⁰⁸ Tal como acertadamente muestra JAKOBS, para la imputación no es suficiente cualquier condición puesta por un foráneo ante una reconocible tendencia hacia el hecho. La ejecución de la amenaza: “si te vas, mato a alguien” no puede motivar a condenar por homicidio culposo a quien se va, así como tampoco es culpable, el juez por este hecho cuando asaltantes insinúan el asesinato de un político en el caso de continuar el proceso, y luego lo realizan. (...) Y es que puede distinguirse claramente entre una promoción objetiva por el primer actuante y una vinculación arbitraria a condiciones por el autor doloso. ROXIN, *Dogmática penal*, pp. 69 y 70.

⁶⁰⁹ En el mismo sentido HRUSCHKA, *Prohibición*, p. 203.

⁶¹⁰ Por el contrario, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, p. 326, quienes entienden equivocadamente, que la idea fundamental de la teoría de la prohibición de regreso descansaba sobre una confusión de causalidad y culpabilidad.

los delitos imprudentes; así entonces se podrá hablar de coautoría imprudente, por ejemplo cuando el director de la clínica estética le sugiere al cirujano emplear en las pacientes que pretenden realizarse una mamoplastía implantes más económicos para ahorrar gastos y obtener ambos mayores lucros; aceptando voluntariamente esta sugerencia el cirujano emplea un producto más barato, el cual produce sepsis, desde luego en una de las pacientes causándole serias lesiones que le destruyen el seno; en ese caso, tanto cirujano como director de la clínica han de responder como coautores de unas lesiones imprudentes, pues la intervención del director de la clínica (de quien dependen los empleados y la aprobación del material que allí se emplee) determina objetiva y positivamente el curso causal de los hechos junto con el comportamiento del cirujano ⁶¹¹.

Para lo cual resulta menester sostener el criterio de la exclusión del rol mediante la división de tareas, en función de la relación vertical u horizontal, dependiente de la actividad especializada se este desarrollando, tal y como sucede con la actividad médica.

En palabras de VALLEJO JIMÉNEZ⁶¹²: “De igual manera en la división del trabajo médico suele hablarse de división vertical del trabajo, en que a

⁶¹¹ El planteamiento es tomado de VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea, *¿Es posible la coautoría imprudente? una mirada desde la actividad sanitaria*, disponible en red, “Queda entonces claro, que aquí se acepta la posibilidad de existencia de coautoría imprudente, pues ésta no riñe en absoluto con los presupuestos jurídicos, ni legales del concepto; sin embargo, no se puede confundir la autoría accesoria imprudente con la coautoría imprudente, toda vez que en aquélla, si bien son varios los sujetos los que actúan para producir el resultado típico, no existe acuerdo para la realización conjunta del hecho, por lo tanto, cada uno de los sujetos intervinientes ha de responder individualmente como autor de la conducta, siempre y cuando, cada una de las acciones hubieren sido determinantes para la producción del resultado, porque si cada conducta independiente que infringe el deber de cuidado no logra por sí sola consumir la conducta típica, los comportamientos serán impunes, pues en los delitos imprudentes no se castiga la tentativa. Por lo tanto, sólo es posible la autoría accesoria imprudente siempre y cuando los comportamientos conjuntos de los sujetos no acordados e infractores del deber de cuidado sean cada uno de ellos por sí solos determinantes para causar el resultado típico. Así entonces es posible por regla general admitir tanto la coautoría imprudente, como la autoría accesoria imprudente; sin embargo, cuando se trata de participación imprudente la situación podría resultar un poco más compleja, pues en primer lugar hay que aclarar que aunque conceptualmente es posible distinguir en los delitos imprudentes entre autoría y mera participación, es decir, que conceptualmente se acepta la participación imprudente; no obstante y en segundo lugar, de llegarse a configurar la participación imprudente sería impune, pues aunque la participación como dispositivo amplificador de la tipicidad pareciera posible tanto para los delitos dolosos como imprudentes, es el mismo legislador quien directamente prevé la punición de la participación sólo para delitos dolosos, más no para delitos imprudentes”.

⁶¹² *¿Es posible la coautoría imprudente? una mirada desde la actividad sanitaria*.

diferencia del caso anterior, opera una estructura. Aquí solo se presentan supuestos genéricos, pero vale la pena aclarar que cada una de las soluciones dadas pueden variar en algún momento dependiendo de las circunstancias en que se presente cada caso en concreto. Jerarquizada en el equipo, por ejemplo las relaciones entre cirujano y enfermera. Aquí el principio de confianza también opera de manera más o menos frecuente, pues por regla general el superior jerárquico confía que el comportamiento desplegado por el inferior y viceversa ha estado dentro de los límites del deber de cuidado, pero ese principio tampoco puede operar de manera absoluta; lo que aquí suele presentarse con mayor frecuencia es que la intervención del inferior en la división del trabajo generalmente opera para prestar una ayuda o colaboración en algún procedimiento, que como se ha venido recalando si hay alguna infracción del deber de cuidado la intervención del inferior conllevaría a una participación impune; no obstante, esto no indica que en todos los casos en los que exista división vertical del trabajo del equipo médico, ésta siempre va a llevar a responder al superior jerárquico como autor del delito imprudente y al inferior como partícipe impune, pues puede darse la situación contraria, que sea éste último quien determine objetiva y positivamente el hecho y el superior con su descuido simplemente prestara una ayuda para que se produjera el resultado; pero incluso habrá situaciones en las que pese a existir esa diferencia jerárquica ambos van a responder como coautores si con su comportamiento han determinado objetiva y positivamente el hecho y ha existido plan común recíproco de infringir el deber de cuidado superando el riesgo de lo permitido”.

C. Crítica y toma de postura personal

Primeramente, se debe sostener que la responsabilidad no debe ser transmitida, delegada en terceros, a fin de extinguir la responsabilidad penal. En palabras de KINDHÄUSER⁶¹³: “las medidas que deben tomar para la protección de un bien aqué que tiene la obligación de hacerlo pueden ser sustituidas por medidas equivalentes de otra

⁶¹³ *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, pp. 31 y 32.

persona si ello no implica un empeoramiento de la posición protegida. Frente a ello, no puede existir un traslado equivalente respecto de la responsabilidad por la lesión de un bien. Por consiguiente, cuando una persona no evita un comportamiento que, suponiendo suficiente lealtad al ordenamiento jurídico teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades podría y debería evitar, responde a ella misma siempre por ese actuar. En esta medida, resulta insostenible la tesis defendida (durante un cierto tiempo) por la jurisprudencia por la que se afirma que sólo con base en la voluntad de los intervinientes puede darse la situación de que otra persona deba asumir *sola* la responsabilidad (a título de autor) *en lugar de* quien actuó culpablemente. En caso contrario, también una persona que actúa podría disponer de su punición mediante un cambio de voluntad”.

Lo atractivo de esta reflexión de KINDHÄUSER es que para la coautoría “tampoco en este ámbito puede ser imputada a otro la conducta de un sujeto que actúa con culpabilidad aduciendo que éste tenía dominio del hecho respecto de la correspondiente aportación al hecho”,⁶¹⁴ esto es lo que conlleva sostener un principio de autorresponsabilidad que permita darle autonomía al comportamiento de cada uno de los intervinientes frente a una posible prohibición de regreso, por lo que sostiene KINDHÄUSER lo siguiente⁶¹⁵:

“Ya en el plano intrasistemático resulta imposible desarrollar de modo coherente esta tesis ya que, bajo el dominio de una prohibición de regreso formulada en estos términos, la coautoría quedaría prácticamente excluida. No existe razón alguna por la que las aportaciones autónomas al hecho excluyan la responsabilidad en la relación entre el hombre de atrás y el hombre de delante, pero no lo hagan en la relación de dos sujetos que actúan en paralelo. Tampoco es de ayuda en este contexto la invocación positivista según la cual el §25.2 StGB ordena la responsabilidad a título de coautoría cuando el hecho se comete conjuntamente: no hay obstáculo alguno para considerar que también en la relación entre el hombre de atrás y el de delante existe una derogación de la prohibición de regreso en virtud de la autonomía. Por consiguiente, la

⁶¹⁴Cuestiones fundamentales de la coautoría, p. 32

⁶¹⁵Cuestiones fundamentales de la coautoría, pp. 33 y 34.

afirmación de que el carácter conjunto del comportamiento no deroga el efecto de cierre del principio de autonomía en general, sino sólo en lo que se refiere a la relación de una mera *petitio principii*. Que A preste a B una pistola para que éste pueda cometer un robo con intimidación respecto de C, o que A sujete a C para que B pueda sustraerle la cartera, no supone diferencia alguna respecto de la circunstancia de que B ha organizado en ambos casos de manera autónoma la sustracción. Si el principio de autonomía despliega el efecto de la exclusión de la responsabilidad no sólo tiene lugar en la relación entre el hombre de atrás y el de adelante, sino que también se opone a la imputación recíproca de contribuciones autónomas al hecho entre coautores”.

CAPÍTULO XVIII

LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA CULPOSA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE PELIGRO

I.- Introducción

En los casos de coautoría habrá tentativa desde el momento en que uno de los coautores comienza la realización del tipo conforme al plan marcado.

La tentativa es una forma imperfecta de ejecución que surge en el mundo jurídico cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Así, tratándose de coautoría y en el supuesto de que un coautor ya hubiera realizado la aportación que conforme a la función asignada le corresponde, no es admisible la interrupción de la ejecución del delito unilateral. Tal interrupción le afecta a cada coautor en lo individual, no alcanza a los demás.

II.- Criterios doctrinales sobre el comienzo de la coautoría culposa

A. Exposición

Uno de los principales promotores del pensamiento de JAKOBS en este punto del comienzo de la coautoría en materia culposa es SANCINETTI, quien retoma la argumentación político-criminal vinculada al principio del hecho, para justificar la incriminación de forma autónoma actos que, desde el punto de vista material, son *preparatorios*, pero que no convenido con esto, sostiene que en JAKOBS se presenta algo extraño, tal y como lo explica de la siguiente manera: “El partícipe (o el “primer” coautor) no haría nada, él, que sea “externo”. Por ende, sus entendimientos con el autor final (como también sus aportes) valdrían tanto como sus pensamientos. Pero la mano ejecutora del autor “definitivo” tendría el poder de expoliarle al partícipe (coautor anterior) sus “cogitaciones” (o “alguna otra conducta interna”), transformándolas en una acción pública. Ahora, si los actos previos al comienzo de la tentativa debieran corresponder realmente –conforme al principio del hecho– a la esfera privada de los individuos, carecería de todo sentido que un comportamiento a ser realizado por otro que el partícipe ya *no controla* pudiera convertir al aporte, antes *privado*, en una perturbación *social exterior*, santificando la injerencia del Estado, antes proscripta. Lo que es realmente interno, nadie puede expropiarlo”⁶¹⁶.

Pero este planteamiento genera determinados problemas para la fundamentación de la tentativa, básicamente, desde una concepción del delito como la lesión de la norma o, del deber, acreditándose todos y cada uno de los elementos descritos en el tipo de la parte especial del Código Penal, y por consiguiente, inferir una lesión al bien jurídico; en cambio, existe otra postura en la que se parte desde lo injusto, lo cual vendría determinado por la lesión imputable del bien jurídico, y para

⁶¹⁶Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, temis, Bogotá, 1995, p.265.

otros esa misma acción lesiva supondría un injusto por el efecto de quebrantamiento de la vigencia de la norma o de los valores del acto.

Se ha estimado que “la diferente comprensión del resultado penalmente relevante conllevará notables divergencias en el tratamiento que se dé a la tentativa. Para la concepción mayoritaria del injusto, derivada del fin de protección inmediata de bienes jurídicos, la tentativa es la acción que no produce el resultado lesivo que, en última instancia, se trata de evitar; la lesión del bien jurídico. Y aunque por algunas posturas doctrinales se exija también para la tentativa punible la presencia de un desvalor de resultado, éste supondrá, en todo caso, un menor grado de desvaloración, en la medida en que es un estadio anterior a la lesión, al ser oncebido materialmente como la presencia de un peligro contemplado *ex post*. En consecuencia, desde la protección de bienes jurídicos la tentativa supondrá valorativamente una *excepción* respecto de la punición de acciones lesivas de bienes jurídicos. Así, la tentativa punible conllevará un menor grado de desvalor que el delito consumado y, por tanto, un menor grado de merecimiento de pena, existiendo una diferencia *cualitativa* entre ésta y la lesión, configurándose la lesión del bien jurídico como prototipo del injusto, de lo contrario a Derecho. Por ello, la tentativa siempre conllevará, desde esa misión del Derecho penal, un menor grado de legitimidad en la fundamentación de la punición que el delito consumado y, dado ese hecho, la atenuación de la punibilidad habrá de ostentar, como acontece en el Código Penal español, carácter obligatorio”⁶¹⁷.

Este planteamiento es aplicable invariablemente para el Código Penal mexicano, tal y como hace el Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, al resolver el Amparo en revisión 444/2009, de 10 de septiembre de 2009, correspondiente a la Novena Época, emitiendo la tesis aislada XV.5o.15 P, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009, visible en la página 1655, misma que refiere lo siguiente:

⁶¹⁷La tentativa inidónea. *Fundamentación de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, p. 338.

“TENTATIVA PUNIBLE. PARA DEMOSTRAR EL PLAN MENTAL PRECONCEBIDO DEL AUTOR QUE EXIGE ESTA FIGURA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NO SE REQUIERE QUE EXISTA EXTERIORIZACIÓN DE SU INTENCIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS "DIRECTOS E INMEDIATOS". El legislador de Baja California, en el artículo 15 del Código Penal dispuso que existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; para ello, al crear dicha figura jurídica, adoptó la teoría del criterio objetivo individual que establece que no puede determinarse la separación entre actos ejecutivo y preparatorio prescindiendo del plan concreto del autor; esto es, el legislador fue categórico al crear la fórmula de la inidoneidad de los actos, al señalar, en el invocado artículo, que la tentativa también será punible cuando el delito no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios; por ende, debe diferenciarse el elemento subjetivo finalístico que se exige para configurar la tentativa punible a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, consistente en la resolución dirigida a cometer un delito determinado, es decir, que la conducta del activo tenga la intención dolosa de realizar el antijurídico imputado, lo que inexorablemente subyace en la intención volitiva o cognitiva de cometer una conducta antijurídica de acuerdo a un plan mental preconcebido por el inculpado, y ello encuentra explicación en la circunstancia de que el legislador estatal quiso sancionar la simple pretensión de cometer el delito, con independencia de que no hubiese medios idóneos y no exista el bien jurídico tutelado o el objeto material del delito. En congruencia con las consideraciones precedentes, se concluye que el legislador de Baja California, al crear la figura de la tentativa punible, adoptó el criterio objetivo individual, en el que se requiere la demostración del plan concreto del autor, cuyo comienzo surge, en la práctica, cuando el sujeto activo despliega actos ejecutivos para la consumación del delito, como sería por ejemplo, probar la intención del sujeto activo de privar de la vida al ofendido externada a través de cualquier hecho que integra ese plan preconcebido; empero, no se requiere de un diverso elemento objetivo consistente en la exteriorización de su

intención por medios "directos e inmediatos", ya que no es un elemento de la tentativa contemplado en la norma sustantiva invocada”.

Así como el sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, mediante tesis aislada VII.2o.P.47 P, al ser resultado el amparo directo 333/2006, de 13 de septiembre de 2006, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Diciembre de 2006, y visible en la página 1302:

“CALIFICATIVAS EN LOS DELITOS EN GRADO DE TENTATIVA. SU ACTUALIZACIÓN PERMITE ESTABLECER UN GRADO MAYOR DE PELIGROSIDAD EN EL REO, PERO NO AUMENTAR LA PENA DE PRISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Si bien es cierto que los artículos 28, 86 y 144 del Código Penal vigente para el Estado definen la tentativa, establecen las sanciones que en ella deben imponerse y la descripción de las calificativas de los delitos de homicidio y lesiones, respectivamente, también lo es que ninguno de esos preceptos legales estatuye que, además de la pena que corresponda por el delito en grado de tentativa, deba aumentarse la sanción privativa de libertad por la existencia de alguna calificativa, por lo que se concluye que las que se actualicen en los delitos de tentativa, únicamente permiten establecer un grado mayor de peligrosidad en el reo”.

Criterios que claramente coinciden con el criterio de la lesión del bien jurídico. Sin embargo, si mantenemos una posición como la que intentamos desarrollar en este trabajo, desde el fin de protección del ordenamiento, esa relación desvalorativa gradual entre la tentativa y la consumación tiende a diluirse, toda vez que el estado que trata de evitarse se produce ya, y de igual forma que en el delito consumado, en las acciones que no lesionan un bien jurídico. Por ende, “la tentativa es ya lesión de la vigencia de la norma, es ya una perturbación del orden social...”⁶¹⁸ En suma, valorativamente, apenas existirán diferencias entre la tentativa y la consumación, salvo, en todo caso, una diferencia *cuantitativa*, caracterizada por el hecho de que la

⁶¹⁸Cfr., *La tentativa inidónea*, p. 339.

consumación, la lesión del bien jurídico, supondrá, por regla general, una mayor acentuación, de ese quebrantamiento de la vigencia de la norma. Desde esta comprensión del merecimiento de la pena de la tentativa, la atenuación de la punibilidad respecto del delito consumado, habrá de ser de carácter facultativo, tal y como lo dispone el StGB alemán”⁶¹⁹.

Lo cual resulta ilustrativo el acercamiento que tuvo el Ministro Juan N. Silva Meza, integrante de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este planteamiento, al reconocer la graduación de la pena en la tentativa de un delito grave, por el grado de afectación social que genera frente a un delito con menor daño social al señalar esencialmente:

“En efecto, no constituye una pena no humanitaria, cruel o excesiva que al ser desproporcionada se aleja de los fines de la penalidad, porque independientemente de que la pena está prevista en el precepto impugnado, no deja a la autoridad jurisdiccional la decisión de imponer una pena que no se encuentre contemplada en la ley, además, no resulta ser desproporcionada, conforme al sistema jurídico mexicano, ya que atiende a la gravedad del delito, tratándose de tentativa punible, en relación con otros que son considerados menos lesivos a los valores fundamentales de la sociedad, considerada en lo individual y en lo colectivo, correspondiendo a lo que se ha reconocido como una de las formas de sancionar conductas delictivas; por ende, la penalidad agravada en estos casos obedece a razones legales distintas, esto es, que se trate de delito grave o no grave, así considerados por la ley, lo que justifica el trato diverso que les otorga el legislador. Además, el precepto impugnado prevé un parámetro sancionador, para efectos de la individualización de la pena, cuya finalidad es que su imposición tenga relación con la gravedad, así considerada por la ley, del delito cometido. No puede considerarse pena trascendental, porque no se impone a personas inocentes que tengan alguna relación de parentesco o afinidad con el delincuente y que no son responsables de la comisión del delito. Así, ninguna garantía constitucional se ve transgredida por

⁶¹⁹ *La tentativa inidónea*, p. 339.

Imputación objetiva

el hecho de que el Código Penal Federal, en su artículo 63, párrafo tercero, regule los lineamientos para que el Juez imponga pena de prisión en el supuesto de la tentativa punible de delito calificado como grave por la ley por lo que respecto a este punto específico el agravio debe considerarse como infundado. En relación a lo anterior, en los mismos términos se pronunció esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el día dieciséis de junio de dos mil cuatro, por unanimidad de cuatro votos, en el amparo directo en revisión 443/2004, promovido por (...), siendo ponente el señor Ministro José de Jesús GUDIÑO PELAYO. De esta manera, atendiendo a la circunstancia de que el sistema para la imposición de las penas y las penas en sí mismas establecidas por el legislador en la ley son revisables por el órgano de control constitucional, el precepto impugnado no es inconstitucional, ya que por el hecho de que por tratarse de un delito grave establezca que la pena de prisión no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, no la hace desproporcional”.

Criterio que dio como resultado la aprobación de la tesis aislada 1a. LXVI/2006, al resolver el Amparo directo en revisión 1063/2005, de 7 de septiembre de 2005, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Abril de 2006, visible en la página 169, que a la letra indica:

“TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO ES INCONSTITUCIONAL DE ACUERDO A LOS FACTORES QUE AL RESPECTO TOMÓ EN CUENTA EL LEGISLADOR PARA SU ESTABLECIMIENTO. El legislador atendiendo a factores tales como el deterioro en el campo de la seguridad pública y a los altos índices de crecimiento de la criminalidad, que atentan contra el orden social, consideró necesario incrementar las penas tratándose de los casos de tentativa punible respecto de delitos graves, reflejándolo en el párrafo tercero del artículo 63 del

Código Penal Federal; estableciendo, desde la óptica de la política criminal, una excepción para el caso de dicha tentativa tratándose de delito grave. Los factores aludidos, no tornan en inconstitucional el precepto impugnado, en virtud de que el legislador puede considerar, por ejemplo, las necesidades sociales que requieren regulación jurídica, tomando en cuenta las conductas de mayor peligrosidad y el riesgo de la proliferación de delitos graves, para imponer las penas correspondientes, como así lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Una vez centrado el fundamento de la tentativa normativamente, corresponde construir el argumento con el cual se genera la coautoría culposa, para lo cual he de retomar los estudios sobre la materia, en el sentido de reconocer que según el plan común de cada uno de los intervinientes deben realizar, todos los autores van a iniciar conjunta y simultáneamente la ejecución del hecho, entendido a la coautoría como la suma de las contribuciones mediante la división de trabajo marcada en el plan conjunto, pero tienen lugar en diferentes momentos separados en el tiempo, en palabras de ALCÁCER GUIRAO⁶²⁰:

“...en estos casos las dudas se suscitan respecto a los coautores cuya contribución al hecho tendrá lugar posteriormente a la de quien va a iniciar la ejecución de propia mano, autor este último sobre quien tampoco se plantean dudas respecto del comienzo de su ejecución. Expresado todavía muy esquemáticamente, la cuestión que se plantea es si el comienzo de la tentativa para el resto de los coautores comienza ya con la ejecución del tipo por parte del primero (*solución global*), o si para considerar comenzada para cada uno la tentativa es preciso que cada cual realice, o comience a realizar, su propia intervención (*solución individual*). Cercado a este círculo de problemas surge también uno ulterior, o bien previo: ¿cómo han de enjuiciarse los supuestos en los que las contribuciones de alguno o algunos de los participantes tiene lugar enteramente durante la fase de los actos preparatorios; es decir, cuando la contribución de algún sujeto se realiza y agota *antes* de que, según el plan

⁶²⁰Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, Edisofer .S.L., Madrid, 2001, p. 211.

trazado, otro de ellos haya de realizar actos ejecutivos? (*cuestión del ámbito de la coautoría*). Ambas cuestiones han venido siendo tratadas, por lo general, conjuntamente, pero a mi entender es preciso analizarlas por separado, si bien destacando sus implicaciones. Y por ello porque la solución que se dé al segundo problema, siendo también problemática la cuestión de cuándo comienza para esos sujetos la tentativa, dependerá de la concepción de la coautoría que se mantenga –todavía muy genéricamente: o bien amplia o bien estricta–, lo cual tendrá, asimismo, relevancia para tomar partido por la cuestión relativa al comienzo de la tentativa en la coautoría”.

B. La concepción causalista de Schilling

Para esta concepción, “la coautoría no es más que una variante de una autoría individual múltiple, y el resto de los participantes y sus acciones para cada autor son meros factores causales: el resto de los coautores se conciben como parte del curso causal que vincula su propia acción con el resultado acordado por todos los participantes”⁶²¹.

Crítican la mayoría de los autores que para SCHILLING⁶²² la tentativa de los coautores, o de alguno de ellos, comenzará ya con el mero hecho de concertarse para realizar la acción típica, circunstancia que podría llevarnos a la aberración de que una

⁶²¹Citado por ÁLCACER GUIRAO, Rafael, *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2006 p. 190.

⁶²²ÁLCACER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 216 y 217, explica que “Schilling, en su trabajo de habilitación, parte de un completo rechazo de la concepción mayoritaria de la autoría como una acción colectiva, o como un proyecto conjunto del que varios autores participan en el dominio de un solo hecho. Para este autor la coautoría no es más que una «variante de una autoría individual múltiple», siendo el resto de los participantes y sus acciones para cada autor meros factores causales: el resto de los coautores se conciben como «parte del curso causal que vincula su propia acción con el resultado acordado por todos los participantes». En esta concepción se asemeja a la noción que asume la coautoría como un caso de autoría mediata, de forma que cada coautor opera para el otro como un instrumento, y, dado que el vínculo objetivo entre los participantes en la coautoría es únicamente la relación causal, desemboca en un concepto unitario de autor. Así parece asumirlo el mismo Schilling, quien, en las conclusiones finales de su obra, propone, de *lege ferenda*, un concepto unitario de autor. No obstante, lo que aparece como una consecuencia de su argumentación es en realidad un presupuesto, del que va a depender la propia validez de las conclusiones de Schilling en materia de tentativa”.

conspiración para delinquir supondría el comienzo de la tentativa para todos los que se conciertan para la ejecución de un delito y resuelvan ejecutarlo.

Se sostiene⁶²³ que “en una coautoría sólo puede considerarse autor, de igual forma que en la autoría individual, a quien realiza el tipo legal respectivo, y como criterio de la acción típica aparece el dominio del hecho; el actuar que funda el dominio del hecho es la acción típica y, por tanto, la acción de autoría. Respecto a la tentativa, ello significa que con la realización de la propia aportación, conformadora del dominio del hecho, queda comenzada para ese partícipe la tentativa. Las acciones realizadas por el resto de los partícipes son sólo una consecuencia causal de su propia acción y no son, por tanto, tendías en cuenta para la determinación del comienzo de la tentativa”, postura que retomaremos en el siguiente apartado.

Sin embargo, la coparticipación en coautoría culposa exige, para producirse, que psicológicamente exista *un acuerdo o coincidencia de voluntades culpables, sobre el ato efectuado, a través de idéntica conducta peligrosa, sin extenderse al indispensable resultado*, al ser sólo preciso un nexo acorde en la plural voluntad rectora, o coincidencia total, expresa o tácita, en la “*voluntas scoeleris*” consciente, ndacida de varios sujetos, que alcance a toda la conducta en todos sus matices, ya que si la coincidencia es sólo parcial, no puede apreciarse esta figura de participación múltiple, en conautoría, porque entonces cada parte, pone en juego, elementos comunes, y otros que no los son, para la producción causal del evento, dentro de las respectivas conductas incumplidoras de los deberes objetivos de cuidado⁶²⁴, tal y como el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, lo ha concebido, al resolver el Amparo en revisión 39/89, de 25 de Mayo de 1989, al emitir la tesis aislada, correspondiente a la Octava Época, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación, III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, y visible en la página 230.

“COPARTICIPACION DELICTUOSA Y RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA NO PUEDEN COEXISTIR. La responsabilidad penal no puede revestir el carácter de correspectiva si existió el acuerdo de voluntades por parte de los

⁶²³ *Tentativa y formas de autoría*, p. 217.

⁶²⁴ Así, ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, pp. 424 y 425.

Imputación objetiva

acusados para cometer los delitos imputados. En efecto, para que exista la coparticipación delictuosa se requiere esencialmente, que entre los diversos participantes en la comisión de un delito se presente el acuerdo previo, el propósito y el consentimiento para ello; mientras que para actualizar la responsabilidad correspectiva se necesita justamente lo contrario, o sea, la inexistencia de ese acuerdo, pues opera en caso de incertidumbre sobre la presentación del pacto sceleris y la ignorancia de quién fue el causante del daño letal. Consecuentemente, resulta erróneo que se utilicen indistintamente ambos términos, pues ambas figuras por propia naturaleza se excluyen entre sí.

De igual manera, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante tesis aislada, correspondiente a la Séptima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, 58 Segunda Parte, y visible en la página 67, que indica:

“RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA. La llamada “responsabilidad correspectiva”, o antigua riña tumultuaria, opera en caso de incertidumbre sobre la existencia del pactum sceleris y la ignorancia de quien fue el causante del daño letal”.

Para dimensionar el alcance real del acuerdo previo (dominio del hecho), y su problemática para los delitos culposos en coautoría, trasciende por el presupuesto del concepto unitario de autor para estos casos. Pero el problema de fondo, sería que en la coautoría imprudente aunque exista un acuerdo en infringir la norma de cuidado, no existe para ROSO CAÑADILLAS verdadera coautoría imprudente porque no se da el otro elemento objetivo que conforma la coautoría, esto es, “...no existe aportaciones parciales valorativamente equivalentes y que conjuntamente lleven a la producción del hecho, sino que, por el contrario, cada uno por sí sola lleva a cabo todos los actos de ejecución que son necesarios para realizar el tipo, pero sólo una finalmente produce el resultado típico. Son supuestos, en realidad de pluriautoría: cada uno de ellos utiliza el arma de modo imprudente infringiendo la norma de cuidado. Por tanto, si se supiese cuál de ellos ha producido el homicidio, lesiones imprudentes, sólo se le condenaría a él y no al resto de los intervinientes. Ello no es más que una prueba de que no existe

coautoría, por lo que acudir a esta figura para castigar constituye la conculcación del principio procesal del *in dubio pro reo* y negar, finalmente, la absolución a personas inocentes (de un hecho punible)”⁶²⁵.

C. La concepción basada en el dominio del hecho

En este punto, SANCINETTI es un principal representante de la teoría del dominio del hecho en la coautoría, desde el disvalor de la acción, toda vez que comparte plenamente una concepción de la coautoría entendida en su autonomía y en que permite atribuir a cada uno la acción de los demás esto es, reciprocidad de la imputación. Esto último marca una diferencia con la autoría colateral, pues, en ella, cada uno desconoce la acción del otro, ya que el tipo subjetivo marca las reglas generales para el juicio de imputación, cita el siguiente ejemplo “la alevosía del hecho de “A”, al homicidio simple cometido independientemente por “B”. Pero *no está claro*, en cambio, que la posibilidad de la atribución a todos de la coautoría que no exista también para cualquier forma de participación”⁶²⁶. Para ello, SANCINETTI desarrolla su posicionamiento a partir del siguiente supuesto: “C” espera dentro de las cajas de seguridad del banco, dispuesto a dejar fuera de combate al custodio que se halla ahí mismo, en cuanto éste quiera evitar el robo que ejecutarán “A” y “B” en la sala principal; pero los “ejecutores” han desistido y no van siquiera al lugar”⁶²⁷.

Con este ejemplo, SANCINETTI duda en razón a lo señalado por STRATENWERTH en el sentido de que la tentativa comienza con el dominio común del hecho, uniformemente para todos como coautores, cuando uno de ellos comienza inmediatamente la realización del tipo, ya que si bien, “¿qué clase de coautor es aquel que, aunque haga todo lo que “tenía que hacer”, no puede dar comienzo a la ejecución aunque sí sería coautor, sin embargo, en caso de consumación o de comienzo de la

⁶²⁵Autoría y participación imprudente, p. 435.

⁶²⁶SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 671 y 672.

⁶²⁷SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, p. 674.

“verdadera” ejecución?”⁶²⁸. Por ende, dice SANCINETTI que “si el coautor respectivo sabe que su aporte es imprescindible para iniciar el peligro *concreto* al objeto de bien jurídico –y que, por más que quieran, los coautores anteriores en nada podrían afectarlo sin su aporte–, entonces, *su* ilícito comenzará con *su* respectiva ejecución”⁶²⁹, por consiguiente, el ilícito acabado es equivalente al disvalor del ilícito de un delito consumado, lo cual en la forma de intervención delictiva en su modalidad de coautoría, sería de la siguiente manera: “Por lo tanto, para el acabamiento del ilícito de cualquier coautor tiene que bastar lo mismo: *su comportamiento*; porque, respecto de *su* disvalor de acción, el edefecto o fracaso de los demás es tan causal, como el resultado de una tentativa acabada lo es para el autor individual”⁶³⁰.

Al respeto véase el criterio sostenido el Ministro Juan N. SILVA MEZA mediante tesis aislada 1a. XCVIII/2005, al resolver el Amparo directo en revisión 23/2005, de 15 de junio de 2005, correspondiente, a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Septiembre de 2005, visible en la página 295, bajo el rubro y texto siguiente:

“DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE NARCÓTICOS, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SE CONSUMA CUANDO SE COMETE EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA. De la interpretación sistemática y armónica de los artículos 27, 42 y 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25, numeral 1, 27, numerales 1, inciso d) y 5, 55, 56, 57 y 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; 1o., 2o., 25, 46, 47, 48 y 50 de la Ley Federal del Mar; 1o. de la Convención sobre la Alta Mar; 17 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; 1o., fracción I, 2o., fracción II y 7o. de la Ley General de Bienes Nacionales (vigente hasta el 20 de mayo de 2004) y 2o., fracción IX, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se advierte que si bien la nación mexicana no tiene la propiedad absoluta de la

⁶²⁸SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, p. 676.

⁶²⁹*Teoría del delito y disvalor de la acción*, p. 677.

⁶³⁰SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, p. 678.

zona económica exclusiva, en tanto está limitada por el orden normativo correspondiente, al ejercer derechos de soberanía y jurisdicción así como facultades para legislar al respecto, que el propio orden normativo le confiere, debe considerarse que para efectos de sancionar penalmente el delito contenido en el artículo 194, fracción II, del Código Penal Federal, en su modalidad de introducción de narcóticos a nuestro país, sí puede ejercer jurisdicción penal, en razón de que los elementos del derecho interno y del internacional permiten inferir que dicho delito puede considerarse consumado si se cometió en la zona aludida. Ello es así, porque si se ejerce jurisdicción en el mar territorial, así como en alta mar, acontece lo mismo en la zona económica exclusiva, tomando en cuenta las normas que establecen las medidas y el sistema de cooperación entre los Estados para reprimir y eliminar todo tipo de conductas relacionadas con el narcotráfico, las cuales se consideran como delitos de carácter internacional. Lo anterior se corrobora con lo establecido en el artículo 2o. de la Ley Federal del Mar, en el sentido de que dicha ley es de jurisdicción federal, la cual rige en las zonas marinas que forman parte del territorio nacional y, en lo aplicable, más allá de éste en las zonas marinas donde la nación ejerce derechos de soberanía, jurisdicciones y otros derechos. Además, el artículo 2o., fracción IX, de la Ley Orgánica de la Armada de México señala como una de las atribuciones de ésta garantizar el cumplimiento del orden jurídico en las zonas marinas mexicanas, por sí o coadyuvando con las autoridades competentes, entre otros, en el combate al tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, ya que el legislador consideró que en las zonas marinas mexicanas, dentro de las que se encuentra la zona económica exclusiva, podrían desplegarse conductas delictivas, por lo que otorgó atribuciones a la Armada de México para combatirlas, de acuerdo a la normatividad aplicable, atribuciones que sólo pueden ejecutarse en aquellos lugares en donde la nación mexicana ejerce derechos de soberanía, jurisdicción y facultades legislativas y que se complementan con las facultades conferidas a los tribunales de la Federación en el sentido de ser competentes para conocer de los juicios penales relacionados con bienes nacionales, como lo es la referida zona, en términos del artículo 7o. de la Ley General de Bienes

Imputación objetiva

Nacionales. En consecuencia, si de acuerdo al acervo probatorio, el lugar de comisión del señalado delito contra la salud lo es la zona económica exclusiva, respecto de la cual la nación mexicana ejerce jurisdicción penal, éste se habrá cometido en grado consumado.

Así como también el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, mediante tesis aislada, VII.1o.(IV Región) 13 P, al resolver el Amparo en revisión 62/2010, de 10 de junio de 2010, correspondiente a la Novena Época, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Marzo de 2011, visible en la página 2303, que a la letra indica:

“DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE COMERCIO. EL SUBTIPO DE VENTA NO DEBE INFERIRSE NECESARIAMENTE PORQUE LOS HECHOS TENGAN LUGAR DENTRO DE UN CENTRO DE RECLUSIÓN. Para deducir a través de hechos probados que la posesión de un narcótico tiene la finalidad de realizar actos de comercio mediante venta, deben existir indicios inequívocos con los que se pruebe que, en el plano intelectual interior del inculcado se concibió la idea de realizar precisamente actos de comercio mediante venta y no alguna de las otras conductas graves contempladas por el artículo 194 del código penal federal. Ahora bien, tratándose de la hipótesis fáctica de que la posesión del enervante se realice dentro de un centro penitenciario; de que además, el agente activo no resulte ser adicto al estupefaciente que poseía; y que a través del examen médico toxicológico se hubiese determinado que la cantidad poseída de estupefaciente excede de la necesaria para el consumo personal; pero sobre todo, porque por la cantidad del enervante se presume que se corre el riesgo inminente de ser transmitido a otros reclusos (sin soslayar que es un hecho notorio que dentro de los centros de reclusión existen internos que potencialmente pueden ser adictos a diversos estupefacientes); sin embargo, tales indicios son insuficientes para concluir, necesariamente, que el sujeto activo poseía la droga con la finalidad de venderla, pues debe inferirse la eventual existencia de algún comprador o la concertación de la transmisión del

dominio de la droga en un precio cierto y en dinero, aunque no se haya consumado la venta; sin que lo anotado signifique que deba demostrarse a plenitud esa modalidad de venta, sino que, precisamente, si se va a deducir un hecho no probado de manera directa (que se poseía para venderla), se debe partir de la base de que los datos objetivos o tangibles demostrados en autos permiten suponer, por deducción o inferencia lógica, la intención de poseer la droga para realizar esa conducta. De este modo, si los indicios recabados en el proceso no permiten hacer un juicio de razonabilidad, ante tal imprecisión o ambigüedad de los hechos probados frente a los deducidos, podría concluirse de manera válida que la finalidad de la posesión del enervante puede ser cualquier otra de las conductas descritas en el referido precepto legal, como la de suministro (aun gratuito) o de tráfico (pensándose en pluralidad de acciones reiteradas de comercio mediante venta) o por permuta, pero no unívocamente que se tuviera la intención, exclusiva, de venderla”.

Estos criterios claramente sostienen que la comisión de un delito de peligro, requiere invariablemente para su acreditación el elemento final de la conducta del sujeto, sin importar o tener trascendencia para el mundo jurídico el resultado propiciado o conseguido.

D. La posición de igualdad de grado de adecuación

Debe existir igual grado de adecuación tanto en delitos dolosos como en delitos culposos, según afirman los formuladores de esta posición doctrinal.

Esto puede deberse al hecho de que la mayoría de los casos problemáticos que han dado lugar a las problemáticas doctrinales se circunscriben en la órbita de la imprudencia; y por otro lado a que la creación de un riesgo se identifica con el deber objetivo de cuidado, requisito entendido en su origen únicamente de los delitos imprudentes.

Imputación objetiva

Lo que ocurre es que en los delitos dolosos la creación del riesgo desaprobado suele ser evidente mientras que en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido, circunstancia que no ha de obstar, para que una teoría de la imputación objetiva pueda ser aplicada de igual forma a ambas clases de delitos.

La presencia del dolo hace que baste un grado mínimo de posibilidades de producción de resultado, grado que no sería suficiente para fundamentar la responsabilidad a título imprudente.

Afirma ALCÁCER GUIRAO que la cuestión no tiene que ver con que el dolo pueda o no pueda, fundamentado en cuestiones de motivación por la norma, suponer mayor grado de responsabilidad ⁶³¹.

Ahora bien, respecto al fundamento de punición de la tentativa del delito señala que “es preciso para poder imputar un resultado a un agente, la creación de un riesgo típicamente relevante. Elemento que, sea propio o anterior a la imputación objetiva, coincide con el desvalor de la acción” ⁶³².

De similar posicionamiento con esta postura, ha sido mantenida por el Magistrado José David CISNEROS ALCARAZ, integrante del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, mediante la Tesis Aislada XV.5o.15 P, al resolver el Amparo en revisión 444/2009, de 10 de septiembre de 2009, por unanimidad de votos, correspondiente a la Novena Época, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009, misma que se encuentra visible en la página 1655:

⁶³¹ La mayoría de la doctrina lo entiende así, y es analizado en la parte subjetiva del injusto o la culpabilidad según planteamientos causalistas.

⁶³² El desvalor de la acción es concebido en forma objetiva, no es únicamente desvalor de la intención. Es decir, la norma envía a los destinatarios prohibiciones de realizar acciones que tiendan objetivamente a la lesión del bien jurídico, y esa tendencia objetiva viene determinada por la contemplación ex ante y objetiva de la acción. La lesión del deber no se indaga en función de la representación del autor sino objetivamente sobre la base de la idoneidad objetiva de la acción para causar el resultado.

“TENTATIVA PUNIBLE. PARA DEMOSTRAR EL PLAN MENTAL PRECONCEBIDO DEL AUTOR QUE EXIGE ESTA FIGURA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA NO SE REQUIERE QUE EXISTA EXTERIORIZACIÓN DE SU INTENCIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS "DIRECTOS E INMEDIATOS". El legislador de Baja California, en el artículo 15 del Código Penal dispuso que existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; para ello, al crear dicha figura jurídica, adoptó la teoría del criterio objetivo individual que establece que no puede determinarse la separación entre actos ejecutivo y preparatorio prescindiendo del plan concreto del autor; esto es, el legislador fue categórico al crear la fórmula de la inidoneidad de los actos, al señalar, en el invocado artículo, que la tentativa también será punible cuando el delito no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios; por ende, debe diferenciarse el elemento subjetivo finalístico que se exige para configurar la tentativa punible a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, consistente en la resolución dirigida a cometer un delito determinado, es decir, que la conducta del activo tenga la intención dolosa de realizar el antijurídico imputado, lo que inexorablemente subyace en la intención volitiva o cognitiva de cometer una conducta antijurídica de acuerdo a un plan mental preconcebido por el inculpado, y ello encuentra explicación en la circunstancia de que el legislador estatal quiso sancionar la simple pretensión de cometer el delito, con independencia de que no hubiese medios idóneos y no exista el bien jurídico tutelado o el objeto material del delito. En congruencia con las consideraciones precedentes, se concluye que el legislador de Baja California, al crear la figura de la tentativa punible, adoptó el criterio objetivo individual, en el que se requiere la demostración del plan concreto del autor, cuyo comienzo surge, en la práctica, cuando el sujeto activo despliega actos ejecutivos para la consumación del delito, como sería por ejemplo, probar la intención del sujeto activo de privar de la vida al ofendido externada a través de cualquier hecho que integra ese plan preconcebido; empero, no se requiere de un diverso elemento objetivo consistente en la exteriorización de su

Imputación objetiva

intención por medios "directos e inmediatos", ya que no es un elemento de la tentativa contemplado en la norma sustantiva invocada”.

De igual manera, Ministro Juan N. SILVA MEZA, integrante de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el fundamento de la punibilidad de la comisión de un delito en grado de tentativa, solo bastará con el juzgador motive y fundamente el porque de la pena impuesta, esto a corde con la Tesis Aislada 1a. CCXLV/2007, misma que fue emitida al resolver el Amparo directo en revisión 1330/2007, de 10 de octubre de 2007, por unanimidad de cuatro votos, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Noviembre de 2007, y visible en la página 183:

“TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE LA PREVÉ, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.El citado precepto constitucional establece categóricamente que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, es decir, sólo ésta se encuentra facultada para determinar si cierto hecho configura o no algún delito así calificado por la ley, y la pena correspondiente; de ahí que dicha facultad implica el ejercicio del arbitrio judicial. Ahora bien, de la interpretación armónica de los artículos 14, 21 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que si bien se trata de una atribución exclusiva de la autoridad judicial, no por ello es ilimitada, sino que está acotada por las leyes que establecen los delitos y sus sanciones. Por tanto, el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal Federal no viola el artículo 21 constitucional, ya que no impide a la autoridad judicial ejercer el arbitrio necesario para imponer las sanciones, en tanto que le permite decidir al respecto, pues únicamente establece el parámetro dentro del cual habrá de usar su arbitrio, al señalar que la pena por la tentativa punible de delito grave no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

Este criterio sostenido por el Ministro Juan N. SILVA MEZA ha sido el continuo trabajo por posicionarse en el fundamento de la punición de la tentativa. Postura que se ve reflejada con anterioridad en las tesis aisladas 1a. LXVI/2006, y 1a. LXVIII/2006, emitidas por resolución del Amparo directo en revisión 1063/2005, de 7 de septiembre de 2005, correspondientes a la Novena Época, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Abril de 2006, y visibles en las páginas 169 y 170 que a la letra indican respectivamente:

“TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO ES INCONSTITUCIONAL DE ACUERDO A LOS FACTORES QUE AL RESPECTO TOMÓ EN CUENTA EL LEGISLADOR PARA SU ESTABLECIMIENTO. El legislador atendiendo a factores tales como el deterioro en el campo de la seguridad pública y a los altos índices de crecimiento de la criminalidad, que atentan contra el orden social, consideró necesario incrementar las penas tratándose de los casos de tentativa punible respecto de delitos graves, reflejándolo en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal Federal; estableciendo, desde la óptica de la política criminal, una excepción para el caso de dicha tentativa tratándose de delito grave. Los factores aludidos, no tornan en inconstitucional el precepto impugnado, en virtud de que el legislador puede considerar, por ejemplo, las necesidades sociales que requieren regulación jurídica, tomando en cuenta las conductas de mayor peligrosidad y el riesgo de la proliferación de delitos graves, para imponer las penas correspondientes, como así lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“TENTATIVA PUNIBLE DE DELITO GRAVE ASÍ CALIFICADO POR LA LEY. EL SISTEMA PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA CORRESPONDIENTE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO PERMITE LA IMPOSICIÓN DE PENAS INUSITADAS O EXCESIVAS. El artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal Federal, no viola el artículo 22 constitucional, pues, el hecho de que por tratarse de un delito

Imputación objetiva

grave se establezca que la pena de prisión no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, no constituye una pena no humanitaria, cruel o excesiva que al ser desproporcionada se aleja de los fines de la penalidad; ni tampoco es una pena trascendental, que pudiera ir más allá de la persona del delincuente. En efecto, no constituye una pena no humanitaria, cruel o excesiva que al ser desproporcionada se aleja de los fines de la penalidad, porque independientemente de que la pena está prevista en el precepto impugnado, no deja a la autoridad jurisdiccional la decisión de imponer una pena que no se encuentre contemplada en la ley. Además, no resulta ser desproporcionada, conforme al sistema jurídico mexicano, ya que atiende a la gravedad del delito, tratándose de tentativa punible, en relación con otros que son considerados menos lesivos a los valores fundamentales de la sociedad, considerada en lo individual y en lo colectivo, correspondiendo a lo que se ha reconocido como una de las formas de sancionar conductas delictivas; por ende, la penalidad agravada en estos casos obedece a razones legales distintas, esto es, que se trate de delito grave o no grave, así considerados por la ley, lo que justifica el trato diverso que les otorga el legislador. Además, el precepto impugnado prevé un parámetro sancionador, para efectos de la individualización de la pena, cuya finalidad es que su imposición tenga relación con la gravedad, así considerada por la ley, del delito cometido. Por otra parte, tampoco puede considerarse pena trascendental, porque no se impone a personas inocentes que tengan alguna relación de parentesco o afinidad con el delincuente y que no son responsables de la comisión del delito”.

Aunado a estos dos criterios, prevalece el sostenido por el Ministro Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ,⁶³³ integrante de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia

⁶³³ Criterio del cual se destaca de la Ejecutoria lo siguiente: “... Esta Primera Sala resuelve que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio que se sostiene en la presente resolución.-A efecto de ilustrar la decisión a la cual se habrá de arribar conviene tener presente como cuestión previa lo que establecen los artículos 51 y 63 del Código Penal para el Distrito Federal: ‘Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los Jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el Juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención

especial.-En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días’.- ‘Artículo 63. Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.-En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.-En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado’.-Para determinar el criterio que debe prevalecer resulta conveniente, a manera de preámbulo, hacer algunas precisiones acerca de la figura de la tentativa.-Al respecto, esta Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 151/2003, consideró que se entiende por tentativa la realización por parte de una persona de los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, que sin embargo no se consuma por causas ajenas a su voluntad. Dependiendo de que se realicen todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, o sólo alguno de ellos, la doctrina distingue entre tentativa acabada e inacabada. La tentativa -cualquiera de sus dos modalidades- consta por ende de tres elementos: a) un elemento subjetivo, consistente en la intención del agente dirigida a cometer un delito; b) uno objetivo, consistente en la realización, total o parcial, de los actos de ejecución del delito; y c) la falta de consecución del resultado típico deseado por causas ajenas a la voluntad del agente.-En sentido similar se ha pronunciado este Alto Tribunal en los criterios siguientes: ‘Quinta Época. Instancia Primera Sala. Fuente Apéndice 2000. Tomo II, Penal, P.R. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 3095, página 1442. TENTATIVA’. (se transcribe).-‘Quinta Época. Instancia Primera Sala. Fuente Apéndice 2000. Tomo II, Penal, P.R. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 3096, página 1442. TENTATIVA.. (se transcribe).-El fundamento de la punición de la tentativa radica en que ésta pone en peligro intereses jurídicamente tutelados. El legislador pena, pues, la tentativa debido a la proximidad de la lesión del bien jurídico protegido, ya que desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa, la voluntad del sujeto activo no sufre modificación alguna. En razón de ello, se considera de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación se lesionan bienes jurídicamente protegidos, en la tentativa, sólo se ponen en riesgo esos.-Esa racionalidad se encuentra reflejada en el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal derogado, que establece lo siguiente: ‘Artículo 63.’ (se transcribe).-Como se desprende de lo anterior, la tentativa constituye un tipo penal dependiente, pero únicamente en cuanto a que la mayoría de sus elementos integrantes se encuentran referidos a algún delito consumado, no hay tentativa en sí, sino tentativa de un delito consumado. Sin embargo, haciendo abstracción de la técnica utilizada por el legislador para indicar algunos de sus componentes, debe considerarse que ésta constituye un delito autónomo, puesto que cuenta con sus elementos típicos particulares (entre ellos como se mencionó, la falta de consumación de ciertas consecuencias antijurídicas por causas ajenas a la voluntad del agente) y con sus sanciones también específicas.-En otro orden de ideas, resulta pertinente señalar que la función de las normas penales consiste en hacer que las personas se abstengan de realizar determinados actos considerados perjudiciales para la sociedad. Dicho propósito se persigue mediante el establecimiento de sanciones por la realización de tales actos socialmente nocivos. Así, el orden jurídico convierte en ‘delito’ cierta conducta al enlazar a ésta, en cuanto supuesto, una sanción, como consecuencia. Los delitos, por tanto, describen las conductas antijurídicas -en cuanto que se encuentran prohibidas por el orden jurídico-, que de acuerdo con las intenciones del orden jurídico tienen que ser evitadas. De esa forma, el legislador establecerá tantos ‘delitos’ como conductas busca desalentar su realización en la sociedad.-Sin embargo, en vista de que, en ocasiones, la conducta que se pretende proscribir puede presentar, al ser realizada, diversas modalidades que el legislador considera importante tomar en cuenta, éste, por razones de economía legislativa, puede estimar conveniente, en lugar de repetir la descripción típica básica para cada una de las modalidades en que se presenta tal conducta, describirla en un solo dispositivo aplicable a todas ellas; y solamente agregar dispositivos adicionales que se refieran a las diferencias penalmente relevantes que presenta cada una de dichas modalidades. Esta técnica tiene la enorme ventaja de evitar repeticiones tediosas en los textos legislativos.-Esto suele suceder cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuridicidad o la

culpabilidad y, como se dijo, el legislador estima conveniente tenerlas en cuenta expresamente para crear otros tipos derivados del tipo básico. Desde un punto de vista técnico-jurídico, dichos tipos derivados deben ser considerados como delitos autónomos e independientes del tipo básico, puesto que, como se vio, no son más que el producto de haber implementado, por razones de economía legislativa, un mecanismo alterno de creación de tipos penales, que es igualmente válido que el normalmente utilizado por el legislador. En efecto, el delito calificado contiene una estructura jurídica, un contenido y un ámbito de aplicación que le son propios, y que lo distinguen del delito descrito en el tipo penal básico.-De igual forma, es pertinente precisar que atendiendo a la exigencia que se contiene en el párrafo quinto del artículo 16 y en el párrafo primero de la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, de que la ley prevea cuáles conductas se considerarán delitos graves, el legislador en el artículo 268 del ordenamiento adjetivo penal para el Distrito Federal, estableció cuáles ilícitos debían comprenderse en esa conceptualización.-‘Artículo 268.’ (se transcribe).-Por consiguiente, la conducta desplegada por el sujeto activo debe ser idónea a la consecución del resultado del delito, esto es, para que un determinado actuar cuente con tales características y sea penalmente reprochable a título de tentativa, debe atenderse al análisis del proceso ejecutivo de la conducta desplegada por el agente, en la cual exteriorice, sin lugar a dudas, la resolución de cometer un delito determinado mediante actos ejecutivos que se dirijan a agotar el núcleo del tipo, pero además, tal comportamiento debe ser objetivo y concretamente adecuado para producir el resultado y crear un específico estado de peligro para el bien jurídico tutelado por el tipo del delito hacia el cual se dirige.-Y si se toma en cuenta que las figuras calificativas que agravan la pena, atienden a la protección de bienes jurídicos específicos, distintos del tutelado por el tipo básico, es claro entonces que cuando se comete una tentativa de delito calificada, debe entenderse que la voluntad delictiva manifestada por el agente, expresada a través de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado deseado, abarca todos los elementos integradores del delito, incluidas las circunstancias específicas que lo agravan las cuales, en ocasiones, constituyen precisamente el principio de ejecución del delito tentado.-Por tanto, esta Primera Sala considera que de una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, abrogado, partiendo del principio de culpabilidad que rige nuestro sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico, como para las agravantes, satisfecho lo anterior debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado y, sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática, el resultado que se obtenga sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado.-Por las razones que se expresan, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley de Amparo, se sostiene que debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al tenor de la tesis redactada en el siguiente rubro y texto: ‘INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA, CUANDO EN SU COMISIÓN SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE.-De una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes. Satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal

de la Nación, al emitir la Tesis de jurisprudencia 1a./J. 20/2007, en sesión de fecha treinta y uno de enero de dos mil siete, al resolver la Contradicción de tesis 137/2006-PS, generada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, misma que fue resuelta por cinco votos, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Marzo de 2007, visible en la página 96:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES, CUANDO EN SU COMISIÓN EN GRADO DE TENTATIVA SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 63 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). De la interpretación armónica de los artículos 63, párrafos primero y tercero, y 51, párrafo segundo, ambos del Código Penal Federal, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se concluye que para la imposición de las sanciones tratándose de delitos calificados como graves por la ley, cometidos en grado de tentativa, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del citado código, que establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes; y satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas a imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el aludido artículo 63, párrafo tercero, debe imponérsele la pena de prisión mínima, pues este último párrafo sólo señala una regla de excepción para el caso de que el resultado de la operación matemática sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado.

para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática el resultado sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado.’.-Por lo expuesto y con fundamento en el artículo 197-A de la Ley de Amparo, se resuelve ...”.

III.- Propuesta regulatoria de la tentativa de delito imprudente

En el derecho penal mexicano, la tentativa es aplicable sólo para casos de conductas dolosas, lo cual no atenta con ningún derecho fundamental en la Constitución, ya que el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal Federal, al disponer que en los casos de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley, el órgano jurisdiccional impondrá una pena que no será menor a la pena mínima y podrá llegar a las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, no transgrede los artículos 1o. y 13 constitucionales, pues no se trata de una ley privativa, ni prevé que éste deba ser juzgado por un Tribunal especial; ya que dicho precepto cumple con los requisitos de ser general, abstracto e impersonal, sin hacer distinciones en su aplicación, a favor o en perjuicio de personas determinadas, rigiendo para todos los gobernados que se ubiquen en sus supuestos normativos.

Pero que pasa con las conductas que la practica profesional son llevadas a cabo en grado de tentativa con imprudencia, en la medicina, en el tránsito vehicular, en el ámbito de la construcción, etcétera. Lo cual fácticamente existen los supuestos, pero que normativamente no es punible, por ejemplo, la abstención de un médico de cumplir con lo ordenado por la ley, en el sentido de haberse negado a prestar la atención médica requerida por una persona en caso de notoria urgencia, (artículo 469 de la Ley General de Salud), y éste al ser un delito de resultado formal o de mero peligro, por no requerir para su integración de la producción de un resultado material, sino sólo la mera puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, la vida, que se agota con la simple negativa del agente. Y no puede ser de otra manera, porque si la puesta en peligro de la vida se materializa en un resultado dañoso, lesión u homicidio, se estaría en presencia de un delito de lesión por el daño causado, y material por el resultado objetivo.

Así, POLAINO NAVARRETE audazmente propone una solución basada en la plena compatibilidad e imposibilidad de desconexión entre la lesión de la vigencia de la norma y la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos:

“Según mi parecer, la teoría pura del injusto de la tentativa debe ser, de plano, rechazada, y, por tanto, también los fundamentos teóricos sobre los que se asienta. Pero una pura teoría objetiva no puede tampoco, hoy en día, ser sostenida sin reparos: ella es una emanación del, ya superado, dogma causal. ¿Dónde yace entonces el contenido material del injusto punible? Según mi opinión, el injusto del delito intentado presenta un contenido complejo. Desde el punto de vista formal, constituye –en primer lugar- una formal desautorización de la norma ; es decir, una lesión de la vigencia de la norma. Pero materialmente significa también una puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido. Estas dos perspectivas (vigencia de la norma y peligro para un bien jurídico) no son, en consecuencia, contradictorias, sino complementarias. De un lado, no hay contradicción ni contraposición alguna entre la confirmación de la vigencia de la norma y puesta en peligro para el bien jurídico, y por ello el injusto de la tentativa y la tentativa de realizar un injusto son la misma cosa. Cuando los elementos realizados para la consecución del resultado normativo son idóneos, entonces no es que se el injusto irreal, ideal o representado, sino normativamente real y existente. De otro lado, el injusto (intentado) no permite ser explicado sin la referencia al bien jurídico: si se concibe el injusto como una mera y pura infracción (formal) de la norma, entonces no se podrá explicar correctamente la diferencia de las penas que corresponde imponer al autor de un injusto consumado y al autor de un injusto intentado”⁶³⁴.

⁶³⁴ *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 29 y 30.

IV.- Coautoría en los delitos de peligro

A. Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro

Desde la concepción psicológica de la culpabilidad entendida como nexo psíquico entre el autor y el hecho, fundamentalmente el resultado era difícil en la imprudencia hallar una conexión con la voluntad, pues por definición y a diferencia del dolo, en ella no se requiere resultado. En la búsqueda de ese elemento voluntad en la imprudencia, una serie de autores creen encontrarlo en la voluntad de poner en peligro que el actuar culposos lleva implícito. La esencia del concepto de culpa es el actuar peligrosa y descuidadamente.

FILANGIERI partía de que sólo lo querido puede ser imputado, sin dolo no hay culpabilidad. La culpa no es un criterio de imputación distinto del dolo, sino una clase de aquél: bien el autor persigue, desea el resultado antijurídico, o bien sin desearlo quiere realizar conscientemente una acción peligrosa con la que es probable la producción de un resultado lesivo. Las acciones peligrosas son auténticas acciones lesivas, antijurídicas en sí mismas en función del peligro, sin consideración alguna del resultado, que pertenece a las circunstancias causales de las acciones peligrosas. Los delitos culposos son consecuencias de acciones peligrosas, por lo que la imputación y la punibilidad debe referir a esas acciones peligrosas.

Esas acciones pueden realizarse sin conciencia del peligro o con ella esperando que no se produzcan consecuencias lesivas (delito doloso de peligro).

El criterio sostenido por el Magistrado Fernando Octavio VILLARREAL DELGADO, integrante del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, es clara muestra del análisis a los delitos de peligros en el ámbito de comisión dolosa, como es el supuesto en materia de tráfico de indocumentados, al referir que “El tipo penal previsto en el artículo 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, es de

los llamados tipos de resultado cortado o anticipado; esto es, que pertenece el citado injusto a los tipos delictivos independientes, que tienen un contenido descriptivo preciso y una connotación penal propia, en los que puede colmarse el tipo, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador tuvo por consumados esos ilícitos a pesar de que apenas se hubiese iniciado el iter criminis; de esta manera, tal clase de delitos vienen a ser de aquellos en los que el autor de la ley los considera como consumados por una ficción legal”, por ello resulta importante citar este criterio reflejado en la Tesis Aislada XIX.2o.40 P, misma que fue emitida al resolver el Amparo en revisión 486/2000, de 29 de junio de 2001, por unanimidad de votos, correspondiente a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, visible en la página 1368, que a la letra indica:

“TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS. EL ALCANCE DEL VERBO "PRETENDER" A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 138, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, QUE TIPIFICA ESE DELITO, EQUIVALE A QUE PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBEN APLICARSE LAS REGLAS DE LA TENTATIVA.El tipo penal previsto en el artículo 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, es de los llamados tipos de resultado cortado o anticipado; esto es, que pertenece el citado injusto a los tipos delictivos independientes, que tienen un contenido descriptivo preciso y una connotación penal propia, en los que puede colmarse el tipo, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador tuvo por consumados esos ilícitos a pesar de que apenas se hubiese iniciado el iter criminis; de esta manera, tal clase de delitos vienen a ser de aquellos en los que el autor de la ley los considera como consumados por una ficción legal. Sin embargo, lo anterior no obsta para que al tipo en cuestión, a pesar de constituir un delito de resultado cortado o anticipado, se le apliquen para su demostración las reglas de la tentativa y, por ello, se estima que la conducta desplegada por el sujeto activo, para ser penalmente relevante, debe trascender al mundo fáctico con acciones que reúnan las mismas exigencias inherentes a una tentativa; es decir, que se tendrá por agotado el delito únicamente cuando se lleven a cabo conductas descritas como constitutivas del mismo, que

comprendan acciones directamente encaminadas de manera unívoca al logro del propósito delictivo y no queden en la fase meramente conceptual o deliberativa; esto es, que resulta necesario que el actuar del agente del delito se traduzca en actos ejecutivos que estén encaminados unívoca e idóneamente a producir el resultado, sólo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. En este orden de ideas, aunado a que el Máximo Tribunal del país ya se ha pronunciado en el sentido de que ese delito, anteriormente previsto y sancionado por el artículo 118, ahora 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, en la modalidad de "pretender", se sanciona como delito consumado, es inconcuso que el vocablo "pretender", no es precisamente un elemento subjetivo del delito, sino que se refiere al iter criminis, el cual comprende el estudio de diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento”.

B. La situación de peligro como resultado típico

Es de común acuerdo que la doctrina tradicional ha postula la punición de la tentativa para los delitos de resultado, y poco se ha hecho por discutir los casos de delitos de peligro, ya que el argumento esta basado en el significado del comportamiento es el peligro fáctico para el objeto desde una perspectiva posterior al hecho, toda vez que la antigua teoría objetiva distingue entre tentativas absolutamente (o abstractamente) inidóneas impunes y tentativas reltivamente (o concretamente) inidóneas punibles ⁶³⁵. Sin embargo, estas teorías se sustentan para los delitos

⁶³⁵ En este sentido, REY SANFIZ, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 25, sostiene “La tentativa absolutamente inidónea impune se refiere a los casos en que el objeto atacado no es el objeto típico, por ejemplo en la tentativa de asesinato de un cadáver, o a los casos en que el medio no es el adecuado para el fin, por ejemplo cuando se suministra agua azucarada como veneno. Otras circunstancias no entran en consideración; el contexto, tampoco. A modo de ejemplo: para esta teoría puede tener el mismo significado el hecho de que el “autor”, cliente en una tienda de armas, al examinar una escopeta expuesta para la clientela –circunstancia que permite considerar impensable que el arma esté cargada- compruebe la suavidad del gatillo, esto es, “dispare”, como el hecho de que el autor, con ánimo de matar, dispare con un arma descargada contra alguien cuando, en el momento de realizar la acción (*ex ante*), absolutamente todo indica que el arma está cargada. La tentativa inidónea relativa de medios puede considerarse peligrosa según los seguidores de esta teoría, ya que si bien los medios empleados se habían revelado como *concretamente* inadecuados para producir el resultado, podían considerarse, de todos modos, adecuados en general (en abstracto o

consumados, como tipo fundamental del delito, de la lesión del objeto del bien jurídico como injusto básico de los tipos de resultado, ya que toda lesión para el objeto presupone un curso causal idóneo orientado al resultado, lo que en tentativa la relación de causalidad potencial no debe estar excluida.

Anteriormente, se ha intentado explicar que en los delitos de peligro concreto requieren que en el caso específico se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Este peligro, conforme a los criterios de imputación que más adelante se expondrán, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (*ex ante*); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un “resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*⁶³⁶. Para lo cual, recuérdese que es fundamental, que la conducta del sujeto sea conforme a deber, y la base para este juicio de peligro representan todas las circunstancias determinables *ex post*. Por consiguiente, si este examen demuestra que la conducta del autor conforme al deber hubiese producido el peligro (permitido) del suceso concreto causante del resultado, entonces debe determinarse en una segunda etapa de trabajo si la conducta contraria a deber del autor ha causado un peligro (contrario a derecho) que sobrepasa la medida permitida del peligro, o sea, si ha dado lugar a una probabilidad mayor del suceso causante del resultado concreto⁶³⁷.

Esto es, el peligro concreto será o no imputable dependiendo de cuáles sean los motivos por lo que finalmente el resultado de peligro concreto no se ha producido y además, el peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo, es decir, en los casos en los que el bien jurídico-penal no tiene substrato empírico, cuando estamos en presencia de delitos de resultado, en sentido material, la afectación del objeto del delito constituye el resultado material,

potencialmente) para obtener el resultado perseguido p. ejm. vómico causal de un veneno generalmente eficaz o utilización de arsénico con la tentativa relativamente inidónea en cuanto al objeto: se apuñala a una víctima que lleva, sin embargo, una resistente cota de malla”.

⁶³⁶ Así, ROXIN, Claus, *Derecho penal*, p. 404.

⁶³⁷ RUDOLPHI, *Causalidad*, p. 47.

Imputación objetiva

pero en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no hay resultado en sentido material, pero sí que pueden requerir para la realización del tipo, la lesión del objeto del delito. Esta afectación del objeto del delito, que no es resultado en sentido material, sino un elemento esencial del tipo, es a la que denominamos también “resultado”, por cuanto político-criminalmente y procesalmente, esta lesión del objeto del delito tiene idéntica función que la del resultado material de los delitos de lesión.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, al momento de analizar los delitos de peligro, entre otros OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO⁶³⁸, considera que la tentativa imprudente no está legitimada en el Código Penal español, ya que sólo procede –dice el autor– por razones de destrucción y no de peligro, en estricto sentido, tal y como lo expone de la siguiente manera:

“En consecuencia, sea cual sea la naturaleza, real o potencial, del peligro inherente a la tentativa aludido por el art. 62 del Código penal, ya se puede afirmar que la ley penal únicamente está legitimada para incriminar las tentativas de delitos de lesión y, no, en cambio, las de delitos de peligro (real o potencial). La afirmación anterior tiene carácter general respecto del modo legal de incriminar la tentativa: aquel que consiste en relacionar la cláusula referida del art. 16.1 del Código con sus referentes de la parte especial de la ley penal. Significa, por tanto, que dicha relación de enlace no es admisible cuando tales referentes son normas previsoras de delitos de peligro, habida cuenta que en lo concerniente a ellos no resulta legitimada la intervención penal a título de tentativa. Conviene advertir, sin embargo, que en alguna ocasión la ley incrimina conductas poseedoras de una estructura similar a la que tienen las tentativas de delitos de peligro. Ello sucede en ciertos casos en que prevé como delitos imprudentes conductas de está índole referidas, total o parcialmente, a delitos dolosos de peligro, a veces meramente potencial (así, arts. 317, 344, 347, 358 o 367 CP). Llegado al punto en que he afirmado que tan sólo son legítimamente viables las tentativas de delitos de destrucción o menoscabo de un bien jurídico-penal, la cuestión subsiguiente es si basta para apreciarlas con

⁶³⁸ “Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal”, en *Revista Penal*, N° 24, 2009, p. 148.

que generen un peligro potencial de tales lesiones o en todo caso requieren un peligro real que se produzca una u otro. La respuesta, a mi juicio, no parece ab initio que pueda darse de manera genérica, sin concretar algo más; siquiera sea porque si bien de ordinario una tentativa completa («acabada») implicará un peligro efectivo de aparición del resultado lesivo, este peligro también puede manifestarse claramente en una tentativa incompleta («inacabada»). Aunque el nudo de la cuestión es si para afirmar cualquiera de ellas es suficiente con que haya originado un peligro potencial de que se produzca la destrucción o el menoscabo del bien jurídico penalmente protegido. Aclararé, preliminarmente, que a mi entender el peligro potencial es uno de los límites de lo admisible en el terreno de la tipificación penal, lo que implica, por tanto, la proscripción de los delitos de peligro presunto (tantas veces parificados a los llamados de peligro «abstracto»), si se quiere respetar el contenido material del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídico. Este peligro potencial (que no presunto) requiere la idoneidad para transformar el riesgo en realidad y para hacerlo en los específicos términos en que se ha manifestado lo que se examina, de los siguientes elementos: del comportamiento y de los medios empleados; de la persona que respectivamente realiza aquél y utiliza estos; y, finalmente, del momento en que el agente observa la conducta conducta. Todo lo cual, en el plano procesal, corresponde demostrarlo al acusador, en virtud de los principios constitucionales de presunción de inocencia y acusatorio⁶³⁹.

⁶³⁹ Al respecto, VIVES ANTÓN, Tomás, et al., *Derecho Penal. Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 69, sostiene que la responsabilidad por lesiones imprudentes que propugnan sólo cabe fundamentarla, aceptando la teoría de la exclusión, en la incompatibilidad del dolo de (la tentativa de) homicidio con el de lesionar, de manera que como única forma de imputación posible quedaría la imprudente.

Al respecto, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, en *Revista Penal*, N° 24, 2009, pp. 184 y 185, explica que “Cabe establecer una relación de analogía entre el supuesto planteado y la previsión expresa en el CP de la regla de alternatividad para supuestos en que concurre puesta en peligro, ya sea concreta o abstracta, con la lesión (imprudente en ocasiones, pero dolosa en otras) en que aquélla se materializa, como ocurre en los casos en que la puesta en peligro que comporta la tentativa de homicidio se ha traducido en lesiones consumadas. La regla prevista para los casos en que los delitos de peligro contra la seguridad vial se transforman en lesión, que hasta hace poco establecía una regla de determinación de la pena propia del principio de alternatividad, ejemplifica ahora, desde la reforma de diciembre de 2007, la tesis alternativa a la que aquí se mantiene. Así, dispone el actual art. 38233 para determinados delitos de peligro (descritos en los arts. 379, 380 y 381): «los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior». Es decir, el régimen del concurso ideal, que puede explicarse por el hecho de que el peligro afectará en ocasiones a más sujetos pasivos que la lesión”.

Sin embargo, la nueva posición objetiva de la tentativa como determinación *ex ante* del concepto de peligro, genera nuevas perspectivas para la situación de peligro como resultado típico, principalmente generada por VON HIPPEL, mediante un concepto de peligro, no abstracto-general, sino un peligro concreto y objetivo según el criterio del pronóstico posterior al hecho ⁶⁴⁰. Por ende, la determinación de la peligrosidad concreta no se puede tomar en cuenta, sino lo cognoscible posteriormente, lo que conllevaría invariablemente que la causalidad imprevisible queda fuera de consideración, por ejemplo, la administración de medios abortivos en caso de síntomas evidentes de embarazo serían tentativa aun cuando posteriormente se comprobase que la mujer no estaba embarazada. Por ello, dice REY SANFIZ que “no tiene por qué coincidir el juicio de *peligro concreto* con el juicio que lleva a admitir la concurrencia de un *delito de peligro concreto*, ya que cuando falta el objeto puede haber tentativa (peligro concreto), aunque no pueda alcanzarse un delito (consumado) de peligro concreto” ⁶⁴¹.

Es por ello que la postura más indicada sea la de la teoría de la causalidad adecuada, según la cual:

“El fundamento necesario para la declaración y determinación de este concepto de peligro es la teoría de la causación adecuada. Según esta teoría, el derecho penal se centra en cursos causales, pero sólo en los cursos causales adecuados para la elisión de un bien jurídico. Adecuación significa que todo ciudadano debe operar con un juicio de probabilidad a la hora de emprender una acción y sólo debe emprender comportamientos que no se puedan considerar como adecuados para lesionar bienes jurídicos. Este juicio, que debe corresponderse con el de un observador objetivo, indicaría la falta de adecuación del curso causal (falta de peligrosidad y no-imputabilidad del resultado en caso de consumación) cuando el curso causal no se corresponde con la experiencia o cuando es una causalidad imprevisible o cuando era de tal manera improbable

⁶⁴⁰REY SANFIZ, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal*, p. 28.

⁶⁴¹REY SANFIZ, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal*, p. 29.

que su posibilidad resulta indiferente para el comportamiento práctico de hombres juiciosos en la vida social”⁶⁴².

En este sentido, ya existe precedente en la Suprema Corte de justicia de la Nación, por parte de la Primera Sala, al resolver el amparo directo 3409/78, de 16 de octubre de 1978, por unanimidad de cuatro votos, correspondiente a la Séptima Época, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación, 115-120 Segunda Parte, misma que está visible en la página 109, con el rubro y texto siguiente:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. TENTATIVA PUNIBLE EN LOS DELITOS DE PELIGRO. Es inaceptable el argumento que se hace consistir en que en los delitos de peligro no existe la tentativa, puesto que en éstos, como en otros, se pueden llevar a cabo actos tendientes a su consumación, y si no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente, existirá la tentativa punible; en los delitos contra la salud, la premisa de la tentativa punible no es que exista un peligro de peligro, ya que al tratar de realizar el tráfico con determinado estupefaciente, por ejemplo, en realidad ya se está poniendo en peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la figura delictiva de que se trata”.

De ahí, que los presupuestos de imputación para los delitos de peligro, en su modalidad de imprudencia, desde el punto de vista objetivo, los siguientes: a) la creación de un riesgo no permitido y b) la evitabilidad de relajación del tipo, y subjetivamente, es necesario que el citado riesgo no sea conocido por el sujeto, quien no obstante tenía posibilidad de conocerlo, es decir, que el riesgo sea cognoscible, lo que constituye la previsibilidad subjetiva. De esta forma es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente o, al menos, de que el delito imprudente plantea

⁶⁴²REY SANFIZ, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal*, p. 29. Por su parte, SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*. p. 219, sostiene que lo discutible no es el carácter “abstracto” del peligro, ya que bien argumenta el autor “el hecho de que el *mero tener* no sea peligroso en concreto; sino que lo que está en tela de juicio es el derecho que se arroga el Estado de proteger al hombre mediante actitudes paternalistas, que lesionan el derecho de éste a la determinación de su propio modelo de vida: aun cuando la tenencia de estupefacientes devenga en *consumo efectivo*, esa “lesión efectiva” no puede ser reprimida por el Estado, porque todo hombre debe ser *soberano de su auto-destrucción*. En cambio, dado que el devenir de la tenencia de explosivos, en lesión del prójimo, sí sería una lesión legítimamente evitable por el Estado, la tenencia de *armas* o *explosivos* se halla, al menos, más expuesta que la tenencia de estupefacientes a una injerencia estatal legítima”.

Imputación objetiva

problemas propios del tipo subjetivo del delito, aunque aquí el tipo subjetivo no tiene que coincidir lógicamente con el aspecto objetivo del hecho, sino que se entiende en el sentido de cognoscibilidad de este aspecto objetivo, particularmente en la coautoría culposa, tal y como lo explica CASTILLO CODES:

“Esta forma de intervención conjunta en el ámbito de la imprudencia precisa, al igual que en el delito doloso, una decisión común al hecho. En efecto, si en el presente trabajo hemos mantenido que toda imprudencia consiste, subjetivamente, en el conocimiento de un sector relevante de las circunstancias fundamentadoras del peligro para el bien jurídico, y que el sujeto, al actuar con conocimiento de dichas circunstancias, se decide por el foco de riesgo que resulta de su actuación, es perfectamente admisible que varios sujetos se concierten para genera, en común, un determinado foco de peligro. Ciertamente, que tal decisión común no se proyectará sobre el resultado lesivo, dado que el mismo no forma parte del tipo imprudente, pero sí sobre las circunstancias riesgosas de las que se derivará el resultado. Toda vez que el autor imprudente siempre actúa en dirección consciente hacia una determinada meta, que no es otra que la formación del foco de peligro, puede constatarse una decisión de varios sujetos hacia un mismo fin penalmente relevante”⁶⁴³. En cambio, otra cosa resulta en el plano objetivo, ya que si bien en la coautoría requiere invariablemente, que varias personas actúen simultáneamente, formando con ello “un foco de riesgo del que se puede derivar, de forma directa, la lesión de bien jurídico y aunque dicha lesión podría haberse producido con la intervención de una sola persona, no obstante el riesgo resultante de la actuación de varios reviste mayor intensidad y, con ello, incrementa la probabilidad de lesión para el bien jurídico”, de ahí que coincidamos con el método aplicado por parte de CASTILLO CODES, quien sostiene la viabilidad de mantener un juicio de imputación, toda vez que mediante la intervención de varios sujetos se incrementa las probabilidades de lesión, pues dice el autor “se puede efectuar una imputación recíproca con

⁶⁴³ *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 194.

independencia de la concreta eficacia de la conducta de cada uno respecto del resultado final”⁶⁴⁴.

Para ello, es indispensable que todos y cada uno de los participantes se hallen sometidos a las mismas exigencias de cuidado ⁶⁴⁵, para efectuar una imputación recíproca, por ejemplo “entre el propietario de una obra que se realiza sin observar las pertinentes medidas de seguridad, y el arquitecto que no subsana tales deficiencias, no puede haber coautoría, ya que cada uno infringe deberes distintos –el dueño de la obra, deberes surgidos en abse a una responsabilidad por organización, y el arquitecto, deberes de naturaleza institucional–. Por tanto, la responsabilidad de ambos por el derrumbamiento de la construcción surge como consecuencia de los respectivos deberes de cada uno de ellos infringido, y por tanto, no cabe una imputación recíproca” ⁶⁴⁶.

C. Relación entre el dogma causal y la teoría de la imputación objetiva

En una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes, disponemos de poco más datos de las otras personas que su deber de respetar las normas jurídicas, toda vez, que una persona (entendida en el plano jurídico) tiene en sí mismo un juicio por los valores ético-sociales contenidos en las normas (bienes jurídicos fundamentales como el respeto a la vida, integridad corporal, robo, etc.); por ejemplo, “el conductor que se acerca a un cruce y observa como un automóvil se acerca por su izquierda, no tiene en cuenta a dicho conductor como alguien con nombre y apellidos, sino como participante responsable en el tráfico social como personas (sujetos que respetan normas) obligaría a estar a expensas de su arbitrio” ⁶⁴⁷. Cada contacto social conllevaría un riesgo incalculable y la “desconfianza” ⁶⁴⁸ e inseguridad harían que la vida social se acabaría extinguiendo.

⁶⁴⁴ *La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

⁶⁴⁵ *La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

⁶⁴⁶ *La imprudencia: autoría y participación*, p. 195.

⁶⁴⁷ ASÍ FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, p. 54.

⁶⁴⁸ ROXIN, *La imputación objetiva en derecho penal*, IDEMSA, Lima, 1997, p. 171.

En el momento en que los hombres sienten la necesidad de tratar unos con otros, necesitan ciertas reglas o normas de comportamiento. Estas normas no se refieren al comportamiento del ser humano como hecho fáctico sino al “deber ser” de las personas, a lo que toda persona puede excluir como posibilidad⁶⁴⁹. ¿Por qué reciben estas expectativas la denominación de normativas o de normas? La validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento en la realidad. Estas expectativas normativas, frente a las cognitivas, son las que en caso de defraudación (incumplimiento), no habrá que modificar y, por ende, adoptar una nueva visión del mundo, toda vez que las personas pueden mantener firme su confianza en la validez del ordenamiento jurídico, a pesar de este acaecimiento. En consecuencia, las expectativas normativas son aquéllas que permiten determinar quien es el que carga con los costes del conflicto, en este ejemplo será el defraudante, al momento que se da el quebrantamiento a la norma de conducta prevista en el ordenamiento jurídico, y con ello, como algo que le es imputable a él⁶⁵⁰.

De lo anterior surge la pregunta sobre ¿cómo aquella legitimidad normativa será relevante para la imposición de pena? El punto de partida para una respuesta es el buscar un modelo que una la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de libertad⁶⁵¹. Esto es, la autonomía comunicativa del individuo, entendido como alguien a quien se le señala el campo de acción para sus acuerdos, sólo que únicamente él determina cómo usar ese campo de movimiento para su acción⁶⁵². Lo que conlleva dos supuestos: el primero, que cumpla con su campo de acción (respete la norma); y el

⁶⁴⁹FEIJÓO SÁNCHEZ, RDPCrim., 2000, p. 55.

⁶⁵⁰FEIJÓO SÁNCHEZ, RDPCrim., 2000, p. 56. No obstante el propio autor aclara “...El Derecho no protege toda confianza que alguien deposite en los otros (el optimista se vería privilegiado), no garantiza lo que terceros pueden hacer para no defraudar la confianza de cada sujeto, sino lo que terceros deben hacer para no defraudarla. No todo supuesto en el que un tercero no es digno de la confianza depositada interviene el Derecho, sino únicamente cuando el tercero no se ha comportado de acuerdo con su deber”. “...El Derecho no describe lo que ha sucedido, sino que prescribe lo que no tiene que suceder. La norma jurídica «asegura, por un lado, lo que se puede esperar y en qué sentido no hay que aprender de la conducta defraudante, no hay que amoldarse, sino que puede mantenerse inmovible en su expectativa, incluso contra la realidad: contrafáctico. La norma jurídica autoriza, por otro lado, las reacciones con el fin de establecer una realidad conforme a Derecho»”, p. 57.

⁶⁵¹ Sobre la autonomía comunicativa y lealtad comunicativa cfr. KINDHÄUSER, (nota 5), pp. 42 y ss.

⁶⁵²HABERMAS, (nota 53): “La validez jurídica de una norma (...) significa ahora que ambas cosas se garantizan al mismo tiempo: tanto la legalidad de la conducta, en el sentido de un seguimiento necesario puede ser forzado mediante sanciones, como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso en una consideración positiva ante la ley”.

segundo, que no cumpla con su rol dentro de su campo de acción en virtud de la expectativa que la norma le confiere (quebrante la norma), bajo un supuesto de infracción de deber o dolo. Estas condiciones permitirán que el Estado intervenga con la imposición de pena bajo la atribución de un significado sustancialmente expresivo o comunicativo⁶⁵³.

La obra de JAKOBS «Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional» se basa en estos principios, y ha dado un nuevo impulso a la dogmática penal actual, al radicalizar su análisis en un método funcional. Lo cual, no quiero decir que el método funcional sea inadecuado, sino que no ha sido utilizado en su verdadera potencialidad. Para hacerlo, es necesario despojar sus referencias ontológicas, que lo subordinan innecesariamente al análisis causal al ser que la causalidad es antes bien un caso de análisis funcional y no a la inversa, el funcionalismo un caso particular de la causalidad. Sin embargo, el tema ha sido objeto de una intensa discusión, básicamente filosófica, a partir de las fundamentales aportaciones de Jakobs; sería por tanto, inexacto pretender realizar una aproximación metodológica al problema en el espacio que debemos conceder a esta cuestión.

Este autor afirma: “Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los participantes de esa sociedad, es decir, los individuos, representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una norma*”⁶⁵⁴, con lo cual entiende, que la norma es la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada (estabilizadas contrafácticamente), que no prometen un comportamiento adecuado a la norma pero sí protegen a quien espera un comportamiento adecuado a la norma, lo que significa que Jakobs, considera al delito no como un fenómeno circunscrito a la relación entre norma e infractor, sino como un fenómeno social en el que la víctima y la colectividad se ven afectadas.

⁶⁵³ Principalmente JAKOBS, PG, pp. 8 y 9, 12-14, 18, el mismo, (nota 40), pp. 18, 69-85; KINDHÄUSER, (nota 5), pp. 42 y ss.

⁶⁵⁴ *Sociedad, norma y persona*, p. 51.

D. Causalidad: sentido actual de la teoría de la equivalencia de las condiciones y su aplicabilidad a los delitos de peligro concreto

Para Santiago MIR PUIG⁶⁵⁵, el resultado generado en grado de tentativa, particularmente, en los delitos de peligro concreto y abstracto, responde a las siguientes razones:

“La tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto. Como es sabido, éste requiere una acción que haya puesto en peligro un bien jurídico concreto. Generalmente esto se expresa diciendo que el delito de peligro concreto no sólo requiere una conducta peligrosa, sino también un resultado de peligro. Esta expresión no puede entenderse en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro abstracto, en los de peligro concreto no sólo ha de existir una apariencia de peligro, sino que ha de resultar un verdadero peligro. Para el peligro basta la apariencia de la posibilidad de lesión, y tan verdadero es en este sentido el peligro que exigimos en el delito de peligro concreto, como el que basta para el delito de peligro abstracto. También en éste ha de resultar (se ha de producir) efectivamente la conducta peligrosa. Ahora bien, es cierto que los delitos de peligro concreto requieren un resultado separado de la conducta: un resultado de proximidad empírica de la conducta peligrosa respecto a un bien jurídico-penal concreto. Es lo que WELZEL explicó al requerir en los delitos de peligro concreto que un concreto bien jurídico entre en el “radio de eficacia de la acción”. Pero también el peligro existente para dicho bien jurídico ha de decidirse desde una perspectiva *ex ante*. En la tentativa idónea ocurre lo que también sucede en los delitos de peligro concreto: se realiza una conducta peligrosa *ex ante* para un bien jurídico-penal concreto que se encuentra en el radio de posible eficacia (*ex ante*) de aquella conducta. Esto no significa que no puedan encontrarse otras diferencias entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto tipificados especialmente. Así

⁶⁵⁵ “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal”, publicado en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 03-06 (2001), disponible en red.

sucede si para que concurra en éstos el resultado de peligro se exigen los elementos que un sector de la doctrina alemana requiere, como la imposibilidad de dominar el curso del peligro, que el resultado no se haya producido por azar y que el peligro sea inminente. Estas exigencias, que tienen el sentido de requerir mayor intensidad en el peligro, no son necesarias en la tentativa porque en ésta concurre voluntad de producir la lesión típica (si se trata de un delito de lesión), y ésta supone un factor de peligrosidad del hecho que no concurre en los delitos de peligro concreto. Así, requerir que en un delito de peligro concreto el hecho haya escapado al control del sujeto tiene sentido porque se parte de que éste no quiere producir la lesión y, por tanto, tratará de evitarla si mantiene el control del hecho; en cambio, que el autor de la tentativa controle el hecho no disminuye las posibilidades de que se produzca la lesión, sino que en principio las aumenta, puesto que el sujeto utilizará aquí su control para conseguir la lesión. Es decir: mientras que en los delitos de peligro concreto tipificados especialmente el mantenimiento del control del hecho por el sujeto disminuye el peligro del mismo, en la tentativa dicho control aumenta su peligrosidad. Podríamos seguir argumentando en esta línea para explicar que en la tentativa no sea necesario exigir otras de las notas que puedan considerarse necesarias para asegurar una suficiente intensidad del peligro en los delitos de peligro concreto”. En cambio, la postura desarrollada por MIR PUIG sobre la tentativa inidónea y delitos de peligro abstracto es la siguiente: “El tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene, en cambio, la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto. Ello es evidente en los casos de inexistencia o ausencia del objeto de la acción (como cuando queriendo matar a una persona se dispara sobre un cadáver, o cuando la persona a la que se quería matar incendiando su casa estaba ausente en aquel momento). Como en todo delito de peligro abstracto, basta aquí la peligrosidad *ex ante* de la conducta, y es evidente que el bien jurídico-penal que se pretendía lesionar no ha resultado próximo a aquella conducta. Cuando la tentativa inidónea se refiere a un bien jurídico presente puede decirse que resulta próxima a éste, pero no por ello supone la clase de peligro concreto que requieren los delitos de peligro concreto y que falta cuando la conducta se demuestra inidónea para producir el

resultado. La razón última para el castigo de la tentativa inidónea es la misma que la que ha llevado a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras drogas. Aunque también se discute la conveniencia de tipificar conductas como ésta, es innegable que su incriminación trata de disminuir el número de muertes y otras lesiones graves que se producen en el tráfico a consecuencia del alcohol. Es obvio que si nadie condujera en estas condiciones no se produciría ninguno de estos accidentes. Hay una relación estadística abrumadora entre consumo de alcohol y accidentes de tránsito. Aunque en el caso concreto resulte (ex post) que ninguna persona concreta haya entrado en el "radio de acción" de la conducción bajo el efecto del alcohol, esta clase de conducción entraña un peligro estadístico muy relevante. También la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa, además de suponer peligro ex ante en el caso concreto, pertenece a una clase de conductas que estadísticamente muestran una alta frecuencia de lesividad y que, en este sentido, son estadísticamente peligrosas”⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ Al respecto aclara el autor lo siguiente: “El intento que resulta inidóneo a causa de un error o fallo circunstancial, habría tenido éxito en otras circunstancias. Muchas veces el error o fallo responderá a una casualidad difícilmente repetible. El arma del terrorista de comprobada eficacia letal se encasquilla cuando está a un palmo de la nuca de la víctima, que salva su vida de milagro; se comprueba que ello se debió a una circunstancia del arma ya concurrente desde el inicio de la tentativa. La policía ve desde un helicóptero cómo unos ladrones entran a robar con máscaras y armas una joyería, lo que permite esperarles a la salida sin dejarles ninguna posibilidad de disponer del botín (sin disponibilidad no hay consumación); ha sido una casualidad que la policía descubriera a tiempo el atraco. Alguien intenta dar muerte a otro vertiendo en una bebida una sustancia que encuentra dentro de un recipiente destinado a contener veneno, pero que casualmente no lo era; o le suministra una dosis letal de una medicina que le han vendido en la farmacia antes de la fecha de caducidad pero que, por defecto de etiquetación, había perdido su eficacia. La pistola había sido cargada hacía unos momentos por el asesino a sueldo, pero alguien que le había seguido aprovecha un descuido para descargar la pistola que el sicario había dejado sobre la mesa para ir al baño. El agente secreto que estaba durmiendo se despierta con frío, va a cerrar la ventana y ve desde ella que entra en la casa un enemigo que le estaba persiguiendo para matarle; con almohadas forma un bulto en la cama que simula una persona durmiendo, y se esconde detrás de una cortina; el enemigo entra en la habitación y ametralla el bulto creyendo que es el agente secreto; fue una casualidad que éste se despertara y viera llegar a su enemigo. Unos racistas prenden fuego a la chabola donde duerme siempre el inmigrante, según han comprobado aquéllos observándole durante varios días, incluso el del atentado, pero la víctima había salido, antes del comienzo de la ejecución, por una puerta trasera por cualquier circunstancia inesperada. En ninguno de estos ejemplos se dirá que el intento no sea peligroso. Cualquiera persona que conociera alguno de estos planes criminales momentos antes de su iniciación, cuando nada podía hacer pensar que había de fallar, vería en él un gran peligro. Sin embargo, en todos los casos propuestos parto de la base de que la ejecución comienza cuando ya era imposible que produjera la consumación y ello podría haberlo sabido o de hecho lo sabía alguien en aquel momento (ex ante): alguien podría haber advertido la circunstancia del arma que hizo que se encasillara; quien llenó el recipiente destinado al veneno sabía que lo llenó de otra sustancia inocua; el error en la fecha de caducidad de la medicina podría y debería haber sido detectado por el fabricante; el que descarga la pistola del sicario sabe que ésta ha dejado de ser un medio idóneo para matar; el agente que simula el bulto en la cama sabe que ello hace inidóneo el intento

E. Casos de coautoría en delitos de peligro

La vinculación entre los delitos de peligro, no sólo abstracto, proceden de la tipificación de conductas que se reputan arriesgadas en razón de su frecuente relación con la producción de lesiones y menoscabos a bienes jurídicos no perseguidos dolosamente por el autor. Por tanto se castigan estas conductas imprudentes respecto a la lesión, sin esperar la producción material de la lesión, en razón de quedar justificado la necesidad de adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos.

La explicación proporcionada por MENDOZA BUERGO⁶⁵⁷ es fundamental para la comprensión de casos de coautoría en delitos de peligro que se analizará más adelante:

“...no hay que perder de vista que la estrecha relación entre la dogmática de los delitos de peligro abstracto y la de la imprudencia tiene lugar, en primer término, no tanto –o al menos no sólo– como recurso para dotar de un mayor contenido de injusto a los delitos de peligro abstracto a través de su acercamiento al injusto del delito imprudente; también de modo especial, a la inversa, en el contexto de las tendencias dirigidas a resaltar el aspecto del desvalor de la acción en los delitos imprudentes y, consecuentemente, también de los de peligro, para reforzar aquellas posiciones que ven precisamente en el recurso a los delitos de peligro abstracto el medio ideal para tipificar acciones que muestren su tendencia al daño, pero que renuncien al supuesto elemento de “azar” representado por la producción o no de un resultado (tanto de lesión como de

de matarle durmiendo; el inmigrante sabe que no está en su chabola cuando tratan de matarle. Todos son casos de tentativas inidóneas según el concepto habitual, porque ex ante era cognoscible o incluso conocida por alguien la inidoneidad o la circunstancia que determinaba ésta. Esto último concurre precisamente en los ejemplos que he puesto en que más absoluta es la inidoneidad: aquéllos en los que falta el objeto de la acción desde el principio de la ejecución. Sin embargo, es un hecho que la víctima se ha salvado por los pelos y que ha sido objeto de un ataque estadísticamente muy peligroso. La distinción que maneja un sector doctrinal entre tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea no puede utilizarse para negar que en la primera pueda existir peligro en general, esto es, estadístico. Los únicos casos en que este peligro no concurre son los de tentativa irreal y de tentativa supersticiosa.

⁶⁵⁷Cfr. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pp. 253 y 254.

peligro). En este sentido, el intento de prescindir en la tipificación de los delitos de peligro del momento “accidental” de la puesta en peligro de un objeto concreto, así como la búsqueda del contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto exclusivamente en el ámbito del desvalor de acción y su equiparación con criterios como los de la aceptación del riesgo o la infracción de un deber de cuidado genérico, corre paralela a la tendencia observable en la misma época, dentro de la dogmática de la imprudencia, de hacer incanpié en la lesión del deber de cuidado y renunciar al “casual” o contingente momento del resultado. La conexión, pues, entre injusto de los delitos de peligro abstracto e injusto del delito imprudente no tiene necesariamente la finalidad de restringir el ámbito de lo punible en el marco de los delitos de peligro sino, en ocasiones, la de ahondar en la tendencia que quiere extender los límites de la responsabilidad penal tipificando conductas sin una clara referencia a su concreta relación de lesividad con un bien jurídico claramente configurado y que ve en los delitos de peligro abstracto el instrumento de técnica legislativa ideal para prescindir de la comprobación de tal relación lesiva concreta entre la conducta y un bien jurídico, sustituyéndola por el criterio del desvalor de la acción, por la mera infracción de la regla de comportamiento.

La relación de los delitos culposos y de peligro, tienen gran impacto en el reparto de las funciones en cada uno de los intervinientes, y más aún en casos de coautoría, por ejemplo, en el delito de omisión de auxilio o de cuidado de las personas, previsto y sancionado por el artículo 156 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, vigente a partir del 13 de noviembre de 2002, se requiere que el sujeto activo abandone definitivamente a la víctima, esto es, que la deje sin los medios necesarios para subsistir, o bien, sin los auxilios o cuidados indispensables para mantenerse por sí o a través de terceros en las condiciones de salud y de vida que poseía al momento del abandono, de ahí que dos sujetos viajan a alta velocidad y van jugando a que pueda manejar por 2 segundos sin ver, cerrando los ojos y por motivo de esto impactan con un peatón que cruza la avenida, y es lesionado, al darse cuenta del impacto, los dos deciden conjuntamente abandonarlo, serían penalmente responsable por el delito de omisión al socorro por coautoría.

V.- Postura personal

En las formas imperfectas de ejecución de los tipos de peligro abstracto, si procede la culpa, toda vez que incumplir con lo que la norma ordena siendo previsible y que con esto se ponga en peligro un bien jurídico tutelado, configura desde un ámbito normativo, plenamente, los tipos de peligro abstracto.

Verbigracia: “X”, enfermo en un centro penitenciario, pide a su familia que el día de la visita le lleven un medicamento con que no cuenta la institución para su tratamiento, por lo que su primo médico especialista “Y” toma los medicamentos que le llevará el día de la visita, pero sin cerciorarse de que fueran los medicamentos seleccionados, ya que la noche anterior tuvo en su consultorio a un paciente al que le suministró medicamento controlado (anfetaminas), por lo que al dirigirse al centro penitenciario y al ser revisado por personal de esta institución le fue identificado el medicamento como sustancia prohibida y, al no contar con la documentación sanitaria correspondiente para su ingreso, fue puesto a disposición de la autoridad ministerial por el delito contra la salud.

Lo que constata que la forma imperfecta de ejecución queda en tentativa de peligro abstracta.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Teoría de la imputación objetiva permite identificar los problemas centrales de la estructura general del delito, en particular a nivel de injusto, por ende, se obtiene a través de esta herramienta metodológica un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos, lo cual será de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo.

SEGUNDA: El tipo del delito culposo es, en su totalidad, idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado, ya que normativamente no denota una diferencia estructural en su contenido, y es, por el contrario, una oportunidad para establecer los parámetros adecuados, esenciales del contenido objetivo del delito culposo en las diversas modalidades de intervención delictiva.

TERCERA: A diferencia del sistema causalista y finalista, las cuales se basan en el nexo causal, el funcionalismo se fundamenta en un nexo de imputación, es decir, la atribución de un resultado a la conducta del autor penalmente responsable, y por ende su inclusión en el tipo objetivo.

CUARTA: La función que una Teoría de la Imputación esta llamada a desempeñar, es justamente la de reemplazar lo que tradicionalmente se ha denominado “el concepto jurídico penal de conducta”, con lo que podemos inferir que para el Derecho penales acción “toda causación imputable, esto es, que le sea objetivamente –con todos los elementos que el tipo objetivo requiere para su integración– imputable el resultado de la persona por su actuar”.

QUINTA: La responsabilidad penal del autor de un delito presupone siempre su propio hecho en sentido normativo responsabilidad, autónoma e individual, entonces el mutuo acuerdo resulta innecesario para hacer responder al coautor por el hecho conjunto.

SEXTA: Las normas de participación son causas de restricción de la punibilidad.

SÉPTIMA: El deber de cuidado no es un concepto relevante en el ámbito de la imprudencia, sino un criterio general de imputación, el cual es reconocido no solo en el ámbito penal, sino también administrativo.

OCTAVA: Resulta diferente el deber de cuidado al asumido por riesgo permitido ya que el primero hace referencia a una conducta esperada, en cambio el contexto del riesgo permitido hace que lo relevante no esté basado en lo

Imputación objetiva

que se debió o no hacer sino lo que ha hecho el autor, es crear un riesgo jurídicamente desaprobado, valorándose la conducta realizada negativamente.

NOVENA: Los delitos dolosos e imprudentes no presentan diferencias en el plano objetivo, en ambos está constituido por la realización de una conducta que genera un riesgo no permitido.

DÉCIMA: Desde el punto de vista subjetivo y de acuerdo con la representación “*ex ante*” del agente, la imprudencia conlleva una menor peligrosidad objetiva; sin embargo, objetivamente el riesgo que genera una conducta imprudente es la misma que lleva una conducta dolosa.

DÉCIMOPRIMERA: La única diferencia entre ambas especies delictivas se encuentra en el ámbito subjetivo, de manera que el dolo requiere conocimiento de la parte objetiva del tipo, mientras que la imprudencia se caracteriza por la cognoscibilidad individual –no objetiva– de tipo objetivo.

DÉCIMOSEGUNDA: El dolo como la imprudencia son elementos de la imputación subjetiva, que se proyectan sobre el hecho objetivamente desvalorado en el tipo penal, configurándose el injusto como un juicio biodimensional, lo que obliga a analizar las dimensiones objetivas del hecho antes de analizar las subjetivas.

DÉCIMOTERCERA: En las formas imperfectas de ejecución de los tipos de peligro abstracto, estimamos que sí procede la culpa, toda vez que incumplir con los que la norma ordena siendo previsible, y que con esto se ponga en peligro un bien jurídico tutelado, configura desde un ámbito normativo, plenamente, los tipos de peligro abstracto.

PROPUESTA

1.- COAUTORÍA CULPOSA

“...Cuando dos o más sujetos, conjuntamente, producen un resultado típico, que no previeron siendo previsible o que previeron confiados en que no se produciría, resultado de una violación a un deber de cuidado, que conjuntamente deben evitar”.

2.- PARTICIPACIÓN CULPOSA

“Los que determinan dolosa o culposamente a otro a cometerlo.

Los que dolosa o culposamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión”.

3.- TENTATIVA CULPOSA

“Existe tentativa culposa punible:

Cuando el sujeto activo realiza una acción u omisión en relación a un resultado típico que no previó o que previó confiado en que se no produciría, en virtud de una violación a un deber jurídico que debía observar, produciendo una puesta en peligro al bien jurídico que no se lesiona por la acción de un tercero”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, *Causalidad e imputación objetiva en el derecho penal*, La imputación objetiva en el Derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997
- ABREGÚ MARTÍN Y GASCÓN CHILLER, *El homicidio culposo en la labor de prevención de la policía*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal. AD-HOC, Buenos Aires, 1999.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2006
- AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, *Derecho penal*, Oxford, México, 2000
- BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*. Edit. Temis. Bogotá 1996
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Editorial Temis 1996
- BELING, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*, tr. Sebastián Soler, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944
- BECK, *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Piados, Barcelona, 1998
- BERDICHEVSKY, *Delitos imprudentes en el ámbito de la practica deportiva*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal. AD-HOC, Buenos Aires, 1999
- BORJA JIMÉNEZ, *Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las consideraciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat*, Estudios Penales, Santiago de Compostela, 1977
- BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002
- BROTTTO, Norberto. *Dolo eventual y culpa consciente. Su perspectiva en la doctrina*. Revista La Ley. Año LXIV. Número 190. Octubre de 2000. Buenos Aires
- BUTELER, *Algunas diferencias entre destrucción y acortamiento de la vida en el Código penal argentino*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001

- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 2001
- CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. (Imputación a la víctima)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- CASTELLANOS TENA, *Lineamientos elementales de Derecho penal*, Porrúa, 1999
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl /CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 22ª edición. Ed. Porrúa. México 2003
- CEREZO MIR, *Derecho Penal, parte general –lecciones–*, segunda edición, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, parte general, II, teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1999
- CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español, parte general, III, teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001
- CEREZO MIR, *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid, 1992
- CEREZO MIR, *El finalismo Hoy*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1992
- CEREZO MIR, *El finalismo hoy*, Criminalia, 1998
- CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado e imprudencia*, p. 92; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, parte general*, Comares, Granada, 1997
- CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2005
- COMARES, Granada, *La tentativa inidónea. Fundamentación de punición y configuración del injusto*, 2000
- CUESTA AGUADO, *La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España*, La imputación objetiva en el Derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997
- CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996

Imputación objetiva

- DAZA GÓMEZ, *El Funcionalismo Hoy*, Criminalia, México, 1999
- DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, Cárdenas Editores, México, 1998
- DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Penal Federal con Comentarios*, México 2001 5ª ed. Ed. Porrúa
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 1, Madrid, España, 1998
- Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003
- DÍAZ-ARANDA, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México*, Porrúa, 2001
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*. Editorial PPU, 1991
- DYKINSON, *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, 2007
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina 2002
- DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena, 2, Imputación delictiva*. Astrea, Buenos Aires, 1995
- EDISOFER, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, S.L., Madrid, 2001
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *Limites de la participación criminal Existe una "prohibición de regreso" como limite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, 1999
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Bosch, Barcelona, España, 2001
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, Ángel Editor, 2000
- FERRANTE, *Una introducción a la teoría de la imputación objetiva*, Teoría de la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
- FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Murcia 1947

- FIGUEROA VELÁSQUEZ, *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*, Porrúa, 2001
- FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, “Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)”, Civitas, Madrid, 2000
- FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995
- FRITZ, *El Derecho penal sexual en la actualidad*, Sexualidad y Crimen, Reus, Madrid
- GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*. Editorial Bosch, Barcelona, 1959
- GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, Bien jurídico e imputación objetiva*. Colex, Madrid, 1995
- GARCÍA CAVERO, *Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, España, 1999
- GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966
- GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966
- GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en el derecho penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XV, 1962
- GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la Imputación objetiva?*. Estudios de Derecho Penal, 3ed. Tecnos, Madrid, 1990
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; *Teoría jurídica del delito*. Civitas, Madrid, España. 1984
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “La “actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP”, en Juan Carlos Carbonell Mateu, et. al, (Coordinadores), *Estudios en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*
- GÓMEZ RIVERO, *La inducción como conducta dolosa*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1996
- GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1991
- GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl, El tipo de autor y el tipo de participación, en *Criminalia* descripción: año LXVI, no. 1, enero-abril, México, D.F., 1998

Imputación objetiva

- GORANSKY, *Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica*, Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal, AD-HOC, Buenos Aires, 1999
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *Responsabilidad penal del coautor* (tesis doctoral), 2000
- HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000
- HASSEMER, *Responsabilidad por el producto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002
- HIRAYAMA, Motoko, “El poder ilustrativo de la teoría del “delito de infracción del deber”, en Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, Editores, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008
- HUERTA TOCILDO, *La teoría de la atribución objetiva y su versión jurisprudencial*, La Ley Madrid, 1983
- HUERTA TOCILDO, *La teoría de imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, La Ley, No. 8, Edilex Sociedad Anónima, Madrid, 1983
- HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000
- HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Madrid, 1994
- IÑIGO CORROZA, *El caso del <<producto protector de la madera>> (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Alemán*, Actualidad Penal, No, 20, mayo, 1997
- JAÉN VALLEJO, *Cuestiones básicas de Derecho penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998
- JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994
- JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, 2000
- JAKOBS, *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas de la 2ª edición por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, España, 1997
- JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid 1997

- JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996
- JAKOBS, *El pensamiento filosófico y jurídico-penal*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007
- JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Ángel Editor, México, 2002
- JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000
- JAKOBS, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza*, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997
- JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- JAKOBS, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, La prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- JAKOBS, *Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, España. 1998
- JAKOBS / PEÑARANDA RAMOS et al., *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, España, Civitas, 1997
- JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Luis Manzanares Samaniego, Granada 1993
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*. México. Porrúa 1983
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. 4ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires. 1992
- JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990

Imputación objetiva

- KAUFMANN, ¿<<Atribución objetiva>> en el delito doloso?, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVIII, 1985
- KAUFMANN, *Concepción hermenéutica del método jurídico*, Persona y Derecho, 35, Pamplona, 1996
- KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- LARRAURI, *Introducción a la imputación objetiva*, Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XII, 1989
- LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1994
- LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Colombia 1995
- LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997
- LUHMANN, *Sociología del Riesgo*, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992
- LUNA CASTRO, *El concepto de tipo penal en México*, Porrúa, 1999
- LUZÓN CUESTA, *Derecho Penal del Tribunal Supremo. Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia criminal. Parte General*. Tomo II. Barcelona 1964
- LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente. Valoración de las aportaciones causales*, Revista de Derecho de la Circulación, Barcelona, 1984.
- LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, Derecho Penal de la circulación, Bosch, Barcelona, 1985
- LUZÓN PEÑA, *Delitos imprudentes: cursos causales hipotéticos. La infracción de reglamentos*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985
- LUZÓN PEÑA, *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985
- MAGARIÑOS, *Teoría de la imputación objetiva*, Doctrina Penal, Año 12, No.48. Oct-Dic., 1989

- MAIER, Julio B., *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1999, Editorial AD-Hoc
- MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
- MALAMUD GOTI, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Doctrina Penal, No. 1, 1978
- MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1998
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*. 6ª edición. Ed. Porrúa. México 2005
- MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en derecho penal Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid, 2009
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, *La coautoría en la dogmática*
- MÁRQUEZ PIÑERO, *Derecho penal, parte general*, Trillas, 1998
- MÁRQUEZ PIÑERO, *El tipo penal. Algunas consideraciones entorno al mismo*, UNAM, 1992
- MÁRQUEZ PIÑERO, *Fundamentación Básica del Derecho Penal*, En Criminalia, México, Mayo-Agosto, 1999
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Teoría de la imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1990
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *¿Relevancia en los comportamientos alternativos conforme a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Madrid, 1994
- MEDINA PEÑALOZA, *Teoría de la imputación objetiva*, Tesis Doctoral, 2000
- MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, España, 1994
- MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Ed. B de F. Buenos Aires. 2008
- MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001
- MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación objetiva en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Madrid, 2009

Imputación objetiva

- NAUKE, *Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1985
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, INACIPE, 2006
- ORTIZ DE URBINA, *Evolución de las teorías jurídicas del delito: Las teorías Teleológicas-Normativas*, Revista de la Facultad, Vol. 5 No. 1 Córdoba, 1997
- OTTO, *Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal*, Prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- PAREDES CASTAÑÓN, *De nuevo sobre el <<Caso de la Colza>>: una replica*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000
- PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995
- PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995
- PAWLIK, Michael, “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?. Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas”, trad. Paola Dropulich, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte general*, tercera edición
- PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990
- PEÑARANDA RAMOS, et al., *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Estudios de Derecho Penal. Civitas, Madrid, 1997
- PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada, 1998
- PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001
- PÉREZ DAZA, Abraham, *El principio de confianza en derecho penal, criterio de para delimitar ámbitos de responsabilidad imprudente*, en prensa, ed. Porrúa.
- PÉREZ DAZA, Abraham, *El principio de confianza en el derecho penal*, tesis de licenciatura, inédita, 2004

- PÉREZ DAZA, *Tipo objetivo en los delitos culposos*
- PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012
- PÉREZ MANZANO, *Acerca de la imputación objetiva en la estafa*, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, España, 1999
- PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998
- POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general, Tomo II, Teoría jurídica del delito, volumen I*, Bosch, Barcelona, 2000
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, nº. 19, Sevilla, 1974
- POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Buenos Aires, Argentina, 2000
- POLAINO NAVARRETE, “El moderno funcionalismo jurídico-penal: algunas reflexiones críticas sobre su configuración científica”
- POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001
- POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2013
- POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, nº. 13, Sevilla, 1972
- POLAINO NAVARRETE, ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en Derecho penal”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante (Coords.), Edisofer s.l., Madrid, 2008

Imputación objetiva

- PUPPE, *Imputación objetiva, Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, Comares, Granada, 2001
- PUPPE, *Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto*, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Coordinadores: S. Mir Puig-D.M. Luzón Peña, Barcelona, 1996
- QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*. Barcelona, 1976
- QUINTINO ZEPEDA, *Perspectivas penales*, México. 2000; *Diccionario básico de la Ciencia penal moderna*, 2001
- REY SANFIZ, Luis Carlos, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001
- REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996; *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1992
- REYNOSO DÁVILA, *Teoría general del delito*, Porrúa, 1997
- ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y Teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Editorial Comares. España 2002
- ROXIN, *Acerca del consentimiento en Derecho Penal, Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Editorial Moreno S. A. 1998
- ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid 2000. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. Joaquín Cuello y Luis Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998
- ROXIN, *El fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*
- ROXIN, *Derecho penal parte general, Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997
- ROXIN / SANCINETTI, *Desviación del curso causal y "dolus generalis"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002
- ROXIN, *Injerencia e imputación objetiva*, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001

- ROXIN, *La imputación objetiva en el derecho penal*, IDEMSA, Lima, 1997; el mismo *La problemática de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 39, Madrid, 1989
- ROXIN, *Observaciones sobre la prohibición de regreso*, Prohibición de regreso, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001
- ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976
- ROXIN, *Reflexiones Sobre La Problemática de la Imputación en el Derecho Penal*”, en Problemas básicos de Derecho Penal, Madrid, España, Reus, 1976
- ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997
- RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, El moderno sistema del Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1991
- RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, Barcelona, 2001
- RUIZ ANTÓN, *El fundamento material de la pena en la participación*. Madrid 1990
- RUIZ DE CRENCAN ARTECHE, *Desviaciones del curso causal e imputación objetiva: algunas consideraciones*, Actualidad Penal, No. 44, diciembre, 1997
- SACHER, Mariana, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005
- SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997
- SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
- SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991

Imputación objetiva

- SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Tecnos, Madrid, 1991
- SCHÜNEMANN, *Teoría de la imputación objetiva*, Conferencia impartida en el Congreso celebrado en Veracruz, México, 1997
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputación objetiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXVII, Madrid, 1984
- SILVA SÁNCHEZ, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, Derecho Penal de la Circulación, Bosch, Barcelona, 1985
- SILVA SÁNCHEZ, *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, Libro-Homenaje Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002
- SILVA SÁNCHEZ / SCHÜNEMANN et al. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995
- STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, EDERSA, Madrid, 1990
- STRATENWERTH, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*. Madrid 1982
- STRUENSEE, *Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo*, "Temas sobre la teoría del delito", INACIPE, 1999
- SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007
- TERRAGNI, *Autoría e intervención de terceros en el delito culposos*, en Homenaje a Claus Roxin: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Córdoba, Argentina, 2001
- TORÍO LÓPEZ, *Fin de Protección y ámbito de la norma*, Estudios Penales y Criminológicos, tomo X, Santiago de Compostela, 1987
- TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Madrid, 1986
- Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für Hans
- VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte general*, segunda edición Editorial, Santa Fe de Bogotá, año 1995
- VIDAURRI ARECHIGA, *Estudios jurídico-penales*, Universidad de Guanajuato, 1997
- VIDAURRI ARECHIGA, *La imputación objetiva*, Estudios jurídico-penales, Universidad de Guanajuato Facultad de Derecho, 1997

- VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, año 1998
- VIVES ANTÓN et al., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004
- VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977
- WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Chile 1987
- WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 1966; *Introducción a la filosofía del derecho. derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1971
- WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1964
- Welzel zum 70. Geburststag, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1974
- WOLTER, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez una contribución al estudio de la aberratio ictus*, El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, Tecnos, Madrid, 1991
- WOLTER, *La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1994
- ZAFFARONI, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 2002
- ZAMORA J. ARTURO, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Angel Editor, México, 2001
- ZAMORA JIMÉNEZ, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Ángel editor, 2001

REVISTAS

- *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XLII, Fascículo III, Madrid, 1989
- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Bosch, Barcelona, 1998; *Teoría de la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
- DAZA GÓMEZ, *Teoría de la imputación*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLVIII, Núms. 219-220, Mayo-Agosto, 1998
- DAZA GÓMEZ, *Evolución doctrinal del finalismo*, Revista de la Facultad de Derecho de México, publicación bimestral, UNAM, 1997
- DAZA GÓMEZ, *Doctrina Aristotélica de la imputación*, Revista Dianoia, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, 1971
- DONNA, *Teoría de la imputación objetiva*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, No. 2, Julio, Madrid, 1998
- *El fundamento filosófico del pensamiento de Hans Welzel y su teoría de la acción finalista*, Ars Iuris, Revista del Instituto de documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, No. 19, México, 1998
- ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, en p. 649
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, en Revista de Derecho penal y criminología, 2ª Época, nº extraordinario 1, Madrid, 2000
- FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000

- GÓNZALEZ-SALAS CAMPOS, *Comentarios a la nueva regulación del tipo culposo en el código penal mexicano, (la teoría de la imputación objetiva)*, Revista Jurídica de Posgrado, Año 1, No. 4, Oct-Dic., México, 1995
- HRUSCHKA, *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, enero, No. 5, Madrid, 2000.
- *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (<<imputación a la víctima>>)*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª Época, No. 2, Julio, Madrid, 1998
- LUZÓN PEÑA / DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°. 8, 1998-1999, ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Dr. Don Luis García San Miguel
- MÁRQUEZ CÁRDENAS / GONZÁLEZ PAYARES, “La coautoría: delitos comunes y especiales”, en Revista Diálogos de saberes, enero-junio, Bogotá, 2008
- OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ MANZANO, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2ª época, n°. Extraordinario 1º, UNED, Madrid, 2000, p. 141.
- POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004
- RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXII, fascículo III, 1969, pp. 461-487.
- ROXIN, *La problemática de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 39, Madrid, 1989, p. 755
- ROXIN, Claus, *Autoría*, p. 51; el mismo “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista Penal*
- ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, trad. Enrique Anarte Borralló, en *Revista Penal*
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, en *Revista Penal*, N° 24, 2009
- Semanario Judicial de la Federación. Época: Sexta Época. Volumen CXXXVIII, Segunda Parte. Tesis: Página: 12. Tesis Aislada.

Imputación objetiva

- Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 05-05, 2003
- “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal”, publicado en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 03-06 (2001), disponible en red
- *Teoría de la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

TESIS JURISPRUDENCIALES

- Amparo directo 3550/78. Evaristo del Angel del Angel. 2 de diciembre de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 151-156 Segunda Parte. Tesis: página: 60. Tesis Aislada; Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón; Amparo directo 472/87. Cleodomiro García Osorio. 1o. de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Patlán Origel. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XIV-Julio. Tesis: Página: 607. Tesis Aislada; Amparo en revisión 329/970. José Luis Ortega Moreno. 3 de julio de 1970. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Galnares Antuñano. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 19 Sexta Parte. Tesis: Página: 21. Tesis Aislada. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XV-II Febrero. Tesis: IV.3o.144 P Página: 415. Tesis Aislada; Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 134. Tesis Aislada. Amparo directo 626/68. Miguel Madera Vázquez. 7 de agosto de 1968. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CXXXIV, Segunda Parte. Tesis: Página: 44. Tesis Aislada. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 151-156 Segunda Parte. Tesis: Página: 60. Tesis Aislada. Octava Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XV-II, Febrero de 1995 Tesis: IV.3o.144 P 415
- Amparo directo 63/93. José Isaías Sánchez García. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: José Neals André Nalda. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1988, Segunda Parte, Jurisprudencia número 1652, p. 2677. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XII-Noviembre. Tesis: Página: 424. Tesis Aislada; SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 365/89. Silvestre Pérez Vera. 23 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretaria: Graciela M. Landa Durán. Véase: Jurisprudencia 228/85, Segunda Parte. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 469. Tesis Aislada.

- Amparo directo 3739/78. Daniel Ramírez Hernández. 24 de febrero de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Víctor Manuel Franco Pérez. Instancia: Sala auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 169-174 Séptima Parte. Tesis: Página: 9. Tesis Aislada.

- Ponente: Carlos Franco Sodi. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Sexta Época. Volumen XXVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 134. Tesis Aislada.

- Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo en revisión 130/89. Gabriel Valencia Valencia y coagraviados. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 352. Tesis Aislada.

- Ejemplo extraído del Tomo LXXII. Mayo Ruiz Pastor. Pág. 1597. 20 De Abril De 1942. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXXII. Tesis: Página: 1597. Tesis Aislada.

OTRAS FUENTES VARIAS

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión digital visible en la página de internet <http://buscon.rae.es>, consultada el 17 de mayo de 2010.
- *Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas*, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001.
- “En los límites de la inducción”, en *indret* 2/2012, p. 15. Consultado el 23 de enero del 2013