

# DEBER JURÍDICO PENAL Y LA CALIDAD ESPECÍFICA EN EL SUJETO ACTIVO



**María Cruz Camacho Brindis \***

\* Profesora e investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.

## INTRODUCCIÓN

¿Qué pasa cuando un empleado de mantenimiento de un organismo descentralizado, dolosamente distrae de su objeto un aparato que por razón de su cargo ha recibido de dicho organismo?, ¿debe responder por peculado?, ¿qué pasa en los tipos legales en que se describen determinadas calidades específicas en los sujetos activos y concurren a su realización sujetos ajenos a su descripción, determinando o auxiliando dolosamente en su comisión?, ¿qué pasa cuando en la realización de esos tipos legales se presenta una *aberratio ictus* o un error *in objeto* ?

Estas y otras interrogantes que rodean al deber jurídico penal, y a la calidad específica en el sujeto activo, se intentan responder en los siguientes apartados.

Se cuestiona la amplitud del deber jurídico penal de los servidores públicos, ilimitado en su ámbito de aplicación.

Se analiza un caso interesante, a saber, la del sujeto sin calidad específica, que determina o auxilia dolosamente a un sujeto, que sí tiene calidad específica, a concretizar un tipo legal especial. Los ejemplos que se plantean son tomados de la legislación española y alemana, llamando la atención la regla que establece que las circunstancias personales que aumentan o aminoran la punibilidad sólo favorecen o afectan a aquellos inductores (determinado - res) o cómplices (auxiliadores) en quienes concurren.

En contraste se presenta el marco legal mexicano. El legislador fue claro: el aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervienen en aquél. Es interesante, pues surgen deberes diferentes que bien pueden variar la punibilidad de los sujetos. Un buen ejemplo lo es el parricidio, y otro el artículo 212 del Código Penal del Distrito Federal, que en su segundo párrafo establece las mismas sanciones de los delitos de servidores públicos para cualquier persona que participe en su perpetración, es decir, aunque no sea servidor público.

Más adelante, es importante analizar los textos legales extranjeros y compararlos con los de nuestro país. Nuevamente el parricidio es un buen ejemplo, y llama la atención que, en España, igual se incluye a ascendientes, descendientes y al cónyuge. Es oportuno ubicar el ejemplo en la hipótesis del sujeto con calidad específica, que determina o auxilia a un extraño sin calidad específica, a concretizar un tipo especial como lo son, precisamente, el parricidio y el infanticidio. No falta el ejemplo mexicano de infanticidio con o sin móviles de honor, y las consecuencias del artículo 54 del Código Penal del Distrito Federal, referible al aumento o la disminución de la pena sólo aplicable al autor material del delito especial. .

Surgen más interrogantes: queriendo matar a un extraño, por confusión se priva de la vida a un ascendiente, ¿qué deber jurídico penal se concretiza?; más aún, ¿qué papel juega el determinador intencional, cuando lo hay, detrás de todo esto?; o cuando queriendo matar a un extraño sin calidad específica, por desviación causal, ¿se consuma la muerte de un ascendiente?, ¿qué sucede si hay un determinador intencional con o sin calidad específica?

En fin, es sólo un intento, que pretende escudriñar en cinco hipótesis el alcance del deber jurídico penal, y de la calidad específica en el sujeto activo más allá de una definición, en su verdadero sentido dentro de la estructura del tipo legal.



## 1. CONCEPTOS BÁSICOS

Con base en el Código Penal se estructura el tipo legal, surgiendo con una existencia propia y, en ocasiones, sirviendo de fundamento para nuevas fórmulas típicas. Esta creación legislativa recibe la denominación de tipo fundamental, definido por la *Teoría del modelo lógico*. 'el que no deriva de otro tipo y sirve para generar nuevos tipos';<sup>1</sup> por ejemplo, el homicidio. Los nuevos tipos, que son especiales, surgen con vida propia al sustituir o agregar uno o varios elementos en el fundamental, y esto trae como consecuencia una punibilidad aumentada o disminuida. En el primer caso se trata de un tipo especial calificado, y en el segundo de un tipo especial privilegiado.<sup>2</sup> Tanto el tipo fundamental como el especial incluyen, entre otros elementos, el deber jurídico penal y el sujeto activo.<sup>3</sup> De donde resulta que el deber jurídico penal es: 'la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo legal'.<sup>4</sup> El deber jurídico penal es importante porque:

1. Conociendo el deber jurídico penal se conoce también el bien que se tutela, el bien objeto valorado.
2. Por medio del deber jurídico penal se conoce

1. Olga Islas de González Mariscal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, México, 1991, p. 55.
2. *Ibidem*.
3. Para la estructura del tipo legal confróntese Olga Islas de González Mariscal, *ob. cit.*, pp. 27 y sgts.
4. *Ibid.*, p. 31.

exactamente la conducta que se está prohibiendo, la conducta vedada.

3. Por medio del deber jurídico penal se sabe a quién le está dirigida la norma, esto es, quién es el sujeto activo. Entendiendo por sujeto activo aquel que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en él particular tipo legal.<sup>5</sup> Esto último conduce a afirmar que, en virtud del principio de legalidad, el deber jurídico penal, en ocasiones no se dirige a todos, sino a un determinado sector de sujetos. Todos los tipos legales contienen un sujeto activo, pero no siempre se abarca a todos los sujetos en su totalidad, sino sólo a algunos. Cuando esto ocurre se está en presencia de un elemento adicionado al tipo legal, que no es otro que la calidad específica, presente sólo como 'características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber'.<sup>6</sup>

La calidad específica limita la clase de sujetos activos; por ejemplo: descendiente consanguíneo en línea recta en el parricidio, servidor público en el peculado, ascendiente consanguíneo en el infanticidio, etcétera. La presencia, o no, de la calidad específica, hace que a los tipos legales se les clasifique en comunes o especiales: "tipo común es el que no describe calidad específica alguna y, por lo mismo puede ser concretizado por cualquier persona. Tipo especial es el que sí exige una calidad específica y, por tanto, sólo puede ser concretizado por quien satisfaga esa calidad".<sup>7</sup>

5 *Ibid.*, p. 32.

6 *Ibid.*, p. 40.

7 *Ibid.*, p. 54.



De lo expuesto resulta que el parricidio es un tipo especial, por la calidad específica del sujeto activo y por derivarse del homicidio, al tiempo que es calificado, por el aumento de punibilidad, en comparación con el tipo de homicidio que es fundamental y común.



## 2. EL DEBER JURÍDICO PENAL, ¿AMPLIA PROHIBICIÓN EN EL SERVIDOR PÚBLICO?

La calidad específica del sujeto activo en el marco de la administración pública tiene un ámbito de aplicación algo exagerado, lo que lleva a reflexionar en lo siguiente.

El deber jurídico penal de servidores públicos se extiende a todos aquellos que se coloquen en la hipótesis del artículo 212 del Código Penal para el Distrito Federal:

Para los efectos de este título, y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos en el Congreso de la Unión, o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente título, son aplicables a los gobernadores de los estados, a los diputados a las Legislaturas locales y a los magistrados de los tribunales de justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Así, resulta el siguiente ejemplo que se presenta con el fin de cuestionar sobre la validez de aplicar el deber jurídico penal de peculado a un empleado de mantenimiento:

El sujeto Y, miembro del personal de mantenimiento de un organismo descentralizado, ha recibido, por razón de su cargo, un aparato perteneciente a dicho organismo con un valor menor de ciento noventa veces el salario mínimo diario y dolosamente lo distrae de su objeto.

El sujeto Y está colocado en la hipótesis del artículo 212 del CPDF, y, en consecuencia, el texto aplicable es el correspondiente al artículo 223 del CPDF, fracción I:

Comete el delito de peculado todo servidor público que, para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

¿Es el miembro del personal de mantenimiento autor de peculado? De acuerdo al principio de legalidad, sí lo es.

La administración pública ha extendido su concepto de autor hasta estos sujetos, pues se refiere al desempeño de un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza. Lo que llama la atención es que en el Código Penal hay otra figura que, sin requerir que el sujeto activo tenga la calidad de servidor público, sanciona la disposición indebida de cosas ajenas, y lo único que pide es que exista un sujeto que las haya recibido en tenencia, o sea una calidad específica de ser tenedor de la cosa ajena mueble. Esta figura es la del abuso de confianza prevista en el artículo 382 del CPDF, cuyo contenido es:

Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí, o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.

El deber jurídico penal, en el abuso de confianza, encierra similar contenido al del peculado, exclusivamente en cuanto a la conducta se refiere. Extraña consecuencia del principio de legalidad y del deber jurídico penal. Pero... vale la pena, ahora, comparar punibilidades.

En el peculado, según el artículo 223 del CPDF, último párrafo:

Cuando el monto de lo distraído, o de los fondos utilizados indebidamente, no exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de *tres meses a dos años de prisión, multa* de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, y *destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.*

En el abuso de confianza, según el artículo 382 del CPDF: Se le sancionará con *prisión hasta de un año y multa* de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Una gran diferencia en las reacciones penales, a pesar de que las conductas son similares. ¿No es así? ¿Es válido imponer una mayor reacción penal a un empleado de mantenimiento? El deber jurídico penal indica que también hacia él va dirigida la prohibición de peculado.

Búnster reflexiona sobre este punto, pues ve en el





concepto de administración pública, para efectos pendes, una amplitud algo desmesurada, concretamente en aquellas actividades en que el Estado, no obstante aportar el cincuenta y a veces hasta el ciento por ciento del capital, no recurre al derecho de la administración pública para dar estructura a sus actividades empresariales y prefiere marcos de derecho privado, y así menciona:

... nos hallaremos con que el obrero o empleado, ladrón de la fábrica de hilos La Aurora, de las bicicletas Cóndor, o de la Rosa Fosfórica, van a enfrentar una responsabilidad ministerial por peculado y no una responsabilidad, digamos, común por robo.<sup>8</sup>

Sería mejor que esta clase de actividades se atendiera en un apartado distinto al del servidor público. Esto se ve claramente en la comparación de punibilidades entre el abuso de confianza y el peculado.

Supóngase que el juzgador impone el límite máximo de pena privativa de libertad, impone la multa, la inhabilitación y finalmente destituye. ¿Es válido extender así el deber jurídico penal del servidor público a estos trabajadores dentro de la administración pública? Desde luego no lo es. Se trata de una aplicación totalmente legal del artículo 212 del CPDF, pero ilegítima en cuanto al alcance del concepto de servidor público, ya que extiende demasiado el ámbito de aplicación del deber jurídico penal.



### 3. SUJETO SIN CALIDAD ESPECÍFICA QUE DETERMINA O AUXILIA DOLOSAMENTE

Otra reflexión es la que se refiere a la hipótesis del sujeto sin calidad específica, que determina o auxilia dolosamente a otro para que concrete un tipo legal especial: Sujeto sin calidad específica (extraño) que determina o auxilia dolosamente a un autor material con

8. Álvaro Bünster, *Responsabilidad penal del servidor público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios doctrinales. No. 88, 1984, Porrúa, México, p. 15.

calidad específica a concretizar un tipo especial.

Se trata de fijar el deber jurídico penal del determinador (inductor) y del auxiliador a partir del tipo especial y del tipo común.

3.1. En la legislación alemana se observan ideas muy claras, y su estudio es de gran importancia. Así, el párrafo 50, párrafo segundo, del Código Penal alemán, dice:

Si la ley dispone que especiales cualidades o circunstancias personales agravan, atenúan o excluyen la pena, ello regirá sólo para el autor o partícipe en el que concurren.

La doctrina alemana ubica, como partícipes, al que determina (inductor) y al que auxilia (cómplice); de igual forma llama *extraño* a quien no reúne la calidad específica para ser sujeto activo que exige el tipo legal, y llamado *intraneus* a quien sí reúne esas características delimitadoras del sujeto activo exigidas en el tipo legal.

También distingue entre aquellos tipos que tienen su correspondencia con uno común, por ejemplo, el infanticidio y el parricidio, que son clases especiales del homicidio, 9 y aquellos tipos que no tienen correspondencia con ningún otro.<sup>10</sup>

De igual forma, la doctrina alemana<sup>11</sup> considera que en los delitos especiales impropios hay, para todos los extraños, una atenuación de la pena; inductores y cómplices responden no por el delito agravado del *intraneus* sino por el delito común.<sup>12</sup> Así es que un deber jurídico penal previsto en un tipo legal especial, sólo puede cumplirlo quien tiene calidad específica: "si al supuesto de hecho pertenece la lesión de una relación especial dé deber, sólo puede ser autor del delito aquel que se halla en tal relación de deber".<sup>13</sup>

3.2. También la doctrina española llega a idéntica solución y ofrece un buen ejemplo con un concepto amplio de parricidio:

El extraño que induce al marido a matar a la esposa de éste, responderá sólo por inducción, no a un parricidio, sino a un homicidio.

Este ejemplo se puede analizar con base en el artículo 405 del Código Penal español, que establece:

9. Tipos especiales impropios.

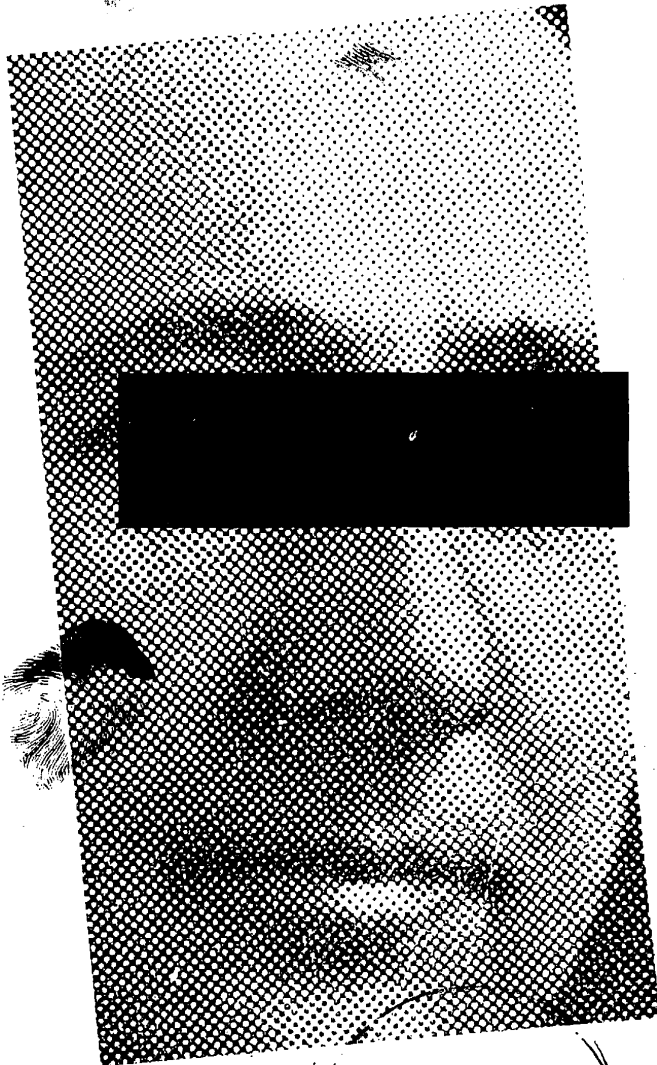
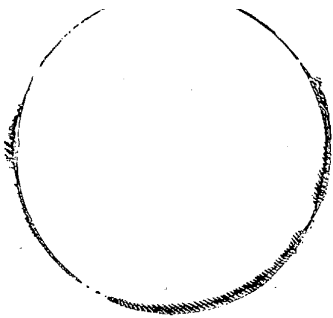
10. Tipo especial propio.

11. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, pp. 25 y sgts.

12. Inducir es determinar dolosamente a un hecho doloso, persuasión, consejo, disuasión, Cfr. Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971, p. 166. Complicidad: prestar ayuda dolosa a un hecho doloso. Cfr. *ibíd.*, p. 170. Autor material: aquel que concretiza la conducta descrita en el tipo legal. Cfr. Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970, página 45.

13. En este sentido, Lehrbuch, 1889, p. 140. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, *ob. cit.*, pp. 225 y sgts.





El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado como reo de parricidio con la pena de reclusión mayor.

Para el parricidio la reclusión mayor es de veinte años y un día a treinta años (artículo 30 del CPE), mientras que la de homicidio es de reclusión menor (artículo 405 del CPE), o sea, doce años y un día a veinte años (artículo 30 del CPE).

Como se ve, si el extraño no reúne la calidad específica, su comportamiento sólo puede ser ubicable como inductor a un homicidio, que es el tipo común. El mismo razonamiento es aplicable para el que auxilia.

Es la misma solución que plantea la doctrina alemana, ya que de acuerdo al párrafo 50, párrafo 2o., el extraño queda excluido de la hipótesis legal.<sup>14</sup>

La diferencia es notable: menor punibilidad para el que induce o auxilia, ya que se trata de una inducción o auxilio a un homicidio que es el tipo fundamental.

El aumento o la disminución de punibilidad sólo se dirige al autor material, al inductor y al cómplice con calidad específica. Así se consigna en el artículo 60 del Código Penal español:

Las circunstancias agravantes o atenuantes, que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran.

O como en la legislación alemana, en que las circunstancias personales que aumentan o aminoran lo injusto típico, solamente deben agravar o favorecer a aquellos partícipes en los cuales concurran.<sup>15</sup>

Esta es la consecuencia de reunir, o no, una calidad específica prevista en un tipo legal. 3.3. En México, el marco legal es diferente. Se trata del artículo 54 del Código Penal del Distrito Federal, que indica:

El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los de-- más sujetos que intervinieron en aquél.

Este texto sólo se refiere a los tipos especiales que derivan su existencia de un tipo fundamental, al que se le han agregado o sustituido elementos que aumentan o disminuyen la punibilidad, que exigen una calidad específica y que sólo pueden ser concretizados por el autor material que satisfaga esa calidad.<sup>16</sup>

14. Enrique Gimbernat Ordeig, *ob. cit.*, p. 253.

15. Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971, p. 73.

16. *Tipo especiales* el que nace con vida propia, al sustituir o agregar uno o varios elementos en el fundamental. *Complementado* es

De acuerdo al artículo 54 del CPDF, las circunstancias personales que aumentan o aminoran la punibilidad no afectan, ni favorecen al determinador y al auxiliador, a pesar de que concurra en ellos esa calidad específica prevista en el tipo especial.

La determinación intencional (inducción) y el auxilio (cómplice) lo son sólo para el tipo común.

*Ejemplo;* el sujeto Y, sin calidad específica, quiere que muera P, padre de Z; a tal efecto, convence a Z para que prive de la vida a P. Z finalmente consigue dar muerte a su propio padre.

El sujeto Z es autor (material) de parricidio.

¿Realmente Y es autor de determinación intencional a un parricidio ?

No. El sujeto Y no es autor de determinación intencional a un parricidio.

El sujeto Y es autor de determinación intencional a un homicidio.

El razonamiento es el siguiente:

En México se regula el parricidio en el artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal:

Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.

Y la punibilidad en el artículo 324 del Código Penal del Distrito Federal: "Al que cometa el delito de parricidio se le aplicará de trece a cincuenta años de prisión".

Interesa destacar en el parricidio doloso consumado<sup>17</sup> lo siguiente:

1o. Que el deber jurídico penal para el autor material consiste en la prohibición de privar de la vida dolosamente a un ascendiente consanguíneo en línea recta, legítimo o natural (sabiendo el delincuente ese parentesco).

2o. El deber jurídico penal sólo se dirige al descendiente consanguíneo en línea recta, legítimo o natural.

3o. Que se tutelan dos bienes jurídicos:

B<sub>1</sub> = La vida humana.

B<sub>2</sub> = La fe y la seguridad fundadas en la confianza derivada de la relación entre ascendiente y descendiente.

4o. La punibilidad es elevada, ya que va de trece hasta cincuenta años, en virtud de que se tutelan dos bienes jurídicos.

el que surge con vida subordinada, al sustituir o agregar uno o varios elementos en el fundamental. Ahora bien, ese tipo especial, o en su caso el complementado, es *calificado* cuando el nuevo elemento trae, como consecuencia un aumento en la punibilidad, y es *privilegiado* cuando el nuevo elemento da lugar a una disminución en la punibilidad. Cfr. Olga Islas de González Mariscal, *ob. cit.*, página 55.

17. *Ibid.*, pp. 188 y sgts.

El que determina intencionalmente, o el que auxilia a otro que comete parricidio, al no reunir la calidad específica exigida, precisamente en el parricidio, sólo puede ser autor de determinación o auxilio intencional a un homicidio, que es el tipo fundamental. Tampoco puede asociársele la punición del parricidio, sólo la del homicidio.

El extraño sólo determina o auxilia a privar de la vida dolosamente a otro.

Como se observa, el aumento de punibilidad aplicable sólo al autor material de parricidio, deriva del segundo bien jurídico, nacido de una relación personal entre ascendiente y descendiente, precisamente de la calidad específica.

La base legal de la determinación, y del auxilio intencionales, está dada por el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal en sus fracciones V y VI:

Son responsables del delito:

Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

Estos textos reflejan estructuras típicas, congruentes y autónomas que, efectivamente, tienen su propio bien jurídico y su propio autor material, precisamente, en quien determina o auxilia.<sup>18</sup>

En consecuencia, no puede afirmarse que se trate de una determinación o auxilio a un parricidio por dos razones:

1a. Porque el aumento de la punibilidad en el parricidio se funda en las calidades, en las relaciones personales, en las circunstancias subjetivas del autor del delito y auxiliador e inductor (determinador intencional); son extraños por no reunir la calidad específica exigida en el tipo de parricidio.

2a. La razón-más importante. Porque, en virtud del principio de legalidad, derivado del artículo 54 del Código Penal del Distrito Federal, el aumento o la disminución de la pena fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, *no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél*; en este caso, determinadores y auxiliadores.<sup>19</sup>

18. Sobre una teoría del sujeto activo y un análisis lógico del artículo 13 del CPDF, con interesantes conclusiones, confróntese *ibid.*, pp. 32 y sgts.

19. Debe aclararse que esto rige así sólo para los aumentos o disminuciones de punibilidad basados en las calidades específicas del autor material, no así para aquellas de naturaleza objetiva que también aumentan o disminuyen la punibilidad, por ejemplo, medios crueles alevosos, ventajas, que caracterizan al homicidio calificado (artículos 320 del CPDF.) y que, con independencia de la calidad específica, se aplica a" inductores y auxiliadores, agravando su conducta, siempre y cuando las conozcan. De tal suerte que si serían inductores y/o auxiliadores a un homicidio calificado, tal y



3.3.1. En otro aspecto de la legislación mexicana, el artículo 54 del CPDF deja un silencio respecto a la intervención en tipos legales que, incluyendo calidades específicas, no contienen aumentos ni disminuciones de punibilidad, como son los tipos especiales fundamentales.<sup>20</sup> Por ejemplo, los relativos a servidores públicos, de los que quizá se encuentra una respuesta en el artículo 212 del CPDF, párrafo segundo, que establece:

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a *cualquier persona* que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o el subsecuente.

El sujeto que, sin ser servidor público, determina o auxilia a la comisión de un delito de servidor público, responde igual que si lo fuera. No existen aumentos o disminución de pena.

Quizá, en materia de servidores públicos, fue la orientación alemana y española la que siguió el legislador mexicano:

como se expresa en el artículo 54 del CPDF, párrafo segundo: "son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas".

20. Definición de acuerdo al modelo lógica Cfr. referencias número 1 y 16.

" El inductor y el cómplice responden en base al delito propio; responden, pues, a pesar de que no lo son, igual que el *intra-neus*, que induce o auxilia en el delito especial propio. Es más, como la pena del inductor es, en Alemania —como en España—, la misma del autor, resulta que el inductor extraño, responde en igual medida que el *intra-neus* autor en sentido estricto del delito.<sup>21</sup>

El artículo 212 del CPDF, segundo párrafo, prevé la misma sanción a aquellos que no reúnen la calidad específica de servidor público, pero cuya actuación es igualmente grave para el buen desarrollo de la administración pública.



#### 4. SUJETO CON CALIDAD ESPECIFICA QUE DETERMINA O AUXILIA DOLOSAMENTE

Otra reflexión es la que se refiere a la hipótesis del sujeto con calidad específica, que determina o auxilia dolosamente a un extraño a concretizar un tipo legal.

*Ejemplo:* el sujeto A quiere que muera su hijo H. Con tal fin auxilia al extraño B. El sujeto B consigue privar de la vida a H.

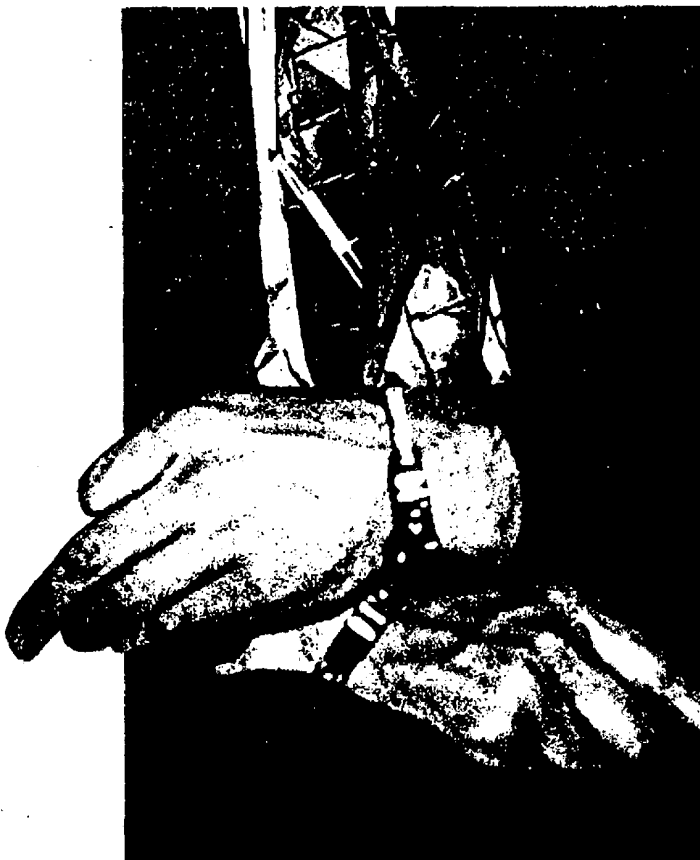
4.1. La legislación española ofrece un marco legal en el artículo 405 del Código Penal español (citado en 3.2), que establece la hipótesis del que matare a cualquiera de sus descendientes será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor, es decir de veinte años y un día, a treinta años.

El razonamiento es el siguiente:

Se aplica el artículo 60 del Código Penal español, en que las circunstancias agravantes que consistieran en relaciones particulares con el ofendido, o en otra causa personal, sirven para agravar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.

Por tanto, el sujeto A es autor de auxilio a un parricidio porque reúne la calidad específica de ser ascendiente y, en consecuencia, tiene el deber jurídico penal, consistente

21. Enrique Gimbernat Ordeig, *ob. cit.*, pp. 256 y 257.



en la prohibición dirigida al ascendiente de auxiliar a un tercero a privar de la vida a un descendiente. Es autor de auxilio al delito especial de parricidio, en tanto que B, sólo puede responder penalmente como autor del delito común de homicidio.<sup>22</sup>

El mismo razonamiento, con algunas observaciones, puede aplicarse para el infanticidio. Así, en España se considera sujeto activo de infanticidio, exclusivamente, a la madre y a los abuelos maternos, y, sólo, para ocultar la deshonra de la madre. Es un círculo restringido de sujetos activos que se ve claramente en el texto legal (artículo 410 del CPE):

La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometiere este delito.

De donde surge lo siguiente:

*Ejemplo:* los abuelos maternos quieren que muera su nieto recién nacido. Con tal fin, inducen a un extraño a que le cause la muerte.

Con base en el artículo 60 del CPE (citado en 3.2), la atenuación, es decir la punibilidad del infanticidio, tendrá que aplicarse a los abuelos maternos porque en ellos concurre la calidad específica prevista en el tipo legal de infanticidio. En tanto que, para el extraño, esta punibilidad, que es la atenuación, no le es aplicable. La que le es aplicable es la del asesinato, ya que concurre en su conducta una agravante prevista en el artículo 406 del CPE:

Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

2a. Por precio, recompensa o promesa.

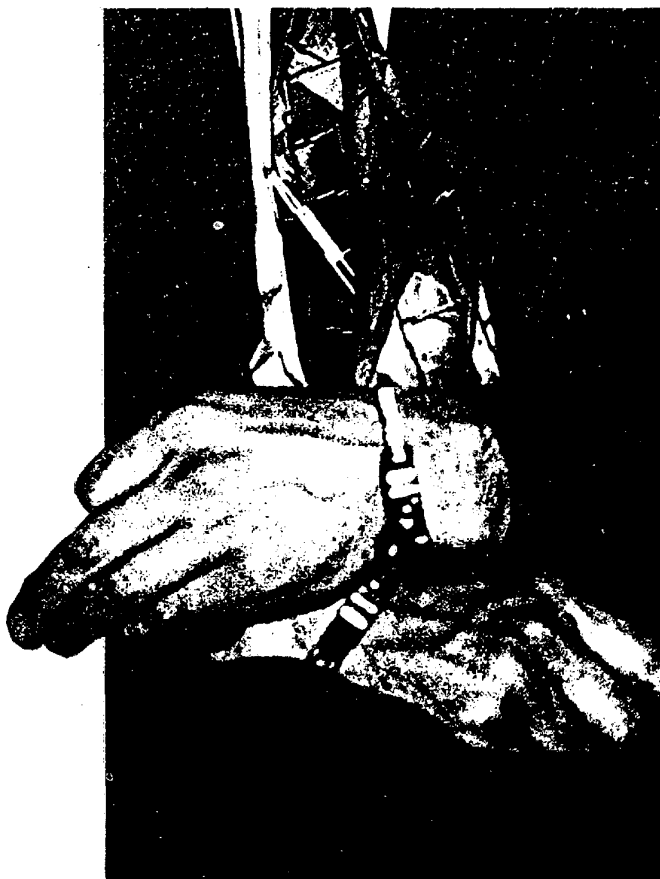
El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.

Paradójico, el extraño se convierte así en un autor (material) de asesinato.

El extraño (autor material) jamás podrá violar el deber jurídico penal del tipo legal de infanticidio, y en cuanto a las punibilidades, es menor la del infanticidio, ya que, en España, como se expresó, es de prisión menor (seis meses y un día a seis años), y para el asesinato es de reclusión -mayor (veinte años y un día a treinta años).

Concretando, si los abuelos maternos inducen a un extraño en la muerte del nieto recién nacido, el extraño es considerado como autor de asesinato y los abuelos maternos como autores de inducción al infanticidio.

22. O asesinato —homicidio calificado—, de existir alguna de las situaciones objetivas que se exigen en él para aumentar punibilidad. En esto no hay problema porque las punibilidades son iguales, ya que para el parricidio y para el asesinato hay reclusión mayor de veinte años y un día a treinta años.



4.2. En México, la regulación penal es diferente en el caso del infanticidio, ya que sujetos activos pueden serlo todos los ascendientes consanguíneos, como se ve en los artículos 325 y 326 del Código Penal para el Distrito Federal:

Llámase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión...

¿Qué pasa con los abuelos maternos —como en el ejemplo anterior— que determinan o auxilian dolosamente a un extraño para que prive de la vida al descendiente dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento ?

El artículo 54 del CPDF, sólo se dirige al autor material. Por eso el aumento o la disminución de la punibilidad sólo se refiere al autor material que reúne la calidad específica, y prohíbe su aplicación a los demás sujetos que intervinieron en él, ni a determinadores ni a auxiliares.

Resulta que el autor material del ejemplo —aquel extraño que privó de la vida a un recién nacido dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento— no tiene calidad



específica alguna, puesto que no se presenta entre el autor material y el sujeto pasivo la relación ascendiente-descendiente; en consecuencia, no puede aplicarse el texto del artículo 54 del CPDF para el autor material (sujeto activo), sin calidad específica, y, el mismo artículo no sólo no permite, sino que además no contempla, la aplicación de las atenuaciones o aumentos de pena para de-terminadores y auxiliares en quienes sí concurren esas calidades específicas.

Empiezan así, las posibles soluciones.

No parece lo más acertado considerar a los abuelos maternos del ejemplo, como determinadores o auxiliares a un infanticidio y aplicarles la punibilidad prevista en el artículo 326 del CPDF, de seis a diez años de prisión, porque reúnen la calidad específica de ser ascendientes consanguíneos, mientras que el autor material, sin calidad específica, responde como autor de homicidio calificado, que en México tiene una punibilidad de veinte a cincuenta años de prisión (artículo 320 del CPDF).

A esta solución no conduce el artículo 54 del CPDF, porque, se insiste, el autor material del delito no tiene ninguna calidad específica.

/Cuál ha de ser la mejor solución que sea coherente con el principio de proporcionalidad que debe existir entre el valor del bien jurídico y la magnitud del ataque a éste?

La solución que se propone es la siguiente:

Considerar que el autor material sin calidad específica concretiza un homicidio calificado porque lesiona dos bienes jurídicos:

<sup>1</sup> = la vida humana. B<sub>2</sub> = el derecho a la seguridad del niño indefenso.

Olga Islas menciona que la punibilidad del infanticidio, sin móviles de honor en relación con el homicidio doloso consumado, no debió atenuarse y más bien: "el legislador debió establecer un homicidio calificado, ya que además de la vida humana, está en juego otro bien: el derecho a la seguridad del niño indefenso"

El deber jurídico penal del homicidio calificado se puede estructurar considerando que la calificación surge de la existencia de los dos bienes jurídicos: prohibición de causar dolosamente la muerte a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

El planteamiento consiste, entonces, en proponer que los ascendientes consanguíneos sean considerados determinadores y *lo* auxiliares a un homicidio calificado, porque es indudable que el sujeto pasivo del delito al que inducen y *lo* auxilian,<sup>1</sup> con independencia de que sea un descendiente, es una persona que no puede defenderse. Y, en cuanto al autor material, la prohibición de causar la muerte a un ser indefenso va dirigida a cualquier persona. Es válido, entonces, prescindir del tipo legal de inducción al infanticidio (porque el autor material no concretiza un infanticidio por faltarle la calidad específica de ascendiente), para que ocupe su lugar el tipo de inducción al homicidio calificado. El deber jurídico queda así: prohibición de determinar y *lo* auxiliar dolosamente a otro a causa la muerte a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

Como se ve, cada uno es autor de su propia conducta porque viola el deber jurídico penal que le corresponde.

Con esta solución se considera irrelevante la calidad específica del sujeto activo como elemento constitutivo del tipo legal, verdadera causa de desproporción entre el valor de los bienes jurídicos, reflejado en las punibilidades, ya que se atiende a lo que verdaderamente aconteció, que es un homicidio calificado. Del extraño que ejecutó, jamás podrá decirse que colaboró en la muerte del pariente de otro. Lo único que podrá afirmarse es que violó el deber jurídico penal, que prohíbe privar de la vida dolosamente a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento y que lesionó dos bienes jurídicos.

Ahora bien, en México, en el artículo 327 del Código Penal para el Distrito Federal, se contempla la figura del infanticidio *honoris causa*, con una disminución de punibilidad en relación al infanticidio sin móviles de honor. Como sujeto activo sólo se considera a la madre del recién nacido:

Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

I. Que no tenga mala fama. II. Que haya ocultado su embarazo.

III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil. IV. Que el infante no sea legítimo.

Este texto legal conduce a un ejemplo:

La mujer B causa la muerte de su hijo dentro de las treinta y seis horas de su nacimiento. Con ese fin ha recibido la ayuda del abuelo del recién nacido.

El razonamiento es el siguiente: la mujer B es considerada autora de infanticidio *honoris causa* (móviles de honor), hecho previsto con una punibilidad de tres a cinco años de prisión.

En cambio, el abuelo del recién nacido es autor de auxilio, pero, ¿auxilio de que?, ¿de un infanticidio *honoris causa*? No, porque el texto legal dice: "la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo", no se refiere como el artículo 325 del CPDF a "los ascendientes consanguíneos".

En el infanticidio *honoris causa* la prohibición penal sólo va dirigida a la madre que no tenga mala fama y que haya ocultado su embarazo, impidiéndosele causar la muerte dentro de las setenta y dos horas de nacido al hijo ilegítimo que nació ocultamente, y no fue inscrito en el Registro Civil.

Tal deber sólo va dirigido a ella, de tal suerte que todo determinador y *lo* auxiliador intencional siempre será extraño, aunque sea el padre del menor, los abuelos maternos o paternos.

El razonamiento es similar al anterior: el abuelo materno es autor de auxilio a un homicidio calificado. Se da esta solución prescindiendo de la atenuación del infanticidio *honoris causa* con base en el artículo 54 del CPDF,



que señala que el aumento o *la disminución de la pena, fundadas en las calidades del autor de un delito, no son aplicables a los demás* sujetos que intervinieron en aquél. En tanto que B es autora de homicidio calificado. Pero, se hace un señalamiento sobre lo inoperante que resulta, actualmente, una convicción cultural que tenga que ver con el móvil del honor. Esta atenuación debe quedar sin efecto en el Código Penal, pues se trata de un verdadero homicidio calificado por lesionarse con esta clase de comportamientos, además de la vida humana, el derecho a la seguridad del niño indefenso.



## 5. ERROR IN OBJECTO

La hipótesis ahora es la siguiente:

Queriendo matar a un extraño, por confusión se priva de la vida a un ascendiente.

¿Qué deber jurídico penal se concretiza?, ¿qué tipo se concretiza?

Se trata de un *error in objecto*.

El *error in objecto* se da cuando la actividad, que se dirige a un objeto determinado, recae en dicho objeto, sólo que previamente dicho objeto ha sido confundido con otro.<sup>24</sup> Cuando los bienes jurídicos son idénticos, el error es irrelevante y subsiste el dolo, pero en este caso hay *culpa* respecto a la muerte del ascendiente, porque al error que se da respecto al objeto de la acción le falta equivalencia típica entre el objeto representado en la mente del sujeto y el objeto efectivamente atacado. En el caso, los bienes jurídicos no son típicamente equivalentes, por eso la confusión de los objetos sí es relevante para eliminar el dolo y, en consecuencia, es un tipo legal diferente al que se concretiza; por tanto, es importante para la concreción del tipo legal de quien se equivoca y para la aplicación de la punibilidad. Objeto de ataque y de lesión no son idénticos.<sup>25</sup>

24. *Ibid.*, p. 64.

25. *Cfr.* Johannes Wessels, *Derecho Penal, parte general*, Ediciones De palma, Buenos Aires, 1980, p. 75.

Por tanto, se concretiza el tipo legal de parricidio culposo y el deber jurídico penal es: prohibición de privar de la vida culposamente a un ascendiente consanguíneo en línea recta, legítimo o natural (sabiendo el delincuente ese parentesco)<sup>26</sup>.

Ahora bien, qué sucede si detrás de esto hay un determinador intencional como en el siguiente ejemplo:

El sujeto A quiere que muera su enemigo B, con ese fin determina intencionalmente a C para que ejecute el homicidio de B. El sujeto C, por un *error en objecto* mata al padre del sujeto A.

El sujeto C, extraño, ha cometido un homicidio doloso, ya que, en este caso, los bienes jurídicos son, para él, idénticos. C quería privar de la vida a un hombre y, efectivamente, mató a un hombre. Pero... ¿qué sucede con el sujeto A? ¿El sujeto A ha determinado a un homicidio a un parricidio?

El sujeto A es autor de determinación intencional de homicidio doloso consumado.

Esta solución se apoya en dos argumentos. El primero, es el referible a que el sujeto. A determina intencionalmente a cometer un homicidio doloso. El segundo argumento es que el sujeto A, determinador intencional, responde únicamente por el hecho cometido que concuerda con su dolo. Es irrelevante *error in objecto*: "responde únicamente sí el hecho cometido concuerda con su dolo. Un exceso del autor no lo afecta; carecen de importancia divergencias irrelevantes entre el hecho principal y el dolo del instigador"<sup>27</sup>.

La punición del determinador no se basa en la ejecución del homicidio, sino que concretiza su propia conducta ya prevista en el artículo 13 del CPDF,<sup>28</sup> de ahí que el *error in objecto*, no afecte para nada la tipicidad de la inducción, pues ésta constituye un tipo legal autónomo e independiente de cualquier otro tipo legal y no requiere de su concreción para imponer una pena. Olga Islas y Elpidio Ramírez explican:

La imposición de la pena al autor material de inducción no se subordina a la ejecución del homicidio, ya que ninguna norma jurídica existe en el Código Penal que consagre esa subordinación. En otros términos: no hay impedimento legal para imponer la pena al inductor aun cuando el tercero no realice el homicidio.<sup>29</sup>

Como se ve, la determinación (inducción) prevista en el artículo 13 del CPDF, tiene un contenido propio y diferente a la parte especial del Código Penal.<sup>30</sup> Por tanto,

el sujeto es autor de determinación intencional para cometer un delito, con independencia de si el autor material cometió un *error in objecto*.



## 6. ABERRATIO ICTUS

La hipótesis es la siguiente:

Queriendo matar a un extraño, por desviación causal se consuma la muerte de un ascendiente.

Se presenta una *aberratio ictus* en la que el sujeto,

dirige su actividad hacia un objeto determinado y, por desviación, recae en un objeto distinto. El extravío de la actividad no reside en la inteligencia del sujeto, sino en el proceso causal desencadenado por la actividad.<sup>31</sup>

Se resuelve en un caso de parricidio culposo. Se lesionan los dos bienes jurídicos protegidos en el tipo legal de parricidio:

$B_t$  = vida humana.

$B_2$  = la fe y/o la seguridad fundadas en la confianza derivada de la relación entre ascendiente y descendiente.

Este caso tiene que ver con la desviación causal, ya que el sujeto en la *aberratio ictus* no tiene una falsa apreciación de la realidad, pues la conoce perfectamente, sabe que es su ascendiente; pero tiene dolo de privar de la vida a un extraño. Falta el querer privar de la vida al padre por lo que se configura la culpa.

En relación al extraño, existe la tentativa de homicidio, ya que la desviación causal impide que se consuma éste.

Ahora bien, cuando detrás de una *aberratio ictus* hay un determinador intencional, la respuesta es la misma que en el error *in objecto*. El sujeto con o sin calidad específica, sólo determina a la concreción de un hecho que está en su dolo y, con base en ese dolo, responde, por lo que los excesos del que ejecuta la privación de la vida, no lo alcanzan, sin que se presenten por eso problemas de calidad específica. El sujeto concretiza el tipo legal de determinación intencional del artículo 13 del CPDF, fracción V, que es autónomo e independiente. &

32. Olga Islas de González Mariscal, *ob. cit.*, p. 192.

33. Johannes Wessels, *ob. cit.*, p. 167.

34. Citado en 3.3.

35. Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, p. 50.

36. A diferencia de lo sostenido por Welzel, para quien el hecho tiene que estar perpetrado, o por lo menos alcanzar el grado de tentativa punible. *Cfr.* Hans Welzel, *ob. cit.*, p. 166.

31. Olga Islas de González Mariscal, *ob. cit.*, p. 64.