



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**EL ERROR EN LA TEORÍA
DEL DELITO**

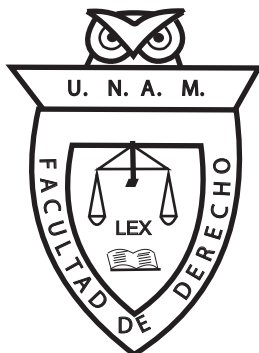
TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

JOSÉ GERARDO CHÁVEZ SÁNCHEZ



TUTOR: DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

CIUDAD UNIVERSITARIA, JUNIO DE 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Como un sincero homenaje a mis padres, Fernando Chávez González y Blanca Sánchez Espín

Como una muestra de amor a mis hijos, Gerardo Chávez Balderas y Mariana Adriana Chávez Marín

Para dejar constancia de nuestro esfuerzo, a mi esposa Guadalupe Marín Montaña

Como forma de reconocer nuestro valor, a mis hermanas Diana Luz y Marina del Carmen Chávez Sánchez y mis sobrinos Luis Fernando García Chávez y Diana María García Chávez

Como el mejor agradecimiento, a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

Con sincero agradecimiento a mis amigos y profesores que hicieron posible este trabajo, las Doctoras Eréndira Salgado Ledesma y Verónica Román Quiroz, a los Doctores Ricardo Franco Guzmán, Miguel Ángel Garita Alonso, Elías Polanco Braga, Ricardo Sodi Cuellar, Maestro Eduardo Roveló Pico y Licenciado Rafael Hernández González

CONTENIDO

Introducción.

CAPÍTULO I CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. Derecho Penal.....	1
1.1. El Derecho Penal como medio de control social.....	8
1.2. Fundamento y límites del Derecho Penal.....	9
1.3. Características del Derecho Penal.....	11
1.4. Derecho penal objetivo y subjetivo.....	15
1.4.1. Derecho penal objetivo.....	16
1.4.2. Derecho penal subjetivo.....	18
1.5. La norma penal.....	19
1.6. La función del Derecho Penal.....	27
2. Política Criminal.....	30
3. Teoría del Delito.....	38
3.1. El significado de la teoría del delito.....	39
3.2. El desarrollo de la moderna teoría del delito.....	42
3.3. Los elementos de la teoría del delito.....	46
3.4. Los contenidos de la teoría del delito.....	52
3.4.1. Conducta.....	53
3.4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	54
3.4.3. Antijuridicidad y causas de justificación.....	58
3.4.4. Culpabilidad.....	63
3.4.4.1. Imputabilidad.....	64
3.4.4.2. Conciencia de la antijuridicidad.....	65
3.4.4.3. Exigibilidad de otra conducta.....	67
3.4.5. Tentativa.....	70
3.4.6. Autoría y participación.....	73
3.4.7. Punibilidad.....	78

4. Teoría del Tipo penal.....	80
5. Teoría de la Culpabilidad.....	94
5.1. Evolución del concepto de culpabilidad.....	96
5.2. Teoría psicológica de la culpabilidad.....	97
5.3. Teoría normativa de la culpabilidad.....	99
5.4. La estructura del concepto de culpabilidad.....	107
6. Teoría del error.....	108

CAPÍTULO II ANTECEDENTES

1. Estado de la cuestión.....	112
1.1. Ignorancia.....	112
1.2. Error.....	115
1.3. Error civil.....	117
1.4. Error de hecho.....	121
1.5. Error de Derecho.....	130
1.6. Error de tipo.....	138
1.7. Error de prohibición.....	141
1.8. Error de subsunción.....	145
2. El error en el sistema causalista del delito.....	150
3. El error en el sistema causalista normativista del delito.....	153
4. El error en el sistema finalista del delito.....	161
5. El error en el sistema funcionalista del delito.....	171
6. Breve referencia al dolo.....	174

CAPÍTULO III ESTADO ACTUAL DEL ERROR EN LOS ÁMBITOS LEGISLATIVO, JURISDICCIONAL Y DE DERECHO COMPARADO

1. Código Penal Federal.....	186
1.1. Caso particular en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.....	197
2. Código Penal para el Distrito Federal.....	198
3. Código Penal Alemán.....	205
4. Código Penal Español.....	209
5. Código Penal Colombiano.....	214
6. Tesis aisladas y de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	223
7. Tesis aisladas y de jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.....	226
8. Precedentes de Derecho Comparado.....	238

CAPÍTULO IV

ESTADO MODERNO DE LA CUESTIÓN

1. Error de tipo.....	263
2. Error de tipo invencible.....	270
2.1. Concepto.....	270
2.2. Error de tipo invencible sobre elementos esenciales.....	271
2.3. Error de tipo invencible sobre elementos accidentales.....	272
3. Error de tipo vencible.....	273
3.1. Concepto.....	273
3.2. Error de tipo vencible sobre elementos esenciales.....	275
3.3. Error de tipo vencible sobre elementos accidentales.....	276
4. Error en la causalidad.....	277
4.1. Error sobre el objeto de la acción (<i>error in objeto vel in persona</i>).....	280
4.1.1. Error irrelevante sobre el objeto de la acción.....	282
4.1.2. Error relevante sobre el objeto de la acción.....	283
4.2. Error sobre la relación de causalidad.....	284
4.2.1. Error irrelevante sobre la relación de causalidad.....	285
4.2.2. Error relevante sobre la relación de causalidad.....	287

4.3. Error en el golpe (<i>aberratio ictus</i>).....	288
4.4. <i>Dolus generalis</i>	291
5. Conciencia de la Antijuridicidad.....	295
5.1. Concepto.....	295
5.2. Elementos de la conciencia de la antijuridicidad.....	300
6. Error de prohibición.....	302
6.1. Error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo).....	307
6.1.1. El autor no conoce la norma prohibitiva.....	308
6.1.2. El autor conoce la norma prohibitiva pero la considera no vigente.....	310
6.1.3. El autor conoce la norma pero la interpreta equivocadamente.....	310
6.1.4. El autor conoce la norma prohibitiva pero hace una errónea valoración global del hecho.....	311
6.2. Error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto).....	311
6.2.1. El autor cree que en el caso concreto concurre una causa de justificación (defensa putativa).....	313
6.2.2. El autor supone que a su favor existe una causa de justificación que no es recogida por el ordenamiento jurídico.....	314
6.2.3. Error sobre los límites de las causas de justificación.....	314
6.2.4. Error sobre los límites de la necesidad.....	314
6.3. Efectos del error de prohibición.....	315
6.3.1. Efectos del error vencible.....	315
6.3.2. Efectos del error invencible.....	318
7. Elementos normativos del tipo.....	319
7.1. Error de subsunción.....	321
7.2. Error de validez.....	330
8. Error en la autoría.....	331
9.- Error en la participación.....	332
10.- Error inverso o al revés.....	333
11.- Error sobre la punibilidad.....	334

CAPÍTULO V
ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ERROR DE TIPO
Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1. Error de tipo.....	337
1.1. Los elementos del delito.....	340
1.2. La tipicidad.....	345
1.3. Estructura del tipo penal, en cuanto a sus elementos objetivos y normativos.....	348
2. El error y su relación dogmática con cada uno de los elementos del tipo.....	349
2.1. La Conducta de acción.....	349
2.1.1. La voluntad.....	350
2.1.2. La acción causal.....	350
2.1.3. La acción final.....	350
2.1.4. Ausencia de acción.....	352
2.1.5. Cuando la voluntad es inhibida.....	353
2.1.6. Fuerza física irresistible.....	353
2.1.7. El caso fortuito.....	354
2.1.8. Sueño.....	355
2.1.9. Estados de inconsciencia profunda.....	355
2.1.10. Las acciones libres en su causa.....	355
2.1.11. La expresión de la acción en el tipo penal.....	356
2.2. La conducta de omisión.....	356
2.2.1. Ausencia de omisión.....	358
2.2.2. La omisión impropia o comisión por omisión.....	359
2.2.3. Calidad de garante.....	360
2.3. Resultado material.....	363
2.4. Nexo causal o de causa a efecto.....	364
2.4.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	366
2.5. Teoría de la Imputación Objetiva.....	367
2.5.1. Ubicación sistemática.....	369

2.5.2. Estructura de la imputación objetiva.....	369
2.5.3. Los presupuestos de la imputación.....	370
2.5.4. La creación de un riesgo no permitido.....	370
2.5.4.1. En casos de disminución de riesgos.....	370
2.5.4.2. Cuando falta la creación del peligro.....	371
2.5.4.3. Ante la creación de peligros y cursos causales hipotéticos.....	371
2.5.4.4. En los casos de riesgo permitido.....	371
2.5.5. Realización del riesgo no permitido.....	372
2.5.5.1. Falta de la realización del peligro.....	372
2.5.5.2. Casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.....	372
2.5.5.3. Casos de conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo.....	373
2.5.6. La ubicación del resultado obtenido dentro del ámbito de protección de la norma, también conocido como el alcance del tipo.....	374
2.5.6.1. La cooperación en una auto puesta en peligro dolosa.....	374
2.5.6.2. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.....	375
2.5.6.3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena.....	375
2.6. Bien jurídico tutelado.....	375
2.7. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.....	377
2.8. Objeto material.....	379
2.9. Medios de comisión.....	379
2.10. Circunstancias de ejecución de tiempo.....	381
2.11. Circunstancias de ejecución de lugar.....	382
2.12. Circunstancias de ejecución de modo.....	382
2.13. Circunstancias de ejecución de ocasión.....	382
2.14. Sujeto pasivo.....	383
2.14.1. Sujeto pasivo individual.....	384
2.14.2. Sujeto pasivo colectivo.....	384
2.14.3. Sujeto pasivo común o indiferente.....	385

2.14.4. Sujeto pasivo con calidad especial.....	385
2.15. Sujeto Activo.....	385
2.15.1. Autoría intelectual o instigador (Art. 13, fracción I CPF).....	389
2.15.2. Autoría material o directa (Art. 13, fracción II CPF).....	390
2.15.3. La coautoría (Art. 13, fracción III CPF).....	390
2.15.3.1. Coautoría simple.....	391
2.15.3.2. Coautoría sucesiva.....	391
2.15.4. Autor mediato (Art. 13, fracción IV CPF).....	392
2.15.5. La participación.....	391
2.15.5.1. Participación y delitos culposos.....	394
2.15.5.2. Clases de participación.....	395
2.15.6. El instigador (o inductor) (Art. 13, fracción V CPF).....	395
2.15.7. El partícipe auxiliador (Art. 13, fracción VI CPF).....	396
2.15.7.1. Complicidad y auxilio por receptación.....	396
2.15.7.2. Complicidad y delito emergente.....	396
2.15.8. Cooperador necesario o encubridor (Art. 13, fracción VII CPF)..	397
2.15.9. Complicidad correspectiva (Art. 13, fracción VIII CPF).....	398
2.16 Elementos normativos del tipo.....	398
2.16.1. Elementos normativos de carácter jurídico.....	398
2.16.2. Elementos normativos de carácter cultural (o social).....	399
2.16.3. Elementos normativos de carácter natural (o de la naturaleza)...	399
2.17. Error de subsunción.....	399
2.18. Error en la culpa.....	401
3. El error de prohibición.....	403
3.1. La Antijuridicidad.....	404
3.2. Conciencia de la antijuridicidad y error de prohibición directo.....	404
3.3. Las Causas de Justificación y error de prohibición indirecto.....	405
3.3.1. Consentimiento del ofendido.....	405
3.3.2. La defensa legítima.....	408
3.3.3. El estado de necesidad justificante.....	411
3.3.4. El cumplimiento de un deber jurídico.....	414

3.3.5. El ejercicio de un derecho.....	415
3.3.6. La obediencia jerárquica.....	416
3.4. La punibilidad.....	417

CAPÍTULO VI

NECESIDAD DE QUE EXISTA UN SOLO CÓDIGO PENAL APLICABLE EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

1. Aguascalientes.....	420
2. Baja California.....	420
3. Baja California Sur.....	422
4. Campeche.....	424
5. Chiapas.....	425
6. Chihuahua.....	426
7. Coahuila.....	427
8. Colima.....	430
9. Durango.....	431
10. Guanajuato.....	432
11. Guerrero.....	433
12. Hidalgo.....	434
13. Jalisco.....	435
14. Michoacán.....	435
15. Morelos.....	436
16. Nayarit.....	437
17. Nuevo León.....	437
18. Oaxaca.....	438
19. Puebla.....	439
20. Querétaro.....	440
21. Quintana Roo.....	441
22. San Luis Potosí.....	441
23. Sinaloa.....	442

24. Sonora.....	443
25. Tabasco.....	444
26. Tamaulipas.....	445
27. Tlaxcala.....	447
28. Veracruz.....	447
29. Yucatán.....	449
30. Zacatecas.....	449
31. Legislación del fuero de guerra.....	450

CONCLUSIONES

.....	453
-------	-----

PROPUESTAS

.....	458
-------	-----

APÉNDICE.....	459
FUENTES DE CONSULTA.....	504
BIBLIOGRAFÍA.....	504
HEMEROGRAFÍA.....	514
LEGISLACIÓN NACIONAL.....	514
LEGISLACIÓN EXTRANJERA.....	515
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.....	515
FUENTES ELECTRÓNICAS.....	515

INTRODUCCIÓN

Si el error se entiende como la ignorancia o la mala representación de la realidad y en el ámbito de la Teoría del Delito puede relacionarse con elementos fácticos o normativos del tipo, ciertas prohibiciones, elementos que constituyen presupuestos de las causas que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad, sobre la prohibición o la permisión legales e inclusive con valoraciones del sistema penal o cualquier otra circunstancia que puede modificar la responsabilidad penal, es indudable la importancia del tema. Ahora bien, hemos advertido que en la práctica profesional del Derecho Penal los servidores públicos de los órganos jurisdiccionales, agentes del Ministerio Público y abogados defensores escasamente analizan la teoría del error para aplicarla en la resolución de los casos prácticos. Así mismo, al revisar la doctrina, los autores apenas tratan el tema y cuando lo hacen sólo aportan un estudio superficial, lo que lleva a la confusión e ignorancia por parte del estudioso del Derecho Penal. El estudio y aplicación del error, como causa de exclusión del delito o como causa de atenuación de la pena, es útil para favorecer en los casos concretos la mejor procuración y administración de la justicia penal en beneficio de los gobernados.

En los libros de doctrina, así como en diversas tesis aisladas y de jurisprudencia de nuestro país, trataban y tratan el tema del error en dos aspectos, como error de hecho y error de derecho, conceptos que se han abandonado por otros modernos, como lo son el error de tipo y el error de prohibición, invencible o vencible, que llevan a soluciones diversas que pueden resultar en un beneficio del probable responsable del delito.

Derivado de la existencia de 34 códigos penales en la República Mexicana, no existe uniformidad en el tratamiento que le dan estas diversas legislaciones, por lo que es urgente se proponga, al menos, la homologación en este importante tema.

Así al preguntarnos qué ha propiciado que las causas de exclusión del delito conocidas como error, no sean estudiadas y aplicadas en los casos concretos de la

práctica del Derecho Penal, podemos adelantar alguna hipótesis para contestarnos, por ejemplo, tenemos que cuando un caso concreto se encuentra en integración de la investigación ante la autoridad ministerial o ya en proceso ante el Juez penal, las partes, defensa y Ministerio Público, no hacen valer la causa de exclusión del delito consistente en el error del inculpado o procesado, ya sea por ignorancia, deficiencia en sus conocimientos o por la dificultad que implica su acreditación. De la misma manera, los requisitos para acreditar un error de tipo o un error de prohibición son difíciles de entender y de actualizar en cada caso concreto, aunado a que la vencibilidad o invencibilidad de cualquier error es difícil de probar.

Ante esta situación nos proponemos estudiar, explicar y demostrar el error en la teoría del delito, desde sus antecedentes remotos, regulación y doctrina extranjera, legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, a efecto de estar en posibilidad práctica primero de explicar y después de aplicar estas causas de exclusión del delito en los casos concretos que se presentan en la práctica del Derecho penal y procesal penal.

No escapará a nuestro estudio analizar y explicar el error en las diversas corrientes doctrinarias de la teoría del delito, analizar y estudiar el error en los diversos códigos penales de la República, así como en algunos extranjeros, así como establecer los criterios que han seguido los tribunales de justicia penal en México, en la materia del error. Por lo tanto tenemos que hacer una amplia revisión de la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera en la materia del error, estudiando comparativamente la doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana con la extranjera, a efecto de llegar a conclusiones sistemáticas y claras al respecto.

Con el resultado de nuestro trabajo nos proponemos llegar a conclusiones lógicas, coherentes y claras que nos permitan hacer propuestas de reformas legales, a efecto de que en el código penal se clarifiquen los supuestos jurídicos para aplicar la teoría del error en la teoría del delito al momento de resolver los casos prácticos del Derecho Penal, buscando con ello coherencia y homogeneidad que hagan más humanitaria y garantista la aplicación del Derecho penal hacia los gobernados.

El presente trabajo de investigación tendrá el impacto de demostrar las diversas clases de error que han sido considerados en la teoría del delito, desde la llamada época clásica, pasando por las diversas corrientes neoclásica, finalista y funcionalista del delito, a efecto de hacer propuestas de aplicación práctica en la actualidad, que cumplan con la función garantista del Derecho Penal.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. Derecho Penal

Desde que se inician los estudios de la licenciatura en Derecho, el tema de lo penal se presenta como algo apasionante y a la vez oculto, conceptos jurídicos novedosos y lejos del alcance de las mentes jóvenes ávidas de conocimiento.

De tal manera que el primer avistamiento que se tiene, es que resulta prácticamente inabarcable la fuente de estudios en materia de Derecho Penal y de la extraordinaria ignorancia al respecto. En un principio se confunden los aspectos relativos al delito normativo y al hecho antisocial, fue mucho tiempo después, gracias a los diversos maestros que se ocupan de la enseñanza y a la experiencia académica que se va acumulando, cuando se empiezan a comprender cuestiones como las que se refieren a que en un primer lugar tenemos el nivel fáctico en que se sitúan los actos y hechos relevantes para el legislador; en segundo lugar tenemos el nivel normativo, donde el legislador incluye el tipo y su respectiva punibilidad; en tercer lugar está el nivel fáctico de los delitos relevantes para el Juez en materia penal; en cuarto lugar está la punición particular y específica que aplica el juzgador al sujeto activo en la sentencia; y en quinto y último lugar el nivel fáctico consistente en la aplicación concreta de la pena al penalmente responsable; precisamente en los niveles segundo y tercero se ubican los tipos penales y su interpretación y aplicación práctica a los casos reales, que puede redundar en la privación o restricción de los bienes jurídicos del delincuente. Estos conceptos se los debemos principalmente a las valiosas enseñanzas de la Doctora Olga Islas de González Mariscal¹, que con paciencia y dedicación guía a los alumnos en esos conocimientos.

¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª. ed., México, Trillas, 1998, p. 19.

Al entrar en materia podemos advertir que como una primera aproximación respecto del delito y de la pena, que constituyen el núcleo del Derecho Penal, son útiles los atinados conceptos del autor Teodoro Mommsen, extraídos de sus estudios realizados sobre el Derecho Romano de la antigüedad:

Pena era el mal que, en retribución por un delito cometido, se imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales, o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley: No había pena posible sino en virtud de sentencia pronunciada en nombre del Estado con relación a una determinada persona, aún cuando el modelo del orden jurídico del Estado en este aspecto fue la sentencia doméstica, es decir, aquella resolución por la que se imponía un mal a las personas sometidas a la potestad del jefe de familia. Tampoco se consideraba como pena en sentido jurídico el mal impuesto por los magistrados, no ya sometiéndose a preceptos legales, sino en virtud de su discrecional arbitrio; para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondientes.²

En este sentido, se advierte que la pena se aplicaba en algunas ocasiones por el naciente Estado de aquel tiempo y en otras, por los propios particulares afectados por el hecho delictivo. De esto se puede concluir que ya en esos momentos existía una sociedad organizada por normas jurídicas, la legitimación para imponer una pena a los particulares era del Estado, por mandato de las propias normas y, como bien describe el autor, en consonancia a normas del procedimiento específico.

A efecto de disipar las dudas y con ello aportar luz a las muchas interrogantes, se revisan los conceptos del maestro Francisco Pavón Vasconcelos, quien con lenguaje muy accesible define a la pena:

Para algunos juristas, la pena constituye el objeto mismo del Derecho Penal, siempre que se considere a la expresión 'sanciones penales', en un muy

² Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Colombia, Temis, 1999, p. 553.

amplio sentido, como aquellos medios con que el derecho punitivo previene y reprime a la delincuencia. Según lo explica Juan del Rosal, en amplio sentido las sanciones penales son los medios instrumentales con los que opera el *ius puniendi* para la realización de la justicia punitiva. Consecuentemente, para muchos la pena constituye un mal originado en la comisión del delito, esto es, la disminución de un bien preciado para el autor, concepto que vincula delito y pena, el primero como presupuesto y la segunda como su consecuencia jurídica.³

Si bien útil, esta información que aporta el maestro no termina de explicarnos al Derecho Penal y su vínculo con la pena. Para ello, veamos ahora a un clásico italiano quien define al Derecho Penal de la siguiente manera:

El derecho penal, como el derecho en general, es manifestación de la voluntad colectiva del Estado por medio de los órganos destinados a ese efecto (órganos del poder legislativo). Toda voluntad presupone un 'fin' para el que la voluntad se determina. El derecho penal, pues, como todo el derecho, en cuanto es manifestación de voluntad dirigida hacia un 'fin' es de naturaleza teleológica o final. El fin del derecho en general, y en particular del derecho penal, a la par de la voluntad que por él se determina, es un fin de naturaleza colectiva (social, pública), es decir, propio de toda la colectividad organizada (Estado).

Consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, en garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común (así llamada justicia). Asegurar la vida en común es el fin último del ordenamiento jurídico y el más alto cometido del Estado.⁴

³ Pavón Vazconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, voz: *Pena*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1997, p. 765.

⁴ Rocco, Arturo, *Objeto del delito y de la tutela jurídica penal, contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, Argentina, B de F, 2001, p. 462.

Estamos de acuerdo, el Derecho Penal constituye la máxima expresión del sentido humano enfocado a preservar la vida social que le da contenido y justificación al ser humano.

Un distinguido tratadista español, más actual que los antes citados, ofrece un breve pero claro concepto del Derecho Penal, en el que ya vislumbramos términos lingüísticos modernos que se han conseguido en el desarrollo de los estudios que le dan sustancia y contenido a nuestra materia:

Es el conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.⁵

Por su parte, otro profesor español, Muñoz Conde, explica:

Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal.⁶

.0

Una visión un tanto descarnada de nuestra materia, pero no podemos dejar de admitir que es realmente cierta, no deja de tener razón cuando se refiere a que el Derecho Penal es, también, la máxima expresión de la violencia del Estado en contra de sus propios gobernados.

Otra opinión destacada que nos ayuda a contrastar las antes reseñadas menciona que: “En cuanto parte del sistema jurídico el Derecho penal es un

⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, 5ª. ed., Barcelona, Reppertor, 2000, p. 11.

⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 29.

conjunto de normas positivizadas por una ley, que describen comportamientos tenidos por intolerables o graves, a los que declara delitos o faltas y los amenaza con reacciones represivas que son las penas o, en determinados casos, medidas de seguridad.”⁷

En este caso, los autores mencionan un concepto no aceptado en nuestro sistema jurídico en el ámbito del Derecho Penal como son las “faltas”, no obstante el resto de la exposición es acertada y coincidente con la mayoría de los estudiosos consultados.

Al realizar esta investigación nos hemos encontrado con que los estudiosos españoles se encuentran muy cerca de los doctrinarios alemanes y al formular su pensamiento originalmente en nuestra lengua, nos favorecen con explicaciones más accesibles, veamos:

A través del Derecho penal se incriminan hechos, y a las personas que cometen esos hechos se les imponen penas (de privación de libertad, de restricción de derechos, de carácter económico), si se estima que son culpables. Si no pueden merecer esa consideración – a los sujetos peligrosos que han delinquido, les serán aplicables medidas de seguridad.⁸

Polaino Navarrete, profesor español cercano a nosotros pues ha distinguido a nuestro país con su presencia, ofrece este concepto que es de los más completos:

Estimamos que el Derecho Penal constituye el conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos y los conminan con una pena, y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad penal, que presuponiendo un precedente actuar típicamente antijurídico se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto y

⁷ Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín y Prats Canut, J. Miguel, *Manual de Derecho Penal*, España, Aranzadi, 1999, p. 34.

⁸ *Ibidem*, p. 35.

se orientan a la evitación de futuros delitos mediante la aplicación de un tratamiento asistencial adecuado a la personalidad del autor.⁹

Cabe agregar también la prevención de infracciones como motivo de la imposición de medidas de seguridad.

Para concluir esta sucinta exposición sobre el concepto de Derecho Penal, queda estudiar a este magnífico autor, Bacigalupo, que reseña las más recientes vertientes de nuestro objeto de estudio:

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. En este sentido, el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral aunque – como veremos – no puede identificarse con estas. Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son – en principio – los más intolerables para el sistema social.

En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros medios de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social en que su principal reproche es la sanción o el castigo, por la manera formal en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc.

En la terminología moderna, el derecho penal, junto con otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del control social primario, por oposición al control social secundario, que trata de internalizar las normas y

⁹ Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal*, 3ª. ed., España, Bosch, 1996, t. I, p. 59.

modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el sistema educativo).

Desde este punto de vista, el derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza con sanciones concretas. El concepto de comportamiento desviado se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculado al de control social. Sin embargo, los comportamientos desviados no siempre son materia del derecho penal, razón por la cual, su identificación con el comportamiento criminal sería totalmente errónea.¹⁰

Como podemos observar al leer con atención, con este autor ya nos empezamos a adentrar en conceptos vinculados con la criminología, la política criminal y la teoría de los sistemas, que surgieron de lo que ahora se conoce como sociología jurídico penal.

Por su parte, el doctor Enrique Díaz Aranda define al Derecho Penal como:

...el sistema de normas emitidas por el Estado a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad, a imponer a quienes las realicen.¹¹

Una vez analizados los conceptos antes reseñados, se considera que Derecho Penal es el sistema normativo expedido por el órgano legislativo del Estado, que contiene la descripción de conductas amenazadas por una sanción o, en su caso, por una medida de seguridad, cuya función es reprimir las conductas

¹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, 2ª. reimp., de la 1ª. ed., Colombia, Temis, 1994, pp. 1 y 2.

¹¹ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, México, s.e., 2006, p. 3.

antisociales que se consideran más nocivas para el desarrollo armónico de la sociedad.

1.1. El Derecho Penal como medio de control social

La historia informa que desde que el ser humano se agrupó en organizaciones sociales para tener mayor fortaleza en la defensa de sus integrantes, tanto frente a otros grupos sociales como frente a los peligros naturales, se dotó de un conjunto de reglas que desde un principio se tuvieron por establecidos, ya que se procuraba, incluso sin proponérselo, que dichas normas fueran interiorizadas por todos los integrantes del conglomerado social.

Así que podemos identificar al control social como el conjunto de medios que tiene una sociedad para asegurar que los comportamientos de sus integrantes se apeguen al conjunto de reglas socialmente aceptadas y que cuando éstas no son respetadas, se esté en la posibilidad de responder a los transgresores de una manera efectiva, desde la prevención hasta la represión de dichos comportamientos desviados.

En las constituciones políticas de los estados democráticos se establecen las bases, supuestos jurídicos y principios fundamentales de un acuerdo social, precisamente aquél al que hacía referencia Juan Jacobo Rousseau.¹²

Este conglomerado de bases, principios y valores que se incorporan al contrato social impulsan, dan rumbo, dirigen al desarrollo social, motivan los actos de gobierno de las autoridades que ejercen el poder público dirigiéndolos a la obtención de determinados fines para culminar con la presunta obtención de los objetivos que dicha sociedad democrática persigue.

¹² “Cada uno pone en común su persona y su fuerza bajo la dirección suprema de la voluntad general, y viene a ser por este acto parte indivisible del todo.” Rousseau, J.J., *El Pacto Social o Principios del Derecho Político*, traducción y notas de Antonio Redondo Orriols, Madrid, Biblioteca Universal, colección de los mejores autores, t. XCIII, 1884, p. 26.

Pero en la mayoría de los casos, no se alcanza la completa implementación de tales objetivos, no obstante el sistema de convivencia social esté sólidamente asentado en esos valores constitucionales, aun cuando amplios sectores de la sociedad estén de acuerdo con ellos, no es suficiente ese consenso para alcanzarlos.

Esa es la principal razón para que las propias sociedades, en sus constituciones, establezcan también una serie de instituciones que con distintos objetivos y caminos para alcanzarlos procuran que los sujetos que conviven en la sociedad internalicen esos valores y principios fundamentales, los hagan suyos para comportarse conforme a los mismos, esto es, respetándolos.

Esto es algo que no siempre se ha logrado, como se hace evidente en nuestra actual realidad social en la que prevalece la desigualdad y la violencia.

1.2. Fundamento y límites del Derecho Penal

En el entramado social en el que confluyen las relaciones entre los individuos, que pueden ser de carácter económico, político, social, familiar, y en general jurídico, surgen hechos que no son controlados por los mecanismos sociales establecidos, pero existen otros medios de control que garantizan el orden y respeto que debe prevalecer en la sociedad, los cuales procuran que las conductas de los individuos sean acordes al referido orden social, a la convivencia establecida que el resto de los individuos sí respeta.

Para prevenir y reprimir esos comportamientos que no respetan el orden y que por ello resultan inaceptables para el sistema social, se establecen algunas sanciones que se impondrán a los sujetos que incurren en aquellos, previo procedimiento formalizado que se tendrá que seguir para aplicarlas.

Estos medios de control social actúan en los diferentes sectores, con diversa intensidad y con sus propias reglas, algunos de estos son la familia, en donde el individuo debe comportarse conforme al rol establecido, otro es el sistema de educación formalizado en las escuelas, desde el nivel preescolar hasta el nivel profesional, en donde aprendemos las reglas establecidas de

comportamiento social, también cuando ya se realiza un trabajo remunerado en el área que corresponda, inclusive profesional, así como en las relaciones sociales como puede ser por integrarse a una sociedad específica para la práctica de deportes, sin olvidar, por supuesto, el ámbito de lo religioso, al acudir a un centro de culto y no menos importantes son las relaciones jurídicas, que son sancionadas por el Derecho.

Así tenemos que el Derecho Penal es también un medio o sistema de control social, que tiene aplicación al mismo tiempo que los medios de control social ya señalados y que sus objetivos o finalidades son las mismas. No obstante, sus diferencias fundamentales consisten, por un lado, en que se refiere a aquellos comportamientos que se considera que son los más agresivos al sistema social, lo que los hace inadmisibles, por otro lado, es el sistema de control social que tiene las sanciones más severas, más agresivas para los derechos del individuo que realiza dicho comportamiento y por último, en razón de lo indicado, es el que tiene un método de aplicación más formalizado, riguroso, para garantizar que aquél a quien se aplica esa sanción severa, se haya acreditado que efectivamente la realizó y por tanto merece la importante sanción penal.

Por ello se identifican a estas características como las determinantes del Derecho Penal:

La primera es que el Derecho Penal tiene un limitado ámbito de aplicación, toda vez que es el sistema de control social que conlleva las sanciones más graves a los derechos de las personas cuando éstas realizan aquellas conductas que se tienen también como las más graves e intolerables en la sociedad, se dice que es el mecanismo utilizado en última instancia, cuando los demás mecanismos han fallado o su sanción deja de intimidar al individuo agresor.

Cuando los comportamientos se tornan más agresivos e inaceptables para el orden social, en virtud de que ya se agotaron los medios menos lesivos para los derechos del transgresor o que éstos resultaron insuficientes, aunado a la gravedad de los ataques a los bienes más preciados de la sociedad, surge la última respuesta de ésta en la aplicación del Derecho Penal, el cual en última instancia, se encamina a preservar la organización social.

Pero no podemos dejar de advertir que para lograr esa convivencia armónica en el seno social, mediante esa atenuación de la violencia que está latente en los individuos, no se debe utilizar solamente al Derecho Penal, sino que se tienen que emplear todos los demás medios de control social ya reseñados, principalmente los que integran el sistema educativo e incluso el sistema económico, pues sólo con la utilización del conjunto de estos se llegará obtener rasgos y pinceladas de esa convivencia armónica tan anhelada. Cuando una sociedad pretende hacer uso del Derecho Penal como el más importante conducto de transformación social conduce a que los individuos de la sociedad vivan en la arbitrariedad, la zozobra y el sufrimiento que implica que la mayoría de las conductas indeseables serán sancionadas con penas, cuando pudieron ser prevenidas o sancionadas con medios de control menos agresivos que el Derecho Penal.

1.3. Características del Derecho Penal

El moderno Derecho Penal surge como una respuesta a los excesos de los estados absolutistas, por lo que se establecieron límites a ese poder para hacerlo más humanitario y acorde con las ideas y prácticas de la época de la ilustración.

Estas características se conocen también como límites al ejercicio del poder de definición, siguiendo a Bustos Ramírez y a Hernán Hormazábal,¹³ tenemos que estos límites son de carácter normativo y complementario, entre los que se distinguen tanto formales como materiales o garantías materiales que emanan de la configuración constitucional del Estado de Derecho.

Estos límites tienen injerencia en todo el proceso de criminalización, tanto primaria o de definición del delito, como secundaria o de definición del delincuente.

No es suficiente que una norma penal haya seguido exactamente el proceso legislativo para su expedición, adición o reforma con lo que estaría

¹³ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, España, Trotta, 2004, pp. 26-36.

formalmente legitimada, sino que es necesario que se mantenga dentro de ciertos límites que también la legitimen materialmente.

Dentro de los límites normativos formales tenemos al principal que se conoce como principio de legalidad, que como ya se señaló empieza desde la discusión, aprobación y expedición de la norma, pasando por la etapa jurisdiccional hasta la plena ejecución de la sanción penal por las autoridades administrativas del Estado.

En el ámbito de la criminalización primaria tenemos las garantías que se traducen en que no hay delito ni pena sin ley escrita, ya que ésta es la única fuente generadora de delitos y penas; no hay delito ni pena sin ley estricta, que se conoce también como principio de determinación o de tipicidad de las figuras penales, excluyendo la analogía y la mayoría de razón, que convierte al Juez en legislador; no hay delito ni pena sin ley previa, o principio de irretroactividad de la ley penal, salvo en lo que sea favorable al reo. Estos límites al poder público permiten al ciudadano tener pleno conocimiento de cuáles son los comportamientos más lesivos e indeseables para la organización social por lo que no debe incurrir en ellos, si no quiere sufrir graves lesiones en sus propios derechos humanos fundamentales que como garantías individuales están reconocidos en la Constitución.

En el ámbito de la criminalización secundaria, que se conoce también como los principios del debido proceso, garantías de seguridad jurídica a favor de todos los habitantes del Estado, se traducen en que no hay culpa sin juicio, desahogado éste con todas las formalidades esenciales del procedimiento en el que el imputado pueda hacer uso de todos los medios de defensa a su alcance para defenderse de la acusación, pues sólo ésta dará origen al juicio o no hay juicio sin acusación; en el entendido de que tampoco habrá acusación sin prueba idónea y fehaciente de la culpabilidad del probable responsable del delito, pero ello también implica que no hay pruebas sin defensa, esto es que la formación del acervo probatorio se debe realizar siempre con la participación, presencia e intervención de la defensa, la cual debe ser adecuada como lo establece el texto constitucional.

Por lo que se refiere a los límites normativos materiales podemos citar los que hacen alusión a la prevalencia de la dignidad humana, destacando en ésta tanto a la autonomía ética de la persona que significa que ésta es un ente autónomo, por lo que el Estado no puede convertirse en su tutor ni considerarla incapaz, contrario a eso, debe estar al servicio de su desarrollo con las condiciones adecuadas para ello; así como lo que se conoce como indemnidad personal, que implica que la persona y sus derechos son una sola entidad, por lo que las sanciones penales no deben afectar la esencia de la persona, ésta debe permanecer indemne. A fin de respetar los límites citados, se excluyen del catálogo de sanciones penales aquellas que resulten degradantes de la dignidad humana, como son la tortura, el tormento, la cadena perpetua y la pena de muerte, ésta última abolida en nuestro país.

El principio de bien jurídico o de lesividad, que consiste en que si bien, el Estado tiene la facultad de definir determinado conflicto como delito, tomando esa opción político criminal de entre muchas otras por las que se hubiera podido solucionar dicho conflicto, el sustento racional para esa decisión sólo puede consistir en precisar concretamente en el tipo penal el bien jurídico que se protege. Este objeto específico de protección debe ser de tal magnitud o importancia que sea merecedor de protección penal, esto es, que sólo se definirá como delito aquella conducta que lesiona o pone en grave peligro de lesión a un bien jurídico, por lo que ante ausencia de éste, dicha ley será arbitraria e inconstitucional.

La necesidad de pena, principio con el que se dio inicio al Derecho Penal moderno, que implica cuestionar y poner límites al poder punitivo del Estado, consiste en que sólo se puede imponer una pena cuando es necesaria, de otro modo será arbitrariedad estatal en agravio del gobernado. Este principio se ha desarrollado en otros que son expresiones más concretas del mismo, como son los de *extrema ratio*, consistente en que el Estado sólo impondrá el derecho penal como solución al conflicto social como recurso extremo, cuando otros recursos o medios de solucionarlo hayan fracasado o resultado insuficientes; el de subsidiariedad, que se refiere a que si existen recursos menos gravosos para las personas para resolver el conflicto debe priorizarse su utilización antes de recurrir

al sistema penal; el de fragmentariedad, por el que no todo ataque al bien jurídico debe tratarse penalmente, sino sólo aquellos que constituyan reales y graves lesiones o peligro de lesión debe resolverse mediante el derecho penal; el principio de *non bis in idem*, que significa que no pueden imponerse dos penas por un mismo hecho; el de proporcionalidad, por el cual la pena debe ser proporcional a la gravedad de la afección producida al bien jurídico; el de consideración previa de las consecuencias de la incriminación, por el que se deben ponderar los perjuicios y beneficios que resultarán de la aplicación del derecho penal, por lo que si su aplicación resulta más nociva que el conflicto que trata de solucionar, el derecho penal se tornará innecesario; y el de alternatividad, que puede ser externa e interna, aquella cuando se establece que se debe mostrar apertura a medios alternativos de solución de controversias y éste cuando el Juez debe tener un amplio abanico de posibilidades de sanción penal para aplicar el más adecuado a cada caso concreto que se le presente.

Desde la óptica garantista, Ferrajoli afirma que:

El derecho penal, se ha dicho, es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que la informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales. Las restricciones son tres, y corresponden cada una de ellas a los tres momentos ya indicados de la técnica punitiva, que analizaré separadamente en los capítulos séptimo, octavo y noveno dedicados al delito, a la pena y al proceso. La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión

o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.¹⁴

1.4. Derecho Penal objetivo y subjetivo

El Derecho Penal puede entenderse en dos sentidos, objetivo y subjetivo.

Al Derecho Penal objetivo lo vamos a entender como el conjunto de normas penales, son las reglas jurídicas que determinan las conductas que resultan lesivas para el sistema social, así como las sanciones o penas y medidas de seguridad que se impondrán coactivamente a los sujetos que incurran en dichas conductas, incluyendo las reglas para la aplicación de estas consecuencias jurídico penales.

Es común en la doctrina identificar al Derecho Penal subjetivo como la facultad del Estado de castigar o *ius puniendi*, para crear y aplicar el conjunto de normas jurídico penales, como se señaló, para definir los delitos, establecer penas y aplicarlas.

Se debe tomar en consideración que el Derecho Penal se hace de instrumentos conceptuales que son útiles para facilitar y hacer posible la aplicación razonada de estas normas penales a los casos prácticos y reales que todos los días surgen en la sociedad. Por ello, si bien en primer término tomamos en consideración a la ley penal, el operador del sistema penal también debe acudir a las tesis de jurisprudencia por las que se haya interpretado y determinado el criterio a seguir al momento de aplicarla, así, ya sean los jueces y tribunales, como autoridad jurisdiccional encargada constitucionalmente de la dicción del Derecho, o los encargados de procurar la justicia jurídico penal, también identificados como fiscales, e inclusive, la parte técnico jurídica del órgano de defensa, el abogado defensor, deben ser expertos en el dominio y utilización de los referidos instrumentos.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 5ª. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 209.

Por otro lado, paralelamente valdría decir, la aplicación en la práctica de las normas jurídico-penales a los casos reales se debe llevar al cabo por medio de dichos instrumentos conceptuales que tienen como finalidad auxiliar a los operadores del sistema penal a trasladar los contenidos normativos a los casos concretos. Entre aquellos tenemos a la teoría del delito, que hace posible establecer con certeza práctica y objetiva que una conducta realizada por una persona en la realidad es delito o no lo es, así también las reglas de la individualización de la pena, que permiten determinar de una manera razonada la cantidad de pena que se aplicará al caso concreto.

1.4.1. Derecho penal objetivo

El referente para definir al Derecho Penal es la clásica de Von Liszt: “Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia.”¹⁵

Con visión moderna, Bustos Ramírez y Hormazábal lo definen como:

Aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena y/o medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena).

El derecho penal objetivo está constituido por las normas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, a las penas y medidas de seguridad. Su finalidad es sistemática. Con la

¹⁵ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 18ª. ed., alemana por Quintiliano Saldaña, 2ª. ed., España, Reus, 1926, t. I, p. 5.

sistematización de las reglas jurídicas se trata de facilitar una interpretación coherente y racional de ellas.¹⁶

No obsta lo anterior para formular algunas objeciones que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar el Derecho penal no es, únicamente, un catálogo de penas que unidas a unas reglas están dirigidas a los juzgadores y a los agentes del Ministerio Público, por medio de las cuales se les ordena imponerlas a los sujetos que realizan determinadas conductas. Antes que ello, se puede afirmar que es un conjunto de mandatos y prohibiciones dirigidos a las personas comunicándoles qué deben realizar o qué deben abstenerse de realizar amenazándolas con la imposición de una pena en caso de que contravengan el deber aludido.

Podemos entonces distinguir entre normas penales primarias y normas penales secundarias.

En segundo lugar tenemos que la definición antes expuesta se refiere únicamente a los delitos y las penas que son su consecuencia jurídica inmediata, pero precisamente por su antigüedad, no hace referencia a las medidas de seguridad, que son producto de la evolución de nuestra materia.

Es claro que el delito lo podemos entender como la transgresión culpable de la norma jurídico-penal, y que la pena es la consecuencia de dicha transgresión culpable, pero no podemos soslayar que en los sistemas penales modernos se incluyen elementos novedosos, como son las medidas de seguridad.

Se encuentra la justificación de las medidas de seguridad al tomarlas como medios para combatir el delito, al igual que la penas, salvando sus diferencias básicamente en que la pena se sustenta en el acto realizado, teniendo como base la culpabilidad, por su parte, las medidas de seguridad tienen su base en la peligrosidad del sujeto activo, pero aquella no en lo particular, sino en su carácter general, social.

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, España, Trotta, 1997, vol. I, p. 35.

Las medidas de seguridad son la manera como la sociedad se defiende de un probable evento delictivo que podría suceder en el futuro. Carecen de la naturaleza de las penas, que se imponen como medios para lograr la reinserción del delincuente a la sociedad, respecto de la cual decidió libre y voluntariamente desapegarse, siempre y cuando resulte necesaria.

Como ya se indicó, las medidas de seguridad las debemos entender como una especie de tratamiento aplicable al sujeto peligroso para tratar de evitar que cometa un delito, de manera previa a la comisión del acto delictivo. Por su parte, la pena siempre se aplica después de la comisión de delito.

Cabe aclarar que el presupuesto de las medidas de seguridad es la peligrosidad post delictual, esto es, la demostrada por el sujeto después de que cometió el delito. Porque el Derecho penal se ocupa del delito, al que vincula determinadas consecuencia jurídica. Con ello tenemos que es punto de partida de la reacción jurídico penal la realización de una conducta que se definió como delictiva, sin que pueda iniciar la actividad del sistema penal en aquellos casos en que se pudiera advertir una peligrosidad social, que no se ha actualizado por medio de la comisión de un delito.

Por ello estamos en posibilidad de definir al Derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el poder punitivo del Estado, por medio de la definición de los delitos como presupuesto, prohíben su comisión y asocian a los mismos, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica.

1.4.2. Derecho penal subjetivo

Si bien es cierto que el Derecho penal en sentido subjetivo se refiere a la potestad punitiva del Estado, como la facultad de castigar a los gobernados que realizan alguna de las conductas prohibidas en la ley penal, también lo es que el Derecho penal en sentido objetivo está constituido por las manifestaciones

concretas de aquel derecho a penar o *ius puniendi*, que se recogen en las específicas normas jurídico penales vigentes en un lugar y tiempo determinados.¹⁷

Esta potestad punitiva se refiere a la aplicación práctica de la política criminal, constituida por el proceso de criminalización. Este proceso surge cuando en la sociedad se presentan conflictos sociales, respecto de los cuales los órganos legislativos del Estado consienten en definirlos como delitos.

Este poder de definición del determinado conflicto social como delito y con ello, al que realiza el conflicto como delincuente, se conoce como criminalización primaria, toda vez que es el Poder Legislativo del Estado quien para tratar de solucionar el conflicto o atenuar la violencia que surge en la sociedad, decide por el procedimiento legislativo crear la norma jurídico penal que establece la definición antes señalada.

Pero después también tenemos una criminalización secundaria, que surge cuando se aplica la norma jurídico penal al delincuente por conducto de otro poder del Estado, el Judicial, encargado precisamente de impartir justicia penal mediante la aplicación de la norma creada al caso concreto puesto a su consideración.

En este tenor, tenemos que el Derecho Penal subjetivo tiene dos aspectos, el *ius puniendi*, como facultad para definir el delito y el *ius perseguendi*, como aquella facultad de perseguir el delito e imponer la sanción correspondiente a cada caso concreto.

Ahora bien, este *ius puniendi* o poder de definición de delitos y delincuentes¹⁸, tiene algunos límites que deben observarse en un Estado democrático y de Derecho, que también son conocidas en la doctrina como garantías penales. Derechos fundamentales de los seres humanos que la autoridad pública debe respetar en aras de conservar incólumes los derechos de los gobernados que circunstancialmente quedan sujetos al poder punitivo estatal.

1.5. La norma penal

¹⁷ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, México, Porrúa, 2001, pp. 241-245.

¹⁸ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *op. cit.*, nota 16, pp. 63-69.

Díaz Aranda expresa que:

La norma penal tiene una naturaleza pública, porque sólo puede ser emitida por el Poder Legislativo como representante del pueblo, el cual la da a conocer a los ciudadanos como ley bajo la forma de normas de conducta prohibidas y penadas en las cuales se describen las conductas que el ciudadano debe evitar para no sufrir una sanción de privación de la libertad o medida de seguridad. Por tanto las normas penales tienen una función de llamada de atención para el ciudadano para evitar su comisión, y a su vez sirven de garantía al ciudadano, dado que el Estado sólo le podrá imponer una pena privativa de libertad, única y exclusivamente, cuando haya realizado una de las conductas descritas en la norma penal.¹⁹

Por lo tanto si hemos definido al Derecho Penal como un conjunto de normas, éstas no pueden ser otras que normas jurídico penales.

La norma jurídico-penal tiene la misma estructura que otro tipo de normas, ya sean sociales o jurídicas. Su estructura está compuesta de un supuesto de hecho y de una consecuencia condicionada, condicionada precisamente a que en la realidad práctica se materialice el supuesto de hecho. Ahora bien, la diferencia radica en que en la norma penal el supuesto de hecho es una conducta socialmente reprobable, dañosa y que ha sido definida por el Estado como delito y la consecuencia jurídica es una pena y/o una medida de seguridad.

Tal es el caso ejemplificativo del artículo 390 del Código Penal Federal (en adelante CPF) que establece:

Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.

¹⁹ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 11, p. 3.

Se considera una norma penal completa porque el supuesto de hecho está constituido por la descripción de la conducta prohibida de, sin derecho, obligar a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial, y la consecuencia condicionada es que al autor de la referida acción se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.

La norma jurídico penal es también un mensaje que ordena, ya que transmite a las personas un mandato de hacer o una prohibición de hacer algo o de no hacer algo y con el mismo precepto indica o precisa a los jueces y a los agentes del Ministerio Público, cada uno en su ámbito de competencia, la imposición de penas y/o medidas de seguridad cuando las personas realicen las determinadas conductas, tenga o no resultado material, eso atenderá a cada tipo penal específico.

En este orden de ideas, las normas jurídico penales que encontramos en los diversos códigos penales o en leyes especiales que también definen conductas antisociales están constituidas por la descripción clara y concreta de un comportamiento que se considera delito, pero lleva implícitas dos normas jurídicas, una que está dirigida al sujeto persona física y la otra que está dirigida a las autoridades públicas de impartir la justicia penal, como son los jueces y tribunales de la materia y al representante social que realizará la investigación y persecución del delito, esto es, al Ministerio Público.

Es importante destacar que la norma jurídico penal en ocasiones coincide en el mismo precepto legal, como en el ejemplo dado, con un supuesto de hecho y la propia consecuencia condicionada en el texto de la misma norma, pero en otros casos el supuesto de hecho y la consecuencia condicionada están separados y establecidos en distintos preceptos o artículos del correspondiente código penal o en la ley especial que contiene la descripción de algún delito.

Veamos como ejemplos los artículos 215-A y 215-B del CPF, que expresamente establecen:

Artículo 215-A. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

Artículo 215-B. A quien cometa el delito de desaparición forzada de personas se le impondrá una pena de cinco a cuarenta años de prisión.

En estos supuestos en que los preceptos legales recogen separadamente el supuesto de hecho y la consecuencia condicionada, pero están íntimamente conectados entre sí toda vez que se encuentran en artículos consecutivos o cuando se encuentran en el mismo capítulo o sección de la ley penal, igualmente se consideran normas penales completas.

También existen disposiciones jurídicas en los códigos penales que tienen como función principal establecer con precisión el alcance que se debe otorgar a los preceptos de la parte especial, no son preceptos prescriptivos. Estas normas que suelen encontrarse en la llamada parte general del Derecho Penal son necesarias para interpretar y aplicar legalmente los delitos en particular, por ejemplo, el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) establece que:

Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Desde esa óptica resulta evidente que prácticamente todas las normas jurídico-penales son incompletas, puesto que deben complementarse con otras de la parte general para su aplicación.

Otro ejemplo se encuentra en el artículo 302 del CPF, que describe la acción de matar, pero este artículo debe ser interpretado a la luz de las demás disposiciones del propio capítulo donde está inserto, como lo es el diverso 303 que establece que para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes (que realmente se reducen a dos, toda vez que la fracción II actualmente se encuentra derogada):

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

II.- (Se deroga).

III.- Que si se 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.

Además, existen supuestos que no son fácilmente interpretados para extraer su estructura esencial, así que tenemos que completarlo o en su caso la consecuencia condicionada, acudiendo a otros artículos del mismo o diverso cuerpo normativo penal, inclusive otras normas no penales, como es el caso del artículo 234 de la Ley General de Salud que describe cuáles sustancias serán consideradas estupefacientes, en relación con los delitos contra la salud comúnmente conocidos como narcotráfico, previstos en el diverso 193 del CPF.

Todo lo anterior origina el problema que se conoce como normas penales incompletas y en blanco.

Las normas penales incompletas son aquellos preceptos que complementan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia condicionada descrita en otra ley.

Por lo que respecta al supuesto de hecho, son aquellos preceptos legales que complementan la norma, así tenemos el ejemplo del mismo artículo 302 del CPF en cuanto describe que comete el delito de homicidio el que prive de la vida a otra persona, más al acudir al diverso 321 BIS que señala:

No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

Se tiene que si éste último precepto no se interpreta concordantemente con el diverso 302, no sería posible entender su alcance y/o sentido.

Existen también, otros preceptos que coincidan con tales características pero referidos a la consecuencia condicionada, tal es el caso del artículo 27 del CPF que en el párrafo tercero dispone:

... El trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo a favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutiva de la prisión o de la multa.

El precepto en cita solamente tiene sentido si se relaciona leyéndolo con alguno de los artículos de la parte especial del código, que asocia la pena de trabajo a favor de la comunidad como consecuencia condicionada a la realización

del tipo penal correspondiente, como por ejemplo el del artículo 341 del mismo ordenamiento en cita que expresa:

Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.

Estos preceptos encuentran su fundamento lógico por razones de técnica legislativa y economía procedimental, ya que sería abrumador que el legislador al describir cada tipo penal como supuesto de hecho tuviera que repetir en cada caso la aclaración, complementación o precisión necesarias. De esa manera se ha formulado en el transcurso del tiempo y la evolución legislativa de nuestra materia la parte general del Derecho Penal.

Por otra parte, las normas penales en blanco son otro aspecto del moderno sistema de derecho punitivo que vale la pena explicar.

Estas son normas penales que si bien efectivamente señalan con precisión la consecuencia jurídica condicionada, no expresan el supuesto de hecho, ya que remiten para su determinación a otras normas, no penales, con independencia del rango normativo de la norma remitida.

Ejemplo claro de estas normas se encuentran en materia de delitos electorales y del Registro Nacional de Ciudadanos, así el artículo 401 del CPF, en donde se dispone:

Para los efectos de este Capítulo, se entiende por: I. Servidores Públicos, las personas que se encuentren dentro de los supuestos establecidos por el artículo 212 de este Código. Se entenderá también como Servidores Públicos a los funcionarios y empleados de la Administración Pública Estatal y Municipal; II. Funcionarios electorales, quienes en los términos de la legislación federal electoral integren los órganos que cumplen funciones electorales; III. Funcionarios partidistas, los dirigentes de los partidos políticos nacionales y de las

agrupaciones políticas, y sus representantes ante os órganos electorales, en los términos de la legislación federal electoral;...

Otro ejemplo relativo a los delitos que actualmente causan mayor inquietud en la sociedad lo encontramos en el artículo 195, párrafo primero del CPF, que establece:

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

Las normas penales en blanco son frecuentemente utilizadas en los casos en que las conductas que integran el supuesto de hecho están estrechamente vinculadas con otras materias o ramas del sistema jurídico diversas a la penal. Existen sectores del conglomerado social o jurídico en que la actividad legislativa es incesante y continua, como la relativa a la economía, patentes y marcas, mercantil, etcétera, porque están sujetas a continuos cambios en razón de las circunstancias, de los adelantos técnicos y científicos o en general de las necesidades sociales. En esta virtud, si las prescripciones o los mandatos que se van incorporando continuamente al ordenamiento jurídico tuvieran que incluirse expresamente en los supuestos de hecho concernientes a las normas penales, éstas tendrían que ser continuamente reformadas, pues podrían quedar sin aplicación, convirtiéndose en preceptos atrofiados o incomprensibles.

En este orden de razonamiento, la norma penal en blanco es una norma penal íntegra o completa, una vez que es completada en su supuesto de hecho por la norma extrapenal.

Lo anterior no debe implicar que el legislador aproveche libre e indiscriminadamente este recurso técnico legislativo, toda vez que no abona a la certeza y seguridad jurídica, ya que en ciertos casos podría derivar en una afectación al principio de legalidad penal, en razón que el carácter delictivo o no

de una conducta podría estar definido, en última instancia, por una autoridad administrativa que constitucionalmente no está legitimada para ello.

No obstante lo anterior, el Derecho Penal debe configurar sus normas penales de modo completo, debidamente incorporados, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia condicionada, tratando de excluir las referencias a otras ramas o sectores del sistema jurídico. Solamente en casos excepcionales, cuando concurren las razones técnicas y de política criminal que se identificaron en los párrafos precedentes, puede recurrirse a este procedimiento. Y aun en estos casos deben definirse en la norma penal con toda claridad tanto los presupuestos de la punibilidad como la extensión de las penas.

Finalmente, se puede concluir que no deben admitirse las denominadas *leyes penales en blanco al revés*, en las que se fija el supuesto de hecho en la norma penal y se remite a disposiciones extrapenales para la determinación de la pena.

1.6. La función del Derecho Penal

La función del Derecho Penal, tomando en consideración su característica de instrumento de control social, es atenuar la violencia en la sociedad manteniendo la paz social.

Si bien, lo anterior no lo distingue de otros medios de control social, la diferencia se hace evidente con la específica gravedad de los medios que se emplean para dar cumplimiento a dicho objetivo, no obstante la tendencia moderna de sustentarlo en la racionalidad de las sanciones que se imponen a los transgresores y en que debe intervenir sólo ante los más graves ataques contra los bienes jurídicos más preciados.

En las sociedades modernas, esta función de tutela y control social se realiza por el Derecho Penal utilizando como medios a la función de protección de bienes jurídicos, previniendo su lesión; y a la función de motivación, esto es, que el Derecho Penal debe incidir en los sujetos para que se abstengan de realizar determinadas conductas.

Las funciones señaladas están profundamente relacionadas y por ello son inseparables, toda vez que la norma penal protege los bienes jurídicos a través de la motivación, en la medida que ésta pudiera evitar o determinar los resultados lesivos o dañinos, es como se alcanzaría el objetivo de proteger los bienes jurídicos que el legislador ha seleccionado como los más relevantes para mantener la paz social.

Se considera que actualmente nadie discute esta función que es a la vez preventiva y motivadora, sin embargo, no podemos soslayar la función represiva que en la realidad se aplica por el Derecho Penal, ya que éste actúa en dos vertientes, por un lado castiga imponiendo una pena a quien por su conducta lesiona o pone en peligro de lesión al bien jurídico tutelado, retribuyendo el mal causado, ratifica de esa manera determinados valores sociales; por otro lado previene dichas lesiones o puestas en peligro antes de que lleguen a producirse, por supuesto una vez que se acredita que probablemente ocurrirán. En este último supuesto al Derecho Penal se le atribuye claramente una función preventiva.

Por lo antes expuesto, ya sea doctrinal o legislativamente, la función que se atribuya al Derecho Penal dependerá de la función o funciones que se asocien a la imposición de las penas, como en nuestro país, que a últimas fechas se le asignó la función de reinserción social del delincuente por medio de la educación, el trabajo, la capacitación para el mismo, la salud y el deporte.

Se establece que está fuera de duda que cuando se plantea la función que el Derecho Penal tendrá en la sociedad, el objeto que analizamos en primer lugar es la pena. Ésta se caracteriza por su contundencia, agresividad y fuerza frente a otros medios de control social u otro tipo de sanciones jurídicas, identifica al Derecho Penal diferenciándolo frente a otras instancias de control.

En consecuencia, la legitimación misma del Derecho Penal dependerá en gran medida de la legitimación de la institución social de la sanción penal. Su función preventiva se corresponde con las teorías que asignan a la pena un medio de prevención del delito. Y la función represiva es consustancial a las teorías que fundamentan la pena en la retribución y por tanto, en la idea de justicia absoluta.

También debemos distinguir que la determinación de cuál es la función del Derecho Penal tiene mucho que ver con la concepción del Estado que se tenga, ya que en términos generales un Estado más liberal tenderá a un Derecho Penal más preventivo y garantista, mientras que un Estado menos liberal podría acentuar la ratificación de unos valores sociales, lo que generalmente lleva a una función más represiva, pues se hace prevalecer el interés general, sobre el particular, aunque sea una minoría quien dice representar, interpretar o entender ese interés social.

Cuando deseablemente atendemos al fin preventivo del Derecho Penal, que implica contar con un amplio sistema de garantías jurídico penales que tienen la función de proteger al ciudadano frente a la violencia estatal, aquél radica principalmente en la protección de bienes jurídicos y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma, aunque por supuesto entendemos que ambos fines están íntimamente vinculados funcionalmente o mejor, son completamente recíprocos.

Se entiende al Derecho Penal Funcionalista o funcional desde el aspecto de la sociedad que nos integra a todos, por lo que esta sociedad funciona como un sistema integrado cuyos componentes, los individuos en lo particular, deben cooperar en el funcionamiento del sistema, realizando los específicos roles que van adquiriendo conforme a las expectativas de la sociedad.

De esa manera, el aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo y también como un medio para alcanzar el fin primario, la protección de bienes jurídicos.

Ahora bien, en razón de que la finalidad primaria es evitar acciones lesivas a los bienes jurídicos, el primer momento es preventivo, que se realiza a través de la norma de conducta, cuyas finalidades son dos, por un lado, como ya expuso, prevenir conductas lesivas a través de la motivación basada en reconocer la validez valorativa de la norma, así mismo, se apoya a dicha motivación por medio de la conminación o amenaza de pena y como consecuencia de la motivación, se asegura la expectativa normativa.

Por otra parte, ya cuando se impone la pena a un individuo particular, esto es, se individualiza, su naturaleza represiva tendrá un fin secundario e imprescindible, el de ratificar la pretensión de respeto de la norma a fin de conformar la seriedad de la amenaza, que es el momento preciso cuando se da la confirmación de la vigencia de la norma.

2. Política Criminal

Es menester tratar de responder a la inquietud sobre cuál es el sistema idóneo para lograr que en la prevención y combate a la criminalidad se implementen las ideas más avanzadas, y supuestamente más humanas, dado el avance cultural y científico de la humanidad.

Se tiene ahora un instrumento que en realidad siempre ha existido. Sabemos que conforme avanza y evoluciona la sociedad, se requiere actualizar, mediante reformas, adiciones e incluso derogaciones, tanto la Constitución General de la República, como las leyes que de ella emanan, igualmente en la legislación procesal como en la sustantiva.

Sin embargo, este tipo de reformas de grandes proporciones requiere de una política de Estado orientada en ese sentido, entendida la política como el contenido de las decisiones que trascienden a la vida cotidiana de la comunidad.

Así tenemos que ese valioso instrumento es la política criminal, ya que conforme a sus instrumentos se harán los estudios, análisis y estadísticas que se requieran para sustentar una decisión hacia uno u otro sentido, que quedará plasmada en las leyes propuestas, tal vez por los órganos ejecutivos del gobierno hacia los órganos legislativos, quienes finalmente los legitimarán como leyes y corresponderá a los órganos judiciales su efectiva aplicación. Por supuesto no pasa desapercibido que la ejecución de las penas, corresponde, nuevamente, al poder ejecutivo estatal.

Para mejorar nuestro entendimiento, es necesario voltear hacia los importantes autores que han profundizado en el tema y que nos sirven de orientación en nuestro propio ejercicio intelectual, sin dejar de considerar que

básicamente la política criminal está sustentada en los fines o funciones que cada sociedad le otorga a la imposición de la pena.

Así tenemos que para el profesor Bacigalupo:

Desde hace muchos años nuestro Derecho Penal, tanto en lo legislativo como en lo referente a su aplicación, se encuentra dominado por la teoría unificadora de los fines de la pena, es decir, por una determinada articulación de sus aspectos retributivo y preventivo. Tal articulación procura dejar a salvo el fundamento represivo (retributivo) de la pena, fijando a la vez dentro del marco así determinado, objetivos de prevención individual que hoy se condensan en la expresión 'resocialización'.

Esta concepción unificadora constituye el marco dentro del cual debe llevarse a cabo el análisis de las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal.

Estas relaciones presuponen una cierta oposición entre ambos términos. Tal oposición es en realidad paralela a la oposición entre retribución y prevención contenida en las teorías unificadoras. Su surgimiento está históricamente condicionado por la aparición de la tendencia preventivo-especial inspirada por el positivismo, pues es evidente que bajo el dominio de la teoría retribucionista no tenía sentido hablar de política criminal. La *política* presupone la intención de alcanzar un fin y las teorías absolutas se caracterizan esencialmente por rechazar la idea de todo fin preventivo. Dentro del contexto histórico de su surgimiento la expresión *política criminal* expresa un programa de reforma del Derecho penal dirigido fundamentalmente contra la teoría de la retribución, inspiradora de los códigos entonces vigentes.²⁰

Ahora revisemos la autorizada opinión del profesor alemán Maurach:

²⁰ Bacigalupo, Enrique, *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, México, Cárdenas, 1989, pp. 31 y 32.

En cuanto parte integrante de la política jurídica general y, por lo tanto, de la política, la política criminal se ocupa de la obtención y realización de las concepciones del orden en la lucha contra la delincuencia. Es preciso distinguir entre ciencia político–criminal y política criminal aplicada; desde un punto de vista científico, la política criminal tiende ‘a la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias sociales, tácticas y medios para la enseñanza de un control óptimo del delito’. Por ende, ella se refiere principalmente a los siguientes campos: determinación de la tarea y función de la administración de justicia penal, creación y decisión de un modelo de regulación determinado en esta materia, su configuración y aplicación práctica basada en el planteamiento de las diferentes tareas y el constante examen respecto de las posibilidades de mejoramiento.²¹

Una vez establecidas dichas opiniones, las cuales tomamos en consideración para acercarnos en términos de lo propuesto por el Maestro Márquez Piñero, quien al respecto afirma que:

En un amplio sentido, la política criminal constituye todo género de actividad estatal encaminada a la prevención de delito y a la lucha contra él. Desde luego, no se trata de una ciencia, como quisieron considerarla algunos ni tampoco es la disciplina que pretendió haber creado Franz Von Liszt. La política criminal nació en Italia: ‘donde debe buscarse la primera cultura sobre derecho penal’, y ahí apareció por primera vez una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas o, lo que es lo mismo, una primera dirección de la política criminal. Debido a ello, puede considerarse al Marqués de Beccaria como el iniciador de esta corriente.

Por consiguiente, se trata no de una ciencia, sino de un criterio directivo de la reforma penal, fundamentada en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y de las demás medidas de defensa social contra el delito. Tales criterios suministran material al derecho penal para la obtención

²¹ Maurach, Reinhart y Zipf/Heinz, *Derecho Penal, tomo I*, 7ª. ed., Argentina, Astrea, 1994, p. 51.

de nuevas metas. Realmente el propósito de la política criminal es aprovechar de modo práctico los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, por parte del legislador, para satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico.

Mediante el criterio orientador antes aludido se han logrado importantes metas legislativas: La adopción para los menores de un sistema esencialmente educador, el establecimiento de medidas de defensa social contra delincuentes reincidentes o habituales, el tratamiento de los delincuentes patológicos, el estudio biológico del delincuente como base de ejecución de las penas de privación de la libertad, etc., finalidades consideradas hace algunos años como un lejano ideal y que constituyen ya auténticas y espléndidas realidades.²²

Para Muñoz Conde²³, la información sobre la criminalidad o la conducta desviada, que después debe ser vinculada por el legislador en sus decisiones para determinar cuáles son las conductas merecedoras de pena, es un problema que adopta características propias que debe resolverse como un problema político criminal. Pero argumenta que son varios los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son normativos y otros empíricos o de utilidad y estos juntos constituyen la Política Criminal, es decir, son las pautas que debe tener en cuenta el legislador.

Dice que estos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. Si nos encontramos en un Estado de Derecho que se precie de respetar los derechos humanos fundamentales de los gobernados, sería inaceptable e injusto castigar con pena de muerte un robo, aun cuando el aumento de las penas en estos delitos pueda resultar de utilidad desde el punto de vista preventivo. Pero además sería inútil y contraproducente castigar con pena de prisión la falta de pago de una pensión alimenticia entre ex - cónyuges cuando ello puede producir más daños que beneficios a la víctima. Que se debe favorecer al criterio de utilidad, que

²² Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*, 4ª. ed., México, Trillas, 2001, p. 40.

²³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 6, p. 214 y 215.

también es un factor para determinar el merecimiento de pena de una conducta, pues en un moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas. Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega al Derecho penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas.

Otros autores españoles ya estudiados establecen con claridad las diferencias entre la Política Criminal y el Derecho Penal, expresando que una refiere lo que debe ser y el otro a lo que es:

La separación entre Política Criminal y Derecho Penal parte de la idea de que la construcción del sistema es un quehacer eminentemente jurídico. La Política criminal, como ciencia que estudia las condiciones que hacen eficaz la actuación del Derecho Penal, en atención a los fines y funciones que a éste se le otorgan, tanto para el hombre como para la sociedad, propondrá y determinará reformas del sistema vigente por la vía de la crítica de aquellas de sus instituciones que se consideren político-criminalmente inadecuadas o intolerables. Su ensamblaje con la Dogmática Penal no se traduce en actuaciones positivas 'inmediatas' sobre el sistema, sino que se reduce a operar como criterio de la fase 'crítica', culminadora del proceso dogmático, pero apartada del ámbito del sistema positivo. La Política criminal queda así como 'ciencia que mira al futuro', con permanente propósito de sugerir perfeccionamientos de las leyes penales. Así, por ejemplo, GIVONOVITCH entiende que la Política criminal es una doctrina de *lege ferenda* o 'deontológica', que busca lo que 'debe ser' a partir de la ley lata.²⁴

Por lo que hace al ámbito teórico mexicano, los conceptos son los siguientes:

Si entendiéramos con Battaglini, que Política Criminal, es la ciencia que estudia los medios con los cuales el Estado ha de combatir, mediante el

²⁴ Quintero Olivares, Gonzalo y otros, *op. cit.*, nota 7, pp. 220 y 221.

derecho – penas y medidas de policía – la delincuencia, no tendríamos problemas en ubicarlos dentro de las llamadas ciencias jurídico-represivas.

Sin embargo, la política criminal no puede reducirse a eso, por más que en un Estado democrático se desarrolle dentro de un marco jurídico que la limita y justifica, por ello se ha dicho que ella es técnica, es organización, es eficacia, ella tiene un contenido ideal, formula sus principios de los cuales se ha de servir, para el logro de su realización, principios que en ningún momento y por ningún motivo la anquilosarán, como se afirma, pues su característica de ser ciencia práctica antes que especulativa, la inclinará hacia los hechos comprobados y palpitantes de la vida, antes de aceptar dogmas petrificadores. 'La Política Criminal es más bien cosa de acción que de doctrina.'²⁵

Otro concepto sumamente interesante, en este caso crítico, lo proporciona el maestro alemán Hassemer respecto de la moderna política criminal:

En este sentido, la política criminal 'moderna' está caracterizada con claridad. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública: medio ambiente, economía, impuestos, drogas, terrorismo, procesamiento automático de datos. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal: protección del 'bienestar' del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, fomento estatal de la economía o procesamientos de datos en la economía y la administración. Instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de daño o lesión (entre cuyos presupuestos de punibilidad está la

²⁵ Barrita López, Fernando A., *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 75 y 76.

comprobación de un daño concreto y su causación por el imputado), sino por medio de los delitos de peligro (generalmente abstracto), para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador ha prohibido como peligrosa).²⁶

La política criminal tiene una terminología multi semántica, esto es, que se entiende desde al menos dos puntos de vista, así que se advierte como una actividad del Estado y también como una actividad científica.

Como actividad del Estado es la parte de las políticas públicas en general, pero que se refieren al fenómeno delictivo y a las conductas desviadas, lo que permite formalizar el control social. Es importante resaltar que no sólo utiliza al Derecho Penal como su instrumento principal, sino que éste es el que resulta en último término el más inadecuado para obtener ese pretendido control.

Por medio de la Política Criminal se permite al Estado establecer la orientación del sistema penal, ya que define las conductas que se consideran delictivas, los fines que tendrá la pena, así como los medios generales y específicos para llegar a alcanzar esos fines. Es conveniente resaltar que no se puede reducir la Política Criminal sólo a la política penal.

Ahora bien, como actividad científica forma parte de la Ciencia del Derecho Penal y tiene por objeto estudiar la determinación de los fines que se desean obtener mediante la implementación del sistema penal, así como los principios a los que debe ser sometido el derecho positivo. También sistematiza los medios para obtener el control social, entre los que se encuentra el Derecho penal, examina y sistematiza las diversas fases del sistema penal en relación con sus fines y principios generales.

Los estudios político criminales cobran mayor relevancia en los momentos en que se requieren reformas y adiciones a las leyes penales por parte de los órganos legislativos, pues los orientan en cuanto al sentido y alcance de las normas por crear, reformar o derogar.

²⁶ Hassemer, Winfried, *Crítica del Derecho Penal de hoy*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 54.

Se puede concluir con la certeza de que todavía no existe una teoría de la Política Criminal suficientemente elaborada.

Es ya clásica la definición del jurista vienés Von Liszt, quien dice:

El conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del Derecho vigente. Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la Política Criminal, que estriba en la criminología y la penología.²⁷

Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé afirman que:

Frente a un determinado conflicto social el Estado puede optar entre diferentes políticas y debería decidirse por la más adecuada entre las diversas alternativas para la solución del conflicto. Cuando así lo hace, está desarrollando una política social en sentido amplio. Por ejemplo, una política educacional, de salud, vivienda, de información o asistencial. Entre esas alternativas, también puede optar por definir el conflicto como delito. En tal caso estaría desarrollando una política criminal, por lo que ésta es un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado.

Este poder de definición se extiende también a la definición del delincuente.

Por ello, debemos distinguir dos momentos del poder de definición, al primero, cuando se crea la norma se le denomina criminalización primaria o de definición del delito y al segundo momento, cuando se aplica la norma, criminalización secundaria o de definición del delincuente.

²⁷ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, T. I., op. cit.*, nota 15, p. 7.

Uno y otro momentos son facultad de diferentes órganos públicos, la criminalización primaria a la autoridad legislativa y la criminalización secundaria a la autoridad judicial.²⁸

3. Teoría del Delito

Adentrarse en el estudio de la teoría del delito es quizá la aventura más interesante del aspirante a penalista, sólo cuando se domina el tema se considera que se ha graduado en la ciencia jurídico penal.

Aunque es una parte del sistema del Derecho Penal, la teoría del delito subyuga en su estudio y nos lleva a soslayar las disciplinas restantes, como por ejemplo la teoría de la pena.

A manera de introducción de los argumentos expuestos, es conveniente revisar las opiniones de destacados penalistas.

Dice el profesor Zaffaroni²⁹ que la función más importante del Derecho Penal es la de limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado por medio de la interpretación de las leyes penales expresas, que verifique en cada caso concreto si están dados los presupuestos para que el Juez penal ejerza el poder punitivo estatal. Que la teoría del delito cumple una función práctica, consistente en clasificar razonablemente los caracteres de un modelo de análisis que facilita la enseñanza del derecho y el planteamiento y decisión de los casos concretos por los jueces penales.

Por su parte, Muñoz Conde³⁰ explica que la teoría general del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito y ser sancionado, como consecuencia, con una pena, a partir del derecho penal positivo.

²⁸ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, op. cit., nota 13, p. 25.

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 1ª. ed., Argentina, Ediar, 2005, pp. 283-285.

³⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal*, op. cit., nota 6, pp. 221-222.

Otro destacado autor, Enrique Bacigalupo,³¹ expresa que la teoría del delito es el medio técnico jurídico para establecer a quién se debe imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente. Después en el mismo texto afirma que es una teoría de la aplicación de la ley penal que pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica dicha aplicación, valiéndose para ello de un método analítico por el que se procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías.

Ninguno de los anteriores autores nos proporciona una definición exacta de nuestro tema de estudio, por ello, será mejor enfocar nuestros esfuerzos en el análisis de lo que significa la teoría del delito.

3.1. El significado de la teoría del delito

El significado de la teoría del delito se va a desentrañar con el ejemplo de un caso hipotético al que denominaremos como el del Atunero (inspirado en el ejemplo dado en la obra: *El espíritu del Derecho Inglés*, de Gustav Radbruch.)

En este caso particular, que puede presentarse en los que normalmente suceden cada día en los tribunales de nuestro país, supongamos que acontecen diversas circunstancias que le imprimen matices de nuestro interés.

Resulta que en el mes de abril del año 2007, cuatro pescadores a bordo del atunero “La Esperanza” zarpan del puerto de Veracruz en busca de la fortuna, que puede verse materializada con la localización de un buen banco de atunes y la captura de la mayor cantidad de peces. Sin embargo, tres días después de su partida son sorprendidos por una tempestad que hace naufragar el barco, pero logran salvar la vida al poder mantener a flote la lancha de salvación. Sin instrumentos, remos, ni otro implemento que les permita conocer su ubicación y acaso la manera de acercarse a su salvación, navegan a la deriva por vario días, acaso más de dieciocho.

³¹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, Perú, ARA, 2004, pp. 191-194.

Surgen problemas graves, como la situación de inanición de los náufragos, debilitados todos, quien resiente mayores daños es Mario, lo que provoca que vayan surgiendo insinuaciones entre ellos acerca de la posibilidad de obtener alimento de su cadáver. Aún cuando uno se opone, se llega a la agresión que propicia la muerte de Mario y con ello los demás salvan la vida al alimentarse del naufrago muerto. Esta situación es la que interesa al Derecho penal y en específico a la teoría del delito que es eminentemente práctica, pues de su interpretación y aplicación, primero por el agente del Ministerio Público acusador, después por el abogado defensor y ulteriormente por el Juez penal, permitirá llegar a una aplicación del Derecho punitivo que sea racional y objetivamente válida respecto de la responsabilidad penal de cada uno de los actores en esta trágica circunstancia.

Esteban era el capitán, Jacinto fungía como el segundo de abordo, Mario y Pablo marineros. Según la historia, cuando Mario, aún adolescente, yacía dormido presa de la inanición y la debilidad extrema, Esteban y Jacinto llegaron a la conclusión que sólo el sacrificio forzado de Mario podría salvarlos de la muerte segura, para ello buscaron el acuerdo con Pablo, quien siempre se opuso a la ejecución de dicho plan. No obstante, al caer la noche Esteban sacó de entre sus ropas un cuchillo de gran tamaño y ante la estupefacta mirada de Pablo y el franco apoyo de Jacinto, se fue encima de Mario a quien degolló de manera rápida y eficiente. No acababa de escurrir la sangre cuando ya los tres la lamían para calmar un poco la devoradora sed que los aquejaba. Posteriormente los tres comieron del cadáver salvando la vida, cuando tres días después de la muerte de Mario fueron rescatados del altamar por un buque de la armada, cuyo capitán los puso a disposición del agente del Ministerio Público de la Federación, quien los consignó como coautores del delito de homicidio agravado y fueron condenados a purgar pena de prisión por el homicidio, Esteban y Jacinto como coautores y Pablo como partícipe, si bien las penas fueron atenuadas por la acertada intervención del abogado defensor.

Del caso surgen múltiples preguntas que se deben responder aplicando nuestra materia, la cual parece teórica, pero es eminentemente práctica. ¿Quién

mató a Mario? ¿Lo mató sólo Esteban quien lo apuñaló, o también fue Jacinto quien estuvo de acuerdo con el plan? ¿Pablo participó en el homicidio o fue un simple espectador sin responsabilidad dado que se opuso? Pero también se alimentó del cadáver, salvando con ello la vida. ¿Es o no penalmente responsable? ¿Estaba Pablo obligado a obrar en legítima defensa de Mario? ¿Obraron los tres sobrevivientes en estado de necesidad? ¿Les era exigible otra conducta? ¿Actuaron bajo un error invencible de prohibición por considerar que su conducta estaba justificada? ¿Realmente Mario murió por la puñalada o porque ya estaba demasiado debilitado que falleció de inanición un segundo antes de que Esteban lo atravesara con el cuchillo? ¿Si Mario ya estaba muerto antes de la cuchillada, entonces no hay responsables, fue la mala suerte de la inesperada tormenta y posterior naufragio? ¿La voluntad de Esteban y Jacinto era la de matar a Mario o sólo querían salvar la vida a costa de la víctima? ¿Si son declarados penalmente responsables, los someterán a una pena agravada por haber aprovechado la debilidad de Mario, o atenuada porque no tenían otra manera de salvar su propia vida? ¿Al momento del homicidio, podían ser tomados como sujetos normales o estaban seriamente disminuidos en su percepción jurídica, con motivo de la extrema debilidad y el miedo de perecer, por lo que no les era exigible el comportamiento conforme a Derecho? Estas y otras más son las cuestiones que deben resolverse mediante la aplicación de la teoría del delito a los casos concretos que van surgiendo en la realidad.

Sin necesidad de ser erudito en materia jurídica, parece evidente que Jacinto y Esteban son responsables de algo por lo que deben responder. El problema surge cuando nos toca determinar de qué deben responder concretamente, en qué medida, así como establecer con precisión cuál será la responsabilidad de Pablo, quien si bien siempre se opuso al homicidio de Mario, no dejó de alimentarse del cadáver para sobrevivir. Para resolver estos problemas de imputación de responsabilidades es cuando resultan imprescindibles los conocimientos que nos brinda el Derecho penal, el que nos permitirá distinguir las responsabilidades de cada interviniente de los hechos y después establecer la pena a imponer a cada uno de ellos, individualizándola como legalmente

corresponda. Con ello, también se hace evidente la aplicación práctica a los casos concretos de la teoría del delito, que es una ordenación gradual de los requisitos necesarios y suficientes para proceder a imputar responsabilidad penal a un sujeto determinado.

La sociedad, por conducto de sus legisladores, utiliza al Derecho penal como medio para prohibir y sancionar con penas y medidas de seguridad las conductas de los seres humanos que por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos más importantes hacen peligrar gravemente la subsistencia de la propia sociedad. Esas son las razones por las que se prohíbe el homicidio, el robo, las lesiones o la extorsión, pues de lo contrario, la sociedad estaría en grave riesgo de perder su propia viabilidad, su armónico desarrollo, lo que la llevaría a la extinción.

Cuando se da el caso de que una o varias personas realizan alguna o algunas de aquellas conductas que han sido tipificadas como delitos, surge la necesidad de que se impute la responsabilidad a quienes los hayan realizado, por lo que es posible llegar a las siguientes afirmaciones:

I.- Que alguien ha realizado un hecho (mera conducta o que trae aparejada un resultado material).³²

II.- Que el hecho realizado es contrario al orden jurídico que rige a esa específica sociedad.

III.- Que el alguien que lo realizó, es culpable del hecho.

Una vez acreditados los puntos anteriores ese alguien debe responder por su conducta que realizó el hecho contrario al ordenamiento jurídico del cual resultó culpable, por lo que es procedente la imposición de una sanción penal, consistente en una pena y/o una medida de seguridad.

Para arribar a esas afirmaciones, que conllevan consecuencias jurídicas que consisten a su vez en la lesión de los bienes jurídicos del responsable del

³² “El delito es un hecho y, por ello, se sitúa en el mundo de la facticidad. Todo su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma jurídico penal, que es general y abstracta, el delito es particular y concreto. Particular, porque es obra de sujeto o sujetos individuales y concreto, porque es un hecho determinado.” Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 1, p. 62.

hecho antijurídico y culpable, como puede ser la privación de su libertad personal, es que los estudiosos del Derecho penal, sobre todo los profesores de las universidades, han visto la necesidad de elaborar las teorías que son nuestro objeto de estudio, para que nadie sea sancionado por hechos que no ha cometido, ni en mayor proporción a lo que efectivamente dañó o puso en peligro.

3.2. El desarrollo de la moderna teoría del delito

En el transcurso de la historia jurídica, diversos estudiosos del Derecho penal han elaborado criterios y reglas específicas para decidir quién o quiénes son penalmente responsables de la comisión de los delitos, a efecto de atribuirles esa responsabilidad por la que deberán sufrir una pena, que de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, podrá ser atenuada o agravada.

En la actualidad se entiende que la teoría del delito es la ciencia que al estudiar al código penal, tanto en su parte general como en la especial, ordena y sistematiza los criterios y reglas de la imputación de responsabilidad, agrupándolos en categorías y conceptos establecidos que permiten al intérprete, Juez, Ministerio Público y abogado defensor, aplicar las normas a los casos concretos con respeto a las garantías individuales de las que es titular el gobernado sujeto al procedimiento penal.

Esta ciencia es relativamente moderna, pues fue creada apenas a finales del siglo XIX por los profesores universitarios del Derecho penal, quienes se vieron en la necesidad de explicar a sus alumnos de una manera sistematizada, lógica y ordenada la parte general del código penal alemán de 1871, por lo que podemos afirmar que su origen está en la Alemania de aquellos años. Algunos de los autores destacados son Franz Von Liszt, quien nació en Viena en 1851 y falleció en Berlín en 1919, con su famoso Tratado de Derecho Penal y el conocido como Programa de Marburgo;³³ el prolífico Rudolf von Ihering quien vivió entre los años de 1818 y 1889, a quien se atribuye el descubrimiento del elemento

³³ Bunster, Álvaro, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, México, INACIPE, 2003, p. 249.

antijuridicidad;³⁴ y el jurista Ernest von Beling, con vida productiva entre los años de 1866 y 1932, quien desarrolló la teoría del tipo penal y autor de la frase que dice: la ley describe y la norma valora,³⁵ entre otros.

Se tiene noticia que antes de la época señalada, la doctrina ya había recurrido a criterios de imputación de responsabilidad penal no muy distintos a los que hoy empleamos, bástenos recordar que el gran Aristóteles, en su texto *Ética Nicomáquea* identificó algunos de los motivos por los que no se imputaba responsabilidad al causante de un hecho al parecer delictivo en algunos casos de error, incluso todavía estudiados hoy en día:

En cambio, puede uno ignorar lo que hace, por ejemplo, cuando alguien dice que se le escapó una palabra o que no sabía que era un secreto, como Esquilo con los misterios (Esquilo fue acusado ante el Areópago de haber revelado los misterios de Eleusis en una de sus tragedias, pero fue absuelto.), o que, queriendo sólo mostrar su funcionamiento, se le disparó, como el de la catapulta. También podría uno creer que su propio hijo es un enemigo, como Mérope (En el *Cresfontes* de Eurípides, pieza perdida, la esposa de Cresfontes estaba a punto de matar a su hijo por error, pero lo reconoció a tiempo); o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato. Puesto que uno puede ignorar todas estas cosas en las que está implicada la acción, el que desconoce cualquiera de ellas especialmente las más importantes, se piensa que ha obrado involuntariamente, y por las más importantes se consideran las circunstancias de la acción y del fin.³⁶

³⁴ Dagdug Kalife, Alfredo, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, op. cit., p. 241.

³⁵ Marquez Piñero, Rafael, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, op. cit., p. 231.

³⁶ Aristoteles, *Ética Nicomáquea*, traducción y notas de Julio Pallí Bonet, 2ª. ed., España, Gredos, 2007, pp. 1111a 8-18.

Como se afirmó, las categorías no son diferentes a las que empleamos en la actualidad. Desde ese tiempo antiguo dichas categorías que sustentan la imputación son comunes a la filosofía moral y a la ética, que se identifican con las reglas de imputación que el común de la sociedad utiliza en la vida social. Lo que identifica a las categorías que utilizamos en la teoría del delito es que están dotadas de contenido específicamente penal y las ordenamos en un sistema.

Desde los orígenes alemanes que ya indicamos, la teoría del delito ha transitado por diferentes fases o etapas que son relevantes para nuestra doctrina jurídico penal, mismas que los autores no se cansan en repetir al explicarnos la evolución de nuestra materia. Cada fase de las mencionadas va surgiendo y se desarrolla de acuerdo con los conceptos y maneras de entender a la persona, valores tan importantes como la libertad, la responsabilidad, e inclusive la función del Derecho, que sin duda alguna influyen en sus diversos contenidos.

A efecto de no repetir lo que se explica mejor en los textos de brillantes tratadistas, sólo aludimos en forma somera cuáles han sido las etapas de la evolución de la teoría del delito desde que surge en Alemania hasta la actualidad.

En primer término tenemos al causalismo positivista, por el que se pretende entender al delito y la responsabilidad como datos positivos, así como realidades físicas materiales que se explican por la mera causalidad y no por la libertad de la voluntad del hombre. Después, como segunda etapa, se tiene que ante la insuficiencia de tal enfoque causalista, se recurrió a otro, que se denomina neoclásico o neokantiano, en el que se atiende a los valores que se hallan presentes en los diversos elementos de la acción humana, así la libertad y la culpabilidad como reproche, a la cual se le denominó como causalismo valorativo. Posteriormente, como tercera etapa al terminar la segunda guerra mundial, se redescubre por el célebre maestro Hans Welzel que la acción humana se encuentra dirigida por la finalidad que busca el sujeto, esta idea sirvió para replantear el orden de las categorías de la teoría del delito e ir dotándolas de nuevo contenido. Desde los años setenta del pasado siglo XX y hasta la actualidad observamos que va dominando en nuestro país el enfoque de la

doctrina finalista, plasmada sobre todo en el esquema y en el orden de las categorías del delito, pero ahora las vemos combinados con el funcionalismo, propuesto por Jakobs y Roxin, por el que se trata de explicar y justificar los contenidos de las categorías del delito por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias, atendiendo a los fines de la pena y cómo debe contribuir ésta al mantenimiento de la vida social y a la confirmación de la norma sobre la conducta desviada del sujeto activo, o bien, son los principios y categorías de la política criminal, ya se refieran al principio de legalidad y al principio de prevención general positiva, los que van dando contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito.

3.3. Los elementos de la teoría del delito

Una vez que se ha constatado la existencia de una conducta penalmente relevante por medio de la aplicación práctica de la teoría del delito, se establece la consecuencia jurídica que se traduce en la imposición coactiva al sujeto responsable de penas y en su caso, medidas de seguridad, que deben encontrarse previstas en las leyes penales para sancionar la comisión de dicho delito.

Pero antes de llegar a la conclusión antes señalada, se debe precisar quién ha infringido la norma jurídico penal y en cuáles condiciones lo ha hecho. Para ello necesitamos acudir al texto del Código Penal aplicable y mediante el estudio de sus preceptos sistematizados y ordenados coherentemente por medio de las herramientas lógico jurídicas que nos aporta la Ciencia del Derecho penal, aplicarlo al caso concreto sometido a nuestra consideración, ya sea desde el ámbito de la judicatura, la investigación ministerial o la defensa penal.

Es conocida la distinción entre los saberes teóricos y prácticos. Cada uno de ellos accede a los objetos que le son propios desde un punto de vista específico, así, lo que interesa al Derecho son las conductas humanas, pero no desde la óptica de tenerlos como meros movimientos o datos para formar una estadística, sino en cuanto a conductas que son originadas en el ejercicio de la

libertad del individuo. Concretamente, al penalista le interesan las conductas humanas realizadas libremente en cuanto a que afectan los valores más importantes para la subsistencia de la sociedad. Esto es, las conductas que atentan contra la vida social de una manera directa y grave.

Determinar que una persona física ha lesionado algún bien jurídicamente protegido por el ordenamiento penal no puede consistir en una simple operación de interpretación de los preceptos penales. Desde que en tiempos de Cessare Beccaria se ideó el concepto de legalidad, se extendió la visión de que la ley es clara y taxativa, así que el Juez penal no tiene más que utilizarla como:

a) la premisa mayor de un silogismo lógico jurídico: el que prive de la vida a otro será sancionado con una pena.

b) después se añade una premisa menor que constituye el específico hecho realizado: Pedro privó de la vida a Pablo.

c) Por lo que se llega a una conclusión lógica que otorga certeza jurídica: Pedro será sancionado con la pena establecida.

Esta es la manera como el positivismo jurídico aplica el Derecho, el que unido a las leyes del positivismo científico, reducen la ciencia jurídica al campo de las ciencias empíricas, experimentales, reduciendo el Derecho a una mera técnica. No se puede estar de acuerdo con esa visión.

Es preciso recalcar que la libertad del ser humano escapa a cualquier análisis técnico, toda vez que sus parámetros son básicamente los de la comprensión y no los de la explicación; así las cosas, no se puede medir o pesar la conducta humana, sino que se comprende como producto de la libertad.

Así las cosas, la información que nos provee la medicina forense, la física, la química o la biología, entre otros saberes científico naturales, si bien son datos materiales de gran relevancia, son útiles sólo para constatar que Pablo falleció por ese o el otro factor, por la penetración de la ojiva metálica en la cavidad craneal, previo rebote en la máquina fabricada en acero sólido, o que la cantidad suministrada de tal sustancia tóxica resultó mortal por necesidad. Pero estos hechos probados no son suficientes para dar respuesta a la pregunta fundamental del Derecho penal, como es la de la responsabilidad.

La libertad del ser humano no puede analizarse por medio de las ciencias naturales. Se requiere abandonar todo reduccionismo de la imputación penal a simples operaciones de comparación de una conducta con el tipo descrito en la ley o, en su caso, sustituir dicha libertad y/o la responsabilidad por dictámenes médicos o físicos. Si bien se puede auxiliar con estos saberes, dejan solo al estudioso u operador del sistema penal cuando debe analizar la posible responsabilidad de un sujeto en un caso concreto.

Se considera que imputar responsabilidad penal a alguien, significa verificar:

- a) si ha realizado una acción, en otras palabras, si existe un hecho;
- b) si ese hecho resulta contrario al ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, si es antijurídico; y por último
- c) si ese hecho antijurídico se puede atribuir a ese sujeto a título de reproche, lo que significa que dicho sujeto persona física es culpable.

La teoría del delito, cualquiera que sea en un lugar y tiempo determinados, debe dar respuesta a estas cuestiones. Identificar una acción como hecho, esto es, afirmar que un fenómeno en el que un ser humano está inmerso no es un mero proceso de la naturaleza, sino que está originado por la libertad de ese ser humano. Entonces ya no será una simple acción, sino un hecho. Este hecho se confronta con una norma jurídica, de la que desprenderemos si el hecho se realizó con respeto al ordenamiento legal o bien lo lesiona o infringe. Si verificamos que dicho hecho es respetuoso del ordenamiento legal deja de tener interés penal, la norma prohíbe matar y el sujeto no mató. Pero, en cambio, si el hecho infringe lo previsto en el ordenamiento jurídico, debe ser atribuido imputándolo al sujeto a título de reproche, declarando al agente culpable del hecho.

Así llegamos a los tres elementos básicos de la teoría del delito, que identificamos un hecho, que éste es antijurídico y que puede ser imputado al sujeto como culpable. De ahí deviene la definición del delito con mayor aceptación práctica y doctrinal, como hecho antijurídico culpable.

Por lo que respecta a la antijuridicidad conviene precisar que con ésta se identifica a un hecho que es contrario a Derecho, en concreto, contrario a una

norma. Ahora bien, conviene establecer las diferencias que se advierten entre norma y ley.

La ley se entiende como la redacción externa de una norma, aunque no toda norma se encuentra plasmada en la ley. Pensemos en que existen diversos preceptos jurídicos en un Código Penal que tipifican conductas como delitos y establecen la punibilidad para cada uno de ellos, siempre están dirigidas, mediante un verbo en futuro, a la autoridad judicial quien tiene la competencia para interpretar y aplicar la ley a los casos concretos, pero no está expresamente dirigida a los ciudadanos que tienen conocimiento que no está permitido realizar determinada conducta. Implícitamente, la prescripción que se dirige al juez supone la prohibición para los ciudadanos, quienes de cometer el delito se les podrán imponer la sanción correspondiente.

Por otro lado, aunque de manera paralela, entendemos que la norma es un enunciado que pretende llegar como mensaje al ciudadano para regir su conducta. En materia penal, esta norma es una prescripción que conmina la realización u omisión de una conducta bajo la amenaza de una sanción penal, la más agresiva sobre los bienes jurídicos del sujeto delincente.

Sin embargo, la norma no siempre es un mandato prescriptivo bajo la amenaza de una sanción o la prescripción de realizar u omitir conductas. Existen normas jurídicas de vigencia cotidiana y común como son las normas facultativas y las permisivas. El cúmulo de relaciones sociales diarias, no todo está prohibido o prescrito, sino que rigen normas facultativas, que son espacios de libertad para los ciudadanos, en los que es indiferente realizar o no una conducta.

También existen otras normas que son excepcionales, por las que se otorga libertad a aquellos que se encuentren en ciertas situaciones, para que puedan obrar en un sentido u otro. Se trata de normas permisivas o eximentes, que son excepciones a las normas prohibitivas y prescriptivas, respectivamente.

Así tenemos que en un sistema de normas sería incongruente y por ello desestabilizaría al sistema si se prohibiera y a la vez prescribiera la realización de tal o cual conducta. Son incompatibles en un sistema normativo las prohibiciones y

prescripciones, por ello, si se afirma que se prescribe trabajar, implica que no se prohíbe trabajar.

Pero las dos situaciones anteriores no son las únicas posibles, porque existen acciones que ni se prescriben ni se prohíben. Por ejemplo, en el Código Penal encontramos prohibiciones, como la de matar en el delito de homicidio, así como prescripciones, como la obligación de auxilio a la persona que ha sufrido lesiones con motivo del tránsito de vehículos. Estas clases de normas no agotan todas las situaciones posibles, como ya se comentó, existen normas facultativas por las que en casos extremos se permite realizar una conducta o que se deje de prescribir otra.

Son excepciones a normas prohibitivas que se conocen como permisiones o normas permisivas y también existen excepciones a normas prescriptivas, que son las normas eximentes. Por ejemplo, en la legítima defensa, para aquella persona que se encuentra que es objeto de una agresión injusta, inminente y actual, que no puede superar alejándose del agresor, existe una norma permisiva que le permite defenderse incluso mediante la violencia causando lesiones o la muerte al agresor.

En parecido sentido, aquél que se encuentra en una situación en la que dos prescripciones entran conflicto, rige una norma que le exime de actuar según una de las dos. Son normas permisivas y normas eximentes, en las que en ambos casos, el sujeto tiene libertad para obrar en esas situaciones.

La conclusión que obtenemos de todo lo anterior es que en el Derecho Penal se deben tomar en cuenta las normas prohibitivas y las normas preceptivas que amenazan con la imposición de sanciones. Pero por otro lado no debemos confundir entre acciones facultadas que son penalmente indiferentes y acciones permitidas, que se conocen también como eximidas, pues éstas establecen las diferencias entre las denominadas *causas de justificación* y las conductas que son penalmente indiferentes.

Lo anterior aplica también para la causa de justificación denominada como estado de necesidad, como cuando se entra a una morada ajena rompiendo la puerta de acceso pues es la única forma de salvar la vida del niño que puede

resultar consumido por el fuego, entonces, excepcionalmente está permitido el allanamiento de esa morada y los daños causados.

Pero regresemos al caso concreto que a modo de ejemplo se ha utilizado, el barco atunero que naufragó a causa de una fuerte tormenta y los náufragos Mario, Esteban, Jacinto y Pablo que se aferran a la vida. En los hechos narrados es posible identificar acciones humanas pues no son procesos de la mera naturaleza. La tormenta que provocó el naufragio es un proceso natural que no se puede atribuir a nadie. Pero los sobrevivientes que se salvan al subir al bote son seres humanos que realizan acciones relevantes para el Derecho Penal, como lo que se refiere a privar de la vida a Mario y todos los actos preparatorios a ese hecho.

Esos hechos son los que después deben confrontarse con la ley penal que prohíbe privar de la vida a otra persona. Es indudable que Esteban mató, ha cometido un homicidio, con ello pasamos de la constatación de una muerte a que ésta constituye un homicidio tipificado por la ley como delito. Por lo que respecta a Jacinto, si bien no realiza actos de privación de la vida de Mario, se puede afirmar que al menos contribuye, quizá como coautor, pues acordó Esteban darle muerte por medio de una puñalada. No obstante lo anterior, también podemos considerar que Jacinto solamente coopera en el hecho realizado por Esteban. Hablaríamos entonces de un autor y un partícipe. No es posible argüir una supuesta legítima defensa, ya que Mario nunca agredió a sus compañeros, salvo que Mario hubiera repelido la agresión de Esteban.

Pero nos hemos olvidado de Pablo, salvo que se tratara de imputársele responsabilidad por omisión, no mató, pero quizá dejó que otro u otros mataran, tenía acaso posición de garante para imputarle comisión por omisión, habrá que valorarlo en su oportunidad.

Cuando podemos afirmar que Esteban y Jacinto han realizado un hecho típico de homicidio, el cual es un hecho antijurídico, procedemos a atribuírselo a título de reproche. Esto es, tratamos de determinar si son culpables y cuál es la medida de esa culpabilidad. Llegado este momento, vale recordar que los náufragos se encontraban en una situación extrema, de vida o muerte, pero esta

situación no cambia la especie del hecho, sigue siendo un homicidio, por lo tanto, un hecho antijurídico. Lo que podría llegar a faltar y por ello surgir algunas dudas en el intérprete, es en relación con el estado psicológico que guardan por la circunstancia en la que se encuentran, que podría ser útil para valorar si es posible dejar de imputarles los hechos como reprochables. ¿Podría ser inexigible obrar de esa manera? Y con ello que jurídica y excepcionalmente sea posible dejar de imputarles el homicidio. Pero aún el hecho es antijurídico, lo que puede suceder es que no les sea exigible actuar de otra manera y con ello se eliminaría la culpabilidad.

¿Y sin nos encontramos en un caso de error de prohibición indirecto, en el que Esteban y Jacinto invenciblemente consideran que su actuar está justificado por un estado de necesidad extremo, ya que si no comen del cuerpo de Mario, es seguro que morirán de inanición?

3.4. Los contenidos de la teoría del delito

El fundamento jurídico constitucional para que se pueda imponer una pena a un gobernado es que se encuentre plenamente acreditado que se ha realizado un hecho tipificado penalmente como delito, que fue antijurídico y que el sujeto activo es culpable del mismo. Para ello, los actores del sistema penal deben interpretar las normas de una manera progresiva, así, de que sigan el orden sistemático dependerá que se impute o no responsabilidad, y en su caso, la pena con que se sancionará al referido activo. Se reitera, el constatarlo o comprobarlo progresivamente, determinará la responsabilidad penal; por lo que ante la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para dicha imputación, provocará la impunidad o tal vez, punibilidad disminuida e inclusive la imposición de medidas de seguridad.

De tal manera que aplicando la teoría del delito a cada caso concreto se podrá llegar a las siguientes conclusiones:

1) Que existe un hecho penalmente relevante, realizado por acción o por omisión (tipicidad).

2) Que ese hecho penalmente relevante es contrario al ordenamiento jurídico (antijuridicidad).

3) Que ese hecho penalmente relevante y contrario al ordenamiento jurídico es atribuido al sujeto activo a título de reproche (culpabilidad).

Estas tres conclusiones son el contenido de la teoría del delito en sus diversos estadios o categorías, las que enseguida se explican:

3.4.1. Conducta

En el primer escalón del análisis se trata de identificar un hecho en el cual se involucra una persona física. Esto es, diferenciar un hecho en el que se involucra un ser humano, diverso de un hecho de la simple naturaleza o el caso fortuito. Volviendo al caso ejemplificativo, la tormenta que se desencadenó en alta mar y que provocó el naufragio del atunero proviene de la naturaleza, no es imputable a persona alguna, no es un hecho penalmente relevante.

Por otro lado, si en el hecho se advierte una conducta humana, será ésta la base mínima para analizar si se podría imputar responsabilidad, siempre y cuando se trate de un hecho penalmente relevante.

Se trata de verificar que existió una conducta de un ser humano en cuanto persona, no un simple movimiento fuera de su control, ya que se exteriorizó sin quedarse en meros pensamientos y controlado por el agente, esto es, que puede obrar en un sentido u otro. Carecen de relevancia penal para ser sancionados los procesos naturales y/o los pensamientos por muy negativos que sean, así como los movimientos corporales que no están gobernados por la voluntad del agente. Si estamos investigando un fallecimiento de un ser humano, debemos acreditar que falleció porque otra persona realizó una conducta y no como consecuencia de una enfermedad o un accidente.

Es importante destacar que la doctrina es prácticamente unánime en aceptar que las personas ideales o jurídico colectivas no son sujetos de Derecho Penal, toda vez que no realizan conductas individuales por carecer de una identidad corpórea, siempre actúan por medio de sus representantes legales

quienes son los que realizan la conducta humana que pudiera tener relevancia penal, imputable a ellos, no a su representada.

La constatación de la existencia de un hecho penalmente relevante porque existe una conducta de un ser humano gobernada por la voluntad no es suficiente para realizar un juicio de imputación, únicamente se ha podido concluir que se realizó un hecho, pero en ese momento surge la necesidad de continuar con el análisis de los siguientes escalones o elementos del tipo y del delito.

3.4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Inmediatamente después de constatar la conducta o hecho se analiza si éste encuadra, encaja, adecua o coincide exactamente con la descripción que el legislador hizo en un específico tipo penal, vigente en el momento y lugar en que se realizó el referido hecho.

El autor Franco Guzmán refiere lo siguiente, al estudiar el texto de Ernest Beling:

f) Por último, la adecuación típica o tatbestandmäs-sigkeit que es la acción que el tipo del delito describe y que “llena”, por así decirlo, el tatbestand legal. Es la relación entre el hecho concreto y el tipo de delito; la adecuación del hecho al tipo legal.³⁷

Otro importante autor manifiesta lo siguiente: “Opinamos que la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal.”³⁸

El profesor Roxin establece:

³⁷ Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e Injusto, formación del concepto de antijuridicidad*, México, edición del autor, 1950, p. 37.

³⁸ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª. ed., México, Cárdenas, 2000, p. 70.

Tipicidad. Esa acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP. Por tanto, quien p.ej. mediante una determinada acción “sustraer una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente”, realiza el tipo de hurto. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente no es posible derivar acciones punibles de principio jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.³⁹

Volviendo al ejemplo dado, en el que se está investigando un posible homicidio, partimos entonces de una norma prohibitiva que da lugar a un delito de comisión, de conducta y un resultado material, la privación de la vida de otra persona. De verificarse que la conducta se encuadra en la típica de homicidio o no. Para ello, habrá de atenderse a si el aspecto externo u objetivo del hecho es el que se encuentra descrito en la norma, concretamente ¿podría afirmarse que la conducta de apuñalar en el cuello a una persona viva con un cuchillo afilado y cortante encuadra en el tipo penal descrito en el artículo 302 del Código Penal Federal como el que priva de la vida a otro comete el delito de homicidio?

Parece una pregunta ociosa, pues es claro que eso se denomina matar, pero vale examinar algunas variantes, como la que podría argumentar la defensa en el sentido de que el presunto ofendido ya estaba muerto por inanición al momento en que le fue asestada la puñalada aparentemente mortal, o que ya estaba moribundo a tal estado que estaría muerto a los pocos minutos después.

Con motivo de la primera variante es evidente que estaríamos ante un caso de atipicidad por falta del bien jurídico tutelado vida, o en su caso, por falta de objeto material, la acción de matar se realizó sobre un cadáver en lugar de un ser humano con vida.

Pero en la segunda variante, parece que no podríamos cambiar la valoración del hecho como el de un homicidio, aunque podrían existir factores por los que se podría concluir que el resultado de muerte no sea imputable

³⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal, tomo I*, 2ª. ed., España, Civitas, 1999, pp. 194-195.

objetivamente a la conducta de apuñalar. Pensemos que tras la puñalada, inmediatamente un tercer sujeto espontáneamente propina un golpe en la cabeza del ofendido con un objeto pesado y contundente, a quién se podría atribuir el resultado muerte que ocurre poco tiempo después ¿Al que apuñaló o al que golpeó?

Veamos la expresión técnica jurídica que señala: el resultado muerte sea imputable objetivamente a la conducta.

Podremos interpretar que la muerte es el resultado de la acción de apuñalar, o en otras palabras, para el Derecho penal la conducta colma o realiza en el aspecto objetivo la descripción legal típica del homicidio, que la conducta constituye objetivamente homicidio.

Regresando a nuestro hipotético caso concreto del naufragio del atunero, a la conducta de apuñalar de Esteban se le puede imputar objetivamente el resultado de la muerte de Mario; esto es, que su conducta realiza objetivamente el tipo de homicidio. Por otro lado, si no es imputable objetivamente la consumación del delito de homicidio, cabría hacer la imputación de que lo que sí se ha realizado, esto es, una tentativa de homicidio, en la cual entraría la aplicación del artículo 12 del CPF que define a la tentativa punible como la resolución de cometer un delito que se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Sin embargo, lo anterior no basta para la teoría del delito, es necesario constatar también que ese hecho que objetivamente encuadra en la descripción típica de homicidio también lo constituye en el aspecto subjetivo.

Para ello analizaremos que el agente obró con aquellos elementos de la subjetividad que se exigen, no todavía sobre las intenciones últimas del activo, sino de saber si el hecho era lo que se había representado mentalmente, si era conocido por él como acción de matar o no. Por el momento no es necesario saber que su finalidad última era alimentarse para salvar su vida, o acaso, para satisfacer una venganza, aspectos que podrían influir en la mayor o menor gravedad de su hecho, pero no afectan al ámbito subjetivo que en este momento

interesa. Lo que debemos afirmar es que el sujeto activo realiza la conducta con conocimiento de lo que hace, con dolo.

Constataremos el dolo partiendo de lo que cualquier otra persona en la situación y con los mismos datos que tiene el activo al realizar la conducta se representa o conoce. En este sentido, estamos en la posibilidad de afirmar que cualquier persona que vive en una sociedad tiene conocimiento que un cuchillo filoso que se entierra en el cuello de una persona producirá abundantes cortes profundos que seguramente producirán la muerte del ofendido. Entonces, si Esteban aplica ese cuchillo contra el cuello de Mario, conoce que está clavando un cuchillo filoso sobre el cuello de una persona de la que sabe que está viva, concluyendo que el sujeto activo conoce que está matando, toda vez que cualquier otro en el momento de realizar dicha conducta puede conocer que esa puñalada produciría la muerte. El hecho de matar, que ya quedó imputado en el aspecto objetivo, se imputa ahora también en el aspecto subjetivo. La conducta del sujeto activo realiza en lo subjetivo el tipo de homicidio.

De lo anterior se puede concluir que la conducta colma, encuadra o realiza también en el aspecto subjetivo la descripción legal típica del homicidio, la muerte de Mario se puede imputar subjetivamente a Esteban.

Como ya se dijo, en el aspecto de la tipicidad de la conducta, tratamos de confrontar la conducta realizada con la norma vigente en el tiempo y lugar determinado para el sujeto activo en el momento de realizarla.

Vale la pena analizar si en ese momento también existían normas prescriptivas, que son aquellas que originan los delitos de omisión. Éste se actualizaría si el sujeto activo tuviera un específico deber de obrar, por ejemplo, de realizar actos para auxiliar a aquel que se encuentra en una situación de peligro manifiesto y grave. Tendríamos ahora que constatar que el hecho, que sería una pasividad, realiza el tipo objetivo y subjetivo del delito en estudio. En el caso concreto podría imputarse a Pablo, que se enteró de los actos preparatorios de Esteban y Jacinto para privar de la vida a Mario, el que no haya salido en defensa del ofendido, sino que se limitó a negarse a participar e hizo intento muy limitado para disuadirlos de su finalidad delictiva.

3.4.3. Antijuridicidad y causas de justificación

Ya analizados los casos de imputación de responsabilidad penal en casos de normas prescriptivas y prohibitivas, procede ahora estudiar lo referente a las normas permisivas, que son aquellas que otorgan al activo la facultad de obrar en un caso concreto, inclusive lo facultan para lesionar bienes jurídicos de terceros. Los ejemplos clásicos son los de estado de necesidad y legítima defensa, a los cuales nos avocaremos sin dejar de mencionar que existen otros, pero su análisis excede el del presente punto.

Estas normas permisivas, cuando requieren ser interpretadas por el Juez penal o el Agente del Ministerio Público, adquieren la denominación de causas de justificación, o como las denomina el CPF, causas de exclusión del delito, en su artículo 15, fracciones IV y V.

El hecho del que ya se acreditó su tipicidad, además debe ser antijurídico.

Este elemento del delito con frecuencia se encuentra subestimado por la doctrina, sin embargo, ha sido objeto de estudio por grandes penalistas quienes le han atribuido inclusive la característica de piedra angular de la dogmática del delito.⁴⁰

Por ejemplo, en el “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, Hans Welzel manifiesta que:

Antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Dado que el ordenamiento jurídico quiere crear, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que menoscaba este orden valioso. Por ello se dice,

⁴⁰ Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e Injusto, formación del concepto de antijuridicidad*, op. cit., nota 37, p. 7.

frecuentemente, que la antijuridicidad es un “juicio desvalorativo” de la conducta típica.⁴¹

El profesor alemán Alexander Graf Zu Dohna entiende la antijuridicidad como sigue:

La antijuridicidad constituye, en verdad, como también nosotros lo hemos afirmado, una característica general del delito, la que requiere ser establecida junto con la adecuación típica. En realidad, se requiere una particular fundamentación solamente para los delitos de comisión por omisión. Quien no impidió un resultado adecuado al tipo, sólo ha actuado antijurídicamente si tenía el deber especial de evitarlo. En cambio, aquél que ha hecho algo prohibido o ha dejado de hacer algo que está impuesto de modo expreso, infringe, precisamente, la norma que contiene la prohibición o la imposición.⁴²

El profesor argentino Ricardo Núñez establece que:

En un estado de derecho la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de una infracción al orden establecido por el derecho. Lo contrario implicaría una contradicción. La antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe simplemente porque el hecho sea típico. Salvo en los casos en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor, la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad del hecho, ya que la presunción que aquélla implica es excluida si concurre una causa de justificación. El que mata en legítima defensa realiza el tipo

⁴¹ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, traducción y notas por José Cerezo Mir, primera edición en castellano 1964, Argentina, B de F., 2001, p. 75.

⁴² Graf zu Dohna, Alexander, *La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de Carlos Fontán Palestra, con la colaboración de Eduardo Friker, sobre la 4ª. ed., Colombia, Leyer, 2005, p. 34.

delictivo del artículo 79, pero no obra antijurídicamente. Pero el que realiza un tipo penal obra antijurídicamente si no concurre una causa de justificación.⁴³

Un distinguido autor mexicano, Javier Jiménez Martínez, explica la evolución de la antijuridicidad, hasta llegar a la conclusión de la teoría finalista de la siguiente manera: “La antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, entendida como la ‘desaprobación de un hecho referido a un autor determinado.’”⁴⁴

El mismo autor, en relación con las causas de justificación explica:

A diferencia de lo que sucede en el causalismo en donde no se requiere la concurrencia de elementos subjetivos de justificación para la exclusión de la antijuridicidad, sino que basta con la existencia de los presupuestos objetivos de la justificación, para la teoría final de la acción, las normas prohibitivas y permisivas presentan algunas coincidencias en su estructura con el tipo penal, así como éste se conforma por elementos objetivos y subjetivos, el tipo permisivo se compone también de elementos objetivos y subjetivos de justificación, aquí nace la teoría de los elementos subjetivos de justificación, según la cual, el fundamento de la justificación debe ser doble, no solo objetivo, sino también subjetivo.

De acuerdo con lo anterior, en el análisis de las causas de justificación deben estudiarse sus dos elementos:

- a) Elemento objetivo (norma objetiva de valoración).

- b) Elemento subjetivo (norma subjetiva de valoración).

⁴³ Nuñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4ª. ed., actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1999, p. 153.

⁴⁴ Jimenez Martínez, Javier, *Introducción a la Teoría General del Delito*, México, Ángel Editor, 2003, p. 306.

2.1. Aspecto objetivo.

El aspecto objetivo de la justificación significa que deben darse los requisitos legales que exige el código correspondiente para que opere la causa, la norma valora objetivamente en un nivel abstracto las acciones u omisiones valiosas o no valiosas (desvaloradas).

2.2. Aspecto subjetivo.

El elemento subjetivo de justificación significa que el autor debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que ésta le otorga, aquí se propone motivar subjetivamente a sus destinatarios imponiéndoles el deber de decidirse conforme a la valoración de la propia norma.

B. Las Causas de justificación.

Las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad, que ha sido indiciada a través de la realización del tipo son:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad justificante.
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Consentimiento del ofendido.

La falta de uniformidad y de un método adecuado para determinar la totalidad de las causas de justificación, ha llevado a senderos de suma confusión a la doctrina general, pues, debido al gran número de normas prohibitivas

corresponde un extenso catálogo no regulado en forma definitiva de las normas permisivas diseminadas en todos los ámbitos del derecho.⁴⁵

De tal manera que si tenemos ante nosotros un hecho que colma el tipo de una norma prohibitiva o de una norma prescriptiva, tenemos que concluir como consecuencia necesaria que ese hecho debe ser además antijurídico.

Si un hecho está prohibido o proscrito, es ya antijurídico por este mismo motivo. Ahora bien, no será antijurídico si se encuentra permitido. De lo anterior deviene la necesidad de constatar que no exista una norma permisiva para el caso concreto. Por ello, atendiendo a las circunstancias particulares debemos advertir si se concede al sujeto una exención del deber de obrar o una permisión, luego entonces tenemos que probar que el hecho es imputable como permitido en el aspecto objetivo y en el aspecto subjetivo.

Tal como se ha manifestado que se debe hacer en los tipos prohibitivos, en el caso será necesario constatar que el sujeto está obrando, por ejemplo, en legítima defensa, que objetivamente se acreditan todos los elementos que le permiten defenderse, tal como lo dispone el artículo 15, fracción IV del CPF, en el que se establece que se excluirá el delito cuando se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de la defensa y racionalidad en los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte de agredido o de la persona a quien se defiende. En este orden de ideas, en el aspecto subjetivo, también se tiene de acreditar que el sujeto tiene conocimiento que se está defendiendo, para de ese modo poder concluir que el sujeto realizó un hecho típico, pero no antijurídico.

Volviendo a nuestro caso hipotético, no se encuentra razón jurídica alguna que nos permita establecer una defensa de Esteban y Jacinto alegando que obraron justificadamente. Sin dejar de lado que su situación era sumamente crítica, no encontramos que el Derecho conceda alguna norma permisiva que permita hacer una excepción a la norma que prohíbe matar a otro.

⁴⁵ *ibidem.*, pp. 307-309.

La razón de lo anterior aparentemente es simple, ninguno de los náufragos provocaron la situación extrema en la que se encontraron mediante un ataque o agresión hacia los demás, sino que por mala fortuna o caso fortuito se encontraron en ella, un hecho de la naturaleza, como lo fue la tormenta, es la que los introdujo en esa situación. Por ello, ninguno de los sujetos implicados tiene derecho de desviar el peligro o el riesgo que los aqueja ya que todos son inocentes respecto a ese peligro, ninguno de ellos lo provocó.

3.4.4. Culpabilidad

Aún cuando ya se hubiere acreditado que el hecho es típicamente antijurídico, esto no es suficiente para imputar responsabilidad penal al probable responsable, se debe proceder a imputárselo a título de reproche. En este momento sistemático, ya no se está valorando la conducta del sujeto, sino que ahora se valoran las circunstancias concretas que rodearon el momento de realización de tal conducta, toda vez que pueden tener lugar algunas situaciones en las que el activo no era capaz de recibir y percibir el mensaje normativo o, en su caso, si bien percibe el mensaje, no se puede conducir conforme a éste mensaje.

Si se afirma que el activo es culpable, se está diciendo que en ese caso concreto aquél es libre y por lo tanto es susceptible de ser motivado mediante normas. Para ello se exigen determinadas condiciones del sujeto activo que permitan concluir que rige sus propios hechos de acuerdo con las normas aplicables al caso.

Al respecto nos ilustra el autor Medina Peñaloza:

La teoría de la culpabilidad expone los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica fincándole un reproche personal cuando su conducta no es como lo exige el derecho y hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma, por lo que culpabilidad es imputación a título personal. De esta guisa, es el juicio de reproche que se imputa al sujeto siempre que no opere a su favor una causa de justificación, por no actuar

conforme a la norma; el objeto primigenio del reproche de culpabilidad es la voluntad, es decir, 'el poder en lugar de ello' del autor con relación a su estructuración antijurídica de la voluntad.

Los elementos del juicio de reproche son:

- a) Imputabilidad. Capacidad de entender el carácter ilícito, la conducta y capacidad de determinarse a actuar de acuerdo con tal comprensión.
- b) Conciencia de la antijuridicidad. Error de prohibición, ya sea vencible o invencible.
- c) Exigibilidad de otra conducta. Estado de necesidad disculpante.⁴⁶

Los tres incisos antes transcritos corresponden a los elementos de la culpabilidad.

3.4.4.1. Imputabilidad

El primer elemento es que el sujeto activo es imputable, que es capaz de percibir las normas de conducta y obrar conforme a ellas.

Bien lo dice el profesor mexicano Francisco Pavón Vasconcelos: "Ahora bien, en primer término la imputabilidad del sujeto precisa en éste, la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho y por ello del deber de acatar el mandato contenido en la norma y, en segundo lugar, la posibilidad de realizarlo voluntariamente."⁴⁷

⁴⁶ Medina Peñaloza, Sergio J., *Teoría del Delito*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2003, p. 174.

⁴⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e inimputabilidad*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1993, p. 70.

Un distinguido autor argentino entiende la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, así lo establece: “Se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto.”⁴⁸

En el mismo sentido lo afirma Rubén Quintino: “Imputabilidad: Es la capacidad de una persona para ser motivada, en sentido positivo, por la norma penal.”⁴⁹

El sujeto no será imputable cuando padece una anomalía o alteración psíquica; cuando al realizar la conducta está dominado por un trastorno mental o por una intoxicación con motivo de haber ingerido o haberse administrado drogas o alcohol.

Aquellos sujetos que no hayan cumplido los 18 años de edad, aunque pueden ser ya psicológicamente capaces, en cuanto que conocen la norma y pueden regirse conforme a ella, para el Derecho penal son inimputables. Ello no quiere decir que su conducta será irrelevante, sino que se les aplicará un régimen diverso, en el caso del Distrito Federal, la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, vigente a partir del 4 de octubre de 2008.

3.4.4.2. Conciencia de la antijuridicidad

Para ser culpable, además de la imputabilidad, se requiere conocer que el hecho llevado a cabo es objeto de la norma en cuestión. Contrario a lo anterior, aunque se conozca que se actúa, no se tiene conocimiento que lo realizado está prohibido, prescrito o permitido.

No debemos confundir este conocimiento, referido al objeto y cualidad de la norma, como es saber que matar está prohibido penalmente, con el conocimiento

⁴⁸ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena, 2, imputación delictiva*, Argentina, Astrea, 1993, p. 227.

⁴⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada*, 2ª. ed., México, MaGister, 2007, p. 31.

que se exige en materia de dolo, cuando el sujeto conoce que mata. Nos referimos al conocimiento sobre la prohibición.

Al respecto es sumamente ilustrativo el criterio del maestro Donna:

Esta capacidad consiste, como bien lo ha sostenido Horn, en poder recibir órdenes o en motivarse el autor de acuerdo a las normas. La capacidad de conocer es parte de la llamada capacidad de motivación. Esto quiere decir que la reprochabilidad significa capacidad de entender el injusto, de motivarse de acuerdo a la norma, y por último, de omitir la acción que se intentaba realizar.

La conciencia del injusto o del ilícito se encuentra, en principio, en el ámbito intelectual de la persona, y de allí surge el deber de formar la voluntad de acuerdo a la medida del deber puesto por la norma.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que no es necesario que esta inteligencia sea actual, sino que es suficiente con que el autor haya podido comprender la criminalidad del acto. Este 'poder alcanzar el conocimiento del injusto' es la posibilidad de la inteligencia de tener una representación mínima de analizar si su conducta es o no prohibida.⁵⁰

Otra importante opinión que nos aclara el punto es la siguiente:

Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no siendo necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley, ni la conciencia de perpetrar una inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho entraña una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común. El conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo del agente; así, el dolo es un elemento del tipo subjetivo; y el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.⁵¹

⁵⁰ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, op. cit., nota 48, pp. 279-280.

⁵¹ Medina Peñaloza, Sergio J., *Teoría del Delito*, op. cit., nota 46, p. 177.

3.4.4.3. Exigibilidad de otra conducta

Para acreditar la culpabilidad del sujeto también se requiere que en el específico caso particular se pueda exigir del sujeto activo que obre o se conduzca conforme a la norma.

Veamos cómo lo explica el profesor español Muñoz Conde:

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el Ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el Ordenamiento jurídico no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse... Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.

El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extrema alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.⁵²

Siguiendo a Muñoz Conde, interpreta el doctor Jiménez Martínez:

⁵² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 6, pp. 447-448.

El hecho de que el hombre viva en sociedad, está por ese solo hecho obligado a ajustar su comportamiento al derecho para hacer armoniosa la convivencia social, su observancia es imprescindible, ese cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona, se habla en este caso de una exigencia objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos.⁵³

Este conducir su conducta conforme a la norma no es posible cuando el activo se encuentra en una situación sumamente extrema, por la cual, jurídicamente puede dejar de ser reprochado, a él, en ese caso concreto, obrar como la norma exige. Son situaciones en las que, no obstante se mantiene la antijuridicidad de la conducta, se disculpa al sujeto activo, debido a las peculiares circunstancias del hecho. Lo anterior se conoce como inexigibilidad de realizar otra conducta. Son efectivamente casos extremos de escasa aplicación, pero que pueden presentarse, como son el estado de necesidad exculpante o disculpante y el miedo insuperable.

Al respecto el profesor Malo Camacho escribió:

El estado de necesidad inculpante o exculpante es el que deriva de la coacción (*Vgr.*: te mato si no matas); es el que obra violentado por la amenaza de sufrir un mal grave; el típico caso de la vis compulsiva. No es necesario que la amenaza provenga de una tercera persona, sino que puede encontrar su origen también en la fuerza de la naturaleza; la persona que se ve en la necesidad de dejar morir al compañero en el naufragio, porque la balsa no soporta más personas de las que se intenta salvar. Como se observa, en

⁵³ Jiménez Martínez, Javier, *Introducción a la Teoría General del Delito*, *op. cit.*, nota 44, p. 332.

estos casos no es indispensable que la persona actúe perturbada por el miedo, basta con que esté consciente y reconozca o sienta la situación de peligro que lo amenaza y que esto sea lo que lo determine en su actuar, de manera tal, que no sea posible exigirle una conducta diversa de aquélla conforme a la que actuó.⁵⁴

Se eliminará así la culpabilidad en el caso de cualquiera de las tres situaciones antes reseñadas, no será culpable el sujeto por ser inimputable, por ignorancia del contenido de la norma; o porque no podía exigírsele que actuara conforme a la norma, aun cuando si la conoce. No se puede hacer la imputación personal aunque el hecho sea antijurídico, el sujeto activo no será culpable.

Sin embargo, aunque la imputación podría verse interrumpida por las situaciones comentadas, procedería imputarse de manera extraordinaria al agente cuando él mismo provoca el defecto de la imputación. Es el caso que la doctrina conoce como *actio libera in causa*, en la cual el sujeto, por ejemplo, se pone en estado de intoxicación etílica para realizar el delito. Aunque pudiera desaparecer la imputabilidad en ese momento específico, si se reprocha al sujeto porque en su origen sí había imputabilidad.

Así lo explica el Doctor Márquez Piñero:

Cabe afirmar que la imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad, de la que es presupuesto. Estamos en presencia de las llamadas *actio liberae in causa*, de las acciones libres en su causa y determinadas en su efecto. El ejemplo clásico de estas acciones, tomada del maestro alemán Franz Von Liszt, en el de un guardavía de ferrocarril, quien, para no cambiar las vías en la llegada del tren, se embriaga y provoca un accidente. Von Liszt señala que, para él, es decisivo el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto activo en el instante en que se produce el resultado. En el momento decisivo (y éste no es el de la realización del resultado, sino el impulso dado

⁵⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 569.

para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad, el guardavía no estaba ebrio cuando originó la causa del resultado producido; el acto fue cometido en ese momento y, por tanto, es imputable al autor.⁵⁵

Al hacer el análisis del caso concreto, se puede concluir si el sujeto es culpable de aquella conducta antijurídica, o, por el contrario, aunque se trata de un hecho antijurídico, el activo del delito no es culpable.

En relación con nuestro caso hipotético, debemos atender cuidadosamente a la específica circunstancia en la que se encontraban los naufragos. Podemos estar de acuerdo con la norma que prohíbe matar, además sabemos que esta norma no acepta excepciones, toda vez que la vida humana es el bien jurídico más importante del sistema de garantías que se establece en la Constitución General de la República, por ello, al parecer, ni aún en la situación de estar a punto de morir por hambre se admite la excepción.

La teoría del delito nos permitirá, en esta particular circunstancia, encontrar una solución concreta para los probables responsables del delito de homicidio, sólo para ellos, aunque el hecho que realizaron sea en general antijurídico. ¿Podría existir alguna manera de que se les dejara de exigir obrar contra la norma? Los probables responsables consideraron que en la situación en que se encontraban era posible, que aún siendo el hecho contrario a Derecho, típicamente antijurídico, se les disculparía de obrar como obraron, toda vez que su motivo fue salvar su propia vida que se encontraba seria y definitivamente en peligro.

Observemos este importante matiz: el hecho es típico, privaron de la vida a otra persona, sigue siendo antijurídico, privar de la vida a una persona contraviene la norma general de derecho que ordena no matar, pero son los sujetos activos, los agentes, quienes pueden resultar disculpados aplicando la teoría del error.

3.4.5. Tentativa

⁵⁵ Márquez Piñero, Rafael, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 2006, p. 243.

Existen casos en la realidad social en que las conductas no llegan a producir el resultado previsto en la norma penal, aún cuando en la particular circunstancia era posible alcanzarlo. No se consuma en su totalidad el delito, hablamos entonces de una tentativa de delito o del delito en cuestión en grado de tentativa.

Se explica⁵⁶ que para entender la tentativa de delito debemos acudir a un concepto de la escuela clásica que se denomina *iter criminis* o camino del delito. En el *iter criminis* se identifican las etapas de realización del hecho punible, iniciando con la ideación del delito, actos de preparación, actos de ejecución y al final los de consumación, en nuestro ejemplo, la muerte del sujeto pasivo. La tentativa se encuentra en la tercera etapa del recorrido criminal, en la de ejecución.

En relación con los delitos que para su integración requieren que se verifique un resultado material, claramente separado o diferenciado de la conducta del activo, que son conocidos como tipos de resultado, como el de nuestro ejemplo, al parecer un homicidio, que requiere la verificación de la privación de la vida del pasivo, opera la consumación cuando se realizan todos los actos previstos en el tipo penal y además se produce el resultado.

Por otra parte, vale recordar que en los delitos que solamente describen una conducta, sin requerir un resultado material separado en el espacio y en el tiempo de esa conducta, los que también son conocidos como delitos formales, basta con la realización de la conducta para que se tenga por consumado, por ejemplo, el tipo de portación de arma de fuego sin licencia.

Es fácil constatar que la conducta del activo es más dañosa y grave cuando se produce el resultado, por ejemplo, cuando causa la muerte del pasivo, que cuando se queda sólo en una tentativa. En ésta no se produce la muerte, aún cuando se realizaron todos los actos que debían producirla, tal vez se lesione al pasivo, o ni siquiera eso.

⁵⁶ Córdoba Angulo, Miguel, en *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 291-292.

En la historia y la doctrina se discute si ante la falta del resultado material previsto en la norma, se hace innecesaria la sanción penal, o en su caso, como está legislado en la mayoría de los países, se debe atenuar la pena, toda vez que el resultado no se produjo. Así lo establece el artículo 20 del CPDF:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Al respecto Welzel nos explica:

La tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o un simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa.⁵⁷

Con conceptos modernos y claros, un magnífico autor mexicano, Díaz Aranda, señala que:

Generalmente las conductas típicas descritas en el segundo libro del Código penal son conductas consumadas que implican la lesión del bien jurídico tutelado (matar, robar, lesionar, etcétera). No obstante, existen ciertas conductas que se encaminaron hacia la lesión del bien jurídico tutelado sin conseguirlo. En estos supuestos el bien ha estado en peligro de ser lesionado y por ello se ha creado una fórmula general, prevista en el artículo 12 del CPF.

⁵⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 4ª. ed., castellana de la 11ª. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 224.

Para ampliar la descripción de las conductas típicas del libro segundo y poder sancionar a quien realizó todos los actos de ejecución para conseguirlo pero falló (tentativa acabada), y a quien inició la ejecución de los actos pero no los culminó por causas ajenas a su voluntad (tentativa inacabada).

En principio, sólo los actos de ejecución son punibles, pero en algunos casos también lo pueden ser los actos preparatorios, como sucede con la portación de armas prohibidas (art. 160 CPF) o la mera tenencia de las planchas para la falsificación de billetes (art. 241, fracción IV CPF).⁵⁸

Para culminar e introducirnos al siguiente tema, es conveniente revisar la opinión de un destacado penalista argentino: Carlos Creus, quien refiere:

EXTENSIONES o MODALIDADES DEL TIPO

TENTATIVA Y PARTICIPACIÓN.- La redacción de los tipos es pensada por el legislador tomando en consideración el delito consumado realizado por un autor (salvo en los casos de autoría plural). Pero el derecho penal también castiga actos anteriores a la consumación, si van dirigidos a ella (tentativa) e intervenciones "activas" de otros sujetos que no pueden calificarse propiamente como autores o de varios autores de un delito, para cuya tipicidad es suficiente la actividad de un solo autor (participación). Para evitar en cada uno de los tipos referencias a estas particulares modalidades de conducta, se regulan ellas en disposiciones aplicables a la generalidad de los delitos (aunque se dan algunas excepciones) previstos en los tipos de la Parte Especial del Código Penal y leyes penales especiales (arts. 42 y ss. y 45 y ss., C.P.); por eso se dice que tales regulaciones constituyen "extensiones del tipo".⁵⁹

3.4.6. Autoría y participación

⁵⁸ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 11, p. 79.

⁵⁹ Creus, Carlos, *Derecho Penal, parte general*, 3ª. ed., Argentina, Astrea, 1992, p. 219.

Otro tema por estudiar en relación con la conducta de aquella persona física a quien se imputa objetiva y subjetivamente la realización del hecho típico, es la relativa a dilucidar si es autor del delito de que se trate o debe responder bajo otro título, cómplice o inductor. En los delitos realizados por una sola persona, es fácil advertir quién es el autor, pero el problema se presenta cuando existe más de una persona relacionada con el hecho ilícito.

En la teoría del delito se pueden distinguir tres distintas formas de autoría, como son el autor, el coautor y el autor mediato. A todos ellos se les considera autores, aunque no se trata de identificar si los tres han ejecutado el delito específico de propia mano, pues ello sucede sólo cuando nos encontramos ante el autor individual, cuando coinciden ser tanto el autor como el ejecutor del injusto penal.

Como ya se mencionó, en otros casos sucede de diferente manera, toda vez que sería muy difícil, por ejemplo, cuando dos sujetos actúan en la comisión del delito, pues sería sumamente inusitado que los dos atravesaran con su cuchillo haciendo el mismo movimiento, el cuerpo del pasivo, al mismo tiempo y en el mismo lugar.

Para solucionar estos problemas, la doctrina que derivó en jurisprudencia identificó un concepto que se identifica con el dominio del hecho, en donde se busca aquél a quien pertenece y no solamente quien ejecuta el delito. En base a lo anterior, es posible jurídicamente señalar quien es autor del delito aún cuando no lo haya ejecutado de propia mano.

Así nos ilustra Welzel como iniciador de la teoría:

EL CONCEPTO FINAL DE AUTOR, surge de las determinaciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de acción del hecho antijurídico. Es por eso que a la autoría (de un delito doloso) pertenece en general el dominio final sobre el hecho (como elemento genérico personal de lo injusto de los tipos dolosos); a ello se agregan en muchos casos, como elementos

especiales de autor, las características personales objetivas y subjetivas de lo injusto.

Forman parte del concepto de autor:

1. La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La confirmación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.⁶⁰

La teoría del dominio del hecho se ha impuesto a cualquier otra, tanto en la doctrina como en la práctica judicial, como bien lo recalca el propio Roxin:

La autoría de aquel que realiza la acción típica en persona, dolosamente y de modo no coaccionado goza hoy de reconocimiento general y, tal como se expuso en detalle supra, incluso ha sido consagrada legalmente. También el concepto de “dominio de la acción” se ha abierto paso en la doctrina. Mi tesis más amplia de que el sujeto que actúa coaccionado o en general disculpado tiene asimismo el dominio del hecho se ha convertido en preponderante. Así, en el Tratado de Welzel la anterior calificación de que la mujer coaccionada mediante amenazas graves a abortar realizaba “complicidad inculpable”, ha venido a ser sustituida por la apreciación de autoría inculpable.⁶¹

También sucede en la realidad fáctica que dos sujetos acuerden realizar un ilícito conjuntamente, por ejemplo que uno sujete a la víctima mientras el otro le propina sendos golpes, en este caso estaríamos ante una evidente coautoría.

⁶⁰ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, nota 57, p. 120.

⁶¹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª. ed., alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, 2000, pp. 703-704.

Pero también es posible que se instrumentalice a otro para que actúe sin saber que está matando, en este supuesto el que engaña es autor mediato, pues priva de la vida al través de otro sujeto quien obra sin dominio de la acción: autoría mediata.

Como bien lo señaló Maurach:

Igual que la acción típica y contraria a la norma, también la autoría se compone de elementos objetivos y subjetivos. El dominio del hecho es un elemento objetivo de autoría, y por consiguiente al mismo tiempo elemento típico objetivo y, por ende, objeto del tipo subjetivo. En otras palabras, el elemento objetivo de autoría en el tipo objetivo se encuentra correspondido por un elemento subjetivo de autoría en el tipo subjetivo: la voluntad de dominar el hecho. El dominio objetivo del hecho y la voluntad en tal sentido componen el elemento de autoría del dominio final del hecho.⁶²

En el ejemplificativo supuesto, Jacinto y Esteban acordaron la conveniencia de privar de la vida a Mario, pero entre ellos no existió distribución de funciones, sino que sólo uno de ellos es quien dominó y controló el hecho típico, antijurídico y culpable. El otro permaneció a la espera, fue espectador pero no intervino con actos ejecutivos. Nos parece que no estamos ante un caso de coautoría. Tampoco consideramos que se trate de un caso de autoría mediata.

Podría existir autoría mediata, por ejemplo, si Jacinto hubiera concretado un engaño sobre Esteban, convenciéndolo que probara su destreza con el cuchillo atravesando un bulto que está tapado con una lona sobre la cubierta de la embarcación, sin que Esteban tuviera conocimiento que bajo la lona, dormido y débil, se encuentra Mario, quien fallece a causa de las heridas producidas por el arma punzocortante empuñada por el engañado Esteban.

En el supuesto anterior, podríamos tener a Jacinto como autor mediato de ese homicidio, que fue ejecutado materialmente por Esteban, quien no sería

⁶² Maurach, Reinhart, Actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, *Derecho Penal, Tomo II*, traducción de la 7ª. ed., alemana por Jorge Bofill Genzch, Argentina, Editorial Astrea, 1995, p. 316.

responsable, como sí lo sería el autor mediato. Cabe preguntarnos si la escasa aportación de Jacinto al hecho típico podría ser considerada como participación en el hecho típico de Esteban: concretamente complicidad.

En la realidad fáctica que tiene relevancia para la práctica jurídica de la teoría del delito, puede suceder que en un hecho típico intervengan varias personas pero con aportaciones de diferente relevancia, como en el caso de que uno ejecuta, pero el otro sujeto simplemente proporciona ideas, como sería la sugerencia de la manera más eficiente y menos riesgosa para concretar el injusto penal, animando con ello al autor material. Es la cuestión, precisamente, de la participación.

Es fácil advertir que no todos los sujetos que intervienen en la comisión de un delito deban tener la misma responsabilidad penal y con ello ser sancionados con la misma intensidad; pudiera pensarse, como lo hace la gente, que tanto los sujetos que realizaron las aportaciones más directas o relevantes deben ser responsabilizados con la misma intensidad que quienes únicamente aportaron quizá información o alentaron optimistamente al ejecutor material, o tal vez entregaron los medio para cometerlo.

Se debe realizar una investigación de los hechos concretos para poder determinar jurídicamente a quién se responsabilizará como autor y a quién como un simple partícipe, siendo ésta la importante distinción que se ha hecho en la ciencia penal entre autoría y participación; y dentro de la participación, debemos distinguir también entre inducción, complicidad y cooperación necesaria. Es importante destacar, por ejemplo, que el inductor no es autor, aunque en el CPF se prevea una sanción de la misma intensidad que la del autor, así se establece en el artículo 13, fracción V; pues para los cómplices, en la fracción VII del mismo numeral se estableció una pena menor, de acuerdo con el diverso 64 Bis del ordenamiento legal en cita que establece textualmente:

En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13 se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Y no es autor, sino partícipe, porque nunca llegó a dominar el curso del hecho típico, no es posible afirmar que le pertenece, sino que se suma, se adhiere, a lo que otro, el autor, lleva a cabo, en su caso, convencen al autor material del delito, quien sí dominó el curso causal del hecho típico.

No obstante, podemos afirmar que los partícipes colaboran, que contribuyen de algún modo en la acción del autor, como el inductor, quien hizo surgir en la mente del autor la decisión de cometer un delito.

Otro caso es el del cooperador necesario, porque este sujeto lleva a cabo una esencial aportación, pero nunca llegar a dominar la acción; y otro es el cómplice, cuando contribuye con aportaciones no imprescindibles.

3.4.7. Punibilidad

En un determinado caso concreto, bien podríamos afirmar que nos encontramos ante un hecho típico y antijurídico, el llamado injusto penal, así también que tenemos identificado al sujeto culpable del mismo, pero antes de proceder a fijar la específica y concreta responsabilidad penal, es necesario constatar que no existan motivos legales para dejar de imponer la pena correspondiente.

En los códigos penales, en ocasiones se establecen razones por las que no existe necesidad de aplicar la pena, de castigar al sujeto responsable, por ello, se le exime de dicha sanción.

Es por ello que se puede encontrar condicionada la concreta punición a la concurrencia de determinados elementos, que son distintos a la antijuricidad y culpabilidad, por los que el comportamiento antijurídico de un sujeto culpable no será finalmente punible. Un ejemplo claro de este supuesto jurídico lo encontramos en artículo 139 del CPDF que establece:

Artículo 139. No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasiona lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o

de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.

No resulta inútil que revisemos un caso que se cita con frecuencia en la doctrina, como es el del Jabalí:

Se narra que durante una cacería, Francisco, que es un cazador novato, alcanza a percibir en los arbustos que se encuentran frente a él, aproximadamente a unos quince metros de distancia, ruidos que él interpreta como los que produce un jabalí, así que sin pensarlo mucho pues es la primera pieza que va a cobrar, acciona su rifle de cacería disparando hacia el arbusto de donde provienen los ruidos. Pero detrás del arbusto se encontraba Roberto, otro cazador que se había agachado para guardar objetos en su mochila y preparar su propia arma de cacería, resultando muerto por el disparo de Francisco.

Para resolver sobre la responsabilidad penal que se pretende imputar a Francisco, debemos advertir que efectivamente llevó a cabo una conducta humana, externa y susceptible de ser controlada por él mismo, como fue disparar en el curso de la cacería. Ahora bien, para determinar si el resultado muerte de Roberto puede ser imputable objetiva y subjetivamente a Francisco, nos parece que en cuanto a la responsabilidad objetiva, es evidente que disparar un arma de fuego cargada sobre una persona viva es privar de la vida a otro, según lo establece el CPF. Luego entonces, parece que el resultado de la muerte es imputable objetivamente a la conducta de disparar. Sin embargo, no está claro que pueda ser subjetivamente imputable, pues al parecer, Francisco no se había representado el peligro de que su disparo pudiera privar de la vida a una persona, sino que disparó a lo que él, basado en los ruidos y en que nada sobresalía del arbusto creyó que se trataba de la pieza de caza que se había propuesto matar, un jabalí. Se puede afirmar que realizó la conducta estando en un error, toda vez que disparó a lo que él creía que era un jabalí, cuando realmente no era un animal lo que se encontraba detrás del arbusto. En este caso la situación de error excluye la imputación, salvo que el error mismo sea objeto de deber. Se advierte que Francisco mostró su inexperiencia al disparar sin haber visto la pieza, es evidente

que no tuvo el dolo de matar a una persona, pero sí puede valorarse como una conducta imprudente, en razón de que debió haber actuado con mayor cuidado para evitar actuar como lo hizo. En vista de que se encontraba solo al momento del disparo, es autor de la conducta pues dominaba totalmente el hecho, tampoco se plantea problema alguno de comisión por omisión. Concluyendo, es posible concluir que Francisco es responsable en concepto de autor de un delito de homicidio imprudente, del que es culpable.

Regresando al hipotético caso de la embarcación pesquera, el problema más importante se encuentra en la imputación objetiva y subjetiva del hecho. Es realmente claro que la conducta constituyó un hecho doloso consumado de homicidio, realizado por Esteban y por Jacinto en coautoría. No se observa alguna causa de justificación como podría ser una ocasión de legítima defensa o estado de necesidad que hicieran permisible tal conducta. Parece que la duda cabe en cuanto a si son culpables o no.

En este caso específico pudiéramos argumentar que se trata de sujetos a los que el ordenamiento legal puede dejar de exigir que obren conforme al Derecho, podríamos acreditar, acaso una atenuación o disculpa para casos en que no es proporcionado exigir al agente obrar conforme a la norma. Para establecer distinciones como estas es útil la teoría del delito.

Así se tiene que en la teoría del delito confluyen una mezcla de aspectos lógicos, teleológicos y de interpretación jurídica que han tenido lugar a lo largo de varias decenas de años, en los que grandes pensadores han aportado su creatividad para construirla, de una manera sistemática y rígidamente estructurada que permita solucionar problemas con un pensamiento vinculado objetivamente, pero suficientemente abstracto para que se garantice la seguridad jurídica y la aplicación práctica de todas las garantías en materia penal de las que se han provisto los pueblos que aspiran a vivir en una sociedad libre, democrática y de respeto al Derecho.

4. Teoría del Tipo penal

En el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Constitución Política se establece que está prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, garantizando con ello que sólo cuando el gobernado realice una conducta que esté prohibida expresamente en el código punitivo aplicable podrá ser sancionado por los órganos del Estado competentes para ello con una pena.

Este precepto y garantía individual nos lleva a la idea del tipo penal.

Veamos primero una descripción sintética con el concepto del maestro alemán Alexander Graf Zu Dohna, quien entiende al tipo como: "... la suma de las características que constituyen determinado delito,..."⁶³

Más cercano en el tiempo a nosotros, en su *Teoría del Delito*, el Maestro Zaffaroni explica que:

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por presuntamente prohibidas).

a') El tipo es un instrumento legal, o sea que es un dispositivo que se halla en la ley y no en el delito. Mediante el juicio de tipicidad se establece la tipicidad de una conducta, siendo ésta la característica del delito.

b') El tipo es lógicamente necesario. Cualquiera sea el sistema legal que exista, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito. En su contenido el legislador puede prohibir las más diversas conductas, lo puede hacer con la mayor precisión posible (sistema de tipos legales) o proporcionando al juez una pauta (o sistema de pautas) general de elaboración (sistema de tipos judiciales), pero de cualquier modo no se puede llegar a un concepto sistemático del delito prescindiendo del tipo, porque no se puede averiguar la delictuosidad de una conducta prescindiendo de su tipicidad.⁶⁴

⁶³ Graf zu Dohna, Alexander, *La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., p. 33.

⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, Argentina, Ediar, 1973, p. 171.

Siempre es útil observar la evolución del pensamiento de un importante autor, así, posteriormente el mismo Zaffaroni refiere:

Se puede afirmar que el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica.

a) Es una fórmula legal porque pertenece a la ley, está expresada en un texto legal.

b) Es necesario al poder punitivo formal para habilitarse, porque nunca se puede averiguar el carácter delictivo de una conducta sin fijarla antes mediante una prohibición: no tiene sentido preguntarse si actuó justificada o inculpablemente quien aún no sabemos si hizo algo prohibido. Por ello el tipo penal es lógicamente necesario.

c) Su formulación legal es necesaria al derecho penal, porque sin ella éste no puede llevar a cabo una interpretación reductora del ámbito de lo prohibido, que debe partir de una limitación semántica. El tipo se expresa en lenguaje y éste jamás es unívoco. Es un error pretender que el tipo fija lo prohibido, cuando en realidad el tipo proporciona un ámbito máximo de prohibición, que no puede exceder del alcance de las palabras, pero que aun así es enorme. Si se considerase prohibido todo lo que cabe en el sentido literal de los tipos, el poder punitivo resultante sería inmenso, arbitrario e insoportable, por perfecta que sea la formulación típica de cualquier código.⁶⁵

Por su parte, la jurista mexicana Olga Islas lo explica así:

⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 29, pp. 336-337.

El tipo es, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

De esta definición se sigue:

- a) El tipo es una mera descripción general y abstracta.
- b) Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador.
- c) El tipo regula, tan sólo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales.
- d) El tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal.
- e) Para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal.
- f) Cada tipo señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales.
- g) La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita.
- h) El tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con certeza, lo que no es punible.
- i) El tipo tiene como función la protección de bienes jurídicos.
- j) Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.⁶⁶

Culminemos la cita de los grandes maestros con el siempre necesario Roxin, quien nos explica lo siguiente:

Tipo sistemático, tipo de garantía y tipo para el error. Como todos los conceptos básicos del Derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling también tornasola en diversos significados. Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función político criminal. En sentido sistemático, el tipo abarca “el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata; o sea, para el ss 303 StGB el “daño a una cosa ajena”, para el 211 StGB la “acción de matar a una persona”, etc.” Beling, al denominar “tipo” (*Tatbestand*, literalmente supuesto

⁶⁶ Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 1, pp. 26-27.

de hecho) al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la “acción” y la “antijuridicidad”. Antes la mayoría de los autores habían definido el delito como “acción antijurídica, culpable y amenazada con pena”; Beling caracterizó con razón esa formulación como “difusa”, porque no permite reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con pena. Frente a esto, la nueva categoría del delito ofrecía la posibilidad de asignar una firme posición sistemática a numerosos “elementos errantes de aquí para allá” anteriormente sin un lugar fijo en la teoría general del delito, como las “teorías del resultado de la acción, de la causalidad, del objeto del hecho, del contenido de los delitos de omisión, etc.”

Junto a su significado sistemático está el significado político criminal del tipo, que radica en su “función de garantía” requerida por el art. 103 II GG. Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos de adecua por completo al principio “*nullum crimen sine lege*”. Cuando se dice que nuestro Derecho penal es un Derecho penal del tipo y no de la actitud interna, o que predominantemente es Derecho penal del hecho y no de autor, tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado político criminal del tipo.

Por último, una función dogmática autónoma del tipo, y desvinculada de su función sistemática general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo. Esa misión le es encomendada por la propia ley en el ss 16 II: “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente”. La distinción entre el error de tipo, que excluye el dolo, y el error de prohibición, que sólo excluye con carácter facultativo la culpabilidad, pertenece conforme al Derecho vigente a los fundamentos básicos de la dogmática jurídico penal.⁶⁷

Por tipo penal entendemos la descripción que hace el legislador en una ley de un comportamiento prohibido por ser posiblemente lesivo de bienes jurídicos.

⁶⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 39, pp. 277-278.

Esta descripción es general, abstracta y conceptual; los tipos se describen en la parte especial del CPF, por ejemplo, entre otros, en el artículo 302 que prohíbe matar; en el artículo 367 que prohíbe apropiarse de cosa ajena mueble, etc. Si no se hiciera uso de este sistema, el referido código sería de una casuística abrumadora que haría prácticamente imposible su aplicación práctica.

Como ya lo explicaron mejores otros autores, la tipicidad es la coincidencia de una conducta concreta, que acontece en la realidad material, con el supuesto abstracto contenido en el tipo penal. De ello resulta que la tipicidad es una cualidad o característica de la conducta por la que se adecua o subsume al tipo.

De lo anterior podemos colegir que son conceptos diferentes tipo penal y conducta típica; en donde ésta es la que realiza una persona en un momento y lugar determinados, esto es, el comportamiento es un suceso ocurrido en el mundo real y material. El tipo del delito de lesiones, como lo establece el artículo 288 del CPF, consiste en herir, causar escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones y/o quemaduras a otra persona física, se trata de una descripción abstracta; la conducta que se adecua en aquel tipo es el comportamiento real de golpear a Juan, que puede tener formas múltiples, pero que se subsumirá al tipo si en concreto consistió en golpear, herir o fracturar de hecho a un tercero, en esta última alternativa se dirá que dicha conducta es típica.

El CPDF, es claro al respecto, aunque sin mencionar precisamente el concepto prevé en su:

Artículo 2. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate...

Ahora se revisa el Código Penal Colombiano del año 2000, el cual expresa con buena técnica legislativa en su:

Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.⁶⁸

Günter Stratenwerth nos explica que:

El concepto de supuesto típico del hecho proviene históricamente de “*corpus delicti*”, formulado por primera vez por Farinacius (1581). Como “*corpus delicti*”, se caracterizó en primer término a la totalidad de las huellas exteriores de la comisión de un delito, mientras que más tarde, en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, la totalidad de elementos que pertenecen a un determinado delito. El primero que acordó al “supuesto típico de hecho” un rol independiente de la estructura del delito fue Ernst Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906), quien de esta manera le otorgó un lugar frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad.⁶⁹

El autor Alfonso Pérez Daza⁷⁰ ha confirmado la importancia del profesor alemán Ernest Von Beling, como aquel a quien se debe la distinción entre tipo y figura penal, estableciendo al tipo como una nueva categoría que podría ser introducida entre los conceptos de acción y antijuridicidad; en el año 1906, consideró que en el tipo estaban los elementos objetivos del delito, dejando fuera o marginando del mismo la parte subjetiva de la conducta. Es evidente que este

⁶⁸ López Díaz, Claudia, *Nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal comentados y confrontados con los anteriores*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 90.

⁶⁹ Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal, Parte General, I El Hecho Punible*, traducción de la 2ª. ed., alemana (1976) de Gradys Romero, Argentina, Fabian J, Di Placido, 1999, p. 61.

⁷⁰ Pérez Daza, Alfonso, *Derecho Penal, Introducción*, México, edición del autor, 2002, p. 190.

importante autor se encontraba adscrito a lo que conocemos ahora como corriente causal naturalista en la concepción del delito, toda vez que identificaba a la acción como un movimiento corporal que provocaba un o unos cambios en el mundo exterior o material. Se observa que su entendimiento del tipo sólo comprendía a los elementos objetivos o materiales externos de la acción, dejando fuera a la parte subjetiva, ya sea dolo o culpa, los cuales se integraban hasta la culpabilidad.

Conforme al sistema causal naturalista, la fase externa material de la acción, que era el tipo penal, según Beling, era el objeto de valoración de la antijuridicidad y la parte subjetiva, ya fuera el dolo o la culpa, se apreciaba hasta la culpabilidad. Simplificando lo anterior, tenemos un esquema, en el que la parte fáctica u objetiva del delito constituía el tipo penal y era lo único que se valoraba en la antijuridicidad, la parte donde se expresaba la voluntad del agente se apreciaba en la culpabilidad. Ejemplificando, tenemos que en el delito de homicidio, el tipo penal únicamente comprende la descripción de la fase material de privar de la vida a un tercero, excluyendo la parte subjetiva, que se quisiera o no causar esa muerte, se puede criticar esta postura manifestando que esta incluiría en el tipo al caso fortuito. El aspecto subjetivo del delito, que no estaba dentro del tipo penal, conformaba otro elemento del delito: la culpabilidad.

Una vez que se advirtiera que el comportamiento objetivamente considerado se adecuaba al tipo, pasaban a determinar si era antijurídico. Por su parte, la antijuridicidad exclusivamente se refería a la parte externa del comportamiento; la parte subjetiva no se consideraba en esa valoración.

Resumiendo, se simplificaba el análisis del tipo, ya que se establecía como su elemento esencial a la acción y todo lo demás eran son adjetivaciones. Así tenemos que la acción, como movimiento corporal voluntario causalmente provocador del resultado, debe ser objeto de análisis objetivo, de tal suerte que si encuadra en la descripción que hizo el legislador y plasmó en el Código Penal, entonces es típica; ahora bien, si advertimos que además lesiona un bien jurídico protegido, también será antijurídica. Así podemos llegar a la conclusión de que en dicho análisis causal naturalista, el injusto penal es objetivo valorativo, sin que se

consideren aspectos volitivos, dejando éstos últimos hasta el estudio de la culpabilidad.

Pero veamos como lo expresa el propio Beling:

Fundamentos.

I. La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortadas y extraídas determinados tipos delictivos (asesinato, hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los "típicos") son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores. La protección jurídica del individuo, reforzóse, pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía, C. P., 2; Constitución, 116.

II. De este modo, redúcese el actual derecho penal a un catálogo de tipos delictivos. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la "Tipicidad" (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas

son punibles (así como, en una ley de aduanas, el concepto de objetos gravados se obtiene de la relación de la ley genérica con la tarificación aduanera). Acción punible lo es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable.⁷¹

Poco después de que Beling enunció su doctrina, otro autor como Max Ernst Mayer advirtió que el injusto penal no tenía únicamente una naturaleza objetiva, un evento en el mundo del ser, sino que era algo más, ya que también lo integraban elementos que requerían una valoración por parte del intérprete, como son los elementos normativos, así mismo estaba integrado por otra clase de elementos, éstos de naturaleza subjetiva, como son los elementos subjetivos del injusto distintos del dolo, que en ciertos tipos penales resultan imprescindibles, como por ejemplo en el delito de robo, en el que advertimos la necesidad de comprender, por medio de una valoración jurídica, la ajenidad de la cosa mueble objeto material de la conducta, en donde dicha ajenidad no puede ser apreciada por los sentidos, sino que, como ya se indicó, debe valorarse, por otro lado, se requiere, además, que el agente se apropie de la cosa ajena mueble con un ánimo específico, esto es, el ánimo de dominio, siendo éste un claro ejemplo de un elemento subjetivo distinto del dolo. Otros ejemplos de elementos normativos son el concepto de menor de edad o el caso de servidor público, así como de elementos subjetivos del injusto, distintos del dolo, podemos relacionar al ánimo de lucro, en el delito de fraude o el ánimo lúbrico, en el abuso sexual, que pertenecen al ámbito interno del sujeto activo, esto es, a su subjetividad.

Con esos conceptos se pudo constatar que los tipos penales estaban integrados por elementos objetivos, pero también lo estaban por elementos normativos que requerían una valoración, así como de elementos de naturaleza subjetiva, que sin tratarse de culpa o dolo constituían ánimos, tendencias, intenciones, etcétera, que requerían ser acreditados para integrar en su totalidad el específico tipo que se encuentra en la parte especial de los códigos penales.

⁷¹ Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal*, traducción de la 11ª edición (1930) alemana por Sebastián Soler, Argentina, Librería "El Foro", 2002, pp. 73-74.

De esta importante constatación surgieron los conceptos teóricos necesarios para que los finalistas pudieran trasladar el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo penal. Si bien, Ernst Von Beling reestructuró su teoría en el año 1930 y trató de hacer una diferenciación entre el tipo de delito y el “delito tipo” (*leitbild*), que consistió en un esquema abstracto que no se encuentra en la ley pero que puede ser desprendido de la misma, pasando a establecerse como la idea rectora de un conjunto de delitos. Definitivamente radicalizó la objetividad del tipo cercenándole todo elemento normativo o subjetivo, con ello, los estudiosos prácticamente ignoraron este viraje teórico.

No obstante la última concepción de Beling no fue bien recibida por la doctrina, su aporte sobre el concepto de tipo como elemento del delito resultó sustancial para el derecho penal a escala general, aunque no en la concepción originaria de esquema abstracto y valorativamente neutro. Para Beling el hecho de que una conducta fuera típica no tenía significado alguno en relación con la antijuridicidad, el tipo no significaba licitud o ilicitud, ya que era abstracto y neutro.

La mayoría de los estudiosos ha considerado a la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, llamándola *ratio cognoscendi*, otros han adoptado un criterio más amplio, señalando que lo típico es antijurídico, su *ratio essendi*.

De tal manera que cuando una conducta concreta se adecua a un tipo penal, esto es, que es típica, éste es un indicio de su antijuridicidad, la cual deberá establecerse definitivamente analizando si en el caso concreto se actualiza o no, una causa de justificación, por lo que si no se acredita dicha justificación, se confirma la antijuridicidad. De tal modo que se piensa que la tipicidad de una conducta tiene significación respecto del injusto y no es, como decía Beling, un elemento valorativamente neutro en cuanto a la antijuridicidad.

Así se tiene que los elementos del tipo que generalmente se reconocen en nuestro Derecho Penal, de acuerdo con José Nieves Luna Castro, según la doctrina causalista son:

De carácter esencial:

a) Conducta entendida como movimiento corporal externo y voluntario (sin importar el contenido de esa voluntad), o, en su caso, la voluntaria omisión de realizar una acción debida.

b) El resultado producido en el mundo fenoménico y traducido en una lesión de bienes jurídicos o, en su defecto, su puesta en peligro.

c) Relación de causalidad entre acción y resultado.

Además, de manera eventual el tipo puede exigir:

a) Cualidades y pluralidad específicas del sujeto activo.

b) Cualidades y pluralidad referentes al sujeto pasivo.

c) Modalidades de tiempo, lugar u ocasión.

d) Referencias o medios especiales de comisión.

e) Características del objeto material.

f) Elementos de valoración (normativos)

g) Referencias especiales de antijuridicidad.

h) Elementos subjetivos del injusto (distintos del dolo o culpa).⁷²

Con la adopción generalizada de la teoría finalista de la acción, cuya aportación más relevante fue haber llevado el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo, se dio origen al concepto del tipo penal complejo, el cual va a contener

⁷² Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México*, México, Porrúa, 1999, p. 43.

elementos objetivos o externos, elementos normativos y elementos subjetivos, configurando éstos últimos lo que ahora se conoce como tipo subjetivo.⁷³

Ahora se verá cómo el propio Welzel explica el razonamiento que lo llevó a exponer su importante aportación:

Al examinar los tipos penales, en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió, además, que en la tentativa el dolo es uno de ellos. En efecto, en la tentativa, desde un punto de vista puramente “objetivo”, es decir, sin atender a la resolución de voluntad del autor, no es posible saber qué tipo es el que concurre.

Si alguien hace un disparo, que pasa junto a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales, o un disparo en lugar prohibido, según cuál sea el dolo del autor. El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. El dolo es ya, por ello, según la doctrina dominante, un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa.

La consecuencia lógica de ello debería ser –yendo más allá que la opinión dominante- que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación. ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se puede demostrar, además, de modo inmediato en los tipos de los delitos consumados: si alguien hiere mortalmente a otro depende exclusivamente de la existencia y contenido del dolo el que haya realizado el tipo del homicidio doloso, el de las lesiones corporales con resultado muerte, o el de homicidio culposo.

El dolo se nos presenta aquí necesariamente como un elemento constitutivo del tipo. En ambos casos se llega, pues, a la conclusión, de que el dolo no es

⁷³ Jiménez Martínez, Javier, *Estructura del delito en el Derecho penal mexicano*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2006, p. 85.

sólo un elemento de la culpabilidad, sino que es ya un elemento constitutivo del tipo.⁷⁴

Díaz Aranda confirma la aseveración mencionando que: “De acuerdo con la teoría final de la acción el tipo ya no sólo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa. A partir de ese momento hasta nuestros días queda sentada la conformación del tipo por un tipo objetivo y un tipo subjetivo.”⁷⁵

Así que para probar la tipicidad de una conducta es menester acreditar, no solo los elementos subjetivos y normativos del tipo, sino también el tipo subjetivo, ¿pero cómo acreditar elementos que se encuentran en la mente del agente?

Quien mejor explica este tema es el profesor Enrique Bacigalupo:

El tipo subjetivo del delito doloso.

La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no sólo objetivamente, sino también subjetivamente. Es claro que en la acción se dan elementos exteriores (objetivos) y elementos interiores (subjetivos). Este aspecto subjetivo constituye el “tipo subjetivo”. Sin embargo los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente, sino a través de los elementos externos que objetivan un determinado contenido psíquico del comportamiento. Al respecto es sumamente ilustrativa la elaboración jurisprudencial del llamado *animus neccandi* (dolo del homicidio). El Tribunal Supremo ha establecido en múltiples precedentes que el que el autor dirigiese su acción a producir la muerte o sólo a lesionar a la víctima depende de una serie de factores externos que acompañan la realización del

⁷⁴ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, op. cit., nota 41, pp. 99-100.

⁷⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, México, Porrúa, 2000, pp. 49-50.

hecho (p. ej.: si el autor dirigió el disparo a una zona vital de la víctima cabe inducir que su propósito era matarla).⁷⁶

5. Teoría de la Culpabilidad

Con elocuencia en el discurso, el primer mexicano del que se sabe se ocupó de la cuestión penal, Manuel de Lardizabal y Uribe, en cuanto a lo que ahora conocemos como culpabilidad explicó que:

Es cierto, que si las medidas son inventadas por el despotismo, ó por el fanatismo, será tiranía y atrocidad servirse de ellas. Pero también es verdad, que además del daño hecho al orden público y á los particulares, deben concurrir y tenerse presentes otras circunstancias, las cuales, lejos de haber sido inventadas por el despotismo ó por el fanatismo, son indispensablemente necesarias para regular justamente la verdadera medida de los delitos.

14 Estas son la deliberación y conocimiento del delinqüente, el mal exemplo que causa el delito, los impulsos ó causas que estimulan á delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo é instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delinqüente y del ofendido, las cuales circunstancias juntas con el daño hecho á la sociedad ó á los particulares, constituyen la verdadera medida de la naturaleza de los delitos.

15 Según estos principios, se conserva la moralidad de las acciones humanas, se distinguen los delitos cometidos por culpa, de los cometidos por dolo, los que se hacen con el ánimo perturbado, de los que se hacen con entero conocimiento y serenidad: se da fácilmente la razón, porque el daño hecho á la sociedad por las cosas inanimadas ó por un furioso no es delito, y finalmente, porque, aunque cause igual daño á la sociedad con dos delitos

⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, pp. 304-305.

cometidos con desigual conocimiento y deliberación, se debe castigar el uno con mas severidad que el otro.⁷⁷

Fernando Díaz Palos⁷⁸ establece que en el estudio metódico de los caracteres del delito llegamos al que es el alma de la infracción en el Derecho moderno: la culpabilidad. Establecido que hay acción (u omisión) y que ésta es antijurídica, debemos investigar si, además, es culpable. Los tres elementos son presupuestos inexcusables de la pena, y en tal sentido no puede establecerse una preeminencia de uno sobre otro. Cuando decimos que el actual Derecho penal es un derecho de culpabilidad, queremos decir que la responsabilidad, a diferencia de épocas pretéritas, ha de asentarse firmemente sobre la culpabilidad.

Con ideas más recientes, contemporáneas y acordes con el texto del CPF, se coincide con Rubén Quintino, para quien la culpabilidad: "... es la reprochabilidad que se le hace al autor debido a que, siendo imputable y teniendo conciencia de la antijuridicidad de su hecho, le era exigible otra conducta que podía y debía desplegar."⁷⁹ En donde el autor forma un concepto integrador de sus elementos que la doctrina, por lo general, tiene por sentados.

En un estudio sobre la evolución del concepto de culpabilidad, nos afiliamos a los conceptos del Profesor Francisco Muñoz Conde, quien nos explica lo que él entiende como el concepto material de la culpabilidad, en el sentido de que:

La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es

⁷⁷ Lardizabal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, 1ª ed., facsimilar, México, Porrúa, 1982, pp. 103-104.

⁷⁸ Díaz Palos, Fernando, *Culpabilidad Jurídico Penal*, edición facsímil, México, O.G.S. Editores, 2001, p. 2.

⁷⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Temático de la Ciencia Penal moderna*, 3ª. ed., México, MaGister, 2008, p. 165.

precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.⁸⁰

5.1. La evolución del concepto de culpabilidad

Bien refiere Roxin que:

La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra Ciencia del Derecho Penal en los últimos cien años. Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema “clásico” de Bebing; que, en consecuencia, la culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se pueden hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del substrato material; y que, según esto, el sistema del delito

⁸⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 6, pp. 404-405.

no se puede basar en un concepto de culpabilidad “psicológico”, sino valorativo (“normativo”).⁸¹

Jiménez Martínez⁸² coincide en que el concepto material de culpabilidad en que se sustente, causa efectos, esto es, influencia sobre el concepto dogmático penal de la culpabilidad. Aún cuando no se afectan los contenidos dogmáticos de los elementos que la doctrina considera integrantes de la culpabilidad, pues éstos se han mantenido vigentes desde hace mucho tiempo en la ciencia penal.

Estos elementos son: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como la denominan con frecuencia autores españoles, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Los conceptos sobre culpabilidad han procurado, a lo largo de la investigación científica del delito, responder a la interrogante de las condiciones que tienen que acreditarse en el sujeto autor de una conducta típica y antijurídica, para que se le pueda considerar culpable de la misma, conformándose de esta manera todos los elementos del delito.

5.2. Teoría psicológica de la culpabilidad

El doctor Fernando Castellanos Tena define a la culpabilidad como “el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”⁸³, comprendiendo en dicho acto, tanto la conducta dolosa como culposa. Explica que para la teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad, ésta radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad y que la

⁸¹ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, España, Instituto Editorial Reus, 1981, pp. 57-58.

⁸² Jiménez Martínez, Javier, *Teoría General de la Culpabilidad*, México, Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, 2004, p. 124.

⁸³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 30ª. ed., México, Porrúa, 1991, p. 234.

esencia de aquella consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado por el autor del delito.

En este orden de ideas, tenemos que la culpabilidad psicologista implica tres aspectos principales:

1.- Se debe constatar la relación de causalidad que exista entre la voluntad del autor y un cambio en la naturaleza, un hecho o resultado material.

2.- Debemos encontrarnos ante un cambio en la naturaleza, resultado material o hecho desaprobado, esto es, que causa daños indeseables para la correcta convivencia armónica en la sociedad.

3.- El autor del hecho indeseable debe estar consciente de que contraviene el deber.

De conformidad con esta teoría, la voluntad del sujeto activo es causal del delito, del hecho ilícito.

Existían dos especies de culpabilidad, el dolo y la culpa, así mismo se estableció que aquéllas presuponían la imputabilidad del activo.

Así tenemos que la culpabilidad implica que existe una vinculación psicológica entre el autor y el hecho, por lo que sin esa vinculación sería imposible establecer la relación causal entre la voluntad y el resultado material ilícito.

Estos conceptos dogmáticos merecieron las críticas de sus detractores, lo que al final significó el abandono de esta teoría, pero su importancia histórica es innegable y constituye antecedente que debemos conocer de las modernas teorías de la culpabilidad.

Una objeción a esta teoría psicológica se refiere a que, en un caso concreto, existe la relación causal entre voluntad del sujeto activo con el resultado material ilícito, porque el autor efectivamente quiso su realización, pero se encuentra amparado por una causa de inculpabilidad, como podría ser un estado de necesidad disculpante, en el que faltaría la culpabilidad, aunque sí exista dicha relación causal entre voluntad y resultado material o hecho, esto es, no hay culpabilidad a pesar de que sí existió la relación psicológica que la sustenta.

Otra objeción se refirió a que en los casos en que al autor obra con culpa, al no prever el posible resultado material, falta esa relación psicológica causal entre

la voluntad y el resultado material, aún así, decían que se acreditaba la existencia de la culpabilidad.

Dice Ricardo C. Nuñez en su *Bosquejo de la Culpabilidad*, estudio introductorio a la obra de James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, que:

El principio de “responsabilidad por el resultado” renació a través del principio del *versari in re illicita*. Cuya fórmula era: “*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*”. Su resultado es que quien incurre en un hecho ilícito, delictuoso o contravencional, responde del resultado delictuoso fortuito, esto es, no previsible. Pero este sentido de la fórmula ya ha sido superado. Esta debe entenderse como que sólo se responde del resultado no querido, pero previsible.⁸⁴

En esta evolución del concepto de culpabilidad, encontramos que pronto fue superada la teoría psicológica, pues vino en su reemplazo la conocida como teoría normativa.

5.3. Teoría Normativa de la Culpabilidad

Por lo que respecta a la teoría normativa de la culpabilidad.

Según narra Jiménez de Asúa, tanto:

Frank, en 1907; James Goldschmidt, en 1913; Freudenthal, en 1922; E. Schmidt, en 1927; Goldschmidt, de nuevo, Higler, en 1930, y Mezger, en 1931, y aun mejor, en 1932, han desenvuelto con insuperable maestría la concepción valorativa de la culpabilidad.

Apresurémonos a subrayar que se trata de una valoración jurídico-penal y no meramente ética... Es preciso, pues, reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es

⁸⁴ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, 2ª. ed., Argentina, B de F, 2002, p. 65.

el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad.⁸⁵

Por lo que respecta a este concepto de culpabilidad, autores como James Goldschmidt y Berthold Freudenthal, manifestaron reservas en relación a la naturaleza meramente psicológica de la culpabilidad; consideraron que era de índole valorativa, porque consistía en un juicio de reproche, donde la culpa y el dolo, junto con la imputabilidad y la motivación normal, constituían sus elementos.

Nuevamente Castellanos Tena nos ilustra sobre el tema:

Teoría normativa o normativista de la culpabilidad. Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.⁸⁶

Con ello vemos que la teoría normativa redefine las relaciones entre la culpabilidad, como género, y el dolo y la culpa, que fueron concebidos en la teoría psicológica como especies de aquella. Reinhard Frank señalaba que:

En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor... Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto: 1º una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se

⁸⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, México, Hermes, 1986, p. 355.

⁸⁶ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 83, pp. 235-236.

puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita, además: 2° una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concorra: 3° la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible; así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar.⁸⁷

Este concepto normativo de la culpabilidad fue completado posteriormente por James Goldschmidt, quien elaboró construcción teórica de carácter normativa, en la que la reprochabilidad se refería a un comportamiento interior del sujeto opuesto a una norma de deber, la cual se encontraba junto a la norma jurídica, cuya lesión correspondía a la antijuridicidad.

El autor en cita nos explica:

Las normas de deber en el sentido más amplio, esto es, de acuerdo con las restricciones contenidas en ellas de antemano, o con las excepciones hechas de ellas, dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la exigibilidad. El no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber, o –por ser evitable aquí esta expresión ambigua- según la formulación de Frank, reprochabilidad. *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable* (censurable). Por consiguiente, la exigibilidad es un deber, lo que, sin embargo, presupone siempre un *poder*.

⁸⁷ Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Profesora de alemán del original de 1907, Argentina, B de F., 2002, pp. 37-39.

Existe este poder en cuanto hay “dominio sobre el hecho”, en el sentido de Hegler, o sea, imputabilidad, “significado conocido o cognocible” (esto es dolo o culpa) y motivación normal. Por esto la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad. Análogas consideraciones valen para la reprochabilidad. Ella es un “querer que no debe ser”. En sentido estricto, hasta el “significado conocido o cognocible” de la conducta antijurídica es sólo presupuesto y no elemento de la motivación reprochable. *Pues ésta consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber.* Pero, así como el resultado es inseparable de la actuación de voluntad que lo causa antijurídicamente, la representación del resultado es inseparable de la voluntad motivada por ella de manera reprochable.⁸⁸

Otro importante exponente del causalismo normativista, Edmundo Mezger nos explica:

La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término “reprochabilidad”, empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que “reproche”. La imputación, considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad “formal”, y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad “material”.

No toda conducta antijurídica de una persona está sancionada con pena. Para ello, es necesario, como se deduce de la propia definición general del hecho punible, que tal conducta sea “personalmente imputable”. Esta imputabilidad da lugar a la responsabilidad jurídico-penal. Es posible imaginar que sea imputada también una acción inculpable. Pero, según el criterio general afirmado en la actualidad con arreglo al derecho vigente, se debe imputar

⁸⁸ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, op. cit., nota 84, pp. 104-105.

personalmente y castigar sólo una conducta que sea, de una u otra manera, “culpable”. El § 56, introducido por la ley sobre modificaciones al derecho penal de 1953, constituye un progreso ulterior y muy satisfactorio en este sentido. En consecuencia, el presente capítulo se limitará fundamentalmente a la culpabilidad; pero se mencionarán los casos completamente excepcionales en que hay responsabilidad jurídico-penal sin que exista la culpabilidad.

El juicio de CULPABILIDAD acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la culpabilidad. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante, un juicio valorativo acerca de esta situación de hecho, y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad. Este criterio ha sido formulado con agudeza de la siguiente manera: “la culpabilidad de una persona no está en su cabeza, sino en las cabezas de otros”, o sea en las cabezas de aquellos que juzgan al autor.⁸⁹

Esta teoría normativa de la culpabilidad dio lugar, en la evolución de los elementos del delito, a la concepción de la teoría finalista de la acción. Toda vez que el reconocer que dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad, permitía concebirlos fuera del concepto de culpabilidad. Así resultó que el concepto de culpabilidad del finalismo, no coincidió exactamente con el concepto normativo concebido por autores como Frank y el mismo Goldschmidt analizados anteriormente.

En la teoría de la acción final de Welzel, la reprochabilidad presupone una capacidad del sujeto de motivarse por la norma jurídica. Así tenemos que el autor de una acción típica y antijurídica, podrá ser declarado culpable sólo si podía motivarse por la norma, esto es, si podía obrar de otra manera.

El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre

⁸⁹ Mezger, Edmund, *Derecho Penal*, 2ª. ed., México, Cárdenas, 1990, pp. 189-190.

en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esta situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas:

1. Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: “la imputabilidad”).

2. Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto).⁹⁰

En otro texto, el autor en estudio afirma que:

La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla. La culpabilidad contiene, pues, una doble relación: la acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación, del no deber ser antijurídica por poder ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad...

Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica –tanto si se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida- una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. Sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y sus disposiciones –todo aquello que el hombre meramente “es”- o pueden ser valiosas o de escaso valor (pueden ser también valoradas, por consiguiente),

⁹⁰ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, nota 57, pp. 169-170.

pero sólo lo que haya hecho de ellas o como las haya empleado, en comparación por lo que hubiera podido y debido emplear, sólo esto puede serle computado como “mérito” reprochado como “culpabilidad”.⁹¹

Como una oposición al finalismo y con nuevas concepciones en la teoría del delito, para la teoría funcionalista, la culpabilidad debe tratar de la cuestión referente a si un comportamiento típico y antijurídico merece pena, la cual debería responderse desde puntos de vista político criminales, esto es, preventivos.

Así, Roxin precisa la siguiente opinión:

Como ya antes he dicho, este fundamento material no puede encontrarse en la indemostrable posibilidad de actuar de un modo distinto: La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos haceres posibles que es precisamente el que la norma penal prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos de la norma. La evolución cultural, la evolución de los conocimientos biológicos, psicológicos y sociológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir a un sujeto la acción por él cometida y hacerle, en consecuencia, responsable de la misma. El fundamento material común a este criterio de imputación que denominamos con el nombre de culpabilidad, debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común, pacífica y justamente organizada. La “motivabilidad”, la “capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas”, la “posibilidad de motivación por las normas” es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras que le son

⁹¹ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, op. cit., nota 41, pp. 125-126.

intrínsecas (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esta facultad – cualquiera que sea el origen psicológico, político o económico que tenga – deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución.

Lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse ahistóricamente, al margen de las necesidades preventivas que permitieron su recepción en la legislación penal. Como antes se ha dicho, los límites de lo culpable y de lo inculpable de la libertad y de la no libertad, de la capacidad o de la incapacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, los fija la sociedad y es imposible determinarlos al margen de una normatividad concreta...

Desde esta perspectiva, aquí brevemente descrita, el Derecho Penal de culpabilidad no es más el Derecho Penal retributivo que, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra. El Derecho Penal de culpabilidad, concebido en el sentido aquí expuesto, tiene una misión, si se quiere, filosóficamente modesta, pero social y políticamente muy importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo de costo de represión y de sacrificio de la libertad individual.

La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general. A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, estas necesidades preventivas especiales pueden

hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etc.⁹²

5.4. La estructura del concepto de culpabilidad

El autor español Muñoz Conde explica con precisión qué es la culpabilidad y nos deja la interrogante de establecer cuáles son sus elementos:

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del Derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que, junto a la tipicidad y a la antijuridicidad, debe darse una tercera categoría en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad, una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena.⁹³

Lo anterior es reafirmado por otro magnífico autor español: “La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.”⁹⁴

Así tenemos que la culpabilidad va a estar integrada por tres elementos: “Capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella, que

⁹² Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit., nota 81, pp. 36-37.

⁹³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal*, op. cit., nota 6, p. 397.

⁹⁴ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, p. 395.

en los autores modernos se denomina como capacidad de culpabilidad, también identificada como imputabilidad.”⁹⁵

“Posibilidad de tener conocimiento de la ilicitud de la conducta, que se entiende también como conciencia de la antijuridicidad.”⁹⁶

“Exigibilidad de otra conducta, diversa a la que desplegó el autor del delito.”⁹⁷

De los elementos que integran la estructura de la culpabilidad, en los que coinciden la mayoría de los autores, podemos concluir que el autor de un delito será culpable del mismo cuando siendo imputable, pudo comprender la ilicitud de su conducta y ha podido comportarse de acuerdo con esa comprensión, pudo saber dicha ilicitud y no se excluye la reprochabilidad que se le formule por causa de inculpabilidad.

El orden en el que estudiemos la acreditación de los elementos en cada caso concreto es concluyente, así, por ejemplo, si se excluye la capacidad de culpabilidad, se eliminaría la punibilidad, pero esta situación sería determinante para aplicar al sujeto una medida de seguridad.

6. Teoría del error

El error es causa de muchos males, incluye tanto a la ignorancia, como a la falsa creencia sobre algún tópico, pero también la equivocación en el hacer algo constituye error.

La consecuencia del error puede ser inesperada y la mayor de las veces no querida, sobre todo cuando produce efectos jurídicos sobre los derechos de las personas.

Muñoz Conde eleva el tema del error al nivel de problema político criminal, cuando afirma que la normatividad: “... busca ante todo una solución práctica al

⁹⁵ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, op. cit., nota 38, p. 227.

⁹⁶ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría General de la Culpabilidad*, op. cit., nota 82, p. 141.

⁹⁷ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, volumen II*, España, Trotta, 1999, p. 347.

problema político criminal del tratamiento del error en sus diversas modalidades...”⁹⁸

En este apartado sólo se hace un breve esbozo del tema pues se tratará a profundidad a lo largo de este trabajo de investigación, así que vale introducirse a la materia con la descripción que hace Lucio Herrera al inicio de su obra que estaremos analizando a fondo, dice que:

Error es la discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. Equivocación, desacierto. Concepto equivocado. Vicio del consentimiento. También juicio inexacto, falso. En otras palabras, el error consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual la creemos. La ignorancia es falta de ciencia, de letras y noticias, es decir, la ausencia total de conocimientos acerca de algo.⁹⁹

Carnelutti, quien es un autor poco estudiado por los penalistas modernos, relata sobre el error cuestiones que consideramos relevantes para estar en posibilidad de distinguir, precisamente, lo importante, de lo superfluo, veamos:

RELEVANCIA PENAL DEL ERROR. Puede ocurrir que, aún siendo normal la constitución psíquica del agente, presente algunas anomalías el proceso psicológico descrito en el número 51. La anomalía que la ley toma en particular consideración es el error.

El error recae sobre la tercera fase del proceso volitivo, que es la previsión. La previsión es un salto de la mente humana hacia el porvenir; pero su punto de partida es el presente: el hombre calcula sobre lo que es, para adivinar lo que será. Éste cálculo es, como ya hemos observado, formular un juicio. Pero las

⁹⁸ Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal*, Argentina, Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 47.

⁹⁹ Herrera, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª. ed., Argentina, Abeledo Perrot, 1991, p. 11.

cuentas pueden salir equivocadas. Se trata de saber qué relevancia puede tener la equivocación respecto a las consecuencias penales del acto.

Tal es la duda que plantea la doctrina del error, relativa a uno de los aspectos más delicados de la teoría de la voluntad en el delito y, en general, en el acto jurídico. Para poderlo, no decimos ya exponer, sino bosquejar con claridad, nos parece oportuno indicar algunos rasgos de su noción lógica, antes de entrar en el examen de su relevancia jurídica.

Error es cualquier anomalía del juicio. Puesto que los elementos de éste son dos: el dato y la regla, o, bajo otro aspecto, la percepción y la valoración, se puede distinguir, por el origen, un error de percepción de un error de valoración. Si vemos a distancia un objeto que nos parece un caballo, siendo un asno, el error puede depender de que no vemos bien o de que no conocemos bien la diferencia que hay entre ambos cuadrúpedos.

Desde otro punto de vista, la anomalía del juicio puede derivar de conocimiento incompleto o de falso conocimiento del dato o de la regla: es la diferencia que hay entre no ver y ver mal. Si tratásemos de precisarla todavía más, diríamos que en el primer caso tiene lugar una diferencia cuantitativa, y en el segundo, cualitativa entre la realidad y la representación, esto es, entre los elementos de aquélla y los de ésta; en el primer caso no existen en la mente del sujeto ninguno de los elementos que, por el contrario, existen en la realidad; en el segundo, si existen, pero desfigurados. A la primera de estas hipótesis se le suele dar el nombre de ignorancia; precisamente la diferencia entre error e ignorancia se mantiene en este límite; tal distinción está, innegablemente, fundada en la lógica, salva la cuestión relativa a su relevancia jurídica.

Ahora debemos recordar que el juicio, como fase del proceso volitivo, no es fin en sí mismo, sino un problema de la acción. Hacemos tal observación para deducir de ella que el juicio puede ser exacto y, sin embargo, la acción equivocarse, esto es, puede fallar la finalidad. Aunque la previsión del cazador sea un milagro de exactitud, la presa puede escapar. También aquí hay un

defecto en el mecanismo de la acción; pero no reside en el juicio; el defecto, al contrario, tiene lugar en lo que llamaríamos su traducción en actos. Punto éste de una extremada delicadeza en el cual tiene su raíz la distinción entre la teoría y la práctica, entre la ciencia y el arte; en efecto, para hacer ciencia o teoría basta saber, mientras que en la práctica o el arte hace falta saber hacer. Este defecto en el proceso de la acción determina anomalías; pero lo malo es no darse cuenta de la diferencia. Una cosa es alcanzar a Ticio creyendo que se trata de un muñeco, o, por el contrario, porque, aunque distinguiéndolo de un muñeco, no sabemos tirar bien. No se puede negar que también esta hipótesis puede ser subsumida en un amplísimo concepto del error; pero, a pesar de ello, habrá que admitir que, si la lógica invita a distinguir entre error e ignorancia, es mucho más urgente la distinción entre el error y la inhabilidad.¹⁰⁰

Así tenemos que el error, en términos generales, es la ignorancia o falsa apreciación de la realidad. En el derecho penal durante mucho tiempo predominó la distinción del derecho civil entre error de hecho y error de derecho. El error de hecho era aquel que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito. El error de derecho recaía sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito.¹⁰¹

Veamos ahora en el capítulo siguiente cuál es el error relevante para el Derecho Penal, la diferentes formas de concebirlo, evolución y sistemática del mismo.

¹⁰⁰ Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Delito*, Colombia, Editorial Arcos, 1952, pp. 138-140.

¹⁰¹ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, volumen II, op. cit.*, nota 97, p. 243.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES

1. Estado de la cuestión

1.1. Ignorancia

En razón de que para efectos prácticos jurídico penales, la ignorancia se equipara con el error, pues está equivocado tanto el que ignora, como el que conoce mal, primero se debe comprender qué es la ignorancia. Para tal fin, en primer término vamos a aproximarnos a su contrario positivo, esto es, al conocimiento.

Por conocimiento entendemos la aprehensión por el intelecto humano de aquello que lo rodea.

En el Diccionario de la Lengua Española, se lee la siguiente definición: “conocimiento. m. Acción y efecto de conocer. II 2. Entendimiento, inteligencia, razón natural.”¹⁰²

Y por conocer, en el mismo diccionario, se explica: “conocer. (Del lat. *cognoscĕre*). tr. Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. II 2. Entender, advertir, saber; echar de ver. II 3. Percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él.”¹⁰³

Así tenemos que conocimiento es la acción y efecto de averiguar por medio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas, agregaríamos, correctamente, como lo que son.

Si bien las definiciones académicas son útiles, consideramos que para este tema es oportuno que revisemos lo que algunos filósofos han aportado al respecto:

¹⁰² *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo I, 22ª. ed., España, 2002, p. 627.

¹⁰³ *idem*.

Es difícil dar una definición verdaderamente esencial y general del conocimiento. La dificultad no consiste en superar la dualidad del conocimiento sensible y del conocimiento intelectual, pues en la medida en que ambos tienen por objeto el mundo se dejan situar en un mismo género. La dificultad consiste más bien en superar la oposición entre el conocimiento del mundo y la conciencia de sí. Pues la epistemología tomista está manifiestamente centrada en el conocimiento del mundo. La fórmula, clásica en la escuela, que dice que conocer es 'hacerse el otro', no conviene a la conciencia de sí. Pero, inversamente, la epistemología moderna está tan impregnada de idealismo que reduce todo conocimiento a la conciencia. Desde Kant, cualquier conocimiento, empezando por la sensación, recibe el nombre de una 'conciencia'.

Arriesguemos pues la definición siguiente: el conocimiento es un acto, espontáneo en cuanto a su origen, inmanente en cuanto a su término, por el que un hombre se hace intencionalmente presente alguna región del ser.

Ante todo, hay que afirmar que el conocimiento es una especie de ser, o mejor aún una manera para el hombre de existir. El existencialismo contemporáneo ha revalorizado esa idea, y con razón, pues todo es ser, tanto el conocimiento como lo demás. Por esto no nos dice mucho, pues hay que precisar enseguida qué especie de ser es el conocer.

El conocimiento es un acto. Esto significa dos cosas: que no es un movimiento y que no es una producción; o en términos positivos, que de suyo es pura contemplación inmóvil.¹⁰⁴

Sobre el mismo tema de la ignorancia, tenemos la opinión de un filósofo contemporáneo, Kazimierz, quien señala:

La teoría del conocimiento, también llamada epistemología (del griego *episteme*, sinónimo de conocimiento) o gnoseología (del griego *gnosis*, sinónimo de

¹⁰⁴ Verneaux, Roger, *Epistemología General o crítica del conocimiento*, 11ª. impresión de la 1ª. ed., España, Herder Editorial, 1967, pp. 103-104.

cognición) es, como su propio nombre indica, la ciencia del conocimiento. Pero, ¿qué es el conocimiento? Por conocimiento entendemos tanto los actos cognitivos como sus resultados. Los actos cognoscitivos son actividades mentales tales como percibir, recordar, juzgar, o como razonar, reflexionar, deducir. Las afirmaciones científicas pueden servir como ejemplo de los resultados cognoscitivos. No son actividades mentales y, por tanto, no deben incluirse entre los actos cognoscitivos. La ley de la gravitación o el teorema de Pitágoras no son en modo alguno fenómenos mentales, sino los significados de las frases mediante las cuales dichas leyes son formuladas.¹⁰⁵

Veamos ahora que se entiende por: “ignorancia. (Del lat. *ignorantia*). f. Falta de ciencia, de letras y noticias, general o particular. II – del derecho. f. Der. Desconocimiento de la ley, el cual a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos.”¹⁰⁶

Jiménez de Asúa menciona que “En el área psicológica hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo... La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.”¹⁰⁷

El propio Aristóteles valoraba los efectos que podía tener la ignorancia al momento de imputar responsabilidad a alguien, cuando refiere:

Todo lo que se hace por ignorancia es no voluntario, pero, si causa dolor y pesar, es involuntario. En efecto, el que por ignorancia hace algo, cualquier cosa que ello sea sin sentir el menor desagrado por su acción, no ha obrado voluntariamente, puesto que no sabía lo que hacía, pero tampoco involuntariamente, ya que no

¹⁰⁵ Ajdukiewicz, Kazimierz, *Introducción a la Filosofía*, 5ª. ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 2006, p. 21.

¹⁰⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit., nota 102, p. 1247.

¹⁰⁷ Jiménez de Asúa, Luís, *Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, La culpabilidad y su exclusión*, 3ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1962, p. 313.

sentía pesar. Así, de los que obran por ignorancia, el que siente pesar parece que obra involuntariamente, pero el que no lo siente, ya que es distinto, (digamos que ha realizado un acto) al que llamaremos 'no voluntario'; pues, ya que difiere (del otro), es mejor que tenga un nombre propio.¹⁰⁸

De tal suerte que la ignorancia al ser ausencia total y absoluta de conocimiento sobre la realidad o ciencia, el Derecho la equipara al error, sobre todo en sus efectos, ya que tanto yerra el que ignora, como el que conoce mal.

1.2. Error

El error es un concepto absoluto, esto es, que no admite graduaciones, no es posible errar un poco o mucho, si existe error, es lo contrario a lo verdadero.

Dice el filósofo francés Verneaux en relación a la naturaleza del error, que:

Todo lo que puede decirse sobre este punto está contenido en esta observación, de simple sentido común, de que lo falso es lo contrario a lo verdadero.

Así, siendo la verdad el fin al que tiene la inteligencia, es decir, su bien propio, el error es su mal... De ahí se derivan ya algunas consecuencias importantes. Primera, el error, como toda especie de mal, no es algo positivo. Lo que lo constituye es, si puede decirse así, lo negativo, una falta, una privación de perfección. Un juicio es falso por cuanto carece de esta perfección que es la conformidad con lo real.

De ahí se sigue, en segundo lugar, que el error sólo tiene existencia en el sujeto al que afecta, en una inteligencia o más precisamente en un acto de inteligencia. Es una especie de alumbramiento monstruoso.

Por último, el error es siempre un accidente o, digamos más bien, *per accidens*. Pues la inteligencia, como toda facultad, como todo ser, actúa bien cuando se la

¹⁰⁸ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, *op. cit.*, nota 36, pp. 1110b 118||26.

deja a sí misma y sigue su naturaleza. Suponer que congénitamente, *per se*, se está inclinada al error, es una hipótesis no sólo gratuita sino absurda. No puede existir nada que sea esencialmente viciado o pervertido. Y, en particular, una facultad de conocimiento que puede errar su objeto propio cuando le está presente, porque está ordenada a él por naturaleza o por definición.¹⁰⁹

Es menester recordar que el concepto de error se introduce en el Derecho Civil como uno de los vicios del consentimiento, así tenemos que Alberto Trabucchi, en su obra *Instituciones de Derecho Civil*, citado por el Profesor Domínguez Martínez¹¹⁰, establece que es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto, así, lo que el sujeto concibe como realidad y lo mueve a la celebración de un acto o de un negocio jurídico en términos congruentes con esa concepción, resulta no ser la realidad misma.

Jiménez de Asúa, señala que: “El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estadio positivo... en el error hay un conocimiento falso.”¹¹¹

En lo que se refiere a la teoría del error y su importancia para la teoría del delito, algunos autores como Cobo del Rosal y Vives Antón¹¹² han afirmado que el error podría ser la picota de la teoría del delito.

Se establece que el error es la causa más importante y significativa de la ausencia de culpabilidad (entendida según el sistema causalista normativista, claro está), en cualquiera de sus dos formas, dolo o culpa, que se ven excluidos cuando se advierte la presencia del error, que hace imposible afirmarlos.

Parafraseando al italiano Antolisei, quien afirmó que considerado desde el punto de vista de la experiencia o empírico, al error se le advierte como un estado de la inteligencia por el que se conoce a un objeto del mundo exterior de manera

¹⁰⁹ Verneaux, Roger, *op. cit.*, pp. 159-160.

¹¹⁰ Martínez Domínguez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2003, p. 580.

¹¹¹ Jiménez de Asúa, Luís, *La Ley y el Delito*, *op. cit.*, nota 85, p. 390.

¹¹² Cobo del Rosal, M, y Vives Anton, T.S., *Derecho Penal, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 505.

inexacta o falsa, no como realmente es, así que puede afirmarse que es la discordancia entre la conciencia y su objeto.

Cuando se habla del error significa que existe una representación falsa, una idea que no corresponde con la realidad, por lo que conceptualmente la ignorancia no puede ser identificada con el error, pues aquélla es ausencia de conocimiento, mientras que éste es conocimiento equivocado y con ello falso. La ignorancia tiene carácter negativo, ausencia de conocimiento, en tanto que el error es de carácter positivo, porque implica un conocimiento, pero equivocado o incompleto.

No obstante lo anterior, es claro que todo error supone ignorancia porque quien se equivoca desconoce el objeto de conocimiento, ya sea total o parcialmente. Pero no todo el que ignora está en algún error, puede existir aquélla sin éste.

Así, se advierte la existencia de una manera de diferenciar, una ignorancia pura, que sería la absoluta y simple ausencia de conocimiento, de una ignorancia error, en la que el desconocimiento provoca una falsa representación de la realidad.

Para el Derecho Penal la ignorancia pura es irrelevante, la que le interesa es solamente aquella que determina un error, de modo que para efectos penales los dos términos son tenidos como equivalentes.

No se omite realizar alguna reflexión sobre la duda, que es distinta a la ignorancia y al error. El sujeto duda cuando no está cierto sobre la verdad de dos o más representaciones diferentes, en donde una de estas debe ser verdadera, ya que si todas resultan falsas estaríamos ante un caso de error.

Así las cosas, podemos concluir que el error es diferente, tanto de la ignorancia, como de la duda, en donde el sujeto conoce pero de manera equivocada o incompleta, sin embargo el Derecho Penal le otorga una valoración equivalente a la ignorancia, por lo que ambos excluyen la culpabilidad causalista, eliminando el dolo y la culpa.

1.3. Error civil

Para estudiar al error desde la óptica del Derecho Civil se debe acudir con los especialistas del tema, quienes afirman que en el ámbito jurídico, primero se aceptó el error en el derecho privado, antes de pasar al derecho público en la materia penal.

El profesor Martínez Domínguez, en relación al tema de estudio, explica:

El error.

a) Planteamiento. Para llegar al otorgamiento de un negocio jurídico, la voluntad de quien será su autor o las voluntades de quienes serán sus partes si se trata de un negocio plurisubjetivo, conciben y deliberan en su respectivo fuero interno respecto de la serie de factores relacionados con esa posible celebración. Toman en cuenta y calibran, amén de otras situaciones, las razones inductoras a dicho otorgamiento, las consecuencias, el contenido y cualidades de la cosa sobre la que los efectos del negocio recaen, y así, después de medir los alcances de todos esos factores, se forman una concepción de lo que desde su punto de vista es la situación objetiva prevaleciente; todo ello los hace decidir si celebran o no el negocio correspondiente.

Cuando lo concebido y decidido por el sujeto coincide con la realidad, el negocio se celebrará felizmente si no adolece de otro defecto; por el contrario, si en el caso tiene lugar una concepción diversa de aquélla, la voluntad titular será víctima de error y probablemente éste provoque la nulidad de la figura negocial en cuestión.

b) Concepto. Como se ve, lo anterior pone de manifiesto que el error implica una noción falsa sobre la realidad. En este concepto se comprenden los dos elementos del error agresor de la normalidad en los negocios jurídicos.

En primer lugar, se trata de la concepción psicológica que un sujeto, autor o parte de un negocio jurídico, se forma de la realidad prevaleciente respecto de cualquier cuestión relacionada con dicho negocio; puede ser sobre la identidad de la persona con quien se celebra, sobre la naturaleza del negocio por celebrar, sobre las cualidades de la cosa respecto de las cuales se proyecta el objeto de dicho negocio, etc.

En segundo término, tengamos en cuenta la discrepancia que hay entre la realidad y la concepción que quien celebra el acto tiene de ella; no lo realiza por ejemplo con quien suponía hacerlo, piensa en la creación de ciertas consecuencias pero el negocio de que se trata otras le son inherentes, etc.¹¹³

Otro destacado civilista mexicano, el Doctor Martínez Alfaro¹¹⁴ explica que en materia de error, éste es un falso conocimiento de la realidad, lo que es contrario a la verdad. Así que el error consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva. Afirma que se distingue al error de la ignorancia porque ésta consiste en la falta de conocimiento, a diferencia de aquél, que es un falso conocimiento de la realidad, esto es, que en el error sí hay conocimiento que no coincide con la verdad, pero que en la ignorancia falta ese conocimiento; sin embargo, error e ignorancia tienen los mismos efectos jurídicos, igual que en materia penal, o mejor dicho, de aquí derivó a nuestra materia.

Para concluir, es válido acudir con otros especialistas en la materia, quienes en su obra afirman lo siguiente:

El error ha sido definido por los clásicos como una 'falsa apreciación de la realidad', y se opone al pensamiento verdadero, que es en el que existe una perfecta adecuación entre éste y la realidad, como dice Aristóteles: 'porque decimos que tú eres blanco, y tú, en efecto lo eres, nosotros, los que afirmamos, estamos en la verdad'. Los hermanos Mazeaud, más recientemente, entienden por error 'la opinión subjetiva contraria a la realidad'.

Para autores como Borja Soriano, el error se identifica con la ignorancia, opinión no compartida en esta líneas, pues la ignorancia es 'la falta de un conocimiento debido', mientras que el error es un juicio equivocado. En otras palabras, el

¹¹³ Martínez Domínguez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 110, pp. 592-593.

¹¹⁴ Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2003, p. 93.

ignorante no enjuicia, en tanto que el que yerra, sí lo hace, aunque su pensamiento no coincide con la realidad.

En todo caso, esta confusión entre error e ignorancia se remonta a los juristas clásicos, para los que ambos conceptos son equiparables en cuanto a sus efectos, a pesar de ser distintos conceptualmente, de acuerdo con las siguientes palabras: 'Es regla de derecho que la ignorancia del derecho no es excusable, en tanto que la ignorancia del hecho sí lo es'.

Una disposición similar se encuentra en el artículo 21 del Código, de acuerdo con el cual:

'Art. 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.'

...

En cambio, el error que corresponde ahora tratar es el llamado error nulidad, previsto en el artículo 1813:

'Art. 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo, o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa'.

El error de hecho es una falsa concepción del hecho material, mientras que el error de derecho es un juicio equivocado sobre el alcance o interpretación de un

precepto jurídico, o de las consecuencias del contrato como norma. Como se puede apreciar, el legislador mexicano distingue entre error e ignorancia, de acuerdo con lo establecido por el artículo 21 y el apenas transcrito, pues mientras que el error de derecho es aprovechable, la ignorancia de las leyes no lo es.¹¹⁵

De lo anteriormente transcrito, es fácil advertir que el error de hecho y el error de derecho fueron concebidos para aplicarse primeramente en el ámbito civil, para después transmutarse al Derecho Penal, en la época conocida como clásica y posteriormente, llegó a las del causalismo naturalista y normativista.

1.4. Error de hecho

El jurista español, Luís Jiménez de Asúa¹¹⁶, da al error tratamiento de causa de inculpabilidad, afirmando que no es problema sencillo, sino al contrario, está erizado de dificultades tremendas.

Dice que desde el Derecho romano se pudo distinguir entre el error de derecho y el error de hecho. Que conforme al autor Savigny el primero recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo, en tanto que el segundo tiene que ver con los hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica. Afirma que la doble naturaleza del error se encontraba prevista en las legislaciones penales contemporáneas (de su tiempo, por supuesto) y aceptada tanto por el italiano Francisco Carrara, como por la mayoría de sus contemporáneos penalistas.

En la época en que Jiménez de Asúa hizo estas referencias, también tenían la misma opinión la gran mayoría de los tratadistas italianos y franceses, e incluso alemanes de ya relevante trayectoria y reconocimiento.

Establece que Karl Engisch, por el año de 1930, rechaza el ensayo de unificar las exigencias del conocer de los hechos y de lo injusto, refiriéndose a la

¹¹⁵ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 2005, pp. 115-117.

¹¹⁶ Jiménez de Asúa, Luís, *La Ley y el Delito*, *op. cit.*, nota 85, p. 389-392.

conciencia de la antijuridicidad, así que distinguiendo entre error de hecho y error de derecho, afirmó que ese es uno de los más importantes avances en el dominio de la doctrina del dolo.

También analiza el pensamiento del profesor alemán Edmundo Mezger, quien reconoce efectos al error de derecho, parecido o análogo a los del *error facti*, así en su Tratado de 1931, repetido en la segunda edición de 1933, cuando manifestó que el dolo del autor se refiere, en el caso particular, a esas partes integrantes del tipo legal (descriptivas y normativas), y por lo que respecta a su elemento intelectual, en forma de un conocimiento (previsión) de las mismas. Por tanto, *este conocimiento se divide en conocimiento de los hechos y de su significación*. Su desconocimiento produce el error del autor sobre los hechos y el error sobre su significación; la oposición entre conocimiento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del Derecho (error de derecho), se refiere únicamente a un especial caso de la oposición que se concibe de modo más general. De tal manera que no se discute si el parágrafo 59 del Código penal alemán comprende el conocimiento de los hechos y el de su significación, sino, tan sólo, si ambos pueden ser conceptualmente separados, y si deben distinguirse, teniendo en cuenta el objetivo de la exposición que se hace en las páginas que siguen, así que separa conceptualmente ambas clases de error, sólo para fines didácticos, y atribuye, sin embargo, al llamado error de derecho efectos excluyentes del dolo.

Comenta¹¹⁷ que el autor Graf zu Dohna, trata de conservar las diferencias estudiadas, otorgando al error sobre los 'caracteres del tipo' el título de 'error de hecho' y al error sobre la 'prohibición' el nombre de 'error de derecho', sin conseguir aclarar la terminología equivocada, así que lo incluye entre los escépticos de las pretendidas distinciones entre error de hecho y de derecho. Se considera que es en este punto donde empieza a surgir ya la terminología que tendrá el error con los autores alemanes en el futuro.

Otro profesor español de renombre en aquellos años, Cuello Calón, al respecto expresa:

¹¹⁷ *idem*.

b) El desconocimiento o error sobre la significación antijurídica del hecho (el que creyendo de buena fe que se halla en situación de legítima defensa mata o lesiona a otro no obra justificadamente, pero su acto no es punible por ausencia de dolo).

c) El desconocimiento o error sobre el resultado del hecho (el que con una pistola que cree descargada e inservible apunta, bromeando, a otro y al apretar el gatillo se produce un disparo, no es punible por ausencia de dolo, pues ignoraba que su acción pudiera producir semejante resultado).

La doctrina científica admite sin discusión que la ignorancia y el error de hecho excluyen la intención criminal (*ignorantia vel error facti excusat*), pero si el error o la ignorancia fueran imputables a descuido o negligencia del agente, éste podría responder de un delito culposo. Si el cazador no ha prestado la atención debida al objeto que se movía en la espesura del bosque e imprudentemente dispara podrá responder de un homicidio culposo.

El vigente Código, como los anteriores, ha descuidado la reglamentación relativa al error de hecho. Ya Pacheco, al comentar el Código de 1848, censuraba su silencio en lo relativo a la materia del error y de la ignorancia. Refiriendo que la antigua legislación los había admitido como excusas legítimas, añade que 'la razón tendría que admitirlos también si esa ignorancia fuese invencible, si ese error fuese inculpado de todo punto. La razón, prosigue, de acuerdo con la ley, inspirando su artículo 1º (es delito o falta la acción u omisión voluntaria penada por la ley) dice que no hay delito en donde no se encuentre una acción u omisión voluntaria'. La opinión de este penalista es por completo aplicable a nuestra legislación penal.

La ignorancia y el error de hecho excluyen la intención criminal y por tanto el carácter delictuoso de la acción u omisión, pues en tales casos no existe voluntad consciente, a menos que provengan de culpa o negligencia imputable al agente,

en cuyo caso respondería éste de una infracción cometida por imprudencia conforme al art. 565 o al 586, 3º.¹¹⁸

Al revisar el pensamiento de autores del continente americano, tenemos que un antiguo profesor de Derecho Penal mexicano, afiliado al causalismo, escribió en la novena edición de su obra en 1975:

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos: *veritas est adaequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; al obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: *aberratio ictus*, *aberratio in personam* y *aberratio delicti*.

...

El error esencial de hecho para efectos eximentes –escribe Porte Petit-, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al

¹¹⁸ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal, conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*, (Parte General), tomo I, 9ª. ed., México, Editora Nacional, 1963, pp. 384-385.

agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. O como enseña Antolisei, el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. En concreto, en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.¹¹⁹

Lucio Herrera¹²⁰ nos comenta en su obra, que ya desde la época de Savigny, en la obra publicada en 1840, *Sistema de Derecho Romano actual*, hacia una referencia a la división del error en el Derecho Romano, como error de hecho y error de derecho.

Que el error de hecho era el referido a las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho, y el segundo el que versaba sobre el derecho objetivo.

Así lo expresa Carlos Creus¹²¹, quien comenta que durante mucho tiempo, siguiendo al pie de la letra la teoría general del hecho ilícito civil, los principios de esa rama del Derecho, se distinguió el error de hecho, que versa sobre los elementos fácticos del delito: la acción como conducta manifestada, incluyendo por supuesto el proceso o nexo de causalidad, del error de derecho, el cual tiene que ver o recae sobre los elementos jurídicos del delito, esto es, de la prohibición penal de la conducta típica y los elementos o aspectos normativos que integran su descripción.

Para el autor argentino Américo J. Castilla¹²², la ubicación del error de hecho dentro del artículo 34, inciso 1 del Código Penal, es el resultado de una equivocada sistemática legislativa, pues incluso provocó que se planteara en la jurisprudencia de su país la interrogante relativa a si el error debe considerarse

¹¹⁹ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 83, pp. 255-256.

¹²⁰ Herrera, Lucio Eduardo, *op. cit.*, nota 99, p. 43.

¹²¹ Creus, Carlos, *op. cit.*, nota 59, p. 347.

¹²² Castilla, Américo J, *Error de Hecho en la Jurisprudencia Argentina*, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, p. 149.

como una causa de inimputabilidad, de antijuridicidad o de inculpabilidad. Que no es ocioso detenerse para rebatir las decisiones jurisdiccionales que consideran al error como causa de inimputabilidad o de antijuridicidad, las que considera improcedentes. Que el artículo mencionado se refiere a que 'no son punibles', además de quienes tienen 'insuficiencia de facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por un estado de inconciencia', quien actúa 'por error o ignorancia de hecho no imputable'. De tal suerte que las causas que se menciona al principio, son de inimputabilidad o falta de capacidad de conciencia de la antijuridicidad, que no tienen relación con el error de hecho en estudio.

Continuando con mismo autor en estudio, Castilla manifiesta que:

Aceptando que el dolo está integrado por conocimiento y voluntad, es evidente que el error funciona sobre éste, privando al sujeto de un correcto conocimiento de los hechos y, por tanto, eliminando el dolo en cuanto desaparece un elemento constitutivo de su esencia.

Cualquiera sea la teoría que adoptemos acerca de la culpabilidad y de la ubicación del dolo en la estructura del delito, siempre el error de hecho elimina el dolo, dejando subsistente, sin embargo, la antijuridicidad. Esta permanencia de la antijuridicidad tiene importancia en la medida en que la víctima de la acción cometida en virtud del error de hecho, está habilitada para hacer uso de la legítima defensa, ya que se encuentra ante una lesión antijurídica, aunque pueda no concurrir el dolo.

El tipo se halla compuesto por una parte objetiva y de otra subjetiva. Así como la primera describe la acción y las circunstancias que la acompañan, la segunda contiene el sentido intencional referido a aquella parte del tipo. De este modo a la parte que llamamos subjetiva le corresponde el contenido psicológico necesario para la constitución del tipo, La relación existente entre ambas partes, al decir de Maurach, debe ser congruente, es decir, que del perfecto equilibrio entre ambas habrá de resultar configurado el tipo, no pudiendo predominar una sobre otra.

...

Salvo algún caso como el que señaláramos anteriormente, en que la congruencia del tipo no se da inicialmente, lo dicho es aplicable a los tipos que legisla nuestro Código Penal, de donde quien actúa por ignorancia o error de hecho en la comisión de un delito, no enmarca su conducta dentro del dolo que requiere la parte subjetiva del tipo, el cual queda eliminado y suplantado por el error. Inmediatamente se rompe el equilibrio de la figura, pierde congruencia, y el efecto de ese error se da directamente en el dolo, esto es, en su parte subjetiva, produciéndose el error de tipo no punible que señala el art. 34, inc. 1, del Cód. Penal. Claro que este error de tipo es comúnmente denominado por nuestros autores como 'error de hecho' en razón de dos circunstancias: ante todo la antigua distinción que distinguía entre *error factis* y *error iuris*, traduciendo al primero como error de hecho; pero aún superada esta teoría, permanece esta denominación a fin de distinguir el falso conocimiento de los hechos (error de hecho) y el conocimiento falso de su significación (error de derecho).¹²³

Indudablemente que el concepto de error de hecho fue tomado del Derecho civil para incorporarlo a nuestra rama jurídica, por lo que requirió ajustes que permitirán su internalización y ejecución en la teoría del delito. En la equiparación que se hace del error con la ignorancia, se está de acuerdo con el autor argentino Carlos Campos¹²⁴, quien estudió y escribió sobre estos temas por los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado, específicamente en relación con el artículo 34, inciso 1° del Código Penal argentino, criticando su defectuosa redacción.

En sus aserciones manifiesta que error e ignorancia son similares, por lo que no se puede distinguir fácilmente entre éstas, ya que el primero es un pensamiento defectuoso, en el que no se sabe todo lo que se tiene necesariamente que saber, esto es, cierta ignorancia, así que son expresiones equivalentes, como los conciben la mayoría de los autores y legislaciones,

¹²³ *ibidem*, pp. 151-152.

¹²⁴ Campos, Alberto A., *Derecho Penal (libro de estudio de la parte general)*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 147-148.

nacionales y extranjeros. Es ignorante, tanto el que no sabe, como el que sabe poco o sabe mal.

El problema más trascendente en la materia se refiere a establecer cuando el error se refiere a los hechos o cuando se refiere al derecho, conclusiones a las que llega después de analizar el normativo antes indicado, que en el encabezado de su redacción indica: 'error o ignorancia de hecho no imputable', por lo que dice se autoriza a concluir que se adopta la referida distinción, la que se establecerá tomando en cuenta las circunstancias fácticas del evento y que se traduce en una causa que excluye la culpabilidad.

Carlos Campos coincide con el penalista Sebastián Soler, en el sentido de aceptar que no es que siempre necesariamente se dé el error de hecho ni que el legislador no admita la posibilidad de error sobre el derecho, considerando incluida en la primera noción de error de hecho los errores que versan no sobre el derecho, sino sobre situaciones de hecho, con consecuencias o efectos de derecho.

Sin redundar en la discusión doctrinaria, reconoce que la mayoría de los autores argentinos aceptan como decisiva la distinción del error de hecho en esencial y accidental.

Se entiende por error esencial el que recae sobre una circunstancia elemental de la figura delictiva, la cual es necesaria para fundamentar o agravar la punición, así que se refiere al saber del autor. Que esta circunstancia elemental puede referirse tanto a los elementos descriptivos o materiales, como a los normativos, ya sean culturales o jurídicos.

Con lo que, en tal sentido, no deja de ser consecuente con su posición de que el total del desconocimiento o el falso conocimiento sobre situaciones fácticas que hagan a lo fundamental de los elementos objetivos o normativos contenidos en el tipo penal, deben ser catalogados de ignorancia o error esencial, que sólo excusará, es decir, para ellos sólo operará como una causa que excluye la culpabilidad si es, además, no imputable, es decir, no reprochable o 'no censurable'. Esto último es opinión unánime (o sea la equiparación de no imputable o inculpable) en nuestro medio, que quiere expresar que siempre que se

haya puesto el mínimo de diligencia necesaria, y a pesar de ello, se incurra en error esencial, éste excusará. Pero no sucederá lo mismo si no se reunieron estos recaudos mínimos de prudencia, ya que en este caso, de haberse incurrido en error, éste será culpable y la consecuencia será la subsistencia del reproche, pero a título culposo, si es que existe en el código la figura correspondiente.

Verbigracia: Una persona va a cazar a un coto y creyendo ver un ciervo detrás de una mata de pasto dispara sobre él y da muerte, en realidad, a un hombre.

Aquí habrá error inculpable (de hecho se supone, y esencial), porque se confundió en lo material a un ser humano con una animal, y esta confusión no fue debida a su negligencia, imprudencia ni impericia o inobservancia de reglamentos o deberes, sino que, por más que hubiese puesto su mayor diligencia, no podría haber previsto la existencia de otro cazador que se expusiere a ese riesgo de ocultamiento en un lugar específicamente destinado a tal menester. Por lo tanto, será inculpable.

Pero si, por el contrario, penetra en un campo vecino, donde el destino no es precisamente la caza sino la agricultura, y mata a un campesino, en este caso quedará un remanente de culpa basado en la imprudencia o negligencia de no prever lo previsible, aunque su acción haya estado viciada de falta o falso conocimiento de todas las circunstancias de hecho, y en el caso especial, de algo esencial para el homicidio, como lo es la preexistencia de un hombre vivo.

Lo destacable de esta corriente tradicional es que errores e ignorancias de derecho no son admitidas si se refieren específicamente a lo jurídico penal, pero sí se han visto forzadas a aceptarlos, en la medida en que se trate de defectuosos conocimientos acerca de disposiciones normativas contenidas en los tipos legales, expresa o implícitamente, y que tenían que ver con otras previsiones de otras ramas del derecho.

Ello ocurrió siempre, pero se enfatizó cuando aceptaron la realidad de reconocer la imposibilidad de conocimiento integral del derecho todo, en la época moderna, como para aplicar al pie de la letra lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil.

De allí surgió, tímida, la teoría del error de hecho extrapenal, equiparándolo al error de hecho, primero, para las leyes fiscales y administrativas, luego, para las llamadas leyes penales en blanco o tipos penales en blanco y, finalmente, para todos aquellos tipos que poseen elementos, sean descriptivos, objetivos o normativos, que requieren para su comprensión, más o menos un profundo conocimiento del derecho o, a lo sumo, una vasta cultura en el sujeto actuante.

En definitiva, todo ello es debido a la imposibilidad de poder hacer un distingo real entre elementos puramente objetivos y normativos contenidos en los tipos respectivos en la ley penal.

Todo error o ignorancia de hecho será siempre, en cierta medida, de derecho, con referencia al ordenamiento jurídico-penal y viceversa, y su característica de inevitable o evitable, jugará para la no incriminación o incriminación atenuada.¹²⁵

1.5. Error de Derecho

Es unánime la doctrina al señalar que este error tiene relación con la percepción del derecho por el sujeto activo del delito. Específicamente respecto de la norma subyacente en el tipo penal, esto es, si en el tipo penal de homicidio se describe la conducta prohibida por la ley, detrás de dicha descripción se encuentra la prohibición específica que tiene por objeto proteger al bien jurídico vida, concluyendo que se refiere al imperativo: no matar o no mates.

El origen¹²⁶ y fundamento de este concepto, surge principalmente porque en las leyes se hacía la expresa declaración de que la ignorancia del Derecho no eximía su cumplimiento, principio general establecido en el Derecho Civil. De tal suerte que se encontró la necesidad de hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, para dilucidar en cuáles supuestos el error o la

¹²⁵ *ibidem*, pp. 149-152.

¹²⁶ González Reyes, Miguel Ángel, *Tratamiento del error en el Derecho Penal*, Colombia, Ibañez, 2008, p. 25-26.

ignorancia podían sustentar una situación de inculpabilidad. Se entiende que el error de Derecho recae sobre la regulación jurídica, e incluso perjudica al sujeto porque no excluye la antijuridicidad. Lo anterior por razones de Política Criminal, toda vez que nadie puede ignorar el Derecho, aunque sí se pudiera ignorar el hecho. Siempre que el sujeto activo ocasione una lesión al bien jurídico tutelado incurrirá en injusto, sin importar su error sobre el Derecho, excepto si se equivoca en el hecho.

En el ámbito nacional, de la lectura de la obra Derecho Penal Mexicano, de los autores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas¹²⁷, se advierte cierta confusión en el tema, cuando formulan su interpretación y valoración de los errores de hecho y de derecho, o como ellos los denominan, *error facti* y *error iuris*. Para darnos una mejor idea de la necesidad de la realización de este trabajo de investigación, vamos a analizar dicho texto en la parte que interesa, sin dejar de tomar en cuenta que hasta el año 1983, en nuestro país, el Código Penal aplicable al fuero común del Distrito Federal y al fuero Federal establecía el principio legal conocido como presunción de dolo, consistente en que el Juez debía siempre valorar que la conducta típica y antijurídica estaba realizada dolosamente, o intencionalmente, como decía la norma. Ello es trascendente, a nuestro juicio, para el criterio que adoptaron los autores en su obra.

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas refieren que con el antecedente de los códigos penales de 1871 y en el 1929, en el Derecho penal vigente en ese entonces, regía la regla general de que la intención delictuosa se presumía, salvo prueba en contrario, hasta antes de la reforma publicada el 30 de diciembre de 1983. Ello constituía una presunción legal, *juris tantum* de dolo; regla en verdad innecesaria, por cuanto, dado el sistema de estricta legalidad, sólo se está excluido de responsabilidad en los casos limitativamente enumerados en el mismo código y sólo constituyen delitos culposos los que igualmente, encajan en la enumeración prevista para las imprudencias. Se critica que, en todo caso, se trataba de una regla procedimental que estaba fuera de lugar en un código

¹²⁷ Carrancá y Trujillo Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho Penal Mexicano, parte general*, 17^a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 448-452.

sustantivo. No obstante, la sola enunciación de la regla general imponía la necesidad de que los jueces en las resoluciones jurisdiccionales examinaran en primer lugar, si la acción delictuosa dejaba subsistente la presunción de dolo o si, por el contrario, dicha presunción quedaba destruida por prueba suficiente, pudiendo entonces tratarse de un delito culposo.

De la misma manera, la citada presunción no se destruía aún cuando se probara que el acusado creyera que era legítimo el fin que se propuso. Decían los autores en comentario que en estos casos se trataba de un error en la apreciación de la norma llevado a extremos de aberración de la estimativa jurídica y moral, pudiendo inclusive acreditar una anormalidad mental y, por ende, un estado francamente peligroso.

Que no se destruía tampoco aquella presunción aunque se probara que el acusado obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de cuando la acción penal se extinga por el perdón o consentimiento del ofendido, por tratarse de los llamados delitos de querrela necesaria. Se advertía que sentaba una regla general de presunción de dolo aunque hubiera consentimiento del ofendido, y la excepción con motivo de tratarse de delito perseguible a petición del ofendido o de su legítimo representante.

En materia de error, indican los autores que si bien, para que exista dolo se requiere el conocimiento de los elementos componentes del resultado, si éste conocimiento faltare, el dolo estaría ausente. Lo que tendría como consecuencia una causa de inculpabilidad. Que en estos casos de error se debe entender el falso o equivocado conocimiento acerca de algo, su consecuencia en relación con el elemento intelectual del dolo es la falta de previsión del resultado, por lo que el error viene a ser como lo inverso al dolo.

En ese orden de ideas, cuando el error resultaba ser decisivo y esencial, no se configuraba el dolo. Resultaba esencial cuando recaía sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría tipicidad y cuando lo hacía sobre alguno de los elementos integrantes del núcleo de una excluyente de responsabilidad, como en los casos de legítima defensa putativa, así acontece

cuando se daba muerte al ebrio que se introduce en la habitación de quien al creerse agredido, se defiende.

También recibía tratamiento de error esencial cuando recaía sobre una circunstancia calificativa que constituye elemento integrante del tipo delictivo, con el ejemplo clásico del que priva de la vida al sujeto de quien ignora que es su padre, no configurándose el entonces denominado parricidio.

Por último, también era inculpable, cuando derivaba de culpa, de modo que aun poniendo la debida diligencia, no hubiera podido evitarse.

Se establecía esta distinción, si el error versaba sobre el resultado, era *error facti*, y si versaba sobre su representación o significación según la norma era *error juris*. Pero lo anterior no era aceptado sin reservas, pues se sostenía que todo error es, a su vez, error de derecho y viceversa, porque aquel condiciona y determina la posición jurídica del autor respecto de su acto.

En relación con el llamado *error facti*, sólo excluía al dolo cuando recaía sobre circunstancias determinantes del resultado o sobre la acción por ausencia de voluntad lo que se traducía en el apotegma *ignorantia vel error facti excusat*, por ejemplo: Cuando un cazador nocturno en un bosque solitario, dispara su escopeta sobre un bulto movedizo, que resulta ser un vagabundo de quien no se tenía noticia; pero si se advertía negligencia, procedía la imputación por el delito culposo.

En este tenor, en el *error facti* se permitían dos diferentes casos: el llamado *error in objeto vel in persona*, que acontece cuando el sujeto produce un resultado equivalente al que quiso, pero equivocado en el objeto o en la persona: Juan queriendo dar muerte a Pedro, dispara su arma y mata a Rogelio. Otro supuesto: Samuel ordena a Jacinto que dé muerte a Pánfilo, pero Jacinto, por error, da muerte a Enrique; Samuel es instigador, Jacinto autor material, ambos son responsables por homicidio doloso; y los casos de *aberratio ictus* o extravío del acto, que surge cuando el acto dirigido sobre determinado objeto no acierta en éste sino en otro diferente, ejemplo: Arturo lanza un golpe con su puñal sobre Alberto con dolo de lesionarlo en un brazo, pero lo lesiona en el tórax, privándolo de la vida.

Con relación al ejemplo de Samuel, toda vez que la ley describe abstractamente y no en cuanto a persona concreta en los tipos legales, y el sujeto lo sabía, el error no destruye el dolo. Y en relación con el segundo sujeto, pueden coexistir la tentativa con relación al resultado previsto y la consumación culposa por lo que hace al imprevisto; pero atendiendo a que la intención no es más que una y a que, por tanto, no pueden derivar de ella dos grados diversos de culpabilidad, se mantiene comúnmente la opinión de que el único grado imputable es el dolo respecto al resultado producido.

Así que se confirma que en nuestro derecho se mantenía la presunción de dolo, salvo prueba en contrario, para los casos de *error facti* examinados. Que no se destruía dicha presunción aunque se probara que el acusado no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño. Para los casos de error en el objeto o en la persona y de extravío del acto, permanecía acreditado el dolo *in abstracto*, pues la previsión del resultado forzosamente tiene que presuponerse para que el dolo exista.

Expresamente se mantenía la presunción en el *error juris*, pues se presumía también el dolo aunque se probara que el inculpado creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, apoyado en la máxima *ignorantia legis non excusat*, ya que con fundamento en los principios sociales (Carrara) o en la necesidad política (Alimena), se presume *juris et de jure* el conocimiento de la ley penal.

Cuello Calón, autor de la misma época de los antes estudiados, nos explica que:

Si acerca de la ignorancia y error de hecho la opinión científica, así como la jurisprudencia, han proclamado unánimemente que excluyen la intención criminal y por tanto el hecho delictuoso, en la materia relativa a la ignorancia y error de derecho, la lucha de opiniones ha sido enconada y en el momento presente parece declinar el predominio de la doctrina que tuvo papel predominante en la solución jurídica de este problema.

Durante largo tiempo los autores de derecho penal sentaron como verdad inconcusa el principio de que la ignorancia o el error de derecho no excluían la punibilidad del hecho, y consagraron con la fuerza de un axioma las viejas máximas: *error juris nocet, ignorantia legis non excusat*, principios que fueron completados por otro hoy no menos difundido: 'se presume que todo el mundo conoce las leyes'. Bien sabido es que esta presunción no corresponde a la realidad, por el contrario, la mayoría de los ciudadanos desconocen las leyes, así que sería más justo formularlo inversamente. Y si está en la conciencia de todos que la mayor parte de los individuos desconocen las leyes, ¿porqué se han formulado y aceptado tan unánimemente los mencionados principios? Por la razón-se ha dicho- de que si partiendo de lo que sucede en el mundo de la realidad se presumiera el desconocimiento de la ley penal y se autorizara, como medio de exculpación, la prueba de su ignorancia, surgirían graves dificultades para el rápido y eficaz ejercicio de la función represiva, pues todos los delincuentes invocarían el desconocimiento de la ley que violaron. 'Los principios sociales, dice Carrara, exigen que se presuma en el ciudadano el conocimiento de la ley penal'. 'En la ciencia, dice Alimena, se ha enseñado constantemente que el conocimiento de la ley constituye una presunción absoluta, casi un dogma impuesto por la necesidad política-pues ningún delito se penaría si fuese lícito al reo invocar en excusa propia la ignorancia de la ley penal, presunción y dogma justificados por la obligación que todos tienen de conocerla'. Otra razón que alegan además los autores es, que las leyes penales castigan actos intrínsecamente inmorales, actos cuya criminalidad comprenden todos, pues todos poseen el discernimiento para distinguir lo bueno de lo malo. Sin embargo, a pesar de estos argumentos el principio tan sólidamente arraigado de que todo el mundo conoce las leyes no es más que una ficción que no responde a la realidad de las cosas.

...

Contra esta opinión favorable a no considerar la ignorancia o error de derecho como causa de excusa, se ha reaccionado con gran vigor y actualmente va tomando considerable difusión el criterio favorable a no establecer distinción alguna entre el error de hecho y el de derecho, pues en ambos casos se trata de error que recae sobre las circunstancias objetivas del hecho o sobre su

significación antijurídica. Por tanto, conforme a esta idea, que reputo certera, debería admitirse la prueba del error o ignorancia del derecho, y si realmente hubo error o ignorancia y no son imputables al agente deberán reputarse como causas de exclusión del dolo, y cuando concurrieren a causa de su descuido o negligencia podrá exigirse al agente responsabilidad a base de culpa o atenuar la pena prescrita.

Sin embargo, quizá la solución más justa consistiría en dejar al tribunal la admisión de la prueba de la ignorancia o del error. Establecer para todo caso la admisibilidad de prueba sería perjudicial por retrasar el rápido funcionamiento de la justicia penal, pues los delincuentes no vacilarían en intentar demostrar su desconocimiento de la ley que violaron, por otra parte, tal concesión sería superflua tratándose de aquellos hechos cuya ilicitud conocen por el testimonio de su conciencia todos los individuos normales.¹²⁸

Se considera que se puede sintetizar el punto en estudio con el atinado comentario que hace Lucio Herrera sobre el pensamiento de Ricardo C. Núñez¹²⁹. Aclara que una concepción científica y políticamente justa no puede fundar la responsabilidad penal en la ficción legal de que nadie puede, en ninguna circunstancia, ignorar justificadamente que un hecho es punible. Que dicha concepción casi siempre significa el sacrificio de la inocencia a la necesidad de una omnipotencia puramente objetiva del Derecho, en el que se desconoce la base esencialmente subjetiva justificadora de la sanción penal. Cuando el autor considera de buena fe en la legalidad o justificación de su acto, esta concepción no asienta el dolo en la intención delictiva, sino en un deber de conocer la ilegalidad que no se apoya en un poder concreto de conocimiento, tal como sucede cuando la ignorancia o el error son invencibles.

En un sentido justificador del error de derecho, el profesor italiano Carnelluti, aporta lo siguiente:

¹²⁸ Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 118, pp. 387-390.

¹²⁹ Herrera, Lucio Eduardo, *op. cit.*, nota 99, p. 57-58.

Sabido es que lo que puede llamarse y fue llamado el progresivo desenvolvimiento del requisito de la voluntad en el delito ha llevado a los juristas y legisladores a mitigar semejante principio. Mitigación cuya línea es la siguiente. Toda norma jurídica, y especialmente la penal, se compone del precepto y la sanción, y el precepto, como todos sabemos, consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido. Esta descripción está concebida mediante la indicación de sus caracteres o señas particulares, los que a veces son caracteres sociológicos o comunes, y otras, caracteres jurídicos. Cuando ocurre esto último, la norma penal se remite, para la descripción del hecho, esto es, para la integración del precepto, a una norma diversa: así hace, por ejemplo, el artículo 251 del Código penal cuando habla de 'contrato de suministro de cosas o de obras', de 'Estado', de 'entidad pública'; de "empresa que realice servicios de necesidad pública"; lo mismo hacen los artículos 559 y 560, al hablar de 'mujer' o de 'marido', y así sucesivamente. Por tanto, es usual distinguir entre la norma penal y aquella otra a la cual la primera remite, explícita o implícitamente, para la integración de las especies de hecho, con el fin de exceptuar la segunda del ámbito del principio *ignorantia legis non excusat*, atribuyendo así eficacia impeditiva al error de derecho cuando recae sobre ésta. Se sale de tal dirección el último párrafo del artículo 47, al disponer que 'el error sobre una ley diversa de la penal excluye la punibilidad, cuando haya causado un error sobre el hecho que constituye delito'.

Desde el punto de vista político notamos que este reconocimiento parcial de la eficacia impeditiva del error de derecho carece de toda base lógica seria; basta reflexionar que la norma diversa de la ley penal a que se refiere el artículo 47, último párrafo, forma parte de la ley penal misma, para tener la comprobación de esto; se manifiesta, por el contrario, así una tendencia práctica a mitigar el excesivo rigor de la irrelevancia de la *ignorantia legis*.

En cuanto al lado técnico de la cuestión, querríamos permitirnos dos observaciones sobre la fórmula del último párrafo del artículo 47.

En él se considera, según una expresión corriente en la literatura penal, el error de derecho como causa de un error sobre el hecho. Expresión literalmente absurda, que en todo caso resulta sólo aproximada. Si se quiere decir con ella que, a causa

del error de derecho, el agente yerra sobre la coincidencia entre el hecho y la especie del hecho, esto es, sobre la calidad o eficacia jurídica del hecho; si Ticio, según el clásico ejemplo, cree que la mujer con la cual yace no está casada, por equivocarse sobre la norma jurídica de que depende la validez del matrimonio de aquélla, no yerra sobre el hecho en su consistencia material, sino sobre su modo de ser jurídico.¹³⁰

El penalista Carlos Creus¹³¹ concluye que los errores de derecho puros, que no excusan, se refieren a la existencia de la misma prohibición penal, en la que el sujeto activo ignora que ese hecho está prohibido, así como a la existencia de la previsión legal que crean una causa de justificación o una causa de inculpabilidad.

1.6. Error de tipo

Pasemos ahora a formular una recapitulación del surgimiento del error de tipo, el cual varios penalistas identifican con el error de hecho. Veamos si ello es o no cierto, recordando que esta modalidad del yerro es ideada por el pensamiento alemán.

Consultando nuevamente al doctor Castellanos Tena, explica lo que en ese momento se empezó a concebir como error de tipo:

La doctrina alemana contemporánea divide el error en dos clases, *de tipo y de prohibición*, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

Para nosotros el llamado *error de tipo* versa también sobre la *antijuridicidad*. Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera *lícita*, acorde con el Derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Por ello definimos las eximentes putativas como las situaciones

¹³⁰ Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, nota 100, pp. 142-143.

¹³¹ Creus, Carlos, *op. cit.*, 1992, nota 59, p. 350.

en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica (para él, subjetivamente es lícita). Ejemplo: El agente copula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por engaño o seducción, pero cree, fundadamente, que la mujer es mayor de dicha edad, en vista de acta de nacimiento falsa o equivocada; tal individuo (y cualquier otro en el mismo caso) estima lícito o permitido su proceder, pero en realidad se halla prohibido por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuridicidad de la conducta, aun cuando se le quiere denominar *error de tipo*.¹³²

Por su parte, el profesor Francisco Pavón Vazconcelos¹³³ explica que si por error se entiende el falso conocimiento que una persona tiene respecto de una cosa o de un hecho determinado, o bien la ausencia de conocimiento de ellos, por error de tipo debe entenderse el desconocimiento o falsa concepción que el agente tiene respecto de los elementos del tipo, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos (descriptivos, normativos o subjetivos).

Que este error de tipo excluye la tipicidad porque recae sobre alguna o algunas de las circunstancias objetivas de carácter legal. Comenta que para Cousiño Mac Iver, el error de tipo se advierte tanto en delitos dolosos como en los culposos, pues el error puede cometerse respecto de una circunstancia objetiva del tipo en la segunda clase de delitos. En los delitos culposos siempre se encuentra la imprudencia o la negligencia siendo obvio, en su oposición, que el error acerca de tal elemento excluye la tipicidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el automovilista circula con excesiva velocidad creyendo que lo hace dentro de los límites permitidos, porque el velocímetro marca una velocidad mucho menor por estar descompuesto, o cuando por fallas en los instrumentos de vuelo, el piloto aviador realiza un malogrado aterrizaje. Así también lo acepta Zaffaroni, quien afirma que en el error de tipo el sujeto carece del conocimiento sobre los

¹³² Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 83, p. 256.

¹³³ Pavón Vazconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, voz: Error de Tipo, 2ª. ed., *op. cit.*, pp. 439-440.

elementos del tipo objetivo y que tal error elimina el dolo, pero que de ser vencible puede dar lugar a una tipicidad culposa.

Por lo que respecta a la diferenciación entre el error de tipo y el error de prohibición, en los tipos dolosos la incongruencia genera un supuesto de atipicidad que se denomina 'error de tipo'. Cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, la conducta no es dolosa, no habiendo dolo, será atípica. Que el error de tipo es diferente del error de prohibición, que interesa a la culpabilidad, con otros efectos. En tanto que el error de tipo recae sobre el aspecto objetivo del tipo, el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad. Como la antijuridicidad no pertenece al tipo, el conocimiento de la objetividad de éste no la abarca.

Los autores españoles Cobo del Rosal y Vives Antón, con su particular visión explican sobre el tema:

En el error acerca del tipo, el autor cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo legal, pese a que, efectivamente, concurren.

El error sobre el tipo comprende tanto el error acerca de la correspondencia de la situación de hecho dada con los caracteres del tipo de injusto descritos en la figura legal (error en el motivo), cuanto más impropriamente el error en la ejecución, al que ya hemos hecho referencia.

Según se expresa Jescheck para la doctrina alemana, concurre error sobre el tipo, de acuerdo con el parágrafo 16 del Código penal alemán, 'cuando en la comisión del hecho se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal'. Con el término 'circunstancia' se alude, en primer lugar, a todos los elementos objetivos del tipo legal. De forma análoga, el precepto ha de aplicarse a todas las restantes circunstancias a que debe referirse el delito.

El referido error, pues, puede versar acerca de cualquiera de las circunstancias requeridas por el tipo, y su tratamiento, como reitera Jescheck, 'descansa en un sencillo principio fundamental', a saber: 'puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese

conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo'. Ahora bien: si el error citado fuese vencible, subsistiría la culpa, y por tanto, la exigencia de una responsabilidad criminal a título de culpa.

En consecuencia, sólo puede reprocharse como doloso lo que ha sido directa o eventualmente querido: más allá del querer no hay sino inculpabilidad o imprudencia (culpa).

Esta regla general, sin perjuicio de las excepciones que pueden derivarse de lo dispuesto en el artículo 9, número 4º para los casos de preterintencionalidad, es la que rige en nuestro Derecho para la solución de las diversas hipótesis que pudieran presentarse.¹³⁴

1.7. Error de prohibición

Ahora bien, veamos la evolución que ha tenido el error de prohibición, que puede resultar de entendimiento más complejo, toda vez que abarca varios supuestos en los que el autor del delito no sabe que su conducta está tipificada o cree que su acción típica está justificada.

Para Lucio Eduardo Herrera¹³⁵ el punto de partida para el tratamiento del error de prohibición es el mismo que el del error de tipo, en el sentido de que el conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo sino que es, precisamente, el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente. El dolo es el elemento subjetivo del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad permanece en la culpabilidad. Así lo impulsó el creador del finalismo Hans Welzel, cuando afirma que el error de prohibición deja intacto el dolo del hecho, refiriéndose a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad según la opinión del agente. Esto es, primero, el autor de la conducta no conoce la norma jurídica o, segundo, la desconoce porque la interpreta erróneamente, o, tercero, acepta erróneamente un fundamento de justificación.

¹³⁴ Cobo del Rosal, M, *op. cit.*, nota 112, pp. 509-510.

¹³⁵ Herrera, Lucio Eduardo, *op. cit.*, p. 98-100.

En ese orden de ideas, cada uno de esos errores excluye la culpabilidad por eliminarse la conciencia de la antijuridicidad, siempre que sea inevitable, pudiendo atenuarla en el caso de que sea evitable. De tal manera que el error de prohibición versa sobre la antijuridicidad y afecta la culpabilidad, aunque esté nombrada en el tipo; el que recae sobre las características especiales del deber jurídico que es adecuada a derecho o no autorizado. Además, el que versa sobre leyes penales en blanco, pero restringido al desconocimiento de la norma prohibitiva. Finalmente, también será error de prohibición para Welzel, la aceptación equivocada de un fundamento de justificación, ya sea que el autor se equivoque sobre: 1, los presupuestos reales; 2, sobre los límites jurídicos, o 3, que suponga erróneamente una causa de justificación no reconocida por el derecho.

Opinión que comparte el aventajado discípulo de Welzel, Reinhart Maurach, a cuya sistematización se afilia en los siguientes términos.

Que el error de prohibición, cuando es inevitable, suprime la culpabilidad, no obstante el hecho sigue siendo doloso. El evitable error de prohibición atenúa la pena por culpabilidad disminuida, ya que no existe el actual conocimiento del injusto, pero tal ausencia efectiva de conocimiento perjudica al autor, pues basta con el potencial conocimiento.

Vale la pena detenernos en este concepto de potencial conocimiento del injusto. Indica que cuando descansa en un grado especialmente elevado de indiferencia y actitud antisocial, puede ser equiparado al actual conocimiento. Descartadas las falsas representaciones irrelevantes para el derecho, presenta Maurach tres supuestos que constituyen propiamente error de prohibición situados en la teoría de la culpabilidad como reverso del actual o potencial conocimiento del injusto: 1. Desconocimiento de una norma general prohibitiva; 2. el autor conoce la norma prohibitiva pero cree erróneamente que se justifica porque existe una causa que legitima su acción; 3. el autor conoce la norma prohibitiva, pero cree erróneamente que tal norma no le es exigible, como error sobre una causa de inculpatibilidad. A los tres supuestos se les asigna los mismos efectos, sin perjuicio de que el error descansa sobre un falso enjuiciamiento de los hechos o en una desacertada valoración jurídica. Ambas hipótesis se equiparan. En la primera

clasificación, entendida como desconocimiento de la norma general prohibitiva, se presenta una cuestión interesante, como la interpreta Maurach, quien distingue entre *norma, tipo y conminación penal*. El desconocimiento del mandato normativo, es propiamente el error de prohibición. La parte referente al tipo se regula por los supuestos propios del error de tipo, y el error sobre la *conminación penal es irrelevante* cuando afecta simplemente a las consecuencias del delito, esto es, a la punibilidad, pues ésta no necesita ser abarcada por el conocimiento del injusto.

Por su parte, en otra consulta de los españoles Cobo del Rosal y Vives Antón, nos introducen en el error de prohibición directo y en el indirecto, además de las teorías del dolo y de la culpabilidad, al referir que:

En el error sobre la prohibición o, más correctamente, sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a Derecho, cuando en realidad no es así.

El error acerca de la significación antijurídica de la conducta, puede ser directo, cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho, o indirecto cuando, conociéndola, cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (de modo que un error inverso – una suposición errónea – provoca otro directo – el desconocimiento de la significación antijurídica -).

El error acerca de la significación antijurídica (o sobre la prohibición) indirecto, puede versar o bien acerca de la virtualidad justificante de una determinada situación de hecho (esto es, acerca de la existencia jurídica de una determinada causa de justificación), o bien acerca de los límites en que el Derecho otorga eficacia a una determinada situación justificante, o bien, finalmente, acerca de la concurrencia, en el caso concreto, de los hechos que determinan la justificación.

El tratamiento del error sobre la prohibición ha sido y es objeto de una muy viva polémica doctrinal, a cuyos avatares se han debido las diversas soluciones

propuestas, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: las teorías del dolo y las teorías de la culpabilidad.

La línea diferencial entre unas y otras reside en la distinta posición sistemática que otorgan a la conciencia de la antijuridicidad, de la que el error sobre la prohibición no es sino la faz negativa. Quienes entienden que la conciencia de la antijuridicidad no es más que un elemento del dolo, vendrán obligados a afirmar que el error sobre la prohibición incide sobre el dolo; quienes, por el contrario, entienden que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad distinto del dolo, podrán admitir que dicho error afecte a la culpabilidad, pero negarán que despliegue ningún efecto sobre un dolo natural, entendido como pura voluntad del hecho.¹³⁶

Para concluir, se revisan los conceptos de Sáinz Cantero¹³⁷, quien afirma que estaremos ante un error de prohibición cuando el sujeto sabe lo que está haciendo, que su conducta es típica, pero considera erróneamente que no está prohibida por el Derecho, ya sea (1) porque no existe norma que la prohíba, o bien (2) porque, sabiendo que existe la norma prohibitiva, cree que las circunstancias en que actúa fundamentan la existencia de una causa de justificación que permite realizar la conducta en ese concreto supuesto al tener una errónea creencia sobre los límites de la causa de justificación que realmente existe.

Pone como ejemplos el de la mujer que se causa un aborto por creer que en España no está prohibido, ya que acaba de llegar de un país extranjero donde no es punible, por lo que incurre en un error de prohibición. El sujeto que priva de la vida a otro porque cree erróneamente que está a punto de agredirle y propiciarle la muerte, aunque sabe perfectamente que matar a otro es una conducta ilícita, incurre también en error de prohibición. En ambos casos, los autores creyeron que eran actos no prohibidos por el Derecho.

¹³⁶ Cobo del Rosal, M, *op. cit.*, pp. 510-511.

¹³⁷ Sáinz Cantero, José A., *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 702-703.

Que en este concepto de error de prohibición se recogen las dos clases que la doctrina distingue: error de prohibición directo, que versa sobre la existencia o vigencia de la norma prohibitiva; y error de prohibición indirecto, que recae sobre los presupuestos fácticos que fundamentan una causa de justificación; o sobre la existencia legal de ésta; o también sobre los límites de la causa que legalmente existe.

Después, el autor informa sobre el estado de la doctrina a principios de los años noventa, en el que el tratamiento para el error de prohibición es diferente según la posición que se adopta de acuerdo al contenido del dolo y el lugar que al mismo se confiere en la correspondiente teoría del delito. Se distinguen el que propician las teorías del dolo y el que proponen las teorías de la culpabilidad.

Para las teorías del dolo, el error de prohibición cuando es invencible lo excluye por falta del exigido conocimiento de la significación antijurídica de la conducta.

Para las teorías de la culpabilidad, cuando el error de prohibición es invencible excluye la responsabilidad criminal, porque faltando el conocimiento de antijuridicidad falta ese elemento del juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Cuando es vencible, se mantiene la responsabilidad a título de dolo, pero el sujeto se hace acreedor de una atenuación de la punición pues su conducta es menos reprochable que si el error no hubiera intervenido.

1.8. Error de subsunción

El así llamado error de subsunción surge con el finalismo, de la mano de nuestro gran maestro alemán Welzel, quien nos explica al respecto con singular exactitud, aunque referido sólo a los elementos normativos del tipo de carácter o naturaleza jurídica:

El error de subsunción es el error sobre la ley penal concurriendo dolo de tipo, esto es, con pleno conocimiento del contenido objetivo de todas las circunstancias del hecho de la ley penal. Existe, por ejemplo, si el autor molesta a un caballo quisquilloso o vierte goma en un reloj, pero cree que no se hace acreedor a pena

de acuerdo al & 303, porque el concepto de 'cosa' en el & 303 no se refiere a seres vivos o el concepto de 'daño' requiere un menoscabo en la sustancia. Ya que él. Sin embargo, comprende correctamente el contenido objetivo de las circunstancias del hecho descritas en el & 303 –sabe que un caballo es un objeto corporal y que el reloj queda inservible con la goma-, tiene el dolo suficiente en relación al & 303 (igual que el carpintero que ha recibido el encargo de hacer una escalera conoce el objeto que debe fabricar, aún cuando no puede definir correctamente el concepto de escalera). Para el dolo de tipo es siempre suficiente el conocimiento del contenido objetivo de las circunstancias del hecho. El error sobre la extensión de los conceptos legales (de las definiciones legales) no afecta al dolo. Se trata de un 'error de subsunción'.

El error de subsunción (o error sobre la ley penal) puede tener en el Derecho Penal una doble significación:

a) En la medida en que concierne solamente a la punibilidad de una conducta, cuya antijuridicidad el autor conoce o podía conocer, es totalmente irrelevante. Este es el caso de los dos ejemplos de daños citados anteriormente, ya que el autor no podía dudar por lo menos de la ilicitud de su agresión.

b) En cuanto el error, por el contrario, no se refiere a la punibilidad, sino a la prohibición misma y con ello le oculta al autor la antijuridicidad de su conducta, se trata de un error de prohibición. Esto es posible especialmente en aquellas normas prohibitivas que contienen características típicas normativas complicadas.

Así el abogado, según el & 356, no puede servir a las partes contrarias en el 'mismo asunto'. Para la 'identidad' del asunto jurídico hay que tomar en consideración no sólo la pretensión concreta, sino la totalidad de la relación jurídica material. Si el abogado conoce la unidad de las relaciones jurídicas materiales, tiene el dolo suficiente requerido por el & 356. Ahora bien, si cree que el concepto 'el mismo asunto' en el & 356 solamente se refiere a la pretensión concreta, él no incurre en error sólo sobre la punibilidad de su conducta, cuya antijuridicidad podía conocer ya de otro modo (por ejemplo, por el & 45 I 2 del Reglamento de abogados), sino que incurre en error también sobre la prohibición

de su hecho; esto es, incurre en error no sólo sobre la ley penal (& 356), sino incluso sobre la norma prohibitiva que sirve de fundamento a la ley. Del mismo modo se encuentra en un error de prohibición –inevitable- el dueño de un negocio de los llamados bola de nieve si actúa con conocimiento del carácter aleatorio de su negocio (luego, con el dolo del & 286), pero habiendo sido informado por el Ministerio del Interior competente de que su negocio no necesita autorización. Aquí tampoco se incurre en un menor error sobre la punibilidad, sino ya sobre la prohibición de su hecho. (Sobre error en cuanto al concepto de ‘negocio de crédito’ y sobre ‘vino’ en el sentido de la ley de vinos.)

La línea divisoria entre error de tipo y de subsunción no corre entre el desconocimiento de un ‘hecho’ y las erróneas consecuencias que se han deducido de él, como lo ha planteado equivocadamente el Reichsgericht, sino entre el error sobre una circunstancia del hecho y el error sobre un concepto jurídico. El Reichsgericht había reducido excesivamente (en especial en las características normativas del tipo) el ámbito del dolo de tipo y extendido en forma muy amplia el ámbito del error de subsunción y, además, declarado que el error de subsunción es en general irrelevante. Para el dolo de las circunstancias normativas del hecho no es suficiente el conocimiento de la base fáctica, sino que es necesario el conocimiento paralelo al juicio legal sobre el contenido material de estas circunstancias del hecho por parte del autor. Si el autor no está consciente del significado material de las circunstancias del hecho en la vida social, le falta el dolo de tipo. El error de subsunción surge sólo más allá de este conocimiento.¹³⁸

Así que para entender el error de subsunción tenemos que acordar primero cuáles son los elementos normativos del tipo, pues sobre éstos recae dicho error.

Un moderno autor ¹³⁹ español refiere:

1. Que el descubrimiento de la existencia de elementos normativos en los tipos penales, distintos de los objetivos o descriptivos, trajo como consecuencia

¹³⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, nota 57, pp. 204-206.

¹³⁹ Díaz y García Conlledo, Miguel, *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 75-76.

problemas en el sistema del Derecho penal, especialmente en materia de la teoría del error.

2. Que no se ha tenido éxito en encontrar una definición consensuada de los elementos normativos del tipo, para diferenciarlos cabalmente de los elementos descriptivos.

3. Que la más atinada definición se dirige a caracterizar los elementos normativos del tipo por su referencia a normas, jurídicas o extrajurídicas.

4. No obstante lo anterior, ninguna definición es totalmente satisfactoria en vista de que casi no existen elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases; pero sobre todo porque conviene enfocar la cuestión desde el punto de vista del dolo y el error sobre los elementos típicos y, desde este punto de vista, la distinción entre elementos descriptivos respecto del dolo y el error sobre los mismos plantean similares problemas que otros unánimemente considerados normativos.

Con mayor claridad, Jiménez Martínez explica que: “Los elementos normativos son aquellos ingredientes especiales que se contienen en cada figura delictiva y que requieren de una especial valoración objetiva por parte del juzgador”¹⁴⁰

Enseguida, parafraseando a otros autores (Mir Puig, Bacigalupo y Reyes Echandía), complementa que: “Son elementos normativos ‘... aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social’ y que se encuentran ‘... contenidos en una descripción de la conducta prohibida que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que requieren para captarlos de un acto de valoración’ ... de parte del intérprete, sin la cual no es posible precisar su verdadera significación y alcance...”¹⁴¹

Más o menos en el mismo tenor, Mir Puig señala que:

¹⁴⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 2010, p. 697.

¹⁴¹ *ibidem*, p. 698.

Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social. Según esta definición, cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una valoración (o valorativos) y elementos referidos a un sentido.

Ejemplos: A) El término 'delito' del art. 22, 8º, I CP remite a la definición de delito de los arts. 10 y 13 CP, por lo que constituye un elemento normativo jurídico, e implica el desvalor del hecho, por lo que posee carácter valorativo; un elemento normativo jurídico referido a sentido es, en cambio, el término 'ejecutoriamente' del mismo art. 22, 8º, II CP.¹⁴²

B) El art. 185 CP se refiere a actos de 'exhibición obscena'. Este es un ejemplo de elemento normativo que remite a una valoración social. El concepto de 'secreto'

¹⁴² Artículo 10. Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

Artículo 13.

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

...

8. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l1t1.html#a20

empleado en los arts. 197 y ss. CP ofrece un ejemplo de elemento normativo referido al sentido social de un concepto.

Ciertamente toda palabra – también las que expresan elementos descriptivos – tiene un sentido fijado ‘normativamente’, en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia, sino referirse a aquellos términos que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles.¹⁴³

No omito precisar que volveremos sobre estos elementos normativos y el error de subsunción más adelante.

2. El error en el sistema causalista del delito

Como una manera de demostrar la necesidad de emprender este estudio, en el sistema en el que se aplica la teoría causalista de la acción se encontraban serias dificultades para identificar al error como una causa de exclusión de la responsabilidad penal. Ello porque al entender al delito como un evento de la naturaleza, se atendía exclusivamente al proceso causal que surgía con la conducta y culminaba con el resultado material prohibido por la norma jurídica. Prácticamente se podía sancionar al sujeto activo por la acusación del resultado, sin que tuviera gran relevancia si el mismo se representó o no la probabilidad de causar el resultado típico.

Veamos cómo uno de los autores más significativos de esta corriente ideológica de pensamiento penal se confunde con los términos y alcances del error en el actuar del sujeto activo.

Franz Von Liszt explica en su tratado lo siguiente:

Como el dolo es el conocimiento de todos los elementos esenciales del hecho, queda excluido por EL ERROR DE SUBSUNCIÓN; es decir, por la no admisión

¹⁴³ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, pp. 210-211.

errónea de un elemento esencial del hecho (o de una causa de agravación de la pena). No hay robo doloso, cuando el autor no conocía la cualidad de ser ajena la cosa; no hay parricidio, cuando no conocía la cualidad de ser víctima su ascendiente. Por el contrario, no puede tomarse en consideración el error relativo a los elementos mencionados más atrás, en el apartado III, del 3 del & 39.

Por el contrario, la suposición errónea de un elemento esencial del hecho o de una causa de agravación de la pena, que no existen, da motivo a la tentativa imposible.

No tienen ninguna importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley. Y es completamente errónea distinguir, además, dentro del error de derecho, el error referente a las reglas del Derecho penal, del error relativo a otras reglas jurídicas, y colocar este último –es decir, el error de derecho extrapenal,- en el mismo plano del error de hecho. Sin embargo, es una opinión muy extendida la de que el error de hecho y el error de Derecho extrapenal excluye el dolo, mientras que el error jurídico penal queda sin influencia. Esta distinción fracasa ya, puesto que no hay conceptos puramente jurídico-penales, el Derecho penal como Derecho protector toma, más bien, sus conceptos de las restantes ramas jurídicas.¹⁴⁴

Al respecto, menciona Carnelutti¹⁴⁵ que la noción de error debe analizarse en relación con su relevancia jurídica. Distingue entre error e inhabilidad. Apunta dos hipótesis: la de quien mata a un hombre creyendo tirar sobre un muñeco; y la del que, por el contrario, lo mata por errar el golpe dirigido contra el muñeco, manifestando que la ley de tratamiento diverso o mejor dicho inverso a dichos supuestos. Según el artículo 47 del Código Penal que analiza, menciona que excluye la responsabilidad penal en el primer caso; y que para el segundo caso, el

¹⁴⁴ Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, traducido de la 20ª. ed., alemana por Quintiliano Saldaña, 2ª. ed., España, Editorial Reus, 1927, pp. 405-406.

¹⁴⁵ Carnelutti, Francesco, *op. cit.*, nota 100, pp. 140-142.

artículo 83 establece la responsabilidad por homicidio culposo. Que para los fines del Derecho penal, basta que la noción del error sea restringida al verdadero y propio *defecto del juicio*, mientras que debe ser excluido tal defecto para su traducción en actos, distinguiéndose así el *error de la inhabilidad*.

Que no se trata de que sea irrelevante la falta de habilidad del agente, sino por el contrario, quiere decir solamente que ambas hipótesis de delito *viciado por error* y delito *viciado por inhabilidad* deben convertirse en una sola. Opina que sólo al segundo caso debe darse el nombre de *delito aberrante*, que la doctrina, por el contrario, usa no raramente con excesiva largueza.

Por el contrario, resulta indiferente, desde el punto de vista jurídico, la distinción entre error e ignorancia. La divergencia entre la representación y la realidad obra, en Derecho, lo mismo si tiene carácter cuantitativo que si lo tiene cualitativo; si se mata a un hombre por disparar en dirección a él, sin saber que estaba allí, es indiferente no haberlo visto o haberlo visto como un muñeco.

También es indiferente el origen del error, en cuanto se trate de falsa percepción de la realidad o de su falsa valoración. Esto quiere decir que también el error de valoración es eficaz a los fines del Derecho penal. Transcribe el artículo 47 del Código penal, el cual dispone que 'el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente'; lo mismo es error sobre el hecho la falsa percepción, que nos hace ver el objeto tan distinto que no permite hacer uso de la regla de experiencia necesaria para definirlo, que la falsa valoración fundada sobre el defecto de conocimiento de aquella regla.

Por otra parte, la hipótesis de la falsa valoración en el juicio, que precede a la acción, comprende también el falso conocimiento de las reglas del Derecho. Advierte que la previsión del agente puede, si no debe, comprender también el juicio de licitud más allá del evento; pero que quisiera saber si también el error en dicho juicio obra sobre los efectos penales de la acción. Que la duda estriba en lo siguiente: cuando el error se refiere al juicio de actuabilidad, la anomalía tiene lugar en el mecanismo de impulso, y cuando, por el contrario, concierne al juicio de licitud, paraliza el mecanismo de contraimpulso; en el primer caso actúa una *vis atractiva* que no actuaría si el agente se representara exactamente la realidad; en

el segundo no actúa, por el contrario, una *vis repellens*, que actuaría si la ley fuese conocida por el sujeto.

Desde un punto de vista psicológico, resulta lógico pensar que, tanto el uno como el otro error, merecieran igual tratamiento. Pero exigencias prácticas pueden inducir a modificar tal igualdad; tales son las exigencias prácticas que desembocan en el principio según el cual *ignorantia legis non excusat*. Si este principio fuese respetado en su integridad, se deduciría de ello la plena irrelevancia del error de derecho respecto a las consecuencias penales del acto. Como se advierte, para este autor no cabe mayor diferencia entre error de hecho y error de derecho.

Con claridad, el profesor español Cuello Calón, refiere:

Siendo elemento integrante del dolo la representación o conocimiento del hecho, su ignorancia o su conocimiento equivocado (error), lo excluyen y como consecuencia excluyen el delito. Por consiguiente excluyen el dolo y la delincuencia del hecho:

‘a) El desconocimiento o error acerca de las circunstancias objetivas integrantes del delito (el cazador que en el bosque dispara contra un hombre tomándolo por un animal salvaje no comete homicidio, el que se apodera de la cosa ajena creyéndola propia no comete hurto). Pero la ignorancia o el error han de recaer sobre circunstancia esencial, pues si recae sobre circunstancia accidental (v. gr., si el disparo no se dirige contra Pedro sino contra Juan, si se hurta la cosa de José creyéndola de Manuel) no producen efecto alguno sobre la culpabilidad del agente.

También el desconocimiento o error sobre las circunstancias agravantes de la pena excluye la agravación de ésta (el que roba en una casa desconociendo que está destinada a habitación no deberá incurrir en la penalidad agravada del artículo 506, sino en la más leve del art. 504).¹⁴⁶

3. El error en el sistema causalista normativista del delito

¹⁴⁶ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 118, p. 383.

Planteado como evolución del causalismo naturalista, es ahora menester revisar cómo se entiende el error en el causalismo normativista de la mano de claros exponentes del tema, como el jurista argentino Ricardo C. Núñez¹⁴⁷, quien en su estudio introductorio a la obra de Goldschmidt, expresa que éste último coloca como presupuestos de la culpabilidad a la imputabilidad, dolo, culpa y la motivación normal, descargándola con ello de elementos fácticos. De ello derivó que en su teoría se considerara a la culpabilidad como un juicio de reproche integrado por (1) el concepto de exigibilidad. Esta exigibilidad era el deber de motivarse por la representación del deber indicado o contenido en la norma de derecho y (2) de la situación de que el autor no se motiva por la representación del deber jurídico a pesar de la existencia de la citada exigibilidad. De tal manera que los elementos de hecho de la culpabilidad son sólo presupuestos, ya que en éstos se sitúa el poder actuar de conformidad al deber jurídico que presupone la exigibilidad.

Pero en definitiva, admitida la 'no exigibilidad' como causa de exclusión de la culpabilidad, sin que importe cómo y dónde, se dio entrada al elemento que representa el aporte radicalmente innovador del normativismo, metódica y sustancialmente. Es común conocimiento que esta teoría normativa de la culpabilidad se originó en Alemania por la necesidad práctica de resolver justamente algunos casos concretos para los que se carecía de la adecuada regulación legal. Básicamente, la no exigibilidad de otra conducta (conforme a derecho) consiste en autorizar al sujeto activo a que realice el hecho que va en contra de la valoración de la norma objetiva de derecho, toda vez que en ésta no se encuentra una justa solución al conflicto. De lo anterior se puede derivar que existen dos normas, una, la norma de deber, y la otra, la norma de derecho, que pudieran ser valoradas de manera distinta.

Indica que la de Goldschmidt no es una doctrina ética como la del filósofo Kant, sino que la identificada como 'norma de deber' no tiene como finalidad

¹⁴⁷ Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, op. cit., nota 84, p. 78-82.

obtener la pureza interior de los sentimientos del sujeto, sino poder determinar su conducta exterior, que es la que lesiona los bienes jurídicos de los demás. Esto es, que la norma de deber no está al servicio de la ética, sino al servicio del derecho, porque el fundamento en el que se sustenta es la necesidad de salvar situaciones legales injustas mediante la oposición de la 'exigibilidad' a la 'legalidad'.

Por su parte, el autor estudiado, Goldschmidt, explica lo esencial para comprender la concepción normativa de la culpabilidad con lo siguiente:

Las normas de deber en el sentido más amplio, esto es, de acuerdo con las restricciones contenidas en ellas de antemano, o con las excepciones hechas de ellas, dan el límite extremo a las exigencias puestas a la motivación, o sea la *exigibilidad*. El no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber, o –por ser evitable aquí esta expresión ambigua- según la formulación de FRANK, *reprochabilidad*. *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable (censurable)*. Por consiguiente, la exigibilidad es un deber, lo que, sin embargo, presupone siempre un poder. Existe este poder en cuanto hay 'dominio sobre el hecho', en el sentido de HEGLER, o sea, imputabilidad, 'significado conocido o cognoscible' (esto es, dolo o culpa) y motivación normal. Por esto la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad. Análogas consideraciones valen para la reprochabilidad. Ella es un 'querer que no debe ser'. En sentido estricto, hasta el '*significado conocido o cognoscible*' de la conducta antijurídica es sólo presupuesto y no elemento de la motivación reprochable. *Pues ésta consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber*. Pero, así como el resultado es inseparable de la actuación de voluntad que lo causa antijurídicamente, la representación del resultado es inseparable de la voluntad motivada por ella de manera reprochable.¹⁴⁸

¹⁴⁸ *ibidem*, pp. 104-105.

En su obra sobre la teoría del delito, Medina Peñaloza¹⁴⁹ explica cómo se interpreta el error en este sistema causalista normativista, que tenía como signo principal, al igual que su antecedente naturalista, la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad, por lo que si el dolo era conocer y querer los elementos del tipo penal, ese conocimiento sobre los hechos era estudiado hasta la culpabilidad.

Así que la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, consiste en que cuando el sujeto activo realiza la conducta típica y antijurídica, no se encuentran presentes los elementos esenciales de aquella, como son: conocimiento y voluntad, por lo que las causas de inculpabilidad están condicionadas a la existencia de la capacidad de entender y de querer en el referido autor del hecho.

Indica que el causalismo establece como causas de inculpabilidad, tanto al error de hecho, como a la coacción sobre la voluntad. El primero elimina al elemento intelectual y la segunda al elemento volitivo. También nos comenta sobre la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, y a su elemento negativo, la inimputabilidad. Ésta se observa cuando el sujeto activo carece de aptitud psicológica, ya sea formalmente por minoría de edad o porque siendo mayor de edad, se padece algún trastorno que le impida comprender el alcance penal de su conducta.

En este orden de pensamiento, el error sustancial de hecho se presenta cuando el sujeto se comporta antijurídicamente, pero cree que actúa en forma apegada al Derecho; así mismo, la coacción sobre la voluntad constituye una causa de inculpabilidad por eliminar el elemento volitivo del dolo.

Cabe recordar que conforme a esta sistemática penal, el dolo y la culpa se ubican o estudian hasta la culpabilidad, razón por la que cualquier error, ya sea de hecho o de derecho afectan al juicio de reproche, razón por la que se conocía como teoría o criterio unitario del error.

En la etapa de transición entre el causalismo normativista y el finalismo, encontramos los aportes del penalista Alexander Graf Zu Dohna, quien al analizar el Código Penal vigente en ese momento en Alemania, nos explica la evolución o cambios que se dieron en la sistemática penal al tratar los temas del dolo en el

¹⁴⁹ Medina Peñaloza, Sergio J., *op. cit.*, nota 46, pp. 131.

tipo y establecer si la conciencia de la antijuridicidad del hecho típico también era o no era un elemento del tipo penal. Ello trae a colación las teorías que se denominan 'del dolo' y de 'la culpabilidad'. Parece excesivo hacer una transcripción tan extensa de un texto de dogmática jurídico penal, pero consideramos importante hacerlo, pues nos permite advertir con toda precisión cómo se gestan en la mente y razonamiento de los juristas, las novedosas teorías que trascenderán a los códigos y a la práctica jurídica, no sólo de sus lugares de origen, sino, como en el caso de la dogmática penal alemana, a diversas partes del mundo occidental.

En su obra, Graf Zu Dohna detalla cómo se han valorado los errores sobre el hecho y sobre la prohibición, que derivarán en error de tipo y error de prohibición:

El error sobre la prohibición del hecho cometido no ha encontrado un lugar en el Código Penal.

El hecho de que el §59 no trate el error sobre la prohibición, resulta de que el estar prohibido no puede ser una característica del tipo, ya que, precisamente, la concreción del tipo es el objeto de la prohibición. El criterio opuesto, según el cual la antijuridicidad del hecho constituye la característica esencial del tipo, ha sido defendido, de *lege lata*, sólo muy aisladamente y puede quedar hoy fuera de nuestra consideración. Pero, también de *lege ferenda*, reconocer en la antijuridicidad del hecho, justamente con el tipo propiamente dicho, el objeto de relación del dolo; es decir, asignar a la falta de conciencia de la antijuridicidad el efecto de excluir el dolo, no es una solución recomendable. Por una parte, no es que quien concreta un hecho culposo sepa lo que hace, pero no sepa que no debe hacerlo, resultando una solución errónea condenarlo por comisión culposa. Quien sabe que mata, pero cree que puede hacerlo, mata dolosamente y no solo por culpa. Por otra parte, el legislador amenaza con pena la comisión culposa de un grupo elegido de delitos y él hace esa elección con miras a la 'culpa de hecho', mientras que como se sabe, podría decirse que, prácticamente, no hay una acción punible que no pueda ser cometida sin conciencia de la antijuridicidad. Para tales casos falta la amenaza de pena; ella debe ser creada artificialmente, pero conduce

entonces a condenas totalmente imposibles y completamente incomprensibles para el lego. Así ocurriría, por ejemplo, con una condena por violación culposa de domicilio o por violación culposa. Esas amenazas de pena, creadas artificialmente, tienen validez, sin embargo, únicamente para las formas de manifestación de la 'culpa de derecho'; así que, con el mismo tratamiento para ambas formas de error, ni siquiera se logra la ventaja de que doctrina y práctica no tengan la necesidad de efectuar posteriormente esa distinción. Por último, es perfectamente posible que alguien, que suponiéndose facultado, lleva una agresión contra otro, no concrete el resultado querido. Como no existe tentativa de delito culposo, ni por lógica cabía haberla, cesa en tales casos la posibilidad de punición, a pesar de que le podría ser fijada. Lamentablemente, a pesar de todas estas fundadas objeciones, la Comisión Oficial ha decidido incluir en la definición de dolo la conciencia de un obrar injusto o de actuar contra la ley.

El Tribunal Supremo, defiende, de *lege lata*, el punto de vista opuesto, que considera totalmente irrelevante el error de prohibición, también de *lege ferenda*, si bien sólo en casos aislados, ese punto de vista ha encontrado su apoyo. En el derecho positivo, el argumento en contrario que surge del §59, sirve de apoyo a esa opinión; con el criterio de la política legislativa, el apoyo se encuentra en la rara idea de que la ficción que supone la ley conocida por todos, protege la autoridad del orden estatal, cuando, en verdad, nada hay más adecuado para socavar el respeto por la ley y para crear un clima de oposición que las sentencias injustas. Sin embargo, es excepcional que alguien realice un hecho punible sin tener de ello un mínimo de conciencia y con eso queda documentada una ausencia punible de sentimiento moral y social. Pero querer negar que hay casos en los cuales alguien puede creer fundadamente que su conducta está justificada, es cerrar los ojos a la realidad de los hechos. Es suficiente recordar el fallo del Tribunal Superior de Baviera del año 1925, que absuelve al acusado de realizar reuniones deportivas sin la correspondiente autorización policial, en virtud de que dos años antes había sido absuelto de puro derecho, por un hecho análogo, declarando el tribunal en esa oportunidad que tales reuniones no requerían permiso policial. He aquí los fundamentos de la decisión: 'si se quiere en casos como éste insistir en el principio de la irrelevancia del error de derecho penal, se llega a una rigidez intolerable. Esta reflexión justifica la absolución del acusado.

Las salas de lo criminal ya han roto varias veces con el principio de la irrelevancia del error de derecho penal, siempre que quede excluida hasta en lo más mínimo la culpa por parte de quien actúa bajo error'. Efectivamente: en tales casos, declarar irrelevante la buena fe del autor, es condenar a inocentes. Y, como nuestra ley, indiscutiblemente, tiene por fundamento el principio de culpabilidad, no se puede conceder validez al principio 'el desconocimiento de la ley no libera de pena', ni de *lege lata*, ni, menos aún, de *lege ferenda*.

Queda aún como tercer camino, el que han tomado, bajo los mejores auspicios, los proyectos a partir del año 1927: mantener la distinción entre error sobre circunstancias de hecho, que excluye el dolo, y error sobre él 'estar prohibido', que deja el dolo intacto; en ambos casos, distinguir, a su vez, si el error es o no culpable, y, en ambos casos, también, atribuir al error inculpable el efecto de excluir la pena. Si el error es evitable, diferenciar si se trata de un error que excluye el dolo o puede coexistir con él; el primero tiene el efecto de transformar el dolo en culpa, el segundo atenúa la pena, de acuerdo a una escala determinada. Esa solución parece ser la más adecuada.

El error sobre la antijuridicidad puede presentarse al través de tres modalidades: como desconocimiento, propiamente dicho, de la prohibición; como suposición errónea de la existencia de una justificante no reconocida por el orden jurídico, como creencia errónea de la existencia de una situación de hecho que, de haber existido realmente, excluiría la antijuridicidad. Mientras que el segundo supuesto ha sido equiparado, en general, al primero, en la tercera situación se ha reconocido, también en general, la exclusión del dolo. Equitativamente, está vedado de por sí, hacer responsable por homicidio doloso a aquél que mata a un hombre suponiendo por error que se encuentra en situación de defensa legítima, cuando el error fue inevitable. Para fundamentar la subsunción teóricamente defectuosa de esa variante en el 59, se inventó expresamente la teoría de las circunstancias de hecho negativas. Sin embargo, desde el momento en que se decidió dar la debida importancia al error de prohibición, dejó de ser necesario resolver especialmente los casos particulares. ¿Por qué no dejar regir aquí también, como realmente es, que el hecho consiste en la concreción dolosa de un tipo y excluir la pena o atenuarla, en razón de la buena fe del autor? Sin embargo,

el Proyecto de 1927 (1930) había hecho, literalmente, de la necesidad una virtud, previendo una reglamentación especial (&20, I). A ello puede haberse dado motivo la reflexión de que en el caso que consideramos, el autor, bajo el influjo de su error, quiere algo que la ley permite, en tanto que en los otros dos supuestos quiere algo que la ley prohíbe y que solamente él, a consecuencia de su error, supone permitido. Sin embargo, tales reflexiones en nada alteran la situación de duda, que antes hemos expuesto, con respecto a la equiparación de ambas clases de error, que se mantiene también aquí.

La verdadera dificultad comienza ahora, al intentar separar nítidamente entre sí los ámbitos de ambas especies de error. En esto ha causado verdaderos desastres la ilusión de ver aquí un error sobre situaciones reales y allá un error sobre relaciones jurídicas; vale decir, tratar de distinguir el 'error de hecho' del 'error de derecho'. Debiera estar por fin claro que el antagonismo decisivo se encuentra en la antítesis tipo antijuridicidad. Quien no sabe que la cosa que dispone está embargada, se encuentra en error sobre circunstancias de hecho; quien sabe de tal embargo, pero cree está facultado para disponer de la cosa se encuentra en error sobre él 'estar prohibido', que puede ser de significación. Quien no sabe que es funcionario o que es comerciante pleno actúa en desconocimiento de una circunstancia de hecho, si hace una atestación falsa u omite llevar los libros de comercio. En cambio, el sacerdote que en la clase de religión hace uso de un derecho disciplinario que no le incumbe, lo mismo que el director de circo que obra de modo análogo al entrenar a una equilibrista, actúan dolosamente, pero en desconocimiento de la prohibición vigente también para ellos. Si alguien, al celebrar un segundo matrimonio, cree erróneamente que el anterior ya no existe, procede sin dolo; si sabe que está casado, pero cree, a pesar de ello, que puede contraer un nuevo matrimonio porque su cónyuge ha hecho lo mismo, actúa dolosamente, pero tal vez de modo excusable. Tomando en cuenta estas reflexiones, sería el caso de revisar y en su caso rectificar las correspondientes decisiones del Tribunal Supremo.

Sin embargo, el legislador se ha valido, a veces, en la redacción de las leyes penales, de características de las que no se puede ya afirmarse con seguridad absoluta que correspondan a la tipicidad o a la antijuridicidad. Quien opone

resistencia a un funcionario ejecutivo, porque supone erróneamente que éste no actúa en ejercicio legal de sus funciones, desconoce una característica del tipo del &113; pero, precisamente por eso, cree que es agredido antijurídicamente y que puede oponer contra esa agresión defensa legítima. El comerciante declarado en quiebra que no ha llevado ningún libro, porque ignora la obligación de hacerlo, se ha equivocado sobre la extensión de sus deberes jurídicos, y con ello está en error sobre una circunstancia del hecho del &240, Z.3KO. El criterio seguido para este caso por el Tribunal Supremo, según el cual decide la situación del precepto jurídico que se ha desconocido poco ayuda para allanar las dificultades planteadas.¹⁵⁰

4. El error en el sistema finalista del delito

Toca ahora, en el repaso histórico que ha tenido el error como causa de exclusión de la responsabilidad penal, a las ideas del mejor exponente de la teoría de la acción final. Hans Welzel hizo una propuesta que tuvo como consecuencia la asunción definitiva de los conceptos de error de tipo y error de prohibición, sobre éste último señala que: “Si el autor supone erróneamente los presupuestos objetivos de una causal de justificación reconocida (legítima defensa, estado de necesidad o consentimientos putativos), el hecho permanece antijurídico, pero queda excluida la culpabilidad en razón del error sobre la antijuridicidad; sin embargo, si el error era evitable, deberá atenuarse la pena. La doctrina actual es de opinión contraria.”¹⁵¹

Y continúa el profesor alemán, haciendo una síntesis histórica conceptual de los temas:

La distinción entre error de tipo y error de prohibición provoca dificultades que están condicionadas históricamente, ya que siempre apareció confundida con los equívocos conceptos del Digesto: *error facti* y *error juris*. Error de tipo es el

¹⁵⁰ Graf Zu Dohna, Alexander, *op. cit.*, nota 42, pp. 62-67.

¹⁵¹ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, nota 57, p. 118.

desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo legal, sea de carácter fáctico (descriptivo) o normativo. Error de tipo es, pues, no sólo el error sobre 'hechos' como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el 'carácter lascivo', y la 'ajenidad de la cosa', el 'embargo', 'documento', 'funcionario'. A este respecto basta un conocimiento en el sentido de un juicio paralelo en la conciencia del autor.

Totalmente descartada queda la expresión 'error sobre la situación de hecho' y equívoca es también la de 'error de hecho'. La diferencia fundamental de ambas clases de error no se refiere a la oposición situación de hecho-concepto jurídico, sino a la distinción tipo-antijuridicidad. Quien sustrae a otro una cosa, que cree erróneamente propia, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena). Quien cree, sin embargo, tener un derecho de autoayuda para sustraer una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en un error sobre la antijuridicidad de su hacer. Quien no sabe que la cosa que ha retirado está pignorada, incurre en un error sobre el tipo (sobre una circunstancia del hecho); quien lo sabe, pero cree erróneamente tener un derecho a alzar la prenda, se encuentra en error de prohibición.

Error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son, pues, conceptos totalmente diferentes. Hay errores que son errores de tipo; por ejemplo, el error sobre las circunstancias normativas del hecho, como ajenidad de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación.

Igualmente equívoca que la expresión 'error sobre la situación de hecho' es la de 'error sobre las circunstancias'. También oculta que el objeto fundamental del dolo es la circunstancia del hecho del tipo legal y no algo fáctico en oposición de lo 'jurídico'.¹⁵²

¹⁵² *ibidem*, p. 197.

Uno de los primeros y mejores exponentes del finalismo en Latinoamérica, Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra de Teoría del Delito de 1973¹⁵³ razona cómo se advierte la delimitación entre los errores de tipo y de prohibición.

Denomina incongruencia a la falta de conocimiento o error del sujeto activo sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, generando un supuesto de atipicidad que nombra como error de tipo. Éste recae sobre el aspecto objetivo del tipo. Pero también existe el error de prohibición, que interesa a la culpabilidad, porque recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad, por lo que si ésta no pertenece al tipo, podrá eliminar la culpabilidad.

Como ejemplos de ambos errores, para el error de tipo, cita el ya clásico del cazador que dispara su arma de fuego contra un oso, que resulta ser otro cazador agazapado. Es un error de tipo, toda vez que realizaba una acción final de cazar a un oso, no una acción final de matar un hombre. El error de tipo elimina el dolo, no existió dolo de matar al otro cazador, dolo de homicidio.

Para ilustrar el error de prohibición, dice que si creyendo que un sujeto ataca a otro con propósito de privarlo de la vida, éste repele la agresión matando al primero. Estará en error de prohibición si creyó haber estado realizando una conducta permitida, porque en realidad la agresión no era tal, sino una broma de un amigo. Nada más que se debe puntualizar que la conducta final será de homicidio o de lesiones, plenamente dolosa, porque se conocen y quieren todos los elementos del tipo objetivo, sólo que no se posee el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, pero ese es un problema para el reproche, porque el conocimiento de la antijuridicidad no agrega nada al dolo como tal, del mismo modo en que la antijuridicidad no añade nada a la tipicidad. Así que una conducta será típicamente dolosa de homicidio, de robo, de lesiones, de falsedad en declaraciones, ya sea que se tenga conciencia de la antijuridicidad o se ignore. Es un problema a tratar en sede de culpabilidad y origina el error de prohibición.

Aclara que los efectos del error de tipo y del error de prohibición son diversos, porque en tanto que el primero elimina el dolo, el segundo, error de prohibición, sólo puede llegar a eliminar la culpabilidad (en caso de ser invencible).

¹⁵³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 64, pp. 285-287.

Ya se ha visto que el error de tipo siempre da lugar a la atipicidad dolosa, pero en ocasiones, cuando se contemple en el Código Penal la tipicidad culposa del mismo delito, podrá haber lugar a ésta. Ello nos introduce a la distinción entre error de tipo invencible y error de tipo vencible.

Comenta una clase de error que no advertimos en otros autores, el error de génesis dolosa. Se refiere al principio consistente en que si el error es esencial pero vencible, se excluye el dolo pero queda subsistente la imputación a título culposo. Pero no es todos los casos debe darse dicho tratamiento al error de tipo vencible. Explica el supuesto de error de génesis dolosa con el caso del guía alpinista A, quien odia a su cliente B por lo que decide omitir vigilarlo para ignorar que llegue a estar en peligro de muerte y así no tener que salvarlo. Llegado el momento, B efectivamente corre un gran peligro y muere, ignorándolo A. Es este supuesto no habría ignorancia penalmente relevante porque no se trata de ignorancia esencial o invencible, ya que el curso causal que llevó a la muerte de B sí se desarrolló en la forma prevista por A, ignorando éste sólo algunos detalles del mismo que resultan ser secundarios a sus fines de obtener la muerte de B, como por ejemplo: el momento de la muerte o la naturaleza del peligro corrido por B. Para que prevalezca el dolo, es indiferente que el sujeto activo que propició la muerte de su enemigo, se quede a ver cómo y en qué momento muere.

Por ello, puede haber error vencible de tipo cuando el autor, aplicando el cuidado debido, hubiera podido salir de dicho error en que se encontraba, evitando el resultado material típico. En estos casos, si existe previsto el tipo culposo será sancionado con la punibilidad atenuada.

Por otro lado y de mayor relevancia es cuando se trata de un error invencible, que surge cuando el sujeto activo, aún cuando hubiera aplicado los cuidados y precauciones del caso, no hubiera podido salir del error en el que se hallaba para no causar el resultado material. En estos casos, la conducta no será típica, aún cuando sí exista la tipicidad culposa de la propia conducta.

De lo anterior se puede concluir que el error de tipo siempre eliminará la tipicidad dolosa, ya sea invencible o vencible.

Cuando el error es vencible, podrá haber tipicidad culposa si está previsto en el respectivo Código Penal.

Más aún, cuando el error sea invencible, excluirá también la tipicidad culposa de la conducta.

Otro destacado finalista, Jescheck¹⁵⁴, explica que el punto de partida de toda teoría del error debe ser la distinción objetiva de los diversos casos de error. Es indudable que la teoría del error está directamente conectada con la teoría del dolo, porque el error de tipo es la negación del cuadro de representación que se requiere para el dolo, pues surge cuando el autor del hecho no conoce los elementos a los que debe de extenderse el dolo según cada tipo en particular. Menciona que la regulación del error de tipo que se hacía en el Código Penal alemán de dicha época, consistía cuando alguien en la comisión del hecho desconocía una circunstancia que pertenece al tipo legal. Que esas circunstancias a que alude la norma son todos los elementos objetivos del tipo legal y de la misma manera se aplicaba a todas las restantes circunstancias a las que debe referirse el dolo.

Comenta además, que el error de tipo podía consistir tanto en una *representación falsa* como en *la falta de una representación* pues, en términos generales, siempre habrá error cuando exista discrepancia entre conciencia y realidad.

Identifica al error de prohibición como un error sobre la antijuridicidad. Para estar en posibilidad de distinguir adecuadamente el error de tipo del error de prohibición, dice que el error de tipo versa sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos con los que la orden normativa adquiere eficacia. Contrariamente, el error de prohibición versará acerca de que un determinado comportamiento, advertido correctamente por el autor en su estructura objetiva, se encuentra jurídicamente prohibido, por ejemplo, cuando un extranjero que gusta de la cacería, cobra aves que en nuestro país están jurídicamente protegidas.

¹⁵⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª. ed., España, Comares, 1993, pp. 275-278.

En la jurisprudencia alemana de la época (años “cincuenta” del siglo veinte), seguían resolviendo conforme a tradicional distinción entre error de hecho y error de derecho, pero empezaba a permear la diferencia entre error de tipo y error de prohibición.

Al finalizar la segunda guerra mundial, los tribunales superiores se apartaron de la tradicional jurisprudencia sobre el error y el Supremo Tribunal Federal, en resolución del 18 de marzo de 1952 de la Gran Sala de lo Penal, basó el tratamiento del error en la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Ahí se estableció que sólo para el error de tipo valdría la regulación respecto a la exclusión del dolo, mientras que el error de prohibición no afectaría al dolo y, según fuera culpable o no culpable, llevaría a una punición atenuada en relación con el delito doloso o, inclusive, a la impunidad.

Se unificó el criterio de la doctrina acerca de que únicamente esta distinción entre error de tipo y error de prohibición podría proporcionar bases sólidas para solucionar los problemas del error, pues ya sólo se discutía sobre la ubicación del error relativo a los presupuestos típicos de las causas de justificación. A esas fechas se aceptó que el autor debe saber ‘lo que hace’ antes de plantearse la cuestión de si es consciente de la antijuridicidad de su actuación.

Se estableció que el error de tipo puede referirse, como el dolo, a todos los elementos objetivos del tipo, incluidos los conceptos jurídicos (normativos en la denominación actual) contenidos en el mismo, como son: propiedad, documento, matrimonio, funcionario, así como elementos normativos de naturaleza cultural, como eran acción sexual, dignidad humana y secreto. Así, acuñaron una frase que hoy es famosa, en el sentido de que si el autor no ha podido comprender el significado de tales elementos, al menos en el marco de una *valoración paralela en la esfera del profano*, falta el dolo. No bastaba con que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.

Respecto de la ley penal en blanco se formuló el problema sobre cómo se debía de resolver el error sobre la norma que completa a la ley en blanco. Informa Jescheck que el tribunal del imperio en materia penal consideró generalmente al

error sobre la existencia o el contenido de la norma como error de Derecho extrapenal que excluía el dolo.

Para él, lo correcto es partir de que la norma complementaria de la ley en blanco también es un elemento del tipo, porque la norma prohibitiva quedaría ininteligible si la conminación penal no se refiere a una conducta descrita concretamente. Al tipo penal completado de ese modo le son aplicables después las reglas generales del error: así tenemos que el error sobre un elemento objetivo de la norma complementaria constituye error de tipo, por lo que hace al error sobre la existencia de la norma complementaria constituye error de prohibición.

No sería posible concluir este apartado sin analizar el pensamiento de un penalista mexicano. Carlos Daza Gómez¹⁵⁵ expresa que en el error de tipo se debe atender al tratamiento que al dolo se da en la legislación correspondiente. De tal suerte que si el dolo tiene dos elementos: uno el conocimiento intelectual y el otro el volitivo o la voluntad. Existirá conocimiento siempre y cuando no haya obrado en error o por ignorancia respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo. El error sobre el tipo es un error o ignorancia sobre los elementos integrantes de la infracción penal o tipo objetivo. Cita a Muñoz Conde¹⁵⁶, quien afirma que el autor debe conocer los elementos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye el dolo; si el error fuera vencible, deja subsistente el tipo del injusto de un delito culposo.

Para ilustrar lo anterior, expone el ejemplo del empleado del hospital quien aparentemente realiza una acción de cópula con un cadáver, desconociendo que es una persona viva: En un hospital dependiente del Estado, es declarada muerta una mujer de 30 años, la cual es trasladada a las planchas del anfiteatro del mencionado hospital. En ese lugar trabaja Juan "N", quien al ver el cadáver se excita, y decide introducir su pene en la vagina del cadáver (necrofilia). Al realizar esta acción, a medio acto, la mujer despierta, recuperando todas sus funciones orgánicas, solicitando el auxilio de las autoridades. Juan "N" es detenido.

¹⁵⁵ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, op. cit., nota 38, pp. 128-130.

¹⁵⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal*, op. cit., nota 6, p. 313.

De acuerdo con el análisis sistemático de los hechos, para verificar en cuál tipo penal encuadró la conducta de Juan "N", si es que encuadra en alguno, se tiene que analizar si existe acción. Es evidente que el activo Juan realizó una acción de introducción del pene. No se excluye la acción porque no existe caso fortuito ni fuerza física irresistible que lo haya obligado involuntariamente a realizar esa introducción; por lo tanto, el problema es determinar la tipicidad, esto es, en qué hipótesis legal encuadra la acción. Algunos podrá opinar que se trata de necrofilia, previsto en el artículo 281, fracción II del CPF¹⁵⁷, otros admitirán que se trata de violación equiparada, prevista en la fracción II del artículo 266 del mismo ordenamiento citado¹⁵⁸, porque la pasivo no podía resistir la conducta de Juan.

Muñoz Conde considera que se está ante un error de tipo, toda vez que el sujeto activo Juan, tenía la finalidad de introducir su pene en un cadáver, teniendo una falsa creencia de la realidad, en relación con el elemento muerte.

Ello porque existe error, aparentemente invencible, en cuanto a los elementos del tipo, en razón de que Juan tenía una falsa apreciación de la realidad, por los certificados médicos que acreditaba la muerte de la mujer. Además, en el supuesto de que el referido error fuera vencible, el tipo penal de violación no reviste la forma culposa, por lo tanto no se le podría aplicar pena alguna.

Se coincide con Daza para quien existen diversos errores de tipo que merecen diversas soluciones. La regla general es que el error de tipo, al eliminar el conocimiento exacto de algún o algunos elementos objetivos o normativos del tipo, eliminan el elemento subjetivo dolo, que requiere dicho conocimiento, sin

¹⁵⁷ Artículo 281. Se impondrá de uno a cinco años de prisión: II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años.

¹⁵⁸ Artículo 266. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo;

error ni ignorancia. Pero qué sucede cuando el error afecta distintos elementos típicos, como serían los siguientes supuestos:

Uno es el error sobre el objeto de la acción, también identificado en la doctrina como *error in objeto vel in persona*, se considera irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción. El sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción, cuando, por ejemplo, Juan le dispara al perro de su vecino Pedro, pero falla en el blanco y lesiona al vecino quien pasaba por ese lugar.¹⁵⁹

El segundo se refiere al error sobre la relación de causalidad. No son relevantes las desviaciones inesenciales del curso causal, tampoco las desviaciones cuando no afectan la producción del resultado querido por el autor. Como cuando Juan, con dolo de matar, le dispara a Emilio, pero sólo lo lesiona, muriendo éste a los pocos días debido a la gravedad de las lesiones.

Caso diferente es cuando el resultado se produce desconectado del autor, sólo podrá imputarse el hecho como una tentativa. Emilio muere posteriormente, debido al incendio del hospital donde le atendían por las lesiones.

El último supuesto es el error en el golpe o también conocido como *aberratio ictus*, que se presente con mayor frecuencia en los delitos contra la vida y la integridad corporal. Utilizando los mismos personajes de los ejemplos anteriores, Juan quiere matar a Pedro a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza, cree haberlo privado de la vida. Así que para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho, los médicos forenses al practicar la necrosis, acreditan que Pedro murió ahogado y que, por lo tanto, no estaba muerto como creyó Juan, cuando éste lo arrojó al pozo. Con esto se concluye que cuando el autor Juan quiso matar no logró el resultado; pero cuando creyó que no mataba, sino sólo ocultaba el cuerpo sin vida; produjo el resultado muerte. Dice el autor en estudio que las opiniones se dividen, una considera homicidio en grado de tentativa; la segunda homicidio culposo. Para un grupo se trata de un único hecho en el que

¹⁵⁹ Otros ejemplos los encontramos en: Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 6, p. 314-315.

debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado, pero el así llamado *dolus generalis*, no está aceptado en la legislación jurídico penal mexicana.

Cuando explica lo relativo al error de prohibición en las siguientes páginas de su obra¹⁶⁰, menciona que para el estudio de esta clase de error se debe partir de los mismos fundamentos del error de tipo, en el sentido de atender a que el conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente. Siguiendo la teoría estricta de la culpabilidad, el dolo es un elemento subjetivo del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

Identifica dos clases de error de prohibición. El error de prohibición directo y el indirecto.

El primero tiene relación con la existencia de la norma penal, el autor cree erróneamente que su conducta no está tipificada como delito; o sobre la vigencia de la norma penal, en error considera que ya fue derogada; inclusive sobre su aplicabilidad o alcance, erróneamente advierte que su caso concreto no está cubierto por la norma penal.

El segundo versa sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación o sobre sus límites jurídicos.

Para resolver los problemas del error sobre las circunstancias objetivas de las causas de justificación, se deben analizar las tres clases de error sobre la justificación.

El primero es la suposición errónea de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, por ejemplo, el profesor cree que el alumno Rubén está molestando en clase y lo expulsa del salón, cuando en realidad era Javier. Estamos en presencia del error sobre el supuesto de hecho de permisión, también llamado error de tipo de permisión. El error sobre una causa de justificación sustentada en un error de hecho. Como sinónimo de error de hecho también se utilizan los términos error sobre un supuesto de hecho.

¹⁶⁰ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, op. cit., nota 38, pp. 261-264.

El segundo es la suposición errónea de una causa de justificación que no se encuentra reconocida o regulada por el ordenamiento jurídico aplicable, por ejemplo cuando el maestro cree estar autorizado a obligar por medio del castigo corporal a sus alumnos a emitir una profesión de fe; a este error también se denomina error sobre la norma de permisión.

El tercero trata del caso del autor que yerra acerca del alcance de una norma de permisión (causa de justificación) reconocida por el ordenamiento jurídico. Sirve de ejemplo el caso del padre quien cree estar autorizado a maltratar a su hijo con un instrumento peligroso, después de descubrir que ha mentado, a este error se le llama error sobre los límites de permisión.

5. El error en el sistema funcionalista del delito

Los autores funcionalistas admiten la nomenclatura desarrollada por el finalismo, error de tipo y error de prohibición, por lo que no existe discrepancia al respecto.

Pero conviene primero advertir qué deberemos entender por funcionalismo.

De acuerdo con el autor Octavio Orellana, el funcionalismo se debe entender como una analogía del cuerpo social con un organismo vivo. Al respecto:

En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos, grupos o instituciones... La teoría y los métodos de este tipo de sistema, dan primordial importancia al estudio y al papel de las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social, e implica en mayor o menor grado, una concepción más bien estática que dinámica y generalmente conservadora de la realidad social.¹⁶¹

¹⁶¹ Orellana Wiarco, Octavio, *Teoría del Delito. Sistemas casualista, finalista y funcionalista*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 165-166.

En uno de sus primeros trabajos dogmáticos, Roxin¹⁶² se refirió a la función del tipo penal en referencia a la regulación del error. En su opinión, el tipo penal también tiene la función de diferenciar diversas especies de error a los cuales se asignarían distintas soluciones, tanto en la teoría del error en sentido estricto como en supuestos en los que se aplicaría la teoría de la tentativa.

La teoría del tipo penal adquiere la significación principal en la teoría del error, porque atendiendo al contenido del parágrafo 59, fracción I del Código Penal alemán, el autor sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias del hecho, pertenecientes al tipo legal. En ese tenor, el tipo penal tiene la tarea de describir todos los elementos a los cuales debe referirse el dolo del autor.

Para el funcionalismo, el error de tipo es la discordancia entre la representación del riesgo de la propia conducta (*ex ante*) y la realización (*ex post*) de ese riesgo. De ello podemos extraer, que el error de tipo excluye al dolo, toda vez que esta sistemática también contempla al dolo en el tipo, como tipo subjetivo. Díaz Aranda es claro al respecto: "... los actuales partidarios del funcionalismo siguen ubicando al dolo en el tipo. Por tanto, dicha ubicación del dolo no se puede considerar como exclusiva del sistema final de acción; es más, en Europa ya nadie discute que la ubicación sistemática del dolo está en el tipo penal."¹⁶³

El error de prohibición es concebido como la discordancia entre la representación (*ex ante*) del carácter antijurídico o prohibido de una conducta y la existencia de esa antijuridicidad (*ex post*). Si la discordancia se da entre la representación (*ex ante*) del carácter permitido de una conducta y su efectiva permisión (*ex post*) por el ordenamiento, hablamos de error de permisión (en materia de causas de justificación).

Así lo explica el Profesor Jakobs:

¹⁶² Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 29-30.

¹⁶³ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo, op. cit.*, nota 75, p. 201.

A. A semejanza de la ausencia del dolo en el tipo, así también la ausencia de conciencia del injusto se puede mostrar de dos formas: El autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituye injusto (idea equivocada positiva) o puede no pensar en absoluto en el injusto (ausencia de idea). Ambas formas han de tratarse del mismo modo, ya que lo esencial es el elemento común de la ausencia de la idea correcta sobre el injusto existente.

B. La incumbencia o responsabilidad por el error la denomina el § 17 StGB evitabilidad del error. El concepto de evitabilidad se ha escogido desafortunadamente desde dos puntos de vista. Por una parte, no es suficiente con que el autor evite el error. Con sólo evitar el error, ejecutaría el injusto en estado de conocimiento de la prohibición, en lugar de en error de prohibición, y no se habría adelantado nada a favor de la validez de la norma. Pero no se trata de la evitabilidad del error como fin en sí mismo, sino que se alude a la evitabilidad del comportamiento injusto a través de la evitabilidad del error. Por otra parte, el concepto de la evitabilidad conduce a la asociación a un ámbito de libertad entendido psicológicamente, como el concepto de capacidad en los §§ 20 ss. StGB. Pero tampoco se trata de eso, sino de la determinación de con cuántos imperativos sociales se pueden gravar al que se equivoca (en esa medida es evitable el error) y qué grado de ignorancia del autor se puede aceptar por parte del Estado y de la sociedad sin que se resienta la respectiva función de prevención general del Derecho penal. Por eso, la evitabilidad es – como la propia culpabilidad – un concepto dependiente del fin de la pena.¹⁶⁴

Un distinguido autor mexicano, Isaac González Ruiz¹⁶⁵, hace un acertado análisis del tratamiento que se le da en el sistema funcionalista al error de prohibición.

Dice que el error de prohibición puede ser explicado a través de la Culpabilidad en la doctrina penal funcionalista, a partir de cinco ámbitos que plantea el propio Roxin:

¹⁶⁴ Jakobs, Gunther, *Derecho Penal*, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 673.

¹⁶⁵ González Ruiz, Isaac, *Error de Prohibición y Derechos Indígenas*, México, Ubijus, 2008, pp. 190-200.

1. Culpabilidad como poder actuar de otra manera. Consistente en considerar que el hombre medio ha puesto en tensión su fuerza de voluntad, para estar en condiciones de establecer un paralelismo del hombre medio en relación de su conducta conforme con la normatividad que prohíbe, y que comparado con el sujeto que realizó la conducta prohibida y verificando que puso en tensión su fuerza de voluntad para no cometer el ilícito, entonces le era posible evitar la conducta prohibida.

2. Culpabilidad como ánimo desaprobado jurídicamente. Es la relación que existe entre el comportamiento espiritual con el comportamiento voluntario que lesiona un bien jurídico.

3. Culpabilidad como tener que responder por el propio carácter. Se sustenta precisamente en el carácter del sujeto que estuvo en la posibilidad de conducir su conducta conforme a la exigencia de la norma y que no haciéndolo se auto-exime de la culpabilidad por su carácter o personalidad a pesar de estar consciente de la prohibición normativa.

4. Culpabilidad como asignación de necesidad preventiva general. La culpabilidad está determinada por el fin, sólo éste da contenido al concepto de culpabilidad. Este fin se refiere en la prevención general, pero no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio de fidelidad en el derecho. El fin que directivamente determina la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden destruido por el comportamiento delictivo, por lo que a través de la asignación de culpabilidad y el consecuente castigo, se confirma la corrección de la confianza en la corrección de la norma.

5. Culpabilidad como actuar injusto a pesar de abordabilidad normativa. Según esta idea, el autor presentaba posibilidades de decisión para comportamiento orientado por la norma.

6. Breve referencia al dolo

Es necesario hacer esta breve referencia al dolo, porque cuando privaba la teoría del dolo en los sistemas causalista clásico y normativista, los errores de

hecho y de derecho excluían la culpabilidad, pues, como ya es sabido, dichas sistemáticas ubicaban al dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad, así que si el error de hecho y el error de derecho podían eliminar el dolo, pues ello incidía en el elemento culpabilidad.

No así cuando se asumió como válida y vigente la teoría finalista, en la que el dolo es el elemento subjetivo del tipo, por lo que si existe error sobre alguno o algunos elementos del tipo, se elimina el dolo.

El profesor argentino Alberto A. Campos¹⁶⁶ establece que para él, dolo es la faceta subjetiva del tipo penal, conformado con la descripción objetiva, primero como noción general regida por ciertos principios legales, y luego, especificados en algunas variantes para cada caso particular.

De este modo, el dolo parte de dos instancias imprescindibles que deben darse en el proceso anímico del sujeto, el conocimiento y la voluntad. Con ello, para que una acción pueda adecuarse a alguna disposición de la parte especial del código penal, debe hallarse configurada sobre la base de un conocimiento de los hechos y del derecho, o sea, de los aspectos descriptivos, objetivos y normativos del tipo objetivo, no sujetos a error o ignorancia, y con una decisión fundada en ese conocimiento, o sea una etapa volitiva diáfana, debidamente informada y convencida del querer, que la sostiene y ordena al cuerpo moverse.

Dice que hablar de conocimiento y volición es hablar de intención pero no de cualquier intención sino de la que encaje en el concepto de dolo del tipo, aún en el caso de que algún elemento subjetivo sea previsto en la descripción integral de la figura, que se le añada, pero no forme parte de él, por ejemplo en el homicidio, el dolo consiste en querer matar a otro hombre, conociendo perfectamente que se trata de otro ser humano, y, consciente de que el medio que se utiliza es apto para ello, utilizarlo en su contra, porque así se quiere, produciendo su muerte.

Concluye nuestro autor en estudio con una definición de dolo, de la siguiente manera:

¹⁶⁶ Campos, Alberto A., *Derecho Penal, op. cit.*, nota 124, pp. 130-131.

Actúa con dolo el que, conociendo correctamente los distintos elementos del tipo objetivo (relacionados con el verbo, su causalidad implícita, referencias objetivas, normativas, subjetivas, etc.), y representándose, en consecuencia, el resultado en él conceptualizado, como cierto, posible o necesario, quiere actuar, orientando su voluntad hacia ese fin, en la exteriorización de su hacer, o no hacer.

Damos en esta forma cabida al error de tipo (de hecho o de derecho) y dejamos la cuestión del conocimiento de la antijuridicidad, a la instancia del juicio de reproche, como ya lo adelantamos.¹⁶⁷

Santiago Mir Puig¹⁶⁸ reseña que según la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Así que contenía dos aspectos, uno el conocimiento y voluntad de los hechos, y dos, la conciencia de su significación antijurídica, como conocimiento del Derecho.

Pero que en la actualidad, en razón del finalismo, se prefiere un concepto restringido de dolo, que se entiende como ‘dolo natural’, en el que se incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica, esto es, se excluye la conciencia de la antijuridicidad.

Es importante introducir la mención del dolo en esta parte del trabajo de investigación, principalmente por los conceptos del penalista Luís Jiménez de Asúa¹⁶⁹, quien en su Tratado nos comenta que la teoría del error, como la del dolo y la culpa, se originó y desarrolló en Alemania sobre la base del texto del párrafo 59 del Código penal alemán, imperando la sistemática del error dentro de la teoría del dolo, y sólo después se le situó en la teoría de la culpabilidad. Se entendió que el error no era otra cosa que el lado negativo del dolo. Indica que Welzel escribió que la ‘doctrina del error es el reverso de la teoría del dolo’. Pero lo relevante es que los penalistas alemanes más distinguidos patrocinaron la tesis de

¹⁶⁷ *ibidem*, p. 136.

¹⁶⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 5, pp. 239-240.

¹⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luís, *Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, op. cit.*, nota 107, pp. 327-328.

la unificación: todo error es de hecho y todo error es de derecho, cuando es relevante para el ordenamiento jurídico penal. De esa manera parecían resueltos los problemas, pero quedó pendiente la forma de delimitar el error.

Menciona que fue el autor Graf zu Dohna, quien en 1925, trató del error en las características del tipo y de error en la antijuridicidad o error de prohibición, abriendo así el camino para la aceptación de la moderna diferencia que hoy impera en la dogmática jurídico penal y la jurisprudencia.

Calificando negativamente a los autores Welzel y Maurach, por haber engendrado una verdadera 'catástrofe sistemática', Jiménez de Asúa menciona que éstos escindieron los dos errores –el de 'tipo' y el de 'prohibición', situándolos en lugares muy apartados del sistema: el primero al estudiar el 'tipo' y el segundo al tratar de la 'culpabilidad'.

Que cuanto hay de certero en esta moderna división, se anula con ese régimen de dispersión. Dice que es preciso concebir el error como causa de inculpabilidad. En cierto modo se orilla así la polémica entre los partidarios de la 'teoría del dolo' y de la 'teoría de la culpabilidad', aunque con el sistema adoptado nos aproximamos más a la 'doctrina de la culpabilidad' que a la 'teoría del dolo'.

Así que no se puede dejar de estudiar, aunque sea brevemente, las teorías del dolo y las de la culpabilidad.

Se va a seguir la sistemática discursiva del autor Quintino Zepeda¹⁷⁰ quien nos lleva de la mano en las diversas teorías:

Teoría (1ª) estricta del dolo.

El dolo abarca tanto el conocimiento de lo elementos del tipo como la conciencia de la antijuridicidad. Se exige un conocimiento actual de la antijuridicidad del hecho.

Muñoz Conde afirma que:

... el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor del mismo es un elemento integrante del dolo y que, por tanto, debe tener el mismo carácter que

¹⁷⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Dolo y Error, funciones dogmáticas*, México, Flores Editor, 2010, pp. 1-16.

cualquier otro tipo de conocimiento necesario para imputar el hecho a título de dolo. Es decir, para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, sea éste un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, uno normativo o el presupuesto objetivo de una causa de justificación.¹⁷¹

No distingue entre error de tipo y error de prohibición, pero en el caso de que el sujeto vea afectada su 'conciencia de la antijuridicidad del hecho', por ejemplo, cuando estima justificada su conducta, el error se trata a nivel de culpabilidad. Esto es, en ambos casos de error el dolo se excluye.

Sus características son las siguientes:

- 1.- Ubica sistemáticamente al dolo en la culpabilidad.
- 2.- Es compatible con la teoría psicológica de la culpabilidad.
- 3.- Considera que la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo.
- 4.- Estima que el autor doloso debe tener una 'conciencia actual de la antijuridicidad del hecho' que realiza.
- 5.- En los casos de error de tipo invencible y error de prohibición invencible, se excluye la culpabilidad y con ello la pena.
- 6.- En los casos de error de tipo y error de prohibición vencible se excluye el dolo y deja subsistente la atribución del hecho a título culposo, cuando el correspondiente tipo la admita, si no, queda impune.

Welzel criticó esta teoría determinando su inaplicabilidad, porque:

La teoría del dolo no puede poner en práctica seriamente su tesis. El dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento del hecho. El autor tiene, sin embargo, raras veces, una conciencia de esta índole sobre la antijuridicidad y le falta completamente en los delitos pasionales graves y en los delitos instantáneos.

El autor 'sabe', sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce también las reglas de sumar y restar y otras muchas

¹⁷¹ Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal, ob. cit.*, nota 98, p. 25.

cosas, aunque no piense actualmente en ellas. Para la forma de conciencia del dolo no basta, sin embargo, un 'saber' de este tipo, inactual, sólo actualizable, sino que es necesaria una conciencia real, presente, actual.¹⁷²

Teoría (2ª) limitada del dolo.

Quintino la atribuye a Arthur Kaufmann y señala que para esta teoría la conciencia de la antijuridicidad del hecho también es un elemento perteneciente al dolo, pero no la 'conciencia de la antijuridicidad total' (formal) sino solamente la 'conciencia de la antijuridicidad material del hecho' que se refiere a la dañosidad social de la acción.

Sus características son:

1.- Igual que la primera teoría del dolo, ubica sistemáticamente a éste en la culpabilidad.

2.- También es compatible con la teoría psicológica de la culpabilidad.

3.- Igualmente considera que la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo.

4.- También, en casos de error de tipo y de prohibición invencibles se excluye la culpabilidad y con ello la pena.

5.- Una diferencia con la 1ª teoría del dolo es que estima que el autor doloso no debe tener una conciencia actual de la antijuridicidad del hecho, sino que basta con que dicha conciencia sea potencial.

6.- Otra diferencia con la 1ª teoría del dolo es que en los casos de error de prohibición vencible, puede subsistir la presencia del dolo.

Para esta teoría, la conciencia de la antijuridicidad, así como la tiene el autor en el momento del hecho: no está precisamente impregnada de representaciones jurídicas específicas, sino del conocimiento del significado social y comunitario del hecho.

Teoría (3ª) del dolo. De la ceguera jurídica.

En esta teoría se sostiene que tanto el error de tipo como el error de prohibición, cuando son invencibles, eliminan la culpabilidad. Y cuando son

¹⁷² Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, op. cit., nota 41, p. 163.

vencibles, el error se imputa a título de culpa, si existe la previsión legal. Pero hace una salvedad, en el sentido de que cuando el error de prohibición, vencible o no, obedece a ceguera jurídica, el dolo puede subsistir.

Muñoz Conde¹⁷³ dice que Mezger es el fundador y prácticamente único seguidor de esta teoría, quien afirma que hay casos en los que el autor del delito muestra una actitud tal de desprecio o de indiferencia hacia los valores fundamentales del ordenamiento jurídico que merece ser castigado con la pena correspondiente al delito doloso, aunque no se pueda demostrar una conciencia actual de la antijuridicidad.

Teoría estricta de la culpabilidad (o 2ª teoría de la culpabilidad).

Sostiene que el dolo no abarca la conciencia de la antijuridicidad del hecho, sino que únicamente abarca los elementos del tipo.

Para esta teoría solamente el error de tipo puede eliminar al dolo porque éste sólo abarca los elementos del tipo.

Acorde con la teoría finalista, se afirma que el dolo no pertenece a la culpabilidad sino al tipo penal. Además, que el dolo únicamente abarca el conocimiento de los elementos del tipo, de modo y manera que la potencial conciencia de la antijuridicidad del hecho no es un elemento del dolo sino de la culpabilidad.

Entonces, el error de prohibición indirecto, en tanto que supone una falsa conciencia de la antijuridicidad del hecho, no afecta la existencia del dolo.

En palabras del propio Welzel:

ff) La creencia errónea de que concurre una causa de justificación es un caso de error de prohibición. Tanto si el autor yerra sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación, como si cree que concurre una causa de justificación que no está reconocida por el derecho, en todos estos casos yerra sobre la antijuridicidad de su realización dolosa del tipo.

¹⁷³ Muñoz Conde, Francisco, *El error en Derecho Penal, ob. cit.*, nota 98, p. 25.

El que hiere a otro porque cree erróneamente que es agredido por él (legítima defensa putativa), o porque cree poder herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque cree poder castigar corporalmente al que atenta contra su honor (creencia de que concurre una causa de justificación no reconocida por el derecho) comete en todos esos casos unas lesiones corporales dolosas en la creencia de estará autorizado para ello. No obra con desconocimiento del tipo, sino sólo en un error de prohibición.¹⁷⁴

El error de prohibición vencible atenúa la culpabilidad mientras que deja subsistente la presencia del dolo.

Solamente el error de tipo hace desaparecer al dolo, porque quien no conoce alguna de las circunstancias pertenecientes al tipo penal, no actúa dolosamente.

Características:

1.- Ubica sistemáticamente al dolo en el tipo y no en la culpabilidad, por lo que aquél no abarca la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

2.- Es compatible con la teoría normativa de la culpabilidad, lo subjetivo en el tipo y lo normativo en la culpabilidad, como mero juicio de reproche.

3.- La conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo sino a la culpabilidad.

4) Se estima que el autor doloso debe tener una conciencia *potencial* de la antijuridicidad del hecho que realiza.

5.- En casos de error de tipo invencible se excluye la tipicidad, en casos de error de prohibición invencible se excluye la culpabilidad.

6.- En casos de error de tipo vencible se excluye el dolo pero subsiste la atribución del hecho a título culposo, siempre y cuando el tipo penal de que se trate admita configurarse culposamente, de lo contrario, quedará impune.

7.- En casos de error de prohibición vencible subsiste la presencia del dolo y se atenúa la culpabilidad, atenuándose con ello la pena.

Teoría de la Culpabilidad limitada.

¹⁷⁴ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, op. cit., nota 41, pp. 181-182.

Se distingue porque le ofrece un tratamiento específico a los casos de error de prohibición indirecto vencible.

Si el sujeto activo al momento de realizar su conducta tiene una falsa conciencia respecto de la antijuridicidad de su hecho, se le conoce como error de prohibición, de ahí que éste recaer sobre la conciencia de la antijuridicidad y el error de tipo recaer sobre los elementos del tipo penal.

El error de prohibición directo acontece cuando el sujeto activo, al momento de realizar su conducta, erróneamente cree que su comportamiento está permitido, en virtud de la supuesta existencia de una norma o del alcance de la misma que lo autoriza.

Pero es el caso que la teoría de la culpabilidad limitada destruye la presencia del dolo en los casos de error de prohibición indirecto, de ahí que si dicho error resulta evitable para su autor, consecuentemente se le imputará el hecho a título culposo, sólo que el específico tipo penal admitiera configurarse culposamente.

Es opinión del Claus Roxin que: “A sus representantes pertenecen todos aquellos que quieren como objeto del dolo, no ya la antijuridicidad misma, pero sí los presupuestos objetivos de las causas de justificación”.¹⁷⁵ De tal manera que no actuaría dolosamente quien tenga un error respecto de alguno de los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Lo anterior quiere decir que no actuaría dolosamente quien tenga un error respecto de alguno de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Esto es, no actuaría dolosamente quien, al momento de su acción, tenga un error de prohibición indirecto, dado que éste constituye, precisamente, un error sobre alguno de los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Según ésta teoría no actúa dolosamente quien erróneamente cree que concurre a favor suyo alguna causa de justificación.

Teoría de la culpabilidad limitada a las consecuencias jurídicas.

¹⁷⁵ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, op. cit., nota 162, p. 190.

Para esta teoría, el error de prohibición vencible no elimina la presencia del dolo, pero considera que en tales casos debe imponerse la pena del delito culposo.

Se establece que el error de prohibición indirecto debe atenuar la pena, pero no debe excluir el dolo, de tal modo que al autor se le debe imponer la pena del delito culposo, aunque realmente exista dolo.

Para efectos prácticos, solamente consiste en atenuar la pena en casos de error de prohibición indirecto vencible, e indicar que se le debe imponer al sujeto activo la pena que merezca el delito culposo de que se trate. Pero no excluye la presencia del dolo en los casos de error de prohibición indirecto vencible. No se advierten mayores diferencias con la teoría estricta de la culpabilidad.

Estas ideas serían útiles para diferenciarla con la teoría de la culpabilidad limitada, toda vez que para ésta no existe participación punible sobre un hecho realizado bajo un error de prohibición indirecto vencible. A diferencia de la teoría de la culpabilidad limitada a las consecuencias jurídicas, en donde, si permanece la atribución del hecho a título doloso, entonces sí existe participación punible sobre un hecho principal realizado bajo un error de prohibición indirecto vencible.

Teoría de la doble posición del dolo.

Para esta teoría, el error de prohibición vencible debía excluir el dolo. Se considera que ciertos elementos del dolo pertenecen al tipo, por ejemplo los elementos cognitivo y volitivo; mientras que los llamados elementos emocionales del dolo, pertenecen a la culpabilidad.

Conforme a esta teoría el error de prohibición indirecto debe excluir la punibilidad título doloso, porque en estos casos lo que le falta al autor es una actitud interna contraria al derecho, dado que creyó hallarse justificado.

De manera que si el autor ha errado por la falta de cuidado, en la creencia errónea de estar justificado, entonces, lo que en realidad existe es una imprudencia, misma que será enjuiciada conforme al correspondiente delito culposo.

Teoría de los elementos negativos del tipo.

En esta teoría se argumenta que las causas de justificación pertenecen como elementos negativos al tipo penal. Por eso, si alguien, al momento de su acción, erróneamente cree que su conducta está amparada en virtud de la supuesta existencia de una causa de justificación a su favor, en tales casos dicho error no es un error de prohibición sino un error de tipo (porque las causas de justificación pertenecen al tipo penal).

Wolfgang Frisch lo explica así:

Por el contrario, no están de acuerdo en el tratamiento sistemático del error que aquí interesa los partidarios de aquel entendimiento del injusto según el cual el dolo marca ya decisivamente el injusto del delito doloso. Un primer sector trata este error, también desde el punto de vista sistemático, como el error sobre un elemento del tipo; al igual que en dicha clase de error, también habría de quedar excluido el específico injusto doloso en el caso de que se actúe bajo la errónea suposición de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. El fundamento que se aduce para ello se halla en la equivalencia material de los elementos del tipo y de las causas de justificación. Esta equivalencia material constituye la base de la teoría de los llamados elementos negativos del tipo, que considera las causas de justificación (o sus particulares presupuestos) como elementos negativos del tipo y cualifica como excluyente del dolo la errónea suposición de uno de estos elementos, del mismo modo que si se tratase del desconocimiento de una característica cuya concurrencia viene exigida por el tipo.¹⁷⁶

De las teorías antes señaladas, la vigente en nuestro país, al menos en el ámbito federal y en la mayoría de las legislaciones estatales, es la teoría estricta de la culpabilidad.

¹⁷⁶ Frisch, Wolfgang, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, traducción de Enrique Peñaranda, *El error en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2010, p. 43.

Daza Gómez¹⁷⁷ dice que la teoría estricta de la culpabilidad fue impulsada por el finalismo, en la que trata la suposición errónea de circunstancias justificante como un error de prohibición inmediatamente subsumible. Así que el error de prohibición no excluye nunca el dolo, sino únicamente a la culpabilidad en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso puede atenuarse. A favor de esta doctrina impulsada por Welzel se aduce que las causas de justificación no elimina la tipicidad, sino solamente la antijuridicidad, por lo que la suposición errónea de una causa de justificación no excluye el dolo típico sino sólo la conciencia de la antijuridicidad.

Ahora bien, dice que la mayoría de los autores se inclinan por la teoría restringida de la culpabilidad, pues justifican equiparar el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación y el error sobre un elemento del tipo, lo cual le parece inapropiado, pues en el primer caso el sujeto actúa con conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos positivos del tipo, considera que es más justo tratarlo como un error de prohibición, como lo hace la teoría pura o estricta de la culpabilidad, el cual si es invencible exime de responsabilidad penal y si es vencible se aplica la pena del delito doloso atenuada.

¹⁷⁷ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, op. cit., nota 38, pp. 267-268.

CAPÍTULO III

ESTADO ACTUAL DEL ERROR EN LOS ÁMBITOS LEGISLATIVO, JURISDICCIONAL Y DE DERECHO COMPARADO

1. Código Penal Federal

El actual CPF es el heredero de aquél expedido en 1931 por el Presidente Pascual Ortiz Rubio en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la Unión por decreto publicado el 2 de enero de 1931. La denominación del código fue por muchos años la de: “Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal”. Cabe recordar que en el año 2002, con la separación que se hizo del entonces Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, quedó aquella legislación con exclusiva vigencia en la Federación.

Esta norma que resulta fundamental, es la que muchas veces, incluyendo ésta que escribe, han pugnado por que sea la única vigente en todo el país a fin de lograr homogenizar los criterios de aplicación de las normas punitivas.

A modo de remembranza, se hace esta revisión del referido código en el tema del error, en el no muy lejano año de 1990:

“Capítulo IV Circunstancias excluyentes de responsabilidad.

Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

...

XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible”¹⁷⁸

Como se observa de la transcripción, sólo se regulaba el error de tipo invencible y el error de prohibición indirecto, también invencible. Si el error era vencible, se entiende que se aplicaba la punibilidad del tipo doloso.

Pero pasemos ahora al estado actual del tema de este trabajo de investigación, en el Capítulo IV del CPF tiene la expresa denominación de causas de exclusión del delito, en el artículo 15 se establece lo siguiente:

ARTÍCULO 15. El delito de excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

Del texto anterior parece no existir duda alguna en relación al tratamiento que se debe aplicar a los casos en que el sujeto activo yerra sobre alguno o algunos de los elementos esenciales del tipo penal. En los casos de error de tipo sobre elementos esenciales, se excluye el delito, esto es, no existirá hecho punible.

¹⁷⁸ *Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal*, México, Ediciones Andrade, 1990, p. 7.

En el inciso b) se establece el error de prohibición, en sus tres vertientes, respecto de la existencia de la ley, esto es, cuando el activo desconoce (ignora) por completo que en el lugar existe una ley penal que sanciona dicha conducta; respecto del alcance de la misma, cuando el sujeto tiene conocimiento que existe una norma penal que prevé como antijurídica esa conducta típica, sin embargo, el activo cree que a su particular acción no le alcanza la referida norma, que su alcance es limitado hacia su propia conducta; por último, el error sobre alguna de las causas de justificación que eliminarían la antijuridicidad de la conducta típica realizada, en donde el activo cree erróneamente, que si bien, la acción es típica, no es antijurídica porque está cubierta por una causa de justificación, pero esta creencia, es equivocada.

Tal como el propio artículo lo establece, nos remitimos al diverso 66 del CPF para establecer lo que el legislador federal dispuso para los errores vencibles. En el capítulo IV, que se refiere a la aplicación de sanciones en caso de concurso, delito continuado, complicidad, reincidencia y error vencible, se establece en este tenor:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

Así tenemos que en el caso de error de tipo vencible, sí existirá injusto penal, pero de naturaleza culposa, por lo que se tiene que recurrir al catálogo de delitos que señala el CPF que pueden realizarse culposamente sancionándolos con una punibilidad atenuada.

El artículo correspondiente es el 60¹⁷⁹ del CPF que ordena al Juez penal que en caso de delito culposo debe imponer hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo doloso, excepto en aquellos en los que la propia ley establezca una pena específica. Con mejor técnica legislativa debió decir punibilidad.

Ejemplificando, en el clásico delito de homicidio simple intencional del artículo 307 CPF, se establece la punibilidad de 12 a 24 años de prisión. Si el homicidio del caso concreto fue realizado en error de tipo vencible, se aplicaría la sanción para el homicidio culposo, que en el caso sería de hasta una cuarta parte del delito doloso, así que se tiene que reducir el mínimo y el máximo de la punibilidad en una cuarta parte para conocer la posible sanción que podría imponer el Juez.

La cuarta parte de 12 años son 3 años, la cuarta parte de 24 años, son 6 años, de lo que concluimos que si el agente realiza una conducta tipificada como homicidio, pero en circunstancias de error de tipo vencible, se le impondría una punición de entre un mínimo de 3 años a un máximo de 6 años de prisión.

Para el error de prohibición vencible no se tienen mayores problemas de interpretación, toda vez que el legislador señaló la específica punibilidad en estos supuestos con una tercera parte del delito de que se trate, cualquier delito admite esta posibilidad.

En el mismo ejemplo del tipo penal de homicidio antes estudiado, tenemos que podría imponerse una punición mínima de 4 años de prisión, por ser una tercera parte de 12 años y una máxima de 8 años de prisión, que es la tercera parte de 24.

De un simple ejercicio comparativo, se obtiene que es ligeramente más grave que se sancione el homicidio simple como error de prohibición vencible, que en un supuesto de error de tipo vencible.

¹⁷⁹ “En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica.”

Es opinión dominante que en los artículos estudiados se encuentra vigente en nuestro país la teoría estricta de la culpabilidad, tal como lo explica el profesor Quintino Zepeda:

La teoría predominante en nuestro país.

Enseguida espero demostrar que, para el tratamiento de la figura del error, la teoría predominante en nuestro país es la 'teoría estricta de la culpabilidad'.

Victoria Adato Green, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, recientemente elaboraron un modelo de Código Penal y Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana. A partir de la propuesta realizada en tan interesante obra, se puede deducir cuál es el tratamiento que, en opinión de los autores citados, debiera tener 'el error de prohibición indirecto'. Al respecto, en lo que podrías llamar la Exposición de motivos del Código Penal Modelo, se establece lo siguiente:

'El error en que puede caer un sujeto al realizar la actividad o inactividad típica se contempla en forma completa en sus tres variantes: 1) el error invencible sobre alguno de los elementos objetivos del hecho típico, que excluye el dolo y la culpa; 2) el error invencible sobre la ilicitud de la conducta, que deja intacto al dolo y sólo elimina la culpabilidad, y 3) el error invencible sobre exculpantes, que elimina a la culpabilidad'.

Es decir, el dolo quedaría 'intacto', aun en casos de 'error de prohibición invencible'. Pero falta verificar cuál es la propuesta de los autores en estudio, cuando el error 'sobre la ilicitud de la conducta' sea vencible.

'El error vencible sobre la ilicitud de la conducta ... *como únicamente atenúa la culpabilidad*, se sanciona con la tercera parte de la pena correspondiente al delito de que se trate...'

Como se aprecia Victoria Adato Green, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, se aproximan a la 'teoría estricta de la culpabilidad', según la

cual, sólo el error de tipo afecta la presencia del dolo, mientras el error de prohibición lo deja 'intacto'.”¹⁸⁰

Y continúa argumentando¹⁸¹ que del análisis del artículo 15, fracción VIII, inciso b), en relación con el artículo 66 del Código Penal Federal, se hace evidente la influencia de la 'teoría estricta de la culpabilidad', pues en tales casos 'el error de prohibición vencible' deja subsistente la presencia del dolo.

Posteriormente Quintino,¹⁸² en cita de Moisés Moreno Hernández, quien al referirse a la fracción VIII del artículo 15 del CPF, comenta que el error de prohibición nada tiene que ver con el dolo y la culpa, sino con la culpabilidad, la cual se excluye o se atenúa según si el error es vencible o invencible. Que ello significa que para Moreno Hernández la conciencia de la antijuridicidad no está en el dolo sino en la culpabilidad, y que de acuerdo con la referida teoría estricta de la culpabilidad, el error de prohibición únicamente atenúa o excluye la culpabilidad, pero en todos los casos deja intacta la presencia del dolo. De ellos se extrae que tanto Quintino como Moreno Hernández son partidarios de que en México se aplica la 'teoría estricta de la culpabilidad'.

Con relación al artículo 66 del CPF, se coincide con el autor¹⁸³ en estudio cuando afirma que el error de tipo vencible derriba la punibilidad del hecho a título doloso. Indica que cabría preguntarse si en los casos de error de tipo vencible ¿el artículo 66 realmente niega la existencia del dolo? O lo que niega es únicamente la punibilidad a título doloso. Considera que el error de tipo vencible 'hace caer' la existencia del dolo y como formal consecuencia, prescribe la punibilidad a título doloso. Lo anterior se hace evidente de la misma redacción del artículo 66, en donde se aclara que 'se impondrá la punibilidad del delito culposo', si el tipo penal de que se trate está relacionado en el catálogo de delitos culposos.

¹⁸⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Dolo y Error*, op. cit, nota 170, pp. 25-26.

¹⁸¹ *ibidem*, p. 29.

¹⁸² *ibidem*, p. 30.

¹⁸³ *ibidem*, pp. 34-35.

Esto es, si el concreto tipo penal no está en el referido catálogo, el hecho quedaría impune de realizarse en error de tipo vencible, por falta de dolo y porque no está prevista su sanción a título culposo.

Al resumir la posición del CPF, el error de tipo vencible excluye la presencia del dolo y por ende la punibilidad a título doloso. Porque si el error de tipo vencible solamente hiciera caer la punibilidad a título doloso, se estaría quebrantando el principio de legalidad, toda vez que el dolo supone un conocimiento verdadero de los elementos del tipo, y, si se quisiera la permanencia del dolo ante el conocimiento errado de los elementos del tipo, sería una arbitrariedad.

Se menciona que entre las consecuencias prácticas que trae consigo el hecho de que el error de tipo excluya la presencia del dolo, está la de que no existe participación punible respecto de un hecho principal que se realiza bajo un error de tipo vencible o bajo un error de tipo invencible.

La razón de lo anterior es que si bien una persona puede participar en un hecho como partícipe inductor o como cómplice auxiliador, sólo responderá penalmente, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típicamente dolosa y antijurídica. Ello deviene en que no podrá existir participación sancionable penalmente sobre un hecho principal que fue realizado bajo un error de tipo invencible, pues ya vimos que éste excluye la tipicidad de la conducta, de tal suerte que no podrá existir participación punible sobre un hecho principal atípico.

Otro ejemplo es que no existirá participación punible sobre un hecho principal realizado bajo error de tipo vencible, pues dicha figura excluye el dolo del autor y no existe participación punible sobre un hecho principal realizado con culpa.

Analicemos ahora cuáles han sido los criterios del Poder Judicial de la Federación en este tema:

Registro No. 165986.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Noviembre de 2009, Página: 900, Tesis: II.2o.P.243 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE. CRITERIO PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA CUANDO EL DELITO SE ACTUALICE BAJO ESTA CIRCUNSTANCIA DE COMISIÓN (INTERPRETACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 66 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL).

La regla contenida en el segundo párrafo del artículo 51 del Código Penal Federal adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, se estableció para resolver el problema del cómputo o fijación de la pena que se presentaba cuando la propia ley penal estipulaba que ciertas conductas se sancionaran en forma proporcional a la pena que correspondiera al delito intencional consumado; sin embargo, esa directriz, al tener como común denominador los ilícitos en los que subsistía el dolo o la culpa, verbigracia, los delitos tentados, culposos y calificados, no resulta aplicable a los delitos cometidos por error de prohibición vencible sancionados, especialmente, en la segunda parte del artículo 66 del mismo código, pues al configurarse esta hipótesis se excluye al dolo por eliminar, al menos de manera sustancial, sus aspectos cognoscitivo y volitivo (conocimiento y voluntad de realizarlo); lo anterior, acorde con la exposición de motivos y dictamen que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, y de la cual se aprecia que el legislador no tuvo la intención de sancionar los delitos cometidos por error de prohibición a que se refiere el inciso b) de la fracción VIII del artículo 15 del código mencionado, en la proporcionalidad de las penas que fija el segundo párrafo del referido artículo 51, ya que si esa hubiera sido su intención, así lo habría plasmado en la exposición de motivos, en el dictamen de origen o en su discusión, como lo encaminó en tratándose del error de tipo previsto en el diverso inciso a) de la citada fracción VIII, al establecer que en esos casos corresponde imponer la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización en términos del artículo 60 del invocado ordenamiento; circunstancia que incuestionablemente subsiste en la proporción de las penas a que se refiere el citado artículo 51, que remite expresamente a los preceptos 60 y 61 del mismo código. Lo que en el caso no aconteció en tratándose del error de prohibición, pues como se advierte, el legislador quiso dar un tratamiento diferente, alejado de los parámetros fijados en el aludido artículo 51, dado que, por política criminal, al tratarse de una figura procesal que se desvincula sustancialmente del dolo, impone una penalidad atenuada de hasta una tercera parte del delito de que se trate. Sin embargo, esta directriz únicamente marca el límite máximo a considerar de la pena aplicable, pero omite determinar el parámetro opuesto que sirva al juzgador para realizar una adecuada individualización de la pena; por lo que ante la ausencia de un parámetro mínimo en el referido artículo 66 es viable estar a la regla general de tres días de prisión que establece el artículo 25 del Código Penal Federal y de un día multa conforme al diverso 29 del referido código.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 84/2009. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Enrique Zavala Torres, secretario de tribunal autorizado para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Ortega Padilla.

En la siguiente tesis, la Primera Sala de nuestro Alto Tribunal hace una interpretación algo distinta respecto del error y la ignorancia, la cual nos parece confusa, al parecer, por no tomar en consideración lo aquí expuesto, en el sentido de que tanto la ignorancia como el error deben recibir igual tratamiento, tanto se equivoca el que no sabe, como el que sabe mal. Esta interpretación, aunada a la diversa sobre la carga de la prueba, confunde al lector, que en todo caso serán los juzgadores que deberán aplicar esta tesis obligatoria:

Registro No. 177030.

Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Octubre de 2005, Página: 181, Tesis: 1a./J. 116/2005, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PARTE DEL INculpADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO.

El código punitivo federal, prevé como causa de exclusión del delito, en su artículo 15, fracción VIII, inciso a), el error invencible que recaiga sobre uno de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Dicha causa de exclusión se actualiza cuando el agente del delito tiene una falsa apreciación o distorsión -error- sobre uno o más de los elementos, objetivos o normativos, del tipo penal. Debe distinguirse el error, que no implica más que un conocimiento falaz, de la ignorancia, que implica un desconocimiento total. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado, mientras que error, supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto. De lo anterior que el desconocimiento del narcótico transportado, respecto del delito contra la salud en su modalidad de transportación, previsto en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, no actualice la causa de exclusión analizada, consistente en un error sobre un elemento del tipo, a saber, el objeto material, sino que únicamente denota la ignorancia respecto del mismo, lo que en su caso, daría lugar a la ausencia del dolo, al faltar el elemento cognitivo constitutivo del mismo. Por ello, para que se actualizara un error sobre el objeto material del delito, sería necesario que el sujeto activo hubiese tenido una falsa concepción sobre su esencia, esto es, que hubiese creído que el narcótico no era tal, sino cualquier otra sustancia que pudiese transportar lícitamente. De ello que no corresponda la carga de la prueba de dicho desconocimiento al inculpado, lo que sí acontecería de actualizar éste una causa de exclusión del delito, atento al principio de que quien afirma está obligado a probar.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 116/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de agosto de dos mil cinco.

Se refiere al Apéndice la parte considerativa de la resolución que dio origen a la tesis antes transcrita para que se lea si se quiere profundizar en ese tema particular. Es conveniente revisar, al menos en esta ocasión, cómo es el proceso de elaboración de una sentencia que dará origen a una tesis de jurisprudencia, en la que es de destacarse que los órganos jurisdiccionales, al hacer su importante labor, también utilizan las exposiciones de los mejores autores de la doctrina penal, como en el caso particular se hacen valer los conceptos del español Muñoz Conde, así como de Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malarée y el propio Luis Jiménez de Asúa, lo que demuestra que la actividad de investigación no es estéril, ni una simple elucubración intelectual, sino que su mejor pretensión es tener funciones prácticas, como las que se esperan de este trabajo de investigación.

Como se advierte de su lectura, en la primera parte de la resolución los magistrados de uno de los tribunales contendientes hacen la interpretación del dolo directo mezclando las teorías causalista, como lo es la tesis de la Quinta Época que citan y los conceptos de Luis Jiménez de Asúa, con la finalista, que se la atribuimos a Muñoz Conde e incluso la manera de pensar del sistema funcionalista, con lo expresado por Juan Bustos y Hernán Hormazabal.

Por otro lado, aún cuando es una tesis de un Tribunal Colegiado, ésta se elaboró cuando los Magistrados interpretaron la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en conjunta aplicación con el Código Penal Federal, refiriéndose al tema del error de prohibición por ignorancia de la norma prohibitiva, veamos:

Registro No. 177300.

Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Septiembre de 2005, Página: 1461, Tesis: XXI.1o.P.A.20 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN. DEBE CONSIDERARSE QUE SE ACTUALIZA CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO TÍPICO REVELAN INEQUÍVOCAMENTE QUE EL SUJETO ACTIVO SE CONDUJO CREYENDO QUE SU CONDUCTA ESTABA APEGADA A DERECHO.

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto teniendo en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal. Por tanto, cuando una persona se presenta espontáneamente ante la ventanilla de atención al público de una zona militar, con el propósito de registrar un arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es factible aceptar que actúa bajo un error sobre el alcance de la norma, pues de conocer que la tenencia del arma de tales características no se permite a particulares, seguramente no habría intentado el trámite de registro, con el consecuente riesgo de ser considerado como un delincuente flagrante del delito de portación. Más bien, esa actitud de entregar sin temor el arma, revela que creía estarse conduciendo sin infringir disposiciones legales, motivo por el cual no puede decirse, desde la perspectiva del funcionalismo penal, que su intención haya sido delinquir, actualizándose así el error de prohibición previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 192/2005. 9 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretario: Miguel Ángel González Escalante.

Es de resaltar que éstas son las únicas tesis que se encontraron en materia de error al interpretar el CPF, de ahí la justificación del tema de este trabajo de investigación, pues se hace evidente que los servidores públicos, tanto de la procuración como de la impartición de la justicia penal en nuestro país, casi nunca aplican las diversas clases de error al resolver los casos concretos, aunque también puede atribuirse a la omisión de los abogados defensores, quienes no plantean estas causas de exclusión del delito como medio de defensa para sus defensos.

1.1. Caso particular en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

En la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos encontramos lo que parece ser la regulación de un caso de error de prohibición directo, en el sentido de que el activo, de quien se exige que sea de residencia extranjera, no conoce la ley que prohíbe la conducta antisocial y la sanciona de manera administrativa, pues sólo se aplica una multa simbólica por su mínima cuantía.

Es el caso del artículo que enseguida de transcribe:

Artículo 84 Bis.- Al que introduzca al territorio nacional en forma clandestina armas de fuego de las que no están reservadas para el uso del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, se le impondrá de tres a diez años de prisión.

Al residente en el extranjero que por primera ocasión introduzca una sola arma de las referidas en el párrafo anterior, únicamente se le impondrá sanción administrativa de doscientos días multa y se le recogerá el arma previa expedición del recibo correspondiente. Cuando a la persona a quien se le haya recogido el arma salga del país, se le devolverá el arma previa entrega del recibo correspondiente.

Como se aprecia con claridad, al residente extranjero, respecto de quien se presume que en su país de origen la portación de armas de fuego no está prohibida, introduce a territorio nacional un arma de fuego, únicamente se le sancionará con multa administrativa por el equivalente a doscientos días multa, se le recogerá el arma y se le entregará un recibo por la misma. Ésta será devuelta al extranjero cuando salga del país.

Así las cosas, el legislador federal dispuso como un caso específico de error de prohibición la ignorancia de la ley a la que nos referimos por parte del sujeto que proviene del exterior, destaca también que es un situación meramente objetiva, toda vez que no se requiere acreditar dolo o culpa, si el error fue

invencible o vencible, basta que sea un sujeto proveniente de otro país para que se beneficie con su propia ignorancia.

2. Código Penal para el Distrito Federal

Cuando en el año 2002 se expidió un específico Código Penal con vigencia territorial sólo para la Ciudad de México se llegó a decir que era el más avanzado del país. En el capítulo V de este código, textualmente se reguló el error como causa de exclusión del delito en estos términos:

“Artículo 29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

...

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código;

...

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.”

Como diferencias claras con la regulación federal, se advierten las que a continuación se analizan:

Como primera diferencia, se incluyó a la omisión como modalidad de la conducta con la que se puede incurrir en error. Si bien es correcto que se haga la distinción entre acción y omisión en sentido concreto, no era necesario pues en el término de acción se abarca siempre, tanto la acción concreta como la omisión. Y sí, efectivamente se puede omitir evitar la realización del resultado típico, cuando, por ejemplo, el salvavidas advierte el chapoteo en la alberca, pero erróneamente cree que es un perro que momentos antes había visto que se acercaba a la orilla, sin percatarse que era un niño quien se estaba ahogando y omitiendo por ello acudir a impedir el resultado típico muerte.

En una segunda diferencia se advierte que en lugar de referirse a los elementos esenciales del tipo penal, se estableció como: *Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate*. Esta redacción, a nuestro parecer, deja fuera del error los casos en que el sujeto activo yerra sobre elementos normativos del tipo, lo cual es un retroceso en cuanto a que es común que los elementos normativos, ya sean jurídicos, culturales o de la naturaleza, no sean percibidos por el activo, debido a su diferencia cultural.

En tercer lugar se observa que para el caso del error de prohibición, en la parte que interesa se señala que:

La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta

En donde no apreciamos mayor divergencia con el ordenamiento federal, que es en el mismo tenor. Basta hacer énfasis en que se reconoce el error (o ignorancia) que puede existir en relación con:

- a) la existencia de la ley;
- b) el alcance de la ley; o
- c) estar justificada su conducta, en relación con la actualización de alguna causa de licitud, como pueden ser la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

El autor Rodrigo Quijada comenta al respecto:

Es causal también de atipicidad el error de tipo que se produce cuando al autor del delito le falta la representación del contenido que se requiere para el dolo, o tiene de ésta una falsa representación. No pocos son los problemas prácticos que derivan de equivocaciones. Si, por ejemplo, el autor quiere matar a un cobrador y lo confunde con el chofer de la vecina a quien apuñala (*error in personam* o *in objecto*), no está protegido por la exclusión; tampoco si yerra sobre el curso causal de su acción, como sucedería cuando arroja a su enemigo al mar para que se ahogue y éste muere despedazado por la hélice del buque; mucho menos en la denominada *aberratio ictus* (error en el golpe), cuando el resultado de la acción recae sobre un objeto distinto al que pretendía (quiere lesionar a A, pero en el intento lesiona a B), o tampoco cuando se equivoca respecto del desarrollo de la acción (pretender asesinar a quien ya se ha asesinado por una acción previa).

El error de tipo se describe en la fracción IX, distinguiéndose expresamente del error de prohibición, según las exigencias finalistas.

De acuerdo con el legislador, se excluye el delito cuando la acción o la omisión se realizan bajo un error invencible en cuanto a alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate. El error es invencible, como su nombre lo indica, cuando no se puede vencer por los dictados de la razón, de la prudencia o del cuidado, determinando la equivocada apreciación.¹⁸⁴

Más adelante, en el capítulo VI del Código se regulan los casos de error vencible, que como se advierte, prácticamente es la misma regulación que en materia federal:

Artículo 83. (Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

¹⁸⁴ Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado y anotado*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2004, pp. 122-123.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito de que se trate.

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.

Como bien lo explica Quijada: “Si el error es vencible se aplica la norma del art. 83: la penalidad es la del delito culposo, cuando el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.”¹⁸⁵

Respecto de esta normatividad, Rubén Quintino¹⁸⁶ se hizo la pregunta relativa a ¿Porqué razón el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del tipo penal? Manifestando que ello es porque el dolo únicamente abarca el conocimiento de los elementos del tipo penal. Así que cuando el error de tipo resulta ser vencible para el sujeto activo, entonces el dolo debe excluirse, como lo dispone el primer párrafo del artículo 83 del mismo ordenamiento. De tal manera que si el error de tipo vencible afecta la existencia del dolo es porque dicho error recae sobre los elementos del tipo penal, pues el dolo precisamente está ubicado en el tipo y no en la culpabilidad.

En cuanto al error de prohibición, de la regulación se concluye que el legislador del Distrito Federal ubicó al dolo en el tipo y no en la culpabilidad, aclarando que el error de prohibición es el que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad del hecho y que dicha conciencia de la antijuridicidad está sistemáticamente ubicada en la culpabilidad, confirmando con ello que se siguió la teoría estricta de la culpabilidad.

Concluye nuestro autor en estudio que en materia del fuero local, se admitió la inclusión del dolo en el tipo, nunca en la culpabilidad:

¹⁸⁵ *idem.*

¹⁸⁶ Quintino Zepeda, Rubén, *Dolo y Error*, *op. cit.*, nota 170, pp. 48-50.

En los Código Penales el dolo suele estar definido de dos maneras: en forma positiva y en forma negativa:

a) Definición Positiva del dolo: Los Código Penales definen de manera positiva al dolo a través de una expresión en la que se indica por ejemplo: 'Obra dolosamente el que ...'

b) Definición negativa del dolo: Los Códigos Penales definen de manera negativa al dolo a través de una expresión en la que se indica por ejemplo: 'El delito se excluye cuando (...) el sujeto realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos del tipo'.

A continuación se identifican tanto la definición positiva como la definición negativa del dolo en el Código Penal para el Distrito Federal:

a) Definición positiva del dolo: 'Artículo 18. (...) Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate ... quiere o acepta su realización.'

b) Definición negativa del dolo: 'Artículo 29. El delito se excluye cuando (...) VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de (...) a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate...'

La definición positiva y la definición negativa del dolo (en principio) deben coincidir en su objeto de regulación. En el Código Penal para el Distrito Federal la definición positiva y la definición negativa del dolo coinciden porque:

El objeto de la definición positiva del dolo está referido al conocimiento de: '... los elementos objetivos del hecho típico de que se trate...'. (Artículo 18).

Mientras que el objeto de la definición negativa del dolo está referido al conocimiento errado de ‘... alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate...’(Artículo 29).¹⁸⁷

Por lo que hace al error de prohibición, el ya citado comentarista Quijada explica:

En el marco finalista el delito se excluye cuando hay error de prohibición. Este es causal de inculpabilidad y se produce cuando el agente yerra de manera invencible sobre lo antijurídico del hecho, creyéndolo lícito (error de prohibición directo) o sobre la concurrencia de una causa de justificación, creyendo que tiene permiso jurídico para actuar (error de prohibición indirecto o de permisión). Sólo el error de prohibición invencible excluye el delito, ya que el vencible o evitable es sancionado por el ordenamiento penal.

En el CPDF se excluye el delito cuando la acción o la omisión se realiza bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque cree que está justificada su conducta. Si el error de prohibición es vencible se aplica el artículo 83: la penalidad es de una tercera parte del delito que se trata.¹⁸⁸

Tal parece ser la interpretación que han hecho los tribunales federales, como se aprecia de las tesis que a continuación se exponen:

Registro No. 165555.

Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Enero de 2010, Página: 145, Tesis: 1a./J. 89/2009, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN. NO SE ACTUALIZA TRATÁNDOSE DEL DELITO DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN SI PREVIAMENTE EL DENUNCIANTE O QUERELLANTE FUE PROTESTADO PARA CONDUCIRSE CON VERDAD (LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL).

¹⁸⁷ *ibidem*, pp. 83-84.

¹⁸⁸ Quijada, Rodrigo, *op. cit.*, nota 184, p. 135.

Cuando la autoridad ministerial respeta la formalidad prevista en los artículos 276 y 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, consistente en informar previamente al denunciante o querellante acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza y sobre las penas en que incurren quienes declaran falsamente ante las autoridades, y aun así éste declara con falsedad en contravención a los artículos 311 y 312 del Código Penal para dicha entidad federativa, no se actualiza la causa de exclusión del delito relativa a la existencia de un error de prohibición, directo o indirecto, vencible o invencible, a que se refieren los artículos 29, fracción VIII, inciso b), y 83 del ordenamiento sustantivo indicado, pues si previamente el denunciante fue protestado para conducirse con verdad, queda superada toda falsa apreciación sobre la licitud de su conducta. En efecto, las causas excluyentes del delito deben acreditarse plenamente; de manera que aunque es factible que una persona acuda ante la autoridad ministerial con el propósito de rendir una declaración falsa, ya sea por desconocer la existencia o el alcance de la ley, o porque cree que su conducta está justificada, si la autoridad ante la cual va a declarar le informa sobre las consecuencias por conducirse con falsedad, y la declaración es rendida sin reserva o sin interrogante alguna sobre tal apercibimiento, entonces no puede sostenerse que actuó sin conocimiento de la ilicitud de su conducta o bajo una falsa apreciación de la verdad legal y, por tanto, no hay lugar para aludir a la figura del error.

Contradicción de tesis 49/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Décimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 12 de agosto de 2009. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Tesis de jurisprudencia 89/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve.

Además se encontró esta tesis, que si bien fue superada, es importante estudiarla debido a que muestra las formas de interpretación de nuestro tema de estudio.

Registro No. 167923.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIX, Febrero de 2009, Página: 1884, Tesis: I.2o.P.169 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN. LA APLICACIÓN DE SUS SUPUESTOS TRATÁNDOSE DEL DELITO DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN (LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL).

El artículo 29, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, contempla que el delito se excluye cuando la acción o la omisión se realicen bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque: a) el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma o b) porque cree que

está justificada su conducta; el primero consiste en el llamado error de prohibición directo, mientras que el segundo es conocido como error de prohibición indirecto; ahora bien, el que recae sobre la existencia de la norma se presenta cuando el autor se representa que no actúa antijurídicamente y también cuando ni siquiera ha reflexionado sobre tal aspecto; a su vez, en el relativo a su alcance puede afirmarse que el sujeto activo sí conoce la prohibición pero considera que por diversos aspectos no es aplicable, por lo que ignora que ha lesionado una norma jurídica obligatoria; mientras que en el supuesto de error indirecto se contempla que el autor conoce la norma jurídica, pero cree que su comportamiento se encuentra justificado. Tales errores de ser invencibles eliminan el segundo componente de la culpabilidad que es el conocimiento de la antijuridicidad y con ello se excluye el delito, mientras que si son vencibles, su consecuencia es una sanción atenuada. Bajo tal panorama, si el sujeto activo previo a denunciar la comisión de un hecho delictivo que afirma se cometió es protestado para conducirse con verdad y se le hacen saber las penas en las que incurrir los falsos declarantes, resulta incuestionable que no se halla en ninguno de los supuestos de error de prohibición, si inmediatamente después de ese conocimiento declara falsamente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 416/2008. 22 de enero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Escobar Ángeles. Secretario: Ricardo Delgado Quiróz.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 49/2009 resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 89/2009, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, página 145, con el rubro: "ERROR DE PROHIBICIÓN. NO SE ACTUALIZA TRATÁNDOSE DEL DELITO DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN SI PREVIAMENTE EL DENUNCIANTE O QUERELLANTE FUE PROTESTADO PARA CONDUCIRSE CON VERDAD (LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL)."

Nota: Esta tesis fue superada por contradicción.

Nuevamente vale la pena resaltar la escasa producción de tesis en materia de error, toda vez que no se explora en tema al resolver los casos concretos.

3. Código Penal Alemán

En razón de que el Derecho Penal alemán ha sido la guía de nuestro moderno Derecho Penal sobre todo para los países que seguimos la tradición jurídica romano canónica o de la zona central de Europa, se considera necesario analizar cómo trata nuestro tema de estudio el código penal germano.

Los párrafos que interesan, establecen:

&16. Error sobre las circunstancias del hecho

(1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

(2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.¹⁸⁹

En este párrafo encontramos la regulación del error de tipo. Al señalar que se trata del error sobre las circunstancias del hecho, se considera que se refiere a los elementos objetivos, aquellos que el ser humano puede percibir por medio de alguno o algunos de sus sentidos. Aunque la redacción del inciso (1) parece un tanto confusa, porque se refiere:

a) Al agente que comete un hecho;

b) Que al cometer el hecho, no conoce, esto es, que ignora una circunstancia que pertenece al tipo legal. Ello trae a colación que el tipo legal tiene varias circunstancias;

c) Y que cuando el agente actúe en esa ignorancia de una circunstancia del tipo legal, la consecuencia jurídica será que, si bien realizó una actividad, ésta no será considerada dolosa, pues al dolo le falta el elemento conocimiento de los elementos del tipo de que se trate. Vale recordar que el dolo tiene dos elementos, uno es el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal y el otro es querer la realización de todos los elementos del tipo penal específico.

Por lo tanto podemos válidamente concluir que para el legislador alemán, la ignorancia de alguno de los elementos del tipo penal, elimina al dolo.

¹⁸⁹ López Díaz, Claudia, traductora, *Código Penal Alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 9.

Enseguida establece que si ignora los elementos del tipo al realizar la conducta, por negligencia, descuido o falta de previsión, podrá sancionarse al sujeto activo por la comisión de dicho tipo pero culposamente, por ello, con una punibilidad atenuada.

En el párrafo segundo (2), podemos advertir que se refiere al error de tipo pero sobre circunstancias que agravan o atenúan la sanción, no sobre elementos esenciales de la descripción legal. El sujeto activo sí conoce y quiere la realización del tipo penal, esto es, actúa dolosamente, pero por error cree que el tipo penal que conoce y quiere realizar es uno que tiene una sanción benigna, cuando en realidad, por las circunstancias accidentales, está realizando un tipo penal agravado. En razón de dicho error sobre circunstancias no esenciales, sino accidentales, al colmar el tipo con circunstancias agravantes, como quería realizar el tipo penal más benigno, sólo podrá ser sancionado por ese tipo penal, es decir, con punibilidad atenuada.

Se estudia ahora lo relativo al error de prohibición, que expresamente lo refiere a la culpabilidad.

&17. Error de prohibición

Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al &49, inciso 1.¹⁹⁰

Se considera que en este párrafo 17 se regula el error de prohibición tanto directo como indirecto, en donde quedará eliminada la culpabilidad siempre que sea invencible. Si el error sobre lo injusto de su actuar es vencible, el agente recibirá una pena atenuada. Enseguida transcribimos el contenido del párrafo 49, inciso 1 al que se remite al intérprete.

&49. Causas legales especiales de atenuación

¹⁹⁰ *idem.*

(1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente:

1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua entera se aplica una pena privativa de libertad no menor de tres años.¹⁹¹

Como se ve, es una punibilidad bastante benigna con el sujeto que yerra, pero venciblemente, sobre la ilicitud de su conducta, de no menos de tres años de prisión, pero que bien puede ser de dicha temporalidad.

Comenta Rodríguez Devesa sobre la regulación del error que se realizó en el Código Penal alemán vigente al mes de agosto del año 1995:

El C. p. alemán, & 16, con la rúbrica 'error sobre las circunstancias del hecho' dispone: "1. El que al cometer el hecho no conoce una circunstancias que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. Permanece intacta la punibilidad a causa de comisión culposa. 2. El que al cometer el hecho admite erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley penal más benigna, sólo puede ser penado por comisión dolosa con arreglo a la ley más benigna." El & 17 regula el error de prohibición en estos términos: "Si en el momento de la comisión del hecho, carece el autor del conocimiento de que está realizando un acto injusto, actúa sin culpabilidad si no pudo evitar dicho error. Su hubiera podido evitar el error la pena puede ser atenuada con arreglo al 49, apartado 1." Este último precepto relaciona la sustitución de penas privativas de libertad o pecuniarias por otras inferiores. La literatura germana distingue entre un error de prohibición directo y el indirecto. Los ejemplos que aducen del primero son, en realidad, casos de ignorancia de la ley. El error de prohibición indirecto depara dificultades sin cuento para delimitar los supuestos en que el sujeto se cree equivocadamente amparado por una causa de justificación y el error sobre las circunstancias del hecho. Pues, el sujeto puede entender que va a ser víctima de una agresión ilegítima y reacciona contra esa inexistente agresión como si se hallase en una situación de legítima defensa (legítima defensa putativa). Una defectuosa interpretación de los hechos (error sobre las circunstancias del hecho) determina la

¹⁹¹ *ibidem*, p. 15.

creencia errónea de que se actúa lícitamente. Estas dificultades explican que en el Congreso de Budapest de 1978 no pudiera llegarse a una fórmula satisfactoria respecto al error.¹⁹²

Es la doctrina, que después permeará a las resoluciones de los diversos Jueces y Magistrados que resolverán cada caso concreto, la que se encarga de interpretar y delimitar el alcance de cada clase de error, pues la legislación es sumamente ambigua, no tiene la precisión que con frecuencia procuran imprimir en las normas los legisladores mexicanos, es claro que esta precisión es favorable a una mejor impartición de justicia penal, con pleno respeto de las garantías individuales de los procesados.

4. Código Penal Español

En el portal de Wikipedia¹⁹³ se pudo consultar que después de finalizar la Guerra Civil española, se conformó una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones de prácticamente militarización de la vida civil, por lo que hasta 1944 se promulgó un nuevo código en consonancia al autoritarismo vigente en Europa. En esta normatividad se restableció la pena de muerte, se fijaron penas más severas, procurando mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales. Sin embargo se mantuvo el principio de legalidad y la prohibición de analogía.

El Código Penal de 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, hasta que se publicó un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973, con modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático, previstas en los Pactos de la Moncloa y una copiosa legislación en materia de terrorismo.

Las reformas en comento culminaron con la Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio de ese año, con la que se reformó parcialmente al Código Penal, en el que

¹⁹² Rodríguez Devesa, José María y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal español, parte general*, 18ª. ed., Madrid, Dykinson, 1995, p. 636.

¹⁹³ http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Penal_de_Espa%C3%B1a

se proclamó la supremacía del principio de culpabilidad frente al de responsabilidad objetiva, se actualizó la parte general en materias como el error y el delito continuado, además de modificar sustancialmente la parte especial, incorporando numerosas mejoras técnicas ya previstas en el proyecto de 1980.

Nuevas reformas se produjeron en 1985 en materia de delitos contra el Fisco y contra la Seguridad Social; se despenalizaron algunos supuestos de aborto, posteriormente, en 1988 establecieron modificaciones a los delitos relativos al tráfico de drogas, exhibicionismo y provocación sexual.

En la Ley Orgánica 3/1989, se actualizó el Código Penal, no obstante la doctrina la consideró como parches al Código, en el que se implementó el principio de intervención mínima, modificándose además los delitos de lesiones, contra la libertad sexual, malos tratos habituales, explotación de menores en la mendicidad, entre otros.

Estos esfuerzos legislativos culminaron con la expedición de un nuevo código Penal, el llamado Código Penal de la Democracia, totalmente adecuado al Estado social y democrático de Derecho, en el año 1995.

Por lo que hace a nuestro tema de estudio, José A. Sáinz Cantero nos explica algunos pormenores de la evolución del error en el Código Penal español:

“Hasta la reforma de 1983, el error carecía de regulación legal en nuestro ordenamiento, pudiendo decirse que constituía una de las cuestiones más huérfanas de atención de las que el Derecho Penal planteaba. La doctrina jurisprudencial había suplido la laguna legal, en los últimos años, asumiendo las soluciones que la doctrina científica proponía, inclinándose en lo que al error vencible de prohibición se refiere, por las soluciones propiciadas por las teorías del dolo.

La Reforma Parcial y Urgente de 1983 ha incorporado un tratamiento expreso al problema del error. El art. 6 bis a), que introduce dispone: *El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad o la agravación en su caso.*

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66'.

El art. 66 prevé la atenuación de la pena, en uno o dos grados, a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los supuestos que contempla el art. 8.

Esta previsión procede del art. 20 del Proyecto de Código Penal de 1980, inscribiéndose, por tanto, en un contexto muy distinto al que la Reforma de 1983 lo ha incorporado. Por eso, si, en principio hay que aplaudir que se haya regulado por primera vez el error en nuestra legislación, hay que objetar que se ha hecho propiciando soluciones que, para un texto primitivo nuevo, con estructura, respecto a otras áreas, diferente, pueden resultar aceptables, pero que son de difícil asunción, cuando se introducen en un organismo tradicional, de talante muy distinto a los cuerpos legales extranjeros que suscitaron el nacimiento de las soluciones que la Reforma de 1983 importa. El debate doctrinal que la nueva regulación ha provocado en poco tiempo, puede dar idea de lo discutido de la regulación que establece.¹⁹⁴

Veamos ahora la vigente Ley Orgánica 10/1995, de fecha 23 de noviembre de 1995,¹⁹⁵ primero se transcriben los numerales y después se hacen los cometarios pertinentes.

Artículo 14.

¹⁹⁴ Sáinz Cantero, José A., *op. cit.*, p. 705-706.

¹⁹⁵<http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Parece que el legislador español trata de emular al alemán, pero ello deja una legislación poco clara, siendo superada por la regulación mexicana de los errores de tipo y de prohibición.

Por lo que respecta al primer párrafo de este artículo se observa que un error invencible sobre hechos constitutivos de la infracción penal excluye la responsabilidad penal, con lo que se puede concluir que se hace referencia al error de tipo invencible. Por otro lado, el error de tipo vencible deja subsistente la posibilidad de imponer al autor la punibilidad por el delito imprudente.

En el error sobre circunstancias agravantes o que cualifiquen el tipo, excluirá la aplicación de la pena agravada. Son errores de tipo pero sobre circunstancias no esenciales, por lo que se podrá imponer la punibilidad correspondiente al tipo penal básico que corresponda.

En el párrafo tercero es clara la referencia al error de prohibición, siempre que se considere que la 'ilicitud' es la antijuridicidad. En este caso, cuando es invencible, excluye totalmente la responsabilidad penal.

En la siguiente parte del antes citado párrafo, se encuentra la regulación del error de prohibición vencible, el que simplemente atenuará la punibilidad. Cabe resaltar que no se hace diferenciación alguna respecto del error de prohibición directo del indirecto, por lo que se podría aplicar la excluyente o atenuación de la

pena en los casos de ignorancia, como de error en la percepción de la mencionada ilicitud.

Como ejemplo de que en el Código Penal español no se utiliza el sistema de números cerrados (*numeros clausus*) para establecer cuáles delitos podrán ser sancionados como culposos, transcribimos los relativos al delito de homicidio:

Artículo 138

Al que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a quince años.”

“Artículo 142

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.¹⁹⁶

Es opinión de Enrique Bacigalupo que: “El error sobre los elementos del tipo objetivo está regulado en el art. 14.1 y 2 CP. La primera parte del texto legal se refiere al error sobre ‘los hechos constitutivos de la infracción’; la segunda concierne a los hechos cualificantes o circunstancias agravantes. La distinción – como hemos visto al tratar de las circunstancias- carece de toda relevancia dogmática, dado que los hechos cualificantes son elementos del tipo penal.”¹⁹⁷

Y continúa criticando la redacción del artículo 14 del Código Penal español en el tema del error de prohibición:

Si la expresión ‘ilicitud’ del artículo 14.3 del nuevo Código Penal se entiende como comprensiva de la tipicidad y la antijuridicidad (en el sentido de ‘injusto’: *Untrecht*), entonces nuevamente se habrá elegido una distinción inadecuada para los objetos posibles del error relevante en el Derecho penal. En efecto, desde este punto de

¹⁹⁶<http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>

¹⁹⁷ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, p. 315.

vista todos los elementos del tipo y de la antijuridicidad son elementos de lo ilícito, con lo cual el error del párrafo tercero se superpondría con el error sobre los hechos del párrafo primero, dado que éstos pertenecen a lo ilícito. Consecuentemente, 'ilicitud', en el sentido del art. 14.3 del nuevo Código Penal, se debe entender como sinónimo de antijuridicidad, pues de lo contrario sería posible distinguir dos especies de error con distintas consecuencias jurídicas, como ha pretendido el legislador. Ello impide, al mismo tiempo, considerar el error sobre los elementos normativos como un error sobre la 'ilicitud'.

Tampoco resuelve el problema retornar a la superada distinción error de hecho/error de derecho: no todos los elementos normativos son conceptos jurídicos. Sin perjuicio de ello, retomar dicha distinción implicaría desconocer que 'la distinción decisiva de ambas especies de error no se refiere a la oposición hecho-concepto jurídico, sino a la distinción tipo-antijuridicidad'.

Por lo tanto, es claro que el art. 14 del nuevo Código Penal guarda silencio sobre el tratamiento que se debe dar a los elementos normativos del tipo (ejemplos: 'ajenidad' de la cosa en el art. 234 del nuevo Código Penal; 'dignidad de la persona', 'fama', 'propia estimación' en el art. 208, 'exhibición obscena', art. 185).¹⁹⁸

Críticas con las que se coincide, pues al ser la redacción de los artículos poco clara, deja amplios márgenes a la interpretación judicial que podrían resultar arbitrarias en agravio de los derechos procesales y sustantivos de los procesados.

5. Código Penal Colombiano

Es satisfactorio encontrar que los autores colombianos sí han desarrollado amplia doctrina en relación con el error, lo que nos permite comparar, no solo la legislación existente, sino la forma como se interpreta y aplica la ley en este importante tema.

¹⁹⁸ *ibidem*, pp. 316-317.

En el Código Penal Colombiano, expedido por el Congreso de Colombia por Ley 599 de 2000, se regula el error como causa de ausencia de responsabilidad penal de la siguiente manera:

Art. 32.- No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

Art. 56.- El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, la ignorancia o pobreza extremas, en cuanto haya influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.¹⁹⁹

¹⁹⁹ *Código Penal Colombiano*, 4ª. ed., Bogotá, Temis, 2009, pp. 21-22, y 37.

De la lectura del artículo 32, se observa que la regulación del error es un tanto confusa y complicada, ya que si bien se establecen tanto al error de tipo, como al error de prohibición, ya sean invencibles o vencibles, los mezclaron haciendo complicada su sistematización. Sin embargo, ya con los conocimientos acumulados podemos hacer las diferenciaciones del caso.

Barbosa Castillo²⁰⁰ comenta que en código en estudio se regula de manera conjunta todas las causales de exclusión de la responsabilidad, sin distinguir expresamente los que excluyen la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. Que no obstante lo anterior, se pueden identificar los rasgos fundamentales de la teoría limitada de la culpabilidad.

En el párrafo 12 se estableció de manera expresa que la conciencia de la antijuridicidad es exigible en cada caso concreto, excluyendo definitivamente el conocimiento actual de la antijuridicidad, que es propio de la teoría del dolo. Continúa argumentando que se diferencian las hipótesis de error vencible que pueden dar lugar a la modificación de la imputación subjetiva, desplazando la imputación dolosa a la culposa, de aquellas que no toleran tal consecuencia en el error vencible y que solo dan lugar a una reducción punitiva, por lo que esta nueva regulación especifica el grado de reducción punitiva en caso de error vencible de prohibición.

Dice que aunque se hace la diferencia entre error de tipo y error de prohibición, no se acogen las consecuencias extremas de la teoría estricta de la culpabilidad para los casos de error sobre fundamentos fácticos de causales de justificación o inculpabilidad, sino que les da a esta hipótesis un tratamiento análogo al de los errores sobre el tipo.

Pasamos ahora a revisar los interesantes conceptos del autor Miguel Ángel González Reyes, quien tiene la virtud de hacer un análisis de otras opiniones que otros autores colombianos hacen sobre el tema.

²⁰⁰ Barbosa Castillo, Gerardo, "Lección 23: Error de prohibición", *Lecciones de Derecho Penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 382.

Al respecto sostiene Fernando Velásquez Velásquez, que sin duda alguna, otro de los logros del código es el atinente a la forma como se ha previsto la concepción del error en el artículo 32, que contiene una enumeración de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, en todos los estratos de la conducta punible, en sus numerales 10ª a 12ª. La inclusión de las causales básicas –cuya enunciación no es taxativa- de exclusión del hecho punible en sus diversos estratos –acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, en una única disposición al estilo del modelo español, parece saludable y posibilita un buen desarrollo dogmático.

De otra parte, la novedad en la regulación del error en el nuevo código penal, básicamente se manifiesta en lo siguiente: se da un tratamiento distinto al error de tipo y al error de prohibición, cuando se trata de error vencible, pues sanciona por el delito doloso, pero con reproche atenuado, conforme a los parámetros de la teoría finalista, siendo obligatoria la rebaja de pena. Por el contrario, cuando se trata de error sobre los presupuestos objetivos de una causal de no responsabilidad, la solución que se da es conforme a la teoría causalista, esto es, sanción por culpa si existe el respectivo tipo culposo.

Sobre los aspectos anteriores, sostiene Nodier Agudelo Betancur que la reforma contiene puntos fundamentales que van más allá de una simple sistematización de la normatividad penal, antes dispersa, esto ya de suyo bien importante. Agregando que algunos cambios en apariencia meramente dogmáticos, implican posturas de política criminal bien decisivas. Para sostener su punto de vista, coloca como ejemplo el caso de la punición del error vencible de prohibición como conducta dolosa, acarreando sólo una rebaja de la pena, frente a la casi general absolución del código del 80, que lo sancionaba a título de culpa, cuando se preveía el tipo culposo, lo que conllevaba entonces a la responsabilidad apenas de manera excepcional.

Concluyendo que lo anterior puede verse como opción de política criminal más exigente para el ciudadano, pero también para el funcionario, a quien se le pide más deber de diligencia y cuidado, lo que significa mayor protección para aquél. Basta pensar en los delitos de prevaricato, abuso de autoridad, detención

arbitraria, prolongación ilícita de la libertad, y en las consecuencias para el funcionario indolente frente a la libertad.

Manuel Cordero Pardo acota que en efecto, la Ley 599 de 2000, introduce cambios en la parte general, que resultan bien significativos de cara a la teoría del delito que se manejó en el país, y que plantean desafíos interesantes para la teoría del derecho penal colombiano. Sostiene que estos cambios devienen trascendentes y obligan a repensar los criterios tradicionales de la teoría del delito que siempre se ha expuesto en el país.

Corredor Pardo, analizando los cambios introducidos en la normatividad penal, sostiene que según la disposición del artículo 9º, que al definir la conducta punible en la forma habitual como típica, antijurídica y culpable, establece con vigor que: 'la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado'. Lo cual en su criterio muestra una diferencia esencial con el texto del artículo 21, del código derogado, que contiene una referencia a la simple causalidad como único factor de imputación de resultado, exigiendo que éstos debieran ser consecuencia de la acción o de la omisión de un autor.

Así mismo, agrega que si bien el artículo 11º del actual código define el concepto de antijuridicidad, repitiendo en términos generales el contenido del artículo 4º del código derogado, estableciendo el concepto de antijuridicidad material en lugar del criterio formal de ella, se insiste ahora con énfasis renovado, en la necesidad de lesión efectiva del bien jurídico o la puesta efectiva en peligro de dicho bien jurídico. Y en consecuencia teórica elimina las causas de justificación formales previstas en la ley, para admitir toda clase de circunstancias en forma general, como excluyentes o permisivas del contenido del injusto típico.

Como resultado de lo acabado de afirmar, el artículo 32, del nuevo código penal coloca integrándolas, las antiguas causas de justificación del hecho –del artículo 29, anterior- y las causas de inculpabilidad –del artículo 42º derogado- bajo el concepto más amplio y genérico de causas de ausencia de responsabilidad, en que aparecen, tanto las llamadas causas legales de justificación del hecho, y las causas de exclusión legal de culpabilidad, del código anterior.

Sostiene Manuel Corredor Pardo que no se puede afirmar que hayan desaparecido las categorías teóricas del delito y menos de la antijuridicidad, como su esencia de contradicción 'objetiva' –objetivada- con el derecho, y de la culpabilidad del autor en cuanto conocimiento y voluntad personales que realizan el acto injusto. Sino que desaparecen legalmente regladas las causas que excepcionalmente justifican el acto típico, como un segundo e inmediato juicio de eliminación del injusto, contenido en el tipo como indiciario de antijuridicidad.

Desde este punto de vista, las consecuencias son diversas especialmente frente a la teoría del error, y eventualmente respecto de las indemnizaciones civiles por acto injusto –antijurídico-. Pero como resulta evidente el tipo penal que siempre fue expresión positiva de antijuridicidad, ahora cobra un inusitado vigor como expresión de injusto penal en la nueva estructura de la ley penal.²⁰¹

Más adelante, el autor²⁰² reseña la exposición de motivos del decreto que expidió el nuevo código penal de 2000, afirma que la regulación es clara en cuanto a contenidos y efectos de las diferentes manifestaciones del error. Que es positivo que se hayan agrupado bajo una misma fórmula y con asignación de los mismos efectos, tanto al llamado error de tipo y sobre los presupuestos fácticos de una causal eximente de responsabilidad, ya que el error invencible excluye la responsabilidad; y el vencible será punible por la vía de la modalidad culposa si ésta es admitida en el propio código.

Que al interpretar conjuntamente el contenido del inciso 2 del artículo 12, se reconoce el error de prohibición cuando se ha llevado a cabo por el agente un esfuerzo razonable de reflexión e información por salir de cualquier duda que sobre lo prohibido de su actuar. En supuesto del error de prohibición invencible se aplica una exoneración de responsabilidad, pero que el error vencible no excluye el dolo, implicando reproche menor.

Por ello, del artículo 32 se puede extraer que norma la ausencia de responsabilidad penal en relación con las figuras del error, tanto en el numeral 10,

²⁰¹ González Reyes, Miguel Ángel, *Tratamiento del Error en el Derecho Penal*, nota 126, pp. 93-96.

²⁰² *ibidem*, pp. 97-100.

que dice: *Se obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos fácticos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley hubiere previsto como culposa, como en el 11, en el que se estableció: Se obre con la convicción errada e invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará hasta en la mitad.*

En su segundo párrafo quedó redactado así: *Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.* Así también que se suprimió el Principio de Conocimiento de la Ley, lo cual lo extrae de la exposición de motivos, en la que se razonó que un aspecto que debe destacarse en el texto aprobado, es la supresión del llamado principio de conocimiento de la ley penal, el cual recogía el artículo 10º, del código penal de 1980, que disponía que: *La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella.* Comenta al autor Jesús Orlando Gómez López, quien afirma que dicha supresión es una aplicación más de una visión democrática del derecho penal, ya que la norma anterior, contravenía el principio de culpabilidad, y que antes de un principio, era una afirmación de fuerza, una reiteración de la presunción de conocimiento de la ley, precepto este incompatible con el espíritu de los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Política de 1991.

En ese tenor, que la supresión referida, permite una concepción más democrática y real de la culpabilidad. Y tal como se señaló en la exposición de motivos “Con ello se brinda un importante instrumento para el manejo del error de prohibición”. Para la visión democrática del derecho penal y de la culpabilidad, el texto del nuevo código penal representa al menos, en relación con la culpabilidad, un esperanzador punto de apoyo en la humanización y democratización del sistema penal.

Así que en la actualidad, las afirmaciones que rezan: *La ley se presume conocida, la ignorancia de la ley no sirve de excusa,* como recuerda Gómez

López, pertenecen en su origen al derecho civil desde la época del antiguo derecho romano y que luego fue adoptado por el artículo 10º del código penal de 1980. Pero que en esta moderna regulación, la afirmación de conocimiento de la ley ha sido derogada y por lo mismo no queda obstáculo legal alguno para aceptar como excusa la ignorancia de la ley penal, claro está, salvo los casos en que el hecho corresponda a la violación de derechos fundamentales, pues en dichos supuestos no es aceptable su ignorancia como excusa.

Después, comenta las opiniones de otro autor, Fernando Velásquez Velásquez, relativas a los supuestos de error que, a su juicio, se observan en la regulación del artículo 32, numerales 10 a 12:

En primer lugar, eventos en los cuales el agente obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica –numeral 10º, inciso 1º- esto es, el error de tipo invencible.

En segundo lugar, casos en los que el autor actúa con error invencible de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad –numeral 10º, inciso 1º-. Esta consagración alude a una de las modalidades del error de prohibición indirecto, esto es, al llamado error de tipo permisivo invencible, que el texto aprobado, siguiendo las directrices propias de la teoría limitada de la culpabilidad, trata para efectos punitivos como error de tipo.

En tercer lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra con error invencible de su licitud-numeral 11, inciso 1º.

Lo cual sucede cuando el agente actúa en un error de prohibición invencible, trátase del directo o de las restantes modalidades del indirecto: error sobre los límites o sobre la existencia de una causal de justificación.

En cuarto lugar, hipótesis en las cuales el agente actúa con error vencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica –numeral 10º, inciso 2º- se hace en este caso, referencia a los errores de tipo vencible.

En sexto lugar, hechos en los cuales el autor de la conducta obra con error vencible de su licitud –véase numeral 11º, inciso 2º- con lo cual se da cabida a todas las modalidades restantes de error de prohibición vencible.

En séptimo lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra en una situación de error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno. Esto es, el llamado error sobre un supuesto de hecho más benigno – artículo 10º, inciso 3º-.

Y en octavo lugar, aquellos casos en los cuales el autor actúa por error invencible sobre una atenuación de la punibilidad –numeral 12º, artículo 32º- más conocido como error sobre las atenuantes.

Afirma Fernando Velásquez, que de las ocho hipótesis anteriormente planteadas, son auténticas causas de exclusión de responsabilidad penal las tres primeras, en cuanto consagran los errores invencibles. Las cinco últimas, hacen referencia a las modalidades vencibles o evitables, o a eventos en los cuales el error sólo alcanza parcialmente el tipo o la punibilidad. Las situaciones enumeradas en cuarto y quinto lugar, son causales condicionadas de exclusión de la responsabilidad penal, pues la conducta llevada a cabo por el agente es punible sólo cuando la misma ley penal la prevé a título de culpa o imprudencia, de lo contrario no. La sexta, a su vez, no excluye la responsabilidad penal pero aminora la pena en la mitad.

En conclusión sostiene Fernando Velásquez, que el codificador ha previsto con toda claridad las diversas modalidades de error de prohibición y nada impide sostener una teoría de la culpabilidad amplia para la cual, en los casos de error de prohibición vencible, se pueda prescindir de pena cuando ésta –por argumentos de corte político criminal, que ahora han encontrado plena expresión legal en el artículo 3º, donde aparecen consagrados los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad- no cumple con los cometidos que le han sido asignados.²⁰³

²⁰³ *ibidem*, pp. 100-102.

6. Tesis aisladas y de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ahora se hace una revisión de las escasas tesis en relación con el error que han sido emitidas por las salas del más alto Tribunal mexicano, ajenas a los códigos penales federal y del Distrito Federal ya comentados, lo que hace evidente la falta o ausencia de aplicación del error por los actores del drama penal.

Una tesis de la Séptima Época que podría parecer antigua, pero que no lo es, pues contendió en una contradicción de tesis resuelta en 2007, es muy clara en lo que se ha entendido desde 1984 en nuestro país sobre el error.

Registro No. 234174.

Localización: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 187-192 Segunda Parte, Página: 29, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICION CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.

Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aun conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisón. El yerro del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva",

como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg. Notas:

En el Informe de 1984, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD."

Por ejecutoria de fecha 24 de enero de 2007, la Primera Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 146/2006-PS en que participó el presente criterio.

Genealogía: Informe 1984, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 25, página 22.

En relación con esta tesis, el autor Quijada nos aporta parte de la ejecutoria que le da origen, la cual es también ejemplificativa del tema de esta investigación, debiendo recordarse que esta resolución se refiere al Código Penal que regía tanto para los delitos del fuero federal como del fuero común, tal cual era la nomenclatura de esos años:

El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directo. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisión. El yerro del autor recae, en ésta última hipótesis, en la creencia de una 'proposición permisiva', como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error

incidirá respecto de la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.²⁰⁴

En interpretación del CPDF tenemos la siguiente tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que desde las reformas constitucionales y legales de 1995, es a la que corresponde resolver, en última instancia, los juicios en materia civil y penal.

Registro No. 175596.

Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Marzo de 2006, Página: 208, Tesis: 1a. CIX/2005, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

El artículo 15 del Código Penal Federal establece como causa de exclusión del delito, entre otras, la existencia de un error invencible, bajo el cual se realiza la acción u omisión, que recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal. El error es una falsa apreciación sobre la realidad y se distingue de la ignorancia en que ésta implica un desconocimiento total y conlleva una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado. Entonces, el error de tipo consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos -sean de naturaleza objetiva o normativa- exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Este tipo de error, como causa de exclusión del delito, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa; de manera que si el error es invencible (insuperable), esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal, pero no se excluye por completo si es vencible (superable), sino que en términos del artículo 66 del citado ordenamiento actúa como aminorante, pues se aplica la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite tal forma de realización.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

²⁰⁴ Quijada, Rodrigo, *op. cit.*, nota 184, p. 135.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió.

7. Tesis aisladas y de jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito

Haciendo una búsqueda en las tesis que en el tema de interés hubieren emitido los Tribunales Colegiados de Circuito, que iniciaron su existencia y funciones jurisdiccionales en el año 1951, también se advirtió una escasa producción sobre el error, de todos modos se analizan las que fueron localizadas.

En lo que se conoce como error *in personam*, tenemos la siguiente tesis aislada que al leerla con atención se nota que se refiere más a cuestiones procedimentales que sustantivas.

Se establece que en los casos de error en la persona, el Juez, al individualizar la sanción, no tomará en consideración las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, ya que éste no era el objeto material de la conducta dolosa del activo.

En cambio, el Juzgador deberá valorar para resolver en la sentencia los aspectos referentes a:

- 1) las particularidades subjetivas en las que el activo deliberó y ejecutó el delito (dolo);
- 2) así como las cualidades inherentes a la persona contra la que iba dirigida la acción, esto es, de las que no se puede desprender naturalmente.

Registro No. 164785.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Abril de 2010, Página: 2732. Tesis: VII.1o.P.T.159 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ QUE, AL INDIVIDUALIZAR LA PENA POR HECHOS QUE ACTUALIZAN ESTA FIGURA, NO TOME EN CUENTA LOS REQUERIMIENTOS DEL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2003, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Del artículo 19 del Código Penal para el Estado de Veracruz, vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil tres, se advierte que cuando alguien por error cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, al individualizar las sanciones, no serán puestas a su cargo las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valuadas para ese fin las particularidades subjetivas en las que el activo deliberó y ejecutó el delito, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que iba dirigida la acción; de donde se sigue, por ejemplo, que si el inculpado, al confesar su acción, manifestó que tenía la deliberada intención de privar de la vida a una persona, pero por error privó de la vida al menor que lo acompañaba, circunstancia que quedó plenamente comprobada, es indudable que se actualizó el instituto jurídico denominado "error inesencial o accidental"; en consecuencia, la determinación del Juez que, al individualizar las sanciones por hechos que actualicen aquella figura, no tome en cuenta los requerimientos establecidos en el citado artículo 19, viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y DE TRABAJO DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 697/2009. 19 de noviembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Soto Ortiz. Secretario: José Rivera Hernández.

En esta otra tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de error de prohibición, se explica que éste no siempre será aplicable en todos los casos o delitos, como ejemplo de la inaplicabilidad del error se tiene el del homicidio ya es bien sabido por todos los integrantes de la comunidad, sin contar circunstancias de analfabetismo, que está prohibido, pues se atenta contra el bien máspreciado por el ser humano, la propia vida, así que nunca podrá ser objeto de valoración la privación de la vida de una persona y alegarse que no se tenía conciencia de la antijuridicidad de tal resultado, debido al atraso cultural del agente.

Registro No. 204419.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, II, Agosto de 1995, Página: 470, Tesis: XX.23 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD A QUE SE CONTRAE EL ARTICULO 58 DEL CODIGO PENAL. HIPOTESIS EN QUE RESULTA INOPERANTE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).

El artículo 58 del Código Penal establece: "Cuando el hecho se realice por persona o personas quienes por error, ignorancia sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en razón del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, o al amparo de prácticas, tradiciones o gestiones comunitarias, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la correspondiente al delito de que se trate." Por tanto, si de las constancias de autos se acredita el atraso cultural del quejoso, debido a su analfabetismo y desconocimiento del idioma español, tal circunstancia no es obstáculo que le impida conocer que el hecho de privar de la vida a un ser humano, es un acto ilícito, reprobado por la sociedad, la religión y la ley, en cualquier parte del mundo e incluso en todas las épocas, a partir de que el hombre empezó a vivir en comunidad, de ahí que, aun cuando fuere cierto que su víctima "le estaba causando daño", a través de "brujería", la verdad es que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, lo cual es bien sabido por todos los seres pensantes. En tales condiciones la atenuante de la pena a que se contrae el artículo 58 del ordenamiento legal en comento, resulta inoperante.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 218/95. Lucas Ruiz Pérez. 1o. de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Luis Armando Mijangos Robles.

La siguiente tesis hace referencia al caso en que se impone a un sujeto activo la sanción correspondiente al delito de violación equiparada, por tratarse la pasivo de una niña que en el momento del hecho delictivo tenía menos de catorce años de edad.

El abogado defensor seguramente alegó que se trataba de un caso de error de tipo, toda vez que el activo no conoció ni quiso imponer la cópula a una menor de 14 años, sino a una mayor de esa edad, lo que transformaría la valoración jurídica a un posible delito de estupro, evidentemente sancionado con una pena atenuada o inclusive a una ausencia total de delito, al ser una relación sexual totalmente consensuada, sin fines ilícitos.

En este caso se advierte que se logró acreditar que el autor, al momento de copular con la pasivo, tuvo pleno conocimiento de que se trataba de una mujer mayor de catorce años de edad, por haberlo referido así la pasivo y porque de su apariencia exterior, denotaba tal edad. Lo anterior tuvo como resultado la excluyente de delito conocida como error de tipo.

Registro No. 210120.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XIV, Noviembre de 1994, Página: 548, Tesis: XV. 1o. 70 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

VIOLACION EQUIPARADA, ERROR INVENCIBLE CUANDO LA MENOR DICE TENER UNA EDAD MAYOR A LA QUE TIENE, LA CUAL APARENTA.

Siendo la edad de la ofendida un elemento constitutivo del delito de violación equiparada, debe acreditarse, sin lugar a dudas, que el sujeto activo sabía que la ofendida tenía menos de catorce años de edad, y si la menor le afirmó tener una edad mayor a la citada y en el certificado ginecológico se establece que dado su desarrollo físico pudo aparentar la edad que dijo tener ella, razón por la que la conducta llevada a cabo por el quejoso fue bajo un error invencible, por ende, se actualiza la excluyente del delito prevista en la fracción X del artículo 23 del Código Penal del Estado de Baja California, como es el error en el tipo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 354/94. Horacio Orozco Márquez.

En lo que se refiere al error de tipo, tenemos la siguiente tesis en la que se explica con precisión los elementos de dicho error, que son:

- a) desconocer alguno de los elementos esenciales objetivos del tipo penal;
- o
- b) tener una falsa representación de alguno de los elementos esenciales del tipo, que impiden percibir correctamente el evento típico y querer que se concrete en el mundo fáctico.

Registro No. 174748.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Julio de 2006, Página: 1182, Tesis: I.2o.P.134 P. Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

DELITO PROVOCADO. LA INTERVENCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS EN LA MECÁNICA DELICTIVA PARA CONOCER QUIÉN Y CÓMO SE DELINQUE NO ES UNA INSTIGACIÓN A COMETER EL HECHO.

Si los servidores públicos reciben una denuncia anónima en la que se proporcionan datos de la ejecución de la conducta delictuosa por parte del sujeto activo y con motivo de ello se insertan en la mecánica delictiva preestablecida con el propósito de conocer las circunstancias del hecho así como la plena identidad del agente, no puede afirmarse válidamente que ellos instigaron a éste a cometerlo porque, en principio, aquéllos intervinieron con el fin de verificar la denuncia

anónima, por lo que no actúan dolosamente; en segundo lugar, de manera alguna influyeron en la voluntad del autor para que decidiera realizar el delito materia del proceso, quien ya tenía establecidas las condiciones para la ejecución del mismo; además, el provocado no actúa bajo un error de tipo (vencible o invencible) porque no desconoce alguno de los elementos esenciales objetivos del tipo penal como tampoco tiene respecto de ellos una falsa representación, en virtud de que percibe correctamente el evento típico y quiere que se concrete en el mundo fáctico, por lo que materializa el hecho; finalmente, no debe considerarse como un argumento que impida la configuración del delito la "falta de dolo original", porque lo relevante es que el agente al cometer el injusto, lo conozca y quiera realizarlo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 832/2006. 15 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Escobar Ángeles. Secretario: Ricardo Delgado Quiroz.

Nota: Por ejecutoria de fecha 20 de septiembre de 2006, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 88/2006-PS en que participó el presente criterio.

Ahora, en el tema del error de prohibición, se encontró este criterio que parece atinado en el sentido de que aquél incide precisamente en la conciencia que el sujeto tiene de que su conducta no es contraria al Derecho, sino que es acorde con éste, por lo tanto, cree que no está cometiendo delito alguno. Si el activo voluntariamente llevó un arma de fuego prohibida para particulares por su letalidad de fuego para registrarla y que con ello su posesión sobre la misma quedara completamente regularizada, es claro que carecía de la conciencia sobre la ilicitud de su conducta, al poseer y portar un arma de uso exclusivo del ejército.

Registro No. 177300.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Septiembre de 2005, Página: 1461, Tesis: XXI.1o.P.A.20 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN. DEBE CONSIDERARSE QUE SE ACTUALIZA CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO TÍPICO REVELAN INEQUÍVOCAMENTE QUE EL SUJETO ACTIVO SE CONDUJO CREYENDO QUE SU CONDUCTA ESTABA APEGADA A DERECHO.

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto teniendo en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como

psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal. Por tanto, cuando una persona se presenta espontáneamente ante la ventanilla de atención al público de una zona militar, con el propósito de registrar un arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es factible aceptar que actúa bajo un error sobre el alcance de la norma, pues de conocer que la tenencia del arma de tales características no se permite a particulares, seguramente no habría intentado el trámite de registro, con el consecuente riesgo de ser considerado como un delincuente flagrante del delito de portación. Más bien, esa actitud de entregar sin temor el arma, revela que creía estarse conduciendo sin infringir disposiciones legales, motivo por el cual no puede decirse, desde la perspectiva del funcionalismo penal, que su intención haya sido delinquir, actualizándose así el error de prohibición previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 192/2005. 9 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Xóchitl Guido Guzmán. Secretario: Miguel Ángel González Escalante.

Esta otra tesis, referida también al error de prohibición, es clara al señalar los elementos de dicho error, así como la circunstancia de que, en la mayoría de los delitos, es difícil acreditarlo, pues resulta del conocimiento común de las personas cuáles son las conductas que seguramente están prohibidas por la ley y sancionadas con alguna pena.

Registro No. 179912.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Diciembre de 2004, Página: 1342, Tesis: II.2o.P.151 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR DE PROHIBICIÓN. LA PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO ÉTNICO O EL BAJO NIVEL ESCOLAR NO SON SUFICIENTES POR SÍ MISMOS PARA ACREDITAR AQUÉL COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD Y, POR CONSIGUIENTE, DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

La sociedad mexicana cuenta con una evolución y nivel sociocultural suficiente para que cualquiera de sus miembros, con excepción de quienes se encuentren en estado de inimputabilidad, generalmente y salvo prueba en contrario, entiendan, comprendan o tengan conocimiento o noción que las actividades relacionadas con el narcotráfico están prohibidas y su realización constituye delito o es una conducta socialmente reprochable, y es esa conciencia de ilicitud o incorrección del comportamiento, meramente genérica, elemental o de noción, lo que se

configura como elemento de culpabilidad sin que sea factible la pretensión de que ese conocimiento tuviese que ser técnico o especializado desde un punto de vista jurídico. En tal virtud, ni la pertenencia a un determinado grupo étnico o el bajo nivel de escolaridad son causas suficientes, por sí solas, para pretender acreditar un error de prohibición (directo o indirecto) como causa de inculpabilidad y, por consiguiente, de exclusión del delito. Por tanto, ese potencial estado de desconocimiento absoluto y extremo, obviamente de excepción, capaz de eliminar el juicio de reproche, debe ser objeto de acreditamiento precisamente bajo el principio lógico y de valoración elemental conforme al cual lo ordinario se presume y lo excepcional se demuestra.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 978/2003. 8 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

En la tesis que a continuación se transcribe, de la Octava Época, se manifiesta cómo se hace la interpretación de cómo en algunos delitos, que sólo pueden realizarse dolosamente, no cabe acreditar algún error de tipo vencible y con ello, tratar de obtener una pena atenuada por la conducta culposa desplegada por el activo.

Registro No. 189867.

Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Abril de 2001, Página: 1129, Tesis: XII.4o.2 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

SALUD, DELITOS CONTRA LA, SON EMINENTEMENTE DOLOSOS, POR LO QUE NO PUEDEN REALIZARSE BAJO LA ACCIÓN U OMISIÓN DE UN ERROR VENCIBLE.

Los delitos contra la salud son eminentemente dolosos, pues basta la voluntariedad de poseer, suministrar, transportar o realizar cualquiera de las conductas previstas por el artículo 194 del Código Penal Federal, para considerar que se quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; sin que sea dable considerar que la comisión de los mismos pueda realizarse bajo la acción u omisión de un error vencible, esto es, por actuar con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado. En razón de lo anterior, tratándose de estas conductas antisociales, no puede actualizarse la hipótesis prevista por el último párrafo del inciso b) de la fracción VIII del artículo 15, en relación con el 66, ambos del cuerpo de leyes citado, para imponer una pena de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 647/2000. 13 de diciembre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Enrique Bogarín Cortez. Ponente: José Trinidad Jiménez Romo. Secretario: Ricardo Rubio Hernández.

En esta otra tesis, el criterio se encamina a tener por acreditado un error de tipo vencible y con ello, imponer al autor la pena atenuada por el delito culposo, si cabe esa forma de realización en el tipo de que se trata, en este caso, el de violación equiparada. Se considera que el delito de violación nunca puede ser realizado culposamente, aún en el supuesto de obtener el consentimiento de la pasivo menor de 14 años de edad, pues en esos casos, se considera que la menor aún carece de la disposición de su libertad sexual.

Registro No. 216105.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XII, Julio de 1993, Página: 329, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

VIOLACION EQUIPARADA, DELITO DE. ERROR VENCIBLE. DEBE ATENUARSE LA PENA.

La circunstancia de que el inculpado se haya encontrado en la creencia de que la pasivo tenía una edad mayor de catorce años, cuando en realidad tenía menos, revela que se encontraba en un error, pero el mismo debe ser considerado como vencible, tomando en cuenta que por las características de aquella, así como por su desarrollo físico, pudo haber considerado que podía ser menor, por tal motivo, si bien ello no constituye una excluyente de responsabilidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 fracción X del Código Penal del Estado de Baja California, sí es motivo de atenuación de la pena en términos del numeral 78 del mismo ordenamiento legal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 25/93. Arturo Esquivel Limón. 23 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Eduardo Rodríguez Alvarez.

La tesis que a continuación se expone es útil para advertir cuáles son los supuestos de error y cuáles los de la ignorancia, los que en todo caso, para la ley mexicana, se les atribuye idénticos efectos. La norma sobre la que versa la tesis, artículo 59 bis del CPF, actualmente está derogada, no existe.

Registro No. 218174.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, X, Octubre de 1992, Página: 333, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR O IGNORANCIA INVENCIBLE. CASO EN QUE PROCEDE LA PENA ATENUADA.

El beneficio o atenuante estatuido en el artículo 59 bis del Código Penal Federal no procede con base sólo en la extrema necesidad económica, sino que es menester la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el hecho delictuoso se hubiere producido por error o ignorancia invencible del activo del delito sobre la existencia o alcance de la Ley Penal; y b) Que este error o ignorancia tenga lugar como consecuencia del extremo atraso cultural o aislamiento social en que se halle el citado sujeto. Así pues, por la connotación "ignorancia", a que se refiere la norma jurídica en cuestión, debe entenderse el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción respecto de alguna cosa, que haga nula la capacidad de discernimiento para actuar o dejar de actuar en determinado sentido, en tanto, que el vocablo error es la distorsión de una idea, en relación a la realidad de un hecho, de una cosa o su esencia, añadiendo a que, el error de que se trata debe ser invencible o insuperable para suponer la distorsión total del carácter típico del hecho o de un elemento de un tipo penal, de modo que no se está en posibilidad de distinguir si una conducta es o no punible y así censurarla o repudiarla; siendo además de agregar, que ambas circunstancias, es decir la ignorancia y error, deben ser propiciadas por la incultura del agente del delito y por la segregación social en que se ha desarrollado, pues es claro que bajo estas condiciones es factible concluir la falta de conocimiento o la distorsión que se tenga sobre un hecho antijurídico.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 19/91. Albina Olivos Martínez y otro. 5 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: César Flores Rodríguez.

En la tesis siguiente, se hace énfasis en que el error en el golpe o *aberratio ictus* como lo conoce la doctrina, no es excluyente de responsabilidad penal, porque el sujeto activo quiso lesionar y lo obtuvo, aunque en diferente objeto material.

Registro No. 220788.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, IX, Enero de 1992, Página: 170, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR EN EL GOLPE. CASO EN QUE LAS LESIONES DEBEN REPUTARSE COMETIDAS EN RIÑA.

Puede suceder que dentro de la riña uno de los contendientes pretendiendo lesionar a su adversario, por equivocación en la puntería lesione a un extraño a la contienda de obra; en este caso la disminución de la penalidad prevista para las lesiones en riña deberá aplicarse aun cuando haya existido error en el golpe, porque la acción fue ejecutada dentro de una contienda de obra y el activo tenía el ánimo rioso; además las lesiones realmente queridas de haberse consumado hubieran sido cometidas dentro de la citada modificativa de la responsabilidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 386/91. Gregorio Palomino Herrera. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

El error en la persona también tiene la consecuencia de configurar un concurso ideal de delitos, homicidio, en agravio del pasivo a quien se mató erróneamente y homicidio en grado de tentativa, en agravio del sujeto a quien sí se quiso privar de la vida, pero no se alcanzó el resultado material por causas ajenas a la voluntad del agente.

Registro No. 224536.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Página: 172, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, EL ERROR EN LA PERSONA NO CONFIGURA EL.

Si el hoy quejoso realizó los actos necesarios para llevar a cabo el delito de homicidio propuesto, mismo que, por error en la persona, se cometió en una distinta de la víctima que se pretendía, de ello no puede corregirse la configuración del ilícito de homicidio tentado en agravio de esta última, puesto que tal figura delictiva requiere objetivamente, es decir, con tal independencia del sujeto pasivo, que su consumación no se lleve a cabo por causas ajenas a la voluntad del activo o bien, por su desistimiento, lo que no acontece cuando, como en el caso, el resultado delictivo se produjo, aunque en diversa persona.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 276/90. Juan Pedraza Soria. 31 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Reynaldo M. Reyes Rosas.

El error de tipo tiene que se acreditado con las circunstancias que rodean todo el hecho delictivo, así, no puede el activo alegar error de tipo invencible, si alega haber sido mal aconsejado y por ello contrajo nupcias con persona diferente a aquella con la que mantenía un matrimonio vigente.

Registro No. 227698.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989, Página: 690, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

BIGAMIA. ERROR NO ESENCIAL E INVENCIBLE.

La circunstancia aducida de que el quejoso "fue mal aconsejado" y que por ello contrajo nuevas nupcias, no es suficiente legalmente para que opere la excluyente de incriminación que establece la fracción IX del artículo 12 del Código Penal para el Estado de Michoacán, puesto que no constituye error esencial e invencible, que no derive de culpa, el equivocado consejo, en razón de que debió cerciorarse que el vínculo matrimonial que lo unía con la ofendida ya había sido legalmente disuelto para contraer el nuevo matrimonio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 176/89. Isaías González Torres. 24 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

En la tesis que sigue, los magistrados intentan hacer una correcta interpretación de la anterior redacción de la fracción IX del artículo 15 del CPF, que adolecía de imprecisiones, sin embargo, son claros al afirmar que en ciertos casos, como el de aquél que alega haber querido contrabandear mercancías, pero por error introdujo al país sustancias prohibida como narcóticos, no cabe aplicar los supuestos de error, pues el dolo del activo siempre fue realizar el delito.

Registro No. 230061.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988, Página: 256, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ERROR EN LA COMISION DE UN DELITO, CREYENDO COMETER OTRO, NO ENTRAÑA CULPABLE IGNORANCIA.

Una interpretación armónica de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal Federal, permite establecer que el legislador, si bien reconoce como excluyente de responsabilidad delictiva el hecho de "realizar la acción y omisión bajo error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal (error de tipo) o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta" (error de prohibición) siempre y cuando el error sea invencible no menos verdadero resulta que tal eximente no abarca ni puede abarcar a aquellos casos en los que el activo del delito, creyendo cometer un ilícito (introducción legal al país de mercancías de procedencia extranjera), comete otro distinto (introducción ilegal al país de estupefacientes), pues el error que prevé el dispositivo legal en cita, se refiere a la tipicidad de la conducta en abstracto al actuar contra derecho, sea cual fuere su posible encuadramiento, ya dentro de una u otra figura delictiva, caso en que la voluntad del activo es de todas suertes la de violar la ley.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 762/88. Alberto Hurtado Martínez. 29 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

En el mismo supuesto de comentario anterior, en razón de que el artículo que se interpreta ya fue derogado, sólo cabe hacer el comentario que en la tesis prácticamente se excluye como posible que un sujeto que alegue ignorancia o atraso cultural, en la actualidad se hace increíble, de tal suerte que sí será penalmente responsable y con ello no le alcanzan los supuestos de error.

Registro No. 231682.

Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, I, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1988, Página: 637, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

SALUD, DELITO CONTRA LA. PENA ATENUADA.

No es procedente aplicar la pena que prescribe el artículo 59 Bis del Código Penal Federal, porque esta disposición limita el error de prohibición como una cosa especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de poder imponer una pena atenuada e inclusive de tratamiento de libertad y en el caso el acusado no rindió ninguna prueba de su aseveración, pues si bien en preparatoria manifestó no saber leer ni escribir, también es cierto que al declarar ante la policía judicial federal, que ratificó ante el Ministerio Público Federal, expresó que se le propuso la siembra de amapola y que al cosecharla y venderla se le daría la mitad de lo que se obtuviera, lo que aceptó, lo que revela que el sentenciado tenía una clara noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito, reprobable jurídicamente, lo que excluye que la hipótesis que se examina lo puede beneficiar.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 53/88. Pablo Sandoval Hernández. 18 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Robustiano Ruiz Martínez. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.

Véase: Jurisprudencia 30, Primera Sala, del informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente en el año de 1987.

8. Precedentes de Derecho Comparado

En primero lugar, el profesor Diego Manuel Luzón Peña nos ofrece este caso que versa sobre posible concurso de errores, sentido en el que resolvió la autoridad jurisdiccional española:

El Caso de la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) 4-12-1989.

Un supuesto especialmente problemático es el de la concurrencia de error sobre la presencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación y de error sobre los requisitos o límites legales de esa causa de justificación, debiendo determinarse si tal concurrencia es real o aparente y sus diversos efectos si se considera que el primer error es de tipo y el segundo de prohibición. Y si se opera con el ejemplo del error sobre la ilegalidad o no de una detención, hay que aclarar además si se trata de error sobre un elemento normativo del tipo, o sobre la antijuridicidad global que incluiría en su descripción un tipo abierto, o sobre una causa de justificación de ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

Muy ilustrativo al respecto es el caso de la STS 4-12-1989, que en concreto plantea los siguientes problemas: la ilegalidad o no de la conducta de un policía que, ante una expresión recriminatoria y que considera ofensiva por parte de un miembro del Ministerio Fiscal, lo lleva detenido bajo la amenaza de una pistola a un centro policial; de ser ilegal la detención, la determinación de si el error sobre el carácter del delito de la expresión del Fiscal, es decir, sobre la concurrencia de un elemento normativo que sería el presupuesto inicial de la justificación de una detención, y la ignorancia sobre la forma legal para practicar tal detención –

suponiendo que se hayan producido tales errores- son casos de error de tipo o de prohibición, o uno error de tipo y otro de prohibición; la posibilidad o no de comisión imprudente de las detenciones ilegales practicadas por funcionarios; y, el posible concurso –de delitos o de leyes-de ese tipo (art. 184) con el más grave de atentado por intimidación a una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas (arts. 231, 2.º y 232 CP).

Los hechos de la STS 4-12-1989 (Pte. Sr. Soto) son los siguientes: Un policía nacional (P) comparece como acusado ante un Juzgado de Distrito en la vista de un juicio de faltas por unos daños imprudentes en accidente de circulación y, al solicitar el Fiscal (F) que se comprobase si el certificado del seguro aportado por aquél había sido manipulado, P se incomoda, adopta una actitud altanera, se niega a contestar a las preguntas del fiscal y, al terminar el juicio, en el que se solicita su condena, se marcha sin firmar el acta; poco después se encuentran ambos en la calle cerca del Juzgado, F le manifiesta a P la necesidad de firmar el acta y P contesta que no quiere, ante lo que F le recrimina su conducta en el juicio diciéndoles que ‘había adoptado una actitud chulesca’ y le participa su condición de Fiscal, pero el policía, que considera la frase ofensiva para su persona y cargo, le exhibe a F su documentación profesional y le pide que asimismo se identifique, y, en vista de que el fiscal se niega por entender que P conocía de sobra su condición, P saca su revólver y detiene a F, presentándolo con esa cualidad en el cuartel de la Guardia Civil de la localidad, diciendo que lo hacía porque el detenido lo había llamado ‘chulo’ en plena vía pública.

Solución de la STS

La Audiencia absolvió al policía del delito de detención ilegal del art. 184 CP y la presente STS confirma la absolución con los razonamientos que a continuación se examinarán, pero que se pueden resumir así: la detención de F por P era ilegal porque no se podía considerar ‘delito’ contra el honor o de desacato la frase recriminatoria de F y porque no respetó el art. 56 del Estatuto de Ministerio Fiscal sobre la forma de practicarse la detención de un fiscal, pero el policía actuó en error sobre ambos extremos, ya que creyó que la frase que le había dirigido F era un delito y que podía presentar al detenido en un cuartel de policía, en vez de ante

la autoridad judicial; tal equivocación sobre los requisitos de las normas reguladoras de la detención constituye un error sobre la 'ilegalidad' de la misma, elemento normativo del tipo del art. 184, que remite a aquellas, y, al ser vencible tal error de tipo por su condición de policía del sujeto, daría lugar a responsabilidad, en su caso, por delito culposo, pero como el delito de detención por funcionario del art. 184 requiere dolo específico y no admite comisión imprudente, el hecho del policía resulta impune.²⁰⁵

En segundo lugar se analizan algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Supremo español, Sala Penal, las que fueron consultadas en la página oficial con dirección: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, ello con la finalidad de entender cómo forman su criterio en el tema de nuestra investigación, aquí las tenemos:

En el extracto de la primera resolución que se revisa, se advierte que el abogado defensor del sentenciado alega un error de prohibición, al desconocer su defenso que las mujeres a las que prostituía en su negocio eran menores de edad. El Tribunal corrige el inadecuado alegato del defensor y explica que la minoría de edad de las víctimas es en realidad un elemento del tipo, por lo que, en caso de que el sentenciado desconociera dicha circunstancia, incurriría en un error de tipo y no de prohibición.

Llama la atención que un abogado español, en el año 2011, no sepa distinguir entre los errores antes mencionados.

1.- Roj: ATS 6705/2011. Id Cendoj: 28079120012011200986. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 2691/2010; Nº de Resolución: 736/2011. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ. Tipo de Resolución: Auto.

Resumen:

DELITO: Inducción a la prostitución de menores. MOTIVOS: Extensión de la pena, error de prohibición, principio acusatorio, error de hecho, indemnización.

²⁰⁵ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, pp. 85-86.

AUTO.

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil once.

I. HECHOS

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), en autos nº Rollo de Sala 48/2010, dimanante de Procedimiento Abreviado 2/2009 del Juzgado de Instrucción nº 3, se dictó sentencia de fecha 9 de junio de 2010, en la que se condenó *"a Gerardo, como autor criminalmente responsable de cuatro delitos corrupción de menores, a las penas, por cada uno de ellos, de tres años de prisión (con el límite máximo de cumplimiento de nueve años de prisión), multa de veinte meses con una cuota diaria de 6 #, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, e igualmente, la prohibición de aproximarse a Bernarda, Encarna, Josefina e Nieves, a su domicilio y en su caso a su lugar de trabajo, así como a comunicarse con las mismas por cualquier medio directa o indirectamente, durante el tiempo de la condena, con la imposición de las costas devengadas.*

Gerardo indemnizará a Bernarda, Encarna, Josefina e Nieves, en la cantidad de 5.000 # a cada una, con aplicación de los intereses previstos en el artº 576 de la LECivil."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de casación por Gerardo, mediante la presentación del correspondiente escrito por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Inocencio Fernández Martínez. El recurrente menciona como motivos susceptibles de casación los siguientes: 1) Infracción de ley conforme al art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 66.1.6 CP. 2) Infracción de ley conforme al art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del art. 14 CP. 3) Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 849.1 LECRIM, vulneración del principio acusatorio. 4) Error de hecho al amparo del art. 849.2 LECRIM. 5) Infracción de ley conforme al art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 109 CP en relación con el art. 1902 Código Civil.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno, de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- A) Infracción de ley conforme al art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art. 66.1.6 CP. El recurrente considera vulnerado el principio de proporcionalidad de la pena, dado que se ha impuesto a su defendido la pena de 3 años de prisión por cada uno de los cuatro delitos, estando dicha pena por encima de su mitad superior. Añade también la defensa, que la sentencia de instancia motiva la pena impuesta con base en la escasa edad de una de las víctimas, y la hace extensible al resto de las víctimas, y aparte la edad, ya está

considerada como elemento integrante del tipo penal, y lo mismo ocurre con las prácticas sexuales practicadas, puesto que eran las propias de la prostitución y, por tanto, ya contempladas en el propio tipo penal aplicado. Añade la defensa que se ha de considerar que dichas prácticas eran voluntarias, no eran traumáticas, ni mantuvieron relaciones sexuales completas, ni hubo masturbación; el hecho de que eran de un barrio menos favorecido no está acreditado.

B) El derecho a la tutela judicial y efectiva del *art. 24 CE* exige la motivación de la pena impuesta para evitar cualquier arbitrariedad. No obstante, como establece la STS 570/2005, de 4 mayo "esta Sala casacional no debe ni puede sustituir el criterio del Tribunal de instancia por el suyo propio sino más limitadamente verificar si la decisión está motivada y si esta es conforme a derecho...". Es más, cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, -como ocurre en el presente caso-, los principios de culpabilidad y proporcionalidad se convierten en los dos referentes a tener en cuenta para individualizar judicialmente la pena, porque ésta debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (STS 1948/02, 20-11).

C) En el presente caso, el Tribunal de instancia motiva la imposición de la pena en el fundamento jurídico séptimo. En el mismo se dice que se impone la pena de prisión de tres años (de entre uno a cuatro años), considerando a favor del acusado, que carece de antecedentes penales, y en su contra, tal y como establece la sentencia, la escasa edad de una de las víctimas, Bernarda, y por otro lado, las prácticas especialmente degradantes en las que inició a todas las menores, proviniendo éstas de barrios menos favorecidos, y aprovechando así el acusado de ello, al hacerlas más dóciles. Por tanto, el órgano *a quo* ha proporcionado una motivación bastante minuciosa, suficiente, razonable y lógica. Es más, el tipo de prácticas sexuales que se realizaban sí constituye un criterio posible a tener en cuenta, dado que las prácticas sexuales no son ni tienen porqué ser todas iguales. Por otra parte, es cierto que Bernarda tenía una edad inferior al resto de las víctimas. No obstante, en estas otras existen una serie de circunstancias declaradas probadas y que no concurren en Bernarda y que justifica así la igualdad de pena por cada uno de los delitos, como es el hecho de que con las otras víctimas las anunció en un periódico y en una página web; o el hecho de que para realizar la prostitución con ellas, creó todo un negocio con apariencia de legalidad, o la circunstancia de que las prácticas sexuales las realizaban las menores, tanto con el acusado como con terceros. Por ello, se ha de inadmitir este motivo de casación por falta manifiesta de fundamento en virtud del *art. 885.1º Lecrim*.

SEGUNDO.- A) Infracción de ley conforme al *art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación del *art. 14 CP*. El recurrente sostiene en este motivo casacional, la apreciación en su defendido de un error de prohibición invencible, dado que el acusado no tenía conocimiento de que las víctimas eran menores de edad. Fundamenta la defensa esta alegación, en el hecho de que todas ellas firmaron el contrato de representación de su puño y letra declarando que eran mayores de edad y

sin mediar coacción, tal y como ellas mismas han reconocido, y en el hecho de que aquellas no le entregaron sus DNI y nunca le dijeron que eran menores, según también las declaraciones de las propias menores; asimismo, las menores también engañaban a sus clientes diciéndoles que eran mayores de edad, tal y como aquellos declararon, y en las conversaciones telefónicas se acredita que el acusado en ningún momento manifiesta conocer la minoría de edad de las jóvenes. Y si existieran dudas al respecto, añade el recurrente, éstas deben primar en beneficio de su defendido en virtud del principio *in dubio pro reo*.

B) Esta Sala ha realizado una serie de precisiones sobre la figura del error, aplicables tanto al error de tipo como al error de prohibición (En este sentido STS de 15-3-2001, entre otras): "a) Tiene un carácter excepcional en su aplicación ya que va en contra de la regla general de que la ignorancia de la ley no evita su cumplimiento b) Por ello esa ignorancia (o creencia errónea) debe siempre ser probada por quien la alega con inversión de la carga de la prueba c) La incidencia del error, dada su naturaleza, no admite ser medida con idénticos parámetros en todos los casos, sino que hay que acudir al caso concreto, pues es muy importante tener en cuenta las circunstancias objetivas concurrentes en cada supuesto, pero, sobre todo, las características personales del sujeto activo de la acción".

C) Antes de nada es preciso advertir que la minoría de edad de las víctimas es un elemento del tipo penal aplicado y el supuesto desconocimiento de esa minoría de edad, implica un error sobre la concurrencia de un elemento del tipo y en consecuencia, un error de tipo y no un error de prohibición. El error de prohibición se daría en el caso presente si el acusado no supiera que está prohibido introducir a un menor de edad en la prostitución, sin embargo no es esto lo que alega la defensa, por eso, no es un error de prohibición. Lo que realmente cuestiona la defensa es el desconocimiento de la concurrencia de un elemento del tipo, por ello, el tratamiento que ha de dársele es el de un error de tipo, que si es invencible excluiría el dolo y si es vencible, se castigaría "en su caso" (si el delito en cuestión admite la comisión imprudente) la conducta como imprudente. En el caso presente, la sentencia de instancia expone las razones por las que considera que el acusado sí tenía conocimiento de que las jóvenes eran menores de edad. En primer lugar, la Sala de instancia ha tenido en cuenta la propia inmediatez en el acto del juicio, concluyendo que Bernarda, en el plenario, que contaba ya con 19 años, aparentaba ser menor de edad. También con respecto a las otras tres menores, constan en autos las fotografías de las mismas en la fecha de los hechos, pudiendo apreciar a simple vista el aspecto de ser menores de edad. También con respecto a estas tres menores, el acusado tuvo a disposición sus DNI, y según sus propias palabras que se exponen en la sentencia de instancia, según sus cálculos eran mayores de edad. Otro dato relevante expuesto por el órgano judicial *a quo*, es que las menores testificaron que se llevaban los "deberes" a la oficina, esto es, al local donde ejercían la prostitución y de hecho el acusado expuso que una de ellas en una ocasión le dijo que Nieves no venía –una de las víctimas- porque tenía que ir a matricularse al "instituto".

En definitiva, todos estos argumentos que se exponen en la resolución que ahora se recurre, no muestran atisbo alguno de arbitrariedad, sino todo lo contrario, y con el añadido de que es difícil pensar que una persona que monta un negocio de prostitución, no tenga conocimiento de la edad de las personas que contrata para prostituirse, y más cuando éstas son personas jóvenes. Por todo ello, el segundo motivo ha de ser inadmitido con base en el *art. 885.1 LECRIM*.

En la parte de la resolución que enseguida se transcribe, se rescata la explícita definición que del error de prohibición formulan los Magistrados que resuelven, de ahí que mencionan que el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente.

Que el error será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal aplicable.

Por lo tanto, que el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad, o al menos, sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa forma de actuar.

2.- Roj: STS 2859/2011. Id Cendoj: 28079120012011100318 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 2194/2010, Nº de Resolución: 306/2011. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA.

Tipo de Resolución: Sentencia.

Resumen:

Robo con intimidación.- Desestimatoria.- Tutela judicial efectiva.- Vicio de incongruencia.- Doctrina T. Constitucional.- Inaplicación de atenuante de embriaguez como muy cualificada.- Dilaciones indebidas.- Jurisprudencia.- Prueba de indicios.- Validez.- Error de prohibición.- Ánimo de lucro.-

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil once. En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Fabio, Franco y Guillermo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, con fecha siete de Junio de dos mil diez, en causa

seguida contra Guillermo, Franco y Fabio, por delito de coacciones y de robo, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo partes recurrentes los acusados Fabio, representado por la Procuradora Doña Carmen Olmos Gilsanz y defendido por el Letrado Don Javier Sanz Moreno; Franco, representado por el Procurador Don Jorge Deleito García y defendido por el Letrado Don Angel Gómez Santos; y Guillermo, representado por el Procurador Don Domingo Lago Pato y defendido por el Letrado Don Alberto Holgado Lanillos. En calidad de parte recurrida, la acusación particular Millán, representado por la Procuradora Doña Teresa Marcos Moreno y defendido por la Letrado Doña Raquel Domingo Fernández.

I. ANTECEDENTES.

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de los de Madrid, instruyó el procedimiento Abreviado con el número 39/2.010, contra Guillermo, Franco y Fabio, y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª, rollo 16/10) que, con fecha siete de Junio de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *"Los acusados Guillermo, Fabio y Franco, mayores de edad, el primero con antecedentes penales y el segundo y el tercero sin antecedentes penales, siendo el tercero agente de la Policía Municipal de Madrid, sobre las 12.30 horas del día 17 de diciembre de 2006, se encontraban en el interior de la discoteca "Macumba", sita en el recinto de la estación de Chamartín, en la ciudad de Madrid, abordaron a Millán, diciéndole Franco que no sabía lo que había hecho y que se iba a enterar, ordenándole que saliera a la calle, diciéndole que era policía municipal, mostrándole la placa policial para acreditar tal condición ante Millán, cogiéndole del brazo Franco, obligando de tal forma a Millán a salir al exterior de la discoteca, por lo que Millán accedió a salir del local creyendo que se trataba de policías, saliendo acompañado por los tres acusados, llevándolo éstos hasta un poyete existente en las inmediaciones de la discoteca, donde Franco ordenó a Millán que sacara todo lo que llevara en los bolsillos, obedeciendo Millán, sacando 85 euros en efectivo y una bolsita conteniendo pastillas de MDMA, mientras Guillermo y Fabio permanecían junto a ellos, manifestando Franco a Guillermo que cogiera el dinero de Millán, haciéndolo así Guillermo, cogiendo también la droga, pese a lo cual, Franco registró a Millán por si llevaba algo más en su poder, y acto seguido Franco ordenó a Millán que bajara por unas escaleras que había en el lugar, obedeciendo Millán, bajando éste, seguido inmediatamente por los tres acusados, quien le iban diciendo que se iba a enterar, momento en el que fueron vistos por dos agentes de la Policía Nacional, que habían sido avisados por un portero de la discoteca, quienes detuvieron a los acusados, ocupando en poder de Guillermo el dinero y la droga. Los acusados realizaron los hechos que se acaban de relatar con la intención de apropiarse del dinero y de la droga que llevara Millán. Los acusados*

actuaron con sus facultades volitivas influidas por una intoxicación etílica por la ingestión excesiva de bebidas alcohólicas"(sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Madrid en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: *"Que debemos condenar y condenamos al acusado Franco, como autor penalmente responsable de un delito de robo con violencia o intimidación en grado de tentativa, ya antes definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez y de la agravante de prevalecerse de cargo público, a una pena de prisión de un año y nueve meses, con las accesorias de suspensión de empleo o cargo público y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la tercera parte de las costas, incluida la tercera parte de las costas causadas a la acusación particular. Que debemos condenar y condenamos al acusado Guillermo, como autor penalmente responsable de un delito de robo con violencia o intimidación en grado de tentativa, ya antes definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez, a una pena de prisión de un año y tres meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la tercera parte de las costas, incluida la tercera parte de las costas causadas a la acusación particular.*

Que debemos condenar y condenamos al acusado Fabio, como autor penalmente responsable de un delito de robo con violencia o intimidación en grado de tentativa, ya antes definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez, a una pena de prisión de un año y tres meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la tercera parte de las costas, incluida la tercera parte de las costas causadas a la acusación particular. Que debemos absolver y absolvemos a los tres acusados antes citados del delito de coacciones por el que también venían acusados. Hágase entrega definitiva a Millán de los 85 euros intervenidos en la presente causa"(sic).

....

SEXTO.- En el segundo motivo, por la misma vía de impugnación, sostiene la infracción por inaplicación del *artículo 14.3 del Código Penal*. Sostiene que es de apreciar un error invencible sobre la ilicitud del hecho, por lo que no es posible la exigencia de responsabilidad penal. Insiste en que creía que estaba obligado a cumplir lo que le ordenaba Franco, que se había identificado públicamente como policía local.

1. El *artículo 14.3 del Código Penal* dispone en su primer inciso que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el *artículo 14 del Código Penal*. El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder

contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS nº 1171/1997, de 29 de septiembre, y STS nº 302/2003). Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

2. Como ya desprende del contenido del anterior fundamento jurídico, no es posible entender que, en el caso, el recurrente creyera que actuaba legítimamente. Es cierto que un agente de policía debe intervenir aun estando fuera de servicio, si fuera necesario para la protección de los derechos de los ciudadanos. Pero existen numerosos datos que revelan que los acusados no podían creer que se trataba de una mera actuación policial. Según todos han admitido, los tres acusados iban juntos. El coacusado Franco declaró que el incidente con la víctima, Millán, se originó tras una compra al mismo de una pequeña cantidad de droga, lo que no se corresponde con una acción policial lícita. Por otra parte el comprador, según declaró, con su acción pretendía recuperar su dinero, y no poner a Millán a disposición de la autoridad. De otro lado, la forma en que los acusados trataban a Millán, con amenazas y golpes, según narró algún testigo, no es la propia de una actuación policial. Tampoco se corresponde con la creencia de actuar legítimamente la reacción de todos los acusados ante la presencia de los agentes uniformados del Cuerpo Nacional de Policía, a los que no comunican lo realmente sucedido sino que les narran una versión falsa de los hechos, y a los que ocultan no solo la razón de la discusión, sino que le habían quitado a la víctima el dinero y la droga que portaba.

Dada la absoluta incompatibilidad de esta forma de actuar con una conducta lícita, lo cual resulta evidente para cualquiera, no es posible admitir que el recurrente creyera estar actuando conforme a derecho. Por lo tanto, el motivo se desestima.

En el extracto de la siguiente resolución se advierte lo difícil que resulta que en alegato de error de tipo prospere, en el entendido de que toda invocación de incurrir el activo en dicho error debe ser acreditado, quizá ello provoca que no sea comúnmente alegado en los juzgados y tribunales.

Así lo manifiestan los Magistrados cuando inclusive utilizan argumentos de anteriores sentencia, indican que como se dice en la STS 145/2011, de 21 de febrero, dicha Sala tiene declarado que el error de tipo no ha de considerarse

necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación. Su apreciación depende en cada caso de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable. Y la Sentencia de 10 de diciembre de 2008 señala que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena sólo es atendible cuando se haya demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien, pero sin que en modo alguno baste para estimarlo su sola alegación por el interesado. La Sentencia de 21 de julio de 2005 también declaró que el error ha de ser probado, y que la afirmación de una finalidad, de un conocimiento o de cualquier otro aspecto psicológico típicamente relevante de la acción puede ser inferido de indicadores exteriores y por ello se debe basar en máximas de experiencia. Veamos.

3.- Roj: STS 2140/2011. Id Cendoj: 28079120012011100245, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 10986/2010, Nº de Resolución: 255/2011. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR. Tipo de Resolución: Sentencia. Resumen: Salud pública: notoria importancia; adaptación de las penas a la LO 5/2010. Presunción de inocencia: prueba indiciaria; declaración de coimputados. Error de tipo: ausencia de acreditación. Proporcionalidad de las penas: mínimo de la inferior en grado.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil once. En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante nos pende, interpuesto por la representación legal de la procesada Begoña, contra Sentencia de 17 de junio de 2010 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 8/2009, dimanante del Sumario núm. 16/08 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de El Prat de Llobregat, seguido por delito contra la salud pública contra Begoña y Primitivo; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Exmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los procesados representados por: Begoña por la Procuradora de los Tribunales Doña Raquel Olivares Pastor y defendida por el Letrado Don Carlos Roig Vázquez, y Primitivo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar Vived de la Vega.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de El Prat de Llobregat instruyó Sumario núm. 16/2008 por delito contra la salud pública contra Begoña y Primitivo y una vez concluso lo remitió a la Sección Novena de la

Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 17 de junio de 2010 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Resultado probado y así se declara que en fecha 8 de septiembre de 2008 sobre las 16,15 horas el acusado Primitivo (mayor de edad y en situación de prisión provisional por razón de ésta causa desde el día 10 de ese mes de septiembre) con el ánimo de obtener un beneficio económico con la venta de la sustancia estupefaciente, de dirigió al Aeropuerto de Barcelona, sito en el Prat de Llobregat, recogiendo allí tres maletas que había facturado el mismo en Porto Seguro (Brasil) con destino a Bilbao, siéndole entregadas en el marco de una operación de entrega vigilada autorizada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, tras haber comprobado la existencia de sustancia estupefaciente (cocaína) en dos de las tres maletas. Declaramos igualmente probado que la acusada Begoña igualmente mayor de edad y en situación de libertad provisional por razón de la presente causa, acompañó a dicho acusado en el viaje a Brasil, siendo conocedora de que trasportarían droga a España y con la finalidad de proveer de apariencia de licitud al viaje. En la primera maleta, de tela azul, marca Monforte, con sistema de cierre mediante candado con llave, con unas dimensiones de 65 x 42 x 24, con etiqueta de facturación de la Compañía Aérea TAP núm. NUM000, a nombre de Primitivo, se hallaron 15 paquetes contenedores de sustancia estupefaciente que, sometida al reactivo DROGATEST, arrojó resultado positivo por cocaína. La segunda maleta, de la marca Valisa, con sistema de cierre y ruedas de desplazamiento, con unas dimensiones de 63 x 44 x 27, con etiqueta de facturación núm. NUM001 a nombre de Primitivo, contenía 15 paquetes contenedores de sustancia estupefaciente que, sometida al reactivo DROGATEST, arrojó resultado positivo por cocaína. La totalidad de la sustancia intervenida que estaba destinada a ser transmitida a terceros a título lucrativo, arrojó un peso bruto de 32.584 (treinta y dos mil quinientos ochenta y cuatro) gramos de cocaína, con el siguiente detalle: - a) 15 tabletas que tienen como anagrama una hoja: Peso neto 8.038 gramos, con una pureza del 78,84%, con una cantidad de cocaína base de 10.295 gramos.- b) 8 tabletas que tienen como anagrama una carabela: Peso neto 12.024 gramos, con una pureza del 85,62% con una cantidad de cocaína base de 6.337 gramos. - c) 5 tabletas que tienen como anagrama un toro: Peso neto 1.015 gramos, con una pureza del 87,57%, con una cantidad de cocaína base de 4.392 gramos. - d) 1 tableta que tiene como anagrama un dibujo sin identificar: Peso neto 1.001 gramos, con una pureza del 87,12%, con una cantidad de cocaína base de 872 gramos. - e) 1 tableta carente de anagrama: Peso neto de 1.008 gramos, con una pureza del 82,25%, con una cantidad de cocaína base de 829 gramos. Dicha cantidad de droga, alcanzaría en el mercado clandestino un valor de 1.968.725 euros."

....

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Primitivo y a Begoña como autor y cómplice respectivamente de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos consignadas en

nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto únicamente este recurso de casación la representación procesal de la acusada Begoña , ya que el coacusado desistió del interpuesto en su día; dicha recurrente ha formalizado este reproche casacional en un único motivo encauzado bajo los márgenes de la vulneración del principio de la presunción de inocencia, que se proclama en el *art. 24.2 de nuestra Carta Magna*. Sostiene, en suma, el autor de dicha queja casacional, que la inferencia judicial que atribuye a la recurrente el conocimiento de que en el viaje por el que acompañó a Brasil a Primitivo, lo era para transportar droga desde tal país a España, dándole cobertura logística a los efectos de que pareciera que tal gestión respondía a un viaje de placer, tal inferencia no cuenta con los elementos probatorios suficientes para enervar la presunción de inocencia. El motivo no puede prosperar. Sabido es que la función de este Tribunal Casacional cuando se invoca la conculcación de la presunción de inocencia no es revisar el material probatorio que ha sido practicado en la instancia para revalorar sus contornos fácticos, sino comprobar la legalidad y racionalidad de tal operación por los jueces "a quibus". En el caso de prueba indiciaria, determinar si los marcadores o indicadores del resultado son lo suficientemente lógicos como para llegar a la conclusión que arroja el sentido del fallo de instancia, ajustándose al principio de que tal conclusión se haya obtenido más allá de toda duda razonable. Es decir: a) verificar el juicio sobre la prueba; y b) verificar la racionalidad de los juicios de inferencia o estructura racional de los argumentos que justifiquen las conclusiones apreciativas o valorativas a las que haya llegado el Tribunal sentenciador. En el caso, ambos viajeros fueron detenidos en el aeropuerto de El Prat (Barcelona), tras recoger el acusado tres maletas, conteniendo unos 32 kilogramos y medio de cocaína, con las referencias en pureza que se determinan en el *factum*, en todo caso más de 20 kilogramos puros, maletas que se habían facturado previamente en Brasil con destino a Bilbao. En primer lugar, ha de señalarse que, aparte de los indicadores relativos a la prueba indiciaria que avalan el conocimiento por parte de la recurrente de la existencia del porte de droga, es lo cierto que, como premisa inicial y sumamente incriminatoria, el Tribunal de instancia contó con la declaración del acusado que en el plenario aseguró que ambos llevaron una maleta al iniciar el viaje en España, y que en Brasil les entregaron otras dos, en donde se hallaba oculta la referida sustancia estupefaciente, teniendo que comprar una tercera maleta, de color rojo, para traer los efectos y ropas personales de ambos viajeros y algunos regalos, insistiendo ante el Tribunal que "hicieron esa maleta conjuntamente los dos" la última noche antes de emprender el viaje de vuelta, y que estaba presente la ahora recurrente cuando llegaron ciertos "sujetos" a llevarse sus maletas y a la mañana siguiente se las devolvieron "sin que la acusada dijera nada", no teniendo relación sentimental alguna con su acompañante, salvo amistad, siéndole impuesta tal presencia en el viaje en Barcelona "por los sujetos que le propusieron hacer el viaje a Brasil". Es decir, el citado coacusado incriminó directamente a su "pareja de viaje" de tener pleno conocimiento del objeto del mismo, pues no de otra manera puede

entenderse que terceros les recojan las maletas y se las devuelvan nuevas al día siguiente, a la propia habitación del hotel, con 32 kilogramos de más de "sobrepeso". Respecto a la doctrina legal sobre la corroboración que ha de exigirse a la declaración inculpativa de un coacusado, los rasgos que la definen son los siguientes: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso. Pues bien, en el caso enjuiciado, el Tribunal de instancia valora como datos corroboradores los siguientes: a) que ambos viajeros tuvieran que comprar una nueva maleta para introducir unos regalos que fueron calificados por la recurrente como "cuatro tonterías", siendo por consiguiente más lógico que en sus respectivas maletas -las que llevaban desde España- se guardaran sus efectos personales, y no en la nueva; b) que los funcionarios policiales manifestaron que la acusada nada advirtió al mostrarles las maletas para su entrega, que por ser nuevas, hubo de causar algún tipo de sorpresa si desconocía el cambio de las mismas, o formular alguna clase de reclamación, lo que igualmente no se produjo. Estos elementos de corroboración sirven para conferir credibilidad a la referida declaración inculpativa del coacusado, junto a otros de menor intensidad que también destaca la Sala sentenciadora de instancia, como es de ver en el segundo de sus fundamentos jurídicos, llegando a la conclusión de que con su actuar se convirtió en cómplice de un delito contra la salud pública. Como se dice en la STS 145/2011, de 21 de febrero, esta Sala tiene declarado que el error de tipo no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación. Su apreciación depende en cada caso de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable. Y la Sentencia de 10 de diciembre de 2008 señala que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena sólo es atendible cuando se haya demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien, pero sin que en modo alguno baste para estimarlo su sola alegación por el interesado. La Sentencia de 21 de julio de 2005 también declaró que el error ha de ser probado, y que la afirmación de una finalidad, de un conocimiento o de cualquier otro aspecto psicológico típicamente relevante de la acción puede ser inferido de indicadores exteriores y por ello se debe basar en máximas de experiencia. En consecuencia, como ya hemos anunciado, el motivo no puede prosperar.

Ahora revisemos el contenido de esta resolución, en la que se explica, prácticamente de manera doctrinaria lo establecido en el artículo 14 del Código Penal español, en el que se distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (o de Derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho, lo que significa que no basta con conocer el hecho típico, sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico.

Manifiestan que teniendo en cuenta lo anterior, el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser 'invencible' o 'vencible'. Que en el primer caso, se excluye la responsabilidad criminal -impunidad de la conducta- y, en el segundo, se impone una pena inferior.

En materia de error de prohibición, mencionan que ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Así como que el error de tipo recogido en el artículo en análisis constituye la cara opuesta del dolo, elemento esencial en todo delito doloso, que, como tal, ha de quedar probado, siendo la acusación quien tiene la carga de hacerlo por exigencias del derecho a la presunción de inocencia, ya que su elemento fundamental es precisamente el conocimiento de que en el obrar del autor concurren todos los elementos de hecho que configuran el delito de que se trate.

Vale la pena mencionar la crítica que hacen del abogado defensor, quien no aclara si concurre en la conducta de su defendida un error de prohibición o bien un error de hecho, entremezclando a lo largo del desarrollo de la queja ambas modalidades, lo que justifica este trabajo de investigación.

4.- Roj: ATS 3435/2011. Id Cendoj: 28079120012011200445, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 42/2011. Nº de Resolución: 271/2011, Procedimiento: RECURSO

CASACIÓN, Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ, Tipo de Resolución: Auto.
Resumen:

DELITO: ESTAFA CONTINUADA Y RECEPCIÓN. Infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ): presunción de inocencia, puesta en escena consensuada con fines defraudatorios (art. 24.2 CE). Infracción de ley (art. 849.1º LECrim): elementos de la estafa (arts. 248 y 250 CP); doctrina del error (art. 14 CP); autoría y complicidad (arts. 28 y 29 CP).

AUTO

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil once.

I. HECHOS:

PRIMERO.- Por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), en el rollo de Sala nº 21/2010, dimanante del procedimiento abreviado nº 6837/2008 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Valladolid, se dictó sentencia de fecha 21 de Octubre de 2010, en la que se condenó a: 1. Amanda, José María, Arturo y Leticia como autores criminalmente responsable de un delito continuado de estafa, previsto y penado en los *artículos 248.1, 250.1 y 6, y 74.1 del Código Penal*, sin concurrencia en ninguno de ellos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno, de tres años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de nueve meses, con cuota diaria de dos euros y con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, con el límite de un año, respondiendo todas ellas civilmente, conjunta y solidariamente, en la forma determinada en el F.J. 5º de la sentencia, con los intereses legalmente previstos, así como cada uno de los acusados de 1/9 parte de las costas causadas, incluidas las devengadas por las acusaciones particulares. Asimismo, Arturo debe indemnizar a Guillermo en la cantidad de 300 euros. 2. Rafael como cómplice de un delito continuado de estafa, concurriendo como analógica la *atenuante de drogadicción (arts. 20.2 y 21.2 y 6 CP)*, a las penas de diez meses y quince días de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de tres meses, con cuota diaria de dos euros y con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, respondiendo subsidiariamente de la responsabilidad civil en cuanto a los perjudicados relacionados en el F.J. 5º de la sentencia y debiendo abonar 1/9 parte de las costas causadas, incluidas las devengadas por la acusación particular. 3. Juan Enrique, Bárbara, Lourdes y María Consuelo como autores de un delito de receptación del *artículo 298 CP*, sin concurrencia en ninguno de ellos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno, de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono por cada uno de 1/9 parte de las costas causadas, incluidas las devengadas por la acusación particular.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de casación únicamente por la penada Leticia, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dª. Pilar Moline López, invocando como motivos los de

infracción de precepto constitucional, al amparo del *artículo 5.4 LOPJ*, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, previsto en el *artículo 24.2* de la Constitución; de infracción de *ley*, al amparo del *artículo 849.1º LECrim*, por indebida aplicación de los *artículos 248 y 250 del Código Penal* ; de infracción de *ley*, al amparo del *artículo 849.1º LECrim*, en relación con los *artículos 14 del Código Penal* y *24.2* de la Constitución; y, alternativamente, de infracción de *ley*, al amparo del *artículo 849.1º LECrim*, por indebida inaplicación del *artículo 29 del Código Penal* .

....
TERCERO.- El tercer motivo, asimismo amparado en el *artículo 849.1º LECrim*, invoca la aplicación de los *artículos 14 del Código Penal* y *24.2* de la Constitución. A) Repite el Letrado defensor el mismo argumento, apostillando en este caso que *"el principio de presunción de inocencia frente al delito que se le imputa a Leticia no ha sido desvirtuado por las pruebas de cargo presentadas, existiendo en nuestra mandante error invencible sobre los elementos esenciales integrantes de la infracción penal"* (sic), para lo cual cuestiona de nuevo la racionalidad de la inferencia que ha llevado al Tribunal de instancia al dictado de un pronunciamiento condenatorio.

B) El *artículo 14 CP* distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (o de Derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho, lo que significa que no basta con conocer el hecho típico, sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior, el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser «invencible» o «vencible». En el primer caso, se excluye la responsabilidad criminal -impunidad de la conducta- y, en el segundo, se impone una pena inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Como expresaba la STS nº 919/2006, de 4 de Octubre, el error de tipo recogido en el *art. 14.1 CP* constituye la cara opuesta del dolo, elemento esencial en todo delito doloso, que, como tal, ha de quedar probado, siendo la acusación quien tiene la carga de hacerlo por exigencias del derecho a la presunción de inocencia, ya que su elemento fundamental es precisamente el conocimiento de que en el obrar del autor concurren todos los elementos de hecho que configuran el delito de que se trate.

C) No aclara la parte recurrente si concurre en su conducta un error de prohibición o bien un error de hecho, entremezclando a lo largo del desarrollo de la queja ambas modalidades, si bien resulta evidente que, a la luz de la narración histórica de la que nuevamente debemos partir en sus justos términos, ninguna de las formas previstas en el *art. 14 CP* resulta aplicable al caso. Por el contrario, la Sala de instancia deja firme constancia

del dolo que en todo momento -antes y durante el desarrollo de la acción- presidió el comportamiento de esta acusada, que libre y conscientemente aceptó participar en el engaño, asumiendo para ello un conjunto de funciones específicas de crucial relevancia para el logro del fin lucrativo que se habían propuesto. El motivo debe correr igual suerte de inadmisión que el anterior, en virtud de lo dispuesto en el *artículo 884.3º LECrim*.

Lo que hace interesante el análisis del extracto de la sentencia que se transcribe líneas abajo, es la cuestión procesal, toda vez que los Magistrados hacen valer una propia resolución anterior, en la que ya habían resuelto que el error de tipo debe acreditarse con medios de prueba idóneos, para estar en posibilidad de entrar a su estudio, de tal suerte que no basta alegarlo para que se tome en consideración, aunado a que en las pruebas desahogadas en el sumario se advirtieron indicios de que los sentenciados recurrentes sí tenían conocimiento de que los paquetes postales contenían narcóticos, por lo que no se concedió el haber realizado los hechos en error de tipo.

5.- Roj: STS 1466/2011. Id Cendoj: 28079120012011100139, Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 1704/2010, Nº de Resolución: 145/2011. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR. Tipo de Resolución: Sentencia.

Resumen:

Salud pública: intervención de paquete postal. Predeterminación del fallo. Presunción de inocencia. Error de tipo. Error de hecho. Principio acusatorio (acuerdo plenario): adaptación a LO 5/2010; nuevo subtipo atenuado.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil once.

En los recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuestos por Antonio y Bruno, contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que les condenó por un delito contra la salud pública que causan grave daño a la salud, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dichos recurrentes representado por los Procuradores Sres. Rabade Goyanes y Del Campo Barcon respectivamente. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 28 de los de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 4130/2009, contra Doroteo, Antonio y Bruno, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. Cuarta) que, con fecha cuatro de febrero de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Probado y así se declara que, el día 8.04.09, como resultado del análisis de riesgo efectuado por miembros de la Unidad de Análisis de Riesgo de la Guardia Civil del Aeropuerto de Barajas (Madrid), se detectó en el Almacén de Correos del Centro de Carga Aérea del citado aeropuerto, la existencia de un paquete postal procedente de Buenos Aires (Argentina) con nº de envío NUM000 , cuyo destinatario era el acusado Doroteo, con un peso bruto declarado de 1962 gramos, que al ser examinado por rayos X presentaba una densidad que por su forma podría tratarse de sustancia estupefaciente, procediéndose a la apertura del mismo, conforme a la legislación vigente, observando en su interior unas fajas que al aplicarles el reactivo narco-test dio positivo a la cocaína. Decretada la intervención judicial del referido paquete y autorizado su tránsito controlado hasta completar su entrega, por auto de 11.05.09 del Juzgado de Instrucción nº 49 de Madrid en funciones de guardia, se montó el oportuno dispositivo policial en la referida estafeta de Correos del Centro de Carga aérea del Aeropuerto de Madrid-Barajas. El siguiente 15.05.09, se dejó aviso de llegada del envío postal en el domicilio de Doroteo, lo que comunicó a los otros dos acusados Bruno y Antonio, los tres mayores de edad y sin antecedentes penales, encontrándose los dos primeros en situación irregular en España, y teniendo Bruno notificado el inicio de expediente de expulsión por el procedimiento preferente de fecha 2.11.08. Sobre las 13:20 horas del día 29.05.09, en ejecución del plan urdido por Bruno, del que eran partícipes los otros dos acusados, para la introducción y posterior distribución a terceras personas de la cocaína oculta en el paquete, llegaron al referido Centro de Carga a bordo del vehículo marca RENAULT, modelo CLIO, matrícula D-....-DO , conducido por Antonio, propietario del mismo, bajándose los otros dos acusados, y mientras Bruno se quedaba en actitud vigilante en la puerta de entrada a la oficina de correos, Doroteo accedía al interior, donde la agente de la Guardia Civil con TIP Nº NUM001, caracterizada de empleada de correos comprobó la identidad del destinatario del envío, y tras firmar Doroteo en la hoja de entrega, la agente procedió a hacerle entrega del paquete postal, dirigiéndose aquél hasta el vehículo donde los otros dos acusados, sabedores ya de que tenía el paquete con la droga, le esperaban en su interior con el motor en marcha, para facilitar la huída del lugar, lo que no consiguieron por la intervención de los agentes, que procedieron a su detención. Tras el cacheo de seguridad, se incautó a Bruno una nota manuscrita con la leyenda en el anverso "NUM002 teléfono, Cod. 280003 TNT, PAQUETE, 98-3ª MADRID-ESPAÑA, Luis Enrique", y en el reverso "NUM003", datos que correspondían a otro paquete que había sido ya detectado por miembros de la Unidad de Análisis de Riesgo de la Guardia Civil del Aeropuerto de Barajas, apareciendo como destinatario Luis Enrique, teléfono NUM004, dirección TNT, (recoger en nave), Madrid*

(España), con peso bruto declarado de 2000 gramos, y del que se habían practicado averiguaciones con la compañía TNT, sin que se pudiera acreditar que el paquete pudiera corresponder a ningún empleado de la referida compañía, ni tampoco persona alguna se hubiera interesado por el mismo. Solicitada la correspondiente apertura Judicial de los dos envíos al Juzgado de Instrucción nº 52 en funciones de guardia, fue autorizada por auto de 29.05.09, desplazándose agentes del operativo junto con Doroteo y Bruno hasta el mencionado Juzgado de Instrucción, realizándose la apertura judicial de ambos paquetes junto con el reportaje fotográfico, a presencia del Magistrado y del Secretario Judicial, así como de letrado del turno de asistencia al detenido, hallándose en el interior del paquete nº NUM000 objeto de este juicio, un pantalón de color negro en cuyo forro contenía 28'1 gr de cocaína con una pureza del 4'7%, y dos faldas de color rojo, en cuyos forros contenían 73'3 gr de cocaína con una pureza del 21'6% una de ellas, y la otra 59'3 gr de cocaína con el 16'5% de pureza, cuyo valor en el mercado ilícito alcanzaría los 3.213'7 €. Y en el interior del paquete nº NUM003 por el que no se formula acusación, se halló una bolsa blanca cerrada con una banda marrón de plástico adhesivo, de la que se extrajeron ocho paquetes de plástico de color negro, de forma rectangular, que debidamente analizados contenían 436'7 gr de cocaína con una pureza del 71'8%, y otros 10 paquetes alargados en un envoltorio negro de unos 30x2 cm, que debidamente analizada resultaron contener 125'3 gramos de cocaína con una riqueza del 67'7%. Bruno era el destinatario real de la droga, financiando la operación, y a cambio de dinero, Doroteo le facilitó sus señas y recogió el paquete, y Antonio facilitó su vehículo, para desplazarse y transportar el paquete a su destino final. En concreto Bruno iba a pagar a Doroteo 200 EUROS.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: <<Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Doroteo, Bruno y Antonio, como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para Doroteo de TRES años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, que se sustituye por la expulsión del territorio nacional por tiempo de 10 años, y multa de 1000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de cinco días de privación de libertad en caso de impago, y al pago una tercera parte de las costas procesales. Para Bruno de SEIS años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 4.000 euros, y al pago de una tercera parte de las costas. Y para Antonio de CUATRO años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 4.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de 15 días de privación de libertad en caso de impago, y al pago de una tercera parte de las costas. Se decreta el comiso de la

droga y del vehículo intervenidos, constando entregado este último en depósito a Antonio.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abonará el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa, si no se le hubiere aplicado a otra. Fórmese la pieza de responsabilidad civil para determinar la solvencia de dichos acusados. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial>>.

.....

TERCERO. - En el motivo primero y segundo del recurso de Bruno, amparados respectivamente en el *art. 5.4 de la LOPJ* y en el *art. 849.1º de la LECriminal*, y en el motivo primero y cuarto del recurso de Antonio apoyados respectivamente en el *art. 849.1º de la LECriminal*, y *5.4 de la LOPJ*, se desarrollan dos alegaciones: De una parte la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del *art. 24* de la Constitución Española, por no existir prueba de cargo suficiente que apoye la afirmación del Tribunal de que uno y otro tenían conocimiento del contenido estupefaciente (cocaína) del paquete recogido en correos. Y de otra parte la infracción por indebida aplicación del *art. 368 del Código Penal -y del 29* sobre autoría, en el recurso de Bruno-, fundado en que el desconocimiento de la ilicitud del hecho, consecuentemente a la ignorancia del contenido del paquete, excluye en ambos el tipo penal aplicado. Con relación a la presunción de inocencia, ambos recurrentes fundamentan su vulneración en la insuficiencia probatoria de que adolece, a su juicio, la declaración del tercer acusado -condenado y no recurrente- que en su condición de coimputado en el Juicio Oral manifestó que los otros dos acusados tenían total conocimiento de que iban a recoger un paquete de cocaína, siendo además Bruno el verdadero destinatario de la droga. Declaración prestada en Juicio Oral, a que Bruno reprocha una motivación espuria de búsqueda de la atenuación propia, y Antonio que contradice la inicial declaración sumarial. El planteamiento expuesto como fundamento de la vulneración de la presunción de inocencia no puede estimarse. En efecto, el comportamiento objetivo y material de los dos recurrentes, que el relato histórico describe, consistente en haber trasladado Antonio en su vehículo a los otros dos a recoger el paquete a la oficina de correos, esperando al volante, y con el motor en marcha, a que saliera con él Doroteo, y en situarse mientras tanto Bruno en la puerta de la oficina postal en actitud de vigilancia del exterior mientras Doroteo accedía al interior, es una acción declarada probada sobre la base probatoria, no de la declaración de éste como coimputado, sino de las declaraciones testificales de los Agentes que, sabiendo el contenido del paquete y desplegados en las inmediaciones en una operación de entrega controlada judicialmente, les vieron hacer exactamente lo que el hecho probado dice que hicieron. Estas declaraciones testificales son el soporte probatorio de la acción descrita como probada en la Sentencia, que es en los dos casos una acción objetiva y eficazmente contribuyente a la adquisición posesoria de una droga

obviamente destinada, por su cuantía y pureza, al consumo ajeno. Lo que los dos recurrentes alegan entonces no es la falta de prueba demostrativa de su acción dirigida conscientemente a recibir la posesión del paquete que fueron a recoger, sino el desconocimiento de la naturaleza estupefaciente de su contenido. Y por tanto un supuesto de error de tipo en la recepción de la droga, obtenida del modo descrito en la Sentencia.

Esta Sala tiene declarado (S^a 25 de marzo de 2010) que el error de tipo no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación. Su apreciación depende en cada caso de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable. Y la Sentencia de 10 de diciembre de 2008 señala que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena sólo es atendible cuando se haya demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien, pero sin que en modo alguno baste para estimarlo su sola alegación por el interesado. La Sentencia de 21 de julio de 2005 también declaró que el error ha de ser probado, y que la afirmación de una finalidad, de un conocimiento o de cualquier otro aspecto psicológico típicamente relevante de la acción puede ser inferido de indicadores exteriores y por ello se debe basar en máximas de experiencia. En este caso nada conduce a deducir como cierto el error alegado es decir el desconocimiento de que se trataba de cocaína: en efecto siendo la regla general conocer el alcance real de lo que se hace materialmente, es decir saber que se hace algo y conocer el contenido de aquello que se está haciendo, la conducta desplegada por ambos recurrentes lejos de denotar una confiada contribución a la recepción de un paquete postal en la ignorancia de su ilícito contenido apunta a lo contrario: la espera de uno al volante del vehículo con el motor en marcha para una rápida e inmediata salida, y la simultánea colocación del otro en la puerta de la oficina vigilando el exterior mientras el tercero entraba a por el paquete, se corresponde con la conciencia del verdadero alcance material que la recepción del paquete tenía. A esto se añade: que en el momento de la detención a Bruno se le ocupó una nota de papel con datos correspondientes a otro paquete postal diferente, que resultó también contener cocaína; que no hay dato alguno objetivo que exprese o denote la razonable probabilidad de que ignoraran la naturaleza del contenido; y finalmente que a la ausencia de pruebas sobre el error de tipo señalado se añade la declaración prestada por quien entró a recoger el paquete, en el sentido de que los tres sabían perfectamente que contenía cocaína. Se trate de un conocimiento deducido por inferencia razonable a partir de los datos objetivos probados, singularmente de las conductas realizadas a la vista de los Agentes que lo presenciaron, y reafirmada por la declaración de uno de ellos; o se trate de un conocimiento probado por la declaración del coimputado, objetivamente corroborada por el modo de ejecutarse con comportamientos probados por la testifical que se practicó, la conclusión es la misma: que lo que hicieron para hacer efectiva la recepción del paquete lo ejecutaron en los términos que la Sentencia relata con conocimiento pleno de lo que el paquete contenía. De ahí resulta que ni se ha vulnerado

por la Sala de instancia la presunción de inocencia, ni ha existido infracción por indebida aplicación del *art. 368 del Código Penal*. Por lo expuesto se desestiman los motivos primero y segundo del recurso de Bruno y los motivos primero y cuarto del recurso de Antonio.

El último extracto de sentencia que se transcribe, es de singular interés, toda vez que el Tribunal hace una explícita descripción del error al que se refiere el artículo 14 del Código Penal español ya analizado. Invoca su propia jurisprudencia, en el sentido de que citado numeral se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, entendido éste como un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el legislador en el tipo delictivo.

Explican también que esa clase de error tiene distinta relevancia, ya sea que recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, o sea, (1) sobre un hecho constitutivo de la infracción penal o (2) sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. En el primero de los supuestos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su aplicación.

6.- Roj: ATS 15867/2010. Id Cendoj: 28079120012010203065; Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sede: Madrid, Sección: 1, Nº de Recurso: 1493/2010, Nº de Resolución: 2445/2010, Procedimiento: RECURSO CASACIÓN, Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ, Tipo de Resolución: Auto. Resumen:

Delito contra la salud pública. Error de tipo. Desconocimiento de la naturaleza de la sustancia intervenida. Atenuante de confesión.

AUTO

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO .- Por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección tercera), se ha dictado sentencia de nueve de abril de dos mil diez, en los autos del Rollo de Sala 91/09 -J, dimanante de las Diligencias Previas 719/07, procedentes del Juzgado de Instrucción número cuatro de Granollers, por la que se condena a Josefina, como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto en el *artículo 368 del Código Penal*, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria legal correspondiente, multa de 400 #, así como al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra la sentencia anteriormente citada, Josefina, bajo la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales doña Valentina López Valero, formula recurso de casación, alegando, como primer motivo, al amparo del *artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, infracción de ley por aplicación indebida de los *artículos 28 y 368 del Código Penal*, e inaplicación indebida del *artículo 14* del mismo texto legal, y como segundo motivo, al amparo del *artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, infracción de ley por inaplicación indebida del *artículo 21.4º del Código Penal*.

TERCERO.- En el trámite correspondiente a la sustanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

CUARTO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Magistrado Excmo. Sr. Don Juan Saavedra Ruiz.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como primer motivo, la recurrente alega, al amparo del *artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, infracción de ley por aplicación indebida de los *artículos 28 y 368 del Código Penal*, e inaplicación indebida del *artículo 14* del mismo texto legal. A) La parte recurrente, basándose en las declaraciones de la acusada ante el Juzgado de Instrucción y en el acto de la vista oral, - en las que afirmó que la droga se le entregó preparada por una tercera persona - estima acreditado que, en contra de lo afirmado en la sentencia, la droga se contenía exclusivamente en un envoltorio cubierto con cinta aislante, cuyo contenido no se podía ver. Sólo cuando los Mossos d'Esquadra abren el único envoltorio, es cuando, en su interior, se observan diferentes bolsitas de plástico. Consecuentemente, entiende que era cierto - como alegaba Josefina - que creía que el paquete contenía hachís y no heroína y cocaína. En consecuencia, estima que se daba un error de tipo, dada su falta de conocimiento de la verdadera naturaleza de la sustancia contenida en el paquete.

B) Es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el *art. 14 se describe, en los dos primeros números*, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal -núm. 1- o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2-. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. Por otra parte, el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (*art. 14 CP.*) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. (STS 767/2009, de 16 de julio).

C) En el presente caso, la alegación de error carece de toda acreditación. En primer lugar, se parte del dato incierto e inacreditado de que Josefina recibiese la bolsa que contenía la droga de tercera persona ajena a su conocimiento y que no fuese ella misma quien, de común acuerdo con su marido, el coacusado Gumersindo, preparase y colocase la bolsa de droga dentro de su ropa interior para su introducción en el Centro Penitenciario de Quatre Camins. Más bien al contrario, la Sala estimó acreditado que, como se ha dicho, Josefina pretendía introducir la droga de común acuerdo con Gumersindo. Por otra parte, además, la Sala estimó que la declaración de Josefina de que no sabía que la droga contuviese heroína y cocaína, sino hachís, no era atendible, habida cuenta de la transparencia del envoltorio y de que la acusada sabía que su marido tenía problemas de consumo de cocaína. La parte recurrente censura la apreciación de la transparencia del envoltorio, que es un dato inferido por el Tribunal de instancia a partir de las declaraciones testimoniales de los Mossos d'Esquadra intervinientes y que, por esa razón, no puede valorarse por el Tribunal de casación, al provenir de una prueba personal que no ha presenciado, lo cual no es cierto, pues el Tribunal de casación considera correcta y ajustada a la lógica lo que al respecto considera el Tribunal de instancia. Pero, aún más, aun en el supuesto de que realmente Josefina hubiese recibido de otra persona el envoltorio sin comprobar su contenido, y éste no fuese apreciable a simple vista, por ser la bolsa opaca, le sería igualmente reprochable la conducta por dolo eventual. En las condiciones en que se produce el intento de introducción de la droga en el Centro Penitenciario, es evidente que Josefina sabe o tiene la obligación de saber que se trata de una sustancia prohibida y acepta con su comportamiento participar en esa actividad. La bolsa en la que se contenía la droga por sus propias circunstancias apuntaba a que se trataba de sustancia estupefaciente y prohibida. Además, la acusada la portaba dentro de su ropa interior y, además, sabía que su marido tenía problemas con la cocaína. En esas circunstancias, alegar error es insostenible. No puede jugar el error en cualquiera de sus modalidades en favor de quien, por las circunstancias, tiene obligación de conocer (STS145/2007 de 28 de febrero). En consecuencia, el motivo carece de fundamento.

Procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el *artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

CAPÍTULO IV

ESTADO MODERNO DE LA CUESTIÓN

1. Error de tipo

El error de tipo es aquél que recae sobre alguno o algunos de los elementos objetivos y normativos del tipo penal, lo que impide la configuración del dolo en el sujeto activo.

De alguna manera así lo establece Alberto A. Campos, para quien el: “Error de tipo será, pues, aquel que recaiga sobre cualquier elemento integrante del tipo objetivo, siempre que sea esencial e inculpable, o sea irreprochable; y para nosotros lo será cuando sea inevitable.”²⁰⁶

Un autor de la nueva generación de penalistas mexicanos explica que error de tipo: “Significa que el autor doloso yerra sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal.”²⁰⁷

El moderno autor catalán, Santiago Mir Puig, establece al inicio del tema de error de tipo, las distintas teorías que se refieren al dolo y a la culpabilidad, con lo que deja claro el tema en estudio.

Si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la *situación* descrita en el tipo, sino (sólo) del hecho de *estar prohibida* su realización.

Ejemplos: Quien dispara sobre un cazador teniéndolo equivocadamente por una pieza incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio, que requiere que se mate a ‘otro’ hombre. Quien creyendo

²⁰⁶ Campos, Alberto A., *Derecho Penal, op. cit.*, nota 124, p. 152.

²⁰⁷ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada, op. cit.*, nota 49, pp. 30.

erróneamente que la ley lo permite, da muerte a un delincuente que huye, actúa en error de prohibición, pues conoce los elementos del tipo (que mate a otro), pero entiende que su realización no está prohibida.

Adviértase que en la concepción tradicional del dolo como '*dolus malus*', el error de prohibición excluía también el dolo (porque éste requería no sólo conocer y querer la situación típica, sino también que su realización es antijurídica, esto es, prohibida por la ley). Ésta era la llamada 'teoría del dolo'. En cambio, referido el dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho ('dolo natural'), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, sólo disminuye o excluye la culpabilidad. Esta es la 'teoría de la culpabilidad'.²⁰⁸

Sin embargo, no se encontró una mejor definición que la de Zaffaroni, quien al respecto señala en su antiguo *Manual del Derecho Penal*:

El error de tipo: su naturaleza. El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Así, quien cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de cacería; quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia de que se trata de su propio abrigo; quien cree que yace con una mujer de dieciséis años, que en realidad tiene catorce; quien cree que aplica un ungüento cicatrizante y está aplicando un ácido corrosivo que causa una lesión.

En todos estos casos el error ha recaído sobre uno de los requerimientos del tipo objetivo: en el primero, el sujeto ignora que causa la muerte de un hombre, en el segundo que la cosa es ajena, en el tercero que la mujer tiene menos de quince años, en el cuarto que emplea un medio que causará una herida. Esto determina que, en el primer caso realice una conducta final de cazar un oso (pero no una conducta final de homicidio), que en el segundo realice una conducta final de

²⁰⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 5, p. 253.

llevarse su abrigo (pero no de hurto de un abrigo), que en el tercero su finalidad sea tener acceso carnal (pero no estupro), y que en el cuarto la conducta sea final de curar (pero no de lesionar).

Como se puede ver, en todos estos casos desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo. No habiendo querer en la realización del tipo objetivo, no hay dolo y por ende, la conducta es atípica. Son casos en que hay tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, porque falta el dolo.

Dolo es querer la realización del tipo objetivo; cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo.²⁰⁹

Continua exponiendo²¹⁰ con la indicación que el error de tipo es la cara negativa del dolo, argumentando que como el error de tipo recae sobre elementos del tipo objetivo, en todos los casos debe tenerse por eliminado el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible, siempre y cuando en el ordenamiento punitivo esté contemplada esa modalidad para el delito de que se trate, en tanto que, el error de prohibición recae sobre la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción. Éste último podrá ser clasificado en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y en error de permisión (sobre la justificación).

No se está del todo de acuerdo con Zaffaroni en la determinación de un error de tipo psíquicamente condicionado, al respecto menciona que: “El error de tipo puede estar determinado por incapacidad psíquica permanente o transitoria. Cuando por razones patológicas o por cualquier otra alteración grave de la consciencia el agente no puede reconocer los elementos del tipo objetivo que son necesarios para configurar el dolo, nos hallamos ante un error de tipo psíquicamente condicionado: el autista que no reconoce que tiene una persona

²⁰⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor, 1998, p. 436.

²¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Argentina, *op. cit.*, nota 29, p. 409.

delante, el alucinado que percibe un árbol donde hay una persona.”²¹¹, en todo caso hablaríamos de una causa de inimputabilidad.

El doctor Javier Jiménez Martínez²¹² expone que para el conocimiento de la importancia que fundamenta el dolo del tipo, debe ser suficiente que el autor haya captado correctamente el contenido social de sentido de los elementos del tipo penal, ya sean estos objetivos o normativos. Que en ciertas ocasiones, el sujeto activo obtiene un resultado que no conocía o no quería, dado que al momento de realizar el hecho se encontraba en circunstancias que le impedían conocer alguno de los elementos de la descripción legislativa. Así que cuando una persona actúa motivado por error de tipo se afecta el dolo o la culpa, o ambas, según sea vencible o invencible; por tanto, hay atipicidad por faltar el elemento subjetivo del tipo. En este caso el delito no se integra, pues se elimina el elemento tipicidad.

Desde la óptica del funcionalismo, el departamento de Derecho Penal de la Universidad de Navarra advierte al error de tipo de la siguiente manera:

Si el dolo se entiende como representación del riesgo que despliega la propia conducta, no concurrirá en casos de desconocimiento o error. Dicho error se denomina error de tipo, por referirse a la tipicidad, en concreto, a la parte objetiva del tipo.

Hablamos de error cuando la parte objetiva del tipo no converge con la representación subjetiva del agente en algún aspecto relevante. Puesto que para la imputación se precisa el conocimiento de los acontecimientos (además del control sobre su curso), no será posible imputar algo como conducta si el sujeto en ella inmerso no conoce esos elementos. Se trata de una regla básica de imputación: que sin conocimiento por parte del sujeto no hay imputación posible. Sin embargo, conviene establecer algunas precisiones.

En efecto, algunos errores no interrumpen la imputación. Así, en concreto, en aquella modalidad de divergencia que se produce cuando la representación del

²¹¹ *ibidem*, pp. 410-411.

²¹² Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, p. 788.

agente da por supuestos elementos mas allá de los que realmente se han producido (divergencia 'por exceso'). Se representa más de lo que se produce (esta modalidad de divergencia será objeto de estudio más adelante, en sede de la llamada 'tentativa': L4) Así como en estos casos el sujeto conoce más de lo que hay, en otros su representación queda por debajo de lo que en realidad se da. Si en los casos antes descritos se da por supuesto lo que en realidad no se da, ahora se desconoce lo que sí se da (divergencia 'por defecto'); en estos casos sí se ve afectada la imputación. Veámoslo.

El criterio de referencia que rige en materia de dolo permite afirmar que la parte interna ha de coincidir o converger con la externa. Cuando se da una divergencia en un aspecto relevante entre lo externo y su presentación por el sujeto, hablamos de error. Dejando ahora aparte el error sobre la prohibición, esa divergencia o desconocimiento del sujeto sobre un elemento del tipo excluye la responsabilidad, salvo que podamos hacer responsable al sujeto de ese error. Es decir, no es del todo exacto afirmar que el error de tipo excluye la imputación y por eso la responsabilidad. Pues, en efecto, es posible restablecer la responsabilidad mediante una imputación de carácter extraordinario. Cuando así procedemos, estamos haciendo responsable al sujeto a pesar de no reunir esto los requisitos de imputación que ordinariamente se exigen (el dolo). En estos casos, aún faltando el dolo, se imputa, porque el agente ha obrado contra lo que le incumbía hacer: poner cierto cuidado para evitar que su conducta, de por sí peligrosa, acabara siendo efectivamente lesiva. Con otras palabras, y con salvedades, se podría afirmar que el error excluye la imputación salvo que el error mismo sea 'delito'.

Así se recoge en el régimen penal español, que prevé la impunidad del error sobre un elemento del tipo, siempre que dicho error sea invencible. Es decir, siempre que no podamos afirmar que el error era superable con cierta dosis de cuidado y precaución. Es lo que en cambio sucede con el 'error vencible de tipo', para el que se prevé responsabilidad penal a través del régimen de imprudencia. Lo cual significa que se castigará como delito imprudente, siempre que se haya definido en la ley dicha figura delictiva imprudente (cosa que no para todo caso se ha previsto). Este modelo de sanción del error vencible de tipo es coherente con la llamada 'doctrina de la culpabilidad', según la cual el error del agente reviste dos

formas, con sendas clases de consecuencias, según afecte a elementos del tipo o a elementos de conocimiento de la antijuridicidad (en cuyo caso se estudiará en sede de culpabilidad).²¹³

A la pregunta sobre si el dolo pertenece al tipo penal, Rubén Quintino²¹⁴ razona que el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo distintos de dolo representó una profunda grieta en el sistema causalista. Recuerda que Ernst Von Beling inicialmente concibió a la tipicidad desde una perspectiva enteramente objetiva, se comprende cómo el descubrimiento de los elementos subjetivos específicos distintos del dolo, consistentes en expresos ánimos o el propósito del autor, resquebrajaron la perspectiva enteramente objetiva que se tenía de la tipicidad.

Así también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo se presentó la debacle del argumento que establecía que el tipo penal era enteramente objetivo. Citando a Welzel, indica que al examinar los tipos penales en busca de elementos subjetivos, fue posible advertir que en los casos de tentativa de delito el dolo es uno de los elementos.

Es por ello que la tentativa representó un problema para quienes negaron que en el tipo penal estuviera ubicado el dolo. Inclusive, se llegó a sugerir que el dolo sí pertenecería al tipo penal pero en tanto el hecho no se consumara, porque, se decía, habiéndose consumado el resultado, el dolo pasaría a la culpabilidad. Esta suerte de Incoherencia provocó que Welzel se preguntara: ¿Cómo puede depender de que el disparo de o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento del tipo o de la culpabilidad?

Esa pregunta queda contestada si advertimos que los elementos subjetivos específicos distintos del dolo pertenecen al tipo penal, con independencia de que el hecho se haya consumado o que se hubiere quedado en grado de delito

²¹³Página de internet de la Universidad de Navarra, España: <http://www.unav.es/penal/crimina/T%F3picos%20html/errorsobreelementosocircunstancia sdeltipo.html>

²¹⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *Dolo y Error*, op. cit., nota 170, pp. 74-77.

tentado, pues los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no pasan a la culpabilidad cuando el hecho está consumado.

Por otra parte, continúa su exposición, en 1929 Karl Engisch llegó a la determinación de que en los delitos culposos la infracción al deber objetivo de cuidado proveniente de la creación de un riesgo no permitido necesariamente tenía que examinarse a nivel de tipo.

Poco tiempo después, en 1936, Graf Zu dohna dijo que el dolo es el objeto de la valoración y no parte de ella; con lo cual, separó al dolo de la culpabilidad.

A lo anterior, Hans Welzel comentó que la doctrina de la acción finalista asignó al dolo su apropiado lugar en el tipo.

No obstante la larga discusión con Mezger, quien siempre se opuso al hecho de que el dolo formara parte del tipo penal, por el año 1952, hubo una sentencia del gran senado para asuntos penales, en la que se indicó que sólo el error de tipo excluye el dolo, no así el error de prohibición. Por supuesto, si el error de tipo excluye al dolo, es precisamente porque el dolo pertenece al tipo y no a la culpabilidad. Además de que, si el error de prohibición no afecta la presencia del dolo, ello significa, en una palabra, que la conciencia de la antijuridicidad del hecho no es un elemento del dolo.

Confirmando lo anteriormente narrado, Enrique Bacigalupo expone que:

El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. Si el autor ignora que detrás de una mata, sobre la que dispara con el propósito de probar el funcionamiento del revólver, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, no habrá obrado con el dolo del homicidio, y eventualmente sólo podrá ser responsabilizado por un homicidio imprudente (art. 142 CP). Por lo tanto, el dolo resulta excluido por un error que impida al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado. Al respecto, carece de importancia que el error sea producto de una negligencia del autor: de todos modos excluye el dolo (aunque deje subsistente la responsabilidad por la imprudencia). Dicho con otras palabras: la razón del error es irrelevante, en todo caso excluye el dolo. Esta irrelevancia de

las razones del error sobre los elementos del tipo es considerada axiológicamente, al menos, discutible.²¹⁵

Para culminar este apartado sobre el error de tipo, comentamos que Roxin²¹⁶ señala que se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal. Por ejemplo, en el delito de homicidio el tipo exige que se mate dolosamente a una persona. Cuando el autor, en el campo, mata a balazos a una persona que no reconoce como persona, sino que erróneamente creyó que era un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. Otro ejemplo es en el tipo penal de robo, el cual presupone la sustracción de una cosa ajena. Una cosa es ajena cuando se encuentra en propiedad de otro sujeto. Cuando el autor, al sustraer una cosa ajena, cree que ésta le pertenece, que es de su propiedad, se encuentra nuevamente en un error de tipo.

2. Error de tipo invencible

2.1. Concepto

Ya se ha analizado que al error de tipo se le reconocen dos modalidades, el invencible y el vencible, respecto del primero Jiménez Martínez²¹⁷ dice que una persona se encontrará en error de tipo invencible cuando utilizando todo lo que se encuentra a su alcance y a pesar de todo no logra salir del error en que se encuentra.

Que esta clase de error se asimila a la situación en que una persona cae en un pantano y haciendo uso de todos los instrumentos que están a su alcance no puede salir de él, así que invencible es la potencia que ataca en forma tal, que no

²¹⁵ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, *op. cit.*, nota 31, pp. 314-315.

²¹⁶ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel A. Abanto, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 195.

²¹⁷ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, p. 791.

es resistible por quien la recibe. Invencible es, en consecuencia, la proposición negativa de vencer. Un error es invencible, cuando la cultura y la personalidad de quien lo recibe, no se hallan en condiciones de desbaratarlo o resistirlo. El error ataca la inteligencia del sujeto, deformando la idea que este tiene sobre la verdad de ciertos hechos.

Rubén Quintino ofrece una de sus magistrales definiciones: “Ocurre cuando el autor doloso, de modo inevitable, yerra sobre alguno de los elementos objetivos del tipo penal; con lo cual, el tipo penal en definitiva se excluye.”²¹⁸

2.2. Error de tipo invencible sobre elementos esenciales

Es frecuente que encontremos en la doctrina que el error de tipo puede versar sobre elementos esenciales o sobre elementos que no lo son, así que ello también abarca a la vencibilidad o no del referido error, por lo que se tiene el problema, en todos los casos, de dilucidar si el error de tipo invencible es sobre elementos esenciales o inesenciales.

Mir Puig introduce el tema explicando que: “b) Sean descriptivos o normativos, los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser esenciales o accidentales... (esenciales) aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito de que se trate...”²¹⁹

Que los esenciales son aquellos de los que depende la presencia del delito de que se trate no dice mucho, continuando con el mismo autor, expresa la consecuencia jurídica del error sobre elementos esenciales de la siguiente manera: “El error invencible excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que en principio dará lugar a la impunidad, pues en el Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta *atípica*.”²²⁰

Para Javier Jiménez Martínez:

²¹⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada*, *op. cit.*, nota 49, pp.30

²¹⁹ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, p. 243.

²²⁰ *ibidem*, p. 254.

Aunque para un sector doctrinal la distinción entre error esencial y no esencial carece de significación porque todo error sobre un elemento integrante del hecho típico excluye el dolo, debe distinguirse entre error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo.

En este caso no hay responsabilidad ni por dolo ni por culpa, la conducta es atípica por faltar el elemento subjetivo.

Si el error de tipo esencial es invencible, de acuerdo con el mencionado inciso a) – y que es la opinión que la doctrina finalista establece- se excluye el delito, porque se excluye tanto el dolo como la culpa y, por ello, tanto la tipicidad dolosa como la tipicidad culposa, no queda subsistente tipicidad alguna, que es necesaria para poder afirmar la existencia del delito.

En conclusión: si el error de tipo es invencible y recae sobre elementos esenciales, se excluye dolo y culpa, y si no hay dolo ni culpa no hay tipicidad, y si no hay tipicidad, aún cuando haya una conducta relevante no hay delito.”²²¹

El error de tipo versará sobre elementos esenciales cuando recae sobre alguno de los que establecen la existencia del tipo mismo, sin que sea alguno de los que modifica la clasificación, y por ende, agravan o atenúan la sanción penal.

2.3. Error de tipo invencible sobre elementos accidentales

Los elementos accidentales del tipo, según Mir Puig, son aquellos: “cuya concurrencia determina sólo la agravación o atenuación del delito base, por lo que su ausencia no lleva consigo la de éste. Los elementos accidentales pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de que se trate, o bien en forma

²²¹ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 791.

genérica, como ‘circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal’ (atenuantes o agravantes).”²²²

Recurrimos nuevamente al autor mexicano Jiménez Martínez, quien nos indica que:

Hay que empezar por definir que es el ‘error accidental’ o también denominado ‘no esencial’.

El error es accidental cuando no impide comprender la criminalidad del acto; es decir, cuando, aunque no existiera, el hecho sería lo mismo típicamente antijurídico.

Si el error de tipo invencible recae sobre elementos accidentales, se excluye la agravación. Se excluye la aplicación del tipo cualificado, pero subsiste intacto el dolo de tipo básico, luego el sujeto responde por éste.²²³

Los elementos no esenciales, inesenciales o accidentales, comprenden aquellos que estando descritos en el tipo penal, tienen la función de agravar o atenuar la punibilidad, sin que su ausencia afecte la existencia del tipo mismo.

3. Error de tipo vencible

3.1. Concepto

Sin duda esta clase de error debemos delimitarla con toda precisión y precaución, pues puede tener como consecuencia que un sujeto sea o no sancionado penalmente a cumplir varios o muchos años en prisión, así que es de vital importancia. Tenemos que Rubén Quintino menciona que es el que: “Recae sobre los elementos objetivos del tipo penal, y se entiende que el error de tipo

²²² Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, pp. 243.

²²³ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, p. 791.

vencible elimina el dolo del autor, en tanto queda subsistente la punibilidad por el delito culposo de que se trate.”²²⁴

Si el error es vencible, quiere decir que era evitable, por lo que pueden considerarse como sinónimos, Mir Puig²²⁵ explica que el error será considerado vencible si es que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse como un error imprudente, de descuido.

Para Zaffaroni:

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo, que para nada ha menester del conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad, que sólo interesan a los efectos del error de prohibición como exclusión de la culpabilidad. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agente, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa.²²⁶

Retomando al doctor Jiménez Martínez²²⁷, dice que es vencible lo que puede vencerse, y vencer es la acción de resistir o desbaratar lo que hace oposición. El hecho hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error de naturaleza imprudente.

El error será vencible si se hubiera salido de éste de haberse tenido el cuidado normativamente debido y tendrá la consecuencia jurídica de excluir el dolo, pero no la culpa si es que el tipo de que se trate prevé su comisión culposa, si no la prevé, la conducta será impune.

²²⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada*, op. cit., nota 49, pp.30

²²⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, op. cit., nota 5, pp. 254.

²²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., nota 29, pp. 409-410.

²²⁷ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 791.

3.2. Error de tipo vencible sobre elementos esenciales

De la misma manera que en el error vencible, se debe estudiar cada caso concreto, a efecto de verificar si el error vencible recayó sobre elementos esenciales o inesenciales.

De acuerdo con Roxin:

El error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Pero deja subsistente una punición por un hecho culposo bajo dos requisitos: primero, que la comisión culposa del delito correspondiente sea punible, y, segundo, que el error haya sido vencible. Entonces, si en mi ejemplo inicial el tirador, con una suficiente atención, hubiera podido reconocer que el objeto de su práctica de disparo no era un espantapájaros sino una persona humana, tiene que ser penado por homicidio culposo. En cambio, en mi segundo ejemplo, en el cual el autor sustrae una cosa ajena que considera erróneamente como propia, tiene que producirse una absolución, pues el hurto culposo no está sometido a pena.”²²⁸

Mir Puig²²⁹ expone que el error vencible excluirá el dolo pero no la imprudencia por lo que procederá, de ser punible ésta en el delito de que se trate, la estimación de la modalidad de imprudencia correspondiente. Sin embargo, depende de cada código penal, si la imprudencia no es punible en la mayoría de los delitos, por lo que el error vencible determinará generalmente la impunidad.

Para el Derecho penal mexicano, Jiménez Martínez afirma que:

Los efectos de un error de tipo vencible sobre elementos esenciales produce responsabilidad culposa. En efecto, la afirmación de que un error de tipo ha sido vencible es la exigencia de responsabilidad por culpa. Ello es lógico si se aplica al error sobre elementos esenciales del tipo, porque quiere decir que el sujeto habría podido objetivamente evitar su error, y si no lo evitó, es porque no observó el cuidado objetivamente necesario a la hora de examinar la situación; en

²²⁸ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., nota 216, pp. 196-197.

²²⁹ Mir Puig, Santiago, op. cit., nota 5, p. 254.

consecuencia actuó culposamente. Si el error, fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa....

En síntesis, el error de tipo vencible sobre elementos esenciales tiene los siguientes efectos:

- a) Elimina el dolo, no hay tipicidad dolosa;
- b) Subsiste la responsabilidad por culpa, siempre que exista el correspondiente tipo culposo;
- c) Si el tipo no admite la forma culposa, entonces no hay ni dolo ni culpa y si no hay dolo ni culpa no hay delito, y si no hay delito no hay responsabilidad.²³⁰

No caben mayores interpretaciones a la anterior explicación, basta añadir que el error de tipo vencible sobre elementos esenciales indica que el sujeto activo es una persona imprudente, y que con su modo de actuar, sin el cuidado o diligencia debidos, provoca daños a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, así que se considera que debería ser sancionado, al menos culposamente, en todos los casos.

Sin embargo esa no es la tendencia en la mayoría de los códigos penales modernos, en los que, aplicando los principios del garantismo penal, limita la sanción del delito culposamente realizado al específico catálogo que se estado se elabore en la norma jurídico penal.

3.3. Error de tipo vencible sobre elementos accidentales

Esta es una prueba al sistema dogmático del Derecho penal, si el error es vencible sobre elementos no esenciales del tipo penal, quiere decir que existe un error por imprudencia sobre alguno de los elementos que solamente agravan una

²³⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, pp. 794-795.

sanción penal, por lo que de realizarse la conducta y se obtiene el resultado material prohibido por la norma, entonces sólo se impondría la punibilidad del delito simple o básico, siempre que éste admitiera cometerse culposamente, sino, quedaría impune.

Pocos autores se aventuran al tema, sólo Jiménez Martínez dice que “Si el error vencible versa sobre elementos accidentales entra en concurso ideal de delitos con el tipo cualificado culposo, si es que admite la forma culposa.”²³¹

4. Error en la causalidad

El error sobre el nexo causal se refiere a que el sujeto activo del delito previó y realizó la conducta que no debía realizar, previendo cómo se desarrollaría el curso causal del evento hasta obtener el resultado material que lesione el bien jurídico tutelado, sin embargo, el curso causal se ve alterado, esto es, difiere del previsto cuando exteriorizó su voluntad, así que si debemos saber si la desviación del curso causal es o no relevante para la imposición de la sanción que le corresponda, en base a si obtuvo o no el resultado material esperado.

Ya desde los tiempos del Profesor Franz Von Liszt, se hacían especulaciones sobre el error en la causalidad y las consecuencias del mismo, que generalmente eran las de dejar el carácter doloso de la conducta.

II. Pero el error puede también existir, en caso de exacta apreciación de que el hecho está previsto por la ley, es decir, que reúne los caracteres esenciales del delito, cuando EL AUTOR SE EQUIVOCA RESPECTO DE UNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL HECHO. Él sabe que mata a un hombre, pero mata a A, tomándole erróneamente por B. El error consiste aquí en la *no coincidencia* entre la *representación del autor* respecto de la significación – causante o no impediendo del resultado- de su manifestación de voluntad, y *el curso efectivo de las cosas*.

²³¹ *idem*.

1. La representación del resultado y de los medios para su causación o no impedimento, puede ser más o menos cierta, si bien no puede ser completamente indeterminada, ni puede abarcar todos los detalles. El autor debe conocer los eslabones de la cadena causal puesta en movimiento o no detenida por su manifestación de voluntad, y representarse su efecto. Más, con esto basta. Como obrará fisiológicamente el veneno por él suministrado, qué se encontrará en la cartera robada, a quién herirá la bomba arrojada por él, esto no necesita saberlo. La *representación* de los cambios causados o no impedidos por la manifestación de voluntad, y estos mismos cambios, deben corresponderse; pero no en todos detalles, sino sólo en los esenciales.

2. Un error del autor respecto del curso de su acto y el resultado de su manifestación de voluntad sólo excluye, por consiguiente, la imputación del dolo cuando el error es ESENCIAL. Ahora bien, el error es esencial, cuando el autor se hubiera abstenido de cometer el acto, si hubiera previsto el curso efectivo de los hechos; es decir, cuando su intención no ha abarcado ni siquiera eventualmente el curso efectivo de los acontecimientos.

La no conformidad entre el curso del acto representado y el efectivamente producido, no excluye, por el contrario, la imputación del resultado al dolo del agente, cuando la discrepancia se refiere tan sólo a *algunos* puntos, éstos *no son esenciales* respecto a la totalidad del acto.

Así, a mi sentir, debería admitirse la existencia de homicidio doloso, en los siguientes casos (muy controvertidos): El autor se precipita sobre su querida con un revólver cargado, con la intención decidida de matarla; en la lucha, la misma persona amenazada toca casualmente el gatillo y queda herida mortalmente. – A arroja a B desde un puente para ahogarle; B se pega contra el pilar del puente y se fractura el cráneo. –Un cazador furtivo apunta a un cazador para matarle; éste da un salto involuntario y se cae en un precipicio.²³²

²³² Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II, op. cit.*, nota 144, pp. 407-408.

En las hipótesis antes planteadas por Von Liszt, puede resultar natural ni siquiera pensar en una impunidad, pues en todos los casos, el autor siempre obró con dolo de obtener el resultado prohibido por la norma.

El autor español José A., Saínz Cantero²³³ da a este error el tratamiento de error en la ejecución.

Explica que al delito aberrante, lo constituyen supuestos de error que se producen en la fase de formación de la voluntad del sujeto, por ejemplo, cuando un sujeto quiere matar porque erróneamente cree que dispara contra un animal; quiere producir aborto porque cree que esa conducta no está prohibida; por ello, si no mediara el error el sujeto habría formado otra voluntad: no hubiera decidido matar ni causar aborto, por lo que se deben separar los supuestos de error que afectan a la fase de ejecución de la voluntad ya formada, como sucede cuando el sujeto, sin mediar error alguno, decide matar al sujeto A; pero al ejecutar esa decisión, por error, mata al sujeto B.

Cuando la doctrina estudia estas clases de error, distingue entre lo que denominan *error propio o en el motivo*, que afecta al proceso psicológico de formación de voluntad, del error impropio u obstativo, que recae sobre la ejecución del delito, y que es el que interesa como error en el curso causal.

En este tenor, el error impropio u obstativo puede ser de dos clases: *error in objeto* y *aberratio ictus*.

El *error in objeto* se da cuando el sujeto dirige su acción contra un objeto distinto de aquel contra quien quería dirigirla. Confunde un objeto con otro. Dentro de este error está comprendido el error *in persona*, que se da cuando el sujeto toma a una persona por otra. Quiere matar a A, y produce la muerte de B, que era quien estaba en el punto geográfico (donde el sujeto creía que estaba A) contra el que disparó.

Desde una visión psicológica, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez opinan que:

²³³ Saínz Cantero, José A., *Lecciones de Derecho Penal, op. cit.*, nota 137, p. 704.

... en términos generales, el error puede afectar al proceso de formación de la voluntad, llamado por Piacenza *error proprio*, o incidir sobre la ejecución, que entonces no corresponde a lo que el sujeto se había propuesto realizar: error impropio u obstativo. Esta segunda forma da lugar a lo que se denomina *delito aberrante*. La desviación (*aberratio*) entre lo imaginado por el sujeto y lo efectivamente ocurrido puede a su vez ocasionar que el golpe dirigido contra una persona alcance a otra: *aberratio ictus*; que el curso causal real no se corresponda con el representado: *aberratio causae*; e incluso que el delito cometido sea distinto del que el sujeto se había propuesto perpetrar: *aberratio delicti*.

X. dispara contra Y., pero el disparo alcanza a Z., ajeno a la cuestión: *aberratio ictus*; X. quiere matar a Y., pero no consigue herirle: *aberratio causae*; X. quiere matar al perro del vecino y dispara contra él, pero no le alcanza, y en cambio hiere a un transeúnte: *aberratio delicti*.²³⁴

Ahora bien, cada uno de los supuestos que mencionan los autores tendrá consecuencias jurídicas diferentes, tal como se analiza en los puntos que siguen.

4.1. Error sobre el objeto de la acción (*error in objeto vel in persona*)

Confirmando lo antes señalado, desde una óptica mexicana y aplicando el sistema causalista de la acción, el Profesor Castellanos Tena señala que la equivocación conocida como: “*Aberratio in persona* es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito (Alfredo, queriendo disparar sobre Rafael, confunde a éste por las sombras de la noche y priva de la vida a Armando, a quien no se proponía matar). Hay *aberratio in delicti* si se ocasiona un suceso diferente al deseado.”²³⁵

Siguiendo la misma doctrina de la acción causal, el autor argentino Carlos Creus comenta lo siguiente: “El llamado *error in objeto* es el que recae sobre el

²³⁴ Rodríguez Devesa, José María y otro, *op. cit.*, nota 192, p. 624.

²³⁵ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 83, p. 256.

objeto material del delito. Por lo común se trata de un error accidental que no produce los efectos de la excusa, porque para el tipo es indiferente, en principio, la calidad o las características del objeto material, en cuanto se trate del que está enunciado en él (p. ej., hurtar una brújula creyendo que es un reloj, destruir un documento cualquiera de los comprendidos en el art. 255, C.P., creyendo que se trataba de un registro cuando se trataba en realidad de otra especie documental.)²³⁶

Posteriormente, al comentar sobre el error *in personam*, explica las sutiles diferencias cuando al hacer el análisis dogmático, se tiene a una persona humana como objeto material sobre el que recae la conducta, que serán diferentes si se le toma como titular del bien jurídico tutelado por la norma, así vemos lo siguiente:

Error 'in personam'.- Cuando se trata del error sobre el sujeto en el cual recae la acción como objeto del delito (en los delitos contra las personas, contra la libertad, contra el honor, o contra la honestidad), trátase en verdad de un *error in objecto*, que se soluciona en la misma forma que hemos visto anteriormente: puede tratarse de errores accidentales (p. ej., para el tipo del art. 79, C.P., da lo mismo que se mate a Pedro o se mate a Juan), o esenciales (a los fines del art. 80, inc. 1º, C.P., no es lo mismo que Esteban mate a su esposa Alicia, como que mate a su cuñada Epifanía).

Si el error *in personam* recae sobre un sujeto en cuanto titular del bien jurídico protegido –ya no como objeto de la acción–, también podemos encontrar errores accidentales cuando para el tipo es indiferente quién es el titular (p. ej., creer que se defrauda a Juan engañando a su administrador, cuando en realidad se trata del administrador de Pedro, a quién es última instancia se defrauda), y esenciales cuando la titularidad está circunstanciada en el tipo (creer que se defrauda a una empresa particular cuando en realidad se defrauda a la administración pública, en

²³⁶ Creus, Carlos, Derecho Penal, *op. cit.*, nota 59, p. 355.

cuyo caso el autor podrá responder según el art. 172 o por alguno de los incisos del art. 173, C.P., pero no por el art. 174, inc. 5º, Cód. Penal).²³⁷

Cuello Calón²³⁸ refiere que al estudiar los casos de error, es común que surjan dos problemas de interés, siendo el primero el error en el objeto o en la persona (*error in objecto o in persona*). El segundo sería la equivocación en el golpe (*aberratio ictus*). Un ejemplo del primero: A creyendo matar a B mata a C; ejemplo del segundo: el disparo dirigido por A contra B mata a C.

En el caso de error en la persona, el error no atenúa la responsabilidad del agente, toda vez que se trata de un error accidental, no de un error esencial. Como sería el supuesto de que en vez de matar un animal se matara a un hombre; mientras que lo esencial es la persona humana, el hecho de que esta persona sea Pedro o Juan, es puramente accidental. Tal clase de error no influye sobre la imputabilidad y el hecho no pierde su carácter de homicidio voluntario.

4.1.1. Error irrelevante sobre el objeto de la acción

En la mayoría de los casos, no resulta relevante que el agente yerre en el objeto de la acción, atendiendo al bien jurídico tutelado por la norma penal, la sanción será equivalente.

Jiménez Martínez²³⁹ afirma que el error sobre el objeto de la acción es irrelevante cuando se trata de bienes jurídicos típicamente equivalentes. Si de manera general está prohibido por el derecho dar muerte a otro, resulta irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción.

Lo explica con varios ejemplos, uno se refiere a que sería irrelevante que Alberto se apodere del automóvil de Bruno creyendo que era propiedad de Carlos; en otro, también es irrelevante que Alberto mate a Daniel en lugar de Enrique, o que detenga ilegalmente a Fernando porque lo confunde con Guillermo. Que

²³⁷ *ibidem*, p. 356.

²³⁸ Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 118, pp. 385.

²³⁹ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, p. 798.

definitivamente es irrelevante si se quiere matar a Pedro y se priva de la vida a Pablo, el autor deberá responder por homicidio a título de dolo, puesto que si mata a un hombre distinto al que había dirigido su comportamiento, de todas maneras, se está frente a la hipótesis de homicidio doloso, ya que el valor de la vida humana es la misma para todos, aquí no se admiten distingos de raza, color, idioma, religión, cuestiones culturales ni políticas.

Prácticamente en el mismo sentido, Enrique Bacigalupo refiere:

Los casos de *error in personam* no constituyen verdaderos casos de error sobre el desarrollo del suceso y, por tanto, no deberían tratarse como tales, pues en ellos no hay desviación alguna. Una desviación del desarrollo del suceso presupone que el objeto alcanzado por la acción no sea aquél sobre el que se dirige la misma. Esto no es lo que ocurre en el error *in personam*, que, como es sabido, sólo es un error sobre la identidad (sobre el nombre) del sujeto pasivo. 'Aquí –dice acertadamente Stratenwerth- el desarrollo del suceso se corresponde totalmente con el esperado'. En efecto, el autor dirige su acción sobre una persona y alcanza a una persona de la manera en la que quiere hacerlo. El error sobre la identidad es irrelevante porque la identidad de la víctima no es, por regla, elemento del tipo.²⁴⁰

Se coincide con los autores comentados, ya que no se trata realmente de los errores a los que se refiere el legislador en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal, sino a errores sobre la identidad de las personas, que no es elemento esencial del tipo penal.

4.1.2. Error relevante sobre el objeto de la acción

Veamos ahora si es jurídicamente posible que un error sobre el objeto de la acción sí sea relevante, en el sentido de que pueda existir algún cambio en la imputación penal.

Carlos Creus afirma que sí es posible, de esta manera:

²⁴⁰ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, p. 319.

Pero hay casos en que el *error in objecto* se constituye en error esencial; así ocurre cuando el tipo requiere una determinada calidad o característica del objeto material (p. ej., creer que se ha cercenado una moneda que no tiene curso legal, siendo que el cercenamiento ha recaído sobre una que está en dicho curso, art. 283, C.P.); la situación bastante común en las relaciones de tipos básicos y calificados (sobre todo con respecto a los agravados; p. ej., creer que se daña una biblioteca privada cuando en realidad se daña una biblioteca de uso público, en cuyo caso la responsabilidad se reducirá a la figura básica del daño del art. 183, C.P., y no se extenderá a la agravada del art. 184, inc. 5°, Cód. Penal).²⁴¹

Los supuestos con los que ejemplifica se refieren a la calidad del objeto material sobre el que recae la conducta, la cual incidirá, efectivamente, en un aumento o disminución en la punibilidad.

Por su parte, Jiménez Martínez²⁴² dice que el error sobre el objeto de la acción será relevante cuando los objetos no son típicamente equivalentes, que sin embargo, cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matara al perro del vecino, pero se mata al vecino) el error dará lugar a un concurso de delitos entre el que el sujeto efectivamente quería realizar y el resultado imprudentemente realizado. Según el ejemplo dado, daño a la propiedad en el caso de la muerte del perro y homicidio culposo por la privación de la vida al vecino.

Otros ejemplos se refieren al caso de quien quiere matar al Presidente de la República y da muerte a uno de los escoltas que se le pone enfrente, o del que quiere causar daños materiales y además causa la muerte de una persona. En éstas hipótesis el error es relevante y obliga a reconocer la concurrencia de dos delitos, en el primer caso, un delito de homicidio del Presidente de la República en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado del escolta, y en el segundo un concurso de delito doloso de daños consumados con un delito de homicidio culposo.

4.2. Error sobre la relación de causalidad

²⁴¹ Creus, Carlos, *Derecho Penal*, *op. cit.*, nota 59, p. 356.

²⁴² Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, pp. 798-799.

De acuerdo con la doctrina finalista, el sujeto activo desde que concibe la comisión del delito, medita sobre el curso causal que desencadenará para obtener el resultado material objeto de su finalidad, pero pueden surgir casos en que se erre sobre dicho curso causal, sobre los pasos, concatenados, lógicos y cronológicamente sugeridos según el plan ideado por el activo.

Se recurre nuevamente a la experta opinión de Carlos Creus, quien comenta que:

Aunque el dolo 'presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado' y la culpa requiere la previsibilidad de concreción en daño típico de una conducta que pudo conocer como peligrosa, en principio los errores sobre el curso causal son accidentales y, por tanto, irrelevantes como excusa. Normalmente, las situaciones de error en esos aspectos se dan cuando el autor previó el resultado como producto de su acción según una determinada mecánica de producción, pero aquél se produjo por una mecánica diferente, aunque sin impedir que el resultado sea producto de su acción. Fundamentalmente, se trata aquí de dos cuestiones, la de la *aberratio ictus* y la del *dolus generalis*.²⁴³

De conformidad con Jiménez Martínez,²⁴⁴ la relación de causalidad es el vínculo que surge entre el autor con su hecho, así que se consideran casos de error sobre el curso causal a aquellos que versan sobre la relación de causalidad entre la propia acción y el resultado material que se obtiene. Es decir, que se trata de errores sobre la forma de producirse el resultado, y se suelen denominar desviaciones del curso causal, porque el sujeto activo actúa con dolo de producir un resultado y, por tanto, con previsión de un determinado curso causal, sin embargo, el resultado se produce por causas inmediatamente distintas.

4.2.1. Error irrelevante sobre la relación de causalidad

²⁴³ Creus, Carlos, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 59, p. 357.

²⁴⁴ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito, op. cit.*, nota 140, p. 801.

En términos generales es posible afirmar que el error en el curso causal es irrelevante cuando el resultado material que se obtiene es el mismo que conocía y quería el autor del delito, aunque el curso causal no haya corrido exactamente cómo él lo planeo.

Para Enrique Bacigalupo²⁴⁵ la excesiva extensión del nexo causal, determinado a través de la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en términos generales encontró sus límites en el dolo. La causalidad material que inició con el golpe dado con un puño cerrado sobre la cara del pasivo y el resultado muerte ocurrido como consecuencia del incendio del hospital en que se practicaba a la víctima una sencilla curación, prácticamente no ofrecía dificultad alguna para afirmar la causalidad desde el punto de vista de la *conditio sine qua non*. Sin embargo, la responsabilidad dolosa se limitaba a las lesiones causadas por el puñetazo, en razón de que el resultado de muerte representaba una desviación esencial del nexo causal. La esencialidad de la desviación de la causalidad ocurrida con relación a la pensada por el autor se debía comprobar según el criterio de la causalidad adecuada. Por tanto, el dolo alcanzaba a los resultados producidos dentro del marco de lo previsible según la experiencia vital general.

Se advierte que el esquema antes propuesto sufre modificaciones, o por lo menos debería sufrirlas si se aplica la teoría de la imputación objetiva, la cual sustituye el criterio de la causalidad por el de la atribución del resultado a la acción en función de criterios de selección normativos.

Eso se explica entendiendo que de las relaciones causales sólo se admiten como relevantes para la tipicidad aquéllas que son compatibles con la naturaleza de lo injusto y los fines del Derecho penal. La imputación objetiva, en consecuencia, requiere la verificación de que el resultado sea la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción; el problema de la desviación esencial del curso del suceso, por lo tanto, tendrá lugar ya en el tipo objetivo y se debería resolver en el momento de establecer la imputación objetiva.

²⁴⁵ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, pp. 319-320.

Por su parte, Jiménez Martínez opina que:

En principio, las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. Sin embargo, se plantea el problema de cuando un error sobre el curso causal es tan esencial como para que dolo desaparezca. Según la opinión dominante, las divergencias entre el curso causal representado y el real no son esenciales y carecen de significación para el dolo de tipo, si se mantienen todavía dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general y no justifican otra valoración del hecho. Ejemplo: A dispara contra B con ánimo de matarle, pero sólo lo hiere, muriendo B a los pocos días a causa de la gravedad de la herida.²⁴⁶

4.2.2. Error relevante sobre la relación de causalidad

Por este lado, el error en el curso casual será jurídicamente relevante, tal como estableció Welzel, cuando exista una diferencia esencial entre el resultado que se representó el autor y el verdaderamente sucedido, de tal suerte que éste tiene lugar fuera del marco dentro del cual se puede considerar que entre acción y resultado existe una relación de adecuación.

Es el caso que comenta Jiménez Martínez,²⁴⁷ quien dice que si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, lo más podría imputársele es el delito en grado de tentativa, por ejemplo, siendo el caso que Carlos dispara contra Pedro con ánimo de privarlo de la vida, pero sólo le causa lesiones. Pedro es hospitalizado para sanarle las lesiones sufridas, sin embargo, cuando todavía está en el nosocomio, se produce un atentado con explosivos en el que por estar en el área afectada, resulta muerto.

La relevancia del error en la causalidad se refiere a que no se podrá imputar la muerte de Pedro a Carlos, toda vez que la causalidad de la muerte es atribuida a otros sujetos.

²⁴⁶ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 802.

²⁴⁷ *idem*.

4.3. Error en el golpe (*aberratio ictus*)

Es un caso de error prácticamente accidental, pero que sí tiene consecuencias jurídicas de naturaleza penal, así lo explicaba el Profesor Castellanos Tena: “El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe (*aberratio ictus*) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente (Jorge dispara contra Carlos a quien no confunde, pero por error en la puntería mata a Roberto).”²⁴⁸

Carlos Creus²⁴⁹ destaca que en ésta forma de error, *aberratio ictus*, el curso causal previsto por el autor se produce según una mecánica no esperada, en virtud de la cual el resultado querido se produce, pero sobre una persona u objeto distinto de los que había previsto el autor, así sucede cuando Juan quería matar a Enrique, por lo que disparó su arma de fuego contra él, pero el proyectil roza un poste e impacta a Pedro, quien muere; o envía un explosivo por correo a Asdrúbal, pero equivocadamente, el cartero lo entrega a Ramón.

Señala que en la doctrina argentina durante mucho tiempo se aceptó pacíficamente que la equivalencia del resultado dejaba subsistente un único delito, se mató a otro aunque no al que se quería matar, pero aún así el autor alcanzó su objetivo, matar a un ser humano, sin embargo, posteriormente se propuso la solución del concurso ideal entre dos delitos: el de tentativa con respecto a la persona u objeto contra la cual se dirigió la acción y el delito culposos consumados respecto de la persona u objeto sobre la cual dicha acción terminó recayendo.

Con su acostumbrada elocuencia, aunque no se comparta el criterio, el penalista español Cuello Calón expone su opinión que se aproxima a la del *dolus generalis* de la siguiente manera:

Mientras que en el caso anterior el agente yerra respecto de la identidad del ofendido en el caso de *aberratio ictus* el error proviene de otra causa. Sobre la

²⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, nota 83, p. 256.

²⁴⁹ Creus, Carlos, Derecho Penal, *op. cit.*, nota 59, pp. 357-358.

naturaleza jurídica de este error no hay acuerdo entre los penalistas. Mientras que unos sostienen que este hecho da lugar a dos delitos diversos, a una tentativa (por lo que se quería hacer) y a un delito culposo (por lo que se ha hecho), otros, con mejor criterio, afirman que existe un solo delito doloso. Ésta es la opinión más certera, no es admisible que de una sola intención criminosa deriven dos delitos de clase diversa, de aquí que en caso de homicidio habrá un solo homicidio doloso, porque en este caso concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del homicidio, se quería matar a un hombre y efectivamente un hombre ha sido muerto, y el objeto jurídico del homicidio es el hombre en general y no un hombre determinado.

El Código penal no prevé de modo expreso estos casos de error de hecho, pero contiene un precepto a ellos aplicable. En su art. 1º, párrafo tercero, se dispone: *El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.* En este precepto, merced a la amplitud de su redacción, caben las hipótesis del error en la persona, y de la *aberratio ictus* (además del delito preterintencional), pues en ambas situaciones el mal causado es distinto del propuesto.

En el caso de error en la persona y de *aberratio ictus* hay delito en armonía con la disposición citada (el precepto del artículo 1º, párrafo tercero) sin que dicha imputabilidad sufra modificación alguna, pues según el Tribunal Supremo, la responsabilidad del autor del hecho no sufre alteración por haber recaído el mal en persona distinta de aquella a quien el procesado tuvo intención de causarlo; el error sobre el sujeto es de naturaleza accidental, no destruye el carácter criminoso del hecho, no influye en la culpabilidad del agente, y no altera su clasificación jurídica. En el caso de *aberratio ictus* se ha inspirado en igual criterio, con arreglo al mismo el que disparando contra A da muerte a B, aún cuando el resultado no corresponda a la intención del autor, es responsable de un homicidio doloso.

En ambos casos de error si el delito ejecutado fuere distinto del que se propuso ejecutar el culpable (v. gr. el que estando en acecho para matar a un extraño

confunde a su padre con éste y le mata, el que disparando contra un extraño mata a su propio padre) se aplicará la regla del párrafo primero del artículo 50.²⁵⁰

Zaffaroni tampoco está de acuerdo en la solución de Cuello Calón, pues apunta que: “La mayor discusión se produjo siempre alrededor de la llamada *aberratio ictus* o error en el golpe: el que dirige el ataque contra un objeto y alcanza a otro equivalente (dispara contra Juan y mata a Pedro). La doctrina se divide desde muy antiguo y fue en este campo donde se hizo valer de preferencia la máxima de Farinaccio, traducida al caso como quiso matar a un hombre y mató a un hombre. La mayor parte de la doctrina rechaza hoy la tesis medieval del dolo general y considera que existe una tentativa de homicidio en concurso ideal con un homicidio culposo.”²⁵¹

Como bien se titula este capítulo de la investigación, veamos ahora el estado actual de la cuestión, en los atinados comentarios de Enrique Bacigalupo, quien nos introduce a un nuevo concepto, el dolo alternativo, según si el autor tenía o no a la vista al objeto o sujeto que no quería lesionar, pero lo hizo:

En lo referente a los casos de *aberratio ictus* existe acuerdo en considerar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de la misma especie. Por ejemplo: A quiere matar a B, pero como consecuencia de su mala puntería la bala da en C, a quien no quería matar. En estos casos, la opinión dominante sostiene que A debe responder por tentativa de homicidio respecto de B, en concurso ideal con homicidio culposo respecto de C. De esta solución se apartan pocos autores; éstos proponen incluir el resultado de muerte de C en el dolo de A, por estimar que la desviación del desarrollo de los hechos está dentro del marco de la causalidad adecuada. Frente a este punto de vista se propone distinguir los casos de *aberratio ictus* de los de *dolo alternativo*, según que el resultado se haya producido sobre un segundo objeto que el autor no tenía a la vista (*aberratio ictus*=tentativa y delito imprudente) o que el resultado haya tenido

²⁵⁰ Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 118, pp. 386-387.

²⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Argentina, *op. cit.*, nota 29, p. 415.

lugar en un objeto que también tenía a la vista. En este último caso se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable. En este sentido se ha pronunciado la STS de 14-2-93.

La cuestión depende, como se ve, de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del autor con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia: debe preferirse, en consecuencia, la solución que sanciona, en los casos similares al ejemplo propuesto, con la pena del delito doloso.

Contra esta solución se objeta que el autor no tuvo, en tales supuestos, 'una voluntad general de matar a alguien'. Pero este argumento es más aparente que real: para el dolo basta con la voluntad de matar a alguien, pues es ya voluntad de matar a otro.²⁵²

La anterior solución parece excesiva, sólo aceptable si en la legislación nacional se contempla el dolo general, si no, la solución es delito en grado de tentativa más delito culposos.

4.4. *Dolus generalis*

Como corolario en la exposición de este sub capítulo, no queda más que analizar el llamado *dolus generalis*, que es un modalidad del dolo que para que su aplicación a los casos concretos no se constituya en una violación a las garantías constitucionales de los gobernados, debe estar previsto en la legislación penal del lugar, pues se aplica una consecuencia jurídica grave a un resultado material que, en principio, no se tenía la intención de causar.

²⁵² Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, pp. 320-321.

Carlos Creus²⁵³ explica que en *dolus generalis* caben las situaciones en que el resultado querido se produce por una mecánica causal, también desplegada voluntariamente por el autor, pero distinta de las que él previó para lograr dicho resultado; distingue que en esos casos el error es irrelevante y el dolo sigue comprendiendo la forma causal que adoptó la producción del resultado.

Ilustra que los casos más comunes en que se emplean los criterios de *dolus generalis* son los designados como de *aberratio causae*. Sin embargo, deben distinguirse las hipótesis propias de uno y otra. En las primeras, el procedimiento efectivamente causal es puesto en marcha voluntariamente por el autor, aunque sin conocimiento de que éste ha sido el procedimiento que realmente produjo el resultado que se había propuesto (el que queriendo matar a otro le dispara y creyéndolo muerto –cuando sólo estaba lesionado- lo arroja al río ‘para ocultar el cadáver’, donde muere ahogado).

En las segundas el procedimiento causal efectivo es extraño al autor, pero tuvo su origen en aquel que había iniciado; aquí se podrían considerar los supuestos de la acción como concausalidad sobreviniente no interruptiva del curso causal, por ejemplo, cuando autor quiso matar a puñaladas, pero la muerte se produce por una septicemia generalizada a consecuencia de las heridas.

Comenta que en los casos de *dolus generalis*, la doctrina se ha manifestado por dos criterios distintos para solucionarlos. Que un sector considera que en el caso se da una conducta en la que incide un error irrelevante, para otros se darían dos conductas en concurso real, por ejemplo: una tentativa de homicidio y un homicidio culposo en concurso real. Cita a la doctrina finalista argentina, como Zaffaroni y Bacigalupo, quienes insisten en distinguir los casos y llegar a soluciones divergentes según el plan del autor: si la conducta posterior, efectivamente causal, queda comprendida ‘inicialmente’ en un plan unitario, como cuando el autor se había propuesto al comenzar su acción matar y hacer desaparecer el cadáver en el río, se la reconoce como una sola conducta cubierta por el dolo inicial; pero si la conducta efectivamente causal fue pensada después de la que se quiso como tal, es decir, si hubo dos planes distintos, se aplican las

²⁵³ Creus, Carlos, *Derecho Penal*, op. cit., nota 59, pp. 359-360.

reglas del concurso. Argumenta que esta solución, sin embargo, choca con la objeción de que, en la segunda conducta, el pensamiento sobre la previsibilidad es evidentemente forzado, porque el autor no puede prever, además de no ser exigible, que prevea que está poniendo en peligro el bien jurídico vida de lo que para él ya es un cadáver.

Parece que Zaffaroni en un principio coincide en dicha opinión cuando escribió su Manual de Derecho Penal, al respecto establece que:

c) Dolus generalis es un error sobre la causalidad en que el autor cree haber alcanzado el resultado, pero en realidad éste sobreviene dentro del curso causal con posterioridad. Así, cuando un sujeto cree haber dado muerte a golpes a su víctima, pero en realidad ésta sólo está desmayada y muere por ahorcamiento cuando la cuelga de un árbol para simular un suicidio. Para algunos hay que considerar que se trata de una sola conducta y que el error es irrelevante, en tanto que para otros hay dos conductas y, por ende, la desviación del curso causal es relevante. Para los primeros se trataría de un homicidio doloso consumado y para los segundos un concurso real de tentativa de homicidio y homicidio culposos.

A nuestro juicio, ni uno ni otro criterio puede ser sostenido a priori: si en realidad hay una conducta, que la muerte se haya producido por los golpes o por el colgamiento es irrelevante (se trata de un error irrelevante acerca de la causalidad). Pero para que haya una conducta es necesario que haya un plan unitario, es decir, una unidad de decisión: matar y colgar para simular un suicidio. En lugar, de eso hay dos planteamientos sucesivos de la causalidad, no nos queda otra alternativa que considerar que hay dos conductas: esto sucede cuando el sujeto quiere matar a golpes, y cuando ya cree haber causado la muerte de su víctima, se le ocurre colgar lo que cree que es un cadáver para simular un suicidio.”²⁵⁴

Pero en una obra posterior, se observan cambios en el pensamiento del autor, así vemos que un Zaffaroni con mayor experiencia, advierte:

²⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 209, p. 435.

Desde esta perspectiva, la esencialidad o inesencialidad de la discordia de lo sucedido respecto de lo planeado, siempre debe establecerse conforme al plan concreto del hecho, o sea, según el grado de concreción del dolo en el plan. Una vieja posición –que se remonta a Farinaccio y hoy rechaza la doctrina dominante– niega radicalmente la necesidad de buscar este límite, porque imputa cualquier mutación siempre que se la haya querido causar o causar una equivalente, aunque no guarde relación alguna con lo planeado: se trata de la tesis etizante del dolo general (*dolus generalis*), que no releva la concreción (el dolo particular y concreto): quería matar a un ser humano y mató un ser humano. Quería hurtar un cuadro y hurtó un cuadro, etcétera.²⁵⁵

Jiménez Martínez²⁵⁶ dice que el sentido literal es ‘dolo general’. Que en estos casos, el autor del hecho cree haber consumado el delito cuando en realidad el resultado solo se produce por una acción posterior, con la que pretendía encubrir su delictivo hecho.

Este dolo general se presenta cuando el sujeto activo del delito yerra o se equivoca sobre el efectivo desarrollo de su acción. Es entonces cuando el delito se consume también de forma distinta a como previó el autor, pero éste es el que lo consume, es decir, el que aporta también la última y definitiva causa.

Pone el siguiente ejemplo: para encubrir su hecho, el autor directo arroja a la víctima al agua, creyéndola muerta, pero sólo hasta que llega al agua muere por ahogamiento. En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior. Otro supuesto similar sería el caso del sujeto que estrangula a su víctima y en la creencia de haberle causado la muerte, la tira por un barranco para ocultar su delito, siendo hasta entonces, cuando la víctima que sólo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la cabeza durante la caída.

La solución no parece tener mayor problema, en razón de que la opinión dominante es que el agente debe responder por dolo de todo el hecho; es decir,

²⁵⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 29, p. 415.

²⁵⁶ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito, op. cit.*, nota 140, pp. 802-803.

apreciar un solo delito doloso. El sujeto quería matar a la víctima y lo ha conseguido.

Menciona que en estos casos se estima concurrente un 'dolo general', es decir, que afecta al hecho total, y no solo a la acción inicial con la que el autor creyó consumar el delito. En consecuencia su dolo ha de mantenerse intacto, considerando irrelevante, por tanto, su error sobre el curso causal. El que el dolo inicial se traslade al segundo acto no resulta una ficción, porque se puede constatar que el segundo acto no es más que la confirmación de un dolo global.

En este caso se discrepa con el Profesor Maestro y se escoge la postura de Bacigalupo,²⁵⁷ pues en los casos planteados el autor cree haber consumado ya el delito que quería consumar, cuando en realidad eso no había ocurrido, sino que la consumación tienen lugar posteriormente, cuando el autor realiza una nueva acción en la que no sabe que está consumando el delito.

Si bien los partidarios del *dolus generalis*, cuya amplitud permitiría abarcar todo el suceso, suponen en estos casos la existencia de un único delito consumado doloso, parece que se debe apreciar una tentativa de homicidio en el primer tramo de la consumación, porque el autor dirige su acción a lograr la muerte, resultado que no se produce por razones ajenas a él, mientras que en un segundo tramo de la misma consumación, se puede imputar al autor un homicidio culposo, ya que produce la muerte sin saberlo, y ésta era evitable si hubiera observado el cuidado exigido por la ley. Se considera congruente acreditar la tentativa de homicidio y el homicidio imprudente en concurso real de delitos. Esta solución es preferible, ya que en el momento de producir el resultado el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo.

5. Conciencia de la Antijuridicidad

5.1. Concepto

²⁵⁷ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, p. 322.

Si bien en un principio del desarrollo dogmático moderno, se concibió a la conciencia de la antijuridicidad como un elemento del dolo, tiempo después se advirtió que era en realidad un elemento de la culpabilidad, sobre todo cuando se remitió al dolo y a la culpa al tipo subjetivo.

Primero analicemos cómo, de manera equivocada para el estado moderno de la cuestión, el autor Mezger concibe la conciencia de la antijuridicidad, al ubicarla como parte del dolo, pues ambos conceptos estaban en ese tiempo incluidos en la culpabilidad.

La conciencia de la antijuridicidad.

Dolo es conocimiento del hecho. Pertenece al dolo, en consecuencia, además del 'conocimiento de las circunstancias de hecho', también la 'conciencia de la antijuridicidad' como conocimiento de la injusticia del hecho en conjunto, en el sentido señalado por BUSCH. Este principio no se puede poner en duda: el que no sabe que procede injustamente, no comete nunca un delito doloso. Afirmar lo contrario es oponerse a la verdad. El problema, del cual nos ocuparemos en lo sucesivo, consiste en saber si para la culpabilidad básica es necesario el dolo también como referencia a la antijuridicidad del hecho o si el dolo puede ser sustituido por otros presupuestos (falta de 'esforzamiento de la conciencia', 'actitud hostil al derecho', etc.). Sólo alrededor de esto gira el problema en lo sucesivo.²⁵⁸

Ya en el ámbito del pensamiento finalista, el Profesor Jeschek nos explica lo extraordinario que resultó en aquellos años lo relativo al reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad.

1. El reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad por la sentencia fundamental de la Gran Sala de lo Penal para las cuestiones penales de 18 de marzo de 1952 constituye un hito en la reciente historia del Derecho penal alemán. En verdad, las repercusiones prácticas de este cambio se mantienen dentro de ciertos límites, porque el error vencible de

²⁵⁸ Mezger, Edmund, *Derecho Penal*, op. cit., nota 89, pp. 247-248.

prohibición basta para la culpabilidad dolosa y la jurisprudencia impone estrictas exigencias respecto a la imposibilidad de vencerlo, pero, en definitiva, con el requerimiento de la conciencia del injusto para el reproche de culpabilidad se ha iniciado el camino para la plena vigencia del principio de culpabilidad. El legislador ha completado este desarrollo mediante la introducción del §17. El precepto revela primeramente, interpretado en sentido contrario, que el conocimiento del injusto constituye presupuesto del pleno reproche de culpabilidad. Lo que la disposición regula de modo positivo es el error de prohibición: cuando al autor le falta la conciencia del injusto, actúa sin culpabilidad, siempre que el desconocimiento fuera invencible para él (fase primera). Si el autor pudo evitar el error, cabe atenuar conforme al §49 I la pena correspondiente al tipo doloso (fase segunda). La conciencia del injusto configura así el núcleo central del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho con pleno conocimiento de la norma jurídica que se opone al mismo caracteriza del modo más claro la deficiencia que el autor sufre en su actitud jurídica interna. La motivación correspondiente al deber que emana de la norma jurídica tendría que haber repercutido directamente sobre la formación de voluntad. Quien, en lugar de eso, se alza a sabiendas contra el Derecho, manifiesta con ello una actitud jurídica opuesta a la del ciudadano concienciado. Peor también cuando el autor carece de la conciencia del injusto requerida para el pleno reproche de culpabilidad, es decir, cuando ocurre un error de prohibición, ha de apreciarse un reproche de culpabilidad. Este sería el caso si el error fuera vencible. Sin embargo, el reproche de culpabilidad quedará generalmente aminorado por el error vencible de prohibición.

2. Mientras que el conocimiento del injusto había sido admitido ya de modo general como elemento de la culpabilidad antes de la introducción del §17, su posición en la estructura en el concepto de culpabilidad fue muy discutida al principio. Para la teoría del dolo, defendida por una minoría, la conciencia del injusto constituía precisamente, junto al conocer y querer referidos a los elementos del tipo, el núcleo del dolo (*dolus malus*), así que cuando faltase el conocimiento del injusto nunca podría aplicarse la pena correspondiente al dolo. Por el contrario, la teoría de la culpabilidad, dominante ya anteriormente, contempla la conciencia del injusto como elemento autónomo de la culpabilidad, de modo que, pese a la

ausencia del conocimiento del injusto, la pena prevista para la infracción dolosa podría estar justificada si el error de prohibición fuera vencible.... a) En todo caso, no es objeto de la conciencia del injusto el conocimiento del precepto jurídico lesionado o de la punibilidad del hecho. Basta, mas bien, con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden social y que por esa razón ha sido prohibido *jurídicamente*. Con otras palabras, resulta suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, en el sentido de 'conocimiento según el profano', mientras que, de otro lado, la mera conciencia de la inmoralidad no basta para la relativa al injusto. Sin embargo, aquella conciencia servirá frecuentemente para considerar evitable el error de prohibición, puesto que el autor tuvo entonces ocasión de reflexionar sobre la valoración jurídica de su acción.

Ejemplos: la esposa que tiene noticia del atraco planeado por su marido, pero no hace nada para disuadirle del mismo o impedir de otra manera el hecho, desconocerá posiblemente el deber de denuncia o el mandato de evitarlo, aunque piense que su silencio no fue correcto. El joven campesino que mantiene relaciones sexuales con una mujer oligofrénica, pero particularmente sensual, posiblemente no será consciente de la prohibición jurídica según el §179 I, num 1, y II, pese a que considere inmoral la acción.

Para el conocimiento del injusto basta la conciencia de infringir una norma jurídica formalmente válida, pues en este caso el autor sabe, de todos modos, que actúa contra el Derecho vigente, aunque esté convencido de la utilidad social de su comportamiento. Por eso, el delincuente por convicción posee, en definitiva, el conocimiento del injusto si sabe que la norma que quebranta es una norma establecida de acuerdo con la Constitución.

b) Por lo general, el autor tendrá conciencia exacta de la antijuridicidad de su hecho. Esto sucederá, sin más, en aquellos hechos de los que cualquiera sabe que están prohibidos (la muerte de una persona, el hurto, el falso testimonio o el incendio). Basta, sin embargo, según ocurrirá sobre todo en el Derecho penal

especial, con que el autor considere seriamente la antijuridicidad de su comportamiento y acepte la posibilidad del vulnerar el Derecho.²⁵⁹

Es realmente difícil agregar algo novedoso a las expertas opiniones de los grandes maestros, pero Barbosa Castillo²⁶⁰ comenta que tal vez uno de los pocos aspectos en que coinciden los distintos esquemas del hecho punible es en la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad como condición o elemento de la culpabilidad; en otros términos, por regla general el derecho penal no califica como culpable una conducta que se realiza sin conciencia de que es antijurídica.

Dice que en los esquemas causalistas, porque el conocimiento de la antijuridicidad hace parte del dolo y éste se ubica en la culpabilidad; en los restantes esquemas, como el finalista y el funcionalista, el conocimiento de la antijuridicidad es uno de los elementos del juicio de reproche de la culpabilidad.

Al contestar la interrogante sobre cuáles serían las causas de la falta de conciencia de la antijuridicidad de una conducta, responde que pueden tener origen en deficiencias individuales de comprensión, en simple ignorancia, como cuando una mujer ignora que el aborto está tipificado en la ley penal del país extranjero al que ha arribado, también en percepciones erróneas acerca de la norma prohibitiva, pudiendo tratarse de su alcance, su vigencia, o su existencia misma; así como en la creencia equivocada de que concurre una causal excluyente de antijuridicidad o de inculpabilidad en la situación concreta.

Para culminar este breve estudio sobre el elemento de la culpabilidad, se da entrada al profesor Jakobs, quien ofrece una magnífica definición del tema en estudio cuando afirma que: “Conocimiento del injusto es algo más que simple conocimiento de la contrariedad a Derecho, o sea, es también conocimiento del fundamento material de la antijuridicidad, de la perturbación social. Este conocimiento del injusto no queda excluido, evidentemente, porque el autor – sobre todo por íntima convicción discrepante – crea que, en un orden social tal

²⁵⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, nota 154, pp. 408-412.

²⁶⁰ Barbosa Castillo, Gerardo, *Lección 23: Error de prohibición, op. cit.*, nota 200, p. 377.

como él considera ideal, no se da perturbación social alguna. Basta con que conozca la importancia de la norma en cuestión para el ordenamiento del que surge, aun cuando considere equivocado tal ordenamiento. Así pues, se trata del conocimiento de la perturbación social en relación con un ordenamiento conocido (no necesariamente reconocido)... El conocimiento del autor será por lo general el propio del profano, sirviendo, pues, las consideraciones hechas, en el dolo, en relación con la valoración paralela.”²⁶¹

5.2. Elementos de la conciencia de la antijuridicidad

Gunther Stratenwerth²⁶² explica que cuestión importante es aquella que se refiere a que el autor tiene que haber comprendido la ilicitud del hecho, aunque no en sentido técnico-jurídico, sino en la valoración general propia del autor.

Que actualmente la teoría dominante refiere que la conciencia de la antijuridicidad no es suficiente, sino que el reproche dirigido contra el autor sólo puede referirse al hecho de que éste ha obrado sin determinarse por las normas del derecho.

Por otra parte, argumenta que el conocimiento de la prohibición, o conciencia de la ilicitud, no requiere ni el conocimiento de la punibilidad, ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición.

Le resulta confusa la tesis que establece que el conocimiento de la prohibición no presupone un juicio técnico-jurídico, ni tampoco la conciencia de lesionar una norma del Derecho positivo estatal, sino solamente la sensación más o menos determinada de hacer algo no permitido. Por cierto que no se puede requerir un conocimiento exacto de la ley porque sólo pocos lo tienen; pero, además, porque la ley no constituye la única fuente del derecho. Sin embargo, si es que el autor debe tener libertad de comportarse según el mandato del derecho,

²⁶¹ Jakobs, Gunther, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 164, pp. 668-669.

²⁶² Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal, parte general, I, el hecho punible, op. cit.*, nota 69, pp. 179-181.

ha de afirmarse con decisión que el conocimiento requerido debe referirse al carácter jurídico.

Así también que la conciencia de la ilicitud requiere el conocimiento de la contradicción referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor.

Otra atinada explicación sobre el tema que nos ocupa es de Jiménez Martínez, quien lo sintetiza de la manera siguiente:

Ya dijimos en su momento que para que el sujeto tenga conciencia de la antijuridicidad de su acto es necesaria la existencia de los siguientes elementos:

*Comprensión de la ilicitud del hecho, no en sentido técnico jurídico, sino en la valoración general propia.

*No requiere ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición.

*Requiere el conocimiento de la contradicción, precisamente, referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor.²⁶³

En obra posterior, el mismo autor²⁶⁴ abunda sobre el tema, afirma que es preciso que la persona tenga conciencia o conocimiento de la antijuridicidad de su obrar, puesto que si no sabía ni podía saber que su conducta era antijurídica, pues no actúa culpablemente. Que de conformidad con la teoría normativa pura, la conciencia de la antijuridicidad ya no se consideró un elemento del dolo, sino de la culpabilidad.

Explica que en la vida real, quien a sabiendas y voluntariamente realiza un tipo de injusto sin admitir una situación que justifique ese hecho, sabe comúnmente, como persona capaz de culpabilidad, que comete una injusticia, toda vez que el objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento de la disposición penal o de la punibilidad del hecho, sino la comprensión del autor es

²⁶³ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría General de la Culpabilidad*, op. cit., nota 82, p. 141.

²⁶⁴ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 1054.

que su conducta está jurídicamente prohibida, esto es materialmente antijurídica. Que la conciencia de lo injusto debe estar referida al tipo, abarcando el contenido específico del injusto de la forma delictiva de que se trata.

6. Error de prohibición

Esta clase de error genera mayores dudas al momento de tratar de aplicarlo a los casos concretos en razón de que versa sobre la conciencia de la antijuridicidad, cuestión subjetiva que obra en la mente del activo, por lo que es sumamente difícil de acreditar.

Utilizando un lenguaje directo y concreto, Armin Kaufmann lo define: “como todo caso de ausencia de la conciencia de antijuridicidad.”²⁶⁵

Derivado de los avances tanto en su legislación penal, como en su aplicación a los casos concretos que surgen en dicha sociedad, los autores colombianos han desarrollado amplia doctrina al respecto, Barbosa Castillo²⁶⁶ entiende que el error de prohibición constituye uno de los temas que mayor controversia suscitan en el Derecho penal. Explica que este error sobre la prohibición:

- a) concentra buena parte de los contenidos ideológicos de las distintas tendencias de la teoría del delito;
- b) expresa las consecuencias prácticas del sustrato material de la culpabilidad;
- c) hace evidentes las incoherencias lógicas del sistema y las injusticias implícitas en el mismo.

No queda duda que la expresión error de prohibición es el resultado de muchos años de discusión dogmática y judicial, durante los cuales evolucionó la nomenclatura, a partir del llamado error de derecho.

Como ya se mencionó líneas arriba, durante un largo periodo en el derecho penal se distinguió entre los errores de hecho, que son juicios falsos que recaen

²⁶⁵ Citado por Campos, Alberto A., *Derecho Penal, op. cit.*, nota 124, p. 230.

²⁶⁶ Barbosa Castillo, Gerardo, *op. cit.*, nota 200, p. 377-378.

sobre el contexto fáctico, y los errores de derecho, como juicios falsos sobre aspectos jurídicos, penales o extrapenales. Esta clasificación parecía razonable, pero resultaba poco útil para la dogmática penal, pues impedía sistematizar soluciones a partir de la diferenciación de grupos de casos, y además, propiciaba controversias de difícil solución, como sería el caso en que el agente se equivocase sobre la naturaleza mueble o inmueble de un bien, surge la duda si se trataría como un error de hecho o como error de derecho.

Narra que con el arribo de la esquemática finalista, en la cual se ubica el conocimiento de los hechos en el tipo subjetivo, como un dolo avalorado; y el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, trajo como consecuencia la necesidad de diferenciar con precisión el conocimiento exigible como condición de la tipicidad, y el requerido, para que la conducta sea culpable. Tal diferencia no es solo sistemática, sino que deriva en la solución práctica del problema con la imposición de una pena en agravio de los bienes jurídicos fundamentales del sujeto activo del delito.

El autor mexicano, Medina Peñaloza,²⁶⁷ expresa que el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, donde el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica, la interpreta mal, o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.

Como error de prohibición debe entenderse no sólo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad; es por tanto, la designación abreviada del error sobre la antijuridicidad del hecho real, que impide que el autor advierta que su acción típica lesiona el orden jurídico.

Con especial énfasis Santiago Mir Puig menciona que: “Reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia del delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber y poder saber que su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho. Cuando tal

²⁶⁷ Medina Peñaloza, Sergio J., *Teoría del Delito*, op. cit., nota 46, pp. 177-178.

conocimiento falta se habla de ‘error de prohibición’, en contraposición al ‘error de tipo’. Dicho error será vencible o invencible según se haya podido o no evitarse con mayor cuidado. También se admite pacíficamente que el error invencible ha de determinar la impunidad, mientras que el error vencible debe conducir – al menos en principio – a una pena inferior.”²⁶⁸

Volviendo con Barbosa Castillo, él identifica las siguientes clases de error de prohibición:

“1. *Error directo*. Si se entiende por *error* una falsa o equivocada percepción de la realidad, el error será directo de prohibición (o recaerá sobre la prohibición en abstracto) cuando la falsa percepción tiene que ver con una de tres hipótesis, a saber: 1. La existencia del tipo penal; 2. La vigencia del tipo penal; 3. El alcance (o sentido) de la prohibición.

2. *Error indirecto*. El error de prohibición es indirecto cuando a la creencia equivocada de que no se está realizando un comportamiento antijurídico se llega por vía de un falso juicio sobre la concurrencia de una causal excluyente de antijuridicidad. Tal situación puede concretarse en cinco grupos de casos:

- La persona percibe equivocadamente los hechos y asume de manera errada que concurren los requisitos fácticos de una causal de justificación.
- La persona incurre en un error de valoración jurídica (no fáctica) sobre los presupuestos de una causal de justificación.
- La persona actúa bajo la convicción de que existe una justificante que en realidad no está prevista legalmente como tal.
- La persona actúa bajo la convicción de que concurren los supuestos fácticos de una causal excluyente de culpabilidad (obviamente distinta al error).

²⁶⁸ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, p. 561.

- La persona incurre en un error de valoración sobre los presupuestos jurídicos de una causal excluyente de culpabilidad.”²⁶⁹

En relación con el tema que nos ocupa, Jiménez Martínez²⁷⁰ establece que el error de prohibición es una falta de conocimiento de la antijuridicidad. Que el autor puede tener la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, pero la falta de esta comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuanto en circunstancias externas (como una falsa información sobre el derecho). En este orden de ideas, no sería posible un reproche de culpabilidad referido al sujeto plenamente imputable pero que en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas.

Enseguida formula un listado de los supuestos de error de prohibición, no sin antes insistir que existirá error de prohibición cuando el agente carece de la conciencia de lo ilícito. Esto es, que el autor no solo cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho.

El creer que su conducta es lícita, puede provenir de que ignora que, en general, está sancionada por el ordenamiento jurídico, sea porque supone que en el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce, o porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan, pero que, de concurrir, fundamentarían una auténtica justificación.

Es necesario aclarar que en el error de prohibición se tiene pleno conocimiento de la realización del tipo, ello implica que sí se acredita el dolo típico, sabe y quiere hacer lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido, ya sea porque no conoce la norma jurídica o no la conoce bien, o sea que la interpreta mal, o supone erróneamente que concurre una causal de justificación.

²⁶⁹ Barbosa Castillo, Gerardo, *op. cit.*, nota 200, p. 381.

²⁷⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, pp. 1054-1055.

De lo anterior²⁷¹ desprende las hipótesis de error de prohibición, primero distingue que el error de prohibición puede ser directo, esto es, sobre la existencia de la norma prohibida; o indirecto, sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Después los detalla como:

- 1) Error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo).
- 2) Error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto).

El error sobre la norma prohibitiva o error de prohibición directo, comprende:

a) Error por desconocimiento de la norma, también es conocido como 'error de prohibición abstracto'. El agente conoce todos los elementos fundamentales de su conducta típica y antijurídica, pero desconoce estar obrando antijurídicamente. El sujeto desconoce la existencia de la norma prohibitiva.

b) Error de subsunción, que es un error de interpretación. El sujeto activo conoce la norma, pero actúa en la creencia errada de que su acción no está prohibida por el ordenamiento jurídico. Hay un error en la interpretación de la ley o del significado jurídico-penal del concepto, así que no sabe que su conducta choca con la ley, porque la entiende mal.

c) En el error de validez, el sujeto conoce la norma, pero cree que no es válida porque colisiona con otra norma de mayor jerarquía y opta por acatar la de mayor jerarquía, negándole eficacia la de menor jerarquía. Ya sea porque supone que está en un ámbito espacial diferente o que ha sido derogada o ha perdido vigencia.

d) Error de comprensión, cuando el sujeto tiene conocimiento de la ley, pero no la comprende.

El error de prohibición indirecto o sobre las causas de justificación, comprende:

a) Cuando el autor cree que en el caso concreto concurre una causa de justificación.

²⁷¹ *ibidem*, pp. 1057-1058.

b) Cuando el autor supone una causa de justificación a su favor, pero que no es acogida por el ordenamiento jurídico.

c) Cuando incurre en error sobre los límites de las causas de justificación.

d) Cuando existe error sobre los límites de la necesidad.

6.1. Error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo)

En relación con este tema consultamos a Jeschek, quien establece al respecto:

Es error de prohibición el error sobre la antijuridicidad del hecho. En la mencionada sentencia fundamental del BGH se lee al respecto: 'El error sobre la antijuridicidad atañe a la prohibición (*Verbotensein*) de la acción típica. El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que está permitido'. Sin embargo, no sólo la suposición positiva de que el hecho se halla permitido constituye error de prohibición, sino también, como sucede con el error de tipo, la ausencia de representación sobre la valoración jurídica del hecho. Para incluir asimismo este frecuente caso, se afirma ahora que el § 17, fase primera, de manera expresa: 'Si al autor le falta, al cometer el hecho, la conciencia de realizar el injusto, actúa sin culpabilidad...'²⁷²

Recurriendo nuevamente a Jiménez Martínez,²⁷³ describe que el error de prohibición directo es el que impide la comprensión de la prohibición jurídica y se produce por desconocimiento de la norma violada, es decir, es un error sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva.

Al referirse al CPF, dice que el error sobre la norma prohibitiva contenida en el inciso B de la fracción VIII comprende dos aspectos, que el activo desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, por lo cual quedan comprendidas dos hipótesis: a) error por desconocimiento de la existencia de la ley; y b) error por desconocimiento del alcance de la ley.

²⁷² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, nota 154, p. 412.

²⁷³ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito, op. cit.*, nota 140, pp. 1115-1116.

Claus Roxin explica que: "... se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida. P. ej. Alguien sabe que comete un aborto pero cree que esto no estaría prohibido."²⁷⁴

6.1.1. El autor no conoce la norma prohibitiva

Apelando nuevamente al autor alemán Jeschek, explica que: "a) Procede distinguir dos supuestos básicos del error de prohibición. De un lado, puede ocurrir que el autor no contemple como tal la norma prohibitiva que concierne directamente al hecho y, por eso, considere permitida la acción (error directo de prohibición). Este error puede obedecer a que el autor ignore la norma prohibitiva."²⁷⁵

Enrique Bacigalupo²⁷⁶ expresa que la creencia errónea de estar obrando lícitamente puede asumir diversas formas. En primer lugar, puede provenir del desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (*error de prohibición directo*). Por ejemplo: Un turista norteamericano supone que en España no se prohíbe la portación de armas de fuego. Los errores de esta especie son más frecuentes, como es lógico, en el Derecho penal especial, al que también son aplicables las disposiciones previstas en el artículo 14 del Código Penal en forma supletoria. En el Derecho penal convencional estos errores serán poco frecuentes porque cualquiera sabe que está prohibido robar, matar o defraudar a otros. Aunque se puede suponer que pueden producirse cuando surjan reformas legales que redefinan el ámbito de las acciones punibles, por ejemplo, cuando surgieron los delitos cibernéticos, esto es, en materia de informática.

No parece excesivo transcribir lo que escribe Roxin sobre el tema, en el que incluye a nuestro Código Penal local, dice que:

²⁷⁴ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., nota 216, p. 195.

²⁷⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., nota 154, p. 412.

²⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, p. 409.

“Un error de prohibición se presenta cuando, en el momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de cometer un injusto (como dice el Código penal alemán) o cuando se encuentra en un error ‘respecto de la ilicitud de la conducta’ (como dice el Código penal mejicano para el Distrito Federal). Con ello debe presuponerse que el autor conozca todas las circunstancias del tipo legal, o sea que no se encuentre en un error de tipo...

Es objeto del error de prohibición únicamente la antijuridicidad de la propia conducta, o sea el atentado contra una prohibición legal (o en caso de delitos de omisión: un mandato legal). Luego, cuando el autor desconoce la prohibición legal, pero considera que su infracción no sería punible sino solamente cuenta con consecuencias civiles o de Derecho público, no se encuentra en un error de prohibición y no obtiene la atenuación de la pena prevista para éste. Esto descansa sobre el pensamiento de que ya el solo conocimiento de lo prohibido o mandado tiene que ser suficiente para mover al ciudadano a comportarse de acuerdo con la ley. Las falsas representaciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación legal no son recompensadas...

Existen distintas formas de error de prohibición de las cuales el Código Penal para el Distrito Federal menciona las dos más importantes. El caso más claro es aquel en el que el autor no conoce para nada la prohibición o el mandato o sea el tipo legal. Este caso ya lo he explicado usando ejemplos. En el núcleo del Derecho penal, o sea en los tipos básicos, este caso es raro. Y es que naturalmente todos saben que está prohibido matar a otra persona humana, lesionarla, hurtarle sus bienes, etc. Pero en los países altamente industrializados de hoy en día existen numerosos campos especializados cuyas regulaciones se encuentran aseguradas por disposiciones penales. Estas disposiciones son tan numerosas que ni siquiera un jurista puede tener todas ellas en la cabeza. Aquí hay entonces un campo fértil para errores de prohibición.”²⁷⁷

²⁷⁷ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., nota 216, pp. 202-203.

6.1.2. El autor conoce la norma prohibitiva pero la considera no vigente

Esta clase de error de prohibición directo²⁷⁸ puede ser común debido a un exceso de confianza del intérprete, consiste en que el autor conoce la norma prohibitiva, pero que, aun conociéndola, la estima sin vigencia.

6.1.3. El autor conoce la norma pero la interpreta equivocadamente

También como aportación de Jescheck,²⁷⁹ en este caso el autor del delito, aun conociendo la norma prohibitiva, la ha interpretado equivocadamente y por esta razón la considere inaplicable.

En concepto de Enrique Bacigalupo²⁸⁰, la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir también de una apreciación equivocada del alcance de la norma, ya sea de prohibición o del mandato que pudiera contener. Dice que este supuesto es una variedad de la antes estudiada, relativa a que conoce la norma prohibitiva pero la considera no vigente, por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia.

Por su parte, Roxin textualmente afirma que:

Una forma especial del error de prohibición es el *error sobre el alcance de un tipo*. Este error también es ligeramente posible en el núcleo del Derecho penal. Cuando, p. ej., alguien cree que estaría permitido, con fines de trasplante, extraer los órganos de una persona que ha perdido irreversiblemente la consciencia, porque un ser inconsciente para toda la vida ya no sería una persona, se equivoca sobre el alcance del tipo de homicidio, el cual en realidad también abarca este caso.²⁸¹

²⁷⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, nota 154, p. 412.

²⁷⁹ *idem*.

²⁸⁰ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, nota 31, p. 409.

²⁸¹ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual, op. cit.*, nota 216, p. 203.

6.1.4. El autor conoce la norma prohibitiva pero hace una errónea valoración global del hecho

Esta hipótesis también es una variante de las anteriores, así lo explica Jescheck: “Constituye también error directo de prohibición el error sobre un elemento de la valoración global del hecho, en tanto se cuestione el juicio de valor y no el contenido fáctico en que se apoye (v.g. el ‘carácter reprochable’ de la relación de medio a fin en el § 240 II).”²⁸² El tipo al que se refiere el parágrafo 240 que refiere, constituye nuestro tipo penal de extorsión: “§ 240. Constreñimiento. (1) Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable.”²⁸³

6.2. Error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto)

El error de prohibición indirecto²⁸⁴ se establece como cuando el autor, con absoluto conocimiento de la prohibición misma, crea erróneamente que en el caso concreto concurre una norma justificante que lo autoriza, en dos supuestos:

- a) bien porque desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico; o
- b) porque aprecia que a su favor concurre una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico.

Dos estudiosos del tema describen el problema en el sentido siguiente:

²⁸² Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., nota 154, p. 412.

²⁸³ http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

²⁸⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., nota 154, pp. 412-413.

El error sobre los presupuestos puede recaer tanto sobre los aspectos descriptivos como sobre los normativos. Puede recaer tanto sobre la agresión como sobre su legitimidad y, por consiguiente, será siempre un error sobre un elemento esencial, pues el presupuesto como tal es fundamental para la existencia de la causa de justificación. Ahora bien, podrá ser inevitable, caso en el cual el error implica la subsistencia de la causa de justificación y, por tanto, la exclusión del injusto. Por ejemplo, Pedro pide auxilio, pues se está ahogando, y José, con la intención de salvarlo, roba una lancha, pero entonces se da cuenta de que sólo era una broma de Pedro. En cambio, si el error es evitable, puede dejar subsistente un proceder culposo. Por ejemplo, Pedro es asaltado por la noche por hombres que simulaban estar armados y dispara hiriendo a uno de ellos, pero sucede que eran sus amigos que querían hacerle una broma y se comprueba que si se hubiese detenido un poco antes de disparar, se habría percatado de lo grotesco de los disfraces y reconocido sus rostros. El error inevitable sobre los presupuestos de una causa de justificación que siempre será esencial, según hemos dicho, elimina la antijuridicidad del hecho doloso y por consiguiente el delito doloso, pero puede, si es evitable, dejar subsistente el hecho culposo si está previsto legalmente.²⁸⁵

De manera clara y concisa, Jiménez Martínez²⁸⁶ indica que al error sobre las causas de justificación también se le conoce como error de prohibición indirecto o error de permisión, éste se encuentra regulado en el inciso B) fracción VIII del CPF en la parte que establece: "... o porque crea que está justificada su conducta".

En estos casos es cuando el sujeto activo cree que su comportamiento (típico) se encuentra amparado por una causa de justificación.

En este orden de ideas se puede encontrar las siguientes hipótesis:

a) El autor cree que en el caso concreto concurre una causa de justificación;

²⁸⁵ Bustos Ramírez, Juan J., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, op. cit., nota 13, pp. 115-116.

²⁸⁶ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, pp. 1117-1118.

b) El autor supone a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico;

c) El autor está en un error sobre los límites de las causas de justificación;

d) En su caso, también cuando por error no contempla correctamente los límites de la necesidad.

Roxin explica “que una segunda gran posibilidad de errores de prohibición se encuentra en la suposición de causas de justificación que no existen o en la sobre extensión de su alcance. P. ej., alguien golpea a hijos ajenos y opina que habría una causa de justificación que permite tales castigos físicos. Pero no existe tal causa de justificación. Por ello se presenta un error de prohibición en la lesión corporal cometida dolosamente. O si alguien opina que estaría justificado apresar a todos los deudores morosos. Si lo hace, practica una detención ilegal bajo error de prohibición pues el ordenamiento jurídico no conoce tal causa de justificación.”²⁸⁷

6.2.1. El autor cree que en el caso concreto concurre una causa de justificación (defensa putativa)

En este supuesto, el sujeto activo realiza todos los elementos del tipo penal, pero existe equivocación sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, también se le conoce como defensa putativa.

Coinciden, tanto Jiménez Martínez²⁸⁸ como Bacigalupo²⁸⁹, en que el sujeto activo realiza el tipo con motivo de la creencia errónea de obrar lícitamente, ésta puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, cuando el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía o cree ser agredido en forma antijurídica, cuando en verdad sólo se trata de una broma de un amigo y repele lo que cree una agresión antijurídica.

²⁸⁷ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., nota 216, p. 204.

²⁸⁸ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 1118.

²⁸⁹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, p. 410.

6.2.2. El autor supone que a su favor existe una causa de justificación que no es recogida por el ordenamiento jurídico

Es un caso límite, ya que es difícil que opere en la realidad, pero puede suceder que el autor del tipo supone, por supuesto erróneamente, que le asiste una causa de justificación que en realidad el orden jurídico no contempla.

Por ejemplo,²⁹⁰ cuando el profesor de escuela primaria cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes; también cuando el sujeto, cansado de los desmanes de los hijos del vecino, cree que se tiene derecho a corregir a los niños vecinos, si estos son imprudentes.

Bacigalupo explica: “La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir, por otra parte, de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé (*error de prohibición indirecto*). Por ejemplo, el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes.”²⁹¹

6.2.3. Error sobre los límites de las causas de justificación

Tal sería el caso del particular, que es testigo de la comisión de un delito de robo en la vía pública y realiza la detención del delincuente, pero al hacerlo lo lesiona severamente, porque “existe la equivocación sobre los límites y alcances de una causa de justificación, por ejemplo: herir para detener.”²⁹²

6.2.4. Error sobre los límites de la necesidad

²⁹⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 1118.

²⁹¹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, pp. 409-410.

²⁹² Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 1118.

El guía de este tema, el Doctor Jiménez Martínez señala que: “En este supuesto, el autor obra con la creencia de que su actuación es necesaria para la defensa de un bien jurídico determinado, cuando objetivamente no lo era. El autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía.

Es importante aclarar que entre el caso de error sobre los límites de la necesidad y el de las eximentes putativas, el fundamento es idéntico: En ambos casos el autor cree en la necesidad de su obrar, cuando en realidad falta tal necesidad.”²⁹³

6.3. Efectos del error de prohibición

Una cuestión es encontrar los sustentos fáctico y psicológico del error de prohibición, ya sea directo o indirecto, y otro diferente, es la trascendencia o efectos de dicho error, que corresponde resolver al agente ministerial o al Juez.

Los efectos del error de prohibición se dividen en dos sentidos o aspectos, ya sean para el error de prohibición vencible; o para el error de prohibición invencible.

6.3.1. Efectos del error vencible

Enrique Bacigalupo²⁹⁴ realiza el estudio de los efectos del error de prohibición con sustento en el artículo 14 del Código penal español, menciona que el problema no está correctamente resuelto en dicho numeral, porque al haber extendido al error de prohibición evitable el régimen de consecuencias jurídicas previstas para las eximentes incompletas, el legislador olvidó que el problema que se debe resolver no es idéntico. Que la obligada atenuación en uno o dos grados

²⁹³ *ibidem*, p. 1119.

²⁹⁴ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, *op. cit.*, nota 31, pp. 414-419.

prevista en el artículo 14.3 del código en estudio es una atenuación excesiva, o en otras palabras, inmerecida.

Comenta que en la doctrina española la cuestión de la evitabilidad del error no ha merecido hasta ahora una atención especial. Un número importante de autores no trata el tema. En consecuencia sólo excepcionalmente se le ha prestado atención a este importante tema.

Enseguida hace una relación de los autores que sí han procurado exponer su interpretación, menciona a Gómez Benitez, quien coincide explícitamente con el llamado criterio objetivo. A su modo de ver el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: 'teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado –antes de actuar típicamente- una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al Derecho del hecho.

Para Octavio de Toledo y Huerta, vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con su punto de vista, 'el error evitable de prohibición podía definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer – al menos potencialmente el carácter antijurídico de su conducta, no la ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etc.)'. A su vez el 'error inevitable de prohibición será aquella hipótesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente'.

En el resto de los autores que tratan la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición han seguido los desarrollos de la dogmática alemana, estableciendo que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido: a) *razones*, para pensar en la antijuridicidad, es decir, que las circunstancias sean tales que haya cabido preguntarse por la infracción de la norma, y b) la *posibilidad* de obtener una correcta información sobre el Derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento, por lo que:

1. Las razones para pensar en la antijuridicidad se debe referir a *circunstancias del hecho* que proporcionan al autor un indicio de posible antijuridicidad. La cuestión de cuáles son estas circunstancias es discutida.

2. Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuridicidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta. Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable.

Jiménez Martínez apunta que:

Las principales consecuencias del error vencible son:

- a) Subsiste el dolo;
- b) Atenúa el reproche;
- c) Atenúa la pena (del delito doloso)
- d) No se excluye la culpabilidad;

En efecto, el error de prohibición vencible no excluye el dolo, este no se ve afectado, quien se afecta es la culpabilidad, la atenúa si el error es vencible.

En cuanto a la sanción aplicable al error de prohibición vencible, la última parte de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal, señala: 'Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código'.

El artículo 66 del mismo ordenamiento precisa: '... Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate'.

La principal diferencia en cuanto a la sanción es que, el error de tipo vencible se sanciona como delito culposo; por el contrario, el error de prohibición vencible se sanciona con hasta una tercera parte de la pena.²⁹⁵

6.3.2. Efectos del error invencible

Por otro lado, los efectos del error invencible serán los de impedir la configuración de la culpabilidad del sujeto porque careció por completo de la conciencia de la antijuridicidad, por lo que, no obstante haber realizado una conducta, típica y antijurídica, ésta no será culpable, así que no surge el juicio de reproche al autor y queda exculpado, sin sanción penal alguna.

Si el error de prohibición es invencible, se excluye la conciencia de la antijuridicidad, y, por tanto no hay culpabilidad. Las consecuencias son las siguientes:

a) Subsiste el dolo y por tanto la tipicidad;

b) Elimina la responsabilidad por falta de culpabilidad (borra la culpabilidad)²⁹⁶

Enrique Bacigalupo²⁹⁷ apunta que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad, ya sea porque:

1) cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera.

2) el autor no tiene a su cargo la evitabilidad.

3) quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo.

4) el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello.

²⁹⁵ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 1119-1120.

²⁹⁶ *idem*.

²⁹⁷ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, pp. 412-413.

Por lo que en todo caso, la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. Sólo excepcionalmente se postula que el error inevitable de prohibición debe operar como una causa de justificación.

Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene también una significación político-criminal para el legislador, quien ha tenido que optar por el principio del conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y lo ha hecho por el último: la responsabilidad penal no dependerá del conocimiento de la antijuridicidad, como lo postula la 'teoría del dolo', sino sólo de la posibilidad de su conocimiento, en el sentido de la llamada 'teoría de la culpabilidad'.

En otras palabras, dice que el principio de la responsabilidad establece que las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social. De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera.

7. Elementos normativos del tipo

Pareció acertado establecer en este punto de la investigación el apartado relativo a los elementos normativos del tipo penal, para encontrar coincidencias o disidencias con el error de prohibición, o en su caso, responder que al tratarse de elementos del tipo penal, su desconocimiento es siempre un error de tipo.

Zaffaroni²⁹⁸ comenta que se ha visto que hay tipos penales que no solo contienen elementos descriptivos, sino también elementos normativos, es decir, elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica.

Volviendo al autor Díaz y García Conlledo, manifiesta que: "Resumidamente esta distinción se fija en si en las normas (o, si se prefiere por considerarse más correcto, el sistema de valores) con que guardan relación los elementos

²⁹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 209, p. 422.

normativos del tipo son de carácter jurídico o no. La distinción tiene importancia porque es sobre todo la existencia de elementos normativos jurídicos la que hace dudar de la relevancia de la tradicional distinción entre error de hecho y error de Derecho, a la que más adelante me referiré.”²⁹⁹

Javier Jiménez Martínez afirma que los elementos normativos del tipo penal son aquellos: “ingredientes especiales que se contienen en cada figura delictiva y que requieren de una especial valoración objetiva por parte del juzgador.”³⁰⁰

Enseguida hace la aclaración relativa a las clases de elementos normativos del tipo: “Según si las palabras contenidas en la ley se encuentran precisadas en la misma ley o en otra; o bien si se deja a la interpretación del juzgador, se hace diferencia entre elementos normativos jurídicos y extrajurídicos.”³⁰¹

Continúa el autor³⁰² en estudio manifestando que los elementos normativos de contenido jurídico implican una valoración eminentemente de esa ciencia, en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del Derecho, al cual debe recurrir el intérprete para fijar su alcance.

De tal manera que los llamados elementos normativos jurídicos se encuentran previstos en la ley penal; y, por lo tanto, el juzgador no tiene porqué hacer una valoración distinta de ellas, lo más que puede hacer es señalar la definición de tal elemento basado en fuentes estrictamente jurídicas y luego acudir a la normatividad existente.

Por ejemplo, cuando se utiliza un concepto como el de cheque, es natural que éste no es algo que se perciba por los sentidos, pues a través de éstos lo que se advierte es un papel, para comprenderlo se debe acudir a la valoración jurídica que se expresa en las normas del derecho mercantil específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que se describen con precisión los elementos, alcances, valor y naturaleza jurídica del cheque.

²⁹⁹ Díaz y García Conlledo, Miguel, *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*, *op. cit.*, nota 139, p. 88.

³⁰⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, *op. cit.*, nota 140, p. 697.

³⁰¹ *ibidem.*, p. 698.

³⁰² *ibidem.*, p. 699-700.

Ahora bien, existen elementos normativos de valoración extrajurídica, a los que también se les denomina de valoración cultural o normativa social.

Estos elementos normativos no jurídicos son aquellos que tienen un contenido cultural y en los que se requiere una valoración de orden ético o social; la operación mental que sobre ellos realiza el Juez o el agente del Ministerio Público debe ajustarse a normas o concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera del Derecho.

Los ejemplos clásicos que se aportan en las facultades de Derecho se refieren a la honestidad de la mujer, la obscenidad de la publicación, que no son elementos que pueden percibirse a través de los sentidos, requieren un acto de valoración. Estos elementos son elementos normativos, y los son de una clase especial. Para hacer esa valoración es preciso formular un juicio basado en normas que reconocen un fundamento empírico cultural.

Recientemente se acepta que también existen ciertos elementos normativos del tipo que no aceptan una valoración jurídica ni cultural, sino que se refieren a las ciencias naturales, como sería el caso de enfermedad contagiosa o incurable, por ello, ahora incluimos el concepto de elemento normativo de la naturaleza.

Se concluye con un atinado comentario del profesor colombiano Filemón Torres, quien dice:

Los elementos normativos del tipo, es decir aquellos hechos que solo se pueden imaginar bajo los presupuestos lógicos de una norma, tienen una importancia vertebral sobre el elemento cognoscitivo del dolo y, por lo tanto, también en la distinción entre el error de tipo y error de prohibición, pues... conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las preceptivas.³⁰³

7.1. Error de subsunción

³⁰³ Torres Vázquez, Filemón, *El Error en la Ley Penal Colombiana*, Bogotá, Ibáñez, 2007, p. 127.

Son escasos los autores que tratan el tema del error de subsunción, al que se le da esta denominación a modo de distinguirlo del error de tipo, que sólo incide sobre los elementos objetivos de la descripción típica, pero como en el tipo penal también se incluyen los elementos normativos, de los que ya se expuso que no son objetivos, entonces se considera conveniente darle otra denominación al error que se refiere a dichos elementos.

Rubén Quintino afirma sobre el error de subsunción que: “Se presenta cuando el autor doloso yerra respecto de alguno de los elementos normativos del tipo penal. Si el error de subsunción recae sobre los elementos esenciales del tipo penal, entonces, dicho error se resuelve conforme a las reglas del error de tipo. En cambio, si el error de subsunción recae sobre los elementos normativos no esenciales para el tipo penal, entonces, dicho error se resuelve conforme a las reglas aplicables para el error de prohibición.”³⁰⁴

No se encuentra el sustento del citado autor para tener por cierto que si el error se refiere a elementos normativos no esenciales para el tipo penal, se debe resolver el problema conforme a las reglas del error de prohibición, se considera que si los elementos normativos están en el tipo, todos los errores que surjan en relación con elementos normativos, sean esenciales o no esenciales o accidentales, se les debe tratar como errores de tipo, y sólo atender si se consideran vencibles o no vencibles.

Refieren Juan Bustos y Hernán Hormazabal que:

Un problema especial es el relativo al caso en el que el error esencial recae sobre un elemento normativo del tipo legal, esto es, sobre uno de aquellos que sólo pueden ser aprehendidos a través de un proceso valorativo jurídico, por ejemplo, sobre el elemento funcionario público. El problema que se plantea es el de resolver si se está frente a un caso de error en relación con el dolo, por tanto de algo que puede ser objeto de conocimiento, o bien si se está frente a un problema de valoración, por tanto frente a un problema propio de la exigibilidad de responsabilidad del sujeto.

³⁰⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada*, op. cit., nota 49, pp. 31.

En el primer caso se tratará solamente de un problema de error. Así, por ejemplo, quien da un golpe con un palo contra una cortina pensando con ello espantar a un perro, pero le da a un funcionario municipal que viene a notificarle una resolución, está ciertamente en un error sobre el elemento material objeto de conocimiento: la persona que sustenta el concepto de funcionario público. Se trata, por tanto, de un error sobre un elemento esencial. Todo ello no implica todavía una mayor problemática, pues está referido a un elemento claramente descriptivo. Diferente es, en cambio, cuando la persona golpea con un palo una cortina sabiendo que detrás hay un funcionario municipal pero pensando que en la expresión 'funcionario público' no se abarca a los funcionarios municipales. En este caso se trata de un error esencial sobre el elemento normativo, ya que hay una ignorancia intelectual sobre el alcance de dicho elemento. En cambio, ya no se estaría en un caso de error cuando para la persona la prohibición no abarca a los funcionarios municipales, aun cuando sabe que el funcionario municipal es un funcionario.³⁰⁵

La anterior transcripción realmente no resuelve el problema, así que se acude a quien no está de acuerdo con esa distinción de denominación, como el prolífico autor argentino Zaffaroni³⁰⁶, quien explica que con el nombre de elementos normativos se han designado diferentes clases de elementos del tipo objetivo. Que si de limitan a aquellos cuyo concepto se precisa mediante conocimientos jurídicos, a los que denomina elementos conceptuales jurídicos del tipo objetivo, se advierte que no tienen una naturaleza diferente de los que se precisan con los conocimientos de otras ciencias y que se suelen llamar descriptivos. Por ejemplo, el concepto de funcionario público es tan descriptivo como el de elementos destinados a falsificar, aunque para averiguar al primero se

³⁰⁵ Bustos Ramírez, Juan J., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, op. cit., nota 13, pp. 114-115.

³⁰⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., nota 29, pp. 412-414.

debe acudir al artículo 77 del Código Penal³⁰⁷ y el segundo a conocimientos tipográficos.

Establece que en ambos casos se exige un conocimiento efectivo, sólo que basta con el conocimiento jurídico del común de las personas, lo que se llama valoración paralela en la esfera del lego o del profano. Existen otros elementos para los que se requieren conocimientos normativos para su delimitación aunque no se trate de conceptos jurídicos, sobre los que también debe exigirse una apreciación paralela similar a la demandada para los elementos jurídicos, por ejemplo, cuándo comienza o termina la vida.

Afirma que el error sobre estos elementos conceptuales jurídicos del tipo es un error de tipo, porque excluye el dolo, al igual que el error sobre los elementos llamados descriptivos. No hay ninguna razón para tratar en forma diferenciada este error de tipo.

Que se advierte en los últimos tiempos que se han hecho esfuerzos doctrinarios para reducir el ámbito del error de tipo, trasladando en diferente medida el conocimiento de estos elementos a la culpabilidad. Este esfuerzo se corresponde con la llamada administrativización o banalización del derecho penal: la propia riqueza de elementos normativos de estos tipos penales generosamente multiplicados, obsta a la extensión del poder punitivo que pretende el tinte autoritario a que responden, en la medida en que su conocimiento efectivo sea requerido en el tipo subjetivo (dolo). Advierte que como casi nadie sabe cómo

³⁰⁷ Art. 77.- Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrá presente las siguientes reglas: Los plazos a que este Código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuara al mediodía del día correspondiente. La expresión "reglamentos" u "ordenanzas", comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten. Por los términos "funcionario público " y "empleado público " respectivamente, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente..."
http://www.chubut.gov.ar/policia/documentos/codigo_penal_argentino.pdf

hacer una declaración de impuestos, es lógico que si se equivoca no haya dolo. Por ende, se procura sortear doctrinariamente esta dificultad, atribuyendo su conocimiento potencial (no conocimiento) a la culpabilidad.

No pasa por alto, que en la política penal respecto del error, existe marcada tendencia a privilegiar al Estado. Esto se observa en el ejemplo del pago de impuestos, pues si por ligereza el sujeto yerra al hacer la declaración de impuestos, se le considera autor doloso, pero si también por ligereza el recaudador de impuestos cobra más de lo debido, esa conducta queda atípica, además, que si cuando Juan termina de depositar la cantidad de dinero indebida, un policía lo confunde con un asaltante al banco, le dispara y lo priva de la vida, se le considera autor de homicidio culposo. Así que vale la pena hacer este análisis:

(a) Por un lado, considerar al error de tipo sobre elementos conceptualmente jurídicos como un error de prohibición, hace que en caso de vencibilidad el gobernado sea penado como autor doloso, como en el caso ya expuesto de quien se equivoca en la declaración de impuestos por error vencible;

(b) Por otro lado, el paralelo y antiguo esfuerzo por resolver como error de tipo el que recae sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación (entre las que se incluye el deber jurídico) permitiría que siempre se ampare, en la ausencia de dolo, el servidor público que obra por error vencible: el recaudador de impuestos que, por error vencible, realiza una exacción ilegal cobrando más impuestos de los que corresponden, incurriría en una conducta culposa atípica y no en el art. 266 CP³⁰⁸, pues sólo contempla la forma dolosa; en el otro supuesto, el policía sería condenado por homicidio culposo. Sintetizando, ambos esfuerzos doctrinarios coinciden en ampliar el poder punitivo del Estado en perjuicio del gobernado en caso de vencibilidad y reducirlo en beneficio de los agentes del gobierno en el mismo supuesto. Esta combinación de esfuerzos doctrinarios

³⁰⁸ Art. 266.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionado público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. http://www.chubut.gov.ar/policia/documentos/codigo_penal_argentino.pdf

permite configurar un poder punitivo estricto para el contribuyente y benigno para el poder estatal.

Considera que en la posición correcta y limitativa del poder punitivo, se hallan los autores que, salvo los casos de claras y redundantes referencias a la antijuridicidad, consideran que los errores sobre todas las referencias normativas del tipo son errores de tipo. En esta categoría se incluyen los elementos normativos de recorte, abarcando los que permiten completar los tipos incompletos o abiertos.

El conocimiento de los elementos normativos del tipo y el error que pudiera surgir, fueron oscurecidos con la apelación a la categoría del llamado error de subsunción, expresión equívoca y de difícil manejo, por lo que, opina Zaffaroni, es preferible no utilizarla.

Es opinión de Enrique Bacigalupo que:

... el error puede recaer sobre elementos normativos del dolo... El error sobre los elementos normativos, por el contrario, se da cuando el autor ha carecido de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento correspondiente. En estos casos se habla del conocimiento paralelo en la esfera del lego. Ejemplo: el autor supone que un documento sólo puede ser un escrito firmado; en tal caso no se excluye el dolo, dado que no se requiere una subsunción técnico-jurídicamente correcta, sino sólo que un determinado instrumento pueda ser utilizado como medio de prueba. Los errores de subsunción, por lo tanto, no excluyen el dolo. Un error de subsunción se dará cuando el autor haya subsumido los hechos erróneamente desde el punto de vista jurídico, pero habiendo tenido el conocimiento propio de un lego respecto del elemento concreto.

De todos modos, el error de subsunción puede ser el origen de un error de prohibición, si el autor supone que el hecho que subsume incorrectamente no está prohibido por norma alguna. Ejemplo: el autor piensa que quitar el aire de los neumáticos de un coche no constituye daño (art. 625 CP), y que por esa razón no está prohibido bajo amenaza de pena. La distinción entre error de subsunción y error de prohibición es, por regla, difícil. Con razón dice Roxin que los errores de

subsunción 'se pueden dar prácticamente respecto de todas las circunstancias normativas del tipo, toda vez que el no-jurista casi nunca logra una subsunción jurídicamente exacta'.

El problema del error sobre los elementos normativos del tipo ha perdido claridad con la nueva redacción del Código Penal, pues en ésta se ha mezclado terminológicamente el error de hecho (art. 14.1) con el error de prohibición (art. 14.3). En la medida en la que los tipos penales contienen elementos normativos, que no son, como es obvio, elementos de hecho, ni lo son tampoco de la ilicitud en sentido estricto, cabe preguntarse con arreglo a qué reglas se debe tratar el error sobre los elementos normativos.³⁰⁹

De lo antes dicho, se puede desprender que de conformidad con la legislación española, ya analizada en el capítulo precedente, al error de subsunción se le pudieran aplicar las reglas, tanto del error de tipo, como del error de prohibición, dada la confusión del artículo 14 del Código Penal español.

Enseguida, el mismo autor explica cómo debe solucionarse el error de subsunción: "La solución depende de la incidencia del error sobre los elementos positivos del delito. En este sentido, es claro que quien tiene un error sobre un elemento normativo no tiene el conocimiento de todos los elementos del tipo y, por lo tanto, la analogía se da con el error de tipo y no con el error de prohibición, dado que el error del autor no afecta a su conocimiento de la relación entre el hecho y el Derecho.

Esta tesis se confirma por el propio texto legal. El art. 14 del nuevo Código Penal en su número 2 establece que el error sobre 'una circunstancia agravante' impedirá su apreciación. Esto demuestra que el legislador ha considerado relevante como error de tipo también el que recae sobre los elementos normativos del tipo, pues las agravantes forman parte (accidental) del mismo y contienen, por lo general, elementos normativos (ejemplos: 'aumento inhumano del sufrimiento de la víctima', 'reincidencia', 'precio, recompensa, promesa'). No existe ninguna razón para admitir el error sobre los elementos normativos cuando forma parte de

³⁰⁹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, pp. 315-316.

los complementos accidentales del tipo y no cuando pertenecen a la estructura permanente del mismo.”³¹⁰

Para concluir, se considera conveniente analizar la exposición de Roxin³¹¹, quien dice que es importante saber que el conocimiento de las circunstancias del hecho, conocimiento que al faltar excluye el dolo, es diferente según la clase de las circunstancias del hecho.

De tal manera que se hacen diferencias entre elementos descriptivos y normativos del tipo. Un elemento normativo es el que solamente existe en el ámbito de las representaciones valorativas y, por ello, solamente puede ser comprendido espiritualmente. Así ocurre con el concepto de la ajenidad. El que una cosa esté en propiedad de otro no puede verse, sino solamente entenderse espiritualmente conociendo los contextos jurídicos.

Que ello significa que en materia de los elementos normativos, se ha dado un error de tipo cuando al autor le falta el entendimiento espiritual necesario para comprenderlos. Entonces, el autor actúa también sin dolo cuando, si bien ha reconocido de manera plenamente correcta en sus elementos externos la cosa ajena que está sustrayendo, pero la considera como propia debido a ideas jurídicas erróneas. De ello resulta que un error de tipo no es necesariamente un error sobre hechos. Este error también puede consistir, cuando se trata de elementos normativos, en un error de derecho.

Como bien se coincide con el autor en comento, muchos elementos no son claramente descriptivos o normativos, sino constituyen una mezcla de ambos, por ejemplo, el concepto de documento incluido en varios tipos penales. Los signos de escritura y el papel sobre los que están escritos son en lo que generalmente se entiende como documento, se trata de elementos descriptivos, perceptibles por medio de los sentidos. En cambio, la determinación de hechos jurídicamente relevantes para la prueba, que es un elemento indispensable de todo documento, es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual. Cuando alguien destruye un documento que no le pertenece, o bien se presenta un error

³¹⁰ *ibidem*, pp. 317-318.

³¹¹ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, *op. cit.*, nota 216, pp. 197-200.

de tipo excluyente del dolo cuando el autor no haya reconocido que ha destruido el documento en cuestión, o bien, puede faltar el dolo porque el autor no ha entendido que el papel escrito tiene un valor probatorio en el tráfico jurídico. En este último caso se trata de un error de tipo que atañe a los elementos normativos del concepto de documento y que excluye el dolo, y con ello la punibilidad.

Pero aclara que para él, el error de subsunción no es un error de tipo.

Un problema especial es saber qué tan lejos debe ir el conocimiento de la importancia referida a las circunstancias particulares del hecho, a fin de que todavía pueda considerarse dolosa su realización. Otro ejemplo, se refiere que en Alemania se acostumbra en algunos restaurantes que el mesero marque la cantidad de bebidas consumidas haciendo una raya en el posavasos de cartón de las bebidas. Que la jurisprudencia alemana ha resuelto que tal raya es un documento pues corresponde con la definición usual de documento como una declaración incorporada de ideas que prueba algo jurídicamente relevante, como es el número de bebidas consumidas, de tal manera que permite reconocer, según las circunstancias, a su emitente. Luego, cuando alguien borra algunas de esas rayas, además de fraude, es una destrucción de documentos y, en vista a la totalidad de las rayas que constituyen un documento total, un delito de falsificación documental. Con estos antecedentes surge la pregunta ¿se encuentra el autor en un error de tipo excluyente del dolo cuando arguye que no había entendido el significado de la raya como documento? Pudiera decir que había creído que un documento tendría que consistir en palabras y contener una firma. Si se viera en ello un error de tipo, el autor podría no ser condenado por un delito de falsificación documental, pues la ley no conoce una comisión culposa de este delito.

No obstante, se iría demasiado lejos si, en caso de elementos normativos, se exigiera una exacta subsunción, o sea una correcta representación de todos los elementos conceptuales del documento para el conocimiento del significado que fundamenta el dolo. En tal caso, para actuar dolosamente el autor tendría que haber definido correctamente el concepto de documento, asunto no menor que quizá, sólo podrían realizar los estudiosos del Derecho. El ciudadano normal apenas podría cometer un delito documental debido a su insuficiente comprensión

de los presupuestos conceptuales de la definición de documento. Por ello, para el conocimiento de la importancia que fundamenta el dolo del tipo debe ser suficiente que el autor haya captado correctamente el contenido social de sentido de un elemento del tipo. Esto significa, en el ejemplo dado, cuando el autor sepa que las rayas en el posavasos han sido colocadas allí por el mesero para marcar el número de bebidas consumidas con la finalidad de prueba en el círculo jurídico, sabe todo lo que ha llevado a que la raya sea considerada como documento por el Derecho. Si él mismo no ha subsumido este signo de prueba bajo el concepto de documento, esto es un simple error de subsunción y no un error de tipo. Entonces, el autor actúa dolosamente y, pese a su error sobre el alcance del concepto de documento, debe ser sancionado penalmente por falsificación documental.

Dice Roxin que semejantes errores de subsunción no solamente se presentan, como en el ejemplo dado, en caso de elementos normativos del tipo, sino también pueden afectar el alcance de elementos descriptivos.

7.2. Error de validez

Esta clase de error sólo se encuentra en el texto de Roxin y se asemeja a la impugnación que por vía de juicio de amparo podemos hacer contra un tipo penal, ya sea por incompetencia constitucional de la autoridad que lo emitió, o porque agravia alguna de las garantías constitucionales, sobre todo aquellas referidas a la igualdad de las personas o a la libertad religiosa, veamos cómo lo plantea nuestro autor en cita:

Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. El él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p. ej., porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del

ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de conciencia. Las razones de esa índole no modifican en nada la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo.

Además, en la medida en que un delincuente puede discutir la validez de una ley por razones jurídicas, o sea puede invocar en principio un error de prohibición, ha de ser sin embargo cuidados a la hora de admitir tal error *in concreto*. Pues la situación jurídica rara vez está tan clara como para que alguien pueda estar seguro de la nulidad de una ley. La mayoría de las veces el caso es discutible, de modo que el sujeto considera entonces dudosa la validez de la ley y sólo posible o probable su invalidez. No existe en tal caso un simple error de prohibición, sino una 'conciencia eventual de la antijuridicidad', que precisa de un tratamiento aparte.³¹²

8. Error en la autoría

Se dudó incluir este tema en el trabajo de investigación, pero se encontró esta tesis de Maurach³¹³ que explica lo siguiente referido a la autoría en los delitos de propia mano y en los delitos especiales.

Por lo general, los tipos se encuentran redactados de tal manera que toda persona puede ser autora idónea de un delito.

Sin embargo, existen los delitos de propia mano, que constituyen una excepción, y los delitos especiales, que en sentido amplio, representan una restricción. En estos casos, la posibilidad de la autoría se limita al círculo de las llamadas personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo. Ello tiene como consecuencia que un sujeto activo común, sin calidades específicas, no puede ser autor de tales hechos punibles. Se excluye la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría. Por el contrario, la participación de extraños en estos hechos punibles es posible sin restricciones.

³¹²Roxin, Claus, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 39, p. 873.

³¹³Maurach, Reinhart, *Derecho Penal, Tomo II, op. cit.*, nota 62, pp. 325-327.

Con frecuencia se observa que los delitos de propia mano y los delitos especiales sean considerados dentro del círculo de los así llamados delitos de deber, en los cuales la autoría se fundaría en la lesión de un deber especial fuera de la norma penal. Por ello, debe considerarse consecuentemente como autor a todo aquel que como titular del deber especial realice simultáneamente la lesión del deber y la lesión típica del bien jurídico tutelado.

Cabe hacer la acotación que en ocasiones, aún cuando el autor tiene la calidad específica exigida por el tipo penal, puede faltar el dominio del hecho, por consecuencia no se le podría imputar responsabilidad penal.

También puede existir autoría fingida de órganos de personas jurídicas y de representantes de éstas y con ello acceder a la impunidad de delitos que sólo los puede realizar el deudor. Por ejemplo, en el caso de una persona moral que se encuentra cercana a ser ejecutada en sus bienes por un deudor, surge la iniciativa del gerente de la empresa para ocultar el único bien propiedad de ésta, así que en ese caso no podría sancionarse penalmente al gerente, toda vez que en el tipo penal sólo se prevé la punibilidad del sujeto activo cuando es el propio deudor, mas no cuando quien realiza las maniobras de ocultamiento es un representante legal.

9.- Error en la participación

Para Bustos Ramírez, y Hormazábal Malarée³¹⁴, la participación requiere de la existencia de un hecho principal llevado a cabo por el autor. Por lo tanto, la participación siempre tendrá un carácter accesorio respecto al hecho principal que es del autor. De este modo, la accesoriedad se constituye en un principio fundamental en la participación. Por eso mismo, la convergencia subjetiva entre partícipe y autor es una consecuencia de la accesoriedad.

Por razones político-criminales, debido a su gravedad, se pueden equiparar formas de participación como la instigación o la cooperación necesaria a la autoría

³¹⁴ Bustos Ramírez, Juan J., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, op. cit., nota 13, pp. 117-118.

en cuanto a la determinación de la pena. Esta equiparación, exclusivamente a efectos de punibilidad, no elimina el carácter accesorio de la instigación o cooperación, de manera que si no puede establecerse el hecho del autor principal, en definitiva, no podrá hacerse efectiva la responsabilidad de estos partícipes.

Habrá hecho principal desde el punto de vista de desarrollo externo del delito si el autor llegó al menos al grado de tentativa, y en cuanto al desarrollo interno, si el hecho es típico y antijurídico.

Por lo que respecta a la autoría y participación en los delitos culposos, ya sea por acción u omisión, sólo puede haber autor, ya que la falta de cuidado objetivo es algo personal e intransferible, y por el hecho, además, de que la instigación y la complicidad requieren dolo para su realización.

10.- Error inverso o al revés

De acuerdo con los autores Cobo del Rosal y Vives Antón³¹⁵, el error provoca que el sujeto estime que no concurre un elemento del delito que, sin embargo, si se da en realidad. En esta especie de error directo, la falsa representación provoca un desconocimiento que, cuando versa sobre la concurrencia de elementos esenciales excluye el dolo.

Inversamente, el error puede consistir en una falsa representación según la cual concurrirá un elemento del delito inexistente en la realidad. Esta especie de error al revés, o inverso, suscita una serie de problemas específicos que se abordan de la siguiente manera:

El error inverso puede recaer sobre el tipo, cuando el autor supone erróneamente que concurre alguno de los caracteres del tipo legal, pero en realidad no concurre, o sobre la significación antijurídica de la conducta, el autor supone erróneamente que una conducta es antijurídica cuando, en realidad, no lo es.

En ambas especies de error inverso el núcleo constitutivo se halla representado, no por el desconocimiento de un elemento del delito concurrente,

³¹⁵ Cobo del Rosal, M., *Derecho Penal, op. cit.*, nota 112, p. 514.

sino por la suposición errónea de la concurrencia de un elemento inexistente en la realidad.

Que en la doctrina alemana se da un tratamiento diferenciado a las hipótesis de error inverso sobre el tipo respecto de las de error inverso acerca de la significación antijurídica. En las primeras, se estima que la conducta constituye una tentativa inidónea punible. En las segundas, que se trata de un impune delito putativo.

Desde una concepción objetiva de la antijuridicidad, parece obligado configurar ambos supuestos como hipótesis de delito putativo impune, dado que en ambas el delito existe solamente en la mente del autor, sin que los bienes protegidos por el Derecho hayan resentido peligro efectivo alguno.

Para los autores José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, el error inverso o al revés, se entiende mejor como delito imaginario: “Se conoce con el nombre de delito imaginario, delito putativo o ‘error al revés’ (denominación atribuida a Binding), aquel supuesto en que el sujeto cree que está realizando una acción tipificada en las leyes penales, cuando no es así. Este error, que hace referencia a un acto atípico, carece de toda trascendencia. No basta con que una persona crea que está realizando un hecho castigado con una pena para que de él se deriven consecuencias penales.”³¹⁶

Se concluye con Mir Puig, quien señala que: “La suposición errónea de que concurre algún elemento esencial del tipo de injusto (‘error al revés’) plantea una problemática totalmente distinta: da lugar a una *tentativa inidónea*.”³¹⁷

11.- Error sobre la punibilidad

No es comúnmente aceptado por la doctrina, sin embargo, se encontraro estos conceptos del autor Carlos Creus³¹⁸, quien considera que el error sobre la punibilidad no es uniformemente aceptado por la doctrina como error que releva al

³¹⁶ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, nota 192, p. 636.

³¹⁷ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, p. 255.

³¹⁸ Creus, Carlos, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 59, p. 352.

sujeto activo de la responsabilidad penal, ya que en algunos casos, no actúa comprendiendo cabalmente lo delictivo del acto quien, por ejemplo, emprende una acción de robo sobre cosas pertenecientes a su difunta cónyuge creyendo erróneamente que no han pasado a poder de terceros, los instituidos herederos en el testamento del cual desconoce su existencia.

Para el español Cobo del Rosal³¹⁹, la errónea suposición de la concurrencia de elementos accidentales que eleven la punibilidad dará lugar a la inaplicabilidad de la agravación, según los principios generales.

Que para el caso que dicha suposición errónea verse sobre elementos accidentales que determinen la atenuación de la pena, se tendrá que distinguir, al igual que en el error directo, entre causas fundadas en la disminución de la imputabilidad y causas en que la atenuación verse sobre los motivos, siendo irrelevante el error acerca de las primeras y debiendo producir efectos de atenuación la suposición errónea de que concurren los presupuestos de las segundas.

Es trascendente la explicación del penalista Filemón Torres Vázquez, razón por la que escribe tal como aparece en su texto:

El error que pueda producirse sobre una circunstancia que atenúe la punibilidad tiene un efecto, de por sí, limitado, pues, independientemente de su gravedad, nunca llegará a excluir la responsabilidad penal del autor, sino que solamente contribuirá a una mejor graduación de la misma, al permitir establecer los acontecimientos que han influido, en su discernimiento y en sus estados motivacionales, para realizar el ilícito comportamiento. Pero, adicionalmente, el Código Penal colombiano le fija una aplicación aún más restrictiva: Sólo le concede relevancia al error invencible que recaiga sobre una circunstancia atenuante de la punibilidad, con abstracción absoluta de los posibles eventos de error evitable; como quedó señalado en el apartado II.5.4.1.2., tal entendimiento contraría lo que ha sido suficientemente establecido por la doctrina científica, por la jurisprudencia y, por regla general, por los códigos penales más recientes, los que no consideran que deba existir diferenciación alguna en los errores

³¹⁹ Cobo del Rosal, M., *Derecho Penal, op. cit.*, nota 112, p. 514-515.

susceptibles de ocurrir sobre las circunstancias que, de concurrir, darían lugar a la atenuación de la punibilidad, cuando ellas, a su vez, no hayan sido previstas de otra forma; es decir cuando las mentadas circunstancias no han contribuido a la determinación del marco penal correspondiente.

La relevancia acordada a esta clase de errores, significa que es imperioso que el autor sea consciente de los motivos o circunstancias que le impulsaron a actuar de la manera que lo hizo. El conocimiento erróneo de una circunstancia que de concurrir atenuaría la pena, debe ser tratado de manera semejante a la situación en la cual se da una suposición errónea de una circunstancia que la eleva o agrava ('error al revés'), pues no atenuar en el primero, contrariaría el criterio fijado para la segunda, es decir, la de no agravación. De otra parte, la decisión político criminal de aceptar legislativamente el error sobre las circunstancias que, de estar presentes, darían lugar a la atenuación de la punibilidad, es, así mismo, la reiteración del reconocimiento que el delito se compone de elementos objetivos y subjetivos; la norma en análisis concede privilegio al componente subjetivo – lo que acontece en la psique del autor del delito – sobre lo que ocurre en la realidad empírica. Juan Bustos, en oposición a las posturas que sitúan a las circunstancias diminuyentes de la pena por fuera de la Teoría del delito, opina que ... *la consideración de las circunstancias ha sido fundamental para la evolución de la teoría del delito y para la concepción garantista del derecho penal. Y ello porque se deja de contemplar al sujeto como un puro ser abstracto, producto de una idea filosófica, teológica o ideológica, y se le considera como ser social, como un ente concreto, no como pura idea; un tal planteamiento tenía necesariamente que ser profundizado a medida que el Estado se profundizara democráticamente como Estado de derecho, debiendo entrar a considerar las circunstancias concretas en que actúa cada sujeto, de otro modo el principio de igualdad pasa a ser pura ficción; con ello, resulta que el reconocimiento del error sobre las circunstancias que modifican favorablemente la punibilidad, es un precepto legal cuya legitimidad se enraíza en los Valores y Principios que orientan la Carta política de 1991.*³²⁰

³²⁰ Torres Vázquez, Filemón, *El Error en la Ley Penal Colombiana*, op. cit., nota 303, pp. 234-235.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ERROR DE TIPO Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN

En la elaboración de este capítulo se siguen las ideas de dos grandes penalistas mexicanos de las últimas generaciones, ambos profundos conocedores de la dogmática penal nacional y extranjera, me refiero a los doctores Alberto Enrique Nava Garcés³²¹ y Javier Jiménez Martínez.

5.1. Error de Tipo

El error de tipo, cuando es invencible sobre elementos esenciales, excluye el dolo. Se encuentra previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso A) del CPF, y con algunas variantes en los códigos penales de los Estados y el Distrito Federal.³²²

Ahora bien, el dolo es el principal tipo subjetivo, consiste en conocer y querer el hecho típico, entonces, dolo es conocimiento de los elementos del tipo, sin embargo, existen ocasiones en las que el sujeto activo obtiene un resultado que no conocía o no quería, porque al momento de realizar el hecho se

³²¹ Nava Garcés, Alberto Enrique, *El error en el Derecho Penal*, México, Porrúa, 2007.

³²² Código Penal para el Distrito Federal, artículo 29, fracción VIII, inciso a): El delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

Código Penal para el Estado de México, artículo 15, fracción IV, inciso b) 1: Son causas de excluyen el delito y la responsabilidad penal: Las causas de inculpabilidad, se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

encontraba en circunstancias que le impedían conocer alguno de los elementos de la descripción legislativa.

La ley, la jurisprudencia y doctrina mexicanas han reconocido al llamado error de tipo como el evento que genera ausencia de dolo o de culpa, según sea el caso.

Aunque se atribuye el mismo efecto jurídico a la ignorancia y al error, éste no es ignorancia, es saber mal.

Otra definición es que el error de tipo surge cuando al momento de realizar la acción u omisión, el sujeto o sujetos desconocen cualquiera de los elementos objetivos o normativos del tipo de injusto que repercute en la tipicidad y, por tanto, excluye el dolo.

Existen clases de error de tipo, las que se determinan según si el agente tenía la posibilidad de salir o no de su error, aquellas son error de tipo vencible y error de tipo invencible.

El error de tipo invencible surge cuando una persona, a pesar de todos los esfuerzos que realiza, no puede salir de aquél.

El error de tipo vencible surge cuando el hecho típico hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error imprudente. Se sanciona como delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Los elementos esenciales del tipo penal son aquellos indispensables para configurar una conducta y, en su caso, un resultado material, como prohibido por la ley penal. Si no se configura alguno de los elementos esenciales, la conducta podrá no ser típica o será una conducta tipificada en otro tipo penal.

Los elementos accidentales o no esenciales del tipo penal son aquellos que atenúan o agravan la sanción del tipo penal básico. Ante la ausencia de alguno de éstos, no podrá agravarse o atenuarse la punibilidad prevista para el delito de que se trate.

Las variantes comunes del error de tipo son las siguientes:

El error en la causalidad, es cuando surge un error en el proceso de ejecución de la voluntad dirigida a la comisión del delito.

Puede surgir como:

a) Error sobre el objeto de la acción (*Error in objeto vel in personam*).

Se trata de casos de error sobre el objeto de la acción, que puede ser una persona o un objeto material. El sujeto activo yerra sobre las características o identidad del objeto de la acción. Es decir, la acción recae sobre el objeto al que se dirigía, pero éste resulta ser de otra identidad o características.

b) Error sobre la relación de causalidad.

Ya sabemos que la relación de causalidad es el vínculo que hay entre el autor con su hecho, de ahí que los casos de error sobre el curso causal son aquellos que versan sobre la relación de causalidad entre la propia acción y el resultado. Es decir, que se trata de errores sobre la forma de producirse el resultado, por lo que se les denomina como desviaciones del curso causal. El sujeto activo actúa con dolo de producir un resultado y por tanto, con previsión de un determinado curso causal, no obstante, el resultado se produce por causas inmediatamente distintas.

El error en el curso casual será irrelevante cuando el resultado es consecuencia natural o jurídica imputable a la acción inicial, por ejemplo, cuando Alberto dispara un arma de fuego contra Vicente, con ánimo de privarlo de la vida, pero solo lo hiere, muriendo Vicente a los pocos días a causa de la gravedad de la herida. Alberto será sancionado como autor del delito de homicidio doloso.

El error en el curso casual será relevante, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, se le podrá imputar el hecho en grado de tentativa: Carlos dispara un revólver contra Pedro con ánimo de matarlo, pero sólo le causa lesiones, Pedro muere días después a consecuencia de un atentado con explosivos que sufre el hospital donde se encontraba en observación.

c) Error en el golpe.

Es frecuente en los delitos contra la vida y la integridad corporal.

Se trata de error sobre el objeto material de la acción. Ésta recae sobre un objeto distinto al que pretendía atacar el autor. El resultado no se produce en el objeto querido sino en otro equivalente.

Ejemplo: Alberto quiere matar con un disparo de arma de fuego a Enrique, pero el tiro alcanza a Carlos, que está a su lado.

Se soluciona como error irrelevante en el golpe, se acreditará tentativa de homicidio respecto de Enrique y homicidio culposo respecto de Carlos.

Nos inclinamos por la regla del concurso de delitos cuando el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, se estaría frente a un concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo consumado.

Se tiene la convicción que en México no está autorizado aplicar el dolo general, cuando el autor cree haber consumado el delito pero en realidad el resultado sólo se produce por una acción posterior, con la cual buscaba encubrir el hecho, como sería el caso del sujeto activo que estrangula al pasivo y al creerlo muerto lo arroja al precipicio para encubrir el hecho, pero aquél sólo estaba desvanecido y muere como consecuencia de la caída. Si se aplicara el dolo general, éste afectaría al hecho total y no solo a la acción inicial con la que el autor creyó consumir el delito. El dolo se mantendría intacto, considerando irrelevante, por tanto, el error sobre el curso causal.

5.1.1. Los elementos del delito

Para estar en posibilidades de hacer el estudio dogmático de los errores de tipo y de prohibición, se debe dilucidar qué se va a entender por delito, lo cual ya se realizó en el capítulo primero de este trabajo de investigación, queda ahora establecer cuáles serían sus elementos constitutivos.

Se considera que los elementos del delito los aporta el propio legislador de la Federación, pues se encuentran inmersos en el artículo 15 del CPF³²³ que

³²³ Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

- I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
- III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

establece las causas de exclusión del delito, se tienen que analizar interpretándolos pero en sentido contrario, a efecto de precisarlos con toda certeza.

Así las cosas, al decir que el delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realiza sin intervención de la voluntad del agente, se hace referencia a los casos en que efectivamente un sujeto produce un resultado material prohibido por una norma penal que protege determinado bien jurídico fundamental para el armónico desarrollo de las personas, pero dicho resultado fue causado por reacciones físicas de origen instintivo o biológico, en las que no interviene la libre voluntad que es el sustento psicológico de toda acción jurídicamente relevante.

De tal suerte que no se acredita la conducta típica del agente, toda vez que el sustrato de la conducta penalmente relevante es la voluntad del sujeto para realizarla, así que cuando se causó un resultado prohibido por el Derecho, pero con ausencia de voluntad, no existe conducta.

Así que el primer elemento del delito es la conducta, entendida como la acción u omisión de una persona física realizada voluntariamente dirigida a una finalidad.

II.- Existirá atipicidad cuando se demuestra la inexistencia de alguno de los elementos de la descripción típica, por lo que si los hechos concretos que suceden en la vida real, aparentemente con relevancia penal, no se identifican, elemento por elemento, con la conducta y los demás elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo, quiere decir que en dicho evento antisocial no existe tipicidad,

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

por lo tanto, existe ausencia del tipo penal necesario para pretender sancionar al autor de dicho evento. Esto es, que el segundo elemento del delito es la tipicidad.

III.- Se acredita la causa de licitud consistente en el consentimiento del ofendido, siendo éste el titular del bien jurídico tutelado y voluntariamente acepta que se lesione o agravie dicho bien, siempre y cuando éste sea disponible, que tenga la plena capacidad para disponer del bien jurídico en comento y que la manifestación del referido consentimiento, sea expresa e incluso tácita, o que, según las circunstancias particulares del caso, se pueda presumir que se hubiera otorgado el consentimiento.

Este supuesto jurídico se refiere al elemento del delito antijuridicidad.

IV.- Se prueba la causa de licitud consistente en la defensa legítima. Una de las causas de licitud más comunes es la que consiste en realizar, efectivamente, una acción u omisión típicas, pero que no puede calificarse de antijurídica porque se realizó con la finalidad de proteger y evitar la lesión de bienes jurídicos propios o ajenos del que se defiende.

Así que ello permite que la conducta típica no sea antijurídica, esto es, que la lesión a bienes jurídicos del agresor sea permitida, autorizada o justificada por el Derecho.

Este supuesto jurídico se refiere al elemento del delito antijuridicidad.

V.- Se aportan elementos probatorios de la causa de licitud consistente en que el sujeto agravo bienes jurídicamente tutelados estando en un estado de necesidad.

Ello se acredita cuando por actualizarse un peligro real, actual o inminente, no provocado por conducta humana, se requiere lesionar otro bien jurídico de igual o menor valor del salvaguardado, esta lesión de bienes jurídicos ajenos está permitida por el derecho, lo que elimina el elemento del delito antijuridicidad.

VI.- Se tiene por acreditada la causa de licitud que se refiere al cumplimiento de un deber jurídico o el ejercicio de un derecho, tal como se expresa en la norma en comento, siempre que exista necesidad racional de utilizar el medio empleado y éste no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otra persona. Igualmente, se elimina la antijuridicidad.

VII.- Surge en la investigación de los hechos, la causa de inculpabilidad consistente en la inimputabilidad del agente. Pasamos ahora al cuarto y último elemento del delito. La culpabilidad, que se refiere al sujeto activo, ya no en el hecho ilícito o injusto.

En esta causa de inculpabilidad, se debe acreditar que el activo, al momento de cometer el hecho, no tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o en su caso, no podía conducirse de acuerdo con esa comprensión, ya sea por trastorno o por desarrollo mental retardado. Se elimina la culpabilidad. El hecho sí resultó ser típico y antijurídico, pero no culpable, porque el sujeto al realizarlo se encontraba en estado de inimputabilidad o, como dicen algunos autores modernos, en ausencia de capacidad de culpabilidad.

VIII.- Se acredita la causa de inculpabilidad consistente en un error de prohibición, que destruye la conciencia de la antijuridicidad.

Esta causa de exclusión del delito se encuentra en el inciso B) de la fracción en estudio y consiste en que el agente, al momento de realizar la conducta típica y antijurídica, o injusto, no conoce la existencia de la ley que la prohíbe, o en su caso, sí la conoce pero considera que el alcance de la misma no abarca el supuesto que él realiza, así también, porque crea, erróneamente, que la misma está justificada por lo que no sería antijurídica. Este último supuesto se denomina por la doctrina como error de prohibición indirecto.

Se entiende que en cualquier caso de error de prohibición lo que se elimina, o no se integra correctamente es la conciencia de la antijuridicidad.

No escapa comentar que el legislador, al parecer con el ánimo de mantener cierta coherencia sistemática en el articulado del código, no tuvo mejor remedio que situar en esta fracción, como inciso A), el supuesto consistente en el error de tipo, que es otro aspecto negativo del elemento tipicidad.

Consideramos que ello es así porque el error o ignorancia sobre alguno o algunos elementos del tipo penal específicamente se encuentran en la mente del sujeto activo, así que se ubicó en el ámbito de la persona física que realiza la conducta. Pero para el correcto estudio de esta figura jurídico penal, tenemos que hacerlo cuando se analice al elemento tipicidad, pues en el tipo está ubicado el

dolo o culpa del agente, quien al actuar en ignorancia o por error en alguno o algunos de los elementos objetivos o normativos del tipo, no existirá el dolo necesario, o en su caso, si el tipo así lo permite, la culpa, elementos subjetivos del tipo penal.

IX.- Se aprecia en el sujeto activo la causa de inculpabilidad denominada inexigibilidad de otra conducta. En ciertos casos y circunstancias específicas, no le es exigible al activo que se comporte conforme a Derecho, por ejemplo, por miedo grave. En este caso también se establece el cuarto elemento del delito, la culpabilidad.

X.- Se atiende a una ausencia de conducta cuando el hecho lesivo de bienes jurídicos se concretó por caso fortuito. Este es el otro supuesto en que se excluye la acción en sentido amplio del sujeto activo, toda vez que se consumó una lesión a bienes jurídicos pero por causas ajenas totalmente a la voluntad, un accidente.

Así tenemos que interpretadas en sentido contrario, los elementos del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Para el estudio del error de tipo, nos interesa únicamente el análisis de la tipicidad, esto es, la conducta como elemento o verbo rector del tipo penal y sus demás elementos, tanto objetivos como normativos.

5.1.2. La tipicidad

Para entender este elemento, debemos primero recurrir a la exposición de lo que es el tipo penal.

Esta figura jurídica fue introducida al Derecho penal por el profesor alemán Ernst Beling, quien lo denominó como *Tatbestand*, literalmente “supuesto de hecho”.

Según el concepto de Hans Welzel: “El tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal. El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar

‘determinada en la ley’ antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva.”³²⁴

Franco Guzmán lo explica con su conocida claridad académica:

Beling concibe al *tatbestand* y a otras figuras adyacentes de la siguiente manera:

a) Primeramente una figura rectora, que es lo que llama el *tatbestand* legal o *leitbild*, que es en suma el ‘delito tipo’; es un esquema, tiene índole descriptiva y objetiva.

b) Un tipo de delito, o *deliktypus*, que es el esquema legal, en donde se señala la naturaleza meramente regulativa del ‘delito tipo’ o *tatbestand*.

c) El tipo de lo injusto, o *unrechttypus*, que es lo que otros autores llaman antijuridicidad típica y BELING, tipo de lo injusto o tipo de ilicitud. Es la antijuridicidad en cuanto se haya referida a un tipo específico.

d) El tipo de culpabilidad, que se da en unión de la ilicitud típica, para formar el *leitbild*. Es la culpabilidad típica especialmente referida al tipo.

e) La tipicidad, o *tipycität* que es el elemento esencial del delito, es la descripción consagrada por el legislador.

f) Por último, la adecuación típica o *tatbestabdmässigkeit* que es la acción que el tipo del delito describe y que ‘llena’, por así decirlo, el *tatbestand* legal. Es la relación entre el hecho concreto y el tipo de delito; la adecuación del hecho al tipo legal.³²⁵

³²⁴ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, ob. cit.*, nota 57, pp. 58-59.

³²⁵ Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e Injusto, op. cit.*, nota 40, p. 37.

Roxin, quien es uno de los autores modernos que acumula gran número de seguidores, en relación con la pregunta de qué tan clara debe ser la representación de cada una de las circunstancias del hecho, responde:

También plantea algunas dificultades la cuestión de cuán claramente debe haberse representado el autor cada una de las circunstancias fácticas al cometer el hecho. En los elementos descriptivos se tendrá que exigir una representación actual en el momento del hecho. Piénsese en el caso de que alguien hubiera dicho una media hora antes al tirador de nuestro ejemplo inicial que en el campo se encontraría una persona, pero que el autor había olvidado esta información al momento de disparar y creído que lo hacía contra un espantapájaros. Aquí se presenta un error de tipo excluyente del dolo aun cuando el autor habría podido actualizar su conocimiento latente con la suficiente reflexión. Pero naturalmente debe ser penado por homicidio culposo. Algo correspondiente rige para los conceptos de cantidad y medida. Así, según el derecho alemán son punibles las acciones sexuales contra niños menores de catorce años. Cuando el autor de tal delito, al cometer el hecho, considera mayor a la víctima, esto es un error de tipo excluyente del dolo incluso cuando alguien le había comunicado anteriormente en algún momento cuál era la verdadera edad de aquélla, aunque ya no lo recordaba en el momento de los hechos. Incluso si no se hubiera hecho ninguna representación sobre la edad, le falta aún el conocimiento de la circunstancia fáctica pertinente.

Por otro lado, existen contenidos en la consciencia que no necesitan ser pensados de manera actual, pero que tienen fuerza determinante de la acción y por ello tienen que ser imputados al conocimiento del autor. Cuando alguien hurta cosas en una tienda, al hacer la sustracción normalmente no reflexionará sobre si esas cosas se encuentran bajo una propiedad ajena. No obstante, lo sabe en todo momento porque ello es el presupuesto sobreentendido de su forma de conducta. Se habla aquí de una 'coconsciencia', la cual bastaría para el conocimiento de una circunstancia del hecho, y con ello también para el dolo. Lo correspondiente vale para el 'conocimiento concomitante permanente', el cual juega especialmente un papel cuando las cualidades profesionales son presupuesto del cumplimiento del tipo. Así, algunos médicos y abogados se hacen punibles cuando revelan secretos

de sus pacientes o clientes violando su deber de reserva. En el momento de la comisión de los hechos, normalmente no van a reflexionar, en el sentido de un actual 'pensar en ello', sobre su profesión. De cualquier modo ellos saben que actúan como médicos o abogados, y ello es suficiente para el dolo en relación con estos elementos.³²⁶

Así que tipicidad es la exacta adecuación del hecho real a la descripción que formuló el legislador en el tipo penal.

El Juez y el agente del Ministerio Público realizan una confrontación, elemento por elemento del tipo, con el exacto hecho que se suscitó en la vida real imputable a una persona física, si coinciden, se acreditará el elemento tipicidad.

5.1.3. Estructura del tipo penal, en cuanto a sus elementos objetivos y normativos

En la elaboración de este trabajo de investigación se ha entendido que el orden de los elementos que conforman al tipo penal, que son relevantes para el error de tipo pues sobre éstos recaerá la ignorancia o el conocimiento deficiente son:

1.- Conducta o Acción (en sentido amplio):

1.1. Acción (en sentido estricto o positivo);

1.2. Omisión (simple o propia); o

1.3. Comisión por omisión (también conocida como omisión impropia).

2.- Resultado material.

2.1. Cuando no se requiere un resultado material, entonces se le denomina como resultado formal.

3.- Nexo de causalidad (o causal).

3.1. Imputación Objetiva del Resultado a la Conducta.

4.- Bien jurídico tutelado.

³²⁶ Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., nota 216, pp. 200-201.

- 4.1. Personal; o
- 4.2. Macro social.
- 5.- Lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.
- 6.- Objeto material.
- 7.- Medios utilizados para realizar la conducta típica.
- 8.- Circunstancias de ejecución de tiempo.
- 9.- Circunstancias de ejecución de lugar.
- 10.- Circunstancias de ejecución de modo.
- 11.- Circunstancias de ejecución de ocasión.
- 12.- Sujeto pasivo.
 - 12.1. Sujeto pasivo individual;
 - 12.2. Sujeto pasivo colectivo;
 - 12.3. Sujeto pasivo común o indiferente; y
 - 12.4. Sujeto pasivo con calidad especial.
- 13. Sujeto activo.
 - 13.1. Autor directo.
 - 13.2. Coautor.
 - 13.3. Autor mediato.
 - 13.4. Autor indeterminado.
 - 13.5. Partícipe inductor.
 - 13.6. Partícipe auxiliador.
 - 13.7. Cómplice.
- 14.- Elementos normativos de carácter jurídico.
- 15.- Elementos normativos de carácter social.
- 16.- Elementos normativos de carácter natural.

2. El error y su relación dogmática con cada uno de los elementos del tipo

2.1. La Conducta de acción

Siempre tiene que existir una acción. Es el elemento rector del tipo que se expresa por medio de un verbo, por lo que si analizamos un hecho con relevancia jurídico penal, siempre existirá una acción.

Se considera que puede existir error en la acción, afirmación que se sustenta en las razones siguientes.

2.1.1. La voluntad

La esencia (o sustrato) de la acción (conducta) es la voluntad. Voluntad es querer, la intención es para qué se quiere.

Cuando el agente realiza el contenido de un tipo penal, pero sin voluntad de realizarlo, no actúa en error, sino que realizó la acción sin voluntad, por lo que se estaría ante la excluyente de delito establecida en la fracción I del artículo 15 del CPF.

2.1.2. La acción causal

Se refiere a la que se agota con el simple movimiento corporal y a la relación de causalidad entre la conducta y el resultado material obtenido. Corresponde a un sistema jurídico penal ya abandonado desde los años noventa del siglo pasado.

2.1.3. La acción final

Es a la que refiere el artículo 8° del CPF, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Es la acción final, que incluye al dolo y a la culpa, los que ya no estarán en la culpabilidad conforme al sistema causalista.

La estructura o elementos de la acción son dos.

Una fase interna y una fase externa.

La fase interna de la acción final se lleva a cabo en el pensamiento, es psíquico, ahí son perceptibles diversos momentos lógicos de representación

mental requeridos por la configuración del concepto finalista de la conducta humana.

Esos momentos lógicos del pensamiento son:

- a) Anticipación como propósito subjetivo del fin que el autor quiere alcanzar;
- b) Selección mental de los medios necesarios;
- c) Previsión de unos efectos concomitantes;
- d) Puesta en movimiento de los medios de la acción para llevarla a efecto.

La fase externa de la acción se compone con la manifestación en el mundo real, esto es, la realización externa del querer finalístico.

Si por alguna razón no se logra el objetivo final en el mundo real, la acción final es solo intentada (y entonces se podrán aplicar las reglas de la tentativa).

La realización total de la conducta típica da lugar a la consumación.

Ejemplos (tomados de Welzel³²⁷): (1) La enfermera que coloca, sin saberlo ni quererlo, una inyección de morfina muy fuerte y de efectos mortales, desde luego que realiza una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. (2) El cadete de la academia de policía que para ejercitarse, dispara a un árbol detrás del cual se encuentra otro de sus compañeros al que no puede ver, y lo mata, desde luego que realiza una acción final de práctica de tiro, pero no una acción final de matar. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte del pasivo) se produjo en forma causal ciega por la acción final.

De tal suerte que las fases de la acción final, las podemos desglosar en estos elementos:

Internos, que están en la mente del sujeto:

- a) Selección del objetivo (finalidad) que se quiere alcanzar;
- b) Selección de los medios que se emplearán;
- c) Las consecuencias secundarias que están vinculadas con los medios;
- d) La puesta en marcha de los movimientos.

Externos, que ya son perceptibles por medio de los sentidos:

- a) Se manifiesta en el mundo real;

³²⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, ob. cit.*, nota 57, p. 43.

- b) La utilización de los medios elegidos;
- c) Realización parcial de la conducta típica, que da lugar a la tentativa;
- d) Realización total de la conducta típica, esto es, la consumación.

El error de tipo se puede referir al error o desconocimiento de alguno de los elementos de la acción, el sujeto activo no sabe o tiene un conocimiento erróneo de que la acción que está realizando colma un tipo penal.

Existen tipos penales en los que la acción, que se identifica con un verbo ya sea en infinitivo o conjugado, es confusa, porque el verbo que se utiliza es de difícil comprensión para el común de las personas.

Por ejemplo en el artículo 149 del CPF se establece que: “Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se les aplicará por ese sólo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares.”

Podría haber error en el conocimiento que una persona pudiera tener del verbo “violare” ¿qué es una violación, de la naturaleza a las que se refiere el específico tipo? ¿Cualquiera puede realizar esta violación? ¿Cómo se puede realizar este acto de violación?

Sí puede existir error de tipo por error en el entendimiento de la acción de violar los deberes de humanidad. Si el agente desconoce o conoce mal la violación a la que se refirió el legislador, incurrirá en error de tipo, el cual podrá ser vencible o invencible según las circunstancias del caso y a las particularidades del autor.

2.1.4. Ausencia de acción

Solamente se mencionan las causas de ausencia de acción a que alude el CPF en las fracciones I y X del artículo 15 ya estudiado, consistente, la primera, en falta de voluntad del agente y la segunda, por caso fortuito.

La ausencia de acción se presenta cuando el sujeto no se plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo, no ha

considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como un mero proceso causal.

Por ello, se puede concluir que no existe acción cuando el agente no ha dirigido su voluntad hacia la obtención de un fin determinado y como consecuencia su obrar no tiene sentido, no tiene dirección, no tiene ni persigue un fin, es un mero proceso causal producto de las propias funciones vitales.

2.1.5. Cuando la voluntad es inhibida

Principios de la ausencia de conducta:

- a) Total ausencia de voluntad, su inhibición total;
- b) Lo relevante es el efecto y no la causa, esto es, que el sujeto no tenía voluntad en el momento de la consumación del hecho antisocial;
- c) Siempre se deben tratar como casos concretos, no se deben ver como generalidades o casos abstractos.

2.1.6. Fuerza física irresistible

Ésta se presenta cuando una fuerza exterior e irresistible actúa sobre una persona y lo convierte en un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados.

Según la fuerza física irresistible provenga de la naturaleza y de seres irracionales o de la mano del hombre, se distinguen las siguientes clases.

A) Fuerza física irresistible o *vis absoluta*. También se le conoce como material, violencia o constreñimiento físico y es aquella que procede del ser humano. Es un acto de fuerza que proviene del exterior, que actúa materialmente sobre el agente, la consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible, no sólo no

responde, sino que su actuación es penalmente irrelevante, siendo un mero instrumento en manos de otro sujeto.

Ejemplos: El velador maniatado.

El que le mueve violentamente el volante a un conductor de un camión y causa la muerte de un transeúnte.

El que empuja a otro en el andén del metro y éste empuja a un tercero que cae a las vías electrificadas y muere.

B) Fuerza mayor irresistible o *vis maior*. Esta se presenta cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, no humana, sino que proviene de la naturaleza o de los animales.

Ejemplos: El viento huracanado.

Un aluvión.

La corriente de agua después de una tormenta.

La caída de un árbol.

2.1.7. El caso fortuito

Es la inexistencia del delito, por falta de conducta típica, al haber actuado sin dolo ni culpa.

Los elementos del caso fortuito son los siguientes:

- a) El actuar lícito del agente;
- b) Actuar cuidadoso;
- c) Actuar precavido;
- d) Existencia de un resultado imprevisible;
- e) Existencia de un resultado típico ajeno al agente.

Ejemplo: es el caso que ningún conductor de vehículos automotores que circulan por la vía pública citadina puede estar obligado a prever que cuando ya su automóvil cruzó por determinado lugar, algún peatón intempestivamente atraviese y se golpee contra el vehículo que aquél tripula, ya que su vista tiene que dirigirla al frente. Es de concluirse que en tales casos obra la excluyente de responsabilidad a que se refiere la fracción X del artículo 15 del CPF, puesto que

causa un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

No se puede argumentar error en la previsión, porque ésta es la mínima que se exige por el ordenamiento legal al común de las personas, así que ante la ausencia, falta o error en el cuidado debidos o exigidos, el agente responderá por el resultado típico, generalmente como delito culposo por ser un error vencible, del cual se hubiera salido si se hubiera aplicado el cuidado o diligencia que le es exigible.

2.1.8. Sueño

Es un estado de inconsciencia, por lo que tampoco existe acción si un sujeto ofende un bien jurídico en estado de inconsciencia a la que llegó involuntariamente o por mero accidente. Los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

Pero si el agente sabe que cuando duerme en esas determinadas circunstancias, frecuentemente entra en estado de sonambulismo y así causa daños materiales que pueden ser de gran magnitud, vale la pena examinar si el agente dolosamente se indujo en esa clase de sueño para obtener el resultado material esperado o no deseado, pero admitido.

2.1.9. Estados de inconsciencia profunda

Éstos pueden ser provocados por haber ingerido sustancias o en forma natural.

Ejemplos pueden ser el alcoholismo y la drogadicción. Aunque también caben ciertas enfermedades que los provocan, como los ataques de epilepsia.

2.1.10. Las acciones libres en su causa

Se refieren a estados de inconsciencia en los que falta la acción, pueden ser penalmente relevantes si el sujeto se colocó voluntariamente en dicho estado para delinquir, por ejemplo, el guardavía que se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque de trenes; o llega a ese estado por negligencia. En estos casos llamados acciones libres en su causa lo penalmente relevante es el actuar precedente.

2.1.11. La expresión de la acción en el tipo penal

En términos generales la acción se expresa en el texto del tipo penal por medio de un verbo, el cual puede estar conjugado, como pueden ser:

Ejerza, ejerciendo, sustraiga, destruya, oculte, altere, utilice, inutilice, propicie, otorgue, contrate, aplique (recursos públicos), promueva, gestione, solicite, reciba, disponga, distraiga, realice, implante, practique, consienta, ayude, preste (auxilio), induzca, cometa (homicidio o lesiones), cause, infiera, prive (de la vida), manipule (genes humanos), fecunde (óvulos humanos), creen (seres humanos), ponga (en peligro de contagio), actúe, colabore, aconseje, intimide, detenga, mantenga, autorice, apoye, niegue (información), entregue, ejecute, introduzca, acose (sexualmente), tenga (cópula), comercie, distribuya, exponga, haga (circular), oferte, procure, emplee (servicios), acepte, invite, explote, regentee, administre, sostenga, permita, produzca, transporte, prescriba, posea, entre otros más.

Como fue expresado líneas arriba, se considera que sí puede existir error en la acción, toda vez que un sujeto puede ignorar, por ejemplo, que trasportar una sustancia está tipificado como delito, o que considere que dicha acción sólo puede realizarse cuando se utilice un vehículo automotor, pero no cuando se realice cargando el objeto con sus propias manos y brazos.

2.2. La conducta de omisión

¿Podría una persona física ignorar o errar en relación a si omite hacer algo a lo que está obligada? ¿Podría alguien decir que no sabía que no estaba haciendo lo que debía? Es una situación difícil.

Para resolver esta cuestión ahora se analiza qué es la omisión.

La omisión propia es la inactividad actuante, omite el que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción.

Por ello, se acepta que la omisión propia es una omisión expresa, que puede realizar cualquier persona y nunca tiene un resultado material, así que sus elementos son:

- a) El sujeto debe estar en posibilidad física de actuar, de hacer;
- b) Debe tener capacidad de conducción final;

Para constatar la existencia de estos dos elementos, debe verificarse la existencia de otros requisitos intelectuales del sujeto activo que permitan concluir que si tuvo la capacidad de acción:

- c) Conocimientos teóricos respecto del hacer ordenado por la norma;
- d) Conocer o tener por posible el fin o meta de la acción; y
- e) El conocimiento o la posibilidad de conocer y elegir los medios de la realización de la decisión.

Para alcanzar el fin de la acción³²⁸, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ésta debe producir sus efectos, además tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo, lo que se conoce como capacidad de planteamiento; por último, tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planteado.

Ejemplo: Para que se pueda afirmar que Javier, quien no sabe nadar, omite una acción de salvamento en el mar será necesario: 1) que exista alguna persona que se esté ahogando, que haya una lancha de salvamento en el barco, que Javier no se encuentre impedido físicamente para usarla. 2) que sepa poner el motor en marcha y conducirla; que sepa con plena seguridad o tenga como

³²⁸ *ibidem*, p. 238.

posible la existencia del sujeto que se está ahogando; y que sepa o pueda saber que a su disposición tiene la citada lancha de salvamento.

Si el activo es acusado porque omitió realizar las labores de salvamento a las que estaba obligado, pero se acredita que efectivamente omitió realizarlas porque estuvo en un error invencible en la omisión, pues consideró que sí iba a poder encender el motor y manejar el bote de salvamento, lo que en la práctica y realidad resultó equivocado ante su ausencia total de conocimientos sobre cómo utilizar el encendido del motor y después, de haberlo logrado, cómo conducir en el mar el bote hasta la persona que requería el auxilio.

Debe analizarse caso por caso, con las pruebas idóneas que permitan esclarecer, si efectivamente, el activo estuvo en un error de tipo respecto de la omisión en la que incurrió, además, si ésta era o no vencible.

Vale la pena recordar que también realiza una omisión típica, no solamente aquél que se queda estático, sino el que realiza cualquier otra acción distinta de la que estaba obligado a realizar pues era la idónea para colmar el mandato legal de actuar.

2.2.1. Ausencia de omisión

Las causas que excluyen la acción son también causas de exclusión de la omisión.

Por supuesto que no existirá omisión cuando el agente realiza la acción que se le ordena, esto es, cuando actúa.

Tampoco existirá omisión:

a) Cuando el sujeto no actúa porque carece del poder para ello. Esto ocurre si está ausente cualquiera de los elementos que componen el dominio final del hecho esperado por la norma;

b) Si el sujeto ignora la situación en que la acción producirá sus efectos, esto sucede, por ejemplo, si el salvavidas no se percató de que la persona se está ahogando;

c) Cuando el agente carece de poder para seleccionar los medios aptos para alcanzar el objetivo, como sería el caso de la madre, quien ciega y abandonada a su propia suerte, no consigue encontrar los recursos necesarios para alimentar a su hijo;

d) En los casos en que el sujeto no tiene la posibilidad física de emplear los medios elegidos; pues no sabe nadar y el bote de remos que podría utilizar para salvar al que se ahoga se encuentra a una distancia tan grande, que no podrá llegar hasta éste oportunamente. O sí llega con tiempo suficiente, pero carece de la fuerza necesaria para ponerlo en el agua, situación que requiere al menos la fuerza física de dos hombres.

Resumiendo los casos referidos, faltará la omisión punible:

a) Cuando falta el poder para actuar.

b) Cuando el sujeto ignora la situación en que la acción produciría sus efectos.

c) Cuando el sujeto carece de poder para seleccionar los medios aptos para alcanzar el objetivo.

d) Cuando el sujeto no tiene la posibilidad física de emplear los medios elegidos.

e) Cuando no tenga la obligación de proteger determinados bienes jurídicos.

2.2.2. La omisión impropia o comisión por omisión

Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva (la que prohíbe el resultado material).

En los delitos de comisión por omisión se requiere de la no evitación de un resultado material típico.

Sus características son:

1) El tipo está redactado en forma activa, por lo que se tiene que desprender de éste;

2) Sólo puede incurrir en ese tipo el sujeto que tenga la calidad de garante;

3) Siempre debe concretarse el resultado material prohibido por la norma, por lo que no cabe la tentativa.

Los elementos de la comisión por omisión son:

a) Voluntad.

b) Inactividad.

c) Resultado material.

d) Relación de causalidad entre el resultado y la abstención.

En lo que respecta a la relación de causalidad, únicamente en los delitos de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior material además del resultado jurídico.

Éste se denomina nexo de evitación. Por ejemplo, el salvavidas que omite evitar la muerte por ahogamiento del bañista no causa su fallecimiento, pues éste se ocasiona por la entrada de agua a los pulmones. El sujeto no evitó el resultado, ese es el nexo de evitación.

Este nexo de evitación se demuestra con el siguiente análisis: De haberse practicado la conducta omitida se hubiera evitado el resultado material prohibido por la norma jurídico penal.

Se considera que se admite el error de tipo en relación con la omisión impropia, cuando el agente realiza otra acción diversa a la que sí evitaría el resultado material, bajo la ignorancia o creencia errónea de que sí lo evitaría.

Sería un error vencible de tipo, sancionable como culposos si el tipo penal admite esa forma de realización.

2.2.3. Calidad de garante

Gimbernat Ordeig lo explica con singular precisión:

La posición de garante, esto es: la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídicamente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción se hace seguir, tradicionalmente, de las tres siguientes fuentes: de la ley, del contrato y, a partir de un momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente.³²⁹

De tal suerte que no todos los sujetos pueden ser autores en el delito de omisión impropia, sino solo quien tiene el dominio final del hecho, para los delitos dolosos o la dominabilidad final del hecho, para el caso de los delitos culposos.

La característica más importante de esta clase de delitos es que sólo puede ser autor quien se encuentre obligado a un deber especial, conocido en la doctrina como garante, de evitar lesiones o daños a determinados bienes jurídicos.

En estos tipos penales, no es suficiente con constatar la supuesta causalidad de la omisión con el resultado material producido, para poder imputarlo al sujeto activo de la omisión. Además, se precisa que el agente tenga la obligación de impedir la producción del resultado en razón de determinados deberes de cuyo cumplimiento se ha hecho cargo o le corresponde con motivo de su cargo o profesión. Esta específica obligación hace al sujeto garante, de garantizar, que el resultado material no se realice, por ello la denominación de posición o calidad de garante.

La fuente del deber de garante se encuentra en el segundo párrafo del artículo 7 del CPF³³⁰, así tenemos que tanto la ley como la doctrina señalan que las fuentes que dan origen a la calidad de garantía son:

³²⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2003, pp. 130-131.

³³⁰ 7° ... 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.

- a) Una ley;
- b) El Contrato (puede ser de trabajo); o
- c) El actuar precedente (la conducta anterior de la persona, también denominada en la doctrina como injerencia).

Ejemplos normativos de la calidad de garante por disposición de la ley se aprecian en los artículos 150 y 225, fracciones V, VII, VIII, IX, XIII del CPF; y con motivo de un contrato en los diversos 176, 228 y 229, de la misma norma.

Para culminar se estudia la denominada injerencia.

Existen supuestos en que el agente, mediante un hacer precedente (ya sea dolosa o culposamente, por desidia, descuido o torpeza), origina un inmediato peligro de lesión de un bien jurídico. Deberá responder de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquél hacer precedente.

Ejemplos de lo anterior sería el del conductor de un camión con materiales para la construcción quien debe controlar su carga y es garante de los daños que puedan causar las piedras por su caída a la vía pública, también, el que sin dolo ni culpa, empuja al agua de una alberca a un niño pequeño (hacer precedente) y luego no lo rescata de perecer ahogado.

Se considera que puede existir error en el sujeto activo sobre su posición o no de garante. El agente duda si se encuentra personalmente en esa obligación de salvaguardar al bien jurídico de lesiones.

Si el autor no conoce o yerra sobre si el contrato firmado le obliga a garantizar la no lesión de esos específicos bienes jurídicos, o en su caso, sobre la existencia o alcance de la ley que regula su actuación como servidor público.

Alguna sección de la doctrina opina que se estaría en un error de prohibición, así Welzel cuando afirma que "Si el omitente conoce la relación de vida que lo une al bien jurídico, o sea, su posición de garante, de ello surge objetivamente su deber de impedir el resultado. Cree el omitente, a pesar de su

conocimiento de la posición de garante, no tener ningún deber de impedir el resultado, se encuentra en un error de mandato (error de prohibición).”³³¹

Se discrepa de esa posición, toda vez que la ley, el contrato o la injerencia implican valoraciones no objetivas, sino normativas, ya sea de carácter jurídico o cultural.

Así que si los elementos normativos se encuentran en el tipo penal, el error sobre alguno de éstos será un error de tipo. Existe error de subsunción, toda vez que el agente hace una inexacta subsunción de su calidad de garante, erróneamente considera que no está obligado a realizar acciones tendientes a salvaguardar al bien jurídico tutelado de lesiones o daños, considera que no es garante del mismo.

Ello porque hace una equivocada interpretación respecto de la ley o el contrato que suscribió, o porque ignora que esa interpretación es la que debe darse a dicha ley o al contrato.

En el caso de la injerencia, el error versa sobre si al haber efectuado el actuar precedente con el que puso en peligro al bien jurídico tutelado, le era obligado realizar acciones para que ese bien no sufra daños. El autor piensa que la obligación no lo alcanza porque no es garante del bien jurídico tutelado penalmente.

2.3. Resultado material

Son delitos de resultado material, aquellos en los que el propio tipo señala, para su integración, la necesidad de que la acción del sujeto activo tenga como consecuencia un resultado en el mundo exterior, que pueda deslindarse conceptualmente de la acción, de modo que habrá de investigarse la relación causal entre acción y resultado.

Para la integración del tipo, el resultado material debe constatarse como una modificación del mundo exterior, producido por un movimiento corporal de quien realiza la acción. Se reitera, es importante que exista un nexo causal o

³³¹ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, op. cit., nota 57, p. 260.

relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado, relación que no es relevante en los delitos de simple actividad.

El resultado material puede ser de cualquier naturaleza, siempre que se cambie la estructura y afecte las funciones que debe cumplir el objeto o persona, por ello, el cambio puede ser de naturaleza física, química, estructural, morfológica, inclusive, psicológica.

El error de tipo en el elemento resultado material se considera que sí es relevante, pero para efectos de punibilidad. El sujeto activo realizó las acciones de engaño del pasivo para cometer fraude por siete mil pesos, pero la lesión patrimonial, el resultado material efectivo fue por treinta y tres mil pesos. Se sancionará al autor por la cantidad de dinero efectivamente defraudada con la punibilidad más alta, ante esa situación, el procesado no podrá argumentar que sólo debería imponérsele la sanción correspondiente a siete mil pesos, porque esa es la cantidad de la que tuvo en todo momento el dolo del tipo de fraude. No, se le impondrá la sanción penal correspondiente por la suma de dinero efectivamente defraudada.

En sentido inverso, cuando Sergio realizó el tipo penal de fraude sobre la persona de Alberto y por error éste tuvo un detrimento patrimonial por seis mil pesos, cuando debió ser por sesenta mil pesos, al activo se le sancionará con menor punibilidad, no por la que realmente tuvo la voluntad de obtener, porque el resultado material esperado era aleatorio, caso en el que no cabrá imponer sanción por tentativa de defraudar una mayor cantidad de dinero.

Será determinante, en cada caso concreto y en cada tipo penal específico, la magnitud del resultado material querido y el realmente obtenido por el sujeto, sólo para efectos de modular la punibilidad.

La no existencia de resultado material determina la total impunidad por ese tipo penal, aunque los actos preparatorios podrán constituir la tentativa del mismo o un tipo independiente por el que podrá sancionarse al activo.

2.4. Nexo causal o de causa a efecto

También conocido como nexo de causalidad. Sólo es requerido en los delitos de resultado material.

El nexo causal es la esencia de la imputación de todo acto, que la persona a quien se atribuye la acción haya causado el resultado material prohibido por el tipo, que el acto sea propio de tal ser y que no se puede atribuir a nadie más.

La teoría del nexo causal ocupa uno de los lugares más destacados en la teoría del hecho punible, pues, es el elemento que une el hecho del autor y la afectación al bien jurídico protegido por la norma; y además, determina la imputación personal a su autor.

El Poder Judicial de la Federación ha expuesto de inmejorable manera cómo debemos entender al nexo causal:

Registro No. 208557. Localización: Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; XV-II, Febrero de 1995; Página: 415; Tesis: IV.3o.144 P; Tesis Aislada; Materia(s): Penal.

NEXO DE CAUSALIDAD.

Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 485/94. Andrés Béjar Méndez. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamarrón.

Así tenemos que el nexo causal es aquel hecho o conjunto de hechos que integran a la conducta con el resultado material y se comprobará aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones.

2.4.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Ya se comentó que la teoría generalmente aceptada para tener por acreditado el nexo de causalidad es la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del agente para comprobar la existencia del nexo de causalidad, tal como lo explica la tesis antes trascrita.

Para esta teoría, toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que con ello desaparezca el resultado en su forma concreta es causa; o en otros términos se puede expresar que causa es, en el sentido del derecho penal, toda condición de un resultado que no pueda suprimirse de una forma mental sin que desaparezca el resultado en su forma concreta; así, si toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causa y condiciones.

En el capítulo precedente se analizaron los errores en el proceso causal, que en algunos casos son irrelevantes y en otros sí tienen relevancia penal, sobre todo para imputar responsabilidad en grado de tentativa y/o por culpa.

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha prevalecido hasta la actualidad como la adecuada para los fines que se plantean, a pesar de haber sido impugnada, sin embargo, en la actualidad, por obra, principalmente de Claus Roxin y sus seguidores, ha surgido una teoría para complementar aquella de tal forma que se fortalezca, con criterios normativos y no solamente naturales, la imputación de un resultado típico a su autor como su obra.

Esta es la Teoría de la imputación objetiva, a la que agregaremos para su mejor comprensión, del resultado a la conducta del sujeto activo.

2.5. Teoría de la Imputación Objetiva

No se encontró mejor explicación que la del doctor Daza Gómez, quien con su acostumbrada claridad establece que:

La Teoría de la Imputación Objetiva considera que un resultado sólo es objetivamente imputable a una acción humana cuando tal acción crea un peligro jurídicamente desaprobado, que se materializa en el resultado típico... Para fundamentar la teoría de la imputación objetiva debemos analizar si la acción del autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo ya existente, o adelanta la producción cronológica del resultado, y a consecuencia de él se produce el resultado típico, o sea, habrá imputación objetiva del resultado a la acción del autor.³³²

Se advierte que esta moderna teoría de la imputación objetiva es prácticamente el centro de la discusión jurídica de los penalistas, razones por las que, aunque todavía no se implementa en el sistema jurídico penal mexicano, no omitimos su presentación en la ubicación sistemática que le corresponde, esta es, inmediatamente después de acreditar el nexo de causalidad entre la conducta del activo y el resultado material típico.

Así tenemos que un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, y que ese resultado se encuentre dentro del ámbito protector de la norma jurídico penal, de tal manera que la imputación objetiva se integra por tres elementos:

³³² Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, ob. cit., nota 38, pp. 118-119.

1) Que la acción del sujeto activo origine un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo ya existente, o adelanta la producción cronológica del resultado;

2) Que dicho riesgo jurídicamente desaprobado se concrete en el resultado, entendido éste último no nada más en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas, por lo que cabe también el resultado formal;

3) Que el resultado típico obtenido, se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma jurídico penal.

Ahora bien, en relación con el objeto de este trabajo de investigación, del texto del doctor Nava Garcés se desprende este texto relativo al error en la imputación objetiva.

Cita a Gustavo Garibaldi y Leonardo Pitlevnik, quienes afirman:

El error sobre el nexo causal consiste en un déficit del conocimiento de la relación de imputación objetiva. Para solucionar los supuestos enumerados corresponde establecer primero, mediante las reglas que proporciona la teoría, si existe esta relación (cuestión previa al análisis de la tipicidad) y, en caso afirmativo, establecer si hay dolo en su elemento cognoscitivo, lo que equivale a responder si esa relación era conocida en el caso por el autor.

Autores como Jakobs, Jescheck y Stratenwerth incorporan criterios normativos que son útiles herramientas para solucionar el problema de la relación causal en sí. Desde la misma evolución de la teoría de la *conditio sine qua non* son consideraciones jurídicas las que morigeraron los excesos de la causalidad natural, mediante teorías como de la causalidad adecuada, relevancia típica o la mencionada de la imputación objetiva, eslabón de una evolución normativa que, por definición, no estableció un número de reglas cerrado. Hablan de desviación no esencial cuando se trata de riesgos característicos de la acción prohibida, pues el fin de la norma no consiste en impedir la realización de riesgos vitales generales.³³³

³³³ Nava Garcés, Alberto Enrique, *El error en el Derecho Penal*, op. cit., nota 321, p. 157.

2.5.1. Ubicación sistemática

Se considera que la ubicación sistemática de la imputación objetiva del resultado a la conducta es en el tipo penal, debiendo estudiarse inmediatamente después del nexo causal o de causalidad.

El destacado autor mexicano Díaz Aranda³³⁴ hace una aportación novedosa, con una modificación a la teoría, estableciendo la propia con la denominación de teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, afirma, además, que esta teoría ya está prevista en nuestro sistema jurídico con el fundamento legal para su aplicación en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala que para la integración del cuerpo del delito se deberá atender a los elementos normativos cuando el tipo así lo requiere; que con esta expresión no sólo se debe atender a los elementos normativos expresos en el tipo, porque el legislador mexicano utilizó el término 'requerir' y eso es lo que ocurre en varios supuestos en los que no se tiene certeza de si el resultado se le puede atribuir a la conducta del sujeto y por ello es necesario atender a criterios normativos que nos ayuden a delimitar los alcances del tipo.

2.5.2. Estructura de la imputación objetiva

La estructura de la imputación objetiva, implica, que para poder imputar un resultado como obra de un determinado autor se tienen que acreditar dos aspectos:

- 1) la causalidad natural conforme a la fórmula de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, sólo si se acredita el nexo de causalidad natural se podrá continuar con el estudio del siguiente nivel;
- 2) la imputación del hecho al autor, que se refiere al conjunto de presupuestos de la imputación al tipo objetivo.

³³⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Imputación normativa del resultado a la conducta*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 106.

2.5.3. Los presupuestos de la imputación

Para poder atribuir un resultado como obra de un autor, Roxin³³⁵ propone una serie de criterios normativos que en su opinión permitirán cumplir este cometido, cuyo denominador común se hallaría conformado por el llamado “principio del riesgo”.

De acuerdo con este principio, lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no creó un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado: “... se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.”³³⁶

2.5.4. La creación de un riesgo no permitido

Para estar en posibilidad de imputar un hecho antijurídico y culpable al sujeto activo se debe acreditar que realizó un riesgo no permitido sobre bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal y con ello los puso en peligro de lesión o ésta se consumó. Así se tiene que la imputación al tipo objetivo se excluye ante la falta de un riesgo no permitido, y faltará ese riesgo no permitido, en los casos siguientes:

2.5.4.1. En casos de disminución de riesgos

“Falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque

³³⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 39, p. 363.

³³⁶ *ibidem*, p. 364.

no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa.”³³⁷

2.5.4.2. Cuando falta la creación del peligro

También se rechaza la imputación al tipo objetivo “cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de un modo jurídicamente considerable.”³³⁸

2.5.4.3. Ante la creación de peligros y cursos causales hipotéticos

No es posible imputar un resultado³³⁹ como obra de un sujeto cuando el autor modifique una causalidad natural (seguro sucederá), sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto, como es caso del guardavías que cambia la línea de izquierda a derecha, pero de todos modos ambas están bloqueadas y el tren seguramente se estrellará.

2.5.4.4. En los casos de riesgo permitido

El riesgo permitido³⁴⁰ es una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general está permitida por ser necesaria para el normal desarrollo de la vida moderna, siempre debe tratarse de manera independiente cada caso concreto, es por ello que, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.

³³⁷ *ibidem*, p. 365.

³³⁸ *ibidem*, p. 366.

³³⁹ *ibidem*, p. 369.

³⁴⁰ *ibidem*, p. 371.

El ejemplo más notable es la conducción de automóviles en las calles, que no obstante ser una actividad peligrosa para bienes jurídicos de las personas, es necesaria y por ello no se podría prohibir.

2.5.5. Realización del riesgo no permitido³⁴¹

La imputación también se excluye aun cuando el autor haya realizado un riesgo no permitido en los casos siguientes:

- 1) Cuando falta la realización del peligro;
- 2) Cuando falta la realización del riesgo no permitido;
- 3) En los casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado;
- 4) En los casos de conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo;
- 5) Sobre la combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección.

2.5.5.1. Falta de la realización del peligro

Se excluye la imputación³⁴² por ausencia de riesgos aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de la plasmación de ese peligro, sino solo en conexión causal con el mismo. Son los casos en que un delito doloso en primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible.

2.5.5.2. Casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

³⁴¹ *ibidem*, p. 373.

³⁴² *idem*.

Existen situaciones en que la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación del resultado. El ejemplo que aporta Roxin es el siguiente: “Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tuviera ‘algo en el corazón’, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde.”³⁴³

No tendría sentido la imputación del resultado, pues “el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar una aplazamiento en la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería a prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado.”³⁴⁴

2.5.5.3. Casos de conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo

Se discute si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino solo probablemente o posiblemente.

Este es el ejemplo que aporta Roxin:

El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm., del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y

³⁴³ *ibidem*, p. 377.

³⁴⁴ *ibidem*, p. 374.

cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variable: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.³⁴⁵

2.5.6. La ubicación del resultado obtenido dentro del ámbito de protección de la norma, también conocido como el alcance del tipo

“Con la realización de un peligro no permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez, se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en el alcance del tipo, esto es, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.”³⁴⁶

Los casos de falta de imputación desde el criterio del alcance del tipo aparecen conforme a las siguientes hipótesis:

2.5.6.1. La cooperación en una auto puesta en peligro dolosa³⁴⁷

Alguien puede incitar a cooperar en acciones de otro que son mucho más peligrosas de la medida normal. Ejemplo: Alberto aconseja a Benito que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario Benito, quien se da cuenta del peligro, muere, se plantea la cuestión de si a Alberto se le puede exigir responsabilidad según su intención por homicidio imprudente o doloso. Se considera que no se le puede imputar a Alberto responsabilidad penal, porque fue

³⁴⁵ *ibidem*, p. 379.

³⁴⁶ *ibidem*, pp. 386-387.

³⁴⁷ *idem*.

Benito, quien se puso a sí mismo en peligro, que se concretó en un resultado típico, pero no lo cubre la norma porque ese incremento del riesgo fue a expensas de la propia iniciativa de la víctima.

2.5.6.2. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste³⁴⁸

Se refiere a los casos en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con plena conciencia del riesgo. Ejemplo: El acompañante conmina al conductor de un automóvil a que vaya a exceso de velocidad, porque quiere llegar a una cita, como consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente y muere el propio acompañante.

2.5.6.3. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena³⁴⁹

El fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro, como cuando un sujeto al que se le descompuso el automóvil y puso sobre la vía de circulación los reflejantes para que los otros conductores lo advirtieran en la noche, sin embargo, llega un empleado del municipio quien los quita por estar obstruyendo la circulación, por lo que llega otro vehículo y embiste al vehículo descompuesto.

2.6. Bien jurídico tutelado

Es el elemento más importante del tipo penal por ser el objeto de su protección. El Estado establece la política criminal a seguir para la protección de bienes jurídicos valiosos para las personas que integran la sociedad y para él mismo, por ello, por medio del poder legislativo instaura en la norma jurídico penal

³⁴⁸ *ibidem*, p. 393.

³⁴⁹ *ibidem*, p. 398.

aquel bien o valor que resulta vital, tanto a nivel individual o de toda la comunidad o sociedad particular en la que el referido individuo se desarrolla. Debido a su alto valor, esto es, por su elevado significado social es protegido jurídicamente a fin de resguardarlo de lesiones o puestas en peligro que hagan difícil la convivencia social y el normal y armónico desarrollo del individuo en la sociedad.

“Punto de partida y pensamiento rector de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección. Protección a través del Derecho penal significa que mediante normas jurídicas se prohíben con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso los intereses vitales de la comunidad.”³⁵⁰

Raúl González-Salas Campos³⁵¹ explica que a través del principio del bien jurídico, al establecer que cada tipo penal debe proteger un bien jurídico se procura que la sociedad toda, y cada uno de sus integrantes, tengan conocimiento de lo que en realidad protege el ordenamiento punitivo, estableciendo así la obligación para que en la ley se determine un bien jurídico tutelado. Esto obliga también al juzgador, a fin de que señale en su sentencia, cuál es el bien jurídico tutelado penalmente que fue afectado, lesionado o puesto en peligro por la acción del activo. Este principio aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción penal y también, al mismo tiempo, como criterio ordenador del conjunto de los delitos de la parte especial del Código Penal. La sistemática de cada código penal viene condicionada por consideraciones valorativas pre-legales. El *principio del bien jurídico*, en el fondo, pretende evitar la arbitrariedad del legislador y del juzgador en el momento de sancionar los comportamientos que los lesionan.

³⁵⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, nota 154, p. 231.

³⁵¹ González-Salas Campos, Raúl, *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, México, Péreznieto Editores, 1995, pp. 132-133.

De lo anterior se puede inferir que el bien jurídico tiene, básicamente, las tres funciones siguientes:

Función sistemática, porque en el código penal se parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito, tales como la vida, integridad personal, libertad sexual, así que el bien jurídico es el criterio decisivo para la formación de grupos de tipos.

Función de guía de la interpretación, porque ayuda a los operadores del sistema penal, como los fiscales y jueces, ya que una vez determinado el bien jurídico protegido por un delito, la interpretación podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionan ni pongan en peligro dicho bien jurídico.

Función de criterio de medición de la pena, porque la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho.

De tal suerte que se tienen bienes jurídicos tutelados individuales, cuando pertenecen a una sola persona, como es la vida humana.

También existen bienes jurídicos tutelados que son colectivos o macro sociales, cuando se atribuyen a la sociedad en general, o inclusive, si pertenecen al Estado, como son la seguridad pública o el tránsito de automóviles.

Lo que es del mayor interés para la teoría del delito, es la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, pues podrá existir error en el bien jurídico tutelado, en el caso de que el agente no se percata que el bien jurídico que quiere lesionar ya no existe, o no es el que es objeto de su dolo.

Otro supuesto de error se refiere a cuando el sujeto activo sólo quiere poner en peligro el bien jurídico, sin embargo, en la ejecución de la conducta lo lesiona. Podría imputarse responsabilidad penal por delito culposos respecto del daño efectivamente causado.

2.7. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado

En algunos delitos, sobre todo los que sólo admiten la consumación dolosa, existe sanción de acuerdo con el grado de consumación, pero también es sancionable la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Es así que se advierten tipos que se refieren a la consumación de la lesión de carácter instantánea, instantánea con efectos permanentes, permanente, continuada, de resultado material o formal, de daño o lesión o de peligro.

Se considera que en el CPF se recoge la teoría en relación a la durabilidad de la consumación del delito o a la instantaneidad de la consumación del mismo.

El tipo será de consumación instantánea de la lesión del bien jurídico tutelado cuando aquella se termina, o agota, como lo establece el código, inmediatamente después de haberse integrado los elementos del delito.

Será de consumación instantánea con efectos permanentes en los casos de homicidio.

Es permanente cuando la consumación es duradera, por ejemplo en los casos de secuestro, donde la privación de la libertad personal es permanente durante todo el tiempo de su duración, por semanas, meses o años.

El delito es continuado cuando con unidad de propósito, que se conoce también como dolo total, se realiza una pluralidad de conductas que afectan el mismo bien jurídico tutelado y éste pertenece a un mismo sujeto pasivo.

Como ya se indicó líneas arriba, el resultado material se refiere al de índole naturalístico, por otro lado, para el resultado formal no se requiere acreditar un resultado material, sino con la sola conducta del activo basta para integrar lo relativo a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Por último, en los delitos de daño existe una efectiva afectación al bien jurídico tutelado y en los delitos de puesta en peligro no se acredita afectación, sino que con la sola conducta se coloca al bien jurídico en un peligro de ser lesionado y ello es lo que sanciona la norma.

Es irrelevante que el activo no tenga conocimiento o yerre sobre la afectación del bien jurídico, siempre será sancionado al ponerlo en peligro y con mayor razón por la consumación.

2.8. Objeto material

Lo constituye la persona o la cosa sobre la que recae la conducta del activo y provoca el daño o puesta en peligro, o en otras palabras, sobre la que recae la acción típica, delictiva.

Es el ente corpóreo sobre el cual recae la acción o conducta del sujeto activo, que causa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido y la violación a la norma jurídica, generando con ello el delito, como serían el cuerpo del occiso o las joyas robadas.

No debe confundirse con el bien jurídico tutelado, aunque en muchas ocasiones coinciden, pero para efectos sistemáticos se estudian separadamente.

Se puede acreditar el error sobre el objeto material, como cuando el activo realiza acciones abortivas en el cuerpo de la mujer, pero ella no se encuentra embarazada.

2.9. Medios de comisión

Están dentro del género circunstancias del tipo. Se refieren a con qué se realiza la conducta típica y en su caso, se obtiene el resultado material concebido y querido.

Existen tipos penales en los que se requiere, para su correcta concreción, de ciertos medios especiales en su comisión, en tal virtud, aun cuando se reúnan plenamente todos los elementos objetivos tanto generales y especiales, si faltare el medio comisivo, faltará la tipicidad.

Ejemplos de medios de comisión por los que se debe concretar el tipo son aquellos del artículo 170 del CPF, pues en los daños causados a una aeronave deben emplearse explosivos o materias incendiarias; en el diverso 172 del mismo ordenamiento, se refiere a que cuando se cause algún daño por medio de cualquier vehículo, motor o maquinaria.

Cuando el sujeto activo se equivoca respecto de los medios que utiliza para cometer el injusto, puede dar lugar a un delito imposible. Así lo expresa con meridiana claridad Carlos Daza:

Alberto Campos considera el delito imposible como la falta de idoneidad de los medios utilizados; entendiéndose como tales no sólo los instrumentos, sino la conducta toda mediante la cual se trata de cometer el delito que caracteriza a la tentativa; pero existe el dolo de consumación por cuanto el sujeto cree, erróneamente, que está usando el medio idóneo.

Pueden presentarse las siguientes hipótesis del delito imposible: inidoneidad de los medios utilizados, inidoneidad del objeto o inidoneidad del autor.

1. Inidoneidad de los medios

El sujeto activo cree haber utilizado los medios idóneos para la consumación, pero utiliza erróneamente medios que no podrán dar lugar a la consumación.

Ejemplo: A quiere privar de la vida a B; le da a beber, según él, veneno; sin embargo, le está dando una sustancia que no puede producir la muerte.

2. Inidoneidad del objeto

La falta del objeto impide la consumación.

Ejemplo: El aborto practicado en mujer no embarazada; disparar sobre una cobija, creyendo que es una persona.

3. Inidoneidad del autor

El sujeto activo cree tener la calidad exigida en el tipo.

El autor cree ser servidor público, sin serlo, cree haber cometido el delito de peculado.³⁵²

Para Olga Islas, los medios “son el instrumento, o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.”³⁵³

2.10. Circunstancias de ejecución de tiempo

La descripción objetiva del tipo tiene por núcleo el empleo de un verbo principal, como son privar o apropiarse, pero el tipo, sin dejar de ser descriptivo presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio para obtener el resultado material prohibido por la norma.

Cuando el tipo requiere que la conducta se realice dentro de determinado lapso de tiempo, por ejemplo, cuando se refiere a que será perseguido como aborto cuando la interrupción del embarazo se realice después de la décima segunda semana de gestación; o que la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento; o si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas.

Son aquellos elementos adicionales que se contienen en los tipos penales y que atenúan o agravan la sanción a la conducta y por tanto el injusto penal, así también lo refiere la doctora Olga Islas: “Son condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.”³⁵⁴

Puede operar algún error sobre la circunstancia de tiempo, como sería el caso del médico que interrumpe la gestación poco después de las 12 semanas de haberse iniciado, toda vez que la mujer lo engañó respecto de la fecha en que se embarazó.

³⁵² Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, op. cit., nota 38, pp. 291-292.

³⁵³ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970, p. 78.

³⁵⁴ *idem*.

2.11. Circunstancias de ejecución de lugar

En algunos tipos penales se establece el lugar como elemento esencial, tal como sucede en el tipo penal de allanamiento de morada previsto en el artículo 285 del CPF, en el que se requiere que el autor debe introducirse a un departamento, vivienda, aposento o dependencias de una casa habitada; o en el caso del asalto previsto en el diverso 286 del CPF, que deberá ser realizado en despoblado o en paraje solitario.

La conducta debe concretarse en cierto lugar muy específico, si se yerra sobre dicho lugar se incurrirá en un error de tipo, generalmente vencible, pues sería difícil sostener que al autor le fue imposible percatarse del lugar donde concibió, conoció y quiso concretar el tipo correspondiente.

2.12. Circunstancias de ejecución de modo

Suele confundirse con los medios de comisión, pero esta clase de circunstancias se refieren al cómo se realiza la conducta, no con qué se realiza.

Así tenemos que serán circunstancias de ejecución de modo cuando el homicidio se realice con saña, brutal ferocidad, o el adulterio sea consumado con escándalo.

Generalmente estas circunstancias de ejecución de modo son agravantes de la sanción penal, pues implican, además del dolo de tipo, una específica tendencia a causar mayor daño que el que podría considerarse común.

En el mismo sentido, sólo cabría admitir error de tipo vencible, pero siempre acreditado por el propio inculpado o procesado.

2.13. Circunstancias de ejecución de ocasión

“Son situaciones especiales generadoras de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.”³⁵⁵

Se refiere a que la conducta se realice durante determinado evento o aprovechando alguna específica manifestación de la naturaleza o del ser humano.

Es el caso de quien se vale de una tragedia, se realizan los actos de rapiña, o en tiempo de guerra, aprovechando epidemias o en estado de ebriedad.

Otros casos de circunstancias de modo serían los de los artículos 223, fracción III (robo aprovechando relación de trabajo, de servicio o de hospitalidad) y 224, fracción IV (robo aprovechando la situación de confusión causada por una catástrofe, desorden público o la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia) del CPDF.

En los mismos supuestos de las circunstancias anteriores, se considera que sí podría operar el error de tipo de carácter vencible, por lo que al sujeto no se le imputaría responsabilidad penal agravada si es el caso de que desconoce o yerra sobre la naturaleza de la circunstancia de ocasión de modo.

2.14. Sujeto pasivo

Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado por la conducta típica del agente. Por lo tanto, es quien resiente en su esfera jurídica de derechos el daño o lesión. En ocasiones se le confunde con la víctima, pueden o no coincidir. La víctima es quien materialmente resiente la conducta del activo.

Procesalmente, el sujeto pasivo es el único que puede querellarse, y por ende, otorgar el perdón para que cese la persecución del delito, así mismo, sólo a él le corre la prescripción y es el legitimado para solicitar la reparación del daño.

Si resulta trascendente el error sobre el sujeto pasivo del delito.

Cuando el homicida no sabe que priva de la vida a su padre no se podrá imputársele en calidad de homicidio en razón de parentesco (anteriormente conocido como parricidio), pero sí como homicidio simple intencional o en su caso con alguna otra clase de agravante, por ejemplo, a traición.

³⁵⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, nota 352, p. 79.

2.14.1. Sujeto pasivo individual

La mayoría de los tipos penales se refieren a un solo sujeto pasivo, no obstante, varios pasivos pueden resentir la lesión a sus bienes jurídicos, pero con uno basta.

2.14.2. Sujeto pasivo colectivo

Pocos tipos penales requieren, como elemento esencial del tipo que el sujeto pasivo sea colectivo, un claro ejemplo es el delito de genocidio, siempre debe afectarse a varios y/o diversos sujetos pasivos.

En el CPF se establece el tipo penal denominado violación a los deberes de humanidad con sujeto pasivo específico, tal como se ejemplifica:

Artículo 149. Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos, o en los hospitales de sangre, se les aplicará por ese sólo hecho: prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto, para los casos especiales, en las leyes militares.

Así también en el tipo de genocidio, donde el pasivo es un grupo nacional o de carácter étnico, por ejemplo:

Artículo 149 Bis. Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Si por error la acción o la omisión se realizan en personas individuales a la pluralidad que se requiere, no se integra ese tipo penal, pudiera ser algún otro o quedar la conducta impune.

2.14.3. Sujeto pasivo común o indiferente

La gran diversidad de tipos penales se establecen para proteger los bienes jurídicos de los cuales puede ser titular cualquier persona, ya sea física o moral, privada o pública. Cuando coincidan en dichos bienes implica que cualquiera puede ser sujeto pasivo del delito. El ejemplo clásico es el del homicidio, que consiste en privar de la vida a otro, siendo dicho otro el pasivo, cualquiera que goce del bien jurídico tutelado vida.

2.14.4. Sujeto pasivo con calidad especial

Algunos tipos penales, los menos, requieren para su configuración que afectan a un o unos sujetos pasivos específicos, a esto se refiere una calidad especial. En el parricidio, sólo puede ser sujeto pasivo el ascendiente del activo. En el infanticidio, sólo el menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento. Así también en los casos de fraude o abuso de confianza sobre bienes del pupilo o el mayor de edad incapaz.

Generalmente se agrava la sanción cuando el tipo requiere una calidad en el sujeto pasivo, precisamente para otorgar mayor protección a estos sujetos que se consideran vulnerables.

2.15. Sujeto Activo

Es el agente del delito, aquél al que se refiere el legislador en el tipo penal, a quien prohíbe realizar la conducta típica.

Es común el acuerdo de que para identificar al sujeto activo del delito, en su caso, el autor del mismo, en México se aplica la moderna teoría objetivo material conocida como del dominio del hecho.

De acuerdo con Bacigalupo³⁵⁶ es una teoría restrictiva, porque objetivamente efectúa la distinción entre autor y partícipe en atención a la diversa contribución del sujeto en el injusto. Por ello se debe precisar cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Para ello se sigue la dirección de la teoría del dominio del hecho.

De acuerdo con esta teoría, autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los partícipes carecen de ese dominio.

Welzel refiere: "... en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor destaca del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó en esa decisión."³⁵⁷

La pregunta clave en este tema es ¿qué es dominar el hecho?

Este dominar el hecho es uno de esos conceptos de los que no es posible dar una fórmula estricta o absoluta, sino que depende de las circunstancias totales del propio hecho. De tal suerte que solamente cuando podemos presenciar todas las circunstancias, se puede establecer con la mayor precisión quién dominó el hecho, quién es el que tuvo las riendas del hecho en la mano; o en todo caso, quién es el que pudo decidir que el hecho llegaría hasta la consumación total. Ésta decisión es correlativa de quien podía decidir si el hecho continuaría o desistiría su continuación. Por lo anterior, sólo el que tuvo el manejo del hecho y lo pudo llevar hasta su realización, es autor, por otro lado, aquél que solamente colaboró, sin tener el poder de decidir respecto de la consumación final es partícipe.

El profesor Bacigalupo aporta las últimas novedades del tema:

La moderna teoría entiende que no se trata de la causación de efectos en el mundo exterior, sino de la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades de acción en relación al fin que el agente se propone. La concepción moderna del dominio del hecho ofrece

³⁵⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit., nota 31, p. 467.

³⁵⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, op. cit., nota 57, p. 119

diversas posibilidades de articulación teórica de los aspectos objetivos y subjetivos del comportamiento, pero, en general, la fórmula más aceptada se expresa de la siguiente manera: el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho.³⁵⁸

Para entender y aplicar de mejor manera la teoría del dominio del hecho a los casos prácticos, se divide en tres aspectos básicos: el dominio de la acción, el dominio de la voluntad y el dominio funcional del hecho.

El aspecto del dominio de la acción se reserva para el autor directo, el sujeto que realiza por sí el hecho delictivo, a su realización directa de la conducta, y en su caso, el resultado al que se refiere el tipo penal, lo ejecuta finalmente por propia mano integrando todos los elementos del tipo objetivo.

En el dominio de la voluntad, que se aplica al autor mediato, éste es quien realiza el tipo, pero sin ejecutarlo directamente, sino que se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad. Se debe ser cuidadoso en el análisis del caso concreto, ya que la ejecución directa debe aparecer como obra del hombre de atrás o autor mediato, de cuya voluntad es un ejecutor instrumental la otra persona.

Para los coautores aplica el aspecto del dominio del hecho funcional, o funcional del hecho. Se señala como funcional porque hace referencia a la parcial realización del hecho típico por varios colaboradores que se repartieron diversas funciones para lograr un todo. Esto es, concurren dos o más sujetos quienes se repartieron funciones necesarias, esta repartición se pudo haber hecho en tiempo anterior o concurrente al delito.

Roxin lo explica así:

El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera 'funciona' el plan. Pero también el otro se ve igualmente 'desamparado';

³⁵⁸ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, op. cit.*, nota 31, p. 467.

de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma; sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos.... Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros.³⁵⁹

De lo anterior podemos concluir que el dominio del hecho funcional tiene los siguientes elementos: ejecución del hecho en común; aportación esencial o necesaria; y común acuerdo entre los que intervienen, tal como lo expresa la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Registro No. 163505. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Noviembre de 2010, Página: 1242, Tesis: I.8o.P. J/2, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquella se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

³⁵⁹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, op. cit., nota 61, p. 309.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 768/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretario: Jesús Terríquez Basulto.

Amparo directo 22/2010. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 77/2010. 7 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Leticia Jardines López.

Amparo directo 167/2010. 14 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 277/2010. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Este elemento esencial del tipo penal, lo vamos a analizar siguiendo puntualmente la sistemática dispuesta en el artículo 13 del CPF.

2.15.1. Autoría intelectual o instigador (Art. 13, fracción I CPF)

Esta clase de autoría también es conocida como determinación dolosa a delinquir o simplemente determinación y son aquellos que acuerden, planean o proyectan la realización del delito y que incide de modo decisivo en el ánimo de otro u otros para su realización.

Prácticamente no se aplica, sino que, en todo caso, se recurre a la autoría mediata o a la figura del instigador, sin embargo, se explica con la tesis aislada que a continuación se transcribe:

Registro No. 216280. Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XI, Mayo de 1993, Página: 281, Tesis Aislada, Materia(s): Penal.

ACUERDO PREVIO. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA QUE SE ACTUALICE LA COPARTICIPACION DELICTIVA.

La participación delictiva, por autoría intelectual o determinación dolosa a delinquir, no necesariamente requiere de la existencia de un acuerdo anterior a la comisión del ilícito, ni siquiera que sea expreso, pues tal concierto puede ser concomitante

al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes, o bien, a través de una autoría por instigación o determinación dolosa a la comisión del delito, dado que el nexo psíquico causal entre el inductor con el autor material del antisocial se traduce, en una instigación o determinación que con plena conciencia de su acción, mueve el ánimo del ejecutante para concretar el resultado típico y reprochable, que es lo que se requiere para punir el hecho. Consecuentemente no constituye condición sine qua non el acuerdo previo entre el inductor y el autor material del delito para que pueda actualizarse la coparticipación delictiva.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 12/93. Segunda Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima. 24 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Daniel Castañeda Grey.

2.15.2. Autoría material o directa (Art. 13, fracción II CPF)

Esta es la clase de autoría más importante porque es a la que con mayor frecuencia se refiere el legislador en la parte especial del código al redactar los tipos penales. Se presenta cuando el sujeto comete el hecho punible personalmente. Autor material es el que realiza personalmente el delito, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.

Existen ciertos tipos penales que solamente pueden ser realizados por el autor directo, por ejemplo, la portación de arma de fuego sin licencia.

En este caso se considera que no aplica el error de tipo vencible ni invencible, toda vez que no se concibe que un sujeto se equivoque o ignore sobre si él está realizando la conducta típica directamente.

2.15.3. La coautoría (Art. 13, fracción III CPF)

Como ya se analizó, es autoría porque los coautores dominan funcionalmente la realización del tipo penal en su totalidad. No obstante, para su estudio suele dividirse como sigue:

2.15.3.1. Coautoría simple

También se le conoce como coautoría propia, consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Lo que importa es la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida.

Es cuando cada uno de los coautores realiza integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada entre ellos; en tal caso, cualquiera de ellos sigue siendo autor aunque se suprima hipotéticamente la conducta de los otros.

Tres sujetos, al mismo tiempo y en el mismo lugar descargan sus armas de fuego en contra del pasivo, no importando cuál de ellos da en el blanco o cuál impacto es el de consecuencias fatales.

2.15.3.2. Coautoría sucesiva

Es la llamada coautoría impropia, en la cual se establece una cierta división del trabajo que lleva a la comisión del injusto y en donde quienes intervienen no realizan el acto completo por sí mismos, sino que cada uno realiza una parte, de tal manera que entre todos ejecutan en su conjunto el delito.

Es el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse; es cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo.

Ejemplo: Cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe las cerraduras de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía con la que huyen en un vehículo conducido por cualquiera de ellos.

Así coincide la siguiente tesis de jurisprudencia:

Registro No. 163505. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Noviembre de 2010, Página: 1242, Tesis: I.8o.P. J/2, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

COAUTORÍA. SE ACTUALIZA CUANDO VARIAS PERSONAS, EN CONSENSO Y CON CODOMINIO CONJUNTO DEL HECHO, DIVIDIÉNDOSE LAS ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIANTE UN PLAN COMÚN ACORDADO ANTES O DURANTE LA PERPETRACIÓN DEL SUCESO, CONCURREN A LA EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La figura de la coautoría a que se contrae la fracción II del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, se actualiza cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; de ahí que una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida "codominio funcional del hecho"; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 768/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretario: Jesús Terríquez Basulto.

Amparo directo 22/2010. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 77/2010. 7 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Leticia Jardines López.

Amparo directo 167/2010. 14 de mayo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Amparo directo 277/2010. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretaria: Rebeca Castillo Negrete.

Se considera que en este supuesto si puede existir error de tipo, toda vez que el sujeto, a manera de aminorar su responsabilidad penal, realiza actos de coautoría, cuando en realidad sólo quería ser partícipe, sin tener codominio funcional del hecho, precisamente para que en caso de ser aprehendidos, responder sólo en su calidad de partícipe, no por coautoría.

2.15.4. Autor mediato (Art. 13, fracción IV CPF)

Aparece cuando el autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de

instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro individuo que será el ejecutor o instrumento de su voluntad, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo.

La autoría mediata es una forma de autoría, de modo que el autor mediato domina el hecho y posee las características especiales de la autoría, lo cual presupone necesariamente la intervención de al menos dos personas. Primero se encuentra el hombre de atrás o persona de atrás, quien es el que realiza el hecho a través de otro u otros, sin tomar parte en su ejecución material. Después, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente, hombre de adelante.

El autor mediato realiza el hecho punible de las siguientes formas:

A) Autoría mediata sobre la base de dominio final del hecho por utilización de un tercero que actúa sin dolo.

B) Autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante la utilización de un tercero que actúa sin libertad.

Jiménez Martínez menciona que puede existir el ejecutor que actúa en error de prohibición, en los siguientes términos: “El autor mediato se vale de un intermediario que obra en error de prohibición invencible. La autoría mediata se da no solo cuando el autor mediato provoca dolosamente el error, sino también cuando conoce y se aprovecha de esa circunstancia. Por ejemplo: cuando alguien provoca o aprovecha haciéndole creer que su conducta no lesiona ningún bien jurídicamente protegido.”³⁶⁰

Champó Sánchez hace esta interesante reflexión:

El error como fenómeno psíquico supone la no coincidencia entre la realidad y convivencia de dicha realidad. Puede constituir el error la falsa representación que el sujeto hace de los hechos, así como el simple desconocimiento de los mismos. En general, se reconoce como autor mediato al sujeto que para cometer un delito utiliza a otra persona (instrumento) que incurre en una falsa representación de la realidad.

³⁶⁰ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 614.

Pero el determinar la autoría mediata a través del error no es fácil, hay que tener en cuenta el tipo de error y el alcance del mismo. Un punto de polémica, de inicio, es el de considerar que el que obra en error actúa libremente y su instrumentalización se basa en la falta de conocimiento, así no actúa de modo libre precisamente porque desconoce las circunstancias que rodea su acción.³⁶¹

2.15.5. La participación

Es un concepto de referencia en relación con otro delito principal, participar implica la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. Es la libre y dolosa participación en el delito doloso de otro.

Son todos aquellos que de cualquier modo auxilian o cooperan con los autores, tanto en el plano intelectual como material, en la preparación o ejecución del delito.

Enrique Díaz Aranda refiere que: "... bajo el rubro de partícipe se encuentran: el inductor, el auxiliador, el cooperador, el cómplice y, la denominada responsabilidad correspectiva... Antes de entrar a las diferentes formas de participación se debe tener presente el principio de accesoriedad limitada por el cual sólo será punible la participación cuando el autor ha realizado una conducta típica y antijurídica (injusto). Asimismo, el partícipe debe obrar con dolo; es decir, debe tener el conocimiento de las circunstancias del hecho y tener la intención de realizar la conducta. Será impune, en consecuencia, la participación culposa. Por otro lado, los partícipes responderán en la medida de su propia culpabilidad."³⁶²

2.15.5.1. Participación y delitos culposos

³⁶¹ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *El Dominio del Hecho, formas de autoría en el delito*, México, Porrúa, 2005, p. 90.

³⁶² Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del Delito, op. cit.*, nota 11, p. 305.

No puede haber participación en los delitos culposos, sólo en los delitos dolosos, según se puede advertir de la atinada cita que se hizo de Díaz Aranda.

Puede acreditarse que el agente actuó en error respecto su participación, toda vez que al inducir al autor a cometer el delito, lo hacía en tono de broma, nunca concibió que el autor realmente ejecutara el ilícito penal lesionando bienes jurídicos.

2.15.5.2. Clases de participación

El Código Penal Federal distingue varias clases de partícipes.

2.15.6. El instigador (o inductor) (Art. 13, fracción V CPF)

El partícipe instigador, o simplemente instigador, es el que determina dolosamente a otro sujeto que también actúa con dolo, a cometer el delito.

“La instigación consiste en la determinación dolosa a un hecho doloso (a través de influencia espiritual).”³⁶³

Lo importante es que el instigador origine la decisión de realizar el delito en la mente del autor material, no es necesario, además, que sea el origen del plan del injusto. Por ello será instigador el sujeto que paga la cantidad de dinero que exigió el homicida que se ha ofreció para cometer el homicidio.

Los requisitos que debe reunir el instigador, también conocido como determinador en el CPDF, son:

- 1.- Es el que genera la idea delictiva en el otro por cualquier medio que se utilice, por ejemplo, mediante señas.
- 2.- La instigación debe ser dolosa.
- 3.- El delito instigado también debe ser doloso.
- 4.- Es indispensable para sancionar al instigador que el instigado haya por lo menos llegado a la tentativa del delito.

³⁶³ Jiménez Martínez, Javier, *Teoría del Delito*, op. cit., nota 140, p. 631.

No puede haber instigación por culpa porque el resultado es incierto, siempre está sujeto al azar.

2.15.7. El partícipe auxiliador (Art. 13, fracción VI CPF)

El auxiliador, también conocido como cómplice, es quien ayuda al autor del delito: 1.- Antes;

2.- Durante; o

3.- Después de la comisión de delito, pero sólo en virtud de una promesa previa al ilícito.

Si el auxilio es posterior al delito, sin promesa previa, esto es, espontáneamente, se trata del encubridor, previsto en el artículo 400 del CPF.

Características del auxiliador o cómplice:

1.- Debe ser doloso.

2.- Que el autor que es auxiliado por el cómplice llegue al menos a la tentativa del delito.

2.15.7.1. Complicidad y auxilio por receptación

Es una complicidad pasiva. Si un sujeto no interviene directa o indirectamente en la comisión del hecho punible pero desea que se cometa el delito porque de él obtendrá beneficios estaremos ante el llamado auxilio pasivo o por receptación.

2.15.7.2. Complicidad y delito emergente

Se encuentra previsto en el artículo 14 del CPF, es aquel que surge o emerge durante el proceso de la realización de otro delito. El delito emergente se plantea en el caso en que varios delincuentes toman parte en la ejecución del hecho delictivo y solo alguno o algunos cometen otro delito distinto.

Es un riesgo aceptado en el plan delictivo, todos tienen responsabilidad en el delito emergente.

Las condiciones para que la persona responda por el delito emergente consisten en que si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Se considera que el primer supuesto del inciso IV anterior es un caso de error de tipo por ignorancia de los elementos típicos acción, nexos causal, resultado material y bien jurídico tutelado. Es el supuesto en que el autor material del delito de violación en agravio de la empleada doméstica que se encontraba en la casa objeto del robo, lo realiza sin enterar a los coautores de la afectación patrimonial, en secreto, aunado a que nadie sabía que la víctima estaría en el lugar de los hechos.

2.15.8. Cooperador necesario o encubridor (Art. 13, fracción VII CPF)

Se le conoce como cooperación necesaria. En ocasiones se le ubica en el estudio de la autoría, otras, en la participación y otras veces ni en la autoría ni en la participación y se le trata como una intervención autónoma.

Es partícipe, no solo porque así está ubicado en el artículo 13 del CPF, sino porque su aportación a la comisión de delito no es determinante, sólo coopera para que el autor realice el ilícito penal.

2.15.9. Complicidad correspectiva (Art. 13, fracción VIII

CPF)

Autoría indeterminada o cómplice correspectivo. Muchas personas participan y no se puede determinar qué resultado específico corresponde a cada uno. Todos responden por todo el resultado pero con una pena atenuada.

Los requisitos para que surja son:

- a) Plural intervención de sujetos en la fase ejecutoria de la conducta típica;
- b) Que se trate de un delito de resultado material;
- c) Intervención dolosa de los que intervienen;
- d) De características tales que cualquiera de esas intervenciones pudiera haber sido causante del resultado material;
- e) Imposibilidad de probar quién o quiénes causaron el referido resultado material;
- f) Falta de acuerdo previo entre los sujetos que intervienen.

2.16. Elementos normativos del tipo

Ya se analizó antes que los elementos normativos son juicios de valor. El juicio de valor no se refiere a conductas, sino que el intérprete se encuentra ante una disyuntiva de escoger entre una cosa u otra (de situación) y se puede referir a parámetros legales, culturales y/o de la naturaleza.

2.16.1. Elementos normativos de carácter jurídico

Son aquellos elementos que para tenerlos por acreditados el intérprete debe recurrir a una valoración de carácter jurídico, esto es, aquellos conocimientos que proporciona el Derecho en cualquiera de sus ramas. Por ejemplo, para conocer la ajenidad de la cosa mueble, se debe acudir a los conceptos y principios del Derecho civil, ya que en éste se expresa qué se debe tener por ajeno y cuáles son las cosas muebles.

De igual manera se tendrá que acudir al Derecho Administrativo para aclarar quienes son las personas que se consideran servidores públicos.

2.16.2. Elementos normativos de carácter cultural (o social)

Existen elementos normativos que requieren para su integración de un juicio valorativo cultural determinado por la ideología y las costumbres de una sociedad en un momento y lugar determinados. Es imprescindible un juicio de valoración cultural, así tenemos los conceptos de moral pública, honestidad o castidad.

2.16.3. Elementos normativos de carácter natural (o de la naturaleza)

Son elementos que con frecuencia nos remiten al conocimiento científico, como sería el caso de la enfermedad incurable en el tipo de peligro de contagio. Únicamente por medio de la ciencia médica se podrá tener el conocimiento de que determinada enfermedad es de naturaleza incurable.

2.17. Error de subsunción

Siguiendo a Miguel Díaz y García³⁶⁴ se establece que si el sujeto activo conoció por cualquiera de los procesos del conocimiento humano, siendo suficiente además, salvo que el propio tipo exija otra cosa, un conocimiento eventual, la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico y además tuvo la voluntad para llevarlo al cabo, actuó con dolo. Así se constata que el activo conoció el presupuesto de la prohibición, a reconocer su conducta como prohibida.

³⁶⁴ Díaz y García Conlledo, Miguel, *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*, *op. cit.*, nota 139, pp. 380-384.

Para acreditar el dolo no debe exigirse, además, que el sujeto activo conozca cuál es el sentido o significado auténtico de un elemento normativo en abstracto. Es decir, no es necesario que el sujeto sepa qué entiende el tipo de robo por ajenidad o cuál es el sentido de documento en el delitos de uso de documento falso.

Estos errores son irrelevantes para la existencia del dolo, lo que sucede es que la existencia de esos errores puede hacer que el sujeto no reconozca el carácter prohibido de su conducta y derive así en un error de prohibición. Es difícil que opere esta clase de error respecto de los elementos descriptivos, ya que nadie puede dudar que esté disparando sobre una persona a la que priva de la vida. Sin embargo, en los elementos descriptivos más complejos, como son los especializados, o en aquellos relacionados con intereses cuyo carácter de bien jurídico no es tan evidente como en el caso de la vida, y frecuentemente en elementos normativos es más verosímil que el error señalado acabe conduciendo a un error sobre la prohibición de la concreta conducta. En los casos en que en el sujeto activo se produce una reflexión en el sentido de plantearse expresamente si el hecho está o no prohibido, puede resultar bastante normal que se produzca un error al menos sobre la antijuridicidad penal de la conducta.

Cuando se trata de un error de esta clase suele hablarse de un error de subsunción, aunque puede recibir otra denominación, como error sobre la definición del concepto. Esta denominación puede resultar confusa porque se dice que el sujeto subsume erróneamente en el concepto recogido por el tipo; pero la idea de la subsunción parece remitir al hecho de que el sujeto realmente lleva un proceso reflexivo de subsunción equivocado en un tipo, lo cual casi nunca sucede, pues el activo no se plantea que el tipo del robo utiliza el concepto ajenidad y tampoco subsume erróneamente en ese concepto típico su propia idea equivocada de lo que es ajenidad; y no solo no subsume en conceptos típicos, sino que ni le pasa por la mente la palabra, por ejemplo: ajeno, en este sentido, no subsume en el concepto ajeno, ni en ningún otro.

Si se piensa en que el sujeto hizo una interpretación errónea de un concepto y no de un tipo, el activo interpretó mal lo que es ajenidad,

independientemente de que conozca el tenor literal exacto del artículo 367 del CPF, o incluso de que conozca o no, haya empelado o no la palabra ajenidad, aunque también tiene el defecto de recordar demasiado a un proceso reflexivo o de elaboración de un concepto.

Es probable que la mejor denominación sea la de error de concepto, o sobre la definición del concepto, pues eso es lo que sufre el sujeto: su concepto de ajenidad adquirido por la vía que sea, no necesariamente por interpretación, de documento o de deudor o de arma, denominaciones que ni siquiera tiene por qué conocer o utilizar, no coincide con los utilizados por la ley.

Y ello es así porque hay un error sobre el sentido o significado material auténtico del elemento típico: en los casos de no exclusión del dolo el sujeto se equivoca sobre el propio concepto que el tipo utiliza en abstracto: tiene un concepto erróneo de ajenidad u documento público, lógicamente, si el sujeto activo reflexiona con posterioridad considerará que en su actuación no concurrió el elemento típico en todo su sentido, aunque en realidad si concurriera, pues él atribuyó como auténtico al elemento un sentido que no tenía; por ello se ha insistido en que el sujeto tiene que conocer la concurrencia del elemento en todo su sentido o significado material auténtico. En el caso del error excluyente del dolo, con independencia de que el sujeto posea o no un concepto correcto del sentido auténtico del elemento típico, no conoció que en su actuación concurría el elemento típico en todo su sentido auténtico, es decir, en el que de verdad posee, en el que debe hacer reconocer el carácter prohibido de la conducta, con independencia, se reitera, de que el concepto del sentido del elemento que posee el sujeto coincida con éste o no.

Así tenemos que error de subsunción es aquel que, sin afectar el conocimiento por parte del sujeto de la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico, sufre el sujeto en relación con el significado de un concepto que en el tipo se utiliza para denominar o describir un elemento típico.

2.18. Error en la culpa

En opinión de Zaffaroni: "...el tipo culposo, al igual que el doloso, no hace distingo al individualizar una conducta, si la conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso."³⁶⁵

Continúa manifestando el autor³⁶⁶ en cita que al igual que en los delitos dolosos, los delitos culposos contienen prohibiciones de conductas, por lo que el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado, de tal suerte que la circunstancia de que el tipo no individualice la conducta culposa con la finalidad en sí misma, no significa que esa conducta no tenga finalidad.

Carlos Daza afirma que "Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado."³⁶⁷

Tanto Daza³⁶⁸ como Zaffaroni³⁶⁹ coinciden en que los tipos culposos son tipos abiertos:

Se refieren a que los tipos abiertos son aquellos que deben ser completados o cerrados por el Juez de la causa, acudiendo a otra norma de carácter general que se encuentra fuera del tipo, en el mismo Código penal o en alguna otra ley especial que así se indique en el supuesto de hecho.

Los tipos abiertos, como lo son los culposos, resultan insuficientes para individualizar la conducta prohibida, puesto que no es posible individualizarla si no se acude a otra norma que indique cuál es el cuidado a su cargo que tenía el sujeto activo del delito.

³⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 29, p. 453.

³⁶⁶ *idem.*

³⁶⁷ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito, op. cit.*, nota 38, pp. 327-328.

³⁶⁸ *ibidem*, p. 329-332.

³⁶⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, nota 29, pp. 454-455.

El otro tema a tratar es la función del fin en el tipo culposo. Se criticó acremente al finalismo porque fallaba al no existir finalidad típica en los delitos culposos.

Si no se tiene disponible el dato que informa cuál es la finalidad que persigue la conducta, no se estaría en posibilidad de saber de qué conducta se trata y, por lo tanto, no se podría averiguar cuál es el deber de cuidado que le es objetivamente exigible al agente. Esto impediría saber si lo habría violado y por ello no se podría averiguar si la conducta es típica o no lo es.

No se puede hablar de que existe un deber de cuidado en general; lo que sí existe es que a cada conducta corresponde un deber de cuidado.

Ejemplos:

Uno es el deber de cuidado al conducir un vehículo.

Otro, al demoler un edificio.

Otro, al derribar un árbol.

Por lo anterior se considera que si el sujeto activo, al violar un deber de cuidado que le era objetivamente exigible, cree erróneamente que violaba un deber de cuidado distinto, éste error, en caso de ser invencible debe excluir la tipicidad de la conducta punible culposa, porque, además de dirigir su conducta final a la obtención de alguna finalidad distinta del resultado material que realmente alcanzó, tuvo o no consciencia de la falta de previsión y que ello podría acarrear la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, pero el bien jurídico que realmente lesionó o puso en peligro, era otro que simplemente escapó al entendimiento del autor.

3. El error de prohibición

De acuerdo con el artículo 15, fracción VIII, inciso B) del CPF, el error de prohibición se describe como la causa de exclusión del delito consistente en que el activo realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

En este tenor, para entender a cabalidad al error de prohibición se debe acudir al análisis de la figura jurídica, lo que tiene como consecuencia que se explore qué es la ilicitud de la conducta, qué significa el desconocimiento de la existencia de la ley, desconozca el alcance de la ley y creer, erróneamente, que la conducta típica está justificada.

3.1. La Antijuridicidad

La ilicitud dogmáticamente también se conoce como antijuridicidad, elemento del delito que se estudia una vez verificada la conducta típica o la tipicidad de la conducta, entonces el intérprete debe determinar la antijuridicidad de la misma, para luego establecer la culpabilidad.

Antijuridicidad quiere decir que la conducta típica es contraria a la ley; no contra la ley penal, sino contra la ley en general, contra todo el orden normativo. Por consiguiente, si se acredita alguna causa de justificación, la conducta típica no será antijurídica.

Tipicidad mas antijuridicidad da lugar a lo que la doctrina actual denomina como injusto penal o injusto típico.

3.2. Conciencia de la antijuridicidad y error de prohibición directo

Ya se adelantó supra que conocer la antijuridicidad del hecho implica que el sujeto conozca que lo que está realizando es reprobable, por lo tanto, prohibido por la norma penal. No basta que el agente tenga la vaga sensación de estar haciendo algo malo, reprobable o indebido; es menester que el conocimiento se refiera a lo jurídicamente reprobable o indebido.

Los elementos de la conciencia de la antijuridicidad, básicamente se refieren a:

La comprensión de la ilicitud del hecho, no en sentido jurídico, sino en la valoración general propia. Esto es, que no se requiere de un conocimiento técnico, basta un conocimiento en la esfera del lego, conocimiento llano.

No requiere ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición. Esto es ni el tipo ni la correspondiente sanción penal.

Requiere un conocimiento actual de la contradicción, precisamente, referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor. Este conocimiento no puede ser simplemente potencial.

Si el sujeto desconoce o no está consciente de la antijuridicidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición.

El error de prohibición es el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad.

3.3. Las Causas de Justificación y error de prohibición indirecto

Éstas las encontramos en las fracciones III, IV, V y VI del artículo 15 del CPF.

Se coincide con Quintino³⁷⁰, quien refiere que la conciencia de la antijuridicidad, que es el objeto del error de prohibición, es un elemento perteneciente a la culpabilidad, de ahí que el error de prohibición indirecto, que se trata del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, se debe resolver en el elemento del delito culpabilidad, además que recientemente, algunos lo han llamado error de justificación, pero se refieren a esta clase de error de prohibición indirecto.

3.3.1. Consentimiento del ofendido

³⁷⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Temático de la Ciencia Penal moderna*, op. cit., nota 79, pp. 343-344.

Prevista en la fracción III del Artículo 15 del CPF, es la causa de exclusión del delito cuando se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Sin embargo surge la pregunta: ¿Excluye el tipo penal o la antijuridicidad del hecho?

Hasta antes de las reformas del año 1994, en el Código penal concurrente tanto para el fuero común del Distrito Federal, como del fuero Federal, no existía este supuesto jurídico como causa de exclusión del delito en el artículo 15.

a) El consentimiento excluía la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo. Se reitera, ésta era la posición en el Derecho penal mexicano hasta las reformas de 1994.

Ejemplo de lo anterior es el delito de robo contenido en el CPF, para el que se exige una acción realizada contra la voluntad:

Artículo 367. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

b) Con las reformas del año 1994, se agregó como excluyente del delito en la fracción II del Artículo 15 del CPF, la que se refiere a la falta de alguno de los elementos del tipo penal, y el consentimiento del ofendido se agregó en la fracción III del mismo numeral, por esas razones sistemáticas se estudia esta excluyente en sede de antijuridicidad.

También se le denomina como consentimiento justificante, consistente en la manifestación de voluntad mediante la cual quien es capaz de actuar renuncia a su interés jurídicamente protegido, del cual puede disponer válidamente.

O con otras palabras, supone el abandono consciente de los intereses por parte de quien legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, sus elementos son:

1) Que el bien jurídico sea disponible;

2) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo;

3) Que el consentimiento sea expreso o tácito;

4) Que no exista vicio de la voluntad alguno;

5) O bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiera otorgado el mismo.

En relación con los elementos de los incisos 1) y 2), el problema radica en saber cuáles son los bienes jurídicos disponibles, pues si son de un particular, podrá disponer de ellos, pero esto no sucede si la ofensa al bien jurídico trasciende su persona para constituirse como una actividad del Estado o cuya titularidad es de éste o de la colectividad.

El ejemplo más claro de un bien jurídico disponible es en el caso de la propiedad, el patrimonio o respecto de ciertas lesiones leves.

Ejemplo de bien jurídico que aún cuando pertenece al particular trasciende al Estado, es la vida, que es irrenunciable debido a que entran en juego intereses públicos fundamentales.

Por supuesto, en bienes jurídicos estatales o colectivos no opera consentimiento alguno, como la seguridad de la nación, la administración y procuración de justicia, la paz pública, entre otros.

Por lo que respecta al inciso 3), la capacidad para consentir debe entenderse como capacidad de discernimiento y conocimiento de las circunstancias y consecuencias, según cada caso particular, esto es, el que consiente debe tener suficiente edad y salud mental para ello.

Por lo que hace a la manifestación del consentimiento esta puede ser: expresa o tácita, la expresa puede ser oral o escrita, la tácita se refiere a que de los hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, no deja lugar a dudas de que se asiente con el hecho y sus consecuencias.

El consentimiento otorgado en cualquiera de sus formas por el sujeto pasivo debe estar libre de todo vicio, como se apuntó en el inciso 4). Un ejemplo de consentimiento viciado es el del estupro, previsto en el artículo 262 del CPF,

cuando el agente obtiene el consentimiento de la menor de 18 años para copular por medio del engaño, es un consentimiento viciado.

La presunción fundada del inciso 5) se acredita cuando se obra en el sentido en que lo hubiera hecho el titular, como cuando en un caso de urgencia, el médico interviene quirúrgicamente a un paciente que ha perdido la conciencia; o cuando alguien se introduce en el domicilio del vecino ausente para reparar la rotura de la cañería o para apagar un incendio; y el que abre una carta dirigida a un amigo ausente para no omitir una gestión importante.

Se considera que es posible incurrir en error de prohibición indirecto invencible cuando:

1) El agente, por error, cree que como su familiar ya está en estado sumamente delicado y desahuciado por los médicos, puede, a solicitud o pedido del enfermo, privarlo de la vida para aliviar su dolor.

2) El activo cree, erróneamente, que el sujeto pasivo es mayor de edad o es propietario del bien mueble, por ende, tiene la capacidad legal suficiente para disponer de su bien jurídico, pero no era así, porque resultó ser menor de edad y el otro sujeto es el tutor del pupilo menor de edad propietario del bien del que se dispuso.

3) El activo creyó que el sujeto pasivo otorgaba su consentimiento tácito por medio de la inactividad en la defensa de su bien jurídico que fue destruido.

4) El sujeto activo creyó obrar lícitamente, pues obtuvo el consentimiento de la pasivo para la cópula voluntariamente, sin recurrir a engaño alguno, pero ella no lo entendió así, toda vez que consideró que accedía por una promesa anterior al momento de la consumación de los hechos.

5) El médico que considera que la pasivo hubiera otorgado su consentimiento, pero desconocía que ella pertenece a la línea religiosa de los Testigos de Jehová, que bajo ninguna circunstancia, inclusive bajo el riesgo de perder la vida, permiten una transfusión sanguínea.

3.3.2. La defensa legítima

La encontramos en la fracción IV del artículo 15 del CPF.

Es el rechazo, por medios racionales, de una agresión antijurídica que está sucediendo en la actualidad o es inminente que suceda, que no ha sido provocada por quien se defiende, contra bienes jurídicos del propio defensor o bienes jurídicos de un tercero.

Así que esta defensa es la acción necesaria del agredido para repeler un acontecimiento real y grave por parte del agresor.

El objeto de la defensa legítima es todo bien jurídicamente protegido por la ley penal, puede ser la vida, la integridad física, la seguridad personal, la libertad, la inviolabilidad de la morada, el honor, la propiedad, la posesión, entre muchos más.

En el sujeto que la ejerce, se requieren elementos objetivos y subjetivos, porque debe ser objetivamente necesaria y ser guiada, en el aspecto subjetivo, por la voluntad de defensa.

Los elementos objetivos son:

a) La agresión y b) La defensa.

a) La agresión también es presupuesto de la defensa legítima.

Agresión es toda conducta humana de un imputable o inclusive, de un inimputable que pone en peligro intereses jurídicamente protegidos por la norma penal. Cualquier movimiento corporal hecho por el atacante que lesione o hubiere lesionado la integridad personal del agredido es causa suficiente para que opere esta excluyente de delito.

Se consideran elementos de la ilícita agresión los siguientes:

A) Una conducta.

B) La existencia de un bien jurídicamente tutelado.

C) La desprotección al bien jurídicamente protegido.

Las características que debe tener la agresión, son:

a) Que sea real, en el sentido de auténtica, cierta, no imaginaria, debe ser realizada en forma material.

b) Actual, esto es, que el ataque ha comenzado o es contemporáneo a la repulsa hasta antes de que cese o se consuma el acto agresivo.

c) Inminente, es la agresión que puede desencadenarse en cualquier momento y que crea una real situación de peligro y de necesidad de defensa para el bien jurídico amagado.

d) Sin derecho, porque contraviene las normas del Derecho en general. Es la desprotección (daño o puesta en peligro) de intereses jurídicamente tutelados por medio de una conducta carente de motivación y fundamentación jurídica.

e) No provocada dolosamente por el que se defiende, esto es, quien se defiende debe haberse abstenido de provocar a quien lo agredió, de tal suerte que no debe mediar provocación suficiente. El sujeto activo no debe dar lugar a la contienda.

Lo anterior quiere decir que si el que se defiende pone todas las condiciones para ser agredido, no puede alegar a su favor defensa legítima.

Falta de provocación inmediata, se trata de un espacio temporal, pues si hay un tiempo en el que se defiende tuvo la oportunidad de reflexión, tampoco puede alegar a su favor defensa legítima.

De las razones anteriores se desprenden los requisitos de la defensa legítima, que son:

1. La necesidad de la defensa, que significa que su ejercicio era la única forma de resolver el conflicto a favor del que se defiende.

2. Racionalidad de los medios defensivos empleados. Esto significa que quien se defiende, atentas a las circunstancias de cada caso concreto, ha de usar, entre los medios de que dispone, los más adecuados y menos drásticos con relación a la magnitud de la agresión, a la peligrosidad del atacante y al valor del bien jurídico amenazado.

En la misma fracción IV que se analiza, existe un supuesto jurídico de presunción de legítima defensa, establece una situación que, salvo prueba en contrario, se presumen concurrir los requisitos de la defensa legítima, la cual suele llamarse privilegiada.

En esta situación se encuentra aquel que cause daño a otro sujeto, quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de

cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Es posible que opere el error de prohibición en los casos de legítima defensa, porque el sujeto activo, quien se defiende, considera erróneamente de manera invencible que está siendo agredido ilícitamente en sus bienes jurídicos y en esa creencia ejerce actos de defensa legítima, pero después se comprueba que la agresión que sufría no era tal, sino la pesada broma de un grupo de amigos que fingieron robarlo con violencia, a lo que el agredido, recientemente víctima de un ataque similar, resolvió usar el arma que había comprado para tales efectos defensivos, privando de la vida a uno de los amigos.

Otro ejemplo es el caso del padre de familia que sin percatarse que su hijo mayor no estaba en la casa, al percibir en la madrugada que un sujeto escalaba la barda y se introducía el domicilio, dispara sobre el sujeto, creyéndolo un agresor ilícito, cuando era el hijo que regresaba, había olvidado las llaves de acceso y no quería que su padre se diera cuenta que venía algo tomado.

Algún autor³⁷¹ lo llama legítima defensa putativa, que acontece cuando el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

3.3.3. El estado de necesidad justificante

Se encuentra previsto en la fracción V del artículo 15 del CPF.

Quien obra por un estado de necesidad lo hace porque se encuentra en una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otros bienes jurídicamente protegidos, en otras palabras, existe una situación de peligro actual para intereses protegidos jurídicamente, cuya evitación sólo es posible a costa de de la lesión de intereses ajenos.

³⁷¹ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 5, p. 444.

Se fundamenta en la máxima que establece que nadie está obligado a soportar lo imposible.

El presupuesto de esta causal de justificación es la existencia de un conflicto de intereses de bienes jurídicamente tutelados.

La principal diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa, radica en que en ésta última los intereses del agresor están en el campo de lo ilícito, mientras en el estado de necesidad, los bienes o intereses de ambas partes están en el campo de lo justo o lícito.

Existe un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante, la diferencia radica en que en el estado de necesidad justificante, perece el bien de menor valor. Por otro lado, en el estado de necesidad exculpante, los bienes en conflicto son de igual valor, lesionándose cualquiera de ellos, la conducta se exculpa.

Se tienen que acreditar tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos del estado de necesidad justificante.

1.- Elementos objetivos:

- a) Se debe actuar por necesidad.
- b) Para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno.
- c) De la existencia de un peligro.
- d) Que el agente no tiene el deber jurídico de afrontar.
- e) Lesionado otro bien jurídico de menor valor que el salvaguardado.
- f) No pudiendo evitar el peligro por otros medios.

Así tenemos que se actúa por necesidad cuando al agente, al momento del hecho, no le queda más recurso que el sacrificio de un bien jurídicamente tutelado de menor valor para salvar otro bien de mayor valía.

Además, se necesita la existencia de un peligro, que se entiende como aquella situación que, dadas las circunstancias de tiempo y espacio en que se presenta, ha de considerarse con aptitud suficiente para ocasionar el daño. El peligro de daño puede provenir de un tercero, de la naturaleza o de los animales.

Este peligro debe reunir las siguientes características:

- Ser real. La realidad del peligro debe entenderse de acuerdo con la objetividad de los hechos y acontecimientos que concurren con la situación peligrosa. El peligro debe ser cierto, no imaginario.

- Ser actual. Se entiende un peligro actual cuando ha comenzado o es contemporáneo a la acción de estado necesario, presente y no pasado ni futuro.

- Ser inminente. Es inminente cuando se alude no sólo al de inmediata concreción, sino también el que puede producirse en cualquier momento.

- Que el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente, igual que en la defensa legítima.

- Que el peligro no sea evitable por otros medios.

El supuesto de que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro tiene que ver con las personas que están obligadas a soportar cierto riesgo derivado de su profesión u oficio, de modo que no pueden negarse a cumplir con sus obligaciones de apagar incendios, detener delincuentes o ir a la guerra, sin embargo, tampoco se pueden exigir comportamientos heroicos, pues nadie está obligado a lo imposible.

Por último, la no evitación del peligro por otros medios consiste en la inexistencia de otro medio practicable menos perjudicial para impedir o evitar el peligro, lo cual debe quedar demostrado que en el caso concreto no se disponía de otro medio idóneo para contrarrestar eficazmente el peligro que el que utilizó.

2.- Elemento Subjetivo:

Este tiene que ver con el conocimiento de la situación de peligro y ánimo de evitar el mal mayor, por lo que actualizándose este ánimo carecen de relevancia otros pensamientos, como el odio o la venganza.

El aspecto subjetivo del estado de necesidad justificante es el fin de salvación, el autor tiene que conocer la situación de obrar con voluntad de salvar el interés preponderante o la voluntad salvadora de los presupuestos objetivos del estado de necesidad.

Ejemplos del estado de necesidad justificante: El robo para no morir de hambre; el piloto que posa el avión sobre un campo de golf.

El que actúa en estado de necesidad puede hacerlo en error de prohibición invencible si creyó que:

a) Tenía la necesidad de actuar por el peligro o lesión de los bienes jurídicos, pero ésta no existía, ya que dicho bien no estaba en peligro real de ser dañado.

b) Existía, cuando en realidad no existía el bien jurídico que pretendía salvaguardar, aún así lesionó otro ajeno de menor valor.

c) Existía un peligro para su bien jurídico tutelado, cuando en los hechos aquél no existía o no era cierto.

d) Tenía el deber jurídico de afrontar el peligro de lesión al bien jurídico, cuando según su contrato de trabajo, no lo tenía o era excesivo el propio riesgo.

e) Lesionaba un bien jurídico de menor valor que el salvaguardado, cuando el bien lesionado era de mayor valor, sin embargo, por la invencibilidad del error, se excluye la culpabilidad y no será sancionado.

f) No podía evitar el peligro por otros medios, sino que sólo podría hacerlo por el que escogió, sacrificando el bien jurídico ajeno.

3.3.4. El cumplimiento de un deber jurídico

El fundamento está en la fracción VI del artículo 15 del CPF.

Es la ofensa a un bien jurídicamente tutelado por el sujeto que realiza legítimamente sus funciones.

Cumplir con un deber implica la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servir o beneficiar a terceras personas y en cumplimiento de los fines exigidos por el orden social.

Los elementos del cumplimiento de un deber legítimo son:

a) El deber debe estar previsto en la ley. También puede estar previsto en cualquier otro instrumento normativo que ordene al agente cumplir con la ley. Por ejemplo, los peritos o testigos que con sus dictámenes y declaraciones lesionan los bienes jurídicos ajenos, específicamente de la parte que pierde el juicio.

b) La racionalidad del medio empleado. Éste no debe ser excesivo o innecesario, por ejemplo, los policías que dan cumplimiento a una orden de aprehensión van a privar de la libertad al buscado para ponerlo a disposición del Juez de la causa penal, pero utilizando racionalmente la fuerza o los instrumentos mecánicos a su alcance.

c) En adición a lo indicado en el inciso b), en los casos en que el agente de la autoridad al cumplir con su deber de aprehender al sujeto es agredido, puede utilizar incluso la fuerza o violencia si fuese necesario.

d) Que la repulsa sea actual. En el caso anterior, la acción de cumplimiento de un deber y la agresión deben ser contemporáneas.

Algunos otros ejemplos de cumplimiento de un deber:

Privación de la libertad en flagrante delito realizada por un particular o por un policía preventivo; ejecución de resoluciones administrativas y judiciales; cateos; embargos; visitas de verificación de cumplimiento de la Ley Aduanera.

El error de prohibición en que puede incurrir el sujeto activo versa sobre el exceso en los actos de cumplimiento del deber, o cuando desconoce que está actuando ilícitamente pero erróneamente cree que está cumpliendo su deber legal, el policía de investigación que cree ejecutar una orden de aprehensión en la persona del sujeto A, pero la ejecuta en B, hermano gemelo de A y que vive en el mismo domicilio.

3.3.5. El ejercicio de un derecho

Su fundamento también se encuentra en la fracción VI del artículo 15 del CPF.

Encuentra su justificación en que quien usa de su derecho no daña a nadie.

Se encuentra penalmente justificada toda conducta autorizada de manera expresa por un precepto permisivo, no ya en el Derecho penal mismo, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico.

Elementos del ejercicio de un derecho son:

a) El derecho debe estar previsto en la ley.

b) Necesidad racional del medio empleado. Es una limitante, porque cuando el ejercicio del derecho va más allá de los límites racionalmente necesarios, surge el abuso y se está dentro del supuesto de la figura delictiva.

c) Que el ejercicio del derecho no se realice con el propósito de perjudicar a otro.

Ejemplos: El inculpaado tiene el derecho a no declarar; de corrección en la familia, empleo de la fuerza pública; medidas disciplinarias en el régimen laboral; derecho de retención, ejercicio profesional, actividades deportivas.

Se puede acreditar un error de prohibición invencible cuando la institutriz extranjera cree erróneamente que puede castigar a su pupilo mediante la aplicación de medidas infamantes, tal como se permite en su país de origen. Desconoce invenciblemente la legislación nacional de protección de los derechos e integridad personal de los niños.

3.3.6. La obediencia jerárquica

Es el cumplimiento de una orden emanada de un superior jerárquico, dictada conforme a derecho.

El fundamento lo encontramos en el artículo 119, fracción VI del Código de Justicia Militar, que a la letra dice:

Artículo 119.- Son excluyentes:

...

“VI.- obedecer a un superior aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía.

Del análisis dogmático de este numeral y fracción se pueden extraer los elementos de la obediencia jerárquica:

a) Que exista una relación jerárquica.

b) Que quien da la orden lo hace dentro de su ámbito de facultades competenciales.

c) El subordinado quien cumple la orden también debe tener competencia para ejecutarla.

d) Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales, esto es, debidamente fundada y motivada.

e) El deber de diligencia del subordinado.

Es jurídicamente posible que el agente, por error invencible de prohibición, crea erróneamente que su superior le dio una orden que él debe cumplir, sin que en realidad lo haya hecho, o sin que esté dentro de sus facultades competenciales.

3.4. La punibilidad

Es la sanción penal individualizada por el legislador para cada tipo penal descrito en abstracto en la ley punitiva.

Para revestirla del concreto respeto a las garantías individuales del sentenciado, tanto del principio de culpabilidad como de legalidad en general, se enuncia en un mínimo y en un máximo, a fin de dar al Juez penal la posibilidad de acción entre límites mínimo y máximo.

También se entiende como la comunicación de privación o restricción de bienes jurídicos del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque que sufriría el mismo.

Es posible que el activo del delito yerre en su conocimiento de la punibilidad que le podría corresponder por la realización de determinado tipo penal, así, creyendo que ejecuta una acción típica pero con punibilidad no grave, causa daños o lesiona bienes jurídicos que, prevista en otro tipo tienen una punibilidad agravada. Esta clase de error es irrelevante, porque no elimina la conciencia de antijuridicidad, ni tampoco desconoce o conoce mal alguno de los elementos

típicos. Se impondrá la punibilidad que corresponda al tipo efectivamente realizado.

CAPÍTULO VI

NECESIDAD DE QUE EXISTA UN SOLO CÓDIGO PENAL APLICABLE EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EL CASO DEL ERROR

Una de las propuestas más sentidas que ha impulsado el doctor Ricardo Franco Guzmán en su larga y fructífera carrera académica ha sido la unificación de la legislación penal.

Se comparte la propuesta porque la existencia de 34 códigos penales vigentes y válidamente aplicables en México propicia inseguridad jurídica debido a la dispersión de criterios, ópticas, teorías aplicables y en fin, la diversidad que en el tratamiento de los casos concretos con contenido penal realizan las diferentes autoridades de procuración e impartición de la justicia penal hacen sumamente difícil que se concreten en nuestro país los principios en los que se sustenta el Derecho Penal moderno, que tiene aspiraciones de ser cada día más garantista y humanista en beneficio de la sociedad a la que debe servir.

Con el análisis que se realiza del tratamiento que se da al error en cada código penal vigente en las diversas entidades federativas y en el Código de Justicia Militar, se hace evidente la necesidad de la unificación de la legislación penal, pues sólo de esa manera podrá dotarse al país de criterios de aplicación uniformes que garanticen a plenitud el respeto de los derechos humanos fundamentales inherentes a los integrantes de la sociedad mexicana.

Se analizan las legislaciones penales en el orden alfabético del nombre de cada entidad federativa. La mayoría de los congresos estatales han regulado el error conforme a la teoría estricta de la culpabilidad, propia del finalismo vigente, en la que se divide en error de tipo y error de prohibición. Sin embargo, de la exposición que se hace es posible acreditar que algunas legislaciones no contemplan al error como causa de ausencia del injusto penal o de la culpabilidad y en otros casos, todavía se aplica la ya superada división de error de hecho y error de derecho, propia de la teoría del dolo que hace tiempo fue abandonada.

1. Aguascalientes

Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes.

Artículo 137. No se formulará juicio de reproche si el inculpado realizare la conducta típica provocadora de un resultado de lesión o de peligro, bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa; o si realiza tal conducta bajo un error invencible, respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción típica.³⁷²

En este código que contiene tanto la materia sustantiva como la adjetiva penales, se advierte que todavía se aplica la teoría del dolo, elemento subjetivo que se asume como una forma de la culpabilidad, de tal manera que en la norma se hace referencia a que no se formulará juicio de reproche, esto es, que no se integrará el elemento culpabilidad, entre otras causas, cuando se realizare la conducta bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción típica.

Es una legislación deficiente y atrasada, toda vez que, además de adoptar teorías penales ya superadas, no regula el error de tipo vencible; tampoco el error de prohibición vencible; ni el error de prohibición invencible. De tal suerte que en los casos de error sobre alguna causa de justificación, sobre su alcance o límites, o sobre la existencia y alcance de normas penales, no podrá dejar de aplicarse la sanción penal, ni siquiera disminuida en los casos de error vencible.

Es arbitrario, contrario de los principios del Derecho Penal mínimo que debe regir en una sociedad moderna y sanamente democrática, en la que los individuos y no las instituciones gubernamentales son la razón de ser del Estado.

2. Baja California

³⁷²<http://www.poderjudicialags.gob.mx/servicios/legislacion/Legislaci%C3%B3n%20Penal.pdf>

Código Penal para el Estado de Baja California.

ARTÍCULO 23.- Exclusión del delito.- No hay delito, cuando:

(...)

X.- Error de tipo, prohibición invencibles y Error Vencible.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita.

Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 78 de este Código.

ARTICULO 78.- Aplicación de pena en caso de error vencible.- Cuando los errores a que se refiere la fracción X del artículo 23 de este Código sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentre en dicha situación hasta una mitad del máximo de las penas previstas para el delito de que se trata.³⁷³

La regulación del error en este código parece adecuada, muy cercana a la regulación del CPF.

En el artículo 23 se considera que falta una breve explicación de cuáles serán los casos de error de prohibición invencible cuando el sujeto activo estime que su conducta es lícita. Debe agregarse con las circunstancias de que el activo desconoce la existencia de la ley o su alcance y porque cree erróneamente que su conducta está justificada por actualizarse alguna causa de justificación que elimine la antijuridicidad del hecho.

Por lo que hace al artículo 78 que contiene la punibilidad en los casos de error vencible, tanto de tipo como de prohibición, se establece indistintamente para éstos la atenuación hasta en una mitad del máximo previsto para el ilícito doloso, dejando al juzgador en libertad para imponer la punición que considere conveniente, sin exceder dicha mitad.

³⁷³http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAl/Tortura/Tortura/DOCUMENTOS/Punto_II/II.4.pdf

Se considera una regulación adecuada aunque un tanto arbitraria, en razón de que para los supuestos de error de tipo vencibles, no deja impune la conducta típica aunque ésta carezca de la realización culposa con sanción penal específica.

3. Baja California Sur

Código Penal para el Estado de Baja California Sur.

ARTÍCULO 24.- Atendiendo al grado de culpabilidad, los delitos son:

I.- Dolosos o intencionales, cuando se quiere o acepta el resultado, existiendo dolo directo en el primer caso y dolo indirecto o indeterminado, cuando solo se aceptan las consecuencias de la conducta;

II.- Culposos, cuando no se previó el resultado, siendo previsible o, habiéndose previsto, se tuvo la esperanza de que no se realizaría, siempre que en la producción del resultado típico el delincuente haya obrado con imprudencia o negligencia; y

III.- Preterintencionales, cuando se causa un resultado típico más grave que el querido o aceptado, si éste es previsible y consecuencia del acto u omisión dolosos.

ARTÍCULO 27.- Son causas excluyentes de responsabilidad:

(...)

X.- Cometer un delito por un error substancial de hecho, creyendo inculpablemente que no existe alguno de los elementos esenciales del tipo o que opera en su favor una causa de justificación.

CAPÍTULO VII SANCIONES PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR UN ERROR VENCIBLE

ARTÍCULO 94.- Cuando la conducta o el hecho se realicen bajo un error vencible, respecto a la existencia de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción típica o, por el mismo tipo de error, estime equivocadamente el sujeto que su conducta es lícita, será responsable, a título de culpa, si el tipo legal admite este grado de culpabilidad o, con la mitad del mínimo y del máximo previsto para el delito doloso.

ARTÍCULO 95.- Cuando la conducta se realice ignorando el autor que se encuentra tipificada legalmente o por una equivocada interpretación de la ley, en virtud de su extremo atraso cultural o aislamiento social, así como su pertenencia a un grupo étnico, se le impondrán de tres días a cuatro años de prisión, en el caso de que no se considere procedente el perdón judicial o la sustitución de la pena.

ARTÍCULO 96.- Cuando alguien por error comete un delito en perjuicio de persona distinta de la que iba dirigida su conducta, no serán puestas a su cargo las circunstancias agravantes que deriven de la cualidad del ofendido, pero serán valoradas, para efectos de la individualización de la pena, las cualidades personales de la víctima original.³⁷⁴

Este código contiene diversas particularidades que ilustran el problema que justifica el presente capítulo, como se expone a continuación:

En el artículo 24 se señala que los grados de culpabilidad son dolo y culpa, de conformidad con la teoría de la acción causal, en la que estos elementos subjetivos se estudian hasta la culpabilidad.

En el artículo 27, fracción X, se establece como causa que excluye la responsabilidad penal el cometer un delito en error substancial de hecho, acorde con la antigua teoría del dolo, la cual ya no se aplica en los códigos penales modernos, aunado a que se utiliza también la anterior denominación de error de hecho. Esta situación resulta confusa, incluso para los jueces y magistrados federales que resuelvan juicios de amparo en esa materia.

³⁷⁴http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAI/Tortura/Tortura/DOCUMENTOS/Punto_II/II.5.pdf

Por lo que se refiere al artículo 94, se advierte confusión en la manera en que serán sancionados los que incurran en error vencible, pues por un lado se dice que será responsable, a título de culpa, si el tipo legal admite este grado de culpabilidad o, con la mitad del mínimo y del máximo previsto para el delito doloso, sin que quede claro cuál punibilidad será la correcta, dejando a los jueces en la disyuntiva de aplicar una o la otra.

En el artículo 95 se aprecia, sin que se establezca formalmente, que el legislador se refiere al error de derecho, pero sólo como una causa de atenuación de la punibilidad cuando se acrediten las circunstancias que ahí mismo se describen, entre otros el atraso cultural.

Para concluir, el numeral 96 trata de regular lo concerniente al error en la persona, sancionando al responsable de acuerdo con sus peculiaridades ¿implica ello que se refiere a lo que se conoce como derecho penal de autor?

No hay duda que esta legislación que se analizó está atrasada en los conceptos y la teoría del delito que aparentemente se aplica, deja en estado de indefensión a los gobernados que lleguen a entrar al sistema penal en esa entidad federativa.

4. Campeche

Código Penal del Estado de Campeche.

Artículo 33.- Se considerarán causas de exclusión del delito y de la responsabilidad penal:

(...)

X. Error de tipo y de prohibición invencible.- Se realice la acción o la omisión bajo un error:

- a) Sobre alguno de los elementos que integran el delito; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su

conducta, dado su extremo retraso cultural y aislamiento social. Si los errores a que se refieren el inciso anterior son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 106 de este código.

Artículo 106.- En caso de que el error a que se refiere el inciso b) de la fracción X del artículo 33 sea vencible, se impondrá la cuarta parte de la sanción que corresponda al delito de que se trate.³⁷⁵

En esta legislación se iba por buen camino, hasta que en el inciso a) del artículo 33 se señaló a los elementos del delito en lugar de elementos del tipo, ello propicia confusión e incluso temor para que la autoridad pueda aplicarlo, dado que los elementos del delito son conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el error invencible sobre alguno de ellos provocaría la impunidad del sujeto activo; por otra parte, en el inciso b) indudablemente se regula el error de prohibición, pero condiciona la actualización de la excluyente del delito a que se acredite el retraso cultural y aislamiento social del probable responsable.

Dadas las particularidades de esta legislación, se pudiera pensar, de manera maliciosa, si los legisladores no erraron en la regulación del error con toda la intención de hacer inaplicables esos supuestos jurídicos.

Ya en el diverso 106 se regula la sanción a imponer en los casos de error de prohibición vencible, con una pena atenuada, sin embargo, cabe apuntar que no se regula lo relativo al error de tipo vencible.

5. Chiapas

Código Penal para el Estado de Chiapas.

Artículo 25.- Causas de Exclusión del Delito.- El delito se excluye por:

(...)

³⁷⁵ <http://201.159.134.50/Estatal/CAMPECHE/CODIGOS/CAMCOD07.pdf>

VIII. Error de Tipo y Error de Prohibición.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Respetto de alguno de los elementos objetivos o normativos del tipo;
- b) Respetto de la antijuridicidad de la conducta, ya sea porque el sujeto activo incurra en error respecto de la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque estime erróneamente que está justificada su conducta.

Si el error de que se trate es vencible, el delito no se excluye y se estará para los efectos de la pena a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de este Código.

Artículo 93.- En caso de que el error de tipo señalado en el Artículo 25 fracción VIII inciso a) de este Código sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo siempre y cuando él delito del que se trate admita dicha forma de realización.

Artículo 94.- En caso de que el error de prohibición señalado en el Artículo 25 fracción VIII inciso b) de este Código sea vencible, la pena se atenuará y se aplicará del mínimo hasta una tercera parte de la pena máxima establecida para el delito de que se trate.³⁷⁶

A esta legislación sólo cabe alabarla, debido a que se considera que es la mejor manera de regular los errores de tipo y de prohibición, tanto invencibles como vencibles, incluyendo la punibilidad en éstos dos últimos casos. Dada su modernidad se podría tomar como el modelo a seguir.

6. Chihuahua

Código Penal del Estado de Chihuahua.

Artículo 28. Causas de exclusión.

³⁷⁶ <http://www.congresochiapas.gob.mx/images/legislacion/codigos/10.pdf>

El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 80 de este Código.

Artículo 80. Punibilidad en el caso de error vencible

En caso de que sea vencible el error a que se refiere la fracción VIII del artículo 28 de este Código, la penalidad será la del delito imprudencial, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización, de lo contrario se aplicará una tercera parte del delito que se trate.

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 28 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate.³⁷⁷

La legislación penal chihuahuense se acercó a lo ideal, sin embargo, se observa limitada en lo siguiente:

Para el error de tipo, sólo lo prevé para los elementos objetivos de la descripción legal del delito de que se trate, dejando fuera a los elementos normativos.

Lo referente a la punibilidad de los delitos realizados en error vencible, dejó la del delito culposos si admite dicha forma de realización, sino, siempre se sancionará con una tercera parte de la que correspondería al delito doloso.

7. Coahuila

³⁷⁷ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Chihuahua/wo22648.pdf>

Código Penal de Coahuila de Zaragoza.

Artículo 42. Excluyentes de delito por ausencia de tipicidad. Hay atipicidad:

I. Error de tipo. Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error invencible de tipo penal que admita la culpa.

Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito.

Es inatribuible al autor o participe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o participe en quien concurra.

El error de tipo penal que admita la culpa será invencible cuando en el caso concreto, es imprevisible el resultado que se causa sin decidirlo. Mas si el resultado que se origina, en el caso concreto es previsible, el error será vencible y se sancionara conforme al tipo penal culposo que corresponda.

Artículo 51. Causas excluyentes de delito por ausencia de culpabilidad. La conducta es inculpable:

I. Error de prohibición. Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición.

Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite.

El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación.

II. Error de exigibilidad. Cuando se realiza bajo error invencible de exigibilidad.

Existe error de exigibilidad cuando las circunstancias objetivas que motivan la conducta del agente, le originan la creencia falsa de una causa que conforma estado de necesidad inculpable o temor fundado.

El error de exigibilidad es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso le impiden o dificultan advertir su falsa apreciación.³⁷⁸

Hasta ahora este es el mejor ejemplo de la necesidad de la unificación penal, el legislador coahuilense se empeñó en hacer confuso lo que puede ser claro y objetivo. Parece que a manera de parecer moderno, se extralimita en la definición de sus conceptos.

En la fracción I del artículo 42 parece que trata de explicar que existirá atipicidad y con ello se excluirá el delito cuando se realice el hecho por error de tipo invencible; después explica qué se debe entender por error de tipo, cuando circunstancias objetivas incidan en la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo.

En el siguiente párrafo se expresa que no será atribuible el agravamiento de la sanción en los casos de error sobre circunstancias agravantes y favorecerá a cualquier autor o partícipe el error o ignorancia sobre circunstancias atenuantes.

Para el artículo 51 se reservaron las excluyentes del delito por ausencia de culpabilidad, entendiéndose por esto el error de prohibición. De manera rebuscada establece que este error surge cuando existe discrepancia entre la realidad y la representación que de ésta se hace el agente, pero sólo sobre la ilicitud de su conducta, cuando ignore que ésta es punible o cuando objetivamente cree que la ilicitud en que incurre no es de naturaleza penal o cuando concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite.

Enseguida sitúa una amplísima regulación de la invencibilidad del error, cuando las condiciones del agente o las circunstancias del caso le impiden o dificultan superar el error, por ello, en la referida dificultad pueden entrar todos los hechos.

³⁷⁸ <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/173/53.htm?s=>

Por último, innova al derecho penal mexicano cuando crea al error de exigibilidad, que se entiende cuando las circunstancias objetivas que motivan la conducta del agente, le originan la creencia falsa de una causa que conforma estado de necesidad inculpable o temor fundado.

Si se tiene temor fundado se duda que el agente se ponga a meditar sobre si las circunstancias del hecho están referidas a un error sobre la exigibilidad de otra conducta, apegada a Derecho, en lugar de la que realmente desplegó.

8. Colima

Código Penal para el Estado de Colima.

ARTÍCULO 16.- No hay delito cuando:

(...)

IX.- La conducta o el hecho se realicen bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción típica, o por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta;

CAPITULO VI

ERROR

ARTICULO 72.- Cuando la conducta o el hecho se realicen bajo un error vencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción típica, o por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta, será responsable a título de culpa, si el tipo legal admite ésta.

ARTICULO 73.- Cuando la conducta o el hecho se realicen con ignorancia de que se encuentren regulados por la ley penal o por falsa apreciación de ésta, en virtud de error esencial e invencible, motivado por el extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto se le podrá imponer de 3 días a 4 años de prisión o las medidas de seguridad necesarias para su incorporación social.

ARTICULO 74.- Cuando alguien por error cometa un delito en persona-distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción no serán tomadas en cuenta las circunstancias que se deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio

valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito.³⁷⁹

La fracción IX del artículo 16 es congruente, a pesar de contener una regulación similar a la que existía en el ámbito federal a principios de los años noventa, se entiende y deja a la doctrina y a la jurisprudencia la interpretación de la norma, sobre todo en su amplitud.

En el diverso 72 se regula lo relativo a los errores vencibles, pero el artículo 73 establece que el error de prohibición invencible por ignorancia de la ley o por error en su interpretación viene a confundir todo, porque además de condicionarlo a la acreditación de circunstancias subjetivas del agente, siempre será punible con tres días a cuatro años de prisión; termina en el 74 con la regulación expresa del error en la persona, en la que no se aplicarán al sujeto activo las agravantes con motivo de la personalidad del ofendido si las ignoraba. Otro claro ejemplo de la imperiosa necesidad de la homologación penal.

9. Durango

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango.

ARTÍCULO 26.- Son causas excluyentes de responsabilidad:

(...)

VI.- Obrar por error substancial de hecho que no derive de culpa;

ARTÍCULO 91.- En el caso de que queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el objeto, se impondrá la pena del delito cometido, la cual podrá ser aumentada hasta la mitad de la correspondiente al delito que se quiso cometer.³⁸⁰

³⁷⁹ <http://www.congresocol.gob.mx/legislacion.html>

³⁸⁰ <http://www.congresodurango.gob.mx/Leyes/7.PDF>

Como es fácil apreciar, la legislación del Estado de Durango es sumamente deficiente, porque todavía establece el error de hecho, siempre y cuando no sea substancial, sin que se aclare a qué se refiere éste último concepto. No regula los errores de tipo vencible ni los errores de prohibición.

Para culminar con las deficiencias, sanciona penalmente delitos que no se concretaron pero que el agente quiso cometer, esto es, pune las ideas.

10. Guanajuato

Código Penal del Estado de Guanajuato.

ARTÍCULO 33. El delito se excluye cuando:

(...)

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda;

ARTÍCULO 15. Para el caso del error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 33, si éste es vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

ARTÍCULO 16. En el supuesto previsto en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 33, si el error es vencible, se aplicará una punibilidad de hasta una tercera parte de la señalada al delito de que se trate.

ARTÍCULO 17. Se considerará que el error es vencible cuando quien lo sufre pudo sustraerse de él aplicando la diligencia o el cuidado que en sus circunstancias le eran exigibles.³⁸¹

Muy adecuada regulación del error, de lo mejor que se ha analizado, como la federal, la del Distrito Federal e inclusive la chiapaneca, se destaca el artículo 17, en el que se explica con precisión la vencibilidad o no del error.

11. Guerrero

Código Penal para el Estado de Guerrero.

ARTICULO 22.- El delito se excluye cuando:

(...)

X.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta;

ARTICULO 62.- Cuando el sujeto realice el hecho en situación de error vencible, en cualquiera de los casos previstos por la fracción X del artículo 22, se le impondrá hasta la mitad de las sanciones establecidas para el delito de que se trate.³⁸²

También es una legislación similar a la federal de principios de los años noventa del siglo pasado, en tanto que en una sola fracción se regula el error de tipo y el de prohibición, un tanto deficiente, toda vez que primero se refiere al error de tipo y luego establece con la disyuntiva o, que por el mismo error el sujeto activo estime que su conducta está amparada por una causa de licitud.

³⁸¹ <http://www.congresogto.gob.mx/legislacion/codigos.html>

³⁸² <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUERRERO/Codigos/GROCOD07.pdf>

Después, en el diverso numeral 62 se establece la punibilidad para todos los casos de error vencible, en hasta una mitad de la que correspondería al delito doloso de que se trate. Es indispensable adecuarla en los términos del CPF o en su caso, qué mejor a la normatividad chiapaneca.

12. Hidalgo

Código Penal para el Estado de Hidalgo.

Artículo 25.- No hay delito cuando:

X.- Se obre bajo error invencible, que no derive de culpa, respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita, porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque por su extremo retraso cultural y aislamiento social desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta;

Artículo 100.- Cuando los errores a que se refiere la fracción X del artículo 25 de este Código sean vencibles, se estará a las siguientes reglas:

I.- Para el error de tipo, se aplicará la punibilidad que para los delitos culposos prevé el artículo 98 de este Código, si el tipo penal admite esta forma de realización o

II.- Para el error de prohibición, se aplicará la mitad de la punibilidad prevista para el delito de que se trate.³⁸³

Esta legislación es prácticamente la misma que la del Estado de Guanajuato, por lo que le aplican los mismos comentarios. Si bien es una buena legislación, podría mejorarse.

³⁸³ www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/08.doc

13. Jalisco

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

Artículo 13. Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación.

(...)

II. Son causas de inculpabilidad:

(...)

d). El error de hecho, esencial e invencible;³⁸⁴

Se advierte que esta legislación jalisciense es acorde con la teoría del dolo propia del causalismo, por ende, atrasada y en oposición al finalismo vigente en el país.

Establece al error como causa de inculpabilidad, pues si elimina el dolo y éste es una forma de la culpabilidad, entonces este elemento del delito no se integra. Conserva la pasada identificación de error de hecho y no menciona nada sobre el error de derecho.

Se puede concluir que en Jalisco, ante su incongruente legislación del error, no se regula error alguno.

14. Michoacán

Código Penal del Estado de Michoacán.

Artículo 12.- Son causas excluyentes de incriminación:

(...)

IX. Obrar por error de hecho, esencial e invencible, que no derive de culpa;³⁸⁵

³⁸⁴ http://www.amdh.com.mx/ocpi/pj/mj/docs/jal_cp.pdf

³⁸⁵ http://congresomich.gob.mx/Modulos/mod_Biblioteca/archivos/575_bib.pdf

Todavía más atrasada se advierte la legislación michoacana, en la que todavía se menciona a la incriminación, cuando el concepto de crimen fue abandonado desde la primera mitad del siglo XX.

En el mismo sentido de la legislación jalisciense, no se regula ninguna clase de error.

15. Morelos

Código Penal para el Estado de Morelos.

ARTÍCULO 23.- Se excluye la incriminación penal cuando:

(...)

X. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

- a) Alguno de los elementos objetivos del hecho típico;
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque cree que está justificada su conducta; o
- c) Alguna exculpante.

ARTÍCULO 65.- En caso de error vencible sobre alguno de los supuestos señalados en la fracción X del artículo 23, se impondrá la sanción prevista para los delitos culposos.³⁸⁶

Normatividad incompleta, confusa y oscura. Primero se refiere al concepto incriminación, cuando en el actual Derecho Penal mexicano sólo se establecen delitos, no crímenes. Luego se refiere sólo a los elementos objetivos del hecho típico, lo que excluye a los elementos normativos y a los tipos de mera conducta, sin resultado material. Por último, error sobre alguna exculpante ¿Se debe entonces entender que admite el error del activo que realiza la conducta típica cuando cree erróneamente estar en una situación, por ejemplo, de miedo grave? Pero cuando un sujeto esta en esa circunstancia, se entiende que su psicología está alterada ¿cómo puede errar en ese momento?

³⁸⁶ <http://morelos.gob.mx/10consejeria/files/Codigos/CodigoPenal.pdf>

16. Nayarit

Código Penal para el Estado de Nayarit.

ARTÍCULO 15.- Son circunstancias excluyentes de incriminación:

(...)

VI.- Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el infractor las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;³⁸⁷

Este supuesto se denomina juicio de adecuación causal. Los errores de tipo o de prohibición no están regulados en este código penal.

Por ejemplo, cuando un sujeto le causa un susto a otro que padece de hipertensión arterial y por la alteración de su presión sanguínea sufre un derrame cerebral por el que pierde la vida, quien lo asustó no será *incriminado* si no conocía antes de la conducta dicho padecimiento.

Totalmente inadecuado para la modernidad en nuestra materia que, como se destacó desde el primer capítulo, tiene como finalidad un Derecho Penal garantista y de mínima intervención.

En esta legislación no se regula ninguna clase de error.

17. Nuevo León

Código Penal para el Estado de Nuevo León.

ARTÍCULO 30.- No es responsable:

(...)

³⁸⁷http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAI/Tortura/Tortura/DOCUMENTOS/Punto_II/II.211.pdf

III.- El que obre en la creencia errada e invencible de que no concurre en el hecho u omisión, alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción legal.

V.- El que obrare en la creencia errada e invencible de que es lícita su conducta, en virtud de las circunstancias en que actúa.³⁸⁸

Otra legislación incompleta, oscura y confusa. Se refiere a la responsabilidad penal, culpabilidad, último elemento del delito que atiende al sujeto activo y probable responsable del injusto penal.

Después el legislador neoleonés señala a la descripción legal que contiene las exigencias necesarias para que el delito exista, remitiendo al conocimiento errado del sujeto activo para que se configure o no el error.

En la fracción V del artículo 30, al parecer el legislador neoleonés se refiere al error de prohibición por acreditarse algún yerro sobre alguna causa de licitud, lo que hace a la conducta no culpable porque se elimina el elemento antijuridicidad.

Como se advierte, no se regulan los errores vencibles.

18. Oaxaca

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

ARTÍCULO 14.- El delito se excluye cuando:

(...)

VIII.- Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

- a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b).- Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

³⁸⁸http://sg.nl.gob.mx/Transparencia_2009/Archivos/AC_0001_0002_0053361-0000001.pdf

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de este Código;

ARTÍCULO 64.- El error vencible sobre la materia: del inciso a) de la fracción VIII del artículo 14, se sancionará desde la cuarta parte del mínimo a la cuarta parte del máximo que corresponda al delito doloso de que se trate; y del inciso b) de la mencionada fracción, la punibilidad va de una tercera parte del mínimo a la tercera parte del máximo del respectivo delito doloso.³⁸⁹

Esta legislación casi se acerca al ideal, como lo sería la chiapaneca. Se regulan adecuadamente, como causas que excluyen el delito, tanto el error de tipo como el error de prohibición, invencibles y vencibles, éstos últimos con su específica punibilidad. Se destaca que cualquier error de tipo vencible puede ser sancionado, al no dejar la sanción a la que correspondería el delito culposo, sólo cuando el específico tipo pueda realizarse culposamente.

19. Puebla

Código Penal para el Estado de Puebla.

Artículo 26. Son causas de exclusión del delito:

(...)

XI. Realizar la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a). Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o,
- b). Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si el error es vencible se sancionará a lo dispuesto en el artículo 99 bis de este Código.

Artículo 99 bis. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción XI del artículo 26 sea vencible, la punibilidad será la del delito culposo si el hecho

³⁸⁹ <http://www.congresooaxaca.gob.mx/lxi/info/legislacion/008.pdf>

de que se trate admite dicha forma de realización; si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la punibilidad será hasta de las dos terceras partes del delito de que se trate.³⁹⁰

Otra legislación que se encuentra de acuerdo con la del artículo 15 del CPF, de tal suerte que se encuentra adecuada, aunque podría mejorarse.

20. Querétaro

Código Penal para el Estado de Querétaro.

ARTÍCULO 25.- Son causas de inexistencia de delito:

(...)

XII. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita, porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta.

Si el error es vencible se estará a lo dispuesto por el Artículo 80 de este Código.

ARTÍCULO 80.- Cuando los errores a que se refiere la fracción XII del Artículo 25 de esta Ley sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentra en dicha situación hasta una mitad de las penas previstas al delito de que se trate.³⁹¹

En el mismo sentido que la normatividad oaxaqueña, se regulan adecuadamente, como causas que excluyen el delito, tanto el error de tipo como el error de prohibición, invencibles y vencibles, éstos últimos con su específica punibilidad. Se destaca que cualquier error de tipo vencible puede ser sancionado,

³⁹⁰<http://www.aemep.mex.tl/imagesnew/6/5/6/9/0/Codigo%20de%20Defensa%20Social%20de%20Puebla.pdf>

³⁹¹<http://www.legislaturaqro.gob.mx/files/leyes/Codigo%20Penal%20para%20el%20Estado%20de%20Queretaro%2015%20julio.pdf>

al no dejar la sanción a la que correspondería el delito culposo, sólo cuando el específico tipo pueda realizarse culposamente.

21. Quintana Roo

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.

Artículo 20.- No hay delito cuando:

(...)

X.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la Ley o del alcance de ésta.

Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 56 de este Código;

Artículo 56.- Cuando los errores a que se refiere la Fracción X del artículo 20 de este Código sean vencibles, se impondrá al sujeto que se encuentre en dicha situación hasta una mitad de las penas previstas para el delito de que se trate.³⁹²

También en este caso se regulan adecuadamente, como causas que excluyen el delito, tanto el error de tipo como el error de prohibición, invencibles y vencibles, éstos últimos con su específica punibilidad. Es de destacarse que cuando los errores son vencibles se impondrá una punibilidad específica, de tal suerte que no se deja impune ninguna conducta o resultado típico que se hubiere realizado bajo error vencible.

22. San Luis Potosí

Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

³⁹²http://transparenciaqroo.gob.mx/SIWQROO/Transparencia/Documentos/16_13077_1.pdf

ARTICULO 17. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

(...)

X. Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

ARTICULO 60. Cuando el hecho delictuoso se realice por error invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud de la diferencia cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.³⁹³

Una vez más se tiene aquí una legislación incompleta, oscura y confusa. Se refiere a la responsabilidad penal, culpabilidad, último elemento del delito que atiende el sujeto activo y probable responsable del injusto penal.

Enseguida, en una sola fracción engloba lo que aparentemente es el error de tipo y por el mismo error sólo una clase de error de prohibición, cuando se yerra respecto de alguna causa de justificación.

El artículo 60 podría tacharse de discriminatorio, toda vez que, al parecer, si el sujeto no presenta diferencia cultural y aislamiento social, sería impune, pero si presenta aquellas desventajas, se le aplicará la punibilidad establecida de hasta una cuarta parte de la pena correspondiente al delito doloso.

23. Sinaloa

Código Penal para el Estado de Sinaloa.

ARTÍCULO 26. El delito se excluye cuando:

³⁹³<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/San%20Luis%20Potosi/wo62373.pdf>

(...)

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 85 de este código;

ARTÍCULO 85. Cuando el sujeto realice el hecho en situación de error vencible, se le impondrá hasta las dos terceras partes de la sanción establecida para el delito de que se trate.³⁹⁴

En el mismo tenor del comentario a la legislación de Quintana Roo, si bien se regulan adecuadamente, como causas que excluyen el delito, tanto el error de tipo como el error de prohibición, invencibles y vencibles, éstos últimos con su específica punibilidad la cual no es nada atenuada, pues se establece hasta las dos terceras partes de la punibilidad que correspondería por el delito doloso.

24. Sonora

Código Penal del Estado de Sonora.

ARTÍCULO 13.- El delito se excluye cuando:

(...)

IV. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos legales del tipo.

No se excluye el delito si el error es vencible, en cuyo caso se considerará que se obró culposamente, si el hecho de que se trate admite dicha forma de realización;

X. Se realice la conducta bajo un error invencible respecto de su ilicitud.

³⁹⁴<http://www.laipsinaloa.gob.mx/images/stories/ARCHIVOS%20PUBLICOS/Leyes%20Estatales%20Actuales/codigo%20penal.pdf>

El error es invencible cuando las condiciones personales del agente y las circunstancias del caso, real y objetivamente constituyen un impedimento para superar su ignorancia o advertir su falsa apreciación;³⁹⁵

En este código ciertamente se regulan los errores de tipo y de prohibición invencibles, sin embargo, esta regulación es de una manera un tanto deficiente e incompleta porque no se regulan los errores vencibles.

25. Tabasco

Código Penal para el Estado de Tabasco.

ARTÍCULO 14.- La incriminación penal se excluye cuando:

(...)

X. Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

- a) Alguno de los elementos objetivos del hecho típico.
- b) La ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.
- c) Exculpantes.

ARTÍCULO 65.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción X del artículo 14, sea vencible se impondrá la punibilidad prevista para el delito culposo, siempre y cuando el correspondiente delito se encuentre previsto en el artículo 61.

ARTÍCULO 66.- Al que por error vencible, actúe bajo la creencia errónea de que su conducta se encuentra amparada por alguna de las excluyentes de incriminación previstas en las fracciones IV a VIII y XI del artículo 14, se le aplicará la tercera parte de la sanción que corresponda al delito que se trate.

La misma sanción se impondrá a quien por error vencible se exceda en alguna de las excluyentes de incriminación previstas en las fracciones IV a VII del artículo 14.³⁹⁶

³⁹⁵ http://www.congresoson.gob.mx/Leyes_Archivos/doc_6.pdf

Esta legislación es similar a la del Estado de Morelos, por lo que cabe hacer las mismas observaciones.

Es incompleta, confusa y oscura, porque utiliza el concepto incriminación, cuando en la actualidad sólo se establecen delitos, no crímenes. Luego se refiere que los elementos objetivos del hecho típico, lo que excluye a los elementos normativos del tipo y a los tipos de mera conducta, sin resultado material. También señala el caso del error sobre alguna exculpante ¿Se debe entonces entender que admite el error del activo que realiza la conducta típica cuando cree erróneamente estar en una situación, por ejemplo, de miedo grave? Pero como ya se comentó supra ¿sería posible determinar que cuando un sujeto está en esa circunstancia de miedo grave, cuando su psicología está tan alterada que omite actuar como lo haría el común de las personas, podría errar en ese momento? Se considera que no, el miedo grave es causa de exculpación por no exigibilidad de otra conducta apegada a Derecho.

26. Tamaulipas

Código Penal para el Estado de Tamaulipas.

ARTÍCULO 32.- Son causas de justificación:

(...)

VII.- Obrar por error substancial e invencible de hecho que no derive de culpa.

ARTÍCULO 33.- No se justifica el hecho, ni se disminuye la sanción, cuando, por error o accidente, en el golpe o en la persona, se realice una conducta punible, por lo que será considerado de acuerdo con las circunstancias en que fue cometido.

ARTÍCULO 37.- No es culpable:

(...)

³⁹⁶http://saf.tabasco.gob.mx/marco_legal/leyes/leyes_estatales/codigos/codigo_penal_tab_01.pdf

II.- El que obrare en la creencia errada e invencible de que su conducta no está sancionada.

III.- El que obrare bajo la creencia errada e invencible de que no concurre en el hecho alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción legal.³⁹⁷

En el Estado de Tamaulipas aún se aplica la teoría de la acción causal, abandonada en Alemania desde los años treinta del siglo pasado y en México desde las reformas de 1994. Lo que la evidencia como la más oscura y deficiente de las analizadas.

Lo anterior es evidente de la lectura de los artículos con los que se pretende normar los errores, aunque también se observa que han querido enmendar esa deficiencia, pero sin éxito.

En el artículo 32 se establece que es una causa de justificación, que se entiende elimina la antijuridicidad de la acción típica, obrar por error substancial e invencible de hecho, así que aparentemente se refiere al error sobre elementos típicos, sin embargo, esto no puede ser interpretado como causa de justificación, a menos que se esté aplicando, como lo está, la teoría del dolo, en la que la conciencia de la antijuridicidad es parte del dolo y ambos se encuentran en el elemento del delito culpabilidad.

La anterior manifestación se confirma con el artículo 37, fracciones II y III, en las que se establece que el sujeto activo no será culpable cuando obre en la creencia errada e invencible de que su conducta no está sancionada y cuando realiza la acción bajo la creencia errada e invencible de que no concurre en el hecho alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción legal. Ambos errores se refieren a la conciencia de la antijuridicidad, uno por ignorancia de la ley penal y la otra, por demás confusamente, se refiere al error sobre exigencias para que el delito exista según la descripción legal, lo que remite al tipo penal.

³⁹⁷ http://po.tamaulipas.gob.mx/leyes/Codigos/Codigo_Penal.pdf

27. Tlaxcala

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Artículo 8o.- Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si en cualquier forma causó daños tipificados como delito por este Código, cualquiera que sea el sujeto pasivo del mismo;

II. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

III. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

IV. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito;³⁹⁸

Este es un código atrasado y deficiente, no se regulan los errores de tipo ni de prohibición, además de contener todavía, en contra de los mejores principios del Derecho Penal moderno, la presunción del dolo, abandonada en el CPF desde el año 1988.

28. Veracruz

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Artículo 23.-Son excluyentes del delito:

I. La ausencia de conducta;

II. La atipicidad;

³⁹⁸<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/tlaxcala/codigo-penal-para-el-estado-libre-y-soberano-de-tlaxcala.pdf>

III. Las causas de justificación; y

IV. Las causas de inculpabilidad.

Artículo 26.-Son causas de inculpabilidad:

(...)

III. Que el agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran el tipo penal; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si el error es vencible, será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta; o

Artículo 85.- Los delitos culposos serán sancionados, salvo disposición en contrario, con prisión de quince días a diez años, multa hasta de doscientos días de salario y privación o suspensión del derecho para ejercer la profesión, oficio o actividad que dio origen a la conducta culposa, hasta por cinco años.³⁹⁹

Aquí encontramos otro código que sigue los principios del causalismo normativista, ya superado. Es arbitrario y confuso, sobre todo en la punibilidad establecida para los delitos culposos en el artículo 85, toda vez que deja en total libertad al Juez para que imponga una punición que puede ir de 15 días hasta 10 años de pena de prisión por la comisión de un delito culposo, esto es, por falta de cuidado o imprudencia.

Por ello no es acorde con los principios del Derecho Penal de la modernidad, propio de un Estado Democrático y de Derecho.

Tenemos que los errores sobre los elementos que integran la descripción típica o respecto de la ilicitud de la conducta se tratan en sede de culpabilidad, porque tanto el dolo como la culpa se analizan en este elemento del delito como formas de culpabilidad.

³⁹⁹ <http://www.veracruz.gob.mx/comunicaciones/files/2011/08/15.-CODIGO-PENAL-PARA-EL-ESTADO-LIBRE-Y-SOBERANO-DE-VERACRUZ-DE-IGNACIO-DE-LA-LLAVE.pdf>

29. Yucatán

Código Penal del Estado de Yucatán.

Artículo 21.- El delito se excluirá cuando:

(...)

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII de este artículo, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.⁴⁰⁰

Tienen una buena regulación del error en el Estado de Yucatán, bastante similar a la regulación Federal o a la ideal que se plasma en el Código Penal del Estado de Chiapas.

30. Zacatecas

Código Penal para el Estado de Zacatecas.

ARTÍCULO 13. Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

X. Realizar la acción o la omisión bajo un error insuperable respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la tipificación legal, o que por error, igualmente insuperable, estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Asimismo se excluye la responsabilidad, cuando la acción

⁴⁰⁰ http://www.congresoyucatan.gob.mx/pdf/CODIGO_PENAL.pdf

o la omisión se realicen por error insuperable sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.⁴⁰¹

Aceptable legislación, ya que contempla la regulación del error de tipo invencible y del error de prohibición, también invencible, pero de la revisión que se hizo del articulado no se encontró la regulación de los errores vencibles, de tal suerte que eso es una deficiencia por subsanar.

31. Legislación del fuero de guerra

Código de Justicia Militar.

Artículo 102.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no quedará destruida, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño;

II.- que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculpado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, cualquiera que fuese el resultado;

III.- que ignoraba la ley;

IV.- que creía que ésta era injusta, o moralmente lícito violarla;

V.- que creía legítimo el fin que se propuso;

VI.- que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VII.- que obró con consentimiento del ofendido, salvo el caso en que el perdón o el consentimiento extinguen la acción penal.

CAPITULO VIII Circunstancias excluyentes de responsabilidad

⁴⁰¹[http://www.congresoac.gob.mx/cgi-](http://www.congresoac.gob.mx/cgi-bin/coz/mods/secciones/index.cgi?action=elemento&cual=103&ver=html)

[bin/coz/mods/secciones/index.cgi?action=elemento&cual=103&ver=html](http://www.congresoac.gob.mx/cgi-bin/coz/mods/secciones/index.cgi?action=elemento&cual=103&ver=html)

Artículo 119.- Son excluyentes:

I.- Hallarse el acusado en estado de enajenación mental al cometer la infracción;

II.- hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio;

III.- obrar el acusado en defensa de su persona o de su honor, salvo lo dispuesto en el artículo 292, repeliendo una agresión, actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2a.- que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

3a.- que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

4a.- que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

IV.- obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, empleo o cargo público;

V.- ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias particulares del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;

VI.- obedecer a un superior aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía;

VII.- infringir una Ley Penal dejando de hacer lo que mande por un impedimento legítimo o insuperable, salvo que, cuando tratándose de la falta de cumplimiento de una orden absoluta e incondicional para una operación militar, no probare el acusado haber hecho todo lo posible, aun con inminente peligro de su vida, para cumplir con esa orden;

VIII.- causar daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas;

IX.- obrar impulsado por una fuerza física irresistible, y

X.- obrar violentado por el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor.

Las dos últimas excluyentes no procederán en los delitos cometidos por infracción de los deberes que la Ordenanza o leyes que la substituyan, imponga a cada militar según su categoría en el ejército o el cargo o comisión que desempeñe en él.

Las circunstancias excluyentes se podrán hacer valer de oficio.⁴⁰²

En el Código de Justicia Militar ni siquiera se contempla la posibilidad de aplicar el error como causa de exclusión de delito.

En el artículo 102, además de contener la ya superada doctrina de presunción de dolo, elimina cualquier posibilidad del error de prohibición por ignorancia de la ley y por considerar que lo ampara alguna causa de licitud.

En las excluyentes de responsabilidad del artículo 119 tampoco contempla la posibilidad del error.

Debe reformarse la legislación militar a efecto de que se incluya al error de tipo y al error de prohibición invencibles, como causas de exclusión del delito. También se debe incluir los casos de errores vencibles como causas de atenuación de la sanción penal.

⁴⁰² <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Derecho Penal es un medio de control social que se aplica al mismo tiempo que otros medios de control social, informal y formal, toda vez que sus objetivos o finalidades son las mismas. Pero sus diferencias fundamentales consisten, por un lado, en que se refiere a aquellos comportamientos que se consideran más agresivos al sistema social, lo que los hace inadmisibles, por otro lado, es el sistema de control social que tiene las sanciones más severas, más agresivas para los derechos del individuo que realiza dicho comportamiento, y por último, en razón de lo indicado, es el que tiene un método de aplicación más formalizado, riguroso, para garantizar que aquél a quien se le aplica efectivamente realizó la conducta prohibida y por tanto merece la sanción penal.

SEGUNDA. Debido a que con la aplicación del Derecho Penal se restringen gravemente las garantías individuales de los gobernados, como la de la libertad ambulatoria, es que en el moderno sistema penal se han establecido ciertos principios fundamentales para proteger a los individuos de las posibles arbitrariedades del poder público. Es así como no es suficiente que en la expedición de una norma de carácter penal se haya seguido exactamente el proceso legislativo, con lo que estaría formalmente legitimada, sino que es necesario que se mantenga dentro de ciertos límites que también la legitimen materialmente.

Dentro de los límites normativos formales tenemos al principal que se conoce como principio de legalidad, que implica la estricta aplicación de las normas constitucionales y legales en la materia, desde la discusión, aprobación y expedición de la norma, pasando por las etapas de investigación de hechos antisociales, la jurisdiccional donde se imponen las penas previa valoración probatoria, hasta la plena ejecución de la sanción penal por las autoridades administrativas del Estado.

El principio de legalidad también abarca el ámbito de la criminalización primaria que se sintetiza en que no hay delito ni pena sin ley escrita, ya que ésta

es la única fuente generadora de delitos y penas; no hay delito ni pena sin ley estricta, que se conoce también como principio de determinación o de tipicidad de las figuras penales, excluyendo la analogía y la mayoría de razón, que convertiría al Juez en legislador; no hay delito ni pena sin ley previa, o principio de irretroactividad de la ley penal, salvo en lo que sea favorable al reo. Estos límites permiten al ciudadano tener pleno conocimiento de cuáles son los comportamientos más lesivos e indeseables para la organización social, por lo que no debe incurrir en ellos, a menos que esté dispuesto a sufrir las consecuencias penales correspondientes.

La criminalización secundaria se describe con los principios del debido proceso, garantías de seguridad jurídica a favor de todos los habitantes del Estado, traducidos en que no hay culpa sin juicio, desahogado éste con todas las formalidades esenciales del procedimiento en el que el imputado pueda hacer uso de todos los medios de defensa a su alcance para oponerse a la acusación, pues sólo ésta dará origen al juicio; en el entendido de que tampoco habrá acusación sin prueba idónea y fehaciente de la culpabilidad del probable responsable del delito, pero ello también implica que no hay pruebas sin defensa, esto es, que la formación del acervo probatorio se debe realizar siempre con la participación, presencia e intervención de la defensa, la cual debe ser adecuada como lo establece la Constitución Federal.

TERCERA. La teoría del delito es la ciencia que al estudiar al código penal, tanto en su parte general como en la especial, ordena y sistematiza los criterios y reglas de la imputación de responsabilidad, agrupándolos en categorías y conceptos establecidos que permiten al intérprete, Juez, Ministerio Público y abogado defensor, aplicar las normas a los casos concretos con respeto a las garantías individuales de las que es titular el gobernado sujeto al procedimiento penal.

CUARTA. El fundamento jurídico constitucional para que se pueda imponer una pena a un gobernado es que se encuentre plenamente acreditado que se ha

realizado un hecho tipificado penalmente como delito, que fue antijurídico y que el sujeto activo es culpable del mismo. Para ello, la teoría del delito y la teoría del error permiten a los actores del sistema penal interpretar las normas de una manera progresiva, así, de que sigan el orden sistemático dependerá que se impute responsabilidad o no, y en su caso, la pena con que se sancionará al referido activo, porque ante la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para dicha imputación, se provocará la impunidad, punibilidad disminuida o inclusive la imposición de medidas de seguridad.

QUINTA. La ignorancia es la ausencia total y absoluta de conocimiento sobre la realidad o ciencia, el Derecho la equipara al error, sobre todo en sus efectos, ya que tanto yerra el que ignora, como el que conoce mal. El error es un concepto absoluto que no admite graduaciones, no es posible errar poco o mucho, si existe error es lo contrario a lo verídico, pero es diferente, tanto de la ignorancia como de la duda, porque el sujeto conoce pero de manera equivocada o incompleta, sin embargo, se le atribuye una valoración equivalente a la ignorancia, en razón de que ambos excluyen el dolo, la culpa o la conciencia de la antijuridicidad.

SEXTA. Con la aplicación de las herramientas de la teoría del delito en el estudio y análisis del artículo 15, fracción VIII del Código Penal Federal se extrae la regulación legal de los errores de tipo y de prohibición. El primero versa sobre los elementos esenciales del tipo penal, cuando se actualiza se excluye el dolo y con éste el delito, no existirá hecho punible, siempre que el error sea invencible. El error de prohibición tiene tres vertientes, respecto la existencia de la ley, de su alcance y de la existencia de alguna causa de justificación que eliminaría la antijuridicidad de la conducta típica, siempre que sea invencible. En ambos casos de error, si es vencible se atenúa la sanción penal, será un tipo culposo, si la ley admite esa forma de realización, o se impondrá un tercio de la punibilidad.

SÉPTIMA. La teoría del error permite su aplicación respecto de cualquiera de los elementos esenciales del tipo penal, ya sean objetivos o normativos, con lo cual se elimina el dolo del autor, así que al no acreditarse el elemento subjetivo se elimina el elemento del delito tipicidad. No habrá dolo, pues faltará uno de sus elementos, precisamente el conocimiento de los elementos objetivos o normativos del tipo penal.

El error esencial puede ser vencible o invencible. En el primer caso podrá considerarse el delito culposo siempre y cuando la punibilidad de esta forma de comisión del hecho esté prevista legalmente y se cumplan las exigencias del correspondiente tipo penal. En el segundo caso, el supuesto de que el error sea inevitable, el hecho será atípico, pues se excluirá tanto el dolo como la culpa.

OCTAVA. El error de prohibición recae sobre la naturaleza antijurídica de la acción, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, donde el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica que prohíbe esa conducta o resultado, la conoce pero la interpreta mal, o supone erróneamente que en su caso concreto concurre una causa de justificación. Afecta la conciencia de la antijuridicidad de la acción típica, impidiendo que el autor advierta que su acción típica lesiona el orden jurídico.

Los efectos del error de prohibición invencible son los de impedir la configuración de la culpabilidad del sujeto porque careció por completo de la conciencia de la antijuridicidad, no obstante haber realizado una conducta, típica y antijurídica, ésta no será culpable, no surge el juicio de reproche al autor y queda exculpado, sin sanción penal alguna. Los efectos del error de prohibición vencible son los de atenuar la punibilidad, ya que se impondrá al autor hasta una tercera parte de la sanción establecida para el específico tipo penal.

NOVENA. Las resoluciones jurisdiccionales mexicanas escasamente se refieren al error, tomando en consideración la población nacional, existen pocas tesis aisladas y de jurisprudencia relativas a esta causa de exclusión del delito, lo

que hace evidente la necesidad de trabajos de investigación sobre este tema en particular a fin de que tenga mayor difusión en aras de mejorar el respeto a las garantías individuales de las personas por los servidores públicos en la procuración e impartición de la justicia penal.

DÉCIMA. Si se conocen a fondo las teorías de delito y del error es jurídicamente posible aplicarlas en todos los casos concretos que surgen en la sociedad, a modo de garantizar la estricta aplicación del Derecho Penal en beneficio de la población del Estado. Este trabajo de investigación aspira a tener una aplicación práctica, toda vez que se explica la manera de materializar el error de tipo en todos los elementos típicos, tanto objetivos como normativos, así también el error de prohibición, en todas las causas de justificación previstas en el Código Penal Federal.

DÉCIMA PRIMERA. La dispersión legislativa penal que acontece en México, al tener 34 diversos códigos penales vigentes y otras leyes especiales que tienen contenido penal, hace necesaria la unificación penal, a manera de garantizar que en su aplicación a los casos prácticos se respeten los derechos humanos fundamentales de contenido penal, pues en el caso del error, se observa diversidad de criterios que provocan desconocimiento e inclusive temor para su aplicación, así que aunque el agente del Ministerio Público o el Juez penal adviertan que sería posible aplicar algún supuesto de error, no lo hacen para evitar responsabilidades administrativas y penales. La unificación penal permitirá tener seguridad jurídica para todos, la población, los probables responsables y los demás actores del drama penal.

PROPUESTAS

PRIMERA. Que como una acción sustantiva de las Procuradurías Generales de Justicia y de los Tribunales locales y federales, se implementen mecanismos de difusión de las causas excluyentes del delito, específicamente de los errores de tipo y errores de prohibición, como una medida de política criminal tendente a proporcionar a la población en general mejores elementos para su defensa, materializando el principio constitucional de presunción de inocencia, con lo que se impediría la actuación arbitraria de los órganos de procuración e impartición de la justicia penal, se reduciría la población penitenciaria y despresurizaría el sistema penal.

SEGUNDA. Con la finalidad de mejorar las condiciones de los derechos humanos fundamentales de la población en general, específicamente en materia penal, se propone una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la que se adicione la fracción XXI del artículo 73, para quedar como sigue:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

(...)

XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación, los Estados y el Distrito Federal y fijar los castigos que por ellos deben imponerse;

De esta manera se unificaría la legislación nacional en un solo Código Penal aplicable en todo el país, en razón de que no está justificada la actual dispersión penal, que como se demostró en el caso del error, provoca incertidumbre jurídica, la cual es lesiva de los derechos humanos fundamentales de las personas.

APÉNDICE.

Registro No. 19074.

Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Octubre de 2005, Página: 182.

Tema: DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PARTE DEL INculpADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO.

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INculpADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO. CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER. DOLO, CARGA DE LA PRUEBA DE SU ACREDITAMIENTO. DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. DOLO DIRECTO. SUS ELEMENTOS. DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL. DIFERENCIAS. ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 68/2005-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. CONSIDERANDO:

TERCERO. Ahora bien, con la finalidad de establecer y determinar si existe o no la contradicción de tesis denunciada, se estima conveniente transcribir, para su posterior análisis, las consideraciones y argumentaciones en que basaron sus resoluciones los Tribunales Colegiados contendientes. Las consideraciones del Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, al resolver los juicios de amparo directo 644/2004 y 230/2004, en lo que interesan, son las siguientes: Amparo directo penal 644/2004.

"QUINTO. Los conceptos de violación son fundados. El Código Penal Federal, en sus artículos 7o., primer párrafo y 8o., establece: (se transcribe). "De los dispositivos legales citados, se advierte que los delitos pueden ser dolosos o culposos. "La figura del dolo es definida en el párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal Federal, en los siguientes términos: (se transcribe). "El precepto transcrito prevé lo que en dogmática se conoce como dolo directo y dolo eventual; la primera forma de dolo es la que aquí interesa, y ésta se integra a su vez, por dos elementos: "1. El conocimiento de los elementos del tipo penal, y "2. Querer o aceptar la realización del hecho previsto como delito. "Cobra aplicación al caso, la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página dos mil seiscientos veinte, que establece: (se transcribe). "En relación con el concepto de dolo directo y sus elementos, Francisco Muñoz Conde, en su obra intitulada 'Derecho Penal. Parte General', 5a. edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia

España, 2002, páginas doscientos sesenta y nueve a doscientos setenta y uno, expone: "El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo. "El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Este concepto unitario de dolo no es, sin embargo, fácilmente aplicable en algunos casos límite entre dolo y la imprudencia en los que tanto el elemento cognitivo, como el volitivo quedan desdibujados o son difícilmente identificables; pero se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo, sin perjuicio de hacer las necesarias matizaciones en la exposición de ambos conceptos. "... "A) Elementos. "De la definición de dolo aquí propuesta, se deriva que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. "a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, ha de saber, por ejemplo, en el homicidio que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena; en los abusos sexuales, que el sujeto pasivo está privado de sentido o que es menor de 13 o de 16 años, etc. "... "El conocimiento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. "... "El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo. "... "b) Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos.' "... "En este orden de ideas, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, en su obra 'Lecciones de Derecho Penal', 1a. edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, volumen II, página sesenta y tres, mencionan: "4.4. El contenido del dolo. "De acuerdo con la definición de dolo que se ha dado anteriormente, se puede distinguir en el dolo un elemento cognitivo y un elemento volitivo. Por tanto, se integran en el dolo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla.' "En el artículo 9o. del código punitivo federal, el elemento cognitivo se desprende de la frase 'conociendo los elementos del tipo penal', mientras que el elemento volitivo, se advierte cuando se dice 'quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.' "Así, la comprobación del dolo requiere, necesariamente, la acreditación de que el sujeto tiene conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. "Por su parte, el tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece: (se transcribe). "Como se ve, el legislador ubicó al dolo como una forma de culpabilidad, que es el juicio de reproche que se le hace al responsable del delito. "El delito contra la salud en su modalidad de transportación se encuentra previsto en el artículo 195, fracción I, primer párrafo, del Código Penal Federal, que establece: (se transcribe). "De la descripción legal contenida en el artículo citado, se obtiene que los elementos objetivos del tipo penal del delito en cuestión, se conforma por una acción de transportar, el objeto material que es un narcótico, la puesta en peligro al bien jurídico tutelado que es la salud pública, un resultado formal y su atribuibilidad al agente activo. "Conforme a lo expuesto, en el caso puesto a consideración, para acreditar el dolo en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de transportación, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia de la marihuana (objeto material) oculta en el tanque de gasolina del automotor que manejaba. "En el

ámbito del derecho procesal, precisamente en materia de prueba, debe tomarse en consideración que el dolo es un elemento subjetivo, que como tal atañe a la psique del individuo, de ahí que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo sea la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial. "Lo anterior, tiene apoyo en la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página setecientos diez, que establece: (se transcribe). "El tribunal de alzada, a este respecto refirió: "Ahora, ante el reconocimiento de culpabilidad de la sentenciada de referencia, corresponde analizar lo relativo a la dolosidad (sic) del actuar de ... que al decir de la apelante, quedó amparada su conducta en la excluyente de responsabilidad denominada error de tipo. En este sentido, quedó plenamente acreditado que dicho acusado era quien conducía el automotor en cuyo tanque de combustible iban ocultos cuarenta y seis paquetes de diferentes formas, tamaños y pesos, confeccionados en plástico transparente y reforzados con cinta color canela, continentes de marihuana, que en conjunto arrojaron un peso total bruto de treinta y ocho kilos. Por otra parte, aun cuando dicho enjuiciado sostuvo en su declaración ministerial y en vía de preparatoria que desconocía la existencia del estupefaciente, lo cierto es que si bien tal negativa no le correspondía acreditarla, por cuanto que los actos negativos no requieren de prueba, no menos cierto es que su versión exculpatoria no se encuentra acreditada plenamente, no obstante que correspondía a la defensa y al acusado la carga de probarla; de ahí que si en el caso materia de esta apelación está demostrado un hecho tipificado por la ley como delito, el cual fue cometido por los ahora encausados, luego, sólo ante la afirmación contraria de los sentenciados correspondía a éstos la carga de la prueba de su inocencia. "Por un lado, para que la excluyente de responsabilidad que invoca la defensa se actualizara en el caso que nos ocupa, debieron demostrarse los hechos positivos en que la funda el encausado ... por constituir la base de su defensa, pues como ya se dijo, se reconoce que su negativa no le correspondía probarla, pero sí estaba obligado como también su defensor a demostrar los hechos en que la fundó. En este sentido, no está acreditado que el acusado primeramente se hubiere trasladado de la ciudad de San Luis Río Colorado, Sonora, a la diversa de Hermosillo, a petición de su coenjuiciada; incluso, tampoco está evidenciado que ... recibiera en préstamo el automotor afecto, de parte de quien identificó con el apodo de ... y tampoco que se hubiera trasladado de San Luis Río Colorado a Hermosillo, Sonora, pero además se entiende que el préstamo en mención, según se desprende de su declaración ministerial, fue con el propósito de que utilizara dicho automotor para trasladarse en la forma antes apuntada; sin embargo, expuso que viajó a Hermosillo, Sonora, en autobús y en este lugar fue donde recogió el vehículo. Por otra parte, es verdad que tomando en consideración que la droga iba oculta en el tanque de combustible del vehículo afecto, ello impedía a cualquier persona que se percatara de su existencia, y consecuentemente, quien en tales condiciones conduce un automotor, es obvio que ignora la existencia del estupefaciente. Por ello, se insiste, no basta la simple negativa del sujeto activo para tener por acreditada su ignorancia respecto de la existencia de la droga, sino que es menester, como ya se dijo, que demuestre todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar paralelas a su negativa. "En relación con el tema que nos ocupa, aplica sólo en lo conducente, la tesis VIII.1o.27 P, pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, visible en la página 1009 del Tomo X, noviembre de 1999, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente

a la Novena Época, que dice: "«PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia.» "En esta tesitura, son inaplicables para el propósito que pretende la apelante las tesis que cita en su escrito de agravios, relativas a la responsabilidad penal y a la excluyente prevista en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal.' "Este Tribunal Colegiado no comparte la consideración de la responsable, porque el desconocimiento de la existencia de la marihuana, aun cuando se expresó como un argumento defensivo, no constituye la excluyente del delito en comento, pues el error de tipo es un conocimiento falaz, que no debe confundirse con la ignorancia, que implica un desconocimiento total. "Sobre el tema del error, puede consultarse a Jiménez de Asúa Luis, 'La Ley y el Delito', 11a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, página ciento cuarenta y seis, donde expone: "b) Ignorancia y error. "En el área de la psicología hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.' "De esta forma, si el quejoso alegó desconocer la existencia de la marihuana, tal argumento no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de uno de los elementos del dolo; de ahí que no correspondía al sentenciado, demostrar la ausencia de dolo, así como tampoco los hechos positivos en que dice la responsable fundó tal excluyente del delito, a saber, que el ahora quejoso se trasladó de la ciudad de San Luis Río Colorado a Hermosillo, a petición de su coinculpada; que su coprocesada recibió en préstamo el automotor afecto, de parte de un sujeto apodado ... y que ésta se haya trasladado de San Luis Río Colorado a Hermosillo, Sonora, pues no debe perderse de vista que el dolo como el elemento de uno de los componentes del delito, a saber, de la culpabilidad, debe ser plenamente acreditado por el Ministerio Público. "Por otra parte, en relación con el principio de presunción de inocencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria emitida al resolver el

amparo en revisión 1293/2002, dejó establecido que: "En general, el principio universal de presunción de inocencia, consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una resolución judicial definitiva. La razón de ser de la presunción de inocencia es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra. "En México, únicamente el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, ha reconocido expresamente este principio, ya que su artículo 30 decía: «Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable.» "Si bien en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se prevé expresamente el principio de presunción de inocencia, se contiene implícitamente en sus artículos 14, párrafo segundo, 16, primer párrafo, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, que a la letra disponen: (se transcriben). "De la interpretación armónica y sistemática de los anteriores dispositivos constitucionales, se desprende, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado, sólo podrá privarlo del mismo, cuando existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar «los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado»; en el artículo 21, al disponer que «la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público»; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole «buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos». "En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. "Así, con independencia de los tratados internacionales a que alude el quejoso recurrente, que contienen la presunción de inocencia en materia penal, lo cierto es que la propia Constitución Federal implícitamente reconoce tal principio.' "El criterio anterior, se contiene en la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, página catorce, cuyos rubro y texto expresan: (se transcribe). "En este sentido, resulta oportuno señalar que el concepto de delito que adopta el sistema penal federal, no se limita a lo establecido en el artículo 7o. del Código Penal Federal, de acuerdo con el cual, 'delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales', sino que el delito se

conceptúa como la acción típica, antijurídica y culpable. "El anterior concepto, es admitido por la dogmática, así, tenemos que Hans Welzel, en su obra 'Derecho Penal Alemán', Editorial Cárdenas, Chile, 1997, 4a. edición traducida del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, página cincuenta y siete, menciona: "Una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad. Una acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad, tiene que ser «típica» y «antijurídica», y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser «culpable». La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad -responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.' "En nuestra legislación penal del orden federal, los tres componentes del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se desprenden del texto del artículo 15 del mismo código punitivo, en que se prevén las excluyentes del delito, pues éstas no son otra cosa más que su aspecto negativo, es decir, la ausencia de acción, de tipicidad, de antijuridicidad y culpabilidad, ejemplo de ello es que en la fracción I se prevé la ausencia de acción, en la fracción II la ausencia de tipicidad, en la fracción III la ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, en las fracciones IV, V y VI, las causas de licitud que eliminan la antijuridicidad, en las fracciones VII, VIII, IX y X, la ausencia de culpabilidad por eliminarse los elementos de ésta como son la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la no exigibilidad de otra conducta o el dolo. "Asimismo, debe convenirse en que, para analizar la existencia de un delito, debe seguirse un orden lógico, así primero debe tenerse una conducta de acción u omisión, satisfecho lo anterior, debe verificarse que esa conducta sea típica, luego que también sea antijurídica y por último, que sea culpable a título de dolo o de culpa, lo anterior, porque no puede existir una conducta culpable si antes no es típica y antijurídica; en cambio, sí pueden existir acciones que no sean típicas o que siéndolo no sean antijurídicas o tampoco culpables, en otras palabras, la culpabilidad, siempre presupone la antijuridicidad, la tipicidad y la conducta, pero no a la inversa, esto es, un elemento del delito presupone la existencia del anterior, pero no la del posterior. "Precisado lo anterior, procede determinar cuáles son los elementos del delito que se desprenden de la flagrancia. "La figura de la flagrancia se encuentra contenida en el cuarto párrafo del artículo 16 constitucional, que establece: (se transcribe). "Como se ve, el texto del artículo 16 constitucional, nada dice sobre el significado de la flagrancia, sin embargo, es el Código Federal de Procedimientos Penales, el que precisa, qué debe entenderse por flagrancia, ya que en el primer párrafo del artículo 267, establece: (se transcribe). "Respecto al concepto de flagrancia, Zamora Pierce Jesús, en su obra 'Garantías y Proceso Penal', México, 1990, Editorial Porrúa, cuarta edición, página veintiséis, expresa: "Llámesse delito flagrante a aquel cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del latín: flagrare) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito.' "Luego entonces, la flagrancia atañe al momento en que alguien se percata que el sujeto activo realiza los actos ejecutivos del delito, como es privar de la vida, desposeer, transportar o lesionar, según sea el delito.

"Empero, la flagrancia no es indicativa del dolo, pues éste, como ya se vio, es un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, y como tal no es susceptible de apreciarse a simple vista, sino que para ello es necesario constatar que el agente activo tenía conocimiento de los elementos objetivos del tipo y que quería la realización de la conducta. "De esta forma, si la flagrancia solamente atañe a cuestiones objetivas relativas al momento en que se está cometiendo la acción típica, esto es, se refiere únicamente al momento en que se despliega la conducta, de ello se colige que el único elemento del delito que se puede desprender de ésta es la comisión de una conducta típica, y a lo sumo, se presume la antijuridicidad. "En este sentido, Hans Welzel, en su obra ya citada, página noventa y ocho, dejó establecido que: "Si el autor ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un «indicio» de la antijuridicidad.' "Igualmente, J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, en la obra antes mencionada, volumen II, página diecinueve, refieren: "De esta forma, dado que el tipo contiene no sólo elementos positivos, sino también negativos (las causas de justificación), quiere decir que constatada la tipicidad en su conjunto, queda también afirmada la antijuridicidad. Igualmente, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad.' "En cambio, el elemento subjetivo dolo, como una forma de culpabilidad, se advierte de la confesión del agente activo o de los indicios que arrojen las demás pruebas allegadas al hecho. "Luego entonces, si la flagrancia únicamente presupone la existencia de una conducta típica y antijurídica, tal circunstancia no implica que su autor necesariamente sea culpable a título de dolo o de culpa. "Admitir que la flagrancia es indicativa de culpabilidad, implica que se presuma el dolo, lo que importa que toda conducta se tenga como intencional, en otras palabras, se presumirá que el sujeto es culpable de la comisión del delito, lo que se estima contraviene el principio de inocencia; cuenta habida de que ello no es posible (presuponer el dolo), pues como ya se vio, los elementos del delito - tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (a título de dolo o culpa)- presuponen el anterior, pero no el subsecuente. "Por tanto, la flagrancia en sí misma es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, por tanto, no releva al Ministerio Público su obligación de probar la comisión dolosa del delito. "Cuenta habida de que, la presunción de inocencia se desvirtúa hasta en tanto se establezca legalmente su culpabilidad. "De esta forma, la circunstancia de que el sentenciado haya sido detenido en flagrancia y niegue conocer la existencia de la droga, no desvirtúa la presunción de inocencia, ni tiene como efecto revertir al procesado la carga de la prueba de su versión exculpatória, máxime que como ya se dejó establecido, la negativa que aduce no constituye una causa excluyente del delito, sino que es un hecho negativo, que no releva la obligación del órgano acusador de comprobar su aspecto positivo, esto es, el dolo, ya que dicha carga opera en todo caso, como un efecto del principio de presunción de inocencia." Amparo directo 230/2004. "En primer término, es menester indicar que de la lectura del fallo combatido se advierte que el tribunal responsable señaló que si bien los acusados al rendir declaración preparatoria señalaron desconocer la existencia de la droga que fue asegurada en los tractocamiones que conducían, sin embargo existía el hecho de que fueron sorprendidos en flagrancia delictiva, por haberlos detenido cuando transportaban cocaína, lo que lo llevó a concluir que los procesados realizaron la conducta con dolo y que resultaba incuestionable que a ellos correspondía el deber de probar lo contrario, esto es, que ignoraban que dentro de los vehículos que conducían estuviera la droga afectada. "Que por lo anterior, era infundado lo expuesto por la defensa en el sentido de que operó a

favor de los sentenciados, la causa de exclusión del delito prevista por el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal. "La anterior consideración se estima desacertada. "Los artículos 7o., primer párrafo y 8o., ambos del Código Penal Federal, disponen: (se transcribe). "De los citados dispositivos legales, se denota que los delitos pueden ser dolosos o culposos. "La figura del dolo es definida en el primer párrafo del artículo 9o. del Código Penal Federal, en los siguientes términos: (se transcribe). "El precepto transcrito prevé lo que en dogmática se conoce como dolo directo y dolo eventual; la primera forma de dolo es la que aquí interesa, y ésta se integra a su vez, por dos elementos: 1. El conocimiento de que la conducta es delictuosa, y 2. Querer o aceptar la realización del hecho previsto como delito. "Cobra aplicación al caso, la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página dos mil seiscientos veinte, que establece: (se transcribe). "En relación con el concepto de dolo directo y sus elementos, Francisco Muñoz Conde, en su obra 'Derecho Penal. Parte General', quinta edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, dos mil dos, páginas doscientos sesenta y nueve a doscientos setenta y uno, expone: "El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo. "El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Este concepto unitario de dolo no es, sin embargo, fácilmente aplicable en algunos casos límite entre dolo y la imprudencia en los que tanto el elemento cognitivo, como el volitivo quedan desdibujados o son difícilmente identificables; pero se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo, sin perjuicio de hacer las necesarias matizaciones en la exposición de ambos conceptos."... "A) Elementos "De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo está constituido por dos elementos; uno intelectual y otro volitivo. "a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir, ha de saber, por ejemplo, en el homicidio que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena; en los abusos sexuales, que el sujeto pasivo está privado de sentido o que es menor de 13 o de 16 años, etc. "... "El conocimiento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. "... "El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo. "... "b) Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos.' "... "En este orden de ideas Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, en su obra 'Lecciones de Derecho Penal', 1a. edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, volumen II, página 63, menciona: "4.4. El contenido del dolo. De acuerdo con la definición de dolo que se ha dado anteriormente, se puede distinguir en el dolo un elemento cognitivo y un elemento volitivo. Por tanto, se integran en el dolo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla.' "En el artículo 9o. del código punitivo federal, el elemento cognitivo se desprende de la frase: 'conociendo los elementos del tipo penal', mientras que el elemento volitivo, se advierte cuando se dice: 'quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley'. "Así, la comprobación del dolo requiere, necesariamente, la acreditación de que el sujeto tiene conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y quiere

la realización del hecho descrito por la ley. "Por su parte, el tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece: (se transcribe). "Como se ve, el legislador ubicó el dolo como una forma de culpabilidad, que es el juicio de reproche que se le hace al responsable del delito. "Ahora, el delito contra la salud en su modalidad de transportación, imputado a los quejosos se encuentra previsto y sancionado por el artículo 194, fracción I, primer párrafo, del Código Penal Federal, que establece: (se transcribe). "De su contenido se obtiene que los elementos objetivos del tipo penal del delito en cuestión se conforma por una acción de transportar el objeto material, que es un narcótico, la puesta en peligro al bien jurídico tutelado, que es la salud pública, un resultado formal y su atribuibilidad al agente activo. "Conforme a lo expuesto, en el caso estudiado, para acreditar el dolo en la comisión del delito contra la salud, en su modalidad de transportación, es menester probar que los agentes del delito tenían pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia de la cocaína (objeto material) oculta debajo del colchón y dentro de un compartimiento del camarote del automotor que manejaban. "Ahora bien, en el ámbito del derecho procesal, precisamente en materia de prueba, debe tomarse en consideración que el dolo es un elemento subjetivo, y como tal atañe a la psique del individuo, de ahí que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo sea la confesión del agente del delito. Pero, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial. "Lo anterior, tiene apoyo en la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página setecientos diez, que establece: (se transcribe). "El tribunal de alzada, a este respecto refirió: "SEXTO. Devienen infundados los conceptos de agravio expresados por la defensora pública federal, a favor de los enjuiciados ... "Se dice lo anterior, pues la expositora de los agravios manifiesta en su escrito de inconformidad que opera a favor de los activos, la causa de exclusión del delito prevista en el numeral 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal, en virtud de que ... no tenían conocimiento de que en los vehículos que conducían, estuviere la droga afecta al proceso, ya que así lo manifestaron al declarar ante el Juez de la causa, y dentro del periodo de instrucción; sin embargo, es el caso de que en la especie existe el hecho cierto y probado de que a ... se les sorprendió en flagrancia delictiva, es decir, transportando, el primero de los mencionados, ciento dieciséis paquetes de diferentes tamaños de forma rectangular, elaborados con cinta masking tape, continentes de polvo blanco, cocaína, que arrojaron un peso de ciento treinta y cuatro kilogramos, y el mencionado en segundo lugar, también se le sorprendió transportando ciento dieciséis paquetes de diferentes tamaños, de forma rectangular, elaborados con cinta masking tape, continentes de polvo blanco, cocaína, que arrojaron un peso de ciento treinta y cuatro kilos con seiscientos gramos, los que arrojaron un peso total (entre los inculcados) de doscientos sesenta ocho kilos con seiscientos gramos, lo que lleva a concluir fundadamente, a título de deducción razonable, que ... realizaron la conducta con dolo, y es incuestionable que a ellos corresponde el deber de probar lo contrario, o sea, que ignoraban que dentro del vehículo que conducía cada inculcado el día de los hechos, estuviera la droga afecta a la causa, lo cual no se demostró en el sumario con prueba alguna. "Es aplicable al caso la tesis consultable en la página 1352 del Tomo XV, correspondiente al mes de enero del año dos mil dos, Tercer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro que dice: «SALUD, DELITO CONTRA LA, EN LA MODALIDAD DE TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES. LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD RELATIVA AL

DESCONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE LA DROGA, DEBE ACREDITARLA QUIEN LA INVOCA EN SU DEFENSA. Si el inculpado por un delito contra la salud en la modalidad de transportación de estupefacientes, desde el inicio de la averiguación previa manifestó que no tenía conocimiento de la existencia de la droga que llevaba en el vehículo que conducía, porque únicamente fue contratado para transportar mercancía lícita, este argumento constituye una versión defensiva que debe acreditarse en el sumario, ya que las excluyentes debe probarlas quien las invoca. De esa manera, si el ahora sentenciado no aportó pruebas suficientes para acreditar la excluyente de responsabilidad que invocó en su favor, la versión exculpatoria debe desestimarse.» "Además, debe señalarse que la forma de comisión del delito que se les atribuye a ... es dolosa, porque las circunstancias de ejecución de los hechos, determina la existencia de ese dolo, ya que si bien es cierto que los activos no aceptan la realización de la conducta que se les atribuye (en preparatoria), también lo es que el nexo de causalidad que existe entre sus conductas y el resultado habido lleva a determinar su tipicidad dolosa, ya que el dolo no es una voluntad necesaria coincidente con un resultado concreto, sino que basta que exista un contenido típico inicial del acto volitivo para que dicho resultado se reproche como doloso, máxime que puede no coincidir el resultado concreto y la voluntad inicial, no obstante ello el delito se reprocha como doloso. "Por lo anterior, no opera a favor de ... la causa de exclusión del delito que prevé el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del Código Penal Federal, como lo sostiene la recurrente.' "Este Tribunal Colegiado no comparte la consideración de la responsable, porque el desconocimiento de la existencia de clorhidrato de cocaína, no constituye la excluyente del delito en comento, pues el error de tipo es un conocimiento falaz, que no debe confundirse con la ignorancia, que implica un desconocimiento total. "Sobre el tema del error, el jurista Luis Jiménez de Asúa, en su obra 'La Ley y el Delito', onceava edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, página 146, expone: "b) Ignorancia y error. En el área de la psicología hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.' "De esta forma, si los quejosos alegaron desconocer la existencia del estupefaciente conocido como cocaína, tal argumento no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de uno de los elementos del dolo; de ahí que no correspondía a los sentenciados, demostrar la ausencia de dolo, pues no debe perderse de vista que el dolo como elemento de uno de los componentes del delito, a saber, de la culpabilidad, debe ser plenamente acreditado por el Ministerio Público. "Por otra parte, en relación con el principio de presunción de inocencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria por la que resolvió el amparo en revisión 1293/2002, dejó establecido que: (se transcribe). "Si bien en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se prevé expresamente el principio de presunción de inocencia, se contiene implícitamente en sus artículos 14, párrafo segundo, 16, primer párrafo, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, que a la letra disponen: (se transcriben). "De la interpretación armónica y sistemática de los anteriores dispositivos constitucionales, se desprende, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a

su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. "En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal Estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. "Así, con independencia de los tratados internacionales a que alude el quejoso recurrente, que contienen la presunción de inocencia en materia penal, lo cierto es que la propia Constitución Federal implícitamente reconoce tal principio. "El criterio anterior, se contiene en la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, página catorce, cuyos rubro y texto dicen: (se transcribe). "En este sentido, resulta oportuno señalar que el concepto de delito que adopta el sistema penal federal, no se limita a lo establecido en el artículo 7o. del Código Penal Federal, de acuerdo con el cual, 'delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales', sino que el delito se conceptúa como la acción típica, antijurídica y culpable. "El anterior concepto, es admitido por la dogmática, así, tenemos que Hans Welzel, en su obra 'Derecho Penal Alemán', Editorial Cárdenas, Chile, 1997, cuarta edición traducida del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, página 57, menciona: "Una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad. Una acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad, tiene que ser «típica» y «antijurídica», y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser «culpable». La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad -responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.' "En nuestra legislación penal del orden federal, los tres componentes del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se desprenden de su artículo 15, en que se prevén las excluyentes del delito, pues éstas no son otra cosa que su aspecto negativo, es

decir, la ausencia de acción, de tipicidad, de antijuridicidad y culpabilidad, ejemplo de ello es que en la fracción I se prevé la ausencia de acción, en la fracción II la ausencia de tipicidad, en la fracción III la ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, en las fracciones IV, V y VI, las causas de licitud que eliminan la antijuridicidad, en las fracciones VII, VIII, IX y X, la ausencia de culpabilidad por eliminarse los elementos de ésta como son la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, la no exigibilidad de otra conducta o el dolo. "Asimismo, debe convenirse que para analizar la existencia de un delito, debe seguirse un orden lógico, así primero debe tenerse una conducta de acción u omisión, satisfecho lo anterior, debe verificarse que esa conducta sea típica; luego, que también sea antijurídica y por último, que sea culpable, a título de dolo o de culpa, lo anterior, porque no puede existir una conducta culpable si antes no es típica y antijurídica; en cambio, sí pueden existir acciones que no sean típicas o que siéndolo no sean antijurídicas o tampoco culpables, en otras palabras, la culpabilidad, siempre presupone la antijuridicidad, la tipicidad y la conducta, pero no a la inversa, esto es, un elemento del delito presupone la existencia del anterior, pero no la del posterior. "Precisado lo anterior, procede determinar cuáles son los elementos del delito que se desprenden de la flagrancia. "La figura de la flagrancia se encuentra contenida en el cuarto párrafo del artículo 16 constitucional, que establece: (se transcribe). "Como se ve, el citado dispositivo constitucional, nada refiere sobre el significado de la flagrancia, sin embargo, es el Código Federal de Procedimientos Penales, el que precisa, qué debe entenderse por flagrancia, ya que en el primer párrafo del artículo 267, establece: (se transcribe). "Respecto al concepto de flagrancia, Jesús Zamora Pierce, en su obra 'Garantías y Proceso Penal', México, 1990, Editorial Porrúa, cuarta edición, página 26, expresa: "'Llácese delito flagrante a aquél cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del latín flagrare) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito.'" "Entonces, tenemos que la flagrancia atañe al momento en que alguien se percata, que el sujeto activo realiza los actos ejecutivos del delito, como es privar de la vida, desposeer, transportar o lesionar, según sea el delito. "Empero, la simple flagrancia no es indicativa del dolo, pues éste, como ya se vio, es un elemento subjetivo que atañe al ánimo del individuo, y como tal no es susceptible de apreciarse a simple vista, sino que para ello es necesario constatar que el agente activo, tenía conocimiento de los elementos objetivos del tipo y que quería la realización de la conducta. "De esta forma, si la flagrancia solamente incumbe a cuestiones objetivas relativas al momento en que se está cometiendo la acción típica, esto es, se refiere únicamente al momento en que se despliega la conducta, de ello se colige que el único elemento del delito que se puede desprender de ésta es la comisión de una conducta típica, y a lo sumo, se presume la antijuridicidad. "En este sentido, Hans Welzel, en su obra ya citada, página 98, estableció: "'Si el autor ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un «indicio» de la antijuridicidad.'" "Igualmente, J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, en la obra antes mencionada, volumen II, página 19, refieren: "'De esta forma, dado que el tipo contiene no sólo elementos positivos, sino también negativos (las causas de justificación), quiere decir que constatada la tipicidad en su conjunto, queda también afirmada la antijuridicidad. Igualmente, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad.'" "En cambio, el elemento subjetivo dolo, como una forma de

culpabilidad, se advierte de la confesión del agente activo o de los indicios que arrojen las demás pruebas allegadas al hecho. "Luego entonces, si la flagrancia únicamente presupone la existencia de una conducta típica y antijurídica, tal circunstancia no implica que su autor necesariamente sea culpable a título de dolo o de culpa. "Admitir que la flagrancia es indicativa de culpabilidad, implica que se presume el dolo, lo que importa que toda conducta se tenga como intencional, en otras palabras, se presumirá que el sujeto es culpable de la comisión del delito, lo que se estima contraviene el principio de inocencia; cuenta habida de que ello no es posible (presuponer el dolo), pues como ya se vio, los elementos del delito - tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (a título de dolo o culpa)- presuponen el anterior, pero no el subsecuente. "Por tanto, la flagrancia en sí misma es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, por tanto, no releva al Ministerio Público de su obligación de probar la comisión dolosa del delito. "Cuenta habida de que la presunción de inocencia se desvirtúa hasta en tanto se establezca legalmente su culpabilidad. "De esta forma, la circunstancia de que los sentenciados hayan sido detenidos en flagrancia y nieguen conocer la existencia de la droga, no desvirtúa la presunción de inocencia, ni tiene como efecto revertirles la carga de la prueba de su versión exculpatória, máxime que como ya se dejó establecido, la ignorancia que aducen no constituye una causa excluyente del delito, sino que es un hecho negativo, que no releva la obligación del órgano acusador de comprobar su aspecto positivo, esto es, el dolo, ya que dicha carga opera en todo caso, como un efecto del principio de presunción de inocencia. "... "Por tales motivos no se comparte la consideración de la responsable en la que sostiene que: "... quienes son sorprendidos en esos comportamientos optan ... negar su participación, debiendo hacerse también hincapié, en que la presencia del dolo se deduce en términos de los artículos 168 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues no debe perderse de vista que el dolo es el conocer y querer el hecho en concreto, en este caso el objetivo de desplazar el narcótico de un punto geográfico determinado a otro distinto, desde luego de manera ilegal, y ello lógicamente se obtiene con base en el principio de que lo ordinario se presume y lo excepcional se demuestra ... que quienes son detenidos de manera flagrante, conduciendo los vehículos en donde fue descubierta la droga, ordinariamente saben de su existencia y por ende, quieren y aceptan transportarla y lo excepcional sería lo contrario, es decir, cuando niegan que conocen su existencia; por tanto, establecido el señalamiento de los captores y de alguna manera el de los propios inculpados en el sentido de que el estupefaciente afecto fue descubierto en el camarote de los vehículos que conducían ... negando tener conocimiento de la existencia de esa droga ... resulta obvio que a ellos correspondía la demostración de esa negativa ... y menos aún si en la causa, no comprobaron que efectivamente desconociesen la existencia de la droga que fue localizada en el camarote de los referidos vehículos.' "Sin embargo, el disenso de este cuerpo colegiado con el anterior razonamiento de la autoridad responsable, por los motivos que se expusieron, no resulta suficiente para conceder a los quejosos la protección constitucional solicitada, toda vez que la representación social cumplió con la carga correspondiente, al aportar los suficientes medios de convicción para tener por demostrada la totalidad de los elementos del antijurídico imputado a los sentenciados, de entre los que destaca la propia declaración ministerial de los acusados, habida cuenta que, como lo indicó el tribunal responsable al confirmar el fallo llegado a la alzada, en sus declaraciones ministeriales aquellos admitieron su participación en los hechos, mientras que en vía de preparatoria, y, posteriormente, en ampliación de

declaración, retractaron de su depuesto inicial, sin embargo, dicha retractación no adquiere eficacia jurídica alguna, pues las pruebas que fueron ofrecidas no resultaron aptas para tal fin. "Así es, la autoridad responsable declaró infundados los agravios expresados por la defensora pública federal, ya que los elementos de convicción allegados al sumario, los consideró aptos y suficientes para comprobar el delito contra la salud, en la modalidad de transporte de clorhidrato de cocaína, previsto y sancionado por el artículo 194, fracción I, del código punitivo federal, así como la participación de los quejosos en términos de la fracción II del artículo 13 del mismo ordenamiento legal. "Enseguida procedió a realizar un estudio oficioso de los elementos constitutivos del delito ... "Bajo esas consideraciones concluyó, que con las referidas pruebas resultó correcto el proceder del Juez a quo, ya que se acreditó por medio de la prueba circunstancial que a las tres horas del ocho de abril de dos mil, los activos llevaron a cabo una conducta de acción consistente en el desplazamiento de doscientos treinta y dos paquetes con clorhidrato de cocaína, de un medio geográfico a otro diverso dentro del territorio nacional, específicamente desde Culiacán, Sinaloa, hasta la caseta de cobro de Magdalena de Kino, Sonora; que dicha conducta es típica del delito contra la salud, en su modalidad de transporte de cocaína, por cuanto encuadra en la hipótesis prevista en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, que con su actuar pusieron en peligro el bien jurídico tutelado que lo es la salud pública, que dicha conducta la desplegaron de manera dolosa en términos del artículo 9o., primer párrafo, del Código Penal Federal. "Consideró que en lo tocante a la responsabilidad de los acusados, en la perpetración de dicho injusto también se demostró a través de la circunstancial, de conformidad con el artículo 286 del código adjetivo penal federal, contándose para tal efecto con la parte informativa, que estimó, al igual que el Juez de primer grado, como un testimonio, al reunir los requisitos del artículo 289 del ordenamiento en cita y con valor de indicio conforme al numeral 285. "Que de dicho informe se advertía que los inculpados habían sido detenidos en flagrante delito, toda vez que a bordo de los tractocamiones que ellos conducían fueron localizados paquetes con clorhidrato de cocaína, que pesados en su conjunto arrojaron un peso total de doscientos sesenta y ocho kilos con seiscientos gramos (sin tomar en cuenta los que hallaron en la unidad conducida por el diverso sentenciado). "Que dicha parte, se corroboraba con el acta circunstanciada de ocho de abril de dos mil, suscrita por el licenciado ... agente del Ministerio Público de la Federación, comisionado en el punto de revisión carretero, quien hizo constar la forma de detención de los inculpados así como el hallazgo y aseguramiento del narcótico. "Que los anteriores medios probatorios, se vinculaban con las declaraciones ministeriales de los inculpados, en donde estuvieron de acuerdo con la parte informativa, así como con el acta en cuestión, además admitieron haber sido detenidos en la multicuada caseta de cobro cuando se encontraban estacionados los vehículos, en donde fueron localizados paquetes de diferentes tamaños conteniendo clorhidrato de cocaína, que a preguntas formuladas por el fiscal federal, éstos contestaron que como a la una de la mañana y con los camiones ya cargados se entrevistaron con ... y les dijo qué llevaban 'chingadera' hasta Nogales, que al llegar una persona les entregaría quince mil pesos a cada uno y que ellos debían entregar las llaves de los camiones. "Estimó, que dichas deposiciones se relacionaban con la diversa declaración ministerial de ... quien manifestó, que cuando fue detenido en el Precos de Benjamín Hill, en donde revisaron el camión que conducía y los agentes federales localizaron cocaína, le informó al agente del Ministerio Público, que momentos antes habían pasado dos camiones con las mismas características, de la misma empresa, transportando el

mismo narcótico. "Bajo esta premisa, consideró que los indicios obtenidos de las pruebas mencionadas, concatenados entre sí, resultaban suficientes para acreditar a través de la prueba circunstancial, que los ahora quejosos realizaron por sí mismos el transporte del estupefaciente que ahora se les reprocha, interviniendo en el ilícito en términos del artículo 13, fracción II, del Código Penal Federal. "Que no obstaba el hecho de que los activos se hubiesen retractado de su dicho inicial, al momento de rendir declaración preparatoria, al aducir que no sabían de la droga que traían las unidades que manejaban y que en vía de ampliación de declaración hubieran señalado que nunca dijeron que traían 'chingadera', pues dichas versiones no se encontraban corroboradas en forma alguna, pues en contra de las mismas se encontraba su primera declaración, la cual debía prevalecer por ser más cercana a los hechos y sin tiempo suficiente de aleccionamiento." CUARTO. Las consideraciones del Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver el juicio de amparo en revisión 553/98 y los amparos directos 213/2001 y 605/2002, en lo que interesan, son las siguientes: Amparo en revisión 553/98. "TERCERO. Los agravios expresados por el aquí recurrente, resultan infundados. "... "El recurrente, en esencia esgrime como agravio que el auto de formal prisión, por el delito contra la salud en su modalidad de transportación de marihuana, dictado en su contra por la autoridad responsable vulnera sus garantías individuales, toda vez que del mismo se denota la ausencia del cumplimiento de requisitos de fondo que debe llenar éste, como son la demostración del tipo delictivo y la probable responsabilidad, puesto que la conducta que realizó el aquí compareciente resulta irrelevante para la materia penal, al no existir manifestación de voluntad de su parte para realizar el delito, no habiendo ninguna prueba que demuestre que tenía conocimiento de la marihuana y su deseo de transportarla; asimismo, de que la modalidad del ilícito que se le imputa debe implicar la posesión del estupefaciente encontrado, no pudiendo suceder esto si se desconoce la existencia del mismo, y siendo que este delito es de comisión dolosa, debió probarse el dolo, lo que nunca se hizo, no existiendo en consecuencia nexo causal entre su voluntad y la conciencia de la realización del delito. Insistiendo nuevamente el recurrente en diverso agravio que en forma, ninguna se analiza su supuesta probable responsabilidad en la comisión del delito imputado, la cual no se puede sostener que exista demostrada y menos con la prueba presuntiva, pues punto medular a demostrar, aunque sea en forma probable, es su voluntad o querer de su parte realizar el ilícito, lo que presupone el conocimiento de la existencia de la droga y de su naturaleza, y en el caso no existe prueba alguna que apoye la culpabilidad consistente de su parte en la comisión del delito, pues el fiscal federal quien tiene la carga probatoria, no aportó pruebas que demostraran su probable responsabilidad. Igualmente el recurrente también expresa que el Juez de Distrito, vuelve a incurrir en la deficiencia que le señaló a la autoridad que dictó el auto de formal prisión, pues no se ocupa de la culpabilidad, como elemento integrante del concepto del delito, en consecuencia el acto reclamado y la sentencia que se revisa, carecen de la debida motivación y fundamentación en la declarativa de probable responsabilidad, justificándose también la afirmación de que no existían los requisitos de forma en cuanto a los datos en relación a su persona y al delito mismo referentes al lugar, tiempo y modo de su realización. Por otra parte, señala como fuente de agravios la ilegal e inconstitucional actuación de la Policía Federal de Caminos, en cuanto hace a la investigación que realizaron en el camión conducido por el recurrente, argumentando que la persecución de los delitos mediante la investigación de ellos no les compete y mucho menos realizar perforaciones en el vehículo tripulado,

proceder autoritario y prepotente, constituyendo esta actividad una pesquisa prohibida por la Constitución. "Las anteriores inconformidades expresadas por el aquí recurrente, resultan a juicio de este Tribunal Colegiado infundadas, toda vez que del auto de formal prisión dictado por la autoridad responsable en contra de ... como presunto responsable en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de transportación de marihuana, no se advierte violación a las garantías consagradas por nuestra Carta Magna, siendo que de las constancias recabadas durante la averiguación previa y las diligencias practicadas por el Juez de Distrito, resultan acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del acusado, puesto que de las mismas se advierte claramente que el día veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y siete a las 05:45 horas 'México-Piedras Negras' (tramo Ojo Caliente-Carbonera), fue detenido por oficiales de la Policía Federal de Caminos en camión tipo caja cerrada, marca ... color ... modelo ... conducido por ... quien manifestó, que el vehículo lo traía de la Ciudad de México, Distrito Federal, y que le habían pagado \$2,000.00 (dos mil pesos 00/100 M.N.) por recoger unos colchones de la ciudad de Santa Catarina, N.L., procediendo los oficiales a realizar una revisión del vehículo encontrando en el interior de la caja, en la parte inferior frontal, un compartimiento, que al hacerle una perforación despidió un fuerte olor característico de la marihuana, y que posteriormente al abrir el mencionado compartimiento se encontraron en su interior sesenta y ocho paquetes de diferente peso y tamaño envueltos en tela adhesiva conteniendo un vegetal verde y seco con el olor y características de la cannabis indica o marihuana, arrojando un peso bruto total de quinientos treinta y dos kilogramos; quedando de manifiesto con lo anterior, como bien lo menciona el Juez a quo, que una persona ... trasladaba de un lugar geográfico a otro diverso, un narcótico (marihuana) de los señalados por la Ley General de Salud como prohibidos por su calidad y cantidad, así como que no contaba con el permiso de autoridad para realizar tal actividad, contraviniendo con ello dispositivos legales y por lo mismo poniendo en peligro la salud pública, cumplimentándose con esto cada uno de los elementos del tipo penal señalado, así como los datos de lugar, tiempo y modo de realización del delito. Por lo que toca a la probable responsabilidad de ... son igualmente inaceptables los argumentos vertidos, ya que de las mismas constancias resultan datos suficientes que deducen su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado, como lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168; toda vez que no siendo acreditado lo señalado por el recurrente, sobre su desconocimiento de la marihuana que transportaba y por tanto la falta de manifestación de voluntad para realizar el delito, así como ninguna otra de sus afirmaciones, este Alto Tribunal sostiene, al igual de como lo hizo el Juez de Distrito, que es al propio acusado ... a quien le correspondía la carga de probar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia del enervante transportado, así como de todas y cada una de las aseveraciones hechas en el proceso, pues atentos al principio de que el que afirma debe probar, resulta obvio que a pesar de que el imputado esté negando el conocimiento de la marihuana, su negación entraña una afirmación de la cual él tiene el cometido de probar y no el Ministerio Público como indica, ya que en todo caso el representante social probó el hecho incontrovertible del hallazgo de la marihuana, y que la misma era transportada en un camión conducido por ... sin que éste en ningún momento aportara pruebas tendientes a desvirtuar tales circunstancias y por tanto a demostrar el desconocimiento que insiste en afirmar, creándose con esto la presunción de su probable responsabilidad en la comisión del delito, puesto que los hechos de los cuales se deriva esta presunción se

encuentran probados existiendo un enlace necesario entre la verdad conocida y la que se busca; no siendo atendible el principio que invoca el recurrente de que 'toda persona se presume inocente, mientras no se demuestre lo contrario', pues en la especie, sí existe demostración en contrario por parte del Ministerio Público de lo afirmado por el inculpado, suficiente para hacerlo probable responsable del delito imputado. En consecuencia, ante su omisión de justificar sus afirmaciones, es viable sostener la participación dolosa de ... en la comisión del delito y su voluntad o querer en la realización del mismo aplicándose a lo anterior, la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX, enero, Octava Época, del Tribunal Colegiado de Circuito, que sustenta: 'PRUEBA, CARGA DE LA MATERIA PENAL.' (se transcribe). "Además, no estando corroborado con prueba alguna, resulta inverosímil lo dicho por el imputado ya que si como lo afirma, se dedica a ser chofer para transportar artículos diversos en el centro de abastos en la Ciudad de México, Distrito Federal, es difícil que no haya podido notar o sentir el peso que traía de más el camión que conducía, supuestamente estando vacío, siendo que el peso arrojado por los paquetes del narcótico (quinientos treinta y dos kilogramos) es bastante considerable como para no crear algún tipo de resistencia en el vehículo; por otra parte es igualmente increíble, que al aceptar el trato con el dueño del camión no se haya podido percatar del compartimiento que llevaba el camión, siendo que a todas luces resulta sospechoso una caja de esas características, así como haber aceptado llevar el camión sin ni siquiera preguntar y cerciorarse del contenido de dicha caja, si como según él afirma, no conocía bien a la persona que le ofreció el trabajo. No bastando, pues, la simple afirmación del imputado para crear convicción de no haber tenido el conocimiento de la marihuana que transportaba. Es aplicable la tesis IV.2o. J/44, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 68, junio 1994, del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, que a la letra dice: 'CONFESIÓN. FALTA DE.' (se transcribe). "Además como se observa de lo antes expuesto, contrario a lo que se duele el recurrente de que el respectivo auto de formal prisión dictado en su contra carece de la debida fundamentación y motivación, de todo lo anterior, se desprende claramente que sí existen los datos suficientes para comprobar los elementos del tipo delictivo y hacer probable la responsabilidad del acusado, cumpliéndose con lo dispuesto por el artículo 19 constitucional. Aplicándose en lo conducente la tesis VI.1o. J/49, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, mayo de 1991, página 76, que dice: 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, PARA DICTARLO NO SE REQUIERE PRUEBA PLENA DE RESPONSABILIDAD.' (se transcribe) ..." La citada ejecutoria dio lugar al criterio plasmado en la siguiente tesis: "Novena Época Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito "Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta "Tomo: X, noviembre de 1999 "Tesis: VIII.1o.27 P "Página: 1009 "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su

participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia. "PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. "Amparo en revisión 553/98. Justiniano Rivas Rojas. 10 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Roberto Rodríguez Soto." Amparo directo 213/2001. "QUINTO. El primer argumento que hace valer el quejoso resulta fundado pero insuficiente para conceder el amparo y protección de la Justicia Federal, en atención a las siguientes consideraciones. "Primeramente, respecto al primer concepto de violación aducido, es pertinente señalar que si bien es cierto, la autoridad responsable señala en su resolución que existe confesión calificada divisible en términos de lo dispuesto por los artículos 207 y 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo, en concepto de este tribunal, y como se puede advertir de la declaración rendida ante el agente del Ministerio Público de la Federación, residente en la ciudad de Gómez Palacio, Durango, el 17 de mayo de 1997 (fojas 27 y 28 del proceso penal), y de la declaración preparatoria rendida el 19 de mayo de 1997 ante el Juez Primero de Distrito en la Laguna, con residencia en la ciudad de Torreón, Coahuila (fojas 49 a 51 del proceso penal), el hecho de que el ahora quejoso admita que venía acompañando al conductor del vehículo en que se encontró la marihuana afecta a la causa, resulta insuficiente para estimar que aceptó hechos constitutivos del delito que se le imputa, concretamente respecto a su responsabilidad, ya que por otro lado, refiere que en ningún momento tenía conocimiento de que en el vehículo en que venía, se encontrara oculto el estupefaciente, en esas condiciones, no puede decirse que se parta del hecho de que existe confesión por parte del inculpado, tal como lo aseveró el Magistrado responsable. "Ahora bien, no obstante que dicho concepto de violación resulta fundado, pues no puede decirse que exista confesión del inculpado, por no admitir hechos respecto a su responsabilidad en la comisión del delito, sin embargo, resulta insuficiente para conceder el amparo y protección de la Justicia Federal, ya que de los restantes elementos de prueba valorados, tanto por el Magistrado responsable, como por el Juez de Distrito, al tenor de lo dispuesto por los artículos 279 y 284 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, se acreditaron circunstancias exteriores de modo, lugar y fecha de ejecución en que ... transportaron en forma consciente y voluntaria en el vehículo en el que viajaban y fueron detenidos, y que era conducido por el primero de los mencionados, desde la ciudad de Durango, Durango, hasta el lugar de su detención, aproximadamente sesenta y seis kilos con trescientos gramos, involucrando así lugares distintos y medios geográficos diferentes, en contravención a lo establecido por la Ley General de Salud. Lo anterior, porque en sus respectivas declaraciones admitieron los propios inculpados, que la droga afecta les fue localizada en dicho vehículo, por los agentes captadores, cuando procedieron a revisar el mismo, y por otro lado, se advierte que resulta inverosímil su dicho, respecto al desconocimiento de que en el vehículo venía oculta la droga, lo anterior por las diversas contradicciones en que incurrieron los coacusados consistentes principalmente, en las vertidas en sus

respectivas declaraciones ministeriales, cuando el propio ... manifestó, que en la ciudad de Durango, buscando el domicilio de su tía, se encontró a una persona que conoce con el apodo de ... mismo que con anterioridad radicaba en la ciudad de Monterrey, Nuevo León y a quien después de saludar, dicho individuo le preguntó qué andaba haciendo en esa ciudad, y el ahora quejoso ... le dijo que buscaba a su tía pero no la había podido localizar, y dicha persona lo invitó para que se quedara en su domicilio mientras trataba de localizar a su tía, permaneciendo en dicho lugar hasta un día antes de su detención. Por su parte, dicha versión fue desvirtuada por el propio ... a quien apodan ... pues según su declaración testimonial rendida el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y siete (foja 131 del juicio penal), señaló que la última vez que vio a ... fue el veintiséis de mayo, aproximadamente a las diez de la mañana, en el domicilio ubicado en la calle ... sin recordar el número, en la colonia ... donde se encuentra el domicilio del acusado (ahora quejoso). Por tanto, no es cierto que el testigo ... viva en la ciudad de Durango, pues en sus generales dio como domicilio el ubicado en la calle ... sin número, lote ... manzana ... de la colonia ... sin embargo el ahora quejoso dijo que había vivido en Monterrey y que ahora vivía en Durango, lo cual resulta falso, pues en ningún momento el citado testigo dijo que lo había dejado quedarse en algún domicilio de la ciudad de Durango, mientras el acusado buscaba a su tía; además de que la última vez que lo vio, según declaración del testigo fue el día veintiséis de mayo, aproximadamente a las diez de la mañana, siendo que ... fue detenido el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, aproximadamente a las veintiún horas con cinco minutos, según la parte informativa de los agentes aprehensores, situación anterior la que pone en evidencia la contradicción de la declaración del aquí quejoso, así como las demás contradicciones vertidas por el Magistrado instructor en la resolución ahora combatida y que a continuación se transcribe (fojas 32 vuelta a 33 del tomo penal) (se transcribe). "Por lo que a través de la prueba circunstancial, se acreditaron los elementos del tipo penal del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de marihuana, previsto y sancionado por el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, así como la responsabilidad de ... en su comisión. "El segundo de los conceptos de violación, resulta infundado, pues no es cierto que haya sido incorrecto que la autoridad responsable haya estimado la carga de la prueba para el quejoso, cuando la misma le correspondía al Ministerio Público Federal, según se advierte del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. "En efecto, tal como lo señaló la autoridad responsable y contrario a los argumentos vertidos en su segundo concepto de violación, es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, al Ministerio Público le corresponde rendir las pruebas de la existencia del delito y de la responsabilidad del inculpado, en el caso el de transportación de marihuana, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo acompañando al conductor de un vehículo de motor, el cual traía un compartimiento especial donde se encontró determinada cantidad de estupefaciente, que según el dictamen era marihuana y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar

todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusado cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia, pues no obstante que en sus diversas declaraciones el quejoso únicamente aceptó que venía acompañando a ... y que fue detenido en el vehículo donde se les encontró la droga, en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal adujo como causa de exclusión del delito, que el mismo se realizó sin su voluntad, pues desconocía que en el vehículo en que fueron detenidos se transportaba la droga que se les decomisó, así las cosas si como se dijo con anterioridad, existen elementos que afecten la verosimilitud de la declaración del quejoso, como fueron las contradicciones en que incurrieron los coacusados y los testigos ofrecidos en el juicio, el acusado, ahora quejoso, debió haber probado las circunstancias excluyentes o las modificativas atenuantes que introdujo en su favor. "Lo anterior, se corrobora con la tesis VIII.1o.27 P, sustentada por este propio Tribunal Colegiado, visible en la página 1009, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, que dice: 'PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA).' (se transcribe). "Ahora bien, por otro lado, respecto al tercer concepto de violación aducido por el quejoso, en el sentido de que con los elementos de prueba que obran en autos únicamente se acreditan los elementos materiales del tipo penal del delito contra la salud, mas no se acredita de ninguna manera el dolo con el que se dice que actuó, dicho argumento resulta infundado. "Al respecto cabe señalar, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, al Ministerio Público le corresponde acreditar los elementos del tipo penal del delito de que se trate, en el caso el de transportación de marihuana, y la probable responsabilidad del inculpado, dichos elementos según las fracciones del citado precepto, son los siguientes: la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión. "Asimismo, es pertinente señalar que en tratándose de delitos contra la salud, los mismos están contenidos por diversos tipos de peligro, que afectan la salud pública, y por cuanto a su culpabilidad son de dolo necesario, esto es, no pueden cometerse por imprudencia, sino sólo en forma intencional, y se configuran cuando el sujeto realiza con drogas enervantes cualquiera de los actos que los propios tipos de los delitos contra la salud describen. "Sustenta lo anterior, la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 31 del Semanario Judicial de la Federación, Volumen 60, Segunda Parte, Séptima Época, que dice: SALUD, DELITO CONTRA LA. DOLO NECESARIO EN SU COMISIÓN.' (se transcribe). "Por tanto, a fin de acreditar el dolo con que actuó el inculpado, en ocasiones no es posible que se acredite en forma directa, sino que, en términos de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley, es por demás que para acreditar la culpabilidad en el delito doloso, es admisible la prueba circunstancial o indiciaria como la denomina el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 285 y 286, pero sólo cuando se encuentra corroborada con otras pruebas, en virtud de que dicho elemento de

convicción está basado sobre el razonamiento, teniendo como punto de partida hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; por lo cual, si en autos quedó debidamente acreditado que el ahora quejoso acompañaba a ... quien conducía el vehículo, en donde se encontró que el camper traía un compartimiento y en el mismo venía oculta la droga afecta a la causa, que venía de la ciudad de Durango, con destino a la ciudad de Torreón, Coahuila, lo que se corrobora con los elementos de prueba, que el propio peticionario del amparo señala en sus conceptos de violación como son la fe ministerial del vegetal asegurado, el dictamen químico sobre dicho vegetal, la parte informativa realizada por los agentes aprehensores y las declaraciones de los acusados, tanto la ministerial como la preparatoria; pero sin que se haya acreditado por parte del peticionario la causa de excluyente de responsabilidad, que hizo valer en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal, consistente en que no tenía conocimiento de la droga, aunado a las diversas contradicciones en que incurrieron los coacusados, cuando se estableció por parte de ... que era primo de ... y luego en el careo celebrado entre ellos se retractaron, así como el hecho de que ... mencionó que se había quedado en la ciudad de Durango en el domicilio de una persona que conoce con el apodo de ... quien al ser interrogado dicha persona que responde al nombre de ... dijo que vivía en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, y que la última vez que había visto a ... fue afuera de su casa en la calle ... sin recordar el número en la colonia ... así como las diversas contradicciones que expuso el Magistrado responsable y que quedaron transcritas con anterioridad, llevan a establecer que quedó comprobado, en forma circunstancial, que el quejoso tenía conocimiento pleno de la existencia de la droga y el dolo en la comisión del delito de transportación de marihuana, lo que lleva a considerar además que está plenamente acreditada la responsabilidad penal del quejoso en la comisión del delito contra la salud, en su modalidad de transportación, aun cuando no lo haya admitido expresamente en confesión, pues la serie de circunstancias en que acontecieron los hechos permite demostrar que sí tenían conocimiento de la droga que transportaban, y las manifestaciones vertidas en su confesión, por sí solas, no tienen el alcance de invalidar el cúmulo de elementos en que contra de los mismos se alzan y que hacen acreditar que transportaban la droga de la ciudad de Durango, Durango, a la ciudad de Torreón, Coahuila, además, se trata de una simple negativa de su participación en los hechos, dando una explicación no corroborada con prueba alguna, no obstante que como se asentó con anterioridad siendo una causa de excluyente de responsabilidad en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 15 del Código Penal le correspondía al quejoso acreditar la misma, y de admitir como válida la manifestación unilateral de que no tenía conocimiento en la droga, sería destruir todo el mecanismo de la prueba presuncional y facilitar la impunidad (sic) de cualquier inculpado, ya que toda una cadena de presunciones se volvería ineficaz por la sola manifestación de los productores, situación jurídicamente inadmisibles, que lleva a considerar infundado el concepto de violación aludido. En consecuencia, se considera que el dolo con el que actuó el inculpado, para la comisión del delito atribuido, se encuentra acreditado en términos de lo dispuesto por los artículos 285 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, aun cuando haya sido a través de la prueba circunstancial. "Tiene aplicación al caso la tesis IV.3o.26 P, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 910 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, agosto de 1998, Novena Época, que dice: 'SALUD, DELITO CONTRA

LA. EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN, DEBE ESTAR ACREDITADO QUE EL INFRACTOR TENÍA CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE LA DROGA.' (se transcribe). "De igual forma cobra aplicación la jurisprudencia 492, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 276 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, Segunda Parte TCC, que dice: 'CONFESIÓN, FALTA DE.' (se transcribe). "Y finalmente, a fin de acreditar que al quejoso le corresponde probar la excluyente de responsabilidad que invoca en términos de la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal, en el sentido de que no tenía conocimiento de la droga, tiene aplicación la jurisprudencia 547, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 429 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, Segunda Sala TCC, que dice: 'EXCLUYENTES. DEBE PROBARLAS QUIEN LAS INVOCA.' (se transcribe). "Así como la jurisprudencia V.2o. J/42, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la página 914, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, mayo de 1998, Novena Época, que dice: 'EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PRUEBA DE LAS.' (se transcribe). "No pasa desapercibido además que el quejoso señala que siempre sostuvo que no era el dueño del vehículo de motor en donde se les encontró el estupefaciente, pues en el caso, resulta intrascendente dicha circunstancia, ya que el ilícito contra la salud en su modalidad de transportación, se configura con la sola circunstancia de que el estupefaciente se traslade de un lugar a otro, con independencia si quien realiza dicho acto es dueño del vehículo en donde se transporta la droga. "Asimismo, debe señalarse que si bien es cierto la autoridad responsable en su resolución tomó en consideración diversos medios de prueba, para acreditar la prueba circunstancial, basándose en las contradicciones que existieron entre las declaraciones de los acusados, aun cuando efectivamente introdujo, además de las citadas por el Juez de Distrito en la sentencia de primera instancia, otras diversas y que calificadas como meramente subjetivas, tales apreciaciones del Magistrado responsable de ninguna forma desvirtúan las causas para tener por acreditados los elementos del tipo penal del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, previsto en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal y la responsabilidad del ahora quejoso en su comisión, puesto que además de las apreciaciones subjetivas que introdujo el Magistrado obran las diversas como fueron, que ... estableció que en la ciudad de Durango, Durango, se encontró con una persona que le apodan ... quien le ofreció vivir en su domicilio mientras encontraba el de su tía, y posteriormente cuando rindió su declaración la citada persona que apodan ... quien responde al nombre de ... señaló que vive en la ciudad de Monterrey y que la última vez que vio a ... fue en su domicilio en la colonia ... sin referir que se lo haya encontrado en la ciudad de Durango, y que lo haya invitado para quedarse en su domicilio mientras buscaba el de su tía; de igual forma, obra la contradicción entre la declaración de ... cuando estableció que ... era su primo y posteriormente, este último manifestó que no eran parientes, sin que sea suficiente que en el careo celebrado entre ambos coacusados, se haya retractado del parentesco aduciendo ... que dicha expresión de 'primo' la utiliza como saludo, pues se advierte de su declaración que no se expresó en dicha forma, 'como saludo' sino para referirse específicamente a ... como parentesco, son suficientes para establecer que la actitud en que narraron los hechos fue meramente defensiva y preconcebida a efecto de tratar de aludir su responsabilidad en el delito que se les acusa, lo anterior, como ya se dijo, aun ante la ausencia de confesión del citado quejoso. "Ahora bien, como ya se dijo, el dolo

previsto en el artículo 9o. del Código Penal Federal, en la comisión del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de marihuana, previsto en el artículo 194, fracción I, del citado ordenamiento legal, quedó plenamente probado con la prueba circunstancial o indiciaria o que establecen los artículos 285 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo cual, sí le correspondía la carga de la prueba al Ministerio Público Federal, según lo establece el artículo 168, fracción III, del ya citado ordenamiento; sin embargo, situación diversa acontece tratándose de la causa excluyente de responsabilidad, que introdujo el quejoso en sus declaraciones consistente en el desconocimiento de que la marihuana venía en el vehículo en que fueron detenidos, excluyente que se encuentra prevista en el artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal. "Por lo que, no habiéndose acreditado dicha causa de excluyente de responsabilidad, consistente en que el quejoso no conocía que la droga venía oculta en el vehículo en que fueron detenidos, aunado a los demás elementos de prueba que obran en el sumario, principalmente el hecho de que el quejoso no se quedó en el domicilio de ... quien apodan ... en la ciudad de Durango, pues la última vez que se vieron fue en la ciudad de Monterrey, Nuevo León; a que ... no fue contactado por una persona desconocida quien le propuso conducir el vehículo de la ciudad de Durango, Durango a Torreón, Coahuila, sino que él era el propietario de dicho vehículo, según se acreditó con la declaración testimonial de ... y al hecho de que el testigo ... manifestó que el viaje de su hijo ... fue para localizar a su tía y después dijo que el propósito del viaje era para buscar trabajo, sin que en ningún momento el ahora quejoso, haya expresado que el viaje a Durango era para buscar trabajo, por lo que dichas contradicciones hacen prueba plena para acreditar el dolo con el que actuaron los acusados para la comisión del delito y que sí tenían conocimiento de la transportación de la droga, reiterándose lo antes dicho, máxime que nunca acreditó la causa excluyente de responsabilidad consistente en el desconocimiento de la misma. "... "Sin que reiterando lo antes dicho, le corresponda la carga de la prueba al Ministerio Público demostrar que el quejoso tenía conocimiento de la droga, sino que por ser una excluyente de responsabilidad en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal dicha carga probatoria le corresponde a quien la afirma, en el caso, le correspondía al acusado probarla plenamente. "Y si en el caso, no exista prueba directa que acredite la colaboración o forma de participación con su codetenido (sic), no por ello no puede acreditarse en forma indiciaria su participación, tal como se demostró en autos, con las diversas contradicciones en que incurrieron los inculpados y demás elementos de prueba que se aportaron al juicio, y que inclusive fueron ofrecidas por ellos mismos, en los que se desvirtuaron sus diversas manifestaciones defensivas, así como el hecho de que se detuvo a ambos inculpados en el vehículo en que venía oculta la droga, lo que aunado a que se demostraron sus versiones defensivas, ello trae como consecuencia que se tenga por demostrado el acuerdo de voluntades entre el ahora quejoso y su codetenido (sic) para llevar a cabo el ilícito que se les imputa. "... "En virtud de lo anterior, habiéndose acreditado los elementos del tipo penal del delito contra la salud, en su modalidad de transportación de marihuana, previsto y sancionado por el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, así como la responsabilidad penal de ... en su comisión, a través de la prueba circunstancial, aun cuando no haya confesión del mismo en la comisión del delito referido, sino que del restante material probatorio consistente en la fe ministerial del estupefaciente, del vehículo en donde se encontró éste, de las declaraciones de los acusados en que admiten que en el vehículo en que viajaban se les aseguró el vegetal afecto a la causa, y sin que

haya acreditado, el ahora quejoso, de que no tenía conocimiento de que en dicho vehículo se transportaba la droga, antes por el contrario, se corrobora el dolo de su actuar y su responsabilidad con los demás elementos de prueba que ofrecieron en autos como fueron la declaración de ... quienes en ningún momento aducen manifestaciones que corroboren las exposiciones defensivas del inculpado; por lo que, lo procedente es negar el amparo y protección de la Justicia Federal al quejoso contra el acto que reclama el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Octavo Circuito. "Tiene aplicación al caso la jurisprudencia I.3o.P. J/3 sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito visible en la página 681 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, junio de 1996, Novena Época, que dice: 'PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. INTEGRACIÓN DE LA.' (se transcribe)." Amparo 605/2002.

"QUINTO. Analizados los conceptos de violación que hace valer el quejoso, por conducto del defensor de oficio, resultan infundados por las consideraciones siguientes: "Como uno de los argumentos que en concepto de violación se hacen valer, se sostiene que el tribunal responsable al confirmar la sentencia de primer grado, lo realizó aplicando la ley en forma analógica, infringiendo el artículo 14 constitucional, pues a su decir, la prueba circunstancial en que se apoyó no debe estimarse integrada, pues si bien existen datos que le perjudican, existen indicios que le benefician, como son las manifestaciones del acusado durante todo el procedimiento, en las que señaló desde un principio que desconocía la existencia del estupefaciente; las testimoniales de ... quienes coincidieron en señalar que iba de 'raid' en el vehículo asegurado, así como los careos de los captores, por lo que a decir del defensor, no se justificó con plenitud la materialidad del ilícito, pues aduce que no se encuentra demostrado que el acusado tuviera conocimiento de la existencia del vegetal, lo que permite establecer la exclusión delictiva, por lo que el acusado no obró dolosamente, por tratarse de un error de tipo invencible, señalando que la carga de la prueba de los hechos del tipo y de la culpabilidad le corresponden al órgano acusatorio, por lo que si el acusado negó tener conocimiento de la existencia de la droga asegurada y justificó el motivo por el cual se encontraba dentro del vehículo, el órgano de acusación debió demostrar como hecho previo al desplazamiento, que el sentenciado sabía y había participado cargando la droga al vehículo, o haber justificado el acuerdo previo, posterior o concomitante en la realización del evento, por lo que a decir del quejoso, en la especie se actualiza el principio de la duda racional sobre su responsabilidad. "Al respecto cabe decir que, el concepto de violación es infundado, toda vez que, contrario a lo sostenido por el quejoso, este Tribunal Colegiado estima que el tribunal responsable estuvo en lo correcto al valorar los elementos de prueba que obran en autos, pues los mismos acreditan los elementos del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de marihuana, establecido en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, así como la plena responsabilidad del aquí quejoso en su comisión. "En efecto, en la sentencia reclamada, se consideró al aquí quejoso, penalmente responsable en la comisión del delito señalado, sustentándose en los siguientes elementos de convicción: "... " En consideración de este Tribunal Colegiado, la sentencia que constituye el acto reclamado, y que tiene a ... como responsable en la comisión del delito en mención, no transgrede en perjuicio de éste garantías individuales, pues contrario a lo señalado en su concepto de violación, el tribunal responsable valoró debidamente los elementos de convicción aportados a la causa, pues de éstos, resultan indicios de naturaleza grave y suficiente que en su conjunto integran la prueba circunstancial de plena

eficacia probatoria, en términos del artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que esta prueba se basa en el valor incriminatorio de los indicios, y tiene como punto de partida hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable, acerca de las circunstancias del acto incriminado; lo que en el caso se satisface, dado que, contrario a lo señalado por el quejoso, de los elementos de prueba señalados, se tienen como hechos probados de manera irrefutable, que de acuerdo con la parte informativa de los policías aprehensores, detuvieron al inculcado a bordo de un vehículo que era conducido por ... en el que se encontraron en el interior de uno de los tanques para gasolina, diecinueve paquetes elaborados en forma de tabique, confeccionados de diferentes maneras con cinta de color canela y plantearlo así como de plástico transparente, los cuales cada uno de ellos contenían una hierba verde y seca, al parecer marihuana; con la inspección ministerial, la existencia del vehículo citado, así como de los diecinueve paquetes aludidos, dentro de los cuales se contenía una hierba verde y seca al parecer marihuana, con un peso bruto aproximado de dieciséis kilos ciento cincuenta gramos; con el dictamen químico, en el que se determinó que la hierba asegurada, corresponde al género cannabis SPP, considerada como estupefaciente por la Ley General de Salud; con lo manifestado dentro de la diligencia de declaración ministerial del acusado, en la que al tener a la vista los diecinueve paquetes mencionados, manifestó ser los mismos paquetes que encontraron dentro del tanque de gasolina del vehículo en que viajaba; con la segunda ampliación de declaración del coacusado ... en la que manifestó que, contrariamente a lo que sostuvo en principio, el aquí solicitante del amparo no viajaba con él por el hecho de que hubiere accedido a transportarlo gratuitamente desde Cuatro Ciénegas a ciudad Acuña, Coahuila, sino porque él sabía que iban a dejar la camioneta a ... el hecho objetivo de que el sentenciado aquí quejoso, no obstante las tres horas, que mencionó en la declaración realizada en la audiencia de vista, que habían transcurrido desde que decidió solicitar transportación gratuita, no pidiera ese favor a ninguna otra persona, sino únicamente esperara para viajar, precisamente a ... quien conducía el vehículo en el que se transportó el narcótico; el hecho de que trató de hacer creer que inició el viaje por la noche, cuando de la mecánica de los hechos demostrados, se desprende que el viaje lo emprendió aproximadamente a las dieciséis horas del cinco de mayo de dos mil uno; así como el hecho objetivo de que no llevara consigo equipaje alguno, o artículo que permitiera establecer que su viaje tenía un propósito diverso al de realizar la transportación de la marihuana asegurada. "Indicios que ponen de manifiesto, sin lugar a dudas, que el día cinco de mayo de dos mil uno, entre las dieciséis y veintiuna horas con quince minutos ... de manera consciente y voluntaria, en coautoría con otra persona, transportó desde Cuatro Ciénegas, Coahuila, hasta la carretera Acuña-Zaragoza, a la altura del poblado San Carlos, perteneciente al Municipio de Jiménez, Coahuila, esto es de un medio geográfico a otro, dieciséis kilos con ciento cincuenta gramos aproximadamente, de cannabis SPP, comúnmente conocida como marihuana, clasificada como estupefaciente por la Ley General de Salud, utilizando para ello, el vehículo tipo pick-up vinculado a la causa, en cuyo tanque para gasolina, llevaba oculta la droga asegurada, descubierta en flagrancia, por los agentes de la Policía Judicial Federal, en la carretera Acuña-Zaragoza, a la altura del poblado San Carlos, siendo aproximadamente las veintiuna horas con quince minutos del día señalado, al

revisar el vehículo en mención, encontraron que en uno de los tanques utilizados para gasolina, transportaba la marihuana, sin contar con la autorización correspondiente, por parte de la autoridad sanitaria; elementos que, como lo determinó el tribunal responsable, son más que suficientes para demostrar tanto la materialidad del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de marihuana, previsto en la fracción I del artículo 194 del Código Penal Federal, como la plena responsabilidad penal del aquí quejoso en su comisión, toda vez que éste no demostró que desconocía que en el vehículo en que viajaba, venía oculta la droga; razón por la cual, de ninguna manera puede considerarse que el tribunal responsable al confirmar la sentencia del primer grado, haya aplicado la ley en forma analógica, pues la conducta desplegada por el aquí quejoso encuadra exactamente en la hipótesis legal contenida en el precepto legal citado; y por consecuencia, de ninguna manera puede considerarse que el tribunal responsable haya violado en perjuicio del quejoso, el principio de la duda racional, respecto a su responsabilidad en la comisión del ilícito. "Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia 663 del Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 415 del Tomo II, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, que dice: "'PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA.' (se transcribe). "Por tal razón, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, debe decirse que no le asiste razón al quejoso, al señalar que en el caso concreto se actualiza una causa de exclusión del delito, porque a su decir, no se encuentra demostrado que haya obrado dolosamente, ya que resulta irrelevante que el aquí quejoso haya negado tener conocimiento de la existencia del estupefaciente asegurado, que no se encuentre acreditado como hecho previo al desplazamiento del mismo, la participación del sentenciado en maniobras de carga de la droga en el vehículo así como que haya celebrado pacto alguno con terceras personas para desplazar la misma; pues, por la naturaleza del dolo, con excepción de que exista una confesión del sujeto que acepte haber realizado el delito, difícilmente puede acreditarse mediante una prueba directa, como lo pretende el quejoso, ya que el dolo reside en el plano intelectual y volitivo, y por ello, es a través del análisis de las declaraciones de quienes intervinieron en los hechos, en calidad de autores o partícipes, como de los que realizaron la detención del sujeto, como puede acreditarse plenamente, esto es a través de la prueba circunstancial, elemento de convicción que en el caso concreto quedó debidamente integrada, como se señaló en párrafos precedentes, a través de la cual quedó acreditado fehacientemente que ... de manera consciente y voluntaria, en coautoría con otra persona, transportó de una zona geográfica a otra distinta, dieciséis kilos, ciento cincuenta gramos de marihuana, en los términos y circunstancias que han quedado precisadas con anterioridad; debiendo señalarse además, que si en el caso concreto el Ministerio Público de la Federación, aportó las pruebas suficientes para comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del aquí quejoso, es a éste a quien corresponde desvirtuar los elementos de prueba que gravitan en su contra para probar su inocencia, y no sólo limitarse a negar su participación voluntaria en los hechos, pues el solo dicho del procesado, es insuficiente para comprobar su defensa, sino que es necesario que ésta se acredite plenamente, lo cual no ocurre en la especie, ya que como se señalará a continuación, el sentenciado aquí quejoso, no justificó el motivo por el cual, a su decir, se encontraba dentro del vehículo en que se localizó la droga. "Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis aislada VII.1o.27 P, de este Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, correspondiente a la Novena Época, visible en el Tomo X, noviembre de 1999, página 1009, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que

señala lo siguiente: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA).’ (se transcribe). "También resulta aplicable la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, correspondiente a la Octava Época, localizable en el Tomo IX, enero de 1992, página 220, del Semanario Judicial de la Federación, que señala lo siguiente: "PRUEBA, CARGA DE LA, EN MATERIA PENAL.’ (se transcribe)."..." Asimismo, resulta inverosímil que el motivo por el que se encontraba viajando a bordo del vehículo, haya sido el que su coacusado lo transportaba gratuitamente hasta la ciudad de Acuña, Coahuila, con el propósito de conseguir trabajo en dicha ciudad, en la que pensaba hospedarse con unos amigos; ya que el propio ... en la segunda ampliación de su declaración preparatoria (foja 210), señaló que ... no venía de 'raid', sino que sabía que venían a dejar la camioneta a ... aunado a que resulta increíble, la manifestación efectuada en la audiencia de vista (fojas 293 a 296), en el sentido de que salió de Cuatro Ciénegas hasta la noche, porque estuvo solicitando transporte gratuito durante un lapso de tres horas, en las afueras de Cuatro Ciénegas, y la única persona que pasara por dicha carretera haya sido precisamente ... pues como lo señaló el tribunal responsable, durante ese lapso de tiempo tuvieron que haber pasado muchas otras, pues la ciudad de Cuatro Ciénegas, Coahuila, no es una comunidad aislada, y las carreteras del país son sumamente transitadas; aunado a que según lo manifestado en preparatoria por ... en el sentido de que estuvo manejando por un lapso de seis horas continuas desde Cuatro Ciénegas hasta el lugar de su captura, y de acuerdo a la parte informativa la detención del quejoso y su acompañante, ocurrió aproximadamente a las veintiún horas con quince minutos del cinco de mayo de dos mil uno, es decir en la fecha en que reconocieron que emprendieron el viaje, lo que permite establecer que partieron de Cuatro Ciénegas, aproximadamente a las quince horas, es decir de día y no de noche, como lo señala el aquí solicitante del amparo; razón por la cual, al resultar inverosímil la postura defensiva del sentenciado aquí quejoso, resulta evidente que pretende ocultar la realidad de los hechos que le son desfavorables, lo cual constituye un indicio de culpabilidad, lo que permite concluir, como acertadamente lo determinó el tribunal responsable, que su presencia en el vehículo en que se localizó la droga asegurada, no fue meramente circunstancial, ya que el único motivo por el que el aquí quejoso viajaba el día de los hechos en el mismo, lo constituyó el transporte del estupefaciente desde Cuatro Ciénegas a ciudad Acuña, Coahuila, y por tanto, no se trata de un error invencible que actualiza la exclusión del delito, como lo pretende el solicitante del amparo. "Tiene aplicación a lo anterior, la jurisprudencia XII.2o. J/10, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, correspondiente a la Novena Época, visible en el Tomo VII, junio de 1998, página 483, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que señala lo siguiente: "INDICIOS, PRUEBA DE, EN MATERIA PENAL.’ (se transcribe)." QUINTO. Como una cuestión previa a resolver la existencia de la contradicción denunciada, debe señalarse que para que se surta su procedencia es necesario que las posiciones opuestas se susciten en un mismo plano de análisis, de modo que no basta atender a la conclusión del razonamiento, sino que es necesario tener en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas que por su enlace lógico son fundamento del criterio asumido, ya que únicamente cuando exista tal coincidencia puede presentarse una contradicción de tesis. Asimismo, al estudiar las circunstancias aludidas se debe distinguir entre las que sirven de fundamento a los criterios emitidos, de aquellas que aun cuando aparentemente son sustento de las

consideraciones respectivas, no constituyen un presupuesto lógico del razonamiento. En otros términos, se actualiza la contradicción de tesis, cuando concurren los siguientes supuestos: a) Que al resolver los asuntos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten criterios discrepantes; b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos. Al respecto, es aplicable la siguiente tesis de jurisprudencia sustentada por el Pleno de este Alto Tribunal, de rubro: "CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA." (1) Precisado lo anterior, debe señalarse que, en la especie, sí se acreditan los extremos a que se refieren los incisos anteriores, entre los criterios sustentados entre el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver: el primero, los juicios de amparo directo 644/2004 y 230/2004; y el segundo, los juicios de amparo directo 213/2001 y 605/2002, excluyendo de la contradicción el juicio de amparo en revisión 553/98, sustentado por este último. Sin que sea obstáculo a lo anterior, el que los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito no hayan dado lugar a tesis expuestas de manera formal. Ello en virtud de que para que exista contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios discrepantes sobre la misma cuestión por los Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia. Lo anterior, encuentra apoyo en lo sostenido por el Pleno de este Alto Tribunal en el criterio jurisprudencial contenido en la tesis de rubro: "CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES." (2) Dicho lo anterior, lo que procede es demostrar que se acreditan los extremos a que se ha hecho referencia, y para ello se hace la siguiente relación: I. Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. a. Amparo directo 644/2004. Quejoso: ... Autoridad que conoció de la demanda de amparo directo: Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Acto reclamado: La sentencia de treinta de abril de dos mil dos, dictada en el toca 224/2002, por el Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito. Resolución dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito: La aprobada en sesión de treinta y uno de marzo de dos mil cinco, en la cual se concedió la protección constitucional solicitada por el quejoso, para el efecto de que la autoridad responsable dejara insubsistente el acto reclamado y emitiera otro siguiendo los lineamientos de dicho fallo. Consideraciones fundamentales de dicho fallo, en lo que interesa a este aspecto, de la contradicción de tesis: • Considera que de conformidad con el principio de presunción de inocencia, corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba de los elementos que configuran el delito - contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico denominado marihuana-, así como de la plena responsabilidad del inculpado, dentro de los cuales se encuentra el actuar doloso del agente, por tratarse de un delito de comisión dolosa. • Se pronuncia en torno a que la flagrancia únicamente presupone la existencia de una conducta típica y antijurídica, sin que presuponga el dolo o la culpa, pues ello contravendría el principio de inocencia. Por tanto, concluye que la flagrancia en sí misma es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, por tanto, no releva al Ministerio Público de su obligación de probar la comisión dolosa del delito. • Toma en consideración que el dolo es un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo y, por ello, admite que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba

circunstancial. Considera que el desconocimiento de la existencia de la marihuana no constituye un error de tipo que actualice una excluyente del delito en comento, pues el error de tipo es un conocimiento falaz que no debe confundirse con la ignorancia, que implica un desconocimiento total. De esta forma, si el quejoso alegó desconocer la existencia de la marihuana, tal argumento no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de uno de los elementos del dolo; de ahí que considere que no corresponde al sentenciado demostrar dicho desconocimiento de la existencia de la marihuana, pues la misma no constituye una excluyente del delito -la que sí le correspondería probar- sino la mera ausencia de dolo, elemento que corresponde probar a la representación social de la Federación. b. Amparo directo 230/2004. Quejosos: ... Autoridad que conoció de la demanda de amparo directo: Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Acto reclamado: La sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil tres, dictada en el toca 561/2003, por el Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito. Resolución dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito: La aprobada en sesión de catorce de abril de dos mil cinco, en la cual no se concedió la protección constitucional solicitada por el quejoso. Consideraciones fundamentales de dicho fallo, en lo que interesa a este aspecto, de la contradicción de tesis: • Considera que de conformidad con el principio de presunción de inocencia, corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba de los elementos que configuran el delito -contra la salud en su modalidad de transportación de clorhidrato de cocaína-, así como de la plena responsabilidad de los inculpados, dentro de los cuales se encuentra el actuar doloso de los mismos, que para acreditarlo es menester probar que los agentes del delito tenían pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia de la cocaína oculta bajo el colchón y dentro de un compartimiento del camarote del automotor en que viajaban. • Se pronuncia en torno a que la flagrancia en sí misma, es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, por tanto, no releva al Ministerio Público de su obligación de probar la comisión dolosa del delito. • Toma en consideración que el dolo es un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo y, por ello, admite que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial. • Considera que el desconocimiento de la existencia del clorhidrato de cocaína no constituye un error de tipo que actualice una excluyente del delito en comento, pues el error de tipo es un conocimiento falaz, que no debe confundirse con la ignorancia, que implica un desconocimiento total. • De esta forma, si los quejosos alegaron desconocer la existencia del clorhidrato de cocaína, tal argumento no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de uno de los elementos del dolo; de ahí que considere que no corresponde a los sentenciados demostrar dicho desconocimiento, pues ello no constituye una excluyente del delito -la que sí les correspondería probar- sino la mera ausencia de dolo, elemento que corresponde probar a la representación social de la Federación. • Sin embargo, estas consideraciones contrarias a las expuestas por la autoridad responsable, no son suficientes para conceder el amparo, en virtud de que el Ministerio Público logró acreditar el dolo en la participación de los inculpados en la comisión del delito. II. Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. a. Amparo en revisión penal 553/98. Quejoso: ... Autoridad que conoció del juicio de amparo indirecto: Juez Primero de Distrito en el Estado de Coahuila. Acto reclamado: El auto de formal prisión, decretado el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, dentro de la causa penal 74/97-II, mediante el cual se le consideró presunto responsable de la comisión del delito contra la salud, en su modalidad de transportación, sancionado

y previsto por el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal. Resolución de amparo: La dictada por el Juez Primero de Distrito en el Estado de Coahuila, el quince de abril de mil novecientos noventa y nueve, en la que resolvió negar el amparo solicitado. Recurrente: El quejoso. Autoridad que conoció del recurso de revisión: Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Resolución recaída al recurso de revisión: La emitida el diez de junio de mil novecientos noventa y nueve, en la que se confirma la resolución recurrida y, por tanto, se niega el amparo a ... Consideraciones fundamentales de dicho fallo en lo que a esta contradicción interesa: • Estima que en el auto de formal prisión, dictado por la autoridad responsable en contra del recurrente, no existe violación o garantía individual alguna, toda vez que de las constancias de autos resultan acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del acusado. • Considera que le corresponde la carga de probar al inculpado de que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia del enervante transportado y, por tanto, la falta de manifestación de voluntad para realizar el delito, atento al principio de que el que afirma debe probar, pues si bien el imputado está negando el conocimiento de la marihuana, su negación entraña una afirmación de la cual él tiene el cometido de probar y no el Ministerio Público, ya que en todo caso el representante social probó el hecho incontrovertible del hallazgo de la marihuana, y que la misma era transportada en un camión conducido por el recurrente, sin que éste en ningún momento aportara pruebas tendientes a desvirtuar tales circunstancias y, por tanto, a demostrar el desconocimiento que insiste en afirmar, creándose con esto la presunción de su probable responsabilidad en la comisión del delito. • No estima atendible el principio de presunción de inocencia, pues al existir demostración en contrario por parte del Ministerio Público de lo afirmado por el inculpado, ello es suficiente para hacerlo probable responsable del delito imputado. b. Amparo directo 213/2001. Quejoso: ... Autoridad que conoció de la demanda de amparo directo: Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Acto reclamado: La sentencia de catorce de mayo de mil novecientos noventa y ocho, dictada en el toca 208/98-I, por el Primer Tribunal Unitario del Octavo Circuito. Resolución dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito: La aprobada en sesión de veinticuatro de agosto de dos mil uno, en la cual no se concedió la protección constitucional solicitada por el quejoso. Consideraciones fundamentales del fallo, en lo que interesa a esta contradicción de tesis: • Considera que, de conformidad con el principio de presunción de inocencia, corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba de los elementos que configuran el delito -contra la salud en su modalidad de transportación de estupefaciente denominado marihuana-, así como de la plena responsabilidad del inculpado, dentro de los cuales se encuentra el actuar doloso del agente, por tratarse de un delito de comisión dolosa. • Toma en consideración que el dolo es un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo y, por ello, admite que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial. • Considera que la afirmación del quejoso en el sentido de que el desconocimiento, la existencia de la marihuana transportada, constituye un error de tipo que, de acreditarse, actualizaría una excluyente del delito en comento. • De esta forma, si el quejoso alegó desconocer la existencia de la marihuana, corresponde al mismo demostrar dicho desconocimiento, atento a que ello actualiza una excluyente del delito que corresponde probar al que la hace valer. Al respecto, cita la jurisprudencia 547, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 429 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II,

Materia Penal, Segunda Sala, TCC, que dice: "EXCLUYENTES. DEBE PROBARLAS QUIEN LAS INVOCA.", así como la jurisprudencia V.2o. J/42, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la página 914 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, mayo de 1998, Novena Época, que dice: "EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PRUEBA DE LAS." • Así pues, estima que al haber demostrado el Ministerio Público la existencia del delito y de la responsabilidad penal del quejoso en la comisión del mismo, correspondía al inculpado acreditar el error de tipo que actualizaría una causa de exclusión del delito en cuestión, mediante la demostración de que el mismo no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido. • Al no hacerlo así el quejoso, estimó legal el acto reclamado, al constatar que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria respecto de la acreditación del delito y de la plena responsabilidad del quejoso en la comisión del mismo, sin que éste haya acreditado la causa excluyente de responsabilidad que hizo valer en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal, consistente en que no tenía conocimiento de la droga, pues quedó comprobado, en forma circunstancial, que el quejoso tenía conocimiento pleno de la existencia de la droga y el dolo en la comisión del delito de transportación de marihuana. c. Amparo directo 605/2002. Quejoso: ... Autoridad que conoció de la demanda de amparo directo: Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Acto reclamado: La sentencia de siete de junio de dos mil tres, dictada en el toca 253/2002, por el Segundo Tribunal Unitario del Octavo Circuito. Resolución dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito: La aprobada en sesión de veinte de marzo de dos mil tres, en la cual no se concedió la protección constitucional solicitada por el quejoso. Consideraciones fundamentales de dicho fallo, en lo que interesa a este aspecto de la contradicción de tesis: • Considera que de conformidad con el principio de presunción de inocencia, corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba de los elementos que configuran el delito -contra la salud en su modalidad de transportación de estupefaciente denominado marihuana-, así como de la plena responsabilidad del inculpado, dentro de los cuales se encuentra el actuar doloso del agente, por tratarse de un delito de comisión dolosa. • Toma en consideración que el dolo es un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo y, por ello, admite que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial. • Considera que la afirmación del quejoso en el sentido de que el desconocimiento, la existencia de la marihuana transportada, constituye un error de tipo que, de acreditarse, actualizaría una excluyente del delito en comento. • De esta forma, si el quejoso alegó desconocer la existencia de la marihuana, corresponde al mismo demostrar dicho desconocimiento, pues si en el caso concreto el Ministerio Público de la Federación aportó las pruebas suficientes para comprobar el delito y la responsabilidad penal del quejoso, es a éste a quien corresponde desvirtuar dichos elementos de prueba que gravitan en su contra y acreditar que se actualiza a su favor una causa de exclusión del delito, y no sólo limitarse a negar su participación voluntaria en los hechos, pues su solo dicho es insuficiente para comprobar la citada causa de exclusión. Ahora bien, de la lectura de los aspectos destacados en las ejecutorias mencionadas en los párrafos anteriores, se desprende que el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver, el primero, los juicios de amparo directo 644/2004 y 230/2004, y el segundo, los amparos directos 213/2001

y 605/2002, sí se pronunciaron en torno a un problema jurídico cuyas características y antecedentes resultan ser esencialmente idénticos, no así respecto del juicio de amparo en revisión 553/98, resuelto por este último. Al resolver los referidos juicios de amparo directo, los Tribunales Colegiados contendientes actualizaron los supuestos anteriormente aludidos para la existencia de una contradicción de tesis, esto es: a) examinaron cuestiones jurídicas esencialmente iguales adoptando criterios discrepantes; b) dichos criterios se presentaron en las consideraciones de las mencionadas ejecutorias; y, c) los distintos criterios provinieron del examen de los mismos elementos. En efecto, ambos Tribunales Colegiados resolvieron juicios de amparo directo contra sentencias, dictadas en segunda instancia, en las que se sentenció a los diversos quejosos por su responsabilidad en la comisión de un delito contra la salud en su modalidad de transportación de algún estupefaciente. Ambos tribunales examinaron una cuestión jurídica esencialmente igual, adoptando criterios discrepantes, a saber, si el desconocimiento de la existencia del narcótico al ser transportado, constituye, respecto del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcóticos, un error de tipo que actualiza una excluyente del delito en comento, o si por el contrario, el mismo no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de uno de los elementos del delito: el dolo. Lo que al resolver de manera contraria ambos tribunales, esto es, uno en el sentido de que sí constituye un error de tipo, y el otro en el sentido contrario, condujeron a que los mismos resolvieran de manera contraria respecto a quién corresponde la carga de la prueba de dicho desconocimiento de la existencia del narcótico: uno en el sentido de que corresponde al inculpado por constituir ésta una causa de exclusión del delito que corresponde acreditar al que la hace valer, y otro en el sentido de que dicho desconocimiento no es más que la ausencia de uno de los elementos del delito, en concreto, el dolo y, por tanto, corresponde su carga probatoria al Ministerio Público. Así, el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, al resolver los amparos directos 644/2004 y 230/2004, consideró que el desconocimiento de la existencia del narcótico no constituye un error de tipo que actualiza una excluyente del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico, pues estimó que el error de tipo es un conocimiento falaz, que no debe confundirse con la ignorancia, que implica un desconocimiento total. De ello que haya considerado que no corresponde al sentenciado demostrar dicho desconocimiento de la existencia del narcótico, pues ello no constituye una excluyente de responsabilidad -la que sí le correspondería probar- sino la mera ausencia de dolo, elemento del delito que corresponde probar a la representación social de la Federación, quien tiene la carga probatoria, tanto el delito como la plena responsabilidad penal del inculpado, de conformidad con el principio de presunción de inocencia. Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver los amparos directos 213/2001 y 605/2002, consideró que el desconocimiento de la existencia del narcótico sí constituye un error de tipo que actualiza una excluyente del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico. De ello que haya considerado que, si bien corresponde al Ministerio Público de la Federación la acreditación del delito como la plena responsabilidad del inculpado, para lo cual debe acreditar el dolo, en el caso, corresponde al sentenciado demostrar su desconocimiento de la existencia del narcótico transportado, pues el mismo se hizo valer como una excluyente del delito, a saber, un error de tipo, cuya carga probatoria corresponde a quien lo hace valer, en este caso, el sentenciado, sin que ello implique que se vulnera el principio de presunción de inocencia. En ese orden de ideas, queda evidenciado que no

obstante que los antecedentes y elementos jurídicos a evaluar resultaban esencialmente iguales, en el aspecto específico del orden de estudio apuntado, ambos órganos jurisdiccionales concluyeron con posiciones jurídicas discrepantes y hasta contradictorias. Con lo anterior, queda acreditada la existencia de la contradicción de tesis. De conformidad con lo expuesto en esta consideración, la materia del estudio de fondo de esta contradicción de tesis, quedará limitada a determinar si el desconocimiento de la existencia del narcótico transportado constituye un error de tipo que actualiza una excluyente del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico, o si por el contrario dicho desconocimiento únicamente se refiere a la ausencia de dolo, elemento constitutivo del delito en cuestión. En función a lo que se resuelva respecto a este punto, determinar si corresponde la carga de su prueba al sentenciado que lo hace valer como causa de exclusión del delito o al agente del Ministerio Público, al acreditar la existencia del delito y la plena responsabilidad del acusado en su comisión. Cabe señalar que respecto a este último punto no existe contradicción de criterios, pues del análisis de las ejecutorias en contradicción, se desprende que el tema en contradicción es únicamente el relativo a si el desconocimiento de la existencia del narcótico transportado, constituye un error de tipo que actualiza una excluyente del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico o no, de lo que se derivó que ambos tribunales fallaran de manera contraria respecto a quién corresponde su carga probatoria. Sin embargo, de las ejecutorias en comento se desprende que de haber coincidido ambos tribunales, ya sea en que el mencionado desconocimiento sí actualiza una causa de exclusión del delito, o bien, que demuestra simplemente la ausencia del dolo, hubieran fallado los citados tribunales en el mismo sentido, pues ninguno desconoce, respecto del primer supuesto, el que la carga de la prueba, tratándose de causas de exclusión del delito, corresponde a quien la hace valer, ni respecto del segundo supuesto, que corresponde al Ministerio Público la carga probatoria del delito, así como de la plena responsabilidad penal del inculcado, que en el caso requiere la acreditación del dolo. SEXTO. Por otro lado, debe decirse que no participa de la contradicción de tesis en cuestión el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver el diez de junio de mil novecientos noventa y nueve, el amparo en revisión 553/98, promovido por ... Lo anterior es así, en virtud de que el Tribunal Colegiado en cuestión, en la ejecutoria de referencia, no analizó una situación jurídica esencialmente igual a los criterios materia de la contradicción de tesis y, por ello, no se surte el primero de los requisitos a que se hizo referencia en el considerando quinto del presente fallo. En efecto, como ya se precisó en el considerando anterior, la materia de la presente contradicción de tesis se constriñe a determinar si el desconocimiento de la existencia del narcótico transportado, constituye un error de tipo que actualiza una excluyente del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico, o si por el contrario, dicho desconocimiento únicamente se refiere a la ausencia de dolo, elemento constitutivo del delito en cuestión, y en función a lo que se resuelva respecto a este punto, determinar si corresponde la carga de su prueba al sentenciado que lo hace valer como causa de exclusión del delito o al agente del Ministerio Público al acreditar el delito y la plena responsabilidad del inculcado en el mismo; siendo que el citado Tribunal Colegiado en el amparo en revisión 553/98, como se advierte de la respectiva transcripción, analizó una situación distinta, a saber, la relativa a si en un auto de formal prisión puede presumirse la probable responsabilidad de un inculcado en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico, con el hecho

incontrovertible del hallazgo de la marihuana, y que la misma era transportada en un camión conducido por el inculpado, al no existir prueba en contrario por el inculpado. De ahí que no se trate de situaciones jurídicas similares y mucho menos esencialmente idénticas, pues en la señalada ejecutoria se analiza un auto de formal prisión y no una sentencia definitiva de segunda instancia, de ello que en la misma se estudie lo relativo al acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, y no así lo relativo a la comprobación del delito y de la plena responsabilidad del mismo, como acontece en las ejecutorias que sí participan de la presente contradicción, lo que evidencia que en la señalada ejecutoria, el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, se pronunció en torno a un problema jurídico distinto al que es materia de la presente contradicción de tesis. En estas condiciones, debe concluirse que no existe la contradicción de tesis denunciada entre el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, al resolver los amparos directos 644/2004 y 230/2004, y el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver el amparo en revisión 553/98.

SÉPTIMO. Establecido lo anterior, debe prevalecer el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a las consideraciones que enseguida se expresan. Para estar en posibilidad de resolver la presente contradicción de tesis, se estima necesario realizar un análisis, en primer término, sobre el elemento del delito denominado dolo y, posteriormente, sobre las causas de exclusión del delito previstas en la ley, para que a partir de dichos análisis se determine si el desconocimiento del narcótico, por parte del sujeto activo del delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcóticos, actualiza una causa de exclusión del delito o si, por el contrario, únicamente acredita la ausencia del elemento del delito denominado dolo, y en función a dicha determinación, fijar a quién corresponde la carga de la prueba de dicho desconocimiento. I. Así pues, sobre el elemento del delito denominado dolo, cabe decir lo siguiente: Del artículo 8o. del Código Penal Federal, se desprende que los delitos pueden ser dolosos o culposos. (3) Un delito es de carácter doloso cuando el sujeto activo lo comete conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico y, aun así, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. (4) Así pues, el dolo no es más que la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. De ello se desprende que existen dos tipos de dolo, a saber, lo que en dogmática se conoce como dolo directo y dolo eventual: el primero, se puede asimilar a la intención, lo que el sujeto persigue directamente -doctrinalmente conocido como dolo directo de primer grado- y, asimismo, abarca todas las consecuencias que, aunque no las persiga, el sujeto prevé que se producirán con seguridad -conocido como dolo directo de segundo grado-; mientras que el dolo eventual, se presenta cuando el sujeto activo no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad. En el presente asunto, el dolo que nos interesa y que, por tanto, se analizará, es el dolo directo, pues el delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico, previsto y sancionado en el artículo 194, fracción I y 193, ambos del Código Penal Federal, en relación con los diversos 234, 235 y 237 de la Ley General de Salud, requiere de la acreditación de dicho tipo de dolo, esto es, del dolo directo -ya sea de primer o segundo grado-, para su actualización. En efecto, el delito recién reseñado requiere para su actualización, de la acreditación del elemento del dolo directo que se presenta cuando el sujeto activo quiere

provocar, o prevé como seguro, el resultado: transportar el narcótico. Ahora bien, respecto de este dolo directo, cabe señalar que el mismo se compone de dos elementos: a) el conocimiento de los elementos del tipo penal; y, b) querer o aceptar la realización del hecho previsto como delito. Cobra aplicación al caso, la tesis de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: "DOLO." (5) De lo anteriormente establecido, se desprende que el dolo directo está constituido por dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. a) Elemento intelectual. Parte de que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, por lo que para establecer que el sujeto activo quería o aceptaba la realización de un hecho previsto como delito, es necesario dejar sentada la existencia de un conocimiento previo. Esto es, se refiere a que el sujeto activo debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Este conocimiento gira en torno a los elementos objetivos y normativos del tipo, no así respecto de los subjetivos. b) Elemento volitivo. Se refiere a que para que exista dolo, no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo, sino que es necesario, además, querer realizarlos. Es por ello que la dirección que el sujeto activo da hacia la consecución de un resultado típico, sirve para determinar la existencia del dolo. Así pues, se integran en el dolo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla. En el artículo 9o. del código punitivo federal, el elemento cognitivo se desprende de la frase "conociendo los elementos del tipo penal", mientras que el elemento volitivo, se advierte cuando se dice "quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". La comprobación del dolo requiere, por tanto, necesariamente de la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Ahora bien, por lo que hace al acreditamiento del dolo, debe precisarse que al ser un elemento del delito, con base en los principios de debido proceso legal y acusatorio -en oposición al inquisitorio- recogidos en el sistema punitivo vigente, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia, implícitamente reconocido por la Carta Magna, se le impone al Ministerio Público de la Federación la carga de la prueba de todos los elementos del delito, entre ellos, el dolo. En general, el principio universal de presunción de inocencia, consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su plena responsabilidad en la comisión de un ilícito a través de una resolución judicial definitiva. La razón de ser de la presunción de inocencia, es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción, esto es, que demuestren la existencia de todos los elementos del tipo, así como de su plena responsabilidad en la comisión del delito y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra. (6) El Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1293/2000-PL, estableció que si bien en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se prevé expresamente el principio de presunción de inocencia, el mismo se contiene implícitamente en sus artículos 14, párrafo segundo, 16, primer párrafo, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo. De la interpretación armónica y sistemática de los mismos, desprende lo siguiente: a) Por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo, cuando existiendo suficientes elementos incriminatorios y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del

procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, b) El principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, estima que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la plena responsabilidad del inculcado. El anterior criterio, dio lugar a la tesis cuyo rubro es: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (7) Así pues, atendiendo a los principios de debido proceso legal, acusatorio y de presunción de inocencia que corresponda al Ministerio Público de la Federación, la carga de la prueba respecto de todos los elementos del delito -tanto a los relativos a los elementos del tipo, como por lo que hace a la plena responsabilidad del imputado-, entre ellos, el dolo que aquí nos ocupa. Por lo que hace a la manera, en concreto, en que debe acreditarse la existencia del dolo, debe tomarse en consideración que el dolo es un elemento subjetivo que, como tal, atañe a la psique del individuo, de ahí que, en primera instancia, la prueba idónea para acreditarlo sea la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios. (8) Lo anterior, tiene apoyo en la tesis de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "DOLO." (9) Un indicio es un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos; de ahí que, también se puede decir que los indicios constituyen los elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias conocidos que se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógicamente. En efecto, por lo que hace a la valoración de las pruebas, el Juez goza de la más amplia libertad para emplear todos los medios de investigación, no reprobados por la ley, para demostrar los elementos del delito, por lo que los Jueces pueden apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena, tal como lo establece el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales. (10) Es oportuno comentar, que un requisito primordial de la prueba indiciaria es la certeza de la circunstancia indiciante, que se traduce en que demostrada ésta, es necesario referirla según las normas de la lógica a una

premisa mayor, en la que esté ya contenida en abstracto la conclusión que en concreto se busca, certeza que debe ser siempre el resultado de un examen crítico-lógico de los hechos indiciarios, basado en los principios de causalidad e identidad y en las reglas generales o técnicas de la experiencia. En ese orden de ideas, el indicio es un hecho probado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho, esto es, el dato indicio, ya demostrado, no es apto para probar, ni inmediata ni mediatamente un hecho, sino que es útil para apoyar a la mente en su tarea de razonar silogísticamente. Así pues, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa -a excepción de que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito- es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y que tiene como punto de partida hechos y circunstancias que ya están probados, para acreditarlo, esto es, a través del esfuerzo de la razón que parte de datos aislados, de "cabos sueltos", que une con la mente para llegar a una conclusión. II. Una vez hecho el análisis sobre el dolo, lo procedente es realizar un análisis sobre las causas de exclusión del delito previstas en la legislación punitiva federal, en aras de poder determinar, posteriormente si el desconocimiento del narcótico transportado, respecto del delito que nos ocupa, a saber, el delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcóticos, actualiza una causa de exclusión, o si por el contrario, se encuentra relacionado únicamente con el dolo, para efectos de tenerlo por acreditado o no. Se entiende por causa de exclusión del delito, aquella que concurriendo en el comportamiento de una persona releva a ésta de toda responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión por ella realizada se encuentre prevista en la ley como delito. El Código Penal Federal establece, en su artículo 15, que "el delito se excluye" en los siguientes supuestos: a) Ausencia de acción, esto es, que el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, pues cabe recordar que las acciones penalmente relevantes son aquellas en las que media voluntad del actor; b) Atipicidad, esto es, que se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate; c) Ausencia de lesión, misma que se presenta cuando se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: i. Que el bien jurídico sea disponible; ii. Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y, iii. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo. d) Ausencia de antijuridicidad, porque se obre en legítima defensa, esto es, se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende; e) Ausencia de antijuridicidad, porque se actúe en estado de necesidad, esto es, se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; f) Ausencia de antijuridicidad, porque la acción o la omisión, se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; g) Inimputabilidad, esto es,

que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible; h) Error invencible, esto es, que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible o insuperable: i. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o, ii. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. i) Inexigibilidad de otra conducta, esto es, que atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar su actuar conforme a derecho; o, j) Caso fortuito, esto es, que el resultado típico se produzca por caso fortuito. Ahora bien, de todas las causas de exclusión del delito que prevé el código punitivo federal, la que aquí nos interesa es la mencionada en el inciso h), referente al error invencible bajo el cual se realice la acción o la omisión, específicamente de aquel que recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, pues es precisamente éste el que se conoce en la doctrina como "error de tipo", íntimamente relacionado con la materia del presente asunto. El error es una falsa apreciación sobre la realidad, un falso conocimiento sobre la verdad. El error no es sino una distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. Es importante distinguir entre el error, que no implica más que un conocimiento falaz, y la ignorancia, que implica un desconocimiento total. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado, es un estado negativo. El error, por su parte, supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso. (11) Así pues, en términos del código punitivo federal, el error previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso A, consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Esta causa de exclusión del delito debe referirse a cualquiera de los elementos del tipo, sean de naturaleza objetiva o normativa. Respecto a la primera, se requiere que el sujeto activo tenga una falsa concepción, una idea distorsionada sobre un elemento objetivo, como lo puede ser el objeto material, el sujeto pasivo, etcétera. Un ejemplo de ello sería, en el caso de un homicidio, el que dispara en contra de una persona, creyendo que es un animal o un espantapájaros. Por lo que hace al error que recae sobre un elemento normativo, para que el mismo se dé, basta con que el autor tenga una valoración cultural paralela comprobable, contraria a la otorgada en la ley. Un ejemplo de ello sería, el que el agente, por provenir de una distinta cultura, considere que la tierra y sus frutos pertenecen a la humanidad, y no tenga manera de conocer el significado de que una determinada porción de tierra sea "ajena" (robo) o que alguien tenga la "posesión" de la misma (despojo). El error sobre uno de los elementos del tipo penal, como causa de exclusión del delito, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa. Si dicho error es invencible, esto es, insuperable, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente la responsabilidad penal del sujeto. Sin embargo, si dicho error es vencible, esto es, superable, no se excluye por completo dicha responsabilidad, sino que, en términos del artículo 66 del mismo ordenamiento, el mismo actúa

como aminorante, esto es, se aplica la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite tal forma de realización. El delito que nos ocupa no admite la comisión culposa, por lo que únicamente interesa al presente estudio, el error invencible. Lo anterior se robustece con la jurisprudencia de esta Primera Sala, de rubro: "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN." (12) El primer ejemplo citado en párrafos anteriores hace alusión a un error vencible, pues el sujeto activo, de haber actuado con mayor cuidado, hubiese podido distinguir que el espantapájaros o animal era una persona. Por lo que hace al segundo ejemplo, el mismo muestra un error invencible, siempre y cuando el sujeto activo no tuviese a su alcance los medios para conocer el significado de dichos elementos normativos -"ajeno" y "posesión"-. Ahora bien, por lo que hace a la carga de la prueba respecto de las causas de exclusión del delito, cabe señalar que la misma le corresponde a quien la hace valer, atento al conocido principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar. Resultan aplicables las siguientes tesis de esta Primera Sala: "Séptima Época "Instancia: Primera Sala "Fuente: Semanario Judicial de la Federación "Volumen: 74, Segunda Parte "Página: 38 "SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCUSA ABSOLUTORIA. PRUEBA DE SUS REQUISITOS. Por ser la excusa absolutoria en el delito contra la salud un régimen de excepción, deben acreditarse plenamente los supuestos de la misma, y si al ser examinado quien trae consigo una cantidad de estupefaciente, aun cuando sea pequeña, no presenta síntoma alguno de intoxicación, corresponde a él demostrar su adicción al estupefaciente. De adoptarse una posición contraria, bastaría el mero dicho del poseedor para que se le aplicara el régimen de excepción, rompiendo con ello el sistema probatorio que la ley señala en forma implícita, ya que de las normas relativas a la prueba y a su valoración, se desprende el viejo principio expresamente enunciado en codificaciones como la civil, conforme al cual quien afirma está obligado a probar, máxime que dentro del sistema penal existe la presunción del dolo. Por otra parte, de aceptarse la fuerza probatoria plena del acusado pretendiendo que trae el estupefaciente para su personal consumo y que atenta la cantidad se encuentra amparado por la excusa absolutoria, se llegaría a situaciones absolutamente inaceptables, pues bastaría dicha afirmación para que quien se encuentre dentro de alguna otra modalidad (transportación e incluso posesión como estado anterior al suministro o a la venta), quedara impune, llegándose entonces al característico fraude de la ley. "Amparo directo 3036/74. Roberto Silva Villaseñor. 20 de febrero de 1975. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva." "Sexta Época "Instancia: Primera Sala "Fuente: Semanario Judicial de la Federación "Volumen: LX, Segunda Parte "Página: 26 "EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Quien invoca una excluyente de responsabilidad, debe acreditarla plenamente para que el juzgador pueda declararla en la sentencia; porque siendo dicha circunstancia verdadera aseveración opuesta en el proceso, tiene aplicación el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León, que dispone que el que afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho. "Amparo directo 8581/61. José Morales Rodríguez. 28 de junio de 1962. Cinco votos. Ponente: Alberto R. Vela." De lo anterior, que las causas de exclusión del delito deban acreditarse plenamente para que surtan sus efectos de eliminar toda responsabilidad penal, acreditación que corresponde al que la hace valer -el imputado-, pues de adoptarse una posición contraria, se rompería con ello el principio expresamente enunciado en codificaciones como la civil, conforme al cual

quien afirma está obligado a probar. Sin que con lo anterior se vulneren los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia, implícitamente reconocido por la Carta Magna, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, entre ellos, el dolo, sino que únicamente impone al inculpado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que el delito ha sido demostrado por la representación social de la Federación, por implicar ésta una afirmación contraria a lo probado por la referida representación social, que corresponde probar a quien la afirma -el inculpado-.

III. Habiéndose desarrollado los anteriores análisis sobre el elemento del dolo en el delito, por un lado, y sobre las causas de exclusión del delito, por otro, lo procedente es determinar si en el delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcóticos, el desconocimiento del sujeto activo sobre la existencia del narcótico, supone la existencia de una causa de exclusión del delito -bajo el supuesto anteriormente analizado-, o si demuestra únicamente la ausencia de dolo. El delito que nos ocupa está establecido en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, que a la letra dice: "Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que: "I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud." De la descripción legal contenida en el artículo citado, se obtiene que los elementos del tipo penal del delito en cuestión son: Elementos objetivos: 1) Una conducta, necesariamente de acción, consistente en que el sujeto activo transporte un narcótico sin la autorización correspondiente, en términos de los artículos 234, 235 y 237 de la Ley General de Salud. 2) Tutela un bien jurídico consistente en la salud pública. 3) Es un tipo que consiste en la puesta en peligro o lesión de la salud pública. 4) Prevé un sujeto activo que no requiere de calidad específica -puede serlo cualquier persona imputable capaz de llevar a cabo la conducta típica-. 5) La conducta recae sobre un objeto material consistente en un narcótico de los previstos en la Ley General de Salud. 6) No requiere de circunstancias de modo, tiempo o lugar específicas. Elementos normativos: 7) Requiere de un elemento normativo consistente en no contar, previo a la realización de la conducta con él, la autorización correspondiente. Elementos subjetivos: 8) Es un delito cuya realización, en el ámbito subjetivo es necesariamente doloso en cuanto a su aspecto genérico; sin embargo, no prevé un elemento subjetivo específico para su configuración. Conforme a lo expuesto, en el caso puesto a consideración en esta contradicción de tesis, no puede establecerse que el desconocimiento de la existencia del narcótico transportado actualice un error en alguno de los elementos del tipo, anteriormente reseñados. En efecto, del análisis de la causa de exclusión consistente en el error invencible sobre uno de los elementos del tipo penal anteriormente presentado, se advierte que el mero desconocimiento de la existencia del narcótico no actualiza dicha excluyente, toda vez que ello no representa un error sobre la esencia o naturaleza del narcótico -elemento del tipo consistente en el objeto material-. Esto es, en ningún momento se presenta una falsa apreciación sobre el objeto material del delito, sino simplemente su ignorancia, lo que en los términos anteriormente anotados, es diferente a un error. Para que en el caso concreto se actualizara un error sobre el objeto material del delito -el narcótico-, sería necesario que el sujeto activo hubiese tenido una falsa concepción sobre su esencia, esto es, que hubiese creído que el narcótico no era tal, sino cualquier otra sustancia que pudiese transportar lícitamente. Incluso, para

que llegara a actualizarse la causa de exclusión en comento, sería necesario el conocimiento, por parte del sujeto activo, de que transportaba "algo", que desconocía era un narcótico. Así pues, cabe señalar que el desconocimiento de la existencia del narcótico transportado, respecto del delito en comento, no actualiza la causa de exclusión prevista en el artículo 15, fracción VIII, inciso a, del código punitivo federal, consistente en obrar teniendo un error invencible sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, pues ello simplemente denota la mera ignorancia del sujeto activo, no equiparable al error. De esta forma, si un acusado por delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico alega desconocer la existencia del narcótico transportado, tal argumento no se refiere a un error de tipo, sino a la ausencia de un elemento del dolo, a saber, el cognitivo. En efecto, para acreditar el dolo en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de transportación, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia del narcótico que transportó. Lo que, en los términos anteriormente anotados, corresponde probar al Ministerio Público. Sin embargo, cabe aclarar que la sola manifestación del inculpado respecto a que desconocía la existencia del narcótico que transportó, no puede por sí sola acreditar la ausencia del dolo, ni desvirtuar su existencia, sino que la misma únicamente constituye un indicio más que tendrá que valorar el juzgador, al momento de determinar la acreditación o no del dolo, como elemento del delito, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, esto es, tomando en consideración la mecánica de los hechos conforme a todas las constancias que obren en el expediente. En efecto, si bien atento al principio universal de presunción de inocencia, ninguna persona acusada de la comisión de un delito está obligada a probar su inocencia, sino que corresponde al Ministerio Público probar plenamente su responsabilidad en la comisión de un ilícito, ello no implica que la mera negación respecto de uno de los elementos del delito, como lo es el dolo, implique que el mismo se encuentra desvirtuado, pues si obran en la causa diversos medios probatorios, aportados no sólo por la representación social sino incluso por el propio sujeto activo del delito o su defensa, mediante los cuales se acredite, aun de manera circunstancial, el dolo, no puede establecerse que la sola afirmación respecto al desconocimiento del narcótico desvirtúe la existencia del dolo, sino que la misma únicamente constituye un medio probatorio más, que deberá ser valorado por el juzgador, al momento de dictar sentencia. En las relatadas condiciones, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina que deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios que se sustentan en la presente resolución, los cuales quedan redactados con los siguientes rubros y textos: DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PARTE DEL INCULPADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO.-El código punitivo federal, prevé como causa de exclusión del delito, en su artículo 15, fracción VIII, inciso a), el error invencible que recaiga sobre uno de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Dicha causa de exclusión se actualiza cuando el agente del delito tiene una falsa apreciación o distorsión -error- sobre uno o más de los elementos, objetivos o normativos, del tipo penal. Debe distinguirse el error, que no implica más que un conocimiento falaz, de la ignorancia, que implica un desconocimiento total. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado, mientras que error, supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto. De lo

anterior que el desconocimiento del narcótico transportado, respecto del delito contra la salud en su modalidad de transportación, previsto en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, no actualice la causa de exclusión analizada, consistente en un error sobre un elemento del tipo, a saber, el objeto material, sino que únicamente denota la ignorancia respecto del mismo, lo que en su caso, daría lugar a la ausencia del dolo, al faltar el elemento cognitivo constitutivo del mismo. Por ello, para que se actualizara un error sobre el objeto material del delito, sería necesario que el sujeto activo hubiese tenido una falsa concepción sobre su esencia, esto es, que hubiese creído que el narcótico no era tal, sino cualquier otra sustancia que pudiese transportar lícitamente. De ello que no corresponda la carga de la prueba de dicho desconocimiento al inculpado, lo que sí acontecería de actualizar éste una causa de exclusión del delito, atento al principio de que quien afirma está obligado a probar. DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INCULPADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO.-El delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico requiere para su actualización del acreditamiento del dolo, mismo que corresponde probar al Ministerio Público de la Federación, atento al principio de presunción de inocencia, recogido implícitamente en la Constitución Federal. Al ser el dolo un elemento subjetivo la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios. Para acreditar el dolo en el delito señalado, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia del narcótico que transportó. Lo que, en los términos anteriormente anotados, corresponde probar al Ministerio Público. Sin embargo, cabe aclarar que la sola manifestación del inculpado respecto a que desconocía la existencia del narcótico que transportó, no puede por sí sola, acreditar la ausencia del dolo, ni desvirtuar su existencia, sino que la misma únicamente constituye un indicio más, que tendrá que valorar el juzgador, al momento de determinar la acreditación o no del dolo, como elemento del delito, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, esto es, tomando en consideración la mecánica de los hechos conforme a todas las constancias que obren en el expediente. Sin que con ello se vulnere el principio universal de presunción de inocencia, pues ello no implica que la mera negación respecto de uno de los elementos del delito, como lo es el dolo, implique que el mismo se encuentra desvirtuado, toda vez que si obran en la causa diversos medios probatorios, aportados no sólo por la representación social sino incluso por el propio sujeto activo del delito o su defensa, mediante los cuales se acredite, aun de manera circunstancial, el dolo, no puede establecerse que la sola afirmación respecto al desconocimiento del narcótico, desvirtúe la existencia del dolo, sino que la misma únicamente constituye un medio probatorio más, que deberá ser valorado por el juzgador, al momento de dictar sentencia. Lo anterior, sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios que dieron origen a las sentencias contradictorias, de conformidad con el artículo 197, párrafo segundo, de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Finalmente, remítase el texto de las tesis jurisprudenciales a que se refiere la parte final de este considerando de la presente resolución, a la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis para su publicación, así como a los órganos jurisdiccionales que menciona la fracción III del artículo 195 de la Ley de Amparo, para su conocimiento. Por lo expuesto y fundado, se resuelve: PRIMERO.-Sí

existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, al resolver los juicios de amparo directo 644/2004 y 230/2004; y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, al resolver los amparos directos 213/2001 y 605/2002. SEGUNDO.-Se declara que deben prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, las tesis sustentadas por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos precisados en esta resolución, sin que se afecte la situación jurídica concreta derivada de los juicios en que ocurrió la contradicción. TERCERO.-Remítase el texto de las tesis jurisprudenciales a que se refiere la parte final de este considerando de la presente resolución, a la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis para su publicación, así como a los órganos jurisdiccionales que menciona la fracción III del artículo 195 de la Ley de Amparo, para su conocimiento. Notifíquese; con testimonio de la presente resolución, hágase del conocimiento de los Tribunales Colegiados en controversia y, en su oportunidad, archívese el expediente como asunto concluido. Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz (ponente) y presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

1. La localización, rubro y texto de la tesis jurisprudencial son los siguientes: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, abril de 2001, tesis P./J. 26/2001, página 76: "CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.-De conformidad con lo que establecen los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: a) que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos."

2. La localización y texto de la tesis son los siguientes: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, abril de 2001, tesis P./J. 27/2001, página 77: "CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES.-Los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal, 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen el procedimiento para dirimir las contradicciones de tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El vocablo 'tesis' que se emplea en dichos dispositivos debe entenderse en un sentido amplio, o sea, como la expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal, mediante una redacción especial, en la que se distinga un rubro, un texto, los datos de identificación del asunto en donde se sostuvo y, menos aún,

que constituya jurisprudencia obligatoria en los términos previstos por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, porque ni la Ley Fundamental ni la ordinaria establecen esos requisitos. Por tanto, para denunciar una contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios discrepantes sobre la misma cuestión por Salas de la Suprema Corte o Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia."

3. El citado numeral a la letra dice: "Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

4. Lo anterior, de conformidad con el artículo 9o. del citado ordenamiento en el que se establece lo siguiente: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y ..."

5. La señalada tesis está visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página 2620, y establece: "DOLO.-El dolo penal se haya constituido por dos elementos, a saber: el conocimiento que tiene una persona de que un hecho o una omisión son delictuosos, y la voluntad de infringir la ley penal. En cuanto al primero y tratándose del delito de peculado, es claro que el empleado que ha sido admitido en su empleo, mediante severos requisitos legales, no puede ignorar que el dinero que se le entregaba, sólo podía utilizarlo para los fines de su cargo, esto es, para verificar los pagos correspondientes; y con relación al segundo elemento, es evidente que el hecho de haberse consumando la sustracción, revela, por sí mismo, la voluntad de perpetrarla."

6. En México, únicamente el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, ha reconocido expresamente este principio, ya que su artículo 30 decía: "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable."

7. La localización, rubro y texto de la citada tesis son los siguientes: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, página 14: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación

previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores."

8. Por prueba circunstancial, de acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, cuarta edición, publicada en 1991, se entiende: "Hechos, elementos o circunstancias que sirven de apoyo al razonamiento lógico del Juez para lograr su convicción sobre la existencia de otros hechos o datos desconocidos en el proceso".

9. La tesis señalada está visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, Quinta Época, página 710, y establece: "DOLO.-Siendo el dolo un elemento subjetivo, lo único que puede probarse, es si existen o no, razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión, que es lo que en lo que el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario sólo podría probarse por la confesión."

10. El citado artículo a la letra dice: "Artículo 286. Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena."

11. Jiménez de Asúa Luis, "La Ley y el Delito", 11a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 446.

12. La localización, texto y rubro de la jurisprudencia citada son los siguientes: Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Volúmenes 217-228, Segunda Parte, página 87: "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN.-El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el 'error de tipo' como el llamado 'error de prohibición indirecto' o 'error de permisión', hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

AJDUKIEWICZ, Kazimierz, *Introducción a la Filosofía*, 5ª. Ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 2006.

ARISTOTELES, *Ética Nicomáquea*, traducción y notas de Julio Pallí Bonet, 2ª. ed., España, Editorial Gredos, 2007.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Perú, ARA Editores, 2004.

----- *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*, Cárdenas Editor, 1989.

----- *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1994.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo, *Error de Prohibición*, en *Lecciones de Derecho Penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1999.

BELING, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal*, traducción de la 11ª ed. (1930) alemana por Sebastián Soler, Argentina, Librería "El Foro", 2002.

BUNSTER, Álvaro, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, México, INACIPE, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen II, España, Trotta, 1999.

----- *Lecciones de Derecho Penal*, volumen I, España, Trotta, 1997.

----- *Nuevo sistema de Derecho Penal*, España, Trotta, 2004.

CAMPOS, Alberto A., *Derecho Penal*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Delito*, Colombia, Editorial Arcos, 1952.

CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho Penal Mexicano, parte general*, 17ª. ed., México, Porrúa, 1991.

CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 30ª. ed., México, Porrúa, 1991.

CASTILLA, Américo J, *Error de Hecho en la Jurisprudencia Argentina*, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970.

CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El Dominio del Hecho, formas de autoría en el delito*, México, Porrúa, 2005.

COBO DEL ROSAL, M, y Vives Anton, T.S., *Derecho Penal, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel, *Tentativa*, en *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal, parte general*, 3ª. ed., Argentina, Astrea, 1992.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal, conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944", (Parte General)*, tomo I, 9ª. ed., México, Editora Nacional, 1963.

DAGDUG KALIFE, Alfredo, en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, México, INACIPE, 2003.

DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor, 2000.

DIAZ ARANDA, Enrique, *Dolo*, México, Porrúa, 2000.

----- *Imputación normativa del resultado a la conducta*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004.

----- *Teoría del Delito*, México, edición del autor, 2006.

DÍAZ PALOS, Fernando, *Culpabilidad Jurídico Penal*, edición facsímil, México, O.G.S. Editores, 2001.

DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El Error sobre Elementos Normativos del Tipo Penal*, Madrid, La Ley, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 2, imputación delictiva, Argentina, Astrea, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 5ª. ed., Madrid, Trotta, 2001.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e Injusto, formación del concepto de antijuridicidad*, México, edición del autor, 1950.

FRANK, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Profesora de alemán del original de 1907, Argentina, B de F, 2002.

FRISCH, Wolfgang, *et al.*, *El error en el Derecho Penal*, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2003.

GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, 2ª. ed., Argentina, B de F, 2002.

GONZÁLEZ REYES, Miguel Ángel, *Tratamiento del error en el Derecho Penal*, Colombia, Ibañez, 2008.

GONZÁLEZ RUIZ, Isaac, *Error de Prohibición y Derechos Indígenas*, México, UBIJUS, 2008.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, México, Péreznieto Editores, 1995.

GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de Carlos Fontán Palestra, con la colaboración de Eduardo Friker, sobre la 4ª. ed., Colombia, Leyer, 2005.

HASSEMER, Winfried, *Crítica del Derecho Penal de hoy*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.

HERRERA, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª. ed., México, Trillas, 1998.

----- y RAMÍREZ, Elpidio, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

JAKOBS, Gunther, *Culpabilidad en Derecho Penal, dos cuestiones fundamentales*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.

----- *Derecho Penal*, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª. ed., España, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito*, México, Editorial Hermes, 1986.

----- *Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, La culpabilidad y su exclusión*, 3ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1962.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Introducción a la Teoría General del Delito*, México, Ángel Editor, 2003.

----- *Estructura del delito en el Derecho penal mexicano*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2006.

----- *Teoría General de la Culpabilidad*, México, Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, 2004.

----- *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 2010.

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, primera edición facsimilar, México, Porrúa, 1982.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal comentados y confrontados con los anteriores*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México*, México, Porrúa, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2000.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal*, 4ª. ed., México, Trillas, 2001.

----- en *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*, México, INACIPE, 2003.

----- *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 2006.

----- *Teoría de la Antijuridicidad*, México, UNAM, 2003.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2003.

MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 9ª. ed., México, Porrúa, 2003.

MAURACH, Reinhart, actualizada por Heinz Zipf, *Derecho Penal*, Tomo I, traducción de la 7ª. ed., alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Argentina, Astrea, 1994.

----- actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, *Derecho Penal, Tomo II*, traducción de la 7ª. ed., alemana por Jorge Bofill Genzch, Argentina, Astrea, 1995.

MEDINA PEÑALOZA, Sergio J., *Teoría del Delito*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2003.

MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor, 1990.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 5ª. ed., Barcelona, Reppertor, 2000.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Colombia, Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

----- *El error en Derecho Penal*, Argentina, Rubinzal – Culzoni, 2003.

NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *El error en el Derecho Penal*, México, Porrúa, 2007.

NUÑEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª. ed., actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, 1999.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2001.

PAVÓN VAZCONCELOS, Francisco, voz: *Penal, Diccionario de Derecho Penal*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1999.

----- *Imputabilidad e inimputabilidad*, 3ª. ed, México, Porrúa, 1993.

PÉREZ DAZA, Alfonso, *Derecho Penal, Introducción*, México, edición del autor, 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, tomo I*, 3ª. ed., España, Bosch, 1996.

----- *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, México, Porrúa, 2001.

QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comentado y anotado*, 2ª. ed., México, Ángel Editor, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Morales Prats, Fermín y Prats Canut, J. Miguel, *Manual de Derecho Penal*, España, Aranzadi, 1999.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario Temático de la Ciencia Penal moderna*, 3ª. ed., México, MaGister, 2008.

----- *Dogmática penal aplicada*, 2ª. ed., México, MaGister, 2007.

----- *Dolo y Error, funciones dogmáticas*, México, Flores Editor, 2010.

REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Teoría del Delito*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1997.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, Garza Bandala Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 2005.

ROCCO, Arturo, *Objeto del delito y de la tutela jurídica penal, Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, Argentina, B de F, 2001.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal español, parte general*, 18ª, ed., Madrid, Dykinson, 1995.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, México, Porrúa, 2000.

ROUSSEAU, J.J., *El Pacto Social o Principios del Derecho Político*, traducción y notas de Antonio Redondo Orriols, Madrid, Biblioteca Universal, colección de los mejores autores, t. XCIII, 1884.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons, 2000.

----- *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, España, Instituto Editorial Reus, 1981.

----- *Derecho Penal, tomo I*, 2ª. ed., España, Civitas, 1999.

----- *La Teoría del Delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto Vázquez, Perú, Editorial Jurídica Grujley, 2007.

----- *Teoría del Tipo Penal*, versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo,

Argentina, Depalma, 1979.

SACHER DE KÖSTER, Mariana, *Evolución del tipo subjetivo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SÁINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Barcelona, Bosch, 1990.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal, parte general, I, el hecho punible*, traducción de la segunda edición alemana (1976) de Gladis Romero, Argentina, Fabian J. di Placido Editor, 1999.

TORRES VÁSQUEZ, Filemón, *El error en el derecho penal colombiano*, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

VERNEAUX, Roger, *Epistemología General o crítica del conocimiento*, España, Herder Editorial, 1967.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la décimo octava edición alemana por Quintiliano Saldaña, Tomo I, 2ª. ed., España, Reus, 1926.

----- *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la vigésima edición alemana por Quintiliano Saldaña, Tomo II, 2ª. ed., España, Reus, 1927.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, cuarta edición castellana de la décimo primera edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

----- *El nuevo sistema del Derecho Penal*, traducción y notas por José Cerezo Mir, 1ª. ed., en castellano 1964, Argentina, B de F, 2001.

YACAMÁN YIDI, Miguel, *Nueva estructura del delito y del error en el Código Penal colombiano*, Colombia, Temis, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Argentina, Ediar, 2005.

----- *Manual de Derecho Penal, parte general*, 2ª. ed., México, Cárdenas, 1998.

----- *Teoría del Delito*, Argentina, Ediar, 1973.

HEMEROGRAFÍA

DAZA GÓMEZ, Carlos, *El funcionalismo, hoy*, en *Criminalia*, Año LXV, num. 3, septiembre-diciembre, México, Porrúa, 1999, pp. 133-146.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *La regulación del error en la legislación penal mexicana*, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, CEPOLCRIM, Número especial 1, agosto de 1999, pp. 77-92.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Sista, 2012.

Código Penal Federal, México, Sista, 2012.

Código Penal para el Distrito Federal, México, Sista, 2012.

Código Penal para el Estado de México, México, Sista, 2012.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, México, Ediciones Andrade, 1990.

Código de Justicia Militar.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, México, Sista, 2012.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código Penal Alemán. Strafgesetzbuch, 32ª. ed., traducción de la Profesora Claudia López Díaz, Munich, 1998.

Código Penal Colombiano, 4ª. ed., Bogotá, Temis, 2009.

Código Penal Español, consultado en: <http://abogadospenal.fullblog.com.ar/codigo-penal-espanol---texto-integro-actualizado-2-121244071996.html>; fecha de consulta 26 septiembre 2011.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I, 22ª. ed., Madrid, 2002.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Jurisprudencias y Tesis Aisladas IUS 2011, CD Rom, disco compacto, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Página oficial de internet del Supremo Tribunal español, Sala Penal.