

DELITOS DE PELIGRO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Miguel Ángel Aguilar López

La irrupción de la modernidad ha provocado que en el mundo del Derecho Penal los llamados “delitos de peligro” hayan tenido un notable crecimiento. Pero como lo apunta este Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, la potestad punitiva estatal sólo se justifica si la función que le corresponde al Derecho Penal tiende hacia la tutela efectiva de los bienes jurídicos fundamentales. Frente a esta clase de delitos, la función del juez debe procurar la comprobación de un riesgo penalmente relevante, desechándose aquella postura que sólo considera a la peligrosidad de la conducta como una mera *ratio legis*, que no requiere de constatación alguna en el caso particular.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX, en el que se ha consolidado el fenómeno industrial, se pudieron apreciar los excesos del cientificismo que pretendió dominar buena parte del panorama jurídico del siglo XIX, al constatar que la complejidad social¹ de las relaciones

¹ Sobre el particular, Luhmann, Niklas, *Confianza*, México, Antropos, 1998, p. 10: “el concepto de complejidad tiene que definirse en términos muy abstractos. Esto puede hacerse directamente en términos de una distinción entre el sistema y el entorno, y en términos del potencial que posee un sistema para la realización. El concepto, entonces, significa un número de posibilidades que se hacen accesibles a través de la formación del sistema. Implica que las condiciones (y en consecuencia los límites) de posibilidad pueden especificarse, que el mundo llega a constituirse

humanas, y, por tanto, la posibilidad de seleccionar su entorno, formula cuestiones fundamentales de autoconservación que para el Derecho, y en especial el Derecho Penal, no contempla un acertado tratamiento con los métodos y conceptos de las ciencias puras.²

Es así como algunos de los pensadores más destacados del Derecho Penal de la primera mitad del siglo XX no aspiraron a recuperar la relación con las ciencias puras y su aplicación técnica, al ser conscientes de la potencia y autonomía que el progreso tecnológico alcanza.³

Para el Derecho Penal el reto no es, entonces, el conocimiento del todo inalcanzable de los avances científicos, sino la regulación de sus aplicaciones y efectos, así como el control de sus cada vez más amenazantes riesgos.⁴ Posiblemente sean los órganos jurisdiccionales los que, de manera directa y destacada en primera instancia, enfrentarán muchos y delicados problemas que la complejidad de la técnica plantea.⁵ Evidentemente por razones de política criminológica parece aconsejable el empleo de la norma penal en blanco para la tipificación de un bien intermedio con función representativa que prevén los delitos de peligro abstracto, característicos de una sociedad del siglo XXI.

según esta manera, y también que el mundo contiene más posibilidades, de modo que en este sentido tiene una estructura abierta. Desde un ángulo esta relación entre mundo y sistema puede verse como problema de sobrecarga y como una inestabilidad amenazada constantemente. Éste, de hecho, es el enfoque de la teoría funcionalista de sistemas”.

² El análisis que tiene interés para este trabajo es el de la discusión que se desarrolla en el terreno estrictamente jurídico-penal, por ello, la cuestión previa de la propia configuración de la sociedad actual como “sociedad del riesgo” se aborda con una intención puramente instrumental y fundamentalmente desde la perspectiva de las aproximaciones al tema realizadas por juristas.

³ Especialmente véase Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Madrid, Paidós, 1995, pp. 23 y s.; Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 42-52; Zúñiga Rodríguez, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 61.

⁴ Sobre el particular véase las consideraciones de Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 61 y s.

⁵ Cfr. sobre ello Esteve Pardo, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 156 y s. “Se trata de métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en el sector profesional de que se trate y que vienen a definir el nivel razonablemente exigible, el deber de cuidado o el estándar de diligencia en una concreta presentación que puede ser de muy variado contenido: desde la instalación de una caldera para la calefacción, hasta una intervención quirúrgica”.

Motivo por el cual, hoy en día, la creación de los delitos de peligro en el ordenamiento jurídico penal mexicano es indicativa de la máxima importancia que han alcanzado.⁶ Su incorporación al Código Penal Federal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos, más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios tecnológicos en la vida social pueden originar riesgos intolerables. Dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este trabajo.

II. LOS DELITOS DE PELIGRO

1. *Delimitación conceptual*

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado.⁷ En caso contrario —cuando no sea posible determinar tales límites—, el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados, lo que corresponde a la posición doctrinal mayoritaria.

Se habla de peligro y lesión, según la intensidad del ataque al bien jurídico. Así Marino Barbero Santos⁸ entiende que en los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión. Santiago Mir Puig se refiere a un resultado, que cons-

⁶ Lo mismo ha sucedido en el ordenamiento jurídico italiano, alemán y español, particularmente, señala Alcalá Sánchez, María, en *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Comares, 2000, p. 16, que: “Hoy, sin embargo, el debate en torno a la delimitación del concepto que define a los delitos que carecen del resultado propio de los delitos de resultado, ha adquirido un cariz de mayor enjundia, en la medida en que desde un punto de vista amplio, se han unificado bajo una misma denominación: hasta confundirlos”.

⁷ En el mismo sentido, Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001, p. 1.

⁸ “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, especialmente pp. 487 y ss. y p. 492.

tituye la proximidad a la lesión del bien jurídico.⁹ En igual sentido, Juan Bustos Ramírez se refiere a la “probabilidad de lesión concreta para un bien jurídico determinado”.¹⁰ José Sáinz Cantero habla también de probabilidad de destrucción del bien jurídico,¹¹ e iguales términos emplea José Rodríguez Devesa.¹²

Por lo tanto dicha denominación es un concepto eminentemente normativo, que alude a un juicio de probabilidad de que un bien jurídico pudiera ser lesionado, aun cuando dicho daño no llegue a verificarse. Ahora bien, si partimos del principio según el cual el Derecho Penal tiene por misión la protección de bienes jurídicos,¹³ lo cual parece es el criterio de distinción más acertado, puede señalarse que:

- Por una parte, queda determinado como objeto de ataque por el sujeto lo que constituye el elemento básico de protección; y
- Por otra parte se establece un límite que dé garantía en los delitos de peligro, al exigirse que al menos la lesión del bien jurídico sea probable, con lo cual se reduce el riesgo de castigo de conductas meramente formales o de simple desobediencia a la norma.

Pero tomar el bien jurídico como categoría referencial no está exento de crítica. El primer problema reside en el concepto de bien jurídico y su naturaleza. La escasa atención prestada al bien jurídico hace que las concepciones que del mismo se tengan sean múltiples. Liga-

⁹ Cfr. *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 222 y ss.

¹⁰ *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Ariel, 1994, p. 263.

¹¹ *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, v. II, España, 1988, pp. 296-297.

¹² *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, Dykinson, 1991, pp. 427-428. Por su parte, Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, v. I, Madrid, Tecnos, 1990, p. 330, exige que en los “delitos de peligro concreto, el bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta y que la lesión sea probable”. En igual sentido, tomando por referencia el bien jurídico, Escrivá Gregori, José M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 38 y ss.; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, Susana, *Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986, pp. 163 y ss.

¹³ Sobre el particular, véase Jakobs, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en el *Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

do con esto se encuentra el problema de la función del bien jurídico en la teoría del delito.

Para ello, debe de partirse de la idea de que la potestad punitiva estatal solamente puede justificarse si deriva de la función que le corresponde al Derecho Penal en el marco del ordenamiento jurídico, esto es, la tutela efectiva de los bienes jurídicos fundamentales dentro de una sociedad. Si el Derecho Penal encuentra su razón en la protección de bienes jurídicos, defendiéndolos con la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho, ello obedece a que la ley penal limita al particular en su libertad de actuar, para conseguir un fin más sublime y generoso que es lograr la coexistencia pacífica y libre de una sociedad y, en conclusión, sólo puede conminarse con una pena aquello que es imposible proteger con medidas alternativas. Al respecto, es curioso constatar cómo se le considera la categoría fundamental del Derecho Penal, en el sentido de motivo único de la punición de conductas, y al mismo tiempo no se le concede protagonismo alguno en la Parte General, pues sólo serviría para interpretar los tipos en la Parte Especial.

Otros problemas se plantean con los llamados “bienes jurídicos colectivos”,¹⁴ cuestión de la mayor importancia, puesto que gran número de delitos de los considerados de peligro se dirigen a la protección de esta clase de bienes (por ejemplo, los delitos contra la salud pública¹⁵ o contra la seguridad del tráfico, medio ambiente, economía pública, entre otros), con la finalidad de “adelantar” la punibilidad a momentos anteriores a la lesión del bien jurídico individual.

¹⁴ En particular véase Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; la misma, “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: Delitos de peligro”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (coord. S. Mir Puig– D. M. Luzón Peña), Barcelona, Bosch, 1996; Hassemer, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho Penal”, (trad. Elena Lurrari), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992; Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

¹⁵ El problema internacional más polémico es el relativo al tráfico de estupefacientes, pues se contraponen con el concepto de “autopuesta en peligro”, en donde las opiniones se bifurcan, al señalarse que el bien jurídico que tutelan los delitos contra la salud, a saber “la salud pública”, es abstracto o ficticio, luego no es legítimo crear tipos penales simbólicos.

Asimismo, ha de ocurrir que en estos bienes jurídicos se ignore si su ataque típico constituye una lesión o solamente una puesta en peligro de los mismos, puesto que el bien jurídico colectivo surge del bien jurídico individual, pero tiene autonomía. En este sentido, si el peligro concreto que se exige en el tipo penal implica lesión de la seguridad del tránsito vehicular a través del peligro concreto para sujetos individuales, o únicamente la puesta en peligro de esa seguridad colectiva. Ello lleva a plantearse si en verdad el bien jurídico colectivo tiene alguna función, aparte de servir de justificación político-criminal.

2. *Delitos de peligro concreto y de peligro abstracto*

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros, el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico; el peligro concreto es el resultado típico. De ahí se sigue que la afirmación de la tipicidad de estos delitos pasa por la prueba de que la conducta produjo en el supuesto real un peligro, el que debe coincidir con el establecido en la ley. Es decir, existe una situación o estado de peligro separable de la conducta. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, en su peligrosidad típica, sin exigir, como en el caso concreto que, efectivamente, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Es importante resaltar que el razonamiento fundamental es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. Un caso claramente ejemplificativo de los delitos de peligro abstracto sería la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o narcóticos, conducta generalmente muy peligrosa, pero sin exigir una concreta puesta en peligro.¹⁶ Esta diferente configuración del tipo objetivo (la exigencia en los primeros del peligro como resultado separado de la acción peligrosa, frente a la peligrosidad de la conducta como elemento caracterizador de los segundos), impone un tratamiento diferenciado de

¹⁶ La doctrina moderna considera que el objeto del peligro común es la colectividad, aunque esto no signifique poner en peligro, necesariamente, a una pluralidad de personas, sino que esa colectividad puede estar representada por una sola persona, indeterminada *ex ante*, como parte de esa colectividad.

ambas clases de delitos también en el análisis del tipo objetivo, lo que explica el esquema de trabajo que se expone.

Por otro lado, la categoría de los llamados “delitos de peligro abstracto” ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de una consecuencia jurídica, la acreditación de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello sucede, por cuanto suele pretenderse que los citados delitos son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque en verdad ello no ocurra). Con ello no sólo se violenta el derecho a la “presunción de inocencia”,¹⁷ sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas.

3. *Delitos de peligro y dolo*

Es común atender la explicación del delito doloso consumado, cuando concurren todos los elementos del tipo objetivo en la realización de un hecho. Pero esto no significa que la punibilidad no pueda extenderse a hechos dolosos no consumados, aún cuando se empiece a ejecutar. Esto es, el Código Penal Federal, en el Libro Primero, establece en su artículo 12 la existencia de la tentativa.

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

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

¹⁷ En donde evidentemente es exigido por el Estado como condición para imponer penas, la prueba de todas y cada uno de los presupuestos de punibilidad y que correlativamente no requiera al imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad.

Se puede apreciar que en la redacción del precepto legal antes aludido existe una serie de descripciones penales que pretenden castigar el ilícito en un área muy anterior a la efectiva lesión de un bien jurídico tutelado. La doctrina alemana lo ha denominado “criminalización de un estadio anterior” o en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico.

Este tipo de técnica legislativa tiene su origen en la década de los 70 y significó un abierto abandono de las raíces liberales del Derecho Penal. La criminalización, en fases muy anteriores a la lesión de un bien jurídico, surge a partir del interés del legislador por aprehender momentos de la conducta delictiva que preparan, aunque de manera muy poco precisa y unívoca, la realización de otra u otras conductas criminales.

El interés del análisis se traslada a un ámbito de la tutela del bien jurídico donde, por las reglas del Derecho Penal liberal, no habría de llegarse, por cuanto allí donde se quiere incidir ahora no hay una efectiva protección de bienes jurídicos, y no la puede haber ya que el objeto protegido no sufre, en forma directa, siquiera el peligro de ser lesionado.

Las herramientas utilizadas para trasladar la tutela tradicional de bienes jurídicos a estos ámbitos “preparatorios” de una conducta criminal son muy variadas. La más común es acudir a la construcción de tipos penales que castigan el planeamiento exteriorizado por la sola posesión de objetos conocidamente utilizados para la realización de un cierto tipo de delitos, o incluso la manifestación de voluntad para realizar hechos criminales por la vía de una asociación ilícita, la que se comprueba con la decisión de dos o más personas que se reúnen para cometerlos, pero sin realizar todavía ninguna acción lesiva de bienes jurídicos.

En este sentido, si el Derecho Penal debe garantizar la tutela de bienes jurídicos entendidos como aquellos valores fundamentales de una determinada sociedad, entonces debe asegurar, igualmente, un mínimo ético, y esto no es posible si se pretende, por un lado, construir un Derecho Penal que desee castigar actitudes por la posesión de objetos o la simple intención de delinquir aun fuera del ámbito del control estatal, pues podría desencadenar en un evidente terror penal.

3.1 Relación entre dolo de lesión y dolo de peligro

“Dolo de lesión” y “dolo de peligro” no son conceptos idénticos. Mientras que el dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, puede existir dolo puro de peligro sin dolo eventual de lesionar. La diferencia entre ambos conceptos radica en el “elemento volitivo” no entendido por la doctrina en forma mayoritaria como consentimiento, sino como “tomarse en serio” o “conformarse”/“confiar en”. Al respecto, existen modernas teorías que renuncian a ese elemento de voluntad, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor.

Resulta necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto (grado de peligro, dominabilidad o posibilidad de control del riesgo, protección), límites que sean especialmente estrictos en el dolo de peligro e imperativo el real conocimiento y toma de posición del autor ante el peligro, que el sujeto sea consciente de que su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo, pero que no se conforme con el eventual resultado lesivo sino que confíe fundamentalmente en poder controlar el peligro y evitar la lesión.

Este criterio diferenciador es el mismo utilizado para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente, por lo que se impondrá igualmente en el caso el análisis de la relación de ambos conceptos. “Dolo es el conocimiento de la acción y sus consecuencias”. Con esta definición se sitúa Jakobs entre los modernos defensores de la reducción de este concepto al elemento intelectual, prescindiendo por completo del elemento volitivo.¹⁸ Al respecto es atendible la tesis aislada II.2o.P.118 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, correspondiente a la Novena Época, Tomo XVIII, diciembre de 2003, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* y visible en la página 1376:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. CUANDO CONCORRE ALTERNATIVAMENTE CON UN DELITO ESPECÍFICO, PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA MOTIVACIÓN QUE EXIGE EL PRIMER PÁRRA-

¹⁸ Véase fundamentalmente su trabajo “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios penales*, Madrid, UAM/Civitas, 1997, España, pp. 293-325.

FO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE LOS SUJETOS ACTIVOS SABÍAN DE SU CONFIGURACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FINALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- Cuando en un hecho delictivo concreto participen diversos sujetos activos, en términos de alguna o varias de las formas previstas por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de México, y alternativamente se considere que existe delincuencia organizada como delito autónomo, a fin de satisfacer la garantía constitucional referente a una adecuada motivación a que alude el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con independencia de la comprobación del delito específico que resulte, es menester acreditar la intención de los sujetos (tres o más) de organizarse de manera permanente o reiterada con el propósito abstracto de cometer delitos y en cada uno la pertenencia voluntaria en esa agrupación, es decir, debe demostrarse que sabían que la configuración y organización de sus asociados era el fin de delinquir, y que su intención fue formar parte de ésta (ya sea habitual u ocasionalmente) compartiendo su finalidad, esto es, que estaban dispuestos a participar en delitos aún no determinados específicamente, pues se trata de un delito doloso por excelencia y de peligro abstracto.

No obstante, esta tesis denota una clara diferencia en la anterior afirmación de Jakobs, al ser ésta matizada evidentemente al atender la problemática del dolo eventual y su diferenciación con la imprudencia consciente, pues si bien es cierto tan sólo exige para el dolo eventual el conocimiento de que la realización del tipo no sea improbable como consecuencia de la acción, ha matizado previamente que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual, esta teoría intelectual no debe entenderse como que el dolo es una situación psíquica dependiente sólo del intelecto. No basta la pura representación de la posibilidad del resultado, sino que es exigible un juicio válido para el autor en el momento de la acción.

Quien no se ha decidido entre la representación del peligro y la esperanza de que la acción no tenga consecuencias, no ha juzgado aún el resultado como no improbable. El solo “pensar en ello” sin calidad de juicio puede llamarse imprudencia consciente, pero si el autor tiene el conocimiento “válido para él” de que el resultado puede producirse, desde ese momento puede actuar inmediatamente el motivo de evitación y, por tanto, actúa dolosamente.

III. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora había deambulando por aquella —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Los delitos que le conciernen a la teoría de la imputación objetiva son, en origen, los de resultado material. Sin embargo, actualmente se propone la extensión de su ámbito de aplicación también a los delitos de actividad y a los omisivos; en la tentativa; en la participación criminal; así como en el tipo doloso y culposo. Al respecto, Reyes Alvarado comenta que:

[...] cuando se hace referencia a una imputación objetiva del resultado, se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores (de acción o de resultado) se debe otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como la obra de alguien.¹⁹

Sin embargo, el hecho de referir a la imputación objetiva sólo a los delitos de resultado ha sido simplemente por consecuencia lógica de la estrecha interpretación que considera a esta teoría como un mecanismo exclusivamente apto para atribuir resultados. Pero si de acuerdo con lo ya expuesto por Reyes Alvarado:

[...] correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho Penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y mucho menos a unos determinados tipos de resultado como los homicidios y las lesiones personales, como en algunas escasas oportunidades se ha llegado a sugerir.²⁰

¹⁹ Cfr. Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1998, p. 72.

²⁰ *Ibidem*, p.78.

Por otro lado, la constatación de una relación (causal) entre la acción desplegada por una determinada persona y el resultado producido por éste deberá situarse, tal y como lo señala Paz Cuesta Aguado:

[...] en los delitos dolosos de resultado, en la tipicidad como presupuesto previo a la atribución de la conducta a su autor mediante la aplicación de los criterios de la imputación objetiva. La constatación de la relación de causalidad consiste en la aplicación a la aparición de un resultado de principios explicativos lógicos que excluyen, antes de realizar una valoración jurídico-normativa, aquellos supuestos que no son en ningún caso consecuencia de un actuar humano. En sentido positivo, consiste en la explicación —lógica— de cuándo un resultado fue consecuencia de una acción. Pero no siempre la producción del resultado tiene carácter necesario, pues se pueden enunciar supuestos donde la explicación de la relación entre acción y resultado no es de naturaleza causal —al margen de los delitos de omisión impropia—. Son los supuestos de la denominada causalidad psíquica o aquellos otros donde la explicación de la producción del resultado se puede fundamentar en una explicación estadística.²¹

Tal y como se visualiza, marginalmente, con el criterio jurisprudencial del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, correspondiente a la Novena Época, Tomo: XIV, octubre de 2001, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* y visible en la página 1151, bajo la rúbrica y texto siguiente:

OMISIÓN DE CUIDADO, DELITO DE. EL DAÑO A LA VÍCTIMA O SU PUESTA EN PELIGRO NO ES UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA).- A diferencia de otros delitos similares contemplados en distintos ordenamientos punitivos del país, el tipo penal del delito de omisión de cuidado, previsto por el artículo 194 del Código Penal para el Estado de Colima, que a la letra dice: “Artículo 194. Al que no cumpla sus deberes de cuidado respecto a su cónyuge, menores hijos o de cualquier persona incapaz de valerse por sí misma, o abandone a quien hubiese atropellado con un vehículo, se le impondrán de tres días a tres años de prisión y multa hasta por 30 unidades ...”, en su primera hipótesis, se consuma con el solo hecho de no cumplir con los deberes de cuidado respecto al cónyuge, los menores hijos o

²¹ *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

cualquier persona incapaz de valerse por sí misma, con independencia de que se produzca o no un daño al sujeto pasivo. Se trata de un delito de simple omisión y de peligro abstracto, en el que el daño a la víctima o su puesta en peligro no es un elemento del tipo penal, sino la razón que llevó al legislador a sancionar penalmente la conducta.

IV. POSTURA PERSONAL

El que la teoría de la imputación objetiva constituya, hoy en día, un método para comprobar el tipo de injusto, habrá de implicar que junto al criterio de la creación de un riesgo típicamente relevante, la necesidad de constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer *ex ante* un riesgo real para el bien jurídico,²² como suele suceder con los delitos contra la salud (artículo 194 y ss. del CPF).

En este sentido, la función del juez al momento de comprobar la realización de los delitos de peligro abstracto, por ejemplo, requiere de la creación de un riesgo penalmente relevante, atento al juicio de pronóstico *ex ante*. Obviamente, se tendrá que desechar la postura de la peligrosidad de la conducta como mera *ratio legis* que no requiere, en la medida que no es elemento expresamente incluido en el tipo, su constatación por parte del juez en el caso particular, considerando —así sea el caso— los eventuales conocimientos especiales del autor.

²² Véase en este sentido, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 287 y ss.

