

LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Enrique DÍAZ-ARANDA

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Cuestiones preliminares.* III. *Problemas del tipo objetivo y subjetivo que se solucionan normativamente.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando tratamos de realizar el juicio de tipicidad para determinar si una conducta es o no ilícita nos enfrentamos a varios problemas, a saber:

- A. La conducta realizada por el sujeto activo es exactamente la descrita en el tipo penal, pero algo nos dice que dicha conducta no se debería considerar ilícita.
- B. La conducta realizada por el sujeto activo no está descrita en ningún tipo penal, pero consideramos que sí debe ser ilícita.
- C. La conducta realizada por el sujeto activo no sólo es la descrita en el tipo sino también ha tenido la intención de lesionar el bien jurídico tutelado, pero, aunque objetiva y subjetivamente deberíamos confirmar su tipicidad, no podemos sostener su prohibición.
- D. El sujeto ha provocado un resultado de lesión de un bien jurídico tutelado sin haberse representado mentalmente tal situación y, sin embargo, se debe considerar su conducta como prohibida.

Se podría considerar que los dos primeros problemas corresponden al tipo objetivo mientras que los dos restantes son propios del tipo subjetivo. Mas, como demostraré a continuación, los cuatro problemas planteados encuentran solución en criterios normativos de imputación del resultado a la conducta; por lo cual considero que en el presente, y mucho más en el fu-

turo, la tipicidad de una conducta depende de criterios normativos dejando en un segundo plano a los elementos objetivos y subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo), de ahí el título de este trabajo.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar al desarrollo del planteamiento principal, debemos tener en cuenta algunos antecedentes históricos.

1. *El principio de legalidad*

Tradicionalmente se ha considerado que la ley debe describir exactamente la conducta penalmente relevante y a esto se le ha considerado como el principio de legalidad que está plasmado en el artículo 14 de nuestra carta magna. Por ello conviene recordar cómo surge dicho principio.

Aunque se llega a sostener que el principio de legalidad tiene antecedentes desde el derecho romano, el derecho canónico o la Magna Charta inglesa, lo cierto es que la ideología que inspira a dicho principio en nuestros días proviene del pensamiento ilustrado francés, el cual quedó claramente plasmado en el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en los términos siguientes: “la ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley”.¹

En particular, el germen del principio de legalidad lo estableció Beccaria, al manifestar “que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”;² al juez sólo corresponde

¹ Cita en Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de derecho penal...*, p. 43. Sobre el contexto histórico europeo *cfr.* Roxin, Claus, *Derecho penal (parte general) (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 141-144; Cuello Contreras, J., *El Derecho penal...*, pp. 146-148.

² Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1968, pp. 29 y 30.

aplicar dicha ley, mientras que al Ejecutivo le está vedada tanto la facultad de emitir leyes penales como la de juzgar los delitos.

La fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege* proviene del pensamiento de Feuerbach,³ quien consideró que el derecho penal⁴ debe sustentarse en tres principios fundamentales, a saber: *a*) la imposición de cada pena presupone una ley anterior (*nulla poena sine lege*); *b*) la imposición de una pena está condicionada a la realización de una conducta prohibida (*nulla poena sine crimine*), y *c*) la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordena imponer una pena a quien la realice (*nullum crimen sine poena legali*).⁵

Desde finales del siglo XVIII el principio de legalidad es considerado como uno de los pilares del Estado de derecho, pues la prohibición de imponer penas no previstas en la ley constituye una protección del ciudadano contra una posible actuación arbitraria del Estado; es por ello que este principio se concibe como un medio de control a su poder represivo.⁶

En nuestro país, el principio de legalidad fue reconocido desde la Constitución de Apatzingán de 1814⁷ y a partir de la Constitución de 1917 se sustenta en cuatro ideas rectoras que han sido reconocidas como garantías individuales, las cuales se pueden enunciar bajo los siguientes rubros: exclusividad de la ley como fundamento del derecho penal; mandato de certeza jurídica; prohibición de analogía *in malam partem*, y prohibición de retroactividad. El reconocimiento constitucional del principio de legalidad ha dado sustento a otras cuatro garantías individuales de carácter procesal, a saber:

- Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). Una conducta sólo puede considerarse delictiva cuando está descrita como tal en una ley penal anterior a su comisión (artículo 14 párrafo 3o. de la Constitución).

³ Cfr. Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal*, pp. 162 y 163; Jiménez de Asúa, L., *Manual de derecho penal*, vol. II, pp. 38 y 39; Welzel, H., *Derecho penal (parte general)*, pp. 26 y 27.

⁴ Aunque dicho autor lo denominaba Das peinliche Recht, lo cual se puede traducir como derecho penoso.

⁵ Traducción propia del original: Feuerbach, P. J. A., *Lehrbuch...*, § 20.

⁶ Roxin, C., *op. cit.*, nota 1, pp. 137, 145 y 146.

⁷ El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, dispuso en su artículo 21: "sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano".

- Garantía penal (*nulla poena sine lege*). El mínimo y el máximo de la pena a imponer deberá estar prevista en una ley previa a la comisión del delito (artículo 14, párrafo 2o. de la Constitución).⁸
- Garantía jurisdiccional (*nemo iudex sine lege*). Sólo el Poder Judicial podrá determinar, dentro del mínimo y máximo previsto en la ley, la pena a imponer por la comisión del delito (artículo 21 párrafo 1o. de la Constitución).
- Garantía del debido proceso penal (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), nadie puede ser sancionado penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley (artículo 14, párrafo 2o. de la Constitución).⁹

Es así como se sustenta la metáfora: “la ley debe describir exactamente la conducta prohibida”. Sin embargo, al tratar de aplicar dicho principio a los diferentes supuestos que se nos presentan en la vida real es cuando podemos darnos cuenta de inmediato que pocos de ellos están claramente descritos en el tipo e incluso pueden no estar descritos o pese a estar descritos algo nos dice que deben ser considerados lícitos.

De ahí que el principio de legalidad, desde mi punto de vista, no significa que la ley debe describir exactamente todo lo que debe ser sancionado, pero

⁸ “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del 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 que se trata”.

⁹ “Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...”

La Constitución Española de 1978 prevé expresamente una garantía más: la garantía de ejecución, que consiste en la orden expresa de que la ejecución de la pena deberá estar regulada por el ley. Sobre el particular, con un extenso análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: *cf.* Rodríguez Mourullo, G., “Artículo 1o...”, pp. 131 y ss. También, Mir Puig, S., *Derecho penal* (parte general), 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, pp. 76 y 77; Cerezo Mir, J., *op. cit.*, nota 3, pp. 167-169; Quintero Olivares *et al.*, *Curso de derecho penal*, pp. 35-40; Cuello Contreras, J., *op. cit.*, nota 1, p. 154; Jiménez de Asúa, L., *Manual de derecho penal*, Madrid, Reus, 1993, vol. II, pp. 37 y 38; Ruiz Vadiño, E., *El derecho penal sustantivo...*, pp. 45-47.

esto no implica que podamos sancionar cualquier conducta sin tener un fundamento jurídico y entre estas dos opciones una intermedia será la más acertada. En efecto, no podemos exigir al legislador que describa con lujo de detalles todo aquello que quiere prohibir pero tampoco podemos volver a la incertidumbre de no saber previamente qué conductas son consideradas como ilícitas por el legislador. Por tanto, la ilicitud de una conducta (tipicidad) dependerá de poder fundamentar en el derecho vigente si la conducta realizada lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que el legislador ha pretendido proteger y esto se consigue articulando normas contenidas en la ley mediante criterios teóricos que nos sirven para sustentar fundada y motivadamente cuáles son las conductas que deben ser consideradas como prohibidas.

Hasta ahora hemos replanteado los problemas normativos en torno a la legalidad, debemos continuar con el surgimiento de los criterios normativos desde el punto de vista de la teoría del delito.

2. La evolución de los sistemas y su relación con la normativización

Como veremos más adelante el tipo objetivo se fue transformando a partir de la inclusión de criterios normativos y lo mismo ha ocurrido con el tipo subjetivo. De ambos aspectos me ocupo a continuación.

A. La normativización del tipo objetivo

La existencia del principio de legalidad a fines del siglo XVIII y la gran influencia del positivismo a mediados del siglo XIX dieron lugar a que el primer sistema de análisis del delito desarrollado en 1886 por Franz von Liszt contemplara que la conducta relevante para el derecho penal era aquella que desencadenaba el proceso causal que culminaba con el resultado de lesión del bien jurídico tutelado. De ahí que en 1906 Ernst Beling considerara que la tipicidad de la conducta dependía de que ésta se pudiera subsumir en el tipo objetivo cuya descripción se realizaba mediante elementos puramente objetivos perceptibles a través de los sentidos.

La concepción de una conducta causalista y una tipicidad puramente objetiva fue rápidamente adoptada y tuvo gran éxito porque era fácil comprender que quien sacó la pistola y disparó matando a otro ha realizado la conducta descrita en el tipo de homicidio.

No obstante, Edmund Mezger puso de manifiesto la necesidad de realizar ciertos juicios valorativos para determinar si la conducta era o no típica. Es así como surgen los elementos normativos. En este sentido, Max Ernst Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no sólo describen realidades (cosa, muerte o lesión, que están en una relación causal con la conducta y son perceptibles a través de los sentidos), sino que también se refieren a conceptos que requieren de una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad; por ejemplo, en el robo no es suficiente con el análisis de la conducta material de apoderamiento de la cosa para decir que estamos ante una conducta-típica de robo (artículo 367 CPF), se necesita imprescindiblemente confirmar la “ajeneidad” de la cosa. En el mismo sentido, para valorar si la conducta del que vende revistas pornográficas corresponde al tipo de ultrajes a la moral pública previsto en el artículo 200, fracción I, del CPF es necesario realizar un juicio valorativo-cultural para determinar si las imágenes son o no obscenas. Los dos juicios anteriores no pueden sustentarse en un análisis físico-material, sino mediante un juicio normativo, sea jurídico o cultural.¹⁰ Lo anterior constituye el primer paso hacia la normativización del tipo objetivo.

El segundo momento en el que podemos corroborar la normativización del tipo objetivo lo tenemos en la tipificación de las conductas de omisión, en las cuales la conducta realizada no está descrita en el tipo penal y es a través de una fundamentación sustentada en específicos deberes de cuidado que obligaban al sujeto a evitar el resultado como podemos considerar a su conducta como típica. Así, por ejemplo, en el caso de la Villa Olímpica en el cual murió un niño ahogado en la fosa de clavados mientras el salvavidas charlaba placidamente con una chica, no podemos decir que dicho salvavidas le causo la muerte, es más ni siquiera tuvo contacto físico alguno y, por otra parte, la conducta de charlar con otra persona no está descrita como prohibida en la ley. Por ello, sólo atendiendo a la obligación adquirida previamente por el salvavidas a través de un contrato podemos sustentar jurídicamente que él se había comprometido legalmente a estar en ese puesto de socorro en ese día y hora para evitar específicamente que alguien muriera ahogado, por lo cual, normativamente podemos sostener que su conducta es penalmente relevante, no por lo que hizo sino por lo que normativamente estaba obligado a hacer y desobedeció.

¹⁰ Cfr. Roxin, *op. cit.*, nota 1. p. 281.

El tercer gran momento de la normativización del tipo objetivo lo encontramos en el pensamiento de Roxin cuando en 1970 dio a conocer diferentes criterios de imputación, los cuales he denominado teoría del la imputación normativa del resultado a la conducta (mal llamada teoría de la imputación objetiva del resultado). Roxin puso de manifiesto cómo es que en ocasiones la conducta puede causar un resultado de lesión de un bien jurídico tutelado pero normativamente no puede considerarse como típica porque dicha conducta no representaba *ex ante* un peligro de lesión del bien y por tanto no hay desvalor de la misma. Por otra parte, puede causarse la lesión del bien, pero si normativamente se cumplió con las reglas previstas en el reglamento para la realización del hecho, tampoco se puede imputar el resultado. En el mismo sentido, cuando la víctima asume el riesgo de lesión no se puede sancionar a los partícipes. Los anteriores criterios constituyen una respuesta a la complejidad de la sociedad moderna y un acotamiento al principio de legalidad que ya he desarrollado en dos obras: “la imputación normativa del resultado a la conducta”¹¹ y, más recientemente con una amplia explicación, “teoría del delito”¹² por lo que remito al lector a las mismas.

B. La normativización del tipo subjetivo

Para comprender la normativización del tipo subjetivo nuevamente es necesario recordar el surgimiento de la parte subjetiva de delito en los diferentes sistemas penales.

En el sistema clásico, Franz von Liszt esbozó el sustento puramente psicológico de la culpabilidad al manifestar: “la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica”.¹³

En 1907, Frank desarrolló la concepción de la culpabilidad puramente psicológica,¹⁴ la cual se establecía con la relación *psíquica* entre el autor y el

¹¹ Díaz-Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, “La imputación normativa del resultado a la conducta”, *Colección Autores de Derecho Penal*, Santa Fè, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2004, 108 pp.

¹² *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2006, 375 pp.

¹³ “Die subjektive Beziehung zwischen Tat und Täter kann nur eine psychologische sein”, traducción propia de Liszt, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 152.

¹⁴ Sobre todo *cf.* Frank, Reinhard, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, *Festschrift der Geissener Juristenfakultät zum 300 jährigen Bestehen der Universität Gießen*, 1907, pp. 3 y ss. Cita en Roxin, C., *op. cit.*, nota 1, p. 196.

resultado.¹⁵ De esta guisa, si había identidad entre lo querido por el autor y el resultado provocado; es decir, si el autor había conseguido provocar el resultado deseado, entonces existía un “nexo psicológico” entre el autor y el resultado, y su culpabilidad era dolosa, la cual se consideraba “la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor”.¹⁶

En cambio, la culpa era considerada como una conexión síquica imperfecta debido a que el autor provocaba un resultado no deseado que se había representado. Así, en la forma de culpabilidad culposa el autor se propone realizar una conducta para alcanzar un resultado (conducir el auto para llegar a la función de cine), pero se representa otro posible resultado durante su realización (atropellar a una persona), el cual desecha, pero el realizar su conducta provoca el resultado desechado.¹⁷ De ahí que se hable de una relación psicológica imperfecta en la culpabilidad, culposa, ya que el autor sí había previsto el resultado provocado, pero previamente lo había desechado como posible.

Por ende, para determinar si la culpabilidad con la que había actuado el autor era dolosa o culposa se atendía a la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado.

En el sistema clásico el dolo y la culpa eran las “formas” de la culpabilidad. Así, la culpabilidad dolosa se sustentaba en el *dolus malus*, cuyos elementos, en resumen, eran: “a) el conocimiento y la intención de realizar el hecho, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho)”.¹⁸ De ahí que para Beling “el *dolus* significa reprochar al autor el

¹⁵ Cfr. Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 59 y 60. En este sentido, a partir del análisis de autores italianos, cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano (parte general)*, México, Limón, 1937, pp. 179 y ss. Sobre más autores alemanes, cfr. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 9, p. 578; Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción...*, pp. 27 y 28.

¹⁶ Mir Puig, Santiago, *ibidem*, p. 579. También Gimbernat Ordeig, Enrique, *El sistema...*, p. 164.

¹⁷ En este sentido, Von Buri, *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873; Von Liszt, Achenbach, 1974, pp. 38 y ss.; Löffler, Schuldformen, 1895, pp. 67-69; Kohlrausch, 1903; Radbruch, ZStW 24 (1904), pp. 333 y ss. Da cuenta de ello también, Islas de González Mariscal, Olga, *El dolo...*, p. 33.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 15, p. 238. En Italia se pronunciaron en este sentido: Pecoraro-Albani, Il dolo, pp. 70 y ss. Pettoello-Mantovani, *Il concetto ontologico del reato*, p. 95; Bricola, Dolus in re ipsa, p. 134; Nuvolone, Sistema, p. 273. Cita en Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal (parte general)*, pp. 247 y 248.

hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente”.¹⁹ En consecuencia,

...no sólo no existe el dolo que interesa cuando el autor, con respecto a la ilicitud en general, no estuviere en actitud dolosa, sino que no lo hay tampoco cuando, dándose tal dolo “genérico”, no tenga el autor la *dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente* (por ejemplo, cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo).²⁰

En resumen, afirma Córdoba Roda, atendiendo a los criterios de Beling, en el sistema clásico “la acción típica constituye el objeto atribuible al sujeto en el juicio de culpabilidad”.²¹

Este antecedente sobre la concepción del dolo y la culpa es importante para explicar tanto el surgimiento de la concepción del dolo como querer provocar un resultado como para la concepción de la culpa sustentada en una representación psicológica que tiene el autor sobre la posibilidad de provocar un resultado con su conducta que se desecha, esto último todavía se puede observar en lo dispuesto en el artículo 9o. del Código Penal Federal.

Con el sistema neoclásico se modificó el contenido puramente psicológico de la culpabilidad y penetraron criterios normativos de reprochabilidad, con lo cual el dolo y la culpa pasaron a ser elementos de la culpabilidad.

Más tarde Hans Welzel puso de manifiesto la importancia de atender a la finalidad del sujeto activo al realizar la conducta, pues sólo ese factor de dirección hacia la consecución de un objetivo hacia que la conducta humana fuera relevante para el derecho penal y no otros fenómenos naturales que también causan lesiones de bienes jurídicos tutelados. Así, una vez incorporada la finalidad al análisis de la conducta causante de un resultado, fue necesario replantear el contenido de la tipicidad. De esta guisa, en el

¹⁹ Beling, Ernst von, *Esquema de derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944, p. 72.

²⁰ *Ibidem*, p. 73. Para un análisis sobre el entorno dogmático y filosófico que rodeó a Beling al desarrollar su teoría y la evolución de su pensamiento en sus obras *Lehre vom Verbrechen* y *Die Lehre vom Tatbestand*, *cfr.* Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción...*, pp. 11-18.

²¹ Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, Barcelona, Ariel, p. 14.

sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho... El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.²²

Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no sólo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. A esto último Welzel lo denominó como circunstancias del hecho del tipo objetivo.²³

Conforme a lo anterior:

*...los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la lesión del correspondiente bien jurídico (en tanto en cuanto pertenezca esta última al tipo, v. gr., “la lesión corporal de una persona”, en el § 223), así como por los demás medios y formas de ejecución (v. gr., las “armas” o “el ataque por sorpresa” del § 223 a, en las lesiones peligrosas) y las restantes modalidades de la acción, como v. gr., el tiempo y el lugar (§ 243, número 7, hurto agravado). Los elementos objetivos del autor (v. gr., las condiciones de “tener a su cuidado” etcétera, al sujeto pasivo en el §223 b, lesiones agravadas por esta relación personal, o la condición de “funcionario” en el § 340, lesiones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él).*²⁴

Como se puede deducir, el sistema finalista no aportó nada al tipo objetivo debido a que su mayor aportación fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines o intenciones).²⁵

De acuerdo con Welzel

...el dolo como una mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que con-

²² Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 11a. ed., 4a. ed. castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez, p. 75.

²³ *Ibidem*, pp. 75-77.

²⁴ Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina...*, pp. 36 y 37.

²⁵ *Idem*.

duzca a un hecho real o lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho... Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones, no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.²⁶

Hasta este punto, el dolo había tenido un contenido puramente subjetivo, con independencia de su ubicación en la culpabilidad o en el tipo, pero recientemente se puede apreciar dos situaciones:

La primera, se puede querer un resultado de lesión de un bien jurídico tutelado por el derecho penal y, sin embargo, al provocarlo puede quedar impune la conducta cuando no hay violación de las normas que regulaban el hecho.

La segunda, se puede provocar un resultado sin quererlo y sostener su imputación a título de dolo eventual cuando hay varias violaciones del deber de cuidado.

Estas dos situaciones no son otra cosa que una muestra de la normativización del dolo.

Por cuanto hace a la culpa, como se ha visto, inicialmente se sustentaba en la representación desechada de la provocación de un resultado que efectivamente se producía. Sin embargo, hoy en día sería insostenible imputar un resultado a título de culpa por el simple hecho de representarse el resultado y desecharlo, pues lo que importa realmente es la violación de específicas normas de cuidado.

Así, el dolo y la culpa se sustentaban en factores subjetivos como el querer en el caso del dolo o la previsibilidad en el de la culpa, pero dicho contenido subjetivo se ha ido diluyendo para acercarse a una base normativa, como a continuación demostraré.

²⁶ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 77 y 78.

III. PROBLEMAS DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO QUE SE SOLUCIONAN NORMATIVAMENTE

A continuación presento cuatro supuestos específicos que nos demuestran la normativización del tipo objetivo y del tipo subjetivo que he venido anunciando.

1. *La conducta realizada por el sujeto activo es exactamente la descrita en el tipo penal, pero algo nos dice que dicha conducta no se debería considerar ilícita*

El caso es el siguiente: un arquitecto recibe en Mexicali un cheque por cuarenta mil dólares americanos para iniciar el proyecto de construcción de un centro comercial, una vez cerrado el negocio sale del lugar de la transacción para ir a comprar víveres en Caléxico (Estados Unidos) sin declarar que lleva consigo el cheque, realiza la compra y regresa a México por la garita que señala “nada que declarar”. Pero, al cruzar la frontera el semáforo fiscal enciende en rojo, y al proceder a la revisión, el guardia aduanal encuentra dicho documento mercantil y da vista al Ministerio Público Federal debido a que considera que es un contrabando asimilado tal y como lo dispone el párrafo 2o. de la fracción XIII del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación:

Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:

...La persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto de la comisión del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos.

Sólo acudiendo a los criterios del fin de protección de la norma, de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta (tradicional-

mente denominada como teoría de la imputación objetiva del resultado), es como podemos explicar por qué la conducta del arquitecto no puede ser considerada como típica (prohibida o ilícita), y, por tanto, no es un delito a pesar de estar exactamente descrita en el artículo referido.

En efecto, debemos tomar en cuenta que el derecho penal protege bienes fundamentales para la sociedad y, por ello, no basta con atender al texto de la ley, sino que es necesario desentrañar cuál es la lesión del bien jurídico que el legislador quiere evitar con la norma penal. En este sentido, del análisis de los trabajos legislativos de las comisiones redactoras y del diario de los debates que dieron lugar a la inclusión de dicha fracción XIII del artículo 105 del CFF, resulta que se quiso evitar el lavado de dinero y la salida o entrada al país de recursos financieros sin el pago de impuestos. Sin embargo, en el caso propuesto no se lesionó aquello que el legislador quería proteger, porque ni se lavó dinero ni se introdujo o sacó recurso alguno, pues lo que entró y salió materialmente del país fue un simple papel. Atento a lo anterior no debemos considerar como prohibida la conducta del arquitecto debido a que el bien jurídico tutelado por la norma no fue lesionado ni estuvo en peligro, con lo cual el tipo objetivo se vio claramente delimitado por criterios normativos.

Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal, y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición.²⁷

2. La conducta realizada por el sujeto activo no está descrita en ningún tipo penal, pero consideramos que sí debe ser ilícita

Se puede decir que la conducta de dirigir un grupo de actores y hacer una filmación en una vía pública no está descrito como prohibido específicamente en algún tipo penal. Sin embargo, en el caso del grupo “sólo para mujeres” se pudo observar cómo el productor Sergio Mayer ordenó a dos actores (Edgar Ponce y Alexis Ayala) que entraran al periférico, se quitaran los cascos, disminuyeran su velocidad y se pusieran en paralelo para realizar la grabación. Momentos después, cuando estaban realizando la toma, un con-

²⁷ Cfr. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, pp. 131 y 204; Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 9, p. 235.

ductor colisionó con los motociclistas y provocó la muerte de Edgar Ponce. Para analizar el hecho debemos acudir al Reglamento de Tránsito del Distrito Federal, que dispone:

CAPÍTULO III

DE LA CIRCULACIÓN DE BICICLETAS, BICICLETAS ADAPTADAS, TRICICLOS, BICIMOTOS, TRICICLOS AUTOMOTORES, TETRAMOTOS, MOTONETAS Y MOTOCICLETAS

Artículo 86. Los conductores de bicicletas, bicicletas adaptadas, triciclos, bicimotos, triciclos automotores, tetramotos, motonetas y motocicletas tienen las siguientes:

Obligaciones:

- I. Sólo ser acompañados por el número de personas para el que exista asiento disponible;
- II. Circular por el carril de la extrema derecha de la vía y proceder con cuidado al rebasar vehículos estacionados;
- III. Circular por el carril de la derecha y al rebasar un vehículo de motor deberá utilizar el carril izquierdo;
- IV. Utilizar un sólo carril de circulación;
- V. Circular en todo tiempo con las luces encendidas, salvo bicicletas que deben usar aditamentos reflejantes;
- VI. Usar casco y anteojos protectores y, los acompañantes en su caso;
- VII. Señalar de manera anticipada cuando se vaya a efectuar una vuelta; y
- VIII. Acatar estrictamente las disposiciones establecidas por el presente Reglamento.

Prohibiciones:

- I. Circular en contraflujo o en sentido contrario;
- II. Transitar sobre las banquetas y áreas reservadas al uso exclusivo de peatones, con excepción de las bicicletas y tetramotos de Seguridad Pública cuando éstas cumplan funciones de vigilancia;
- III. Transitar dos o más vehículos de los referidos en posición paralela dentro de un mismo carril, o entre carriles;
- IV. Asirse o sujetarse a otros vehículos que transiten por la vía pública; y
- V. Llevar carga que dificulte su visibilidad, equilibrio, adecuada operación y constituya un peligro para sí u otros usuarios de la vía pública.

Artículo 88. Queda prohibido a los conductores de bicicletas, bicimotos, triciclos automotores, tetramotos, motonetas y motocicletas, transitar por los carriles centrales o interiores de las vías primarias que cuenten con dichos carriles y en donde así lo indique el señalamiento de las vías de acceso controladas.

Como se puede observar, está prohibido a los motociclistas conducir por carriles centrales de periférico y esto es así, precisamente, porque se quiere evitar ese tipo de accidentes. En este sentido la posición de productor de Sergio Mayer lo convierte en garante de la seguridad de sus actores, motivo por el cual, fundadamente, al ordenarles conductas prohibidas específicamente por una norma, se convierte en garante y se le pueden imputar los resultados derivados de esas violaciones del deber de cuidado. A mayor abundamiento, la muerte de Edgar Ponce se debió a un traumatismo craneo-encefálico que se habría evitado con el casco, pero no lo llevaba porque el jefe le había ordenado quitárselos, de ahí que fundada y motivadamente se pueda imputar la muerte de Edgar Ponce a Sergio Mayer a título de homicidio culposo.

Lo anterior vuelve a demostrar cómo es que una conducta que no está descrita objetivamente sí puede ser considerada como prohibida y ello se debe a criterios normativos de imputación.

3. La conducta realizada por el sujeto activo no sólo es la descrita en el tipo, sino también ha tenido la intención de lesionar el bien jurídico tutelado, pero, aunque objetiva y subjetivamente deberíamos confirmar su tipicidad no podemos sostener su prohibición

En el caso concreto de lucha libre de dos contra dos, el luchador “intocable” se sube al centro del ring para luchar contra su contrincante sin darse cuenta que al mismo tiempo “psicosis” se sube a la tercera cuerda y desde las alturas se lanza con patadas de canguro golpeando la columna vertebral del “intocable” produciéndole lesiones cuyo diagnóstico fue de cuadrapléjia. Aunque el hecho objetivamente se encuadra perfectamente en lo dispuesto en el artículo 292 del Código Penal Federal²⁸ y aunque subjetiva-

²⁸ Artículo 292. Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización

mente psicosis realizó la conducta con la intención de lesionar al “intocable” Sin embargo, normativamente no se le puede imputar el resultado de lesiones del “intocable” a la conducta de “psicosis” y ello es así porque este último no violó ninguna norma de Reglamento de Box y Lucha. Con lo cual queda nuevamente de manifiesto que el criterio normativo fue decisivo.

4. *El sujeto ha provocado un resultado de lesión de un bien jurídico tutelado sin haberse representado mentalmente tal situación y, sin embargo, se debe considerar su conducta como prohibida*

Como hemos visto, la culpa surgió como una representación mental defectuosa de un resultado que se desechara y posteriormente se provocaba, idea que hasta hoy en día pervive en el artículo 9o. del Código Penal Federal.²⁹ Empero, podemos claramente constatar que en los casos más representativos de la culpa, que son los accidentes de tránsito, es irrelevante si el sujeto se representó o no la posibilidad de provocar el resultado. Pues, lo realmente relevante para imputar un resultado a título de culpa es si se violó o no un deber específico de cuidado, tal como podemos constatar en el mismo caso de “sólo para mujeres. Es más, la representación del sujeto sobre la alta probabilidad de provocar el resultado aunada a la violación de varias normas del deber de cuidado pueden sustentar la imputación a título de dolo, de ahí que en el mismo caso, el conductor del vehículo que impactó a los motociclistas no sólo violó el límite de velocidad, sino que además, al señalar que sólo pestañeó, ello sustenta que pudo ver en algún momento a los motociclistas y de todas formas siguió con su dirección hasta impac-

completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pié, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.

²⁹ Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

tarlos, por lo cual se puede sostener la imputación de la muerte de Edgar Ponce a título de dolo eventual.

IV. CONCLUSIÓN

Desde esta perspectiva no quedaba otra conclusión que considerar que actualmente son los criterios normativos los que están delimitando los alcances del llamado tipo objetivo y tipo subjetivo y se llegan a erigir como una categoría independiente dentro del mismo juicio de tipicidad.

Para una mayor explicación de todo lo anterior remito a mi libro *Teoría del delito*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1968.
- BELING, Ernst von, *Esquema de derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Ensayos penales (archivo de derecho penal)*, Sinaloa, Universidad de Sinaloa, 1994.
- BUSTOS Juan J, *Lecciones de derecho penal, vol. I*, Madrid, Trotta, 1997.
- CEREZO MIR, José, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Tecnos, 1993.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, Barcelona, Ariel, 1963.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2006.
- y CANCIO MELIÁ, Manuel, “La imputación normativa del resultado a la conducta”, *Colección Autores de Derecho Penal*, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.
- , “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. X, núm. 36, Colombia, Universidad Externado de Colombia, septiembre-octubre de 1988.

- , “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares, 1997.
- , “Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa” (manuscrito).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Manual de derecho penal*, Madrid, Reus, 1933, vols. I y II.
- LISZT VON, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21, Und 22, Völlig durchgearbeitete Auflage (37-40. Tausend), Berlin und Leipzig, Deutschland. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919.
- , *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., trad. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, (s.a.e), t. II.
- MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, t. I. También la nueva edición del t. I de 1955.
- , *Derecho penal. Parte general (libro de estudio)*, Tijuana, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Artículos 1o., 2o., 3o. y 4o.”, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- RUIZ VADILLO, Enrique, “El futuro inmediato del derecho penal, las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración”, *Poder Judicial*, 2a. época, núm. 7, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, septiembre de 1987.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal (parte general)*, trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956.