Unidad 4

- La acción delictiva.

EL DELITO COMO ACCION

Un análisis bastante certero y preciso, desde el prisma jurídico, de los elementos del delito fue realizado por el maestro Francesco Carrara en su obra *Programma*. El gran penalista italiano, en su tesis acerca de las fuerzas del delito (o sea, acerca de la combinación de elementos, de los que dimana el conflicto entre el hecho y la ordenación estatal), afirma que el delito es una concurrencia de dos fuerzas, la moral y la física, que conjuntamente ensamblan la personalidad del individuo.

La fuerza moral es la interna, predominantemente activa, y reside en la voluntad e inteligencia del agente, en tanto que la fuerza física es externa o pasiva y se manifiesta en el movimiento corporal. Ambas **causan** el efecto dañoso del delito, pero las dos no siempre están completas en el acto delictivo, y de ahí surgen los diversos grados del delito (es decir, todo lo que falta en la intención o en la ejecución). Por consiguiente, para que haya delito, se requiere una conducta humana, la cual puede ser un hecho positivo o negativo (material o externado).

Será positivo cuando se trate de un movimiento corporal que se concrete en un resultado y este último sea un cambio o peligro de él en el mundo exterior (físico o psíquico). A su vez, será negativo cuando se trate de una voluntaria ausencia del movimiento corporal que se espera y que también origine un resultado. En resumen la conducta, la actividad, la acción humana (positiva o negativa), se constituye en el elemento fundamental del delito.

ACCION EN SENTIDO AMPLIO

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación, exterior y voluntaria, encaminada a producir, un resultado. En este sentido, la acción abarca dos

posibilidades: a) un hacer positivo, y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto, y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal mexicano, el artículo 7 señala los dos aspectos (positivo y negativo) como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse, con Jiménez de Asúa, como "la manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda". Con todo, conviene aclarar que el gran maestro habla de acto y no de acción, pues ésta es la terminología que utiliza.

La doctrina científica ha empleado diversas expresiones; por ejemplo, Delitala habla de *Fatto*, hecho: los alemanes, fundamentales en los estudios de la teoría de la acción, emplean la palabra acción, aunque posteriormente la denominan hecho, *tat*; de ahí la expresión *strafat*, hecho penal.

Conviene señalar que la doctrina del acto o de la acción queda instalada, con carácter científico, en la moderna sistemática jurídico-penal debida a la aportación del maestro Franz von Liszt, aunque a finales del siglo XVIII fue esbozada por Ernst Ferdinand Klein y formulada inicialmente por Heinrich Luden, a mediados del siglo XIX. En cuanto a la terminología utilizada por los penalistas de raíz hispana, éstos, en número considerable, han preferido denominar el acto o acción como **conducta**, como Novoa Monreal, el cubano Carone y los mexicanos Carrancá y Trujillo y Jiménez Huerta, aunque este último se pronuncia por el valor sintomático de los actos sometidos a juicio.

En consecuencia, puede emplearse el término **acción** en sentido amplio, pero no somos partidarios de la de **hecho**, porque, siguiendo al maestro Jiménez de Asúa, la entendemos demasiado genérica, ya que -como señala Binding- hecho designa todo acontecimiento, sea o no procedente del intelecto humano o de su actividad, o acaezca por simple caso fortuito, sin voluntariedad, nota fundamental del derecho penal. En contraposición a esto, la acción, en amplio sentido, incluye voluntades jurídicamente significativas. En cuanto a la expresión conducta, ésta se refiere, con mayor propiedad, al comportamiento, es decir, a una actuación más continuada o sostenida que el mero acto psicológico, el cual, como se verá, es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad.

¿Cuáles son, pues, los elementos de la acción en sentido amplio? Puede afirmarse que son los siguientes: a) manifestación de voluntad, b) resultado, y c) relación de causalidad entre aquélla y éste (también llamada nexo causal). En esta sección se estudiará el primer elemento y ulteriormente, en distintas secciones, los dos últimos.

MANIFESTACIONES DE LA VOLUNTAD

La manifestación de la voluntad es la actividad externa del hombre. Para los fines del presente estudio, no se trata de determinar la mera imputación de un resultado por la existencia de dolo o culpa, sino de establecer, con la mayor exactitud posible, la índole del acto externo y la voluntad que lo manifiesta. En este límite de la manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales civilizadas.

Ulpiano afirmó: el pensamiento no delinque; se trata de un momento de la conducta humana. Así pues, en principio hay que descartar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las personas morales. El maestro Jiménez Huerta dice: "Los esfuerzos hechos para configurar el coeficiente interno de la conducta diverso de la voluntad han resultado fallidos."

La voluntad nada tiene que ver con creencias teológicas acerca de la naturaleza moral de la imputabilidad y la exigencia del libre albedrío. Franz von Liszt afirma que la volición que caracteriza la manifestación de voluntad, y por consiguiente el acto, significa simplemente el impulso de la voluntad: físicamente es inervación y psicológicamente fenómeno de conciencia por el cual establecemos las causas.

Sin embargo, dicha voluntad ha de ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado. En su estructura dinámica aparecen:

- a) El motivo y la representación.
- b) Aquellos momentos de la voluntad puramente internos.
- c) Aquellos actos de manifestación externa que tienen un carácter físico, a diferencia de los señalados en segundo lugar, que son puramente psíquicos. Esta exteriorización se presenta como movimiento corporal (acción *stricto sensu*) o como inactividad del cuerpo del agente (omisión).

Karl Wolff, profesor de Innsbruck muy acertadamente dice que la conducta humana se manifiesta en la acción o en su correlativa omisión. El movimiento corporal caracteriza a la acción, que consiste en un movimiento corporal consciente y espontáneo; sin embargo, señala Wolff, la acción --perfectamente diferenciable de otras nociones del movimiento corporal-- se singulariza por tender a un resultado, literalmente "con el pensamiento en un efecto". De aquí que dicho autor establezca estas diferencias entre acción, actividad, aspecto fáctico y hecho. En seguida, se definen cada una de ellas:

- a) Acción (handlung):** movimiento corporal, consciente y espontáneo, que persigue -por sí y para sí- un resultado o lo engloba, pero con el pensamiento en un efecto.
- b) Actividad (tätigkeit):** movimiento corporal, consciente y espontáneo, sin consideración a un resultado.
- c) Aspecto fáctico (tatseite):** movimiento corporal como parte de la acción.
- d) Hecho (tat):** actividad más resultado.

De esta manera, lanzar es una actividad, disparar contra es una acción, y matar de un tiro es un hecho. Como se advierte, para Wolff, la acción no es un hecho sin color, sino que busca o persigue un fin, y el hecho es el acto consumado. De esta forma, la teoría de la acción finalista o finalismo fue anticipada por el gran iusfilósofo austriaco.

El maestro Jiménez de Asúa opina que, evidentemente, el resultado es uno de los elementos de la acción en amplio sentido, porque ahora no debe referirse aquél (es decir, el resultado) al deseo o voluntad del autor. Así pues, sigue diciendo el insigne penalista, referir la manifestación directa o externa de la voluntad al resultado, causaría problemas, ya que se trata de exponer un concepto general de la acción que abarque todas las infracciones punibles.

De tal suerte, si la voluntad fuera definida en directa persecución del efecto, no se podrían incluir en esa definición los delitos culposos, caracterizados por una no acción, un no hacer, pues no ha podido probarse la "referencia anímica" de un "querer consciente" en la culpa, ya que ello supondría una doctrina general conjunta de la intención y de la negligencia, lo cual hasta ahora no se ha conseguido."

Edmundo Mezger expresa el anterior punto de vista con toda claridad:

- a) La teoría jurídico-penal de la acción se limita a preguntar qué es lo causado por el querer del agente, pues todos los efectos del querer del sujeto actuante son partes integrantes de la acción. Para la teoría jurídico-penal de la acción, nada significa si estos efectos han sido también contenido de la conciencia y del querer del agente y hasta qué extremos lo han sido.
- b) Sólo la teoría de la culpabilidad (delitos culposos o negligencia) suscita la cuestión respecto de si los efectos del querer han sido contenido del querer, contenido de la conciencia y del acto anímico, y hasta que extremos lo han sido. El problema escapa a los fines de la teoría del concepto de la acción, y sólo interesará en el momento de determinar hasta qué punto la acción es imputable al agente.

Así, pues, el acto exterior, que nace de la representación motivada ha de ser consciente y espontáneo, no debe ser forzado ni violentado (como hipnosis, epilepsia, etc.) que es en lo que consiste su voluntariedad. En definitiva, la voluntariedad es nota fundamental. La mera intención, si no se plasma en actuación externa, no es ni puede ser punible.

En conclusión, la acción en sentido amplio abarca tanto la acción *stricto sensu*, actuar positivo, como el no hacer (negligencia) cuando había que hacer algo (omisión). Todo ello debe ir aunado con la nota indispensable del querer, de la voluntariedad, de aceptar, o por lo menos ser consciente, de las consecuencias de ambas actividades: positivas, acciones *stricto sensu* y negativas, omisiones.

Conviene reiterar que el Código Penal mexicano denomina como **acto** a la acción en sentido estricto o actuar positivamente, y como **omisión** al no hacer o actuar negativamente (artículo 7). En conjunto, puede afirmarse que la doctrina -dominante hasta el momento- considera a la acción como evento causal. En este sentido se pronuncian Liszt, Alfred y otros en Alemania, y Florián y Maggiore en Italia, entendiendo todos ellos que la acción es una conducta humana que causa una modificación en el mundo exterior. Sin embargo, contra este concepto naturalista, causal, se alza la llamada teoría finalista de la acción, el finalismo tan en boga de determinado núcleo de penalistas."

Hans Welzel, catedrático de la Universidad de Bonn, República Federal de Alemania. formuló la teoría finalista de la acción, la cual de inmediato adquirió enorme difusión en Alemania y se extendió a numerosos países, como Italia con Bettioli y México con Jiménez Huerta, aunque éste más cercano al teleologismo de Bettioli que a las ideas propiamente welzelianas.

LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA

La teoría finalista de la acción pertenece al grupo de las que consideran problemática la naturaleza naturalista de la acción (acción: actuar; omisión: no hacer), aunque no pone en duda la unidad del concepto, y establece la excepción de que el proceso lógico debería haber conducido a negar la unidad de la acción finalista (dolosa) y del hecho de consecuencias ciegas (culposo), que requiera la elaboración de dos sistemas diferentes.

Welzel llegó a una concepción finalista de la acción valorativamente considerada. Su crítica de la acción comenzó por refutar el causalismo (base del moderno derecho penal) en 1930 y adquirió su perfección en 1938, construyéndose en torno a una base orgánica de dogmática.

En la sistemática ortodoxa, la acción en sentido amplio fue considerada como relación causal de voluntad y como tipo objetivo idéntico para el dolo y la culpa, concebido de manera objetivo-externa. Welzel afirma que esta tesis es errónea, porque desconoce las diferencias positivas entre los delitos culposos y los dolosos; de tal suerte, el mencionado tratadista intentó perfilar y definir la acción dolosa y la acción culposa. Al respecto, la palabra acción, dice Welzel, en el sentido más rígido y restringido designa la actividad finalista del hombre. En este sentido, la acción no es un simple acontecimiento causal, sino dirigido a una meta, a un fin. La causalidad es ciega, en tanto que la finalidad (actividad finalista) es evidente. Para aclarar su pensamiento, Welzel da un ejemplo:

Si un rayo alcanza a un hombre que trabaja en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga.

Dicha tensión hubiera también podido surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera el hombre es algo que ciertamente está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no está dirigido a ello.

La cosa es totalmente distinta cuando se trata de acciones humanas: el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales, conscientemente, en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta: compra del arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al acecho, apuntar el arma, disparar; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto.

Seguidamente se ocupa de la "valoración social de la acción" y dice:

Todo delito es acción en el espacio social (concepción nazi) y encuentra allí su valoración. El acto de homicidio doloso, anteriormente expuesto, es enjuiciado y condenado por la sociedad como antijurídico. Antijuridicidad es la valoración negativa de la acción, desde el punto de vista de la comunidad. Como contrapartida, el autor valoriza la acción, y al cometerla lo hace de modo positivo.

El sujeto realizó la acción porque la consideró beneficiosa o porque, de cualquier otro modo la valoró positivamente. Esta diferencia entre la valoración negativa comunitaria y la positiva del agente constituye el fundamento del reproche de culpabilidad."

A continuación, Welzel examina la naturaleza propia de la acción culposa y señala:

Mientras en la acción dolosa la finalidad, la meta, el fin a conseguir es factor configurado del proceso acción, en la culposa es sólo un momento de referencia. En la acción dolosa, todos los actos van dirigidos a una meta, lo que no ocurre en la culposa. Así por ejemplo: si con ocasión de limpiar un fusil, que el agente *imprecavidamente* no había descargado, éste se le dispara y resulta muerto un tercero, habrá que afirmar que la muerte de esta persona es la consecuencia ciega de la conducta imprudente, negligente, de limpiar el arma. El acontecimiento no está dirigido a una meta, sino que es causal-ciego; sin embargo, lo que eleva a este suceso por encima de un simple proceso natural ciego es la circunstancia de ser *evitable finalmente*. Este suceder es en verdad causal-ciego, pero está referido a la finalidad (esto es, a la posible actividad finalista del agente). Por ello, la acción culposa, *in omitiendo*, es más que caso fortuito ciego: es genuina acción.

Precisamente lo que más choca de la doctrina welzeliana es ver cómo la teoría tradicional del dolo y de la culpa queda aniquilada. En esta teoría se advierte que la intención no es ya forma ni especie de la culpabilidad, sino parte de la acción, y que ésta es la base del tipo de lo injusto; la intención resulta así un elemento subjetivo del tipo legal. En este sistema de Welzel se ve cómo están separadas radicalmente las acciones dolosas de las culposas; además el tratadista alemán desaprovecha la ocasión de elaborar una teoría de la acción común que abarcara las acciones estrictas

(dolo) y las omisiones (culpa) con base en su finalismo.

Por ello, es perfectamente válida la crítica de José Arturo Rodríguez Muñoz, gran penalista, quien señala que con la tesis de Welzel se delimita claramente el concepto de autor en los delitos dolosos, por ser acciones dirigidas por el agente; en cambio, se amplía en los culposos (que son los menos graves), porque en ellos opera el proceso causal. Esto, que es insatisfactorio para el científico, está además en pugna con el derecho positivo, pues Welzel, aunque ha tomado ejemplos de la legislación alemana que parecen abonar la teoría finalista de la acción, ha generalizado indebidamente lo que sólo son casos excepcionales. Con todo, Maurach, profesor de Munich, es seguidor de la doctrina de Welzel, pero con acusado matiz crítico, y en el mismo sentido lo son Beling, Buch y la llamada escuela de Kiel.

¿Qué opinión ha de merecer el finalismo welzeliano? Siguiendo al maestro Jiménez de Asúa, debe reconocerse que, de cuantas doctrinas se desarrollaron en el Tercer Reich, la finalista de Welzel no sólo se mantiene en pie, sino además está erguida y con gran actualidad, debido a que ha podido prescindir de las características autoritarias de aquella época. El mayor error de la teoría finalista, de muy graves consecuencias, es que la causalidad, que viene a ser como la lógica del delito, sólo deba referirse a la culpa (de menor gravedad). mientras que el dolo (más grave) queda sometido a la conducta final. En resumen, el gran problema para los finalistas es el delito culposo.

Magistralmente Jiménez de Asúa dice que los finalistas dan la impresión de aceptar que la culpa (omisión) salió disparada de una honda y cayó donde Dios quiso. Por consiguiente, cabe afirmar, en concreto, que o se abandona la sistemática del finalismo, como hace una gran parte de la doctrina jurídico-penal, o se proclama la dualidad de delitos: los dolosos por un lado y los culposos por otro, sin posibilidad de unificarlos en el concepto de acción, que es el máximo fracaso de los finalistas. La distinción entre causalismo y finalismo ha provocado una de las más fuertes controversias jurídico-penales en la historia de la dogmática jurídica. Sin duda la teoría del profesor Hans Welzel, fue, una novedad extraordinaria en la concepción de la sistemática penal.

DIFERENCIACION ENTRE CAUSALISMO Y FINALISMO

El causalismo, señala tres elementos fundamentales en su composición:

1. El proceso material causal.
2. La relación de causalidad, entendida como una conexión de causa a efecto, entre el proceso material causal y el resultado.
3. El contenido subjetivo de la voluntad, externamente manifestado en los hechos.

El finalismo detecta los tres elementos siguientes:

1. El objetivo a conseguir.
2. Los medios que se emplean para lograrlo.
3. Las consecuencias secundarias que están indefectiblemente vinculadas con

el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es únicamente una parte, junto a los medios puestos en movimiento y a las consecuencias secundarias conectadas con ellos.

De ahí que no es factible entender la palabra finalidad, partiendo de una mera interpretación del vocablo, ya que -en ese caso- la finalidad podría considerar solamente el objetivo ("*finis*"). Esto no sería una equivocación menor que aquella -en que incurriríamos- cuando se quisiera objetar contra la causalidad de que debería limitarse a la causa ("causa"), y no podría satisfacer el efecto.

La acción, en el sentido en que la entiende Welzel, es el ejercicio final de la actividad humana. La voluntad finalista de la acción es una voluntad de concreción, que comprende todas las consecuencias que el autor conoce que se encuentran necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello.

Sólo en relación con estas consecuencias de la acción, comprendidas por la voluntad de concreción, existe un nexo finalista de la acción.

Y es precisamente aquí, donde aparece luminosamente clara la afirmación welzeliana de que "una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad". En lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

Para aclarar más, tomemos un ejemplo del propio maestro alemán: "Quien, para practicar, tira en el crepúsculo contra un objeto que toma por un tronco, pero que es una persona sentada, dispara ciertamente un tiro finalista de ejercicio, pero no realiza ninguna acción finalista de homicidio." En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida, la muerte de la persona sentada, ha sido originada de modo ciegamente causal por la acción finalista.

De conformidad con lo anterior, no hay acciones finalistas "en sí", sino siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. Por eso una acción finalista puede tener varios sentidos de acción, según cual sea su relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad.

Welzel accede a una conceptualización finalista de la acción estimada valorativamente. Solamente dentro de estas tendencias que aspiran a reponer en su lugar la función ético-social del derecho penal y a extraer de ella sus consecuencias dogmáticas, debe considerarse la estructuración de la teoría de la acción finalista.

ACCION EN SENTIDO ESTRICTO

En el Código Penal mexicano, la acción stricto sensu, en sentido estricto, es

llamada acto (es decir, el hacer positivo), en tanto que el no hacer, o hacer negativo, es denominado omisión (artículo 7).

La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado. Por ejemplo, si Pedro dispara contra Juan y lo mata, realiza una acción, actuar positivo, pero también hay acción cuando Pedro dispara contra Juan y falla el tiro.

La acción (como hacer activo) en sentido penal exige:

a) Un acto de voluntad, y

b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca; por ejemplo: si Pedro dispara contra Juan y lo mata habrá una modificación exterior (muerte de Juan), pero si falla el tiro y no le causa la muerte, sólo existirá peligro de dicha modificación. Aunque son dos los elementos (voluntad y actividad corporal) que entran en el concepto de acción, ésta, como afirma Bettioli, es un concepto unitario en tanto que hay simultaneidad de ambos." De lo anteriormente expuesto se deduce lo siguiente:

1. Los actos no voluntarios, los llamados movimientos reflejos, los movimientos corporales causados por una excitación de carácter filosófico, con ausencia total de espiritualidad, no constituyen acciones desde el punto de vista penal (artículo 15, fracción II, del Código Penal mexicano), ni lo son tampoco los que obedecen a una fuerza física irresistible (artículo 15, fracción I). Si no hay movimiento voluntario, no habrá acción stricto sensu, ni desde luego delito.

2. Cuando no hay movimiento corporal externo, tampoco hay acción. Por tanto, los pensamientos, ideas e intenciones no pueden ser considerados como acciones en sentido penal. El pensamiento, como ya se ha dicho, no puede delinquir cuando no se exterioriza en una actuación.

3. Finalmente, el efecto del acto, el resultado, tiene que estar sancionado en las leyes penales (artículo 7 del Código Penal mexicano), o sea, tipificado y conminado con una pena.

Problema interesante de la acción stricto sensu es la posibilidad de ejecutar positivamente un delito mediante los llamados medios morales, sobre todo en el homicidio. Un extenso y cualificado grupo de penalistas creen que es posible cometer la muerte de un hombre mediante "procedimientos que ejerzan sobre el sujeto una acción psíquica" (cabe pensar en el desarrollo de las técnicas cerebrales, la parapsicología, etc.). El maestro Carrara equiparó los medios físicos, mecánicos o materiales a los medios morales, considerando a éstos capaces de causar la muerte sin más dificultades que la prueba de la "intención determinada" y "de la eficacia causante de la muerte", aplicándolo también al caso de las lesiones corporales. Esta posibilidad es aún más acusada cuando el posible sujeto pasivo del delito es persona de precaria salud.

Frente a los citados penalistas hay otro grupo de autores, especialmente franceses, como Chauveau y Hélie, que se han opuesto a admitir a los medios morales como causa de homicidio. La objeción se apoya en las dificultades de probar la voluntad criminal y el nexo de causalidad entre el medio moral (empleado por el agente) y el resultado de muerte acaecido. Los citados autores franceses añaden que la ley, tiene que enmudecer ante estas conductas, "porque sólo los actos materiales caen bajo su poder". En realidad, el problema radica en la relación de causalidad y en la adecuación al tipo legal concreto que nos ocupe.

LA OMISION

La omisión, puesto que corresponde a una norma imperativa (legal), es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte. Junto a esta simple omisión se halla la comisión por omisión; en efecto, los delitos de comisión por omisión consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada.

Al llegar a este punto debe establecerse la naturaleza de la omisión, de ahí que cabe afirmar, con el maestro Jiménez de Asúa, que si se mira la trascendencia social de la omisión (que no contradice su índole natural), al ser inserta en el derecho se hace ya una valoración de primer grado (acción disvaliosa) y deberá contemplarse además normativamente, para encontrar el fundamento de su punición y entender que en ella exista el nexo causal (sin pretender, por otra parte, consagrar una antijuricidad especial).

El maestro Cuello Calón señala que la omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión, esta inactividad ha de ser voluntaria. Se trata de una conducta humana (manifestación de voluntad) concretada en un no hacer, pero no toda inacción voluntaria constituye una omisión penal. Para la existencia de ésta, se necesita que la norma penal establezca un deber legal de hacer. En definitiva, puede definirse la omisión "como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado" Así pues, para que se configure la omisión, se requieren tres elementos: manifestación de voluntad, conducta inactiva y deber jurídico de obrar. De lo expuesto se infiere lo siguiente:

A) Si la inactividad no es voluntaria, si procede la causa ajena a la voluntad del omitente y es de origen patológico (artículo 15, fracción II del Código Penal mexicano), es una fuerza irresistible o causa insuperable (artículo 15 fracción I) o constituye un impedimento legítimo (artículo 15 fracción VIII), no podrá hablarse de omisión, ni habrá acción en sentido amplio, ni delito.

B) Si el omitente no tenía deber Jurídico de obrar, ni habrá omisión, ni delito. Un ejemplo del primer caso sería el del policía atado y amordazado que deja escapar a un delincuente y no lo persigue, en tanto que un ejemplo del segundo caso sería el del

particular que presencia la huida de un delincuente al que conduce la policía y no interviene.

Junto a estos auténticos delitos de omisión, existen además los delitos de comisión por omisión, llamados de omisión impropios o falsos. Dichos delitos consisten en la producción de un resultado delictivo, de carácter positivo, mediante la inactividad cuando hay deber de obrar; por ejemplo: la madre que por no alimentar debidamente a su hijo pequeño provoca su muerte. Como dice el profesor Ferrer Sama con toda precisión. "es la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer."

En los delitos de comisión por omisión, el deber de obrar puede provenir de una, norma jurídica de carácter público o de una de carácter privado. En el ámbito de las relaciones particulares o privadas, la infracción de los deberes de alimentación, educación y asistencia de los padres para con los hijos menores puede constituir el delito de abandono de familia; pero en el supuesto de que la omisión voluntaria ocasione la muerte por hambre (como en el caso del niño de corta edad), el hecho podría constituir un delito de homicidio doloso o culposo por omisión.

En ocasiones, la obligación de obrar puede derivarse de especiales deberes profesionales; así, es punible la omisión del cirujano que deja sin terminar una operación quirúrgica que el mismo inició, aunque es condición precisa que el resultado de la inacción constituya una figura del delito (como lesión o muerte del paciente). En otros casos, una anterior conducta (incluso sin obligación profesional específica alguna) puede imponer el deber de ejecutar ciertos actos, como el caso de aquel que ha incendiado un matorral o rastrojo con el fin de limpiar un terreno, en cuya situación deberá tomar medidas para evitar el incendio del bosque próximo; si éste se incendia por omisión de adecuadas precauciones, la inactividad, al presenciar pasivamente el incendio, será punible."

No cabe que se planteen problemas acerca de la penalidad de los delitos de omisión simple, auténticos o propios, pues ya se encuentran tipificados y configurados en las leyes y se les ha señalado la penalidad correspondiente. Igualmente ocurre con los delitos de comisión por omisión, impropios o falsos, pues se hallan inscritos en las leyes y en los códigos les corresponden -sin más- las penas establecidas en ellos.

El caso de los delitos de comisión por omisión no previstos en las leyes o descritos vagamente en las diversas legislaciones es distinto. Según la dogmática vigente, la conducta del que deja que las cosas sigan su curso sin evitar el resultado se equipara a la de los delitos puros de comisión (hacer positivo). En los casos en que el deber impuesto, y olvidado con el no actuar, tenga alta importancia para el ordenamiento jurídico, no es injusto que se equiparen los delitos de comisión por omisión a los genuinamente comisivos (actuar en sentido positivo o hacer), pero en otros casos (ya expuestos anteriormente) la valoración de la causalidad es muy distinta y, desde luego, más benigna a la que debe realizarse frente al hacer positivo. En consecuencia, no pueden establecerse fórmulas preconcebidas y es mejor remitir la

cuestión de la penalidad (como se hace en todas las legislaciones civilizadas) al libre arbitrario y apreciación de los jueces. El maestro mexicano Celestino Porte Petit resume las diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión y señala:

a) En la omisión simple se viola una norma preceptiva penal, mientras que en los delitos de comisión por omisión se vulneran una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

b) En los delitos de omisión simple sólo se da un resultado jurídico, mientras que en los de comisión por omisión se produce un resultado tanto jurídico como material.

c) En la omisión simple, la omisión (el no actuar) integra el delito, mientras que en la comisión por omisión lo que configura el tipo punible es el resultado material.

LA OMISION EN EL DERECHO MEXICANO

Para entender en forma debida el papel que desempeña el derecho penal mexicano en el campo de la omisión, es conveniente, siguiendo al maestro Carrancá y Trujillo distinguir entre delitos de omisión material y delitos de omisión espiritual, según se deja de ejecutar el movimiento corporal esperado o se ejecute sin tomar las precauciones exigibles en el plano jurídico.

La omisión material se ubica, ante los delitos de simple omisión (propios) y los de comisión por omisión (impropios o falsos) mientras que la omisión espiritual lo hace ante los delitos de culpa o imprudencia (artículo 8, fracción II, del Código Penal mexicano). Es necesario aclarar que los delitos de omisión y los de comisión por omisión no pueden confundirse con los de imprudencia, pues se trata de categorías distintas del pensamiento jurídico, aunque coincidan en muchos casos. Así, las omisiones de la conducta esperada pueden ser intencionales, en tanto que las imprudencias (positivas o negativas, activas o no activas) suponen necesariamente falta de intencionalidad (dolo)."

El maestro Sánchez Tejerina expresa: "La voluntad omite ordenar el movimiento corporal que pudo impedir el mal, que amenaza a un semejante en ciertas condiciones, y precisamente cuando es fácil que nos opongamos a él." La omisión, pues, exterioriza una actividad psíquica del agente, justificándose la punibilidad de los delitos omisivos en función de la finalidad de defensa y prevención sociales.

Respecto de los delitos de omisión (independientemente del confusionismo inherente a la desdichada terminología de delitos de simple omisión y delitos de "comisión por omisión"), cabe señalar que una punibilidad general y definida solamente se encuentra establecida para los delitos no intencionales o de imprudencia, con la necesidad de que estas omisiones produzcan un resultado, *lato sensu*, legalmente sancionado (artículos 7o. y 8o., fracción II, y 60 del Código Penal).

La maestra Islas expresa, con una claridad conceptual envidiable, que la inactividad supone tanto como el no realizar la conducta exigida en el tipo correspondiente; pero no se trata de un no hacer cualquiera, sino un no realizar una actividad precisamente determinada en el tipo, o sea, un no hacer típico.

En la omisión sin resultado material, el tipo describe en forma expresa la inactividad en términos de la acción ordenada. En la omisión con resultado material, el tipo expresamente indica el resultado material, así como la inactividad que el legislador considera vinculada o asociada a ese resultado material.

El Código Penal mexicano contiene un número pequeño de tipos omisivos, con resultado material. La profesora Islas, señala que muchos juristas mexicanos hacen una ampliación de los tipos de acción con resultado material, para incluir en ellos a la omisión (comisión por omisión), posición que carece de fundamentación legal, ya que no existe una regla, en la parte general del ordenamiento positivo, que autorice esa ampliación. Esto da lugar a una auténtica integración de los tipos legales, y a la correlativa violación del artículo 14 de la Constitución.

La reforma del Código Penal para el D. F. y Federal para toda la República de 10 de enero de 1994, Diario Oficial de la Federación del propio día, mes y año, en su artículo 7 , párrafo segundo, se establece:

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Afortunadamente, uno de los grandes aciertos de la reforma en cuestión, y conste que tiene bastantes, aunque como todo lo humano es perfectible, es la positivización del delito de omisión con resultado material, que adquiere, de esta manera, carta de naturaleza legal en el ordenamiento jurídico-penal mexicano.

Y afirmo que es un acierto, porque el concepto de comisión por omisión siempre fue difícil de entender y, en algunos casos, fruto más del malabarismo jurídico que de la lógica y de la realidad subyacente en la misma. En ciertos casos, la conducta omisiva puede ser causante de un resultado material que resultará atribuible al que con su no hacer no impidió el efecto corpóreo de la misma cuando tenía el deber de hacerlo.

Ese deber, como se ha indicado *ut supra*, puede nacer de una ley, cuando haya un mandamiento legal que nos obligue a actuar, caso del derecho de alimentos del bebé durante los primeros meses de su vida, de un contrato cuando asumo de cuidar ciertas cosas, o de mi propio actuar precedente, cuando por no actuar con el deber de cuidado exigible se produce el resultado dañoso, así quien va al bosque, prende una hoguera para hacer una barbacoa y cuando se marcha no apaga la fogata y se produce un incendio causante de efectos materiales perjudiciales.

Por lo general, en el Derecho penal mexicano, la punibilidad de las omisiones

simples o de las comisiones por omisión se encuentra establecida casuísticamente, por ejemplo (los artículos citados se refieren al Código Penal).

Artículo 178. Al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicará de quince días a un año de prisión o de 30 a 180 días de multa.

Artículo 340. Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

Artículo 341. El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló por imprudencia o accidente será castigado con la pena de uno a dos meses de prisión o de 30 a 90 días de multa.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.

Artículo 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa, al que:

IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

EL RESULTADO

El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta. Aquí están presentes los dos posibles efectos de la acción en amplio sentido: positivamente, un actuar o acción; y negativamente, un no hacer u omisión; en expresión jurídico-penal, delitos dolosos o intencionales y delitos culposos o negligentes.

El resultado es no sólo un cambio en el mundo exterior, ni sólo estricto daño, ni menos aún solamente el concreto y efectivo perjuicio, que únicamente importa en la esfera de la responsabilidad civil. También es resultado la mutación en el mundo psíquico externo, en el de los "otros", como la impresión que la injuria causa en el sujeto pasivo, quien la recibe en privado o por carta (e incluso en las proferidas en público). Además, es el riesgo o daño potencial y el peligro corrido, según el maestro Carrara.

Empero, el concepto de resultado no se debe extender hasta su identificación con todos los efectos del delito, aunque el vocablo resultado frecuentemente se utiliza como sinónimo de efecto directo y estricto del acto humano. El italiano Orfeo Cecchi dice que el resultado es aquella parte de la conducta humana que lesiona o amenaza, inmediata o directamente, los bienes o intereses (eventualmente derechos subjetivos) de principal importancia, pertenecientes al sujeto pasivo del delito y de cuya realización la ley hace depender la perfección jurídica del delito y, por ende, la existencia misma del delito.

El profesor Cuello Calón dice que el resultado de la acción es el efecto externo, la consecuencia del acto humano que el derecho penal tiene en cuenta para sus fines. Consiste en una modificación del mundo exterior (como la muerte de un hombre) o en el peligro de que ésta se produzca (como la fabricación no autorizada de sustancias nocivas para la salud con el fin de expendirlas).

La modificación del mundo exterior puede ser física (muerte de un hombre) o psíquica (injurias); pero no sólo la acción *stricto sensu*, positiva o actuar, sino también la acción negativa, no hacer u omisión, puede originar un resultado jurídicamente trascendente, en cuanto impide que se produzca la modificación del mundo exterior querida por la ley.

Esta doctrina, moderadamente sostenida por algunos penalistas y denominada concepción material, se opone a la doctrina tradicional, aún hoy defendida por numerosos tratadistas, llamada concepción formal o jurídica, para la cual el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido. Entre los partidarios de la primera posición se hallan Bettiol y Grispigni.

Sin embargo, esta última doctrina, que parte de la idea de que todo delito produce un resultado lesivo del bien jurídicamente protegido, no parece defendible, pues si bien en todo delito hay lesión de un bien jurídicamente protegido, no todos los delitos producen un resultado dañoso, como los llamados delitos formales, en los que la lesión del bien jurídico coincide con la acción y omisión, pero no con el resultado, pues no hay (fabricación no autorizada de explosivos, si no se emplean), y en ellos la acción o la omisión no producen efecto externo. Por ello, el italiano Antolisei afirma que el resultado no es un elemento indefectible del delito (tentativa o frustración).

En definitiva, el resultado de la acción y de la omisión (acción en amplio sentido) debe constituir una figura del delito definida y penada en la ley, tipificada; si no concurre esta esencial condición, no habrá resultado punible.

Como finalización cabe añadir que el daño es la forma más característica del resultado materialmente concebido. Francisco Carnelutti define el daño como alteración de un interés o lesión de un interés. Identifica daño y resultado, y dice que el resultado del delito, el daño, es aquella situación final (de hecho) en que se modifican respectivamente los intereses de las dos partes, y así toma cuerpo el provecho del reo y el daño del ofendido. El gran Jiménez de Asúa, con la extraordinaria agudeza que le caracterizaba, señaló que el daño real o material no es más que uno de los aspectos

del resultado, que puede adoptar otras manifestaciones. Junto al daño real o material, dice el maestro, aparecen el daño potencial y el peligro.

Francesco Carrara, con gran claridad, dice que la fuerza física del delito, considerada en su resultado, o sea, objetivamente, consiste en el daño causado a otro con la acción. Este daño puede ser efectivo o potencial. El daño es efectivo cuando se ha producido realmente la pérdida del bien atacado, y es potencial cuando, si bien no se ha producido la pérdida enteramente, el resultado del acto externo tiene potencia para ocasionarla y ha habido, como consecuencia, violación completa de un derecho. En la actualidad, el daño potencial se identifica, grosso modo, con la noción del peligro.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Se sabe que el delito es, en primer término, un acto humano que comprende, por una parte, el movimiento corporal de la acción ejecutada (acción stricto sensu) o la acción esperada y no ejecutada (omisión). y por otra, el resultado (daño) producido o la potencialidad de causarlo (peligro), que también es resultado porque produce un cambio en el mundo psíquico externo.

Para que el resultado pueda incriminarse, precisa existir un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido.

Dicha relación causal existe cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana sin que deba dejar de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*) o lo que es lo mismo: *sublata causa tollitur effectus*. Esta fórmula del maestro Jiménez de Asúa no es otra cosa que un mero procedimiento hipotético de eliminación, como medio de comprobar la existencia o ausencia del nexo causal y, de modo alguno, todavía una definición o una doctrina.

Se trata simplemente de un punto de partida para afirmar la relación de causalidad, problema previo -en derecho punitivo- para entrar en las valoraciones de antijuridicidad y de culpabilidad, que deciden si un hombre es o no responsable.

En efecto, una conducta humana es algo que puede ser captado tanto según el principio de la causalidad, como según el principio de la finalidad, valorado culturalmente y juzgado normativamente. Por ello, el concepto de causa es quizá el primero que actúa en la consideración de la conducta humana, objeto del derecho penal: ante todo, hay que establecer la concatenación causal de los hechos para poder pasar -desde ahí- a actuar el concepto de imputación. Antes de proceder a imputar una conducta a un sujeto, es necesario haber establecido la concatenación causal de los hechos, en que tal imputación ha de apoyarse.

Desde luego, antes de haber comprobado que efectivamente el puro hecho constituido por el movimiento del brazo armado de Juan ha producido la muerte de Pedro como causa natural, no puede imputarse a aquél la muerte de éste.

Por tanto, la determinación causal es un concepto naturalista, aplicado en derecho penal justamente en virtud de la mayor proximidad de esta rama jurídica a determinadas ciencias naturales; y esto no significa concesión positivista alguna, sino simplemente servicio de las necesidades objetivas del derecho penal, que opera sobre conductas humanas y que ha de captarlas con la suficiente plenitud.

Con lo dicho queda anticipado cuanto luego se afirmará: es decir, la convicción de que el nexo causal ha de tomarse en su sentido filosófico y natural, sin elaborar una teoría de la causa para la disciplina penal, y que la comprobación del nexo causal es sólo un punto de inicio, que ha de subordinarse a las pruebas de adecuación al tipo y de la culpabilidad, antes de pronunciar el fallo sobre la responsabilidad del causante.

Respecto del concepto de causa, las opiniones de los tratadistas son diversas y están divididas. Para Jiménez de Asúa, se debe partir de la idea naturalista, con base filosófica, ya que entiende que, dada la proximidad de las ciencias naturales a la disciplina penal no debemos alejarnos de esta noción naturalista. El insigne maestro se define en favor de la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*).

Por lo contrario, el maestro mexicano Mariano Jiménez Huerta, parece simpatizar con la teoría de la causalidad adecuada, sitúa la cuestión en el ámbito del derecho penal y expone que se trata exclusivamente de saber si determinado comportamiento humano ha producido un resultado relevante desde el punto de vista jurídico; dicho de otra forma: si un concreto resultado puede objetivamente ser atribuido a una conducta humana. Sólo la causa humana tiene relieve en la ciencia penal.

En definitiva, la causa puede entenderse según la postura que se adopte.

1. Si se adopta la primera postura, causa es inexcusablemente el conjunto de factores que han precedido a la producción de un fenómeno, incluso los pasivos y los aparentemente más alejados de él (teoría de la equivalencia de condiciones, *conditio sine qua non*)

2. Si se adopta la segunda postura, causa es la conducta humana que, además de ser requisito imprescindible de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de una figura típica, por implicar una forma idónea de producir dicho resultado, habida cuenta la concreta situación en que el agente actúa (teoría de la causalidad adecuada)."

Si se investigan los antecedentes históricos de la noción de causa y del nexo causal, puede afirmarse que son patrimonio de la ciencia moderna: pero en cuanto a la interpretación de los fenómenos de la causalidad, su aparición es más remota de lo que podría creerse."

Sin duda, la interpretación racional de los acontecimientos no es propia de la mentalidad del hombre primitivo, en la que los hechos del mundo físico se explican por la voluntad de los dioses o por principios mágicos, con una idea sobremañera

rudimentaria."

Precisamente Hans Kelsen, por medio de sus investigaciones sociológicas, ha acreditado que la causa no sólo no estuvo ausente del pensamiento interpretativo del hombre primitivo, que trataba de comprender la naturaleza que le rodeaba, sino que partiendo de los fundamentos de esa interpretación, especialmente del principio retributivo, se ha desarrollado la idea de la causalidad y con ella el concepto moderno de la naturaleza.

No obstante, por lo que atañe a sus aplicaciones a la ciencia jurídica, la controversia científica acerca de la relación causal es una conquista de los tiempos más recientes (von Hippel).

Efectivamente, hay un gran contraste entre el planteamiento del problema en el antiguo derecho y el esclarecimiento del asunto en las nuevas concepciones. En los albores de la llamada Edad Moderna, sólo se suscitó la cuestión de la relación de causalidad en algunos hechos concretos y especiales (como homicidio, lesiones, coparticipación en un delito, etc).

Quizá podamos remontarnos en las fuentes y encontrar antecedentes en el derecho romano y en el germánico, pero sobre todo interesa el derecho común, de donde surgió la doctrina de la letalidad de la herida."

1.- En el derecho romano, hay fragmentos y pasajes de los que pudiera partirse para elaborar una doctrina general. Dichos fragmentos y pasajes fueron formulados, sobre todo, por Ulpiano en orden a la equiparación de los copartícipes en la causa de la muerte.

Aparte de éstos, hay otros más precisos referentes a la letalidad de la herida, e incluso se encuentran casos en los que se trata de resolver las dificultades que presentan ciertas condiciones, ya existentes antes de la lesión. Así, Ulpiano hace referencias al carácter normal y ordinario de las heridas o circunstancias ulteriores a la lesión. Del mismo modo, Celso, Marcelo y el mismo Ulpiano se hicieron cargo de la necesidad de suavizar la responsabilidad en presencia del nuevo acontecimiento, hasta el punto de que, si se advierte su falta de nexos con la herida (como en el caso de nueva lesión mortal), el agente primero sólo podrá ser castigado por las lesiones, mas no por homicidio."

2. En el derecho germánico, se presentan problemas análogos y se inicia ya la clasificación de las heridas, como guía para saber cuándo causan la muerte. Por ejemplo, un antiguo derecho de Islandia, la llamada Colección Gragas, formula la regla de considerar mortal la lesión que pertenezca a la clase de las grandes heridas, aunque a las pequeñas también se podía atribuir la condición letal cuando así lo decidieran los jurados. Pronto se buscaría fácil determinación mediante el establecimiento de un plazo dentro del cual habría de producirse la muerte, que tanta importancia asumió en algunos códigos europeos y que aún perdura en unos pocos latinoamericanos vigentes. La Lex Wisigothorum pretendió fijar algunos límites -más

abundantemente empleados por los jueces- y excluyó la responsabilidad del homicida, cuando al propio lesionado se le podía reprochar una conducta que cooperó para el efecto mortífero, llegando incluso a hacer partícipe en la composición al extraño coadyuvante en el resultado letal.

3. En el derecho común anterior a las recopilaciones, antecedentes de los códigos modernos, predomina el criterio del proceso canónico del siglo XIII en Italia (que impregnaba a dicho procedimiento), sobre la certeza de la propia existencia del delito, para lo cual era preciso probar, conforme al sistema de la época, la letalidad de la herida. La Constitución Carolina, o Código del Emperador Carlos I de España y V de Alemania, en su artículo 147, trató de resolver el caso de una persona que muriera al cabo de algún tiempo después de ser herida. Para decidir si la muerte se produjo o no por la lesión, se remite a las opiniones de los cirujanos, que entienden de estas cosas, y de otras personas versadas en las mismas.

Parece, pues, que la Carolina acudió al concepto de causa eficaz, para decidir las posibles dudas; en ese mismo artículo 147 del Código de Carlos V, se plantea el problema de la coparticipación en el mismo resultado de muerte, es decir, el caso de riña, del cual se ocupa la Carolina en el artículo 148. En Francia, la Costumbre de Bretaña estableció la arcaica fórmula de fijar un plazo de 40 días en relación con la sobrevivencia del lesionado y la posible responsabilidad del heridor por muerte; una vez que hubiese transcurrido el plazo indicado, no procedía la imputación de homicidio, plazo que pasó al derecho francés."

Entre el acto humano (acción u omisión) y el resultado delictuoso debe existir una relación de causalidad, pues sin ésta no existe acción en sentido penal. Es indiferente que la relación de causalidad sea directa, inmediata o mediata, que el agente realice por su propio esfuerzo personal el hecho causa del resultado producido, o que para su obtención se valga de fuerzas o energías que él pone en movimiento, exteriores a su persona. El que dispara contra otro y lo mata ejecuta un acto homicida, y también lo ejerce el que lanza contra una persona un animal fiero que le causa la muerte.

Sobre las condiciones que hayan de concurrir para que exista relación de causalidad, se ha originado una fuerte controversia entre las distintas escuelas y se han formulado tantas teorías, que puede decirse con absoluta justeza que esta cuestión es una de las más debatidas en el derecho penal, pero en el sentir de Cuello Calón se trata, como en muchos otros casos, de discusiones de carácter más filosófico que jurídico, y los resultados, según el mismo maestro, no han estado, al menos en su vertiente práctica, a la altura del gran esfuerzo realizado.

Dado el carácter del presente libro, dirigido fundamentalmente a estudiantes, se tratará de resumir las variadísimas posiciones en esta materia en tres direcciones:

1. **Teoría de la equivalencia de las condiciones (conditio sine qua non).** A partir de 1863, esta doctrina, formulada por von Buri, adquirió gran difusión. La teoría

considera como integrante de la causa todas las condiciones que cooperen a la producción del resultado, sin cuya intervención éste no se hubiera producido; todas tienen igual valor y todas son necesarias para su producción. El problema causal se convierte en dogma, indiscutido e indiscutible, el cual se presenta no en referencia a algunos delitos o especies de infracciones, sino en relación con todos los delitos, ya que el total ámbito de estos se encuentra dominado por el dogma de la causación.

Conforme a esta doctrina, ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones patológicas del lesionado o su debilidad orgánica), ni las circunstancias sobrevenidas (como la gangrena aparecida), ni la intervención de hechos ajenos al agente (como la imprudencia del herido que se arranca al vendaje o como la impericia del médico) excluyen en el homicidio la relación de la causalidad. Esta doctrina conduce a una extensión desmedida del concepto de causa y de la responsabilidad, que no puede aceptarse. Se trata de la doctrina seguida por la jurisprudencia española, entre otras.

2. Teoría de la condición más activa o más eficaz. Sustentada por von Birkmeyer, que parte de una crítica severa de la posición de von Buri y sostiene que si bien es innegable que todas las condiciones son necesarias, ya que todas ellas contribuyeron en cierto modo al resultado, no puede desconocerse una clara diferencia entre ellas en cuanto a su respectiva eficacia. La que más ha contribuido a la producción del resultado, en el conflicto de las fuerzas antagónicas, es la verdadera causa. La verdadera causa es aquella condición de eficacia predominante. Su defecto radica en la extremada dificultad para precisar la consecuencia que una sola condición ha de tener en el resultado.

3. Teoría de la causalidad adecuada. Para esta teoría, sólo puede considerarse como causa de un resultado aquella actividad adecuada para producirlo. La causa es adecuada al resultado cuando éste se produce según lo normal y común de la vida; si el resultado se aparta de lo normal y común, no habrá relación de causalidad. La estimación de la idoneidad de la causa para producir el resultado se hará teniendo en cuenta los conocimientos del hombre medio, particularmente los del agente. Esta doctrina, que parece la más aceptable, fue formulada en 1871 por el tratadista von Bar y por el filósofo von Kries. Se afirma que la anterior teoría parece la más aceptable por dos razones: a) por poner su acento en la idoneidad de la conducta en relación con la consecuencia del posible resultado delictuoso (juntamente con la posibilidad de previsión por parte del agente, límites de la responsabilidad penal), y b) por utilizar un criterio restringido en la sanción de las posibles responsabilidades.

Jiménez Huerta señala que la idoneidad de la conducta, para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciada en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó. Resulta preciso examinar, con tacto exquisito, la concreta situación histórica en que el agente actuó, para resolver si las concausas cooperantes excluyen o no el nexo causal. En la admisión o no de estas concausas radica la principal diferencia entre la doctrina de la equivalencia o *conditio sine qua non* y la de la causalidad adecuada.

Ese finísimo y agudo penalista que es el maestro Jiménez Huerta sigue diciendo que el derecho penal (en cita de Massari) no se interesa por aquellos nexos causales que no sean aprehensibles desde el punto de vista de la responsabilidad: así, sucede que la causa tiene una esfera de aplicación más restricta en el terreno jurídico, sin que ello suponga, de ninguna manera, una variación sustancial (ontológica) del concepto.

En cuanto a la objeción de que la teoría de la causalidad adecuada carece de precisión, respecto a lo que debe entenderse por causa, y que deja un amplio margen al arbitrio del juez para estimar la existencia o no de la relación de causalidad adecuada, cabe señalar que el derecho penal, con todos sus principios, está al servicio de los valores sociales. En consecuencia, no puede olvidarse que el juicio de causalidad es un juicio de valor, el cual -termina diciendo el ilustre profesor- mal puede erigirse en fórmula mecánica capaz de dar siempre una solución uniforme a todo y cualquier problema que pueda surgir. El italiano Antolisei reprocha a esta teoría el ampliar con exageración el ámbito de la irresponsabilidad penal y favorece excesivamente las absoluciones. En resumen, pueden establecerse las conclusiones siguientes:

Primera: la causalidad es un problema general o, dicho con mayor propiedad, enclavado en la parte general de derecho penal, que no se circunscribe a ciertos delitos.

Segunda: aunque algunos tratadistas han elaborado doctrinas de la causalidad exclusivamente desde el punto de vista del derecho penal, en tanto que concepto normativo, es conveniente señalar que no puede perderse de vista, y tenerlo siempre presente, que la ciencia penal ha de valorar los elementos de las ciencias naturales (por ejemplo; piénsese en los diarios peritajes médicos que los jueces han de conocer y valorar, y en los que se establece la causa de la muerte).

Tercera: hay que tener en cuenta en esta cuestión la relevancia de las condiciones por adecuación a los tipos legales establecidos y la función correctiva a la culpabilidad.

Cuarta: hay tres presupuestos exigidos para la penalidad del resultado:

a) Nexos o relación causal entre la acción humana (positiva o negativa) y el resultado.

b) Relevancia jurídica de esa relación, apreciada o esclarecida en cada tipo legal.

c) Culpabilidad del sujeto en orden al resultado.

Quinta: los casos dudosos que, si bien excepcionalmente, presenta la vida ante los jueces, sólo pueden ser solucionados desentrañando el tipo, todo el tipo legal, en su *ratio legis*, en su verbo activo, en su imagen rectora, y aun en referencia a los medios y circunstancias para poner ordinariamente (normalmente) en marcha la voluntad hacia la consecuencia del resultado. a fin de determinar el grado de probabilidad o de improbabilidad del curso causal realmente producido.

Con frecuencia, los autores hablan en sus obras, y los jueces en sus sentencias, de interrupción de la cadena causal y de concausas, especialmente en el delito de

homicidio. En este sentido cabe definir la concausa, conforme al maestro Antolisei, como la condición -fortuita, preexistente o sobreviniente que coopera con la acción del hombre para la determinación del resultado. La interrupción de causalidad se verifica cuando con la acción sobreviene una condición fortuita (acontecimiento de la naturaleza o hecho del hombre), que realiza el resultado mediante una cadena causal nueva e independiente. La concausa no excluye la responsabilidad del hombre por el resultado, sino que sólo la disminuye. Si se verifica la interrupción de causalidad, el hombre no responde por el resultado concreto, sino por lo realizado realmente, sin lo fortuito.

La cuestión del lazo de causalidad en los delitos de omisión ha suscitado también grandes divergencias doctrinales; sin embargo, puede afirmarse que en estos delitos existe relación de causalidad cuando la conducta pasiva e indebida del sujeto es, conforme a la común experiencia, causa adecuada para la producción del resultado dañoso o peligroso. En tal caso hay causalidad jurídica y causalidad material; el culpable no será causa directa, sino indirecta, del resultado, pero siempre será causa de éste pues, a no ser por su ilícita inactividad, el resultado no hubiera llegado a producirse.

Por su parte, el tratadista mexicano Jiménez Huerta entiende que en los delitos de simple omisión, el problema de la causalidad no puede plantearse, toda vez que estos delitos se integran por un simple comportamiento, sin que se requiera un resultado material. En cambio, dicho tratadista estima que la cuestión de la causalidad sí se plantea en los delitos de comisión por omisión (para él, auténticos delitos de acción) y se pone de relieve colocando en el puesto de la omisión a la acción (actuar positivo), que el agente no efectuó.

Cuando con la misma no se hubiera llevado a cabo el resultado, se podrá afirmar, sin ningún género de duda, que la omisión fue causal respecto del resultado, por implicar una condición indispensable del mismo. La omisión de una conducta exigida es causa de un resultado cuando, conforme al ordenamiento vigente, puede ser valorada como típicamente idónea para producirlo.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

No está suficientemente clara, en el Derecho penal mexicano la afiliación a determinada doctrina de la relación de causalidad. Los más ilustres maestros no se han puesto de acuerdo respecto de esta cuestión: incluso los preceptos positivos del vigente Código Penal relativos a la materia se prestan a muy diversas interpretaciones. A continuación se tratará de exponer el problema reflejando las opiniones de algunos tratadistas y señalando los artículos pertinentes. Para el maestro Carrancá y Trujillo, el Código Penal mexicano sigue la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*. En primer lugar, trata el problema de las concausas concurrentes ajenas a la conducta del agente y radicadas en circunstancias que corresponden al sujeto pasivo.

En este sentido, el Código Penal hace alusión a la excluyente de la fracción VI

del artículo 15 denominada de ignorancia de circunstancias del ofendido. El artículo citado dice:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:.. . VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.

El ilustre profesor estima que se requiere un juego de situaciones que permitan su aplicación, el cual consiste en: a) objetivamente, una acción que por sí misma no es productora de lesión alguna; la existencia de ciertas circunstancias en el ofendido, que tampoco por sí misma pueden producirla; y una armoniosa, aunque fatal, conjugación de ambos factores que alcanza plena eficacia lesiva; b) subjetivamente, la inculpable ignorancia por la que la conducta se valora como inocente, pues sólo objetiva y circunstancialmente pudo lograr el resultado dañoso, cuyos elementos causales son del todo inculpablemente ajenos al agente. La inculpabilidad supone la ausencia del dolo y de culpa o imprudencia.

Ese criterio es reafirmado en el artículo 53 del Código Penal cuando dice:

No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.

Si la ignorancia de ciertas circunstancias del ofendido, que dan lugar a que se integre un resultado típico no obstante éste, produce el efecto de excluir la responsabilidad penal del agente, por ausencia de culpabilidad, con mayoría de razón no puede imputársele el aumento de gravedad que obedezca a esa ignorancia.

Por último, Carrancá y Trujillo señala que la concausa concurrente a la producción del evento (la cual consiste en las circunstancias particulares del ofendido. sin las que el evento no hubiera constituido un resultado típicamente penal, o no hubiera estado dotado de la gravedad que le resultó) no es imputable al acusado, siempre que la ignorara sin culpa alguna. En cambio, le es imputable en el caso de que la conociera o la ignorara culposamente. De ahí deduce el connotado tratadista que, de manera expresa, la ley penal mexicana reconoce que las concausas concurrentes no influyen válidamente en la responsabilidad del agente, dada aquella ignorancia. Carrancá y Trujillo agrega que, dejando aparte los elementos de culpabilidad a que se refiere la ley (y que no son pertinentes para el problema de la causalidad), queda destacado el tratamiento que la ley da a las concausas concurrentes.

La causalidad aparece también en otros artículos del Código Penal concretamente en los siguientes:

Artículo 303. Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior (se refiere al 302, relativo a la integración del homicidio), no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación

determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

II. Derogada.

III. Que si encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Artículo 304. Siempre que se verifiquen las circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y

III.- Que fuese a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiera agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodean.

En relación con los artículos 304 y 305, el profesor Carrancá y Trujillo dice que el primero consigna circunstancias anteriores, contemporáneas y posteriores que concurren a la relación causal, con otras ajenas a ésta y que la excluyen, y al respecto da un ejemplo: el suicidio del propio sujeto pasivo para no soportar una agonía dolorosa. En efecto, el connotado maestro reconoce que el artículo 305 se ajusta a la causalidad adecuada.

Carrancá y Trujillo sigue señalando que el artículo 304 presenta soluciones nebulosas, entendiendo que oscila entre las teorías de la equivalencia de las condiciones y la de la adecuación. La hipótesis de la posibilidad de evitar la muerte, de prestarse auxilios oportunos (fracción I) encaja en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero corresponderían a la adecuación las hipótesis de las fracciones II y III, que se refieren a condiciones propias del ofendido o a las circunstancias en que fue lesionado."

En cuanto a la fracción I del artículo 303, Carrancá y Trujillo, compartiendo el punto de vista de Jiménez Huerta. entiende que en ella no interrumpen el nexo causal aquellas concausas supervivientes u otras que puedan ocurrir, pues las que fija la fracción se hallan, respecto a la acción, en una situación de dependencia y homogeneidad tales, que pueden considerarse como su desarrollo normal y ordinario, por ser consecuencias o complicaciones normales de la propia lesión y estar -respecto

a la misma- en la línea evolutiva del peligro iniciado. Por otra parte, Carrancá y Trujillo agrega que tal criterio ha sido generalmente aceptado por la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Carrancá y Trujillo afirma que, en razón de todo lo dicho, en los artículos comentados hay hipótesis en las que la heterogeneidad de las concausas resulta evidente y, en consecuencia, dichas concausas aparecen con autonomía, pero hay otras hipótesis en las que la homogeneidad de las concausas se ve muy clara o por lo menos la autonomía no aparece. De ahí concluye el afamado tratadista que la teoría de la ley penal mexicana es insegura, y que no ha sido recogida una teoría orgánica de la causalidad que satisfaga todos los extremos que la limitan. A pesar de ello, Carrancá y Trujillo señala finalmente que es de diaria aplicación el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito, que dice:

En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.

Para Carrancá y Trujillo, el término cometió debe entenderse como causó, y señala que así lo entienden nuestros jueces; para hacerlo de esta manera, basta leer la ley y punto.

Jiménez de Asúa señala que el Código Penal trata de la causalidad en los artículos 303, 304 y 305, ya mencionados anteriormente. El gran maestro indica que, utilizando una interpretación progresiva, acaso se pudiese aplicar la doctrina de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, aunque la fracción III del artículo 303 demande de los médicos la declaración mortal de la herida al hacer la autopsia.

Para ello, se funda en que la fracción I del mismo artículo dice que la lesión se tendrá como mortal cuando "la muerte se deba a las alteraciones causadas", a alguna de sus "consecuencias inmediatas", o a "alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios", así como en que si el cadáver no se encuentra, bastará que los peritos declaren, en vista de los datos que se hallen en la causa o expediente, "que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas".

Mas sobre todo, sigue diciendo el inteligente penalista, a pesar de lo ambiguo y contradictorio de los textos casuísticos en exceso del Código Penal mexicano (en el que hay rastros de la *lethasis vulneris* y del *corpus delicti*), nos inclinamos a pensar que puede aplicarse la teoría de la equivalencia de las condiciones por el hecho de que no se reconocen las concausas.

No sólo se desprende así de la última línea de la fracción I del artículo 303, sino que consta expresamente en el artículo 304, en el que se estiman sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no prestarse oportuno auxilio y la preexistente de la personalidad del herido, como su constitución física.

Jiménez de Asúa continúa diciendo que no invalida su afirmación la primera parte del artículo 305, ya que más que referirse a las concausas, legisla sobre las nuevas series causales al decir:

No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió cuando la muerte sea resultado de una causa anterior y sobre la cual ésta no haya influido.

Empero, el reputado tratadista señala que es preciso reconocer que la segunda parte es por demás contradictoria con el criterio que considera predominante en el Código Penal mexicano. En efecto, a pesar de haber dicho, la fracción I del artículo 304, que se tendrá como mortal una lesión, "aunque se pruebe que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos", con lo que parezca rechazarse tácitamente la concausa sobreviniente, la última parte del artículo 305 da valor de concausa eficaz o, mejor, de nueva serie causal a los acontecimientos posteriores al decir:

No se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió:...cuando la lesión se hubiese agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

Finalmente, Jiménez de Asúa dice que el Código mexicano, como el de Bolivia y el de El Salvador, establece el plazo límite (sin más que una importancia pragmática) de que para ser considerada como mortal la lesión, es preciso "que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado" (artículo 303, fracción II).

El ilustre Porte Petit señala que, como en la fracción I del artículo 303 se estima como mortal una lesión cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pueda ser combatida, ya sea por incurable o por no tenerse al alcance los recursos necesarios:...se observa claramente que funciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, puesto que, no obstante la concurrencia de concausas, como "no poderse combatir la lesión por ser incurable" o por "no tenerse al alcance de los recursos necesarios", se tendrá a la lesión como mortal. Por tanto, obsérvese que estas concausas no destruyen el nexo causal, siendo irrelevantes para el resultado producido.

Francisco Pavón Vasconcelos también se inclina por considerar dominante en el Código Penal la teoría de la equivalencia de las condiciones. A pesar de reconocer que el artículo 305 admite las concausas, entiende que lo que hace dicho precepto es establecer una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones, externando su opinión de que la fracción II del artículo 303 sólo se relaciona, de forma indirecta, con el problema causal, ya que -dice- la propia ley excluye la calificativa del hecho como homicidio cuando la muerte se produce después de los sesenta días. En cuanto a la limitación del funcionamiento de la teoría de la equivalencia, dicha postura coincide con el pensamiento últimamente manifestado por dicho autor, en el sentido de que entiende que, aunque dentro de un concepto puramente lógico causal toda condición tiene la naturaleza de causa, no es admisible

su extensión (la de la teoría de la equivalencia de las condiciones) al concreto ámbito de la culpabilidad.

Así, Pavón Vasconcelos habla de encontrar correctivos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, basados precisamente en la culpabilidad. La formulación de correctivos, es para el tratadista mencionado, conveniente para paliar los excesos de la teoría, sobre todo en orden a la responsabilidad.

Por su parte, Fernando Castellanos estima que la teoría de la equivalencia de las condiciones es acertada desde los puntos de vista físico y lógico y que, consiguientemente, también lo es en el campo jurídico, sin necesidad de emplear correctivos. Dicho autor entiende que la sola aparición de un resultado típico no es delito, pues se requieren además los otros elementos esenciales del ilícito penal.

A su vez, Ignacio Villalobos, dice que, en esencia, el propósito de la ley tiende, por medio de una autopsia o lo que sea necesario, a conocer la causa de la muerte y no engañarse por exterioridades; así también, a dejar sentado, para desvanecer dudas, que la causa no deja de serlo porque no se impida el desarrollo de sus consecuencias; que si un hecho no era suficiente para producir el resultado último y éste se debe a intervenciones médicas, quirúrgicas o de otro género, estas últimas son su verdadera causa (eficiente), y que la causa debe considerarse como tal en las condiciones y circunstancias del caso concreto, y no en condiciones ideales que no concurrían.

La fina y clara perspicacia del maestro Jiménez Huerta señala que la doctrina de la causación adecuada debe acogerse no sólo desde el punto de vista teórico, sino también desde el ángulo dogmático, pues dicha doctrina está latente en el sistema del derecho positivo de México, según se deriva del complejo de sus disposiciones. Así pues, aunque el Código Penal no contiene una reglamentación general del problema ni hace tampoco una mención expresa de la teoría de la adecuación, ésta circula por sus venas, como se hace evidente cuando se interpretan sus disposiciones referentes al delito de homicidio.

Los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal, continúa diciendo Jiménez Huerta, hacen mención del problema causal en orden del homicidio. En primer término, es preciso subrayar, para demostrar que el sistema seguido por el código es el de la causalidad adecuada y no el de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, que no toda privación de la vida de una persona es atribuible materialmente a quien la lesionó.

Además de esta adecuación abstracta y general, el código acepta la concausa, interpretando a *contrario sensu*, y en forma teleológica y racional, la fracción I del artículo 303, consistente en hechos posteriores a la lesión inferida por la conducta humana (como incendio del hospital o choque de la ambulancia). La interrupción del nexo causal se produce por la concurrencia de la concausa, ya que en estos casos (hospital o ambulancia), la muerte no se debe, como exige la fracción y artículo mencionados, "a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos

interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios".

En el ejemplo del choque de la ambulancia en accidente de tránsito, cuando la persona lesionada era trasladada al puesto de socorro, conforme a la fracción I del artículo 303, queda excluido el nexo causal entre la lesión inferida por el sujeto activo del delito y el resultado de muerte acaecido, a pesar de que la conducta del que hirió fue conditio sine qua non de la muerte. La interrupción del nexo causal se produce por la concurrencia de la concausa (choque en accidente de tránsito de la ambulancia), ya que en esta hipótesis la muerte no se debe al supuesto previsto en la fracción I del artículo 303.

De manera expresa, sigue diciendo Jiménez Huerta, se acepta la concausa en el artículo 305, que establece:

No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió:... o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

En todas estas hipótesis, es evidente que no obstante ser la lesión conditio sine qua non de la muerte, ésta no es materialmente atribuible al autor de la lesión.

No obstante, continúa diciendo Jiménez Huerta, conviene advertir que el sistema imperante en el ordenamiento vigente no es el de la exclusión del nexo causal entre lesión y muerte por la concurrencia de cualquier causa; la mente de la ley, está presidida por la adecuación del caso concreto, o sea, las circunstancias particulares de cada caso. Así, el artículo 304 dice que no excluye el nexo causal entre lesión y muerte el que se pruebe:

I.- Que se habría evitado la muerte con los auxilios oportunos.

II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona.

III.-Que fue (mortal) a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión.

La razón de este sistema del código radica en el hecho de que las causas sobrevinientes (artículo 305: incendio del hospital o choque de la ambulancia) presentan cierta autonomía, heterogeneidad y excepcionalidad, que las hacen jurídicamente relevantes para interrumpir el nexo causal entre lesión y muerte, pero no así las causas preexistentes, simultáneas y sobrevinientes ligadas a la conducta del agente por la adecuación racional del caso concreto.

El sistema que el código entroniza en los artículos 303, 304 y 305 se refiere solamente al delito de homicidio; por tanto, finaliza diciendo Jiménez huerta, falta una regulación expresa del problema causal en orden a los demás delitos (como incendio, lesiones, daños, etc.), que para su integración requieren la existencia de un resultado material, pero, a pesar de esta laguna de la ley, las líneas generales, inspiradoras del sistema, aunque previstas para el homicidio, deben guiar y regir la solución en los

demás delitos, en los que el problema causal se plantea.

En cuanto al problema de causalidad en los delitos de omisión, operan aquí las mismas limitaciones del nexo causal, que actúan en orden a los delitos de acción, pues la conducta omisiva del sujeto activo del delito debe ser valorada jurídicamente para resolver sobre su adecuación o no adecuación respecto del resultado acaecido. Así pues, el resultado producido por la omisión está sometido al mismo régimen de causación que, respecto del homicidio, contienen los artículos citados del Código Penal mexicano, y en cuanto a los demás delitos distintos del homicidio, son igualmente orientadoras las normas comentadas para valorar la adecuación típica del nexo causal.

TIEMPO Y LUGAR DEL ACTO DELICTIVO

Determinar el tiempo y el lugar de la comisión de un delito tiene especial significación en problemas relacionados con la aplicación de la ley penal en el ámbito espacial y en el ámbito temporal. En la generalidad de los casos la conducta humana (acción u omisión) y el resultado son simultáneos, o el intervalo de tiempo entre ambos es irrelevante. De la misma forma, ordinariamente el lugar donde se produjo la acción en amplio sentido es también el del resultado.

Sin embargo, hay casos en que la conducta humana y sus resultados no son coincidentes en el tiempo o en el lugar del delito. El profesor Cuello Calón dice que aquí nos encontramos ante los llamados delitos a distancia; por ejemplo, en el caso de una carta injuriosa escrita en México, que tras un mes llega a su destinatario en Paraguay, ¿cuándo se cometió el delito? ¿En el momento de escribirla o en el momento en que tuvo conocimiento de ella el destinatario? Cabe citar otro ejemplo: desde territorio mexicano se dispara un tiro que mata a una persona que se encuentra en territorio estadounidense, ¿dónde se cometió el delito: en México lugar de la acción mortal, o en Estados Unidos de América, lugar del resultado? Las teorías que pretenden solucionar estas interrogantes son múltiples; sin embargo, siguiendo a Cuello Calón, aquí se expondrán algunas de ellas, por supuesto sin pretensiones de exhaustividad.

TEORIA DE LA ACTIVIDAD

Esta teoría da relevancia al tiempo y lugar donde se realizó la acción en amplio sentido. La argumentación de sus defensores estriba en que lo que origina la represión no es el acto prohibido por la ley en si mismo, sino el hecho de cometerlo, el obrar de manera distinta del orden legalmente establecido.

De conformidad con esta posición doctrinal, respecto de los dos ejemplos mencionados. cabe decir lo siguiente: en el caso de la carta injuriosa que fue escrita en México y recibida y leída por su destinatario en Paraguay un mes después, el delito de injurias se cometió al escribir la carta; asimismo, el homicidio cuyo resultado mortal se produjo en Estados Unidos mediante el disparo desde territorio mexicano, se cometió en México.

TEORIA DEL RESULTADO

Esta teoría establece que el delito se comete en el lugar y el tiempo en que se produjo el resultado de la acción: el delito de injurias, en el lugar donde el destinatario recibió la carta, donde tuvo conocimiento de su contenido; y el homicidio, donde la víctima recibió el mortal disparo. Contra esta doctrina se objeta que, en ciertos delitos (por ejemplo en aquéllos en grado de tentativa), no pueden determinarse el tiempo ni el lugar del resultado y que hay delitos en que su resultado puede producirse en lugares distintos, con el consiguiente posible conflicto de jurisdicciones, agravado en el campo del derecho penal internacional con los problemas entre la soberanía de los estados.

TEORIA UNITARIA, DE CONJUNTO O DE LA UBICUIDAD

Según esta teoría, el delito se comete tanto donde se desarrolla (total o parcialmente) la actividad delictiva, como donde se produce el resultado. Dicha teoría podría considerarse como la más adecuada para precisar el lugar y tiempo del delito, dada la ambivalencia de su criterio respecto de la actividad y del resultado. Desde luego, en cuanto al lugar, parece la más aceptable, ya que asegura el castigo del delito, tanto en el caso de que la acción se haya efectuado en el territorio del Estado, como cuando el resultado se haya producido fuera de sus fronteras.

Pero para la cuestión referente al tiempo del delito, la teoría aplicable debe ser la de la actividad, pues el principio de legalidad, inspirador de casi todas las legislaciones (*nullum crimen nulla poena sine lege*), toma como punto de referencia el momento en que el agente desarrolló su acción delictuosa. Seguimos en esto la opinión de Cuello Calón coincidente, en cuanto a la cuestión del tiempo, con el penalista mexicano Villalobos.

En cuanto a los delitos de omisión (no hacer), se reputarán cometidos éstos en el lugar donde hubiera debido ejecutarse la acción (positiva, exigida y omitida) y donde se produjo el resultado derivado de la no acción. En cuanto, al tiempo, los delitos se cometen durante el periodo en que el agente hubiera debido ejecutar la acción omitida, que tenía el deber jurídico de realizar; comienzan en el momento en que es exigible la ejecución del acto y duran el tiempo de vigencia del deber de ejecutarlo.

En virtud de todo lo expuesto, las cuestiones relativas al lugar y al tiempo del delito tienen especial importancia en la solución, entre otros, de los problemas siguientes:

Referentes al lugar:

- a) Para saber con certeza si el hecho es o no punible en el territorio donde tiene obligatoriedad la ley penal.
- b) Para determinar la competencia de los tribunales locales o internos.

Referentes al tiempo:

- a) Para decidir si es o no aplicable la ley vigente.
- b) Para establecer el fundamento, en sus casos respectivos, de la antijuridicidad y de la culpabilidad de la conducta o hecho realizado.
- c) Para indagar y comprobar si se ha producido o no la prescripción del delito en relación con el tiempo de la acción penal.

¿Cuál es el sistema del Derecho penal mexicano en cuanto al lugar y al tiempo del delito? Fernando Castellanos señala que en la legislación penal mexicana no existe un precepto para resolver este problema y que se han adoptado diversas soluciones, relativas a casos concretos, aunque dicho autor entiende que, con carácter general, se sigue la teoría del resultado. Al igual que Pavón Vasconcelos, Castellanos estima que el Anteproyecto del código penal de 1958 acogió, en su artículo 5, la teoría de la ubicuidad al decir: Para todos los efectos penales, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realice la conducta o el hecho o se produzca el resultado.

En cuanto al tiempo, el maestro Carrancá y Trujillo señala que el mismo no influye respecto de la comisión u omisión, en términos generales, para que la acción en amplio sentido sea o no delictuosa; sólo importa para determinar qué ley es la aplicable (artículo transitorio 2 del Código Penal) o lo relativo a la prescripción de la acción penal o de las penas (artículos 100 a 115 del mismo ordenamiento).

El afamado tratadista comenta, además que, en algún caso especial, la nocturnidad es elemento esencial del tipo legal, como en ciertas especies de legítima defensa presunta (artículo 15, fracción III, párrafo último, del Código Penal) y que por nocturnidad debe entenderse el fenómeno astronómico propio.

Por lo que hace al lugar, Carrancá y Trujillo entiende que la legislación penal mexicana acepta la teoría del resultado, y cita como ejemplo el artículo 2, fracción I, del Código Penal, que dice: Se aplicará, asimismo:

I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República.

El penalista citado señala que la articulación procesal de este principio se realiza a través del artículo 446 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando establece:

Es juez competente para juzgar de los hechos delictuosos y para aplicar la sanción procedente el del lugar donde se hubiere cometido el delito, salvo que proceda la acumulación, conforme a este código.

Carrancá y Trujillo sigue diciendo que la jurisprudencia mexicana ha interpretado, unánimemente, que es el resultado lo que da por cometido un delito. Si concurren jueces de igual categoría o en caso de duda, será competente el que haya prevenido (artículo 447 del mismo cuerpo legal citado), y lo mismo es aplicable para el caso de los delitos continuos (artículo 448 del mismo texto legal).

Carrancá y Trujillo finaliza diciendo que el lugar influye de manera determinante en ciertos tipos delictivos configurados por la ley, así: cualquier sitio (artículo 340 del Código Penal) lugar cerrado (artículo 381 fracción I), casa donde se recibe hospitalidad, obsequio o agasajo (artículo 381, fracción III), casa, taller o escuela, habitación, oficina o bodega (artículo 381 fracción VI).

Hay casos específicos en que el resultado material, contenido en una figura típica, requiere para su relevancia penal que su realización se efectúe precisamente del modo o mediante el medio que la propia ley expresa; por ejemplo, la violencia física o moral en la cópula carnal, a que se refiere el artículo 265 del Código Penal. Del mismo carácter es el artículo 386 respecto al fraude, en cuanto al engaño o aprovechamiento del error para la obtención de cosas o de lucro indebido.

Referente al problema del modo, Carrancá y Trujillo hace alusión a la Ley de Imprenta de 9 de abril de 1917, decretada por el Ciudadano Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación. y que el connotado profesor la considera ley reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. constitucionales.