

24
532

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN CARLOS RAYO MARES

MEXICO, D. F.

1986



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 está 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.

ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

SUMARIO:

1.- Introducción: A) Principios básicos, limitadores del poder punitivo del Estado. B) El principio de culpabilidad. 2.- La Culpabilidad: A) Consideraciones generales: su evolución. B) - Concepción psicológica de la culpabilidad. C) Concepción mixta o compleja de la culpabilidad. D) Concepción meramente normativa de la culpabilidad. 3.- El Dolo: I. Teoría de la voluntad. - II. Teoría de la representación. III. Teoría mixta. A) Papel que desempeña el dolo en la sistemática penal: a).- Sistema --- clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja); y b).- - Sistema finalista. B) Contenido del dolo: a).- Elemento inte-- tectual o conativo: I. Teoría rígida del dolo. II. Teoría limi tada del dolo. III. Teoría rígida de la culpabilidad. IV. Teoría limitada de la culpabilidad. b) Elemento volitivo o emocional. C) Breve referencia a algunas clases de dolo. D) Derecho positivo. 4.- La Culpa: A) Papel que desempeña la culpa en la sistemática del delito: a) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja); y b) Sistema finalista. B) La culpa con representación, con previsión o conciente. C) Diferencia -- entre culpa con representación, con previsión o conciente con el dolo eventual. D) Culpa sin representación, sin previsión o inconciente. E) Derecho positivo. 5.- La Preterintención: A) Pa

pel que desempeña la preterintención en la sistemática del delito: a) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o --- compleja); y b) Sistema finalista. B) Como suma de dolo y culpa. C) Derecho positivo. 6.- La inculpabilidad: A) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja); y B) Sistema finalista. C) El error y la ignorancia. D) El error esencial e invencible: a) Esencial. y b) Invencible. E) El error de tipo: legislación. F) Error sobre circunstancias calificantes: legislación. G) Error sobre circunstancias privilegiantes: legislación. H) El error esencial e invencible de prohibición: a) --- Error de licitud, permisión, eximente putativa o error indirecto de prohibición; y b) Error de prohibición directo. I) Por coacción sobre la voluntad. J) Por no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. 7.- Conclusiones.

1. INTRODUCCION

En la actualidad la doctrina penal, pugna por un movimiento a -- nivel internacional, que logre adaptar el Derecho Penal a los -- profundos cambios económicos y sociales y, a la concepción de un Estado de Derecho, entendido éste como garantizador de la convivencia social, pacífica e igualitaria de los individuos; es decir, se busca que el Derecho Penal cumpla cabalmente sus fines, -- como son, la conservación de los valores fundamentales de la --- sociedad humana, la protección de los bienes jurídicos especialmente importantes y estar regido entre otros principios, por los de Estado de Derecho y de Culpabilidad, sirviéndose de las leyes penales para el castigo del delincuente imputable o, para la --- resocialización del sujeto activo peligroso o temible y lograr -- su reincorporación a la comunidad jurídicamente organizada.

Empero, no debe olvidarse, que "por ser el derecho penal la últi ma ratio en el obedecimiento de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir -- dentro de la función coactiva del Estado, se conecta directamente con dos extremos dentro de sus características propias: por -- una parte solamente entra en acción cuando la perturbación del -- orden social alcanza un grado considerable; por otra las medidas que emplea afectan gravemente la libertad del perturbador y has-

ta su vida, comprometiendo así valores suyos que se tienen por - derechos fundamentales de la persona humana"^{1/}, pues "tan pronto como el Derecho Penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada".^{2/}

En el ámbito nacional, la Política Penal se ha venido delineando por una serie de reformas parciales, cuando es más urgente y necesaria una renovación penal integral, tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo de nuestros ordenamientos penales; claro está que estas modificaciones continuas, tratan de adaptar el Código Penal Federal a las exigencias de una sociedad cambiante, que necesita de mejores ordenamientos punitivos, para hacer más eficaz la impartición de justicia. El Código Penal de 1931, según nuestro parecer, resulta caduco y obsoleto, a pesar de que - con las constantes innovaciones se le ha tratado de dar vida, de actualizarlo y de hacer que responda a las necesidades antes indicadas, ya que el mencionado ordenamiento resulta totalmente -- extemporáneo y, no obstante, sigue ganando batallas después de - muerto a la manera del Mío Cid, según lo expresara con todo ---- acierto el Dr. Sergio García Ramírez en el Segundo Congreso Nacional de Procuradores, de noviembre de 1983.

Ahora bien, con relación a la restauración penal, se ha tratado - de seguir la mejor doctrina y la más moderna, como se hace evidente de su simple lectura. Tal vez, la tan añorada y ansiada -

- 1/ Novoa Monreal, E. - La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo. - p. 95. LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo. - Vol. I. Universidad Nacional Autónoma de México. - México. - 1979.
- 2/ Jescheck, H. H. - Tratado de Derecho Penal. - Vol. I. - p. 4. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona. - 1981.

reforma integral del Código Penal no se haya efectuado, porque las condiciones políticas, económicas y sociales que la condicionan no hayan sido captadas en toda su amplitud por el legislador, ello aunado a las presiones de ciertos grupos; solo tomando conciencia de esta situación y denunciándola, se podrá conseguir --ese cambio, en un día, esperamos, no muy lejano.

Se ha expresado, por los "prácticos" que más vale tener un Código malo con buenos jueces, que un buen Código con malos jueces; palabras faltas totalmente de sentido lógico y jurídico, ya que si se admite que nuestros jueces son buenos juristas, con conocimientos técnica y jurídicamente aceptables para una eficaz impartición de justicia, lo adecuado es dotarlos de convenientes leyes, que respondan a las situaciones actualmente predominantes y a las necesidades sociales; y, si se considera que los que integran nuestra judicatura son gente que no entendería una ley más técnica, científicamente completa, y, por lo tanto más justa, -- pues señores, solo nos queda hacerles una invitación, para que cedan sus puestos a gente preparada y consciente de que su misión es uno de los más preciados valores que busca toda sociedad, a saber, la impartición de justicia.

En la esfera de las consecuencias jurídicas por la comisión de un hecho antijurídico --pena o medida--, el cambio ha de ser en el sentido de ir sustituyendo paulatinamente y lo más ampliamente

que se pueda, a las penas privativas de libertad de corta duración; cambio que ya se deja sentir con las reformas al Código Penal, en las que se da cabida a los sustitutivos penales, como trabajo en libertad, semilibertad, trabajo en favor de la comunidad, caución de no ofender, implantación del sistema de día multa, etc., y por lo que hace a las penas privativas de libertad de larga duración, reducirlas a su mínimo indispensable, buscando siempre el quantum adecuado para lograr los fines de prevención general y especial y, la resocialización del delincuente.

Para conseguir las metas antes señaladas, la Política Criminal ha elaborado una serie de principios, que establecen un conjunto de garantías para los individuos insertos en la sociedad y que limitan de una u otra forma el poder punitivo estatal.

A) PRINCIPIOS BASICOS, LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO:

1. PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO.- Principio según el cual al Estado se le asigna un importantísimo papel, como es el de albergar la seguridad jurídica y el de garantizar las libertades, los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad, para que aquél pueda desarrollarse en la misma y hacerla más vigorosa; o sea, se trata de ver al hombre-individuo como fin en sí y a la sociedad, como reflejo de esta concepción.

2. PRINCIPIO DE INTERVENCION LEGALIZADA, DE LEGALIDAD, DE -- POSITIVIDAD, DE RESERVA DE LA LEY, DE CONCENTRACION LEGISLATIVA O DE PREDOMINIO EXCLUSIVO DE LA LEY.- Al decir de Bettiol, "la regla del nullum crimen, nulla poena sine -- lege... desde el punto de vista técnico formal ello equi vale a una reserva de ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad... Reserva de ley en tal materia, significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete -- según la Constitución la facultad de legislar, es decir, -- al poder legislativo".^{3/} Consecuentemente, el principio de legalidad, consiste, en que ninguna conducta que no -- esté previamente instaurada como delito por una ley anterior al hecho cometido, podrá ser sancionada con pena alguna; tal principio se consagra de manera expresa en la -- Constitución General de la República, al decretarse en el artículo 14, párrafo segundo, que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los -- tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme-

3/ Instituciones de Derecho Penal y Procesal, pp. 95-96. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1977. Muñoz Conde nos dice, que -- "el principio de intervención legalizada o de legalidad, sirve, -- pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal". Introducción al Derecho Penal, p. 80. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1975.- Cfr. Además Sáinz Can-- tero, José A. - Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. -- Ley Penal. El delito, p. 36.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barce lona, 1982. Jescheck. Tratado de Derecho Penal, I. p. 33. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1981.

a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"; en otros términos, se debe tener presente "que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el «imperio de la ley», entendida esta -- como expresión de la «voluntad general»^{4/}; potestad -- para fijar los delitos y las penas, que se encuentra ordenada constitucionalmente en el artículo 73, fracción XXI: "El Congreso tiene facultad, para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse".

3. PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY MAS GRAVOSA. "El cual quiere decir que la ley penal dispone solo para el futuro, no pudiéndose aplicar a los hechos perpetrados -- anteriormente a su entrada en vigor".^{5/} Algunos autores consideran este principio como consecuencia del principio de legalidad, pero nosotros lo desprendemos del artículo 14 Constitucional, cuando se anota en su párrafo primero, que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". En consecuencia, se hace necesario implantarlo en las legislaciones que no lo contengan, y suprimir cualquier disposición que permita la retroactividad de la ley penal más gravosa respecto de penas y me-

4/ Muñoz Conde, Francisco.- Introducción al Derecho Penal.- p. 80 -- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1975.

5/ Bettiol, Giuseppe.- Instituciones de Derecho Penal y Procesal. p. 103.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977. Jescheck. - Tratado de Derecho Penal, I, p. 33. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona, 1981.

didas de seguridad, aún cuando se argumente que las restricciones o afectaciones de derechos de que se trate lo sean a título de "medidas de seguridad" y en propio beneficio de la persona afectada.

4. PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENIGNA. Contrapartida del principio de prohibición de la retroactividad de la ley penal más gravosa, es este, el principio de obligatoriedad de la retroactividad de la ley penal más benigna; fundamento que se ha tratado de desprender de la Constitución Federal, - partiendo de un procedimiento de interpretación a "contrario sensu" del primer párrafo del artículo 14, que determina, que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en -- perjuicio de persona alguna" y que quedaría: "a toda ley se dará efecto retroactivo en beneficio de persona alguna". Por otra parte, con la reforma al artículo 56 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1985, se expresa en el -- citado numeral, que "cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entra -- re en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad -- que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, -- aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo --

hubiere sido sentenciado al término mínimo o al término - máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho - término, se estará a la ley más favorable. Cuando el su- jeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que- resulte del término medio aritmético conforme a la nueva- norma". Consideramos, que las legislaciones que no con- tienen una disposición como la transcrita, deben insti- tuirla y buscar eliminar las excepciones o limitaciones - a la misma, si las hubiere, y se consagre que la vigencia de la nueva ley se opere de pleno derecho y el trámite -- que fuere necesario se inicie de oficio.

5. PRINCIPIO DE NO VALIDEZ ULTERIOR DE LA LEY PENAL.- La --- norma penal no puede seguir teniendo validez, "continuar- disciplinando una situación cuando por una determinada -- razón ha dejado de ser norma vigente",^{6/} es decir, cuando una norma penal sea derogada -tácita o expresamente-, por una norma posterior, porque la nueva disposición sea to- tal o parcialmente incompatible con la anterior. El Có- digo Civil para el Distrito Federal en materia de fuero - común y para toda la República en materia de fuero fede- ral, dispone en el artículo 9o., que "la ley sólo queda - abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare

6/ Bettiol Giuseppe.- Instituciones de Derecho Penal y Procesal. p. 104.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". En conclusión, en materia de delitos, una ley no podrá seguir teniendo valor, cuando a un hecho determinado, se le haya quitado tal carácter, y en tratándose de penas o medidas de seguridad, igualmente dejarán de aplicarse, en virtud de que tal hecho ya no es considerado por la sociedad como anti-jurídico, sino socialmente válido.

6. PRINCIPIO DE DETERMINACION. Máxima consistente en que el legislador al elaborar los tipos de delito, debe determinar con precisión la conducta o hecho que trata de regular, y no introducir en forma excesiva en los tipos, los llamados elementos normativos y subjetivos del injusto o, la utilización en forma general y abstracta de expresiones que dejen los tipos abiertos a cualquier conducta, -- pues con todo esto se haría nugatorio el principio de determinación, dejando en manos del juez la fijación de lo que constituye o no delito.^{7/} Por tanto, creemos que se debe emplear el lenguaje más depurado y preciso en la -- elaboración de los tipos, sin sacrificar la expresión --- técnica propia y adecuada de nuestra ciencia; buscar con mayor precisión el verbo típico, evitando las fórmulas -- características que oculten el verbo o no lo expresen con

7/ Cfr.- Sáinz Cantero.- Lecciones de Derecho Penal.- pp. 40-41. -- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1982.

claridad, las referencias descriptivas semánticamente ---
equivocas, los elementos normativos de valoración jurfdi-
ca o cultural no bien delimitados y los elementos subjeti-
vos inciertos, reducir al mínimo y si es posible suprimir
las tipificaciones abiertas y eliminar o reducir las enun-
ciativas o ejemplificativas. Asimismo juzgamos que se --
vulnera el principio de determinación, cuando los Códigos
reglamentan, en el ámbito de la culpa, el sistema de in--
criminación abierta o "numerus apertus", consistente en -
castigar todas las conductas típicas realizadas culposa--
mente, excepto --claro está--, las que por su peculiar --
configuración típica sean incompatibles con una tal forma
de comisión; ej. los tipos que contienen elementos subje-
tivos del injusto, que a su vez dan lugar a los delitos -
de tendencia interna trascendente, de expresión y de in--
tención; lo mismo imaginamos que sucede con los delitos -
cometidos por conducta omisiva, donde la ley no especifi-
ca ni delimita claramente las fuentes del deber de garan-
te; en tal virtud, estimamos que se deben de elaborar los
tipos de las omisiones que hasta hoy no están escritos, -
para que no se viole además del principio de determina--
ción el de legalidad; tal reglamentación se debe hacer --
conforme a un criterio de racional necesidad político-cri-
minal que interprete siempre restrictivamente el alcance-

de las fuentes de la posición de garante consignadas en la ley, a fin de evitar aplicaciones analógicas o aberrantes de la teoría de la omisión.

7. PRINCIPIO DE PROHIBICION DE LA ANALOGIA. "La analogía -- supone la aplicación de una ley dada para un supuesto de hecho a otro regulado por dicha ley"^{8/}. Esta máxima ---- igualmente se consagra de manera precisa en nuestra Constitución Federal en el artículo 14, párrafo tercero, cuando se indica que "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". En este sentido la analogía está totalmente prohibida en el -- Derecho Penal.
8. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. Principio que prohíbe que --- alguien pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito; norma establecida en la Constitución en el artículo 23, - parte segunda, al señalarse, que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene"^{9/}.
9. PRINCIPIO DEL BIEN JURIDICO. Principio que "concibe el - delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión -

^{8/} Muñoz Conde, Francisco.- Introducción al Derecho Penal.- p. 90.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona, 1975.

^{9/} Cfr. Muñoz Conde, F.- Introducción al Derecho Penal.- p. 65. --- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1975.

o efectivo peligro de un bien jurídico, la elección del bien jurídico como criterio clasificador de la sistemática de los delitos en particular",^{10/} por lo que no se deben proteger "bienes jurídicos" que en el fondo, se tratan de valores políticos que se impongan en un sistema jurídico concreto, por grupos de poder, nacionales o extranjeros, en una circunstancia histórica determinada.^{11/} En razón de lo expresado, debemos pugnar la inconstitucionalidad de todos los tipos en que no aparezca, un bien jurídico tutelado, por vía doctrinaria o jurisprudencial; interpretar todo precepto penal partiendo del entendimiento de que el legislador tutela con ello un bien jurídico, y así, limitar su alcance prohibitivo o si no existe el bien jurídico, anular el tipo penal respectivo; rechazar abiertamente por todos los medios que meras pautas éticas, morales o de convivencia social o, la sola autoridad del Estado puedan erigirse en bienes jurídicos. Se deben despenalizar conductas o hechos en los que actualmente el bien jurídico que protegían o protegen ha dejado de ser fundamental o prioritario, es decir, de tener valor, debi

10/ Cfr.- Sáinz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II.- p. 42; Bettiol, Giuseppe, nos dice que la esencia del delito viene dada, en otros términos, por la lesión de un bien de la vida social garantizado por la norma penal...; de tal modo que antes de vulneración de una norma o de un deber el delito es lesión de un bien jurídico". Instituciones de Derecho Penal y Procesal.- pp. 106-107. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.- 1977.

11/ Cfr.- Novoa Monreal. - La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo.- pp. 134-135. Trabajo publicado en el libro "LXXV - Años de Evolución Jurídica en el Mundo. Vol. I. UNAM.- México. - 1979.

do a cambios en las estructuras político-administrativas; cambios en las estructuras económico-sociales; cambios en la vida socio-familiar; debido a avances científicos y -- técnicos en el campo biológico; al progreso en el dominio y utilización de nuevas formas de energía y desarrollo -- del maquinismo, la electrónica y las técnicas que permiten inesperados efectos del obrar humano; y modificaciones en las valoraciones culturales y éticas de la sociedad.^{12/}

Así también, algunos autores consideran que se vulnera el principio del bien jurídico, cuando se punen figuras como la llamada tentativa imposible o delito imposible, en --- cuanto se permite imponer una pena por una conducta que - no ha lesionado ni puesto en peligro efectivo bien jurí-- dico alguno. Otro tanto sucede con los llamados delitos-- sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamien-- to, en los que igualmente no aparece bien jurídico alguno a proteger, y por último la punición de conductas que ca-- recen de sustantividad propia, como los delitos de dispa-- ro de arma de fuego y ataque peligroso.

10. PRINCIPIO DE LA OBJETIVIDAD MATERIAL DEL DELITO. "El --- principio de la objetividad material del delito --al de-- cir de Bettiol--, es el soporte de hecho de la exigencia-- de una lesión..., tal principio de la objetividad mate---

^{12/} Cfr. - Novoa Monreal. - Progreso Humano y Derecho Penal. - pp. 91 a 109. Trabajo en homenaje a Raúl Carranca y Trujillo, publicado en Revista Mexicana de Derecho Penal. Quinta Epoca. No. 4. Julio-diciembre de 1978. Editada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

rial, o de <<materialidad>>, se conecta a una exigencia - de certeza, y por tanto, de seguridad jurídica en el interés de la libertad individual. Sólo los regímenes totalitarios escudriñan en <<lo interno>> del hombre e indagan --con el fin de su examen-- el más liviano pensamiento",^{13/} es decir, este principio trata de proteger la no incriminación de la fase interna del iter criminis, ya que "el pensamiento no delinque"; etapas del camino del delito -- como ideación, deliberación o resolución interna y no manifestada para cometer el delito.

11. PRINCIPIO DE PONDERACION DE LOS INTERESES. Principio - consistente en que los hechos que no constituyen delito, - se deben de justificar por el legislador en base a "consideraciones de que un determinado interés debe venir sacrificado para tutelar uno de significado o de valor equivalente o superior a aquél en concreto sacrificado",^{14/} - máxima que encuentra su base de sustentación en el principio del interés preponderante y solo la necesidad justifica el sacrificio de un bien, en un Estado de Derecho -- pendiente de salvaguardar los derechos de las personas.

12. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. "Este principio quiere -- decir que las penas deben ser proporcionales a la entidad

^{13/} Instituciones de Derecho Penal y Procesal.- p. 110.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

^{14/} Bettiol, Giuseppe.- Instituciones de Derecho Penal y Procesal.- p. 122.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito"^{15/}, o sea, que "la gravedad de la --- pena se corresponda con la gravedad del hecho, y que la --- medida de seguridad sea también proporcional a la grave--- dad del delito revelador de la peligrosidad criminal del sujeto y a lo que resulte probable pueda cometer en el -- futuro".^{16/}

El Código Penal en su artículo 27, párrafo primero, dispone que "el tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

13. PRINCIPIO PREVENTIVO. Las medidas de seguridad. "El --- <<mito>> de la reeducación, es prevención de futuros delitos, domina sin oposición toda la materia penal, pero la domina en el campo más específico de una actividad preventiva ligada a la idea de la defensa social orientada de -

15/ Muñoz Conde, F.- Introducción al Derecho Penal.- p. 78. Bosch, - Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1975.

16/ Sáinz Cantero, José A.- Lecciones de Derecho Penal.- Parte General.- II.- p. 43.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- ---- 1982.

este modo hacia los criterios y conceptos de la peligrosidad social y de la medida de la seguridad";^{17/} éstas tienen su fundamento en la peligrosidad o predisposición del sujeto para la comisión de futuros delitos. Ahora bien, es indudable que esta temibilidad puede existir en el sujeto antes de la comisión de un delito, durante la realización del mismo o después de su ejecución. Pues, ya sabemos que el sistema de reacción estatal frente al autor de un delito es diferente, o sea, es evidente que en todas las legislaciones del mundo se trata de manera diversa al autor de un delito cuando es inimputable que cuando no lo es; ello no debe llevarnos a que a la hora de la ejecución de la pena o medida se cometa un "fraude de --- etiquetas", ya que, qué sentido puede tener la distinción entre pena o medida, cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad; la readaptación social del delincuente y su retorno a la sociedad -- jurídicamente organizada.

La medida de seguridad debe ser proporcional a la peligrosidad o temibilidad del sujeto, este principio de proporcionalidad de la medida de seguridad se encuentra establecido en nuestro Código Penal en el artículo 69, cuando se dispone, que "en ningún caso la medida de tratamiento ---

^{17/} Bettioli, Giuseppe. - Instituciones de Derecho Penal y Procesal. -- p. 160. Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona. - 1977.

impuesta por el juez penal, excederá de la duración que -
corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si
concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera -
que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo ---
pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para -
que procedan conforme a las leyes aplicables".

14. PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Con este principio se quieren considerar como inadmi---
bles las formas y causas de la responsabilidad penal por-
un hecho ajeno, ya que la responsabilidad penal va unida-
al hecho propio, cometido dolosa, culposa o preterinten-
cionalmente, ya se consideren estos criterios, clásica---
mente como formas de culpabilidad, o bien, modernamente --
como formas de conducta. Aunado a lo anterior, la res---
ponsabilidad penal por el hecho cometido, debe ir en raz-
zón al grado de participación que haya tenido el sujeto-
en el hecho propio o ajeno; lo precedente lo encontramos-
claramente delineado en el Código Penal en el artículo 13,
al expresar que, "son responsables del delito: II. Los -
que lo realicen por sí (autor material); III. Los que lo-
realicen conjuntamente (coautores); IV. Los que lo lleven
a cabo sirviéndose de otro (autor mediato); V. Los que --
determinen intencionalmente a otro a cometerlo (autor in-
tellectual o instigador); y VI. Los que intencionalmente -

presten ayuda o auxilien a otro para su comisión (cómplices). Esta tan evidente graduación de la responsabilidad de los participantes de un delito, no encuentra sustento en el Código Penal, por lo que hace a la hora de la imposición de la pena.

15. PRINCIPIO DE LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE. "Se trata de una disposición en armonía con las nuevas normas de cultura"^{18/}, por tal motivo creemos necesario que en la Constitución Federal se derogue la posibilidad de la imposición de la pena de muerte contenida en el artículo 22, párrafo 3o., al indicar que "queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la patria en --- guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

16. PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS O DE PROTECCION DE LA DIGNIDAD HUMANA. "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado... Esto quiere decir, ante todo, significar el rechazo a toda forma de pena corporal dirigida a hacer sufrir al condenado en su organismo fi--

^{18/} Bettiol Giuseppe.- Instituciones de Derecho Penal y Procesal.- - p. 93.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

sico las consecuencias de la sanción penal";^{19/} tal principio está consagrado en México a nivel constitucional en el artículo 22, párrafo primero cuando se expresa, que -- "quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, - la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y - cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales". Es decir, con esta regla se excluyen las penas crueles o denigrantes y se prohíbe un tratamiento indigno a los reclusos durante el cumplimiento de la pena; fundamento que da base y sustento al de igualdad, que prohíbe la discriminación de los que han cumplido una pena de prisión.

17. PRINCIPIO DE RESPETO A LAS SANCIONES PENALES. El sistema dualista de la reacción penal, "como consecuencia jurídica del delito, lo que exige que, tanto para la imposición de una pena como para la aplicación de una medida de seguridad, el sujeto haya cometido un hecho tipificado como infracción penal",^{20/} y, excepcionalmente que la medida pueda ser impuesta con la pena en aquellos casos en que - junto a la culpabilidad -- libre albedrío-- se da también la peligrosidad --determinismo-- revelante en el autor de un delito, siempre que la forma de ejecución de la pena - no pueda cumplir una buena función preventiva.

19/ Bettiol Giuseppe. - Instituciones de Derecho Penal y Procesal. -- p. 94.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

20/ Sáinz Cantero, José A. - Lecciones de Derecho Penal.- Parte General.- II. Ley Penal.- El delito.- p. 45.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1982.

18. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA. "El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de - intervención mínima..., el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves -- del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De aquí que se diga que el Derecho Penal tiene carácter - <<subsidiario>> frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico".^{21/}

Cuando se dice que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario quiere indicarse con ésto, que solo debe intervenir en los casos de ataques a bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la convivencia pacífica del hombre - en la sociedad, y que su intervención sólo se hace necesaria cuando otras ramas del orden jurídico fallan en su -- protección y que este bien jurídico tiene la calidad de importante, de merecedor y necesitado de protección; por tanto, se debe tratar de un bien vital y fundamental.^{22/} Por otra parte, la consecuencia de este principio, es --- penalizar y despenalizar conductas; penalizar aquellas -- que ataquen bienes jurídicos de una fundamental importancia para la convivencia serena de los sujetos que inte---

21/ Muñoz Conde, Francisco.- Introducción al Derecho Penal. pp. 59--60.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1975.

22/ Cfr. Muñoz Conde, Francisco.- Introducción al Derecho Penal. pp. 60 a 71.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1975. Cfr. -- Además Muñoz Conde, F. Adiciones de Derecho Penal al Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck, p. 11.- Vol. 1. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1981.

gran la comunidad jurídica (Estado). La pena se reduce a sus justos límites, no sólo prescindiéndose de las más -- graves, como muerte, perturbación de la libertad, etc., - sino eliminando ilícitos penales de "bagatela".^{23/}

19. PRINCIPIO DE JUDICIALIZACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE -- SEGURIDAD O DE LA EXCLUSIVIDAD DEL JUEZ. Este principio -- consiste en que el único facultado para imponer penas o -- medidas de seguridad, es el juez de la causa, esto es, el juez penal. Así, esta norma se encuentra regulada en --- nuestra Constitución, cuando establece en el artículo 21, que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de -- la autoridad judicial...".

B) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

El principio de culpabilidad constituye una de las fundamen- -- tales e irrenunciables exigencias del moderno Derecho Penal, -- respetuoso de las garantías de la persona y de la dignidad -- humana ^{24/}, entendido al hombre como ya lo hemos indicado en -- líneas anteriores como fin en sí mismo, y a la sociedad como -- medio donde éste se pueda desarrollar. Pues, bien esta máxi -- ma viene a significar que no se puede imponer pena alguna al

23/ Sáinz Cantero, José A.- Lecciones de Derecho Penal.- Parte Gene- -- ral.- II.- Ley Penal.- El Delito.- p. 40.- Bosch, Casa Editio- -- rial, S.A.- Barcelona.- 1982.

24/ "Hoy no puede hablarse de pena sin culpabilidad -nos dice Jo- -- sé Rafael Mendoza-, principio éste que se considera como una -- conquista de la civilización i de la cultura". Curso de Derecho -- Penal Venezolano. Parte General, Tomo II, p. 187. 5a. ed. Cara- -- cas, 1965.

autor de un hecho antijurídico, si no lo ha cometido culpablemente. "Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado al menos, por culpa",^{25/} Así, clásicamente concebida esta regla, trata de erradicar del -- Derecho Penal la responsabilidad objetiva, en otros términos, aquella obligación por un hecho producido que no hubiera sido causado en forma dolosa, culposa o preterintencional, ya que, estos "nexos psicológicos", son los que se consideraban como especies de la culpabilidad. Por tanto, hay que pugnar porque, en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagren especialmente en la ley, como -- acertadamente se hace con las reformas llevadas a cabo a los numerales 8o. y 9o. del Código Penal Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de --- 1984, en las que se dice: "Artículo 8o. Los delitos pueden ser: I. Intencionales. II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales", y se expresa en el "Artículo 9o. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el -- hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Obra pre--

^{25/} Cfr. Sáinz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal, pp. 40--41. Tomo II. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982.

terintencionalmente el que causa un resultado típico mayor - al quedido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". Por lo precedente pensamos, que se rechaza la teoría de los "delitos calificados por el resultado" en la medida en que - con ella se entienda la consagración de una fórmula de "ver-sari in re illicita".

Un paso más significativo, para el desarrollo del principio de culpabilidad lo dieron autores como Bettiol, quien expresa, que "prever y querer un hecho no significa aún ser culpable del hecho mismo. Ello supone la posibilidad de expresar un juicio de reproche que importa la adquisición de --- otros dos momentos junto al nexo psicológico. Se trata de - la capacidad para el Derecho Penal, o imputabilidad de un -- hecho, y la ausencia de causas que vayan en concreto a incidir sobre la libre motivación del acto de voluntad".^{26/} Más recientemente Zaffaroni enseña, que el "principio de culpabilidad entendido como, <<no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor>>, debe fundamentarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse"^{27/} y no podría ser de otra forma, dado que la culpa bilidad supone libre albedrío a diferencia de la peligrosidad o temibilidad en que la producción de los resultados anti

^{26/} Instituciones de Derecho Penal y Procesal.- p. 131.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977.

^{27/} Manual de Derecho Penal.-Parte General.- p. 445.- Ediar. Buenos-Aires.- 1977. Jescheck es de parecer, que "el principio de culpabilidad significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor". Tratado de Derecho Penal, I, p. 30. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981.

Jurídicos son motivados por factores determinantes que inciden sobre el sujeto activo del ilícito. Mucho se ha cuestionado en la Ciencia Penal la libertad del individuo para conducirse; unos aceptándola, otros más negándola. Así tenemos que Bettioli expresa, que "si se desea mantener al Derecho -- Penal vinculado con las nociones de culpabilidad y de pena-- castigo, no puede prescindirse de la idea de libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que en --- otro. Sin esta libertad de elección la noción de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero significado, porque lógicamente no es posible reprochar a alguien - la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutar--- lo", 28/ o como dice Moreno Hernández que si "hasta ahora es aceptable que no puede demostrarse científicamente la existencia, en el caso concreto de esa libertad de voluntad, es igualmente aceptable que no se ha demostrado científicamente que realmente no existe, pues lo que se ha comprobado de esa manera es la concurrencia de <<factores>>; factores que, sin embargo, en la medida del conocimiento y de la motivabilidad del hombre, pueden arrastrar a éste a la necesaria causación de resultados, como cualquier fenómeno natural, o pueden ser neutralizados en mayor o menor medida". 29/ Nosotros pensamos

28/ Derecho Penal.- Parte General.- p. 352.- Editorial Temis Bogotá. 1965.

29/ Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). -- Coordinador Javier Piña y Palacios. "Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en torno a la culpabilidad", por el Dr. -- Moisés Moreno Hernández.- p. 150.- Editado por la U.N.A.M. México.- 1982.

que la libertad del hombre no es absoluta, es decir, está -- siempre condicionada al conocimiento que tenga de los fenó-- menos y del mundo circundante y de relación, ya que en la -- medida en que logre un dominio sobre los fenómenos natura--- les, tendrá más alternativas y no serán lo suficientemente - fuertes, tales factores, que le hagan realizar conductas o - hechos antijurídicos, pues conociéndolos podrá dejarse o no - motivar. Coincidimos plenamente en el parecer de Wessels, - cuando expresa, que "la posibilidad de guiar la conducta se- fundamenta en la capacidad del hombre para controlar sus im- pulsos, dependientes de la predisposición y del medio ambien- te, y ajustar su decisión con arreglo a normas ético-social- mente obligatorias y sus representaciones de valor",^{30/} ---- pues, negar en el hombre la libertad de autodeterminarse --- - claro está condicionada a un conocimiento de los fenómenos y control de sus impulsos -, sería reducirlo a un ente no -- responsable de sus actos, dado que ellos no son productos de voluntad, sino que son consecuencia del desenfreno de una -- cadena causal de fenómenos que inciden en él, y como lógica- consecuencia, la pena y sus fines -prevención general, pre- vención especial-, perderían todo sentido jurídico.

Para nosotros el principio en estudio significa que no se -- puede imponer una pena, si el sujeto no ha cometido el hecho

^{30/} Derecho Penal.- Parte General.- p. 110. Editorial Depalma.- Bue- nos Aires.- 1980.

que se le atribuye, en tal forma, que le pueda ser reprochable, y que el máximo y mínimo de la sanción viene determinada por el grado de reproche, aunado a criterios preventivos y de motivabilidad a las normas; lo anterior, teniendo como fundamento la libertad -como ya se vio que la concebimos- al obrar y conocer lo antijurídico de su proceder y, no dejarse motivar por la norma y llevar a cabo una conducta constitutiva de un tipo penal.

Se vulnera este principio, con la llamada presunción del dolo, y por tanto creemos que se debe reducir la interpretación de las fórmulas legales que la consagran a meras repeticiones innecesarias de una regla de sana crítica en la valoración de la prueba, y como consecuencia de lo anterior, -se pugne por la derogación de tales fórmulas legales, en razón de que las mismas, por equívocas e innecesarias, dan lugar a interpretaciones aberrantes, que lesionan los principios de inocencia y de culpabilidad. Afortunadamente la presunción del dolo contenida en el artículo 9o. del Código Penal Federal de 1931, fue derogada con la entrada en vigor de las reformas penales de 13 de enero de 1984, lo cual resulta sumamente plausible, ya que su mantenimiento era notoriamente inconstitucional, habida cuenta de que existía contradicción con las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales. Tal situación es contraria a lo que establecen tanto el artículo 14, inciso 2, del Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 24 de marzo de 1981, como el artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, en vigor a partir del 18 de julio de 1981. Estos instrumentos internacionales, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra ley fundamental, forman parte de nuestro orden jurídico interno y son la ley suprema de la unión.^{31/}

Las exigencias que se desprenden del principio de culpabilidad son: ^{32/}

- a) La exigencia conforme a la cual la responsabilidad penal presupone dolo, culpa o preterintención ya se consideren formas de conducta (sistema finalista) o como especies o formas de la culpabilidad (sistema clásico), descartando el puro y simple nexo de causalidad que dé nacimiento a la responsabilidad objetiva;
- b) La culpabilidad como criterio regulador de la pena, es -- decir, como fundamento para su imposición y cuyo máximo --

^{31/} Cfr.- Comentario de Rodríguez y Rodríguez, Jesús, al artículo 23 de la Constitución Federal.- p. 58 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Comentada.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- U.N.A.M.- México.- 1985.

^{32/} Córdoba Roda, Juan.- Culpabilidad y Pena.- pp. 19-22. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1977. Jescheck nos dice los requisitos del principio de culpabilidad: a).- Que toda pena supone culpabilidad excluyéndose la responsabilidad objetiva por el

y mínimo ha de ir de acuerdo al grado de reprochabilidad, de motivabilidad y, de criterios preventivos; y

- c) La culpabilidad referida al hecho, evitando que elementos tales como un cierto modo de ser o comportarse, puedan motivar la imposición de las referidas consecuencias penales; que en este caso solo se trataría de la imposición de una pena, y no de una medida de seguridad, la cual para su aplicación tiene como fundamento la peligrosidad del autor de un hecho antijurídico.

Muñoz Conde, al hablarnos del principio de culpabilidad, -- expresa, que la función protectora de dicho principio no es tan amplia como pudiera pensarse, puesto que "el principio de culpabilidad solo serviría, en todo caso, de protección de los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, etc., que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado",^{33/} y sigue diciendo el autor mencionado, que "la culpabilidad debilita hasta tal punto la prevención que entonces la pena adecuada a la culpabilidad ya no es eficaz desde el punto de vista preventivo y, en todo caso, es disfuncional para un Derecho Penal dirigido exclusivamente a la prevención del delito, con lo que todos los intentos de complementar en este caso la cul-

resultado; y b).- Que la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad. Tratado de Derecho Penal, I, p. 30. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1981.

33/ Muñoz Conde, Francisco, en prólogo al Libro de Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, p. 26. Reus, S.A. Madrid, 1981.

pabilidad con criterios preventivos se derrumban estrepitosamente, poniéndonos ante el dilema de tener que elegir entre una u otra alternativa".^{34/} Es de considerar, que parece olvidar Muñoz Conde, que el criterio "culpabilidad", solo es posible concebirlo como fundamento y límite para la imposición de una pena --ya se sigan con relación a ésta, criterios retributivos o bien de prevención especial o general-- más no para imponer una medida de seguridad a un autor temible, o sea, con propensión a cometer delitos, toda vez que este sujeto está determinado por factores endógenos o exógenos; no así el hombre capaz de obrar culpablemente, pues a éste se le reprocha por tener alternativas, es decir, "libertad o poder de" y no actuar conforme a derecho. El hecho típico de un autor culpable dará lugar, por tanto, a la imposición de una pena; el hecho típico y antijurídico de un autor, culpable o inculpaible, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida.

Terminada la exposición de algunos principios limitadores del poder punitivo del Estado y, que a modo de garantías penales se han creado por la Política Criminal para hacer efectivo el respeto a los derechos humanos, en un Estado Democrático Liberal, diremos que a medida que avancemos en el presente trabajo habremos de analizar las posturas que han sur-

34/ Muñoz Conde, Francisco, en prólogo al libro de Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.- p. 26.- Reus, S.A.- Madrid. 1981.

gido respecto del elemento culpabilidad, como la teoría psicológica, cuya esencia es un mero nexu psicológico; la teoría mixta o compleja de la culpabilidad, la que al lado de componentes subjetivos, tales como el dolo, la culpa y la preterintención, inserta elementos valorativos como el juicio de reproche; y la teoría meramente normativa de la culpabilidad, la cual desplaza al dolo, la culpa y la preterintención al elemento material, quedando la culpabilidad como mera reprochabilidad. Asimismo trataremos de hacer dogmática penal, desprendiendo de los dispositivos contenidos en los ordenamientos punitivos las tres indicadas teorías de la culpabilidad. Analizaremos por último, las formas en que la culpabilidad se anula, partiendo siempre del supuesto de collocarnos en una referida teoría, como por ejemplo, para la teoría psicológica de la culpabilidad su aspecto negativo sobrevendrá cuando el nexu psicológico que la fundamenta sea anulado ya sea por error, ignorancia o coacción; para la "mixta" o "compleja", por contener al dolo, la culpa y la preterintención en el ámbito de la culpabilidad, su aspecto negativo se dará, cuando se anulen los referidos momentos subjetivos, y cuando se anule el juicio de reproche debido a que al sujeto no se le pueda exigir otra conducta diversa de la que realizó, debido a las circunstancias negativas que concurrieron al tiempo de su obrar; y en fin, para la teoría

meramente normativa, las hipótesis que anulan la culpabilidad pueden consistir en el error de prohibición directo como indirecto y en la no exigibilidad de otra conducta. Procuraremos igualmente cuando hablemos de este aspecto negativo del elemento culpabilidad, hacer dogmática penal.

2. CULPABILIDAD.

El concepto de la culpabilidad, así como lo fue en un principio el de la imputabilidad, se ha elaborado lentamente, en el "sentido de una transición de lo objetivo a lo subjetivo. Puede considerarse como fruto del derecho canónico"^{1/}, ya que el régimen penal primitivo, consagró la máxima del versare in re illicita, la cual consiste en hacer responsable al sujeto que incurre en un hecho ilícito, aunque no medie dolo o culpa o bien se produzca por caso fortuito.

El principio "nullum crimen sine culpa" o bien "nullum poena --- sine culpa", como hemos visto, es uno de los postulados supremos de la moderna Política Criminal, que exige para imponer una pena al autor de un hecho antijurídico, la necesidad de que a éste se le pueda reprochar el mismo. Por otra parte, "no existe otro -- elemento constitutivo del crimen que haya tenido tantas evolu--- ciones en su elaboración, ni un cambio tan notorio en su inter-- pretación en la ciencia penal",^{2/} ni se conoce otro elemento del delito que haya presentado más dificultades que el que comenta-- mos.

-
- 1/ Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General, Tomo II, 5a. Ed. Caracas, 1965, pág. 186.
- 2/ Maurach. Tres conferencias dictadas los días 29 y 30 de septiembre y lo. de octubre en la Universidad Externado de Colombia en 1965, p. 340. Cfr: Pereda Julián, S.J., expresa: "Quizá no haya materia penal dotada de bibliografía más amplia que la culpabilidad, y quizás, por eso mismo, no haya concepto más vidrioso y -- quebradizo ni ambiente más irrespirable que el que le rodea". -- Revista Criminalia, p. 234. Año XVII. México, D.F. a marzo de -- 1952. No. 5.

A) CONSIDERACIONES GENERALES: SU EVOLUCION.

Cuando hablamos del elemento culpabilidad, es posible diferenciar tres etapas históricas, que según Maurach, se identifican: "la primera con el concepto psicológico de la culpabilidad, la segunda se caracteriza por un concepto complejo o mixto (concepto psicológico y normativo) y la tercera en la que hay reconocimiento de un concepto exclusivamente normativo de la culpabilidad".^{3/}

La evolución del elemento culpabilidad la encontramos, en "la ciencia del Derecho Penal Italiano de la Baja Edad -- Media y en la doctrina del Derecho Común que sobre esa base se elaboró en los siglos XVI y XVII. En la evolución -- ulterior influyó, sobre todo, la concepción de la culpabilidad del Derecho Natural. Desde esa perspectiva fue Samuel Pufendorf (1634-1694) el que ofreció con el concepto de imputación (imputatio) la primera estructura mental -- susceptible de desarrollo. Imputabilidad significa que -- la acción libre se reputa perteneciente al autor (<<ad -- ipsum proprie pertinens>>) y, por consiguiente, fundamento (<<causa moralis>>) de su responsabilidad...".^{4/}

Antiguamente, el sistema del delito, que denominamos clásico, se basaba en la distinción de dos partes del hecho punible, una objetiva o exterior, representada por la --

3/ Maurach.- Tres conferencias, p. 341, dictadas los días 29 y 30 de septiembre y 10. de octubre en la Universidad Externado de -- Colombia en 1965. Cfr: Además Porte Petit. Hacia una reforma del sistema penal, pp. 383-384. Cuaderno No. 21 del Instituto Nacional de Ciencias Penales.- México, 1985.

4/ Jescheck, H.H.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. I., pp. 577 y 578.- Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1981.

conducta, tipicidad y antijuridicidad, y otra subjetiva o psíquica, que se denominó culpabilidad. Así entendido el sistema clásico, tenemos que "el aspecto interno del delito se refiere por completo a la culpabilidad. La culpabilidad es la relación síquica del autor con el aspecto externo del hecho. Esa relación síquica toma las formas de dolo o culpa. El dolo o la culpa son formas o clases de la culpabilidad, y la imputabilidad su condición previa".^{5/}

Ante las deficiencias que una tal concepción psicológica de la culpabilidad originaba, se fue delineando por Reinhard Frank un concepto normativo de la misma, pero sin desechar los componentes psicológicos, tales como dolo o culpa, dando por resultado una concepción mixta o compleja de la culpabilidad. Este modo de concebir la culpabilidad --como reprochabilidad de un actuar doloso o culposo--, sufrió sin embargo diversas interpretaciones y modificaciones, así, para Frank, podía haber dolo y culpa sin que ésto implicara que hubiera culpabilidad, en tanto que para Goldschmidt el dolo y la culpa como datos psicológi-

5/ Busch.- Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito. p. 12. Editorial Temis Bogotá, 1969. Cfr: Además Zaffaroni, quien expone: "como ya se ha indicado, cuando dominaba el criterio primario de estructuración del delito consistente en colocar a un lado todos los componentes que se creían eminentemente objetivos y al otro los que se consideraban puramente subjetivos, la culpabilidad era la denominación de este último conjunto. La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado, así como la relación física era la causalidad". Manual de Derecho Penal. Parte General, pp. 440-441. Ediar.- Buenos Aires.- 1977.

cos eran presupuestos de la culpabilidad, además de insertar la norma de deber --que fundamenta la culpabilidad--, al lado de la norma de derecho y, finalmente para Mezger, el obrar doloso y culposo requerían, de la consciencia de la antijuridicidad.

Como consecuencia de la teoría de la acción finalista --- ideada por Welzel, surge la teoría meramente normativa de la culpabilidad; teoría de la acción finalista que reside en que la finalidad de la acción descansa en que el hombre, sobre la base de su saber causal, puede prever, en --- cierta medida, los posibles efectos de su conducta y encauzar, conforme a un plan, su actividad para conseguir --- una meta determinada. El indicado concepto final de acción debe su origen a varias causas; se basa principalmente en dos raíces o troncos; la primera raíz es de carácter filosófico y psicológico, es una reacción frente a un concepto naturalista o causal de acción, que estriba en --- un mero proceso de causación de un resultado, sin importar para nada, el contenido de la voluntad. La segunda --- raíz es producto de la teoría del tipo fundada por Beling, así como del descubrimiento de los elementos subjetivos y normativos.^{6/}

6/ Cfr. Maurach. Tres Conferencias, p. 316, dictadas los días 29 y 30 de septiembre y 1o. de octubre en la Universidad Externado de Colombia en 1965.

Esta idea del primer elemento del delito, que identifica finalidad y dolo en un mismo y único concepto, trajo como efecto la correcta ubicación de los momentos psíquicos -- --dolo, culpa y preterintención-- en el ámbito y como --- elemento integrante del elemento material del delito; la colocación sistemática de la conducta en el tipo, supuso un aseo en la culpabilidad de los referidos componentes - psicológicos o internos y se la dejó puramente normativa; ahora, culpabilidad se concibe como reprochabilidad.

En síntesis, el sistema clásico y el finalista coinciden en que ambos estructuran el delito en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; difieren entre sí en el contenido que dan a esos elementos, como se verá en la lectura del presente trabajo.

B) CONCEPCION PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD.

La concepción psicológica de la culpabilidad es la imponente en los primeros tiempos del desarrollo de la ciencia y de la dogmática penales, es la reacción a estructuras arcaicas y sistemas sociales y jurídicos, que hacían responsables a los individuos por la simple causación de un resultado prohibido por la ley, sin que se necesitara para tal efecto, siquiera, comprobar si la producción del

mismo era querido o aceptado por el agente, o bien si lo pudo prever o no lo previó, siendo previsible para él y para el común de la gente.

Así, nos dice Jescheck, que "el concepto clásico de delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa. La base de este sistema fue el concepto de acción, concebido todavía por Beling y V. Liszt en términos totalmente naturalísticos... Afirmando la presencia de una acción, debía comprobarse a continuación si concurrían también los predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se distinguió entonces de forma tajante entre componentes objetivas y subjetivas del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento culpabilidad";^{7/} es así como surge el concepto psicológico de la culpabilidad.

Esta "«concepción psicológica de la culpabilidad»", que se corresponde con el naturalismo causalista y se fundamenta en el positivismo del siglo XIX, parte de la distinción absoluta entre lo objetivo y lo subjetivo del delito, refiriéndose lo primero a la antijuricidad y lo segundo

^{7/} Jescheck, H. H.- Tratado de Derecho Penal.- Vol. I. pp. 274 y -- 275. Bosch, Casa Editorial, S.A.- Barcelona.- 1981.

a la culpabilidad. Esta, por tanto, es entendida sólo - subjetivamente, como relación psicológica entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas: «dolo» y «culpa», y tiene a la «imputabilidad» como su presupuesto".^{8/}

El positivismo base de la teoría psicológica, nació de - las ideas de Hegel, y tiene sin duda relación con la filosofía idealista alemana e incluso conserva huellas digléticas; ideología que se empeñó en considerar a la realidad como una totalidad, constantemente en busca de las leyes que rigieran el desarrollo social. El positivismo había resultado de la combinación de la teoría del progreso humano con intereses prácticos, políticos y sociales, lo que lo convirtió en una de las ideologías que -- causaron un efecto más hondo en el siglo XIX.^{9/}

Antes de externar nuestro punto de vista, acerca de la - teoría psicológica de la culpabilidad, expondremos algunos conceptos que con relación a la misma vierten diversos autores.

Baumann enseña, que "según el concepto psicológico de la culpabilidad, que antes predominaba, la culpabilidad era

8/ Moreno Hernández, Moisés. Consideraciones Dogmáticas y Político criminales en torno a la culpabilidad. Publicada en el libro -- que recopila las Memorias del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981), p. 133. Editado por la Universidad Nacional - Autónoma de México.- México.- 1982.

9/ Cfr. Vázquez, Josefina.- Historia de la Historiografía.- pp. -- 137 a 144.- Ediciones Ateneo, S.A.- México.- 1978.

la relación psicológica entre el autor y su hecho", y --- agrega, que "en el dolo y en la culpa se veían dos especies de la culpabilidad".^{10/} Busch, expresa, que se concebía la culpabilidad como "la relación síquica del autor - con el aspecto externo del hecho. Esa relación psíquica-toma la forma de dolo o culpa".^{11/} Gallas, considera, que se manifestaba que existía la teoría de referencia cuando la conducta podía "ser atribuida también subjetivamente - al autor en atención a la relación psíquica existente --- entre él y el hecho realizado, esto es, cuando el sujeto-imputable ha cometido el hecho dolosa o culposamente".^{12/} Jescheck, anota, que "el concepto de culpabilidad de la - estructura clásica del delito reunía, frente a esto, la - totalidad de los procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como <<presupuesto de la culpabilidad>>, el dolo y la imprudencia se entendieron como <<formas>> o <<especies>> de la culpabilidad...".^{13/} Jiménez de Asúa, indica, que "la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho-predominantemente psicológica..., el dolo y la culpa son-especies y no caracteres de la culpabilidad".^{14/} Madrazo,

^{10/} Derecho Penal. Parte General.- Conceptos Fundamentales y Sistema.- p. 206.- Editorial Depalma.- Buenos Aires.- 1981.

^{11/} Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito.- p. 12.- Editorial Temis Bogotá.- 1969.

^{12/} La Teoría del Delito en su Momento Actual.- p. 8.- Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.- 1959.

^{13/} Tratado de Derecho Penal.- Parte General.- Vol. I.- p. 275. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.- 1981.

^{14/} La Ley y el Delito.- pp. 354 y 356. Editorial Sudamericana. Buenos Aires.- 1981.

manifiesta que "conforme a la teoría psicológica, la culpabilidad es un mero nexo psicológico que existe entre el autor y su hecho", así, "para esta concepción, dolo y culpa constituyen las especies de la culpabilidad, mientras que la imputabilidad viene a ser un presupuesto de ésta". 15/ Maurach, es de parecer que esta teoría "consistía en una relación psicológica entre el autor y el resultado de su acción, siendo sus especies o formas el dolo y la culpa". 16/ Moreno Hernández, opina que la concepción psicológica de la culpabilidad, "es entendida sólo subjetivamente, como relación psicológica entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas: dolo y culpa, y tiene a la imputabilidad como su presupuesto". 17/ Porte Petit, nos dice, que "la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo que quiere decir, que contiene dos elementos: uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa: emocional y otro intelectual. El primero, indica la suma de dos querereres: la de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". 18/ Villalobos, asevera, que "se ha repetido desde Von Liszt que la culpabilidad -

- 15/ Estudios Jurídicos. "Error de tipo y error de prohibición". Cuaderno No. 19 del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1985. p. 34.
- 16/ Tres conferencias dictadas los días 29 y 30 de septiembre y lo de octubre en la Universidad Externado de Colombia en 1965. p.341.
- 17/ Memorias del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). - Coordinador Javier Piña y Palacios. "Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en torno a la culpabilidad". Por el Dr. Moisés Moreno Hernández.- Editado por la U.N.A.M. México.- 1982. p. 133.
- 18/ Hacia una reforma del sistema penal, pp. 235-236. Cuaderno No. 21 del Instituto Nacional de Ciencias Penales.- México.- 1985.

es el nexo psicológico entre el hecho y el sujeto; y por eso también se toma la culpabilidad como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente".- 19/ Wessels, opina, que "la «concepción psicológica de la culpabilidad» reconoció la esencia de la culpabilidad en la relación psíquico-subjetiva del autor frente al hecho..., consideró como «formas de la culpabilidad» el dolo y la culpa", 20/ y Zaffaroni que "la culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado". 21/

Nosotros consideramos que la concepción psicológica de la culpabilidad, se basa en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta o entre el sujeto y el resultado producido, 22/ en el primer caso estamos en presencia de los delitos de mera conducta o formales y, en el segundo ante los delitos de resultado o materiales, es decir, aquellos que producen un mutamiento en el mundo exterior, ej. homicidio, robo, daño en propiedad ajena, etc.

Del concepto anteriormente proporcionado, se evidencia, -- que cuando se trata de delitos de mera conducta --viola--- ción, estupro, calumnias, etc.---, existirá sólo un nexo -

19/ Derecho Penal Mexicano.- Parte General.- 4a. ed.- Editorial Porrúa, S.A.- México.- 1983. p. 281.

20/ Derecho Penal.- Parte General.- p. 112.- Editorial Depalma. Buenos Aires.- 1980.

21/ Manual de Derecho Penal. Parte General.- p. 441. Ediar.- Buenos Aires.- 1977.

22/ Concepto en esencia igual al que proporciona el Dr. Porte Petit - en su cátedra de Derecho Penal.- Parte General.- Según la teoría psicológica -nos dice Mendoza-, "la culpabilidad tiene un funda--

psicológico; a saber, entre el sujeto y la conducta, pues cuando se realiza ésta se consuma el delito. Por otra parte, en los delitos de resultado o materiales, habrá un doble nexo psicológico, entre el sujeto y su conducta y entre el sujeto y el resultado.

Así entendido el concepto psicológico de la culpabilidad, especies de ésta serán el dolo, la culpa y, como una hipótesis de culpabilidad -no como especie-, ya que no contiene elementos propios diferentes a las dos señaladas, es la preterintención, que es la suma de dolo y culpa; dolo en cuanto al resultado querido o aceptado y culpa -- con relación al realmente producido, ya que lo previó, -- teniendo la esperanza de que no se produciría, o, no lo previó, siendo previsible dicho resultado. La imputabilidad en esta teoría, es presupuesto de la culpabilidad, a la cual se le entiende como la capacidad de querer y entender.

Esta concepción primaria de la culpabilidad ha recibido duras y severas críticas por un gran número de tratadistas.

mento puramente psicológico, que se desarrolla de acuerdo con el concepto de conocimiento i voluntad que domina en el autor del acto en el momento de su ejecución. Existe la culpabilidad penal si el autor del acto lo ejecuta voluntariamente o en forma culpable". Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General, p. 189. Tomo II, 5a. ed. Caracas, 1965.

Al respecto Baumann indica, que el "concepto psicológico de la culpabilidad se insertó en su época con particular-eficacia en el sistema de la «antijuridicidad objeti-va», ^{23/} y agrega, que "con esta concepción de la culpabilidad, no podía ser culpabilidad la culpa inconsciente-dado que ya estaba caracterizada, precisamente, por la -- falta de una relación psíquica entre el autor y el hecho". ^{24/} Busch, asevera, que "todos los esfuerzos por compro- bar también en la culpa una relación síquica del autor -- con el resultado, fueron inútiles". ^{25/} Córdoba Roda, se -- manifiesta contra "toda consideración meramente psicoló- gica de la culpabilidad, de antemano abocada al fracaso -- por ser dolo y culpa de contenido psicológico opuesto, -- hay que señalar que los datos psíquicos inherentes al --- hecho son objeto de juicio, no como puros datos psíquicos, sino como hechos que muestran el carácter reprochable de- la conducta; esto es, en cuanto realizan la relación de -- contradicción con la norma". ^{26/} Frank opina, que "los de- fectos del concepto corriente de la culpabilidad se ponen más de manifiesto cuanto más nos empeñamos en trabajar -- con ellos". ^{27/} Maurach, considera, que "la teoría psicoló- gica de la culpabilidad está condenada al fracaso porque- postula una solución imposible. Es imposible unir un ---

^{23/} Op. Cit. p. 207.

^{24/} Op. Cit. p. 207.

^{25/} Op. Cit. p. 12.

^{26/} El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito, p.- 78.

^{27/} Estructura del Concepto de Culpabilidad. Publicación del Semina- rio de Derecho Penal. Universidad de Chile. 1966. p. 19.

concepto psicológico (el dolo) con un concepto normativo, - la culpa, y colocarlos bajo un denominador común";^{28/} además "es innegable que el dolo es un hecho psicológico, pero en cuanto a la culpa, no se puede establecer una conexión psicológica entre la voluntad del autor y el resultado de su acción; concebir tal conexión, sería posible quizás en el caso de la culpa consciente (luxuria), pero no así en el caso del más importante fenómeno de la culpa, que es la de la culpa inconsciente (negligencia)".^{29/} Moreno Hernández, expone que la culpabilidad psicológica: "1) Por una parte, no podía explicar satisfactoriamente la culpa, en especial la culpa inconsciente... 2) Por otra, no podía explicar la concurrencia de determinadas causas de exclusión de la culpabilidad, diferentes al error y a la coacción".^{30/} Por último Zaffaroni considera, que "en ciertos delitos no hay relación psicológica alguna entre la conducta y el resultado. Eso sucedería en los casos de culpa inconsciente (), particularmente en los llamados «delitos de olvido»,^{31/} y que "esta teoría llama culpabilidad a lo que nosotros consideramos aspectos subjetivos del tipo, desapareciendo de la teoría del delito todo lo normativo en cuanto al reproche al autor".^{32/}

^{28/} Op. Cit. p. 343.
^{29/} Op. Cit. p. 342.
^{30/} Op. Cit. p. 134.
^{31/} Op. Cit. p. 282.
^{32/} Op. Cit. p. 441.

Es claro que una concepción de la culpabilidad basada en la realización de un nexo psicológico tiene que fracasar.

El concepto que dominó hasta comienzos del presente siglo y que en nuestro país todavía hay quienes lo sostienen -- --por no decir la gran mayoría-- , no es un concepto unitario de culpabilidad, pues tiene como especies de la misma al dolo y a la culpa; conceptos totalmente incompatibles y que no pueden unirse bajo una base o denominador común, como lo quiere la teoría psicológica; a saber, el nexo -- psíquico. Si bien en el dolo encontramos ese nexo del -- sujeto y su conducta o del sujeto y el resultado, en la culpa, por doquiera que se le vea es incompatible establecer una relación psicológica como la indicada, pues precisamente su esencia es sólo la violación objetiva de un -- deber de cuidado, además de que sería necesario un querer o aceptar el delito por el sujeto activo.

Como ya se ha indicado, esta concepción del elemento culpabilidad responde a una idea del delito basada en la división de el aspecto objetivo o físico y el aspecto subjetivo o psíquico, pues el elemento material era concebido -- como el querer la actividad o la inactividad, sin poder -- dar respuesta a la omisión culposa y sin que importara -- para nada el contenido de la voluntad; con lo anterior -- queremos decir que en la conducta culposa se quería esta-

--actividad o inactividad voluntarias--, pero no se que--
ría cometer el delito, lo que dio lugar a que se conside--
rara la existencia de delitos sin conducta, queriendo ---
verlos, en las omisiones cometidas culposamente.

Finalmente, diremos que Porte Petit termina por aniquilar
la idea de la culpabilidad como relación psicológica, ---
cuando indica, que "no es de aceptarse la teoría psicoló--
gica de la culpabilidad, pudiéndose aceptar en consecuen--
cia que es incolora, pues es necesaria la concurrencia de
la reprochabilidad de ese nexo psicológico, ya que de ---
otra manera, existiría la culpabilidad en los casos de --
legítima defensa, estado de necesidad, pudiendo hablar de
una causa de licitud culpable. Igualmente, existiría la-
culpabilidad en las mismas eximentes putativas pudiéndose
en estos últimos casos hablar de una inculpabilidad cul
pable , en los cuales el sujeto actuaría dolosamente ---
pero no culpablemente".^{33/}

Dogmáticamente la culpabilidad con base psicológica se --
desprende de los numerales 8o. y 9o. de nuestro ordena---
miento punitivo, que se refieren al dolo, culpa y prete--
rintención, enunciándolos el primero y, dándonos su con---
cepto el segundo, teniendo como presupuesto a la imputabi-
lidad, la cual se deriva a base de una interpretación a -

33/ La Culpabilidad en el Código Penal Tipo Latinoamericano, p. 13 -
en Revista Jurídica Veracruzana, octubre-diciembre, de 1971, ---
Núm. 4.

contrario sensu de la fracción II, del artículo 15 del -- Código Penal. Es necesario, para que exista culpabilidad, que no concurren los supuestos de error de tipo y error -- de licitud o eximente putativa, contenidos en la fracción XI, del artículo 15, del Código Penal.

El presupuesto de la culpabilidad con base psicológica, -- dogmáticamente lo desprendemos del Código Penal, del ar -- tículo 15, fracción II, interpretada a contrario sensu: -- "Capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y -- conducirse de acuerdo con esa comprensión, al no concu --- rrir trastorno mental o desarrollo intelectual retardado".

Las especies de culpabilidad psicológica, dogmáticamente -- están contenidas, en los artículos 8o. y 9o. del Código -- Penal, que respectivamente establecen: Artículo 8o.- Los -- delitos pueden ser: I. Intencionales (dolosos); II. No -- intencionales o de imprudencia (culpa); y III. Preterin -- tencionales, y el Artículo 9o.- Obra intencionalmente el -- que, conociendo las circunstancias del hecho típico, que -- ra o acepte el resultado prohibido por la ley (dolo); --- obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico in -- cumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y -- condiciones personales le imponen (culpa); y obra prete -- rintencionalmente el que cause un resultado típico mayor

al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Para que exista la culpabilidad psicológica, es necesario que no concurran algunos de los supuestos contenidos en la fracción XI, del artículo 15 del Código Penal, referentes al error de tipo y al error de licitud o eximente putativa, contenidos en el 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 (error de tipo), o que por el mismo error (invencible) estime el sujeto activo que es lícita su conducta (error de licitud, permisión, o eximente putativa).

Cuadro sinóptico

Presupuesto:	}	<u>Imputabilidad.</u> Art. 15, fracción II, interpretada a contrario sensu.
Culpabilidad con base psicológica		<u>Dolo.</u> Arts. 8o.- I y 9o., párrafo primero, del Código Penal.
	}	<u>Culpa.</u> Arts. 8o.- II y 9o., párrafo segundo, del Código Penal
		<u>Preterintención.</u> Arts. 8o.- III y 9o., párrafo tercero, del Código Penal.

C) CONCEPCION MIXTA O COMPLEJA DE LA CULPABILIDAD.

La concepción que aquí denominamos "mixta" o "compleja" de la culpabilidad, es la introducida en iberoamérica por Jiménez de Asúa, con el nombre de concepción normativa de la culpabilidad.

Con el abandono paulatino del esquema objetivo-subjetivo que venía del iluminismo y que volvió la vista al proyecto estructural sostenido por Aristóteles, Frank en 1907, creó un nuevo concepto de culpabilidad, considerándola como reprochabilidad de un actuar doloso o culposo; esto es, la culpabilidad sigue teniendo la relación psicológica, pero no significa esto, que sea una relación psicológica. Es decir, la concepción mixta o compleja de la culpabilidad, "se desarrolla en una etapa de la dogmática en que la teoría del delito recibe una gran influencia del pensamiento kantiano, de la primera mitad del siglo XX en su nueva vertiente de la escuela sudoccidental alemana de Baden Baden; esta influencia hace que el Derecho Penal se separe en gran medida, en cuanto a su método, de las ciencias naturales, pues se trata ahora de un derecho referido a fines y a valores".^{34/}

34/ Moreno Hernández. - Op. Cit. p. 134. Cfr: Además Zaraida Vázquez, Josefina. Op. Cit. pp. 96-98: Zaffaroni, nos dice, que Frank, -- detiene "su planteamiento y no se anima a seguir hasta el fin -- con el esquema aristotélico. De cualquier manera esta teoría normativa (que en realidad es una teoría mixta) de la culpabilidad -- incorpora elementos objetivos a lo que hasta entonces se había -- considerado eminentemente subjetivo, porque para reprochar a alguien lo que ha hecho no puede eludirse tomar en cuenta consideraciones objetivas". Op. Cit. p. 263.

Esta etapa del desarrollo del delito, al decir de Jescheck, es la "correspondiente al concepto «neoclásico» de delito, ya que no supuso tanto un abandono radical de los principios sistemáticos precedentes, cuanto una reforma inmanente al -- sistema, aunque profunda", y agrega, que "se buscó ahora --- construir el concepto de delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho Penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base (teoría teleológica del delito)".^{35/}

Como hemos indicado, un papel importante juega el pensamiento filosófico, con la adopción de la corriente neokantiana - de Stambler, Rickert, Lask y de la teoría del conocimiento, - así como la utilización del método científico-naturalístico - del observar y describir, lo que originó contemplar el Derecho Penal orientado a fines, valores e ideas.

Como ya se ha expresado, hubo una renovación en la ideación y conceptualización de los elementos del delito; así, la tipicidad deja de ser puramente descriptiva y libre de valor, - como en el denominado por Jescheck sistema clásico del delito, pues ahora el tipo es "mixto" y "valorativo" con el descubrimiento de los elementos normativos y subjetivos del tipo. Por lo que hace a la antijuridicidad, ésta deja de considerarse como meramente formal y pasa a concebirse también,

^{35/} Tratado de Derecho Penal. Vol. I, p. 277. Bosch, Casa Editorial, S. A. - Barcelona. - 1981.

de forma material, como dañosidad social.^{36/}

Con relación a la culpabilidad, "igualmente por la influencia neokantiana, es atendida ya no psicológicamente sino -- <<normativamente>> como reprochabilidad -- a partir de Frank (1907)--, y se liga con la concepción Kantiana de la <<retribución>> por el contenido <<ético>> que el reproche lleva"^{37/} Frank entiende que el obrar doloso o culposo del agente no era suficiente para declararle culpable de su hecho; así vio que concurrían circunstancias al tiempo de obrar del agente, que de una u otra forma influían para considerar o no culpable a un sujeto; o sea, las circunstancias podían ser determinantes para que un hombre imputable (libre), fuera considerado como culpable o inculpable, obrando dolosa o culposamente, siendo las circunstancias normales, o bien anormales.

Frank expone, que "si corresponde a la culpabilidad la normalidad de las circunstancias concomitantes, la existencia de un peligro como el que puede fundar la situación de esta-

^{36/} Cfr: Jescheck, H.H. Tratado de Derecho Penal. Vol. I, pp. 276 a-280. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981. Moreno Hernández, Moisés. Op. Cit. pp. 134-135. Zaffaroni, nos indica, que -- "hacia 1910 se observó que para precisar la tipicidad de ciertas conductas no quedaba otro recurso que tomar en cuenta aspectos subjetivos (se llamaron elementos subjetivos del injusto) como el propósito de ocultar la deshonra en el caso del infanticidio". Op. Cit. p. 263. Gallas opina, que "con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto resultó imposible la delimitación de la antijuricidad y la culpabilidad, conforme al criterio tradicional que refiere aquélla al aspecto objetivo de la acción y está al subjetivo. Pero se descubrió en la reprochabilidad un elemento normativo que permitió diferenciar desde entonces, también desde el punto de vista material, la culpabilidad del injusto (lesión de bien jurídico). Dolo y culpa especies de la culpabilidad, pasaron a convertirse en formas de ésta". Op. Cit. p. 9.

^{37/} Moreno Hernández, Moisés. - Op. Cit. p. 135.

do de necesidad o de legítima defensa, no es sino la negación de aquella normalidad"^{38/} y sigue diciendo, que "buscando una expresión breve que contenga en sí todos los elementos referidos del concepto de culpabilidad no encuentro ninguna otra más que reprochabilidad".^{39/}

La concepción "mixta" o "compleja" de la culpabilidad ha sido entendida de diversa manera y modificada por sus seguidores. Ni siquiera entre sus "campeones" existe un exacto acuerdo sobre su concepto, y las consecuencias prácticas que su reconocimiento determina.

Para el creador de esta teoría --Frank--, los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad del agente; la existencia alternativa del dolo o culpa y la normalidad de las circunstancias o motivaciones al tiempo de obrar del agente, -- todo ello hace culpable al mismo; es decir, hace que su hecho le sea reprochable.^{40/} Freudenthal, que toma como punto de partida la obra de Frank también considera a la culpabilidad como reprochabilidad, y es uno más de los autores que -- contribuyen grandemente al desarrollo de la teoría "mixta" o

^{38/} Frank agrega además, que "si un sujeto imputable realiza algo anti-jurídico, discerniendo o pudiendo discernir los alcances de su acción, desde el punto de vista del legislador, en general, puede hacersele un reproche. Pero lo que es posible solo en general, puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportan para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podía salvar". Op. Cit. p. 31.

^{39/} Frank, Op. Cit. pp. 28-29.

^{40/} Cfr: Frank, Op. Cit. pp. 25-26; Goldschmidt, Op. Cit. pp. 3-4.

"compleja" de la culpabilidad y a "él se debe como aportación importante el requisito de la exigibilidad, como criterio para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad, al establecer que la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente ".^{41/} Goldschmidt nos dice, que el fundamento de la culpabilidad --reprochabilidad--, es la norma de deber, pues considera que - al lado de cada norma jurídica que exige una conducta exterior, se debe suponer la existencia tácita de una norma de deber, con arreglo a la cual el autor debe dirigir su conducta interna. La culpabilidad consiste en la violación de esa norma.^{42/} Mezger, seguidor de la teoría que estudiamos introduce como elementos de ésta a la imputabilidad; la exigencia alternativa de dolo o culpa; y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. Resumiendo todo lo anterior, la conducta será culpable, cuando sea reprochable. -- Von Weber logra un nuevo principio de división que separa - antijuridicidad y culpabilidad: deber y poder, y ha expresado, que "el reproche de culpabilidad solo lo formulamos - -

41/ Moreno Hernández, M. Ob. Cit. p. 136.

42/ Cfr: Busch. Op. Cit. p. 13; Goldschmidt. Op. Cit. p. 10. Julían Pereda, S.J., anota que para Goldschmidt "la concepción normativa de la culpabilidad descansa en que, junto a toda norma jurídica que imponga una determinada conducta externa (fundada en la antijuridicidad) existe una norma interna, de deber o determinación que corresponde a las exigencias impuestas por las reglas jurídicas a su conducta externa, cuya violación corresponde de el reproche de la culpabilidad", p. 239. Revista Criminalia. El concepto normativo de la culpabilidad. Cfr: Además Busch. Op. Cit. p. 13.

cuando el autor puede hacer algo en contra, y que este ha cometido acción punible cuando el hecho era evitable para él y no un destino ineludible. Le era evitable si tenía -- libertad de escoger entre lo justo y lo injusto".^{43/} Baumann, manifiesta, que el concepto normativo "ve en la relación -- entre el autor y su hecho tan solo un elemento de culpabilidad. Según este criterio, también debe corresponder a la culpabilidad un elemento valorativo, o sea, normativo; la reprochabilidad de la conducta del autor. Culpabilidad es la relación reprochable entre el autor y el hecho cometido por él".^{44/} Busch nos dice, que Frank hizo depender el reproche de culpabilidad de "las circunstancias concomitantes, ya que éstas --en forma de presión externa de defectos internos, a los cuales pertenece también la imputabilidad-- le quitan al autor la libertad de elección y en esta forma pueden privarlo del dominio del hecho".^{45/} Maurach expresa, que "Frank no ideó un concepto normativo puro de culpabilidad; su creación representa, por el contrario, un concepto de culpabilidad complejo o mixto, compuesto de hechos psicológicos por una parte, y por juicios de apreciación por -- otra. Se quedó, por así decirlo, a mitad de camino".^{46/} --

43/ Busch. Op. Cit. p. 23.

44/ Baumann. Op. Cit. p. 207.

45/ Busch. Op. Cit. p. 13.

46/ Maurach. Op. Cit. pp. 345 y 347. "El elemento característico de la culpabilidad es, no solamente en caso de dolo sino también en caso de culpa, el criterio de la reprochabilidad. El haber actuado de manera culpable no puede ser reprochado cuando es -- imposible exigir al autor del crimen una conducta según la norma". Op. Cit. p. 345.

Para el autor citado, elementos de este tipo de culpabilidad serían: exigibilidad de una conducta según la norma; dolo o culpa; e imputabilidad mental del autor. Córdoba Roda, indica, que se define el concepto mixto o complejo de la culpabilidad "como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las -- normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto".^{47/} Indica el autor de referencia, -- que los elementos de este modo de concebir la culpabilidad, -- son la imputabilidad del agente; presencia alternativa de -- dolo o culpa; y ausencia de causas de no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho.^{48/} Madrazo, señala los elementos del concepto normativo de la sistemática causalista: -- dolo o culpa y exigibilidad, necesarios para pronunciar el -- juicio de reproche, pues, conforme a esta teoría "que se inicia con Frank en 1907, la culpabilidad ya no es un mero ---- <<nexo psicológico>> entre el autor y su hecho, sino un ---- <<juicio de reproche>> que se le hace al autor de una conducta antijurídica".^{49/} Jiménez de Asúa enseña, que "la culpabi-

^{47/} Culpabilidad y pena, p. 16. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1977.

^{48/} Cfr.: Córdoba Roda, Culpabilidad y pena, p. 197. En otro lugar agrega el autor citado, que "en esta concepción de la culpabilidad la razón que motiva el reproche es la de haber actuado el sujeto contrariamente a lo que la norma dispone, resultará inadmisibles admitir la necesidad, desde el momento en que toda voluntad debe ser consciente, del conocimiento de la antijuridicidad para la existencia de una conducta culpable". El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, p. 78.

^{49/} Op. Cit. p. 34.

lidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad", agregando más adelante, -- que "sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad".^{50/} Villalobos, manifiesta, que "al sujeto sólo se le puede reprochar el acto si pasó por su conocimiento y fue ordenado por su voluntad; o -- si el mismo sujeto suprimió la autocritica de la previsión, -- procediendo con ligereza, con festinación y desinterés o con desprecio hacia la posible lesión del orden jurídico".^{51/} -- Wessels, indica, que "la <<teoría normativa de la culpabilidad>> fundada por Frank, descubre la esencia de la culpabilidad en la reprochabilidad de la formación de la voluntad y -- de su actuación, o sea, en la valoración normativa de una -- situación psíquica",^{52/} más adelante agrega, que "conforme a la opinión sustentada por la mayor parte de los autores, el concepto, que es complejo, de la culpabilidad del Derecho -- Penal, abarca la capacidad de culpabilidad, las características especiales de la culpabilidad, previstas en casos determinados, la forma de la culpabilidad (culpabilidad por dolo o culpa), la conciencia de lo injusto (posibilidad de comprender lo injusto) y (negativamente) la ausencia de causas de exculpación",^{53/} y Zaffaroni, enseña que "su creador fue Reinard Frank en 1907, al considerar a la culpabilidad como-

50/ La Ley y el delito, p. 355.

51/ Op. Cit. p. 281.

52/ Op. Cit. p. 112.

53/ Op. Cit. p. 113.

la reprochabilidad del injusto, pero sin quitar al dolo ni a la culpa de la culpabilidad. Así, resultaba que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica, un juicio de reproche al autor de la relación psicológica".^{54/}

La concepción "mixta" o "compleja" de la culpabilidad, como ya lo han expresado un sinnúmero de autores, toma como fundamento la concepción antropológica aristotélica del hombre, - pero se queda a medio camino, pues su logro estriba, nada -- más, en introducir al lado de elementos internos o psíquicos, componentes normativos en la culpabilidad, considerada ahora como reprochabilidad. Empero, "la esencia de la culpabilidad reside en <<la posibilidad de haber obrado de diversa manera en el caso judicial>>"^{55/}

Para esta teoría el proceso de motivación, ya se manifieste en forma dolosa, culposa o preterintencional, es reprochable al autor si las circunstancias internas y externas concomitantes al tiempo de su obrar, anulan en dicho autor la libertad o alternativas y hacen que no le sea exigible otro comportamiento psíquico distinto del observado.

Ya hemos manifestado, que esta concepción compleja de la culpabilidad ha sido interpretada de distintas maneras entre -- sus sostenedores Frank, Freudental, Goldschmidt, V. Weber y

^{54/} Op. Cit. p. 442.

^{55/} Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. 191. Caracas, 1965.

Mezger. Unos colocando las componentes psicológicas, a saber: dolo y culpa, como elementos de la culpabilidad; otros como presupuestos de la misma y, en fin, una tercera posición, igualmente como elementos pero valorados o teñidos de la consciencia de la ilicitud del hecho. Mas algunos introducen nuevos elementos como la "exigibilidad", el "deber y poder", o estiman las circunstancias que concurran al tiempo de obrar del agente --que Frank la consideraba positivamente--, solo en forma negativa, que de presentarse éstas y ser anormales anulan la culpabilidad.

Puntos de vista totalmente disímiles entre sus sostenedores, originaron que fuera precisamente ésto el blanco de ataques de sus adversarios. Lo que se debe de reconocer a esta teoría, es que fue un paso más, para obtener un concepto que se mantiene en la actualidad y que va ganando terreno donde todavía hay quienes sostienen criterios anteriores a esta postura de la culpabilidad. Nos referimos al conocimiento meramente normativo de la culpabilidad, fruto de la nueva sistemática impuesta por la teoría finalista de la acción.

La primera crítica enderezada a la concepción mixta o compleja de la culpabilidad, se concreta, en que no había acuerdo entre sus seguidores en la interpretación de, cómo

debían de funcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio de reproche, ya como elementos o bien como presupuestos.

La segunda crítica fue en el sentido de que trataba de unir y complementar elementos o criterios que no se pueden enlazar; es decir, elementos psicológicos al lado de elementos valorativos o normativos, como la reprochabilidad; aún más se incrementa esta censura, si se considera que ya desde antes la culpa --de esencia normativa--, era unida a un elemento psíquico como el dolo; englobando en un solo y único concepto tanto el objeto de reproche como el juicio de reproche.

Una tercera crítica es, que así concebida la culpabilidad --viene a ser un mixtum compositum; heterogénea, como resultado de sostener, un concepto causal naturalista de acción.

La diferencia entre la concepción psicológica y la mixta o compleja de la culpabilidad, al decir de Mendoza, estriba --"principalmente en las causas de inculpabilidad, porque mientras para la teoría psicológica, la inculpabilidad consiste en causas de ausencia del hecho psicológico, para la teoría normativa, puede eliminarse la culpabilidad por causas que, dejando intacto el proceso de conocimiento i voluntad, demuestran que el autor fue conducido a dicha situación psico-

lógica por un proceso de motivación que no le es reprochable: i así, a las causas legales de exclusión del dolo o de la -- culpa, pueden sumarse causas supralegales, como la no exigibilidad de otra conducta".^{56/}

Como elementos de la concepción mixta o compleja podemos señalar los siguientes:

- a) La imputabilidad del agente, entendida ésta como capacidad de querer y de entender.
- b) La existencia alternativa de dolo, culpa o preterintención, sin contener estos elementos "psíquicos" el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.
- c) La conciencia de la antijuridicidad de la conducta, que como ya indicamos es elemento independiente de la culpabilidad, y
- d) La reprochabilidad o el juicio de reproche a un sujeto imputable, que obró dolosa o culposamente, teniendo conocimiento de lo ilícito de su proceder y pudiendo serle exigible una conducta diversa a la que realizó.

El concepto que damos de esta teoría es el siguiente: culpabilidad es reprochabilidad; es decir, es el juicio de reproche que se le hace a un sujeto imputable, por su proceder --

^{56/} Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. -- 191. Caracas, 1965.

doloso, culposo o preterintencional, conociendo lo antijurídico de su conducta y "debiendo" y "pudiendo" comportarse conforme a derecho, al serle exigible una conducta diversa a la que realizó.

Dogmáticamente la concepción "mixta" o "compleja" de la culpabilidad la desprenderemos de los artículos 8o. y 9o. del Código Penal, que se refieren al dolo, la culpa y preterintención, ya los consideremos estos momentos subjetivos del delito como elementos o como presupuestos para emitir el juicio de reproche, el cual solo procederá cuando las circunstancias concomitantes al tiempo de obrar del agente sean normales, no debiendo presentarse por tanto una hipótesis como la establecida en la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, que se refiere al estado de necesidad (tratándose del caso en que los bienes son de la misma entidad); tampoco debe concurrir el error de tipo o el de licitud o eximente putativa, reglamentados en la fracción XI, del artículo 15, del ordenamiento legal indicado, pues si concurren se anularía el dolo, la culpa o la preterintención, indispensables para esta teoría.

Como presupuesto de la teoría "mixta" o "compleja" de la culpabilidad tenemos a la imputabilidad.

Reza el artículo 15, del Código Penal, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: II.- (Interpretada a contrario sensu) "Capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo con esa comprensión, al no concurrir trastorno mental o desarrollo intelectual retardado".

Los elementos subjetivos dolo, culpa y preterintención, ya sea que se coloquen como presupuesto o elementos de la culpabilidad, están contenidos en los artículos 8o. y 9o., del Código Penal, que respectivamente indican: Artículo 8o.- Los delitos pueden ser: I.- Intencionales (dolosos); II.- No intencionales o de imprudencia (culposos); III.- Preterintencionales, y el artículo 9o.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. (dolo); obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. (culpa); y obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

El juicio de reproche lo formulará el juez de la causa, cuando al sujeto se le pueda exigir otra conducta diversa de la que realizó debido a que las circunstancias al tiempo de su

acción u omisión eran normales. Para tal efecto es necesario que no concurra la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, cuando se trate de bienes en conflicto de igual valor. También se hace necesario que no confluya la fracción VI del citado numeral, que se refiere al temor fundado, o más propiamente, estado de coacción.

En el artículo 15, del Código Penal, se determina, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IV.-- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

La fracción VI, del artículo 15 del Código Penal, establece: "Obrar en virtud de ..., temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

Consideramos que el temor es una circunstancia anormal cuando incide sobre el agente, en virtud de que cuando un sujeto es coaccionado no puede exigírsele otra conducta distin-

ta a la realizada. Por tal motivo dicha fracción no debe -- concurrir para que no se anule la culpabilidad mixta o com-- pleja.

Igualmente, no deben concurrir algunos de los supuestos de - error de tipo y error de licitud, permisión o eximente putati va, regulados en la fracción XI, del artículo 15, del Código Penal, en donde se establece: XI.- Realizar la acción y omi sión bajo un error invencible respecto de alguno de los ele- mentos esenciales que integran la descripción legal (error - de tipo), o que por el mismo error (se refiere al error esen- cial e invencible) estima el sujeto activo que es lícita su- conducta (error de licitud, permisión o eximente putativa).

Cuadro sinóptico

Concepción mixta o compleja
de la culpabilidad

Elementos de la culpabilidad o presupuestos de la misma, según criterios.

Culpabilidad

Imputabilidad. Art. 15, fracción II, in-terpretada a contrario sensu.
Dolo. Arts. 8o.- I y 9o., párrafo primero.
Culpa. Arts. 8o.- II y 9o., párrafo segun- do.
Preterintención. Arts. 8o.- III y 9o., - párrafo tercero.
Reprochabilidad de la formación de la vo- luntad antijurídica, realizada por el -- juzgador, al no concurrir circunstancias anormales, como el estado de necesidad - tratándose de bienes de igual valor (Art. 15-IV), temor fundado o más propiamente- estado de coacción (Art. 15-VI), evasión de presos favorecida por familiares (Art. 151) y en los casos de los Arts. 333 y - 400-V, segunda parte.

D) CONCEPCION MERAMENTE NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.

La concepción meramente normativa de la culpabilidad, no es producto propiamente dicho de una teoría de la culpabilidad, sino consecuencia de una moderna estructuración^{57/} de los elementos del delito, causada por la evolución del primer elemento del delito o como dice Maurach del primer escalón del edificio del crimen; es decir, del elemento material.

Moreno Hernández, expresa que la concepción meramente normativa de la culpabilidad, es "producto de las elaboraciones de la teoría de la acción finalista y del rechazo total tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicologista",^{58/} y Jescheck, por su parte anota, que "el concepto de delito del finalismo, elaborado principalmente por -- Welzel en varias etapas desde principios de los años treinta, respondió en lo metodológico al abandono del pensamiento logicista y abstracto propio de la época precedente, tratando de erigir de nuevo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito (punto de vista -- ontológico).^{59/}

Recordemos, antes de pasar al concepto que Welzel nos proporciona de su teoría de la acción, que el pensamiento causal o naturalístico de acción es desarrollado en sus oríge-

^{57/} Cfr: Busch, quien nos dice, que "el fundamento para la nueva construcción de la teoría del delito, tan urgente ante esta situación, la ha dado la teoría finalista de la acción". Op. Cit. p.18.

^{58/} Op. Cit. p. 136.

^{59/} Cfr: Op. Cit. p. 282.

nes por Von Liszt y Beling, el cual "muestra claramente el -
influjo de la filosofía positivista, en el sentido de Comte.
Este concepto de acción se llama <<natural>> porque trata de
incorporar las leyes causales de las ciencias naturales en -
el derecho penal y porque además tiene un contenido <<preju-
rídico>>, un contenido <<a priori desde el punto de vista --
jurídico>>", 60/ y esta acción era culpable cuando podía "ser
atribuida también subjetivamente al autor en atención a la -
relación psíquica existente entre él y el hecho realizado, -
esto es, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho do-
losa o culposamente". 61/ Además esta teoría causal-naturalis-
ta de la acción "ve en la acción humana un suceso causal, --
para el cual sólo debe interesar el movimiento corporal pro-
vocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el -
mundo externo ... <<acción>> es <<conducta corporal volunta-
ria>> (Beling) o la <<producción, atribuible a la voluntad -
humana, de una modificación en el mundo externo>> (V. Liszt)
". 62/ Ensayando un concepto causal-naturalístico de acción,
lo podemos enmarcar, como la actividad o inactividad volun-
tarias, ésto es, querer una actividad (acción) o querer la -
inactividad (omisión).

El concepto natural o causal de acción, más tarde derivó en-
uno "social" de acción; concepto que no es otro que la ac---

60/ Maurach. Op. Cit. p. 317, más adelante nos dice, que "de acuerdo
con esta concepción la acción es un puro factor de causalidad. -
Acción es la producción de un resultado mediante fuerzas físicas",
p. 317.

61/ Gallas. Op. Cit. p. 8. Cfr: Además Wessels. Op. Cit. p. 22.

62/ Wessels. Op. Cit. p. 22.

ción situada dentro del derecho, incluso dentro del Derecho-Penal: esencial es tan solo que implique una relación valorativa con el mundo circundante social, es decir, acción es la causación de un resultado relevante socialmente;^{63/} en otros términos, acción es todo comportamiento socialmente relevante.

Ahora bien, Welzel expresa, que "la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer <<final>> y no solamente <<causal>>. La <<finalidad>>, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines... Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello, --dicho en forma gráfica-- <<evidente>> la causalidad <<ciega>>".^{64/}

^{63/} Cfr: Maurach. Op. Cit. 318, el cual agrega, que este concepto, - "resulta ser un puro concepto causal, no toma en cuenta que la acción es actividad final humana; si las doctrinas causales identifican el concepto de acción con el de causación del resultado, no pueden caber dentro de tal concepto las acciones de los delitos que carezcan de resultado, así como la tentativa de cualquier delito que la admita, llegando a la conclusión de que el autor no ha actuado de ninguna manera". pp. 319-320.

^{64/} El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 25. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964.

"El planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las <<estructuras lógico-objetivas>> previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la <<naturaleza de las cosas>>. De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos... Unido a la superación del neutralismo valorativo se hallaba el intento de una verdadera fundamentación ético-social del Derecho Penal, que encontró plasmación en la concepción personal de la antijuricidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias y el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena".^{65/} Así entendido el primer elemento del delito o primer piso del edificio del crimen, - la finalidad de la acción se equiparó al dolo^{66/}, y como consecuencia lógica se concluyó que éste pertenece al tipo, de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto. El dolo, sin embargo, ya no iba a ser un dolo provisto de la conciencia de la antijuricidad, sino que, se concre-

65/ Jescheck. Op. Cit. p. 283.

66/ Cfr: Gallas, quien indica, que contra la " equiparación de finalidad y dolo ", y no contra la hoy indiscutible naturaleza final del actuar humano, se dirigen las principales objeciones presentadas a la teoría finalista", y agrega, que "los conceptos de dolo y finalidad coinciden, y que el dolo está constituido, pues, por su incuestionable contenido final". Op. Cit. pp. 13 y 46; -- Busch, opina, que "el dolo, como momento de la finalidad pertenece al injusto jurídico penal", y sigue diciendo, "el dolo se con

tarfa en un dolo "natural". Igualmente la culpa pasa a formar parte del elemento material; la acción culposa se caracteriza como conducta que viola un deber de cuidado objetivo- que personalmente le incumbe guardar a un determinado autor. El error y la ignorancia, que son el reverso de estos "momentos internos", no son ya considerados como error de hecho y de derecho, sino, correctamente, como error de tipo, que elimina el dolo del tipo respectivo y da lugar a una atipicidad en el "nuevo" sistema y, como error de prohibición, con sus variantes de ser directo o indirecto, que anulan la conciencia de la antijuridicidad, la cual es considerada elemento de la culpabilidad; por lo que la anulación de la referida conciencia, origina una inculpabilidad.

Este modo de considerar el elemento material, como ejercicio de la actividad final, trajo para esta nueva corriente, una serie de críticas, pues ¿cómo englobar dentro del concepto de finalidad a la culpa?, teniendo que hacer malabares los sostenedores de la teoría final, para tratar de defender, -- que en el delito culposo existe finalidad y, proclamar al -- mismo, como un delito autónomo necesitado de una estructuración aparte. 67/

67/ vierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto, y con esto se lo arranca del campo de la culpabilidad". Op. Cit. p. 19. Zaffaroni, expresa, que "hace veinticinco años se dirigieron importantes y fundadas críticas al finalismo, porque su concepto del tipo culposo era harto deficiente... La crítica de Rodríguez Muñoz no puede repetirse, precisamente porque el concepto de culpa que le criticaba al finalismo ha sido definitivamente abandonado". Op. Cit. p. 373.

Entendidos como partes integrantes del elemento material el dolo y la culpa, no se dio un vaciamiento de la culpabilidad, como lo quieren ver algunos, sino simplemente se realizó un aseo en el ámbito de aquél elemento del delito, de todo componente psíquico, dejándola como es: es decir, meramente normativa: culpabilidad es reprochabilidad.

Si bien es cierto que no es compartido por todos los autores el concepto final de acción, sí lo es, su principal mérito, el haber traído soluciones más acertadas a los problemas que planteaba y plantea la Ciencia del Derecho Penal, en razón de una mejor estructuración de los elementos del delito. Finalistas y no finalistas advierten las bondades y ventajas de la "nueva sistemática"; prueba de lo anterior, es su participación conjunta en Alemania, al redactar el Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán, pues "la actual dogmática penal ya no ofrece al estudiante una imagen de la separación inconciliable entre finalistas y no finalistas, sino un proceso evolutivo que pone de manifiesto una creciente aproximación a los conceptos fundamentales más importantes".^{68/}

No desconocemos, empero, los grandes errores de los sostenedores de un concepto social de acción, al incluir algunos en el tipo al dolo y a la culpa, y posteriormente al hablar de la culpabilidad, comprender al mismo dolo y culpa como --

^{68/} Wessels, Op. Cit. p. XI.

"formas de culpabilidad", es decir, de la reprochabilidad, - aduciendo que estos componentes psíquicos juegan un doble -- papel; en el ámbito del tipo y en el de la culpabilidad.

Algunos autores nos dan su concepto y elementos de la teoría meramente normativa de la culpabilidad, así: Baumann, dice - que este "concepto renuncia a todo elemento psicológico. Este ha sido unido a la acción como finalidad. Según esta con cepción, culpabilidad es el reproche de culpabilidad, de --- valoración de la conducta del autor".^{69/} Córdoba Roda, enseña, que "la culpabilidad continúa ciertamente siendo definida, al igual que antes, como el juicio de reproche personal - que se formula al agente por haber realizado una acción anti - jurídica pese a haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos que para un tal juicio se exigen, - experimenta una modificación".^{70/} Los requisitos serían: a) - Imputabilidad del agente; b) Conocimiento de la significa--- ción antijurídica del acto, como exigencia intelectual dis--- tinta a la representación de la realización del hecho típico; y c) Ausencia de causas de inculpabilidad. Busch, argumenta que la teoría dominante, "ve la esencia de la culpabilidad - en la reprochabilidad de la formación de la voluntad, en la - deficiencia del proceso de motivación".^{71/} Gallas expresa, -

69/ Op. Cit. p. 209.

70/ Culpabilidad y pena, p. 17.

71/ O. Cit. p. 13.

que "culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo (Gesinnung) jurídicamente desaprobado que se realiza en él".^{72/} Madrado alude a los elementos de la culpabilidad meramente normativa: a) Imputabilidad; b) Posibilidad de conocimiento o conocimiento de la antijuridicidad y c) Exigibilidad. Maurach indica, que si eliminamos el dolo de la esfera de la culpabilidad y lo unimos al tipo, resulta que "la culpabilidad ya no sigue siendo un proceso psicológico, tampoco constituye un mixtum-compositum oscuro entre tipo y juicio valorativo, sino que es un puro juicio de valor sobre el autor: obra de modo culpable el autor imputable que ha tenido la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho".^{73/} Moreno Hernández, asevera, que "en la actualidad, es -- opinión dominante en la doctrina penal que la culpabilidad -- ha de entenderse como <<reprochabilidad>>, o, en otras palabras, como juicio de reproche que se hace al sujeto que realizó una acción antijurídica, pudiendo haber actuado de otra manera", y más adelante agrega, que "ahora son elementos de la reprochabilidad: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad".^{74/} Wessels, indica que "<<culpabilidad>> significa reprochabilidad del hecho con respecto al sentimiento jurídicamente reprochable-revelado por él",^{75/} y Zaffaroni, manifiesta, que, "un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpa--

^{72/} Op. Cit. p. 62.
^{73/} Op. Cit. p. 334.
^{74/} Op. Cit. pp. 130 y 138.
^{75/} Op. Cit. p. 110.

ble, cuando al autor le es reprochable la realización de -- esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella". 76/

Por nuestra parte, consideramos como componentes indispensables para emitir un tal juicio de reproche, los siguientes:

- a) La imputabilidad del sujeto activo del delito, como presupuesto de la culpabilidad, esto es, de la reprochabilidad, no entendida como capacidad de querer y de entender, como antiguamente se sostenía, sino, como capacidad del individuo de comprender el carácter ilícito de su hecho y de conducirse de acuerdo con tal comprensión; es una capacidad de poderse motivar en las normas, y guiar su actuar conforme a sentido y fines de valor; o sea, imputabilidad es capacidad de ser reprochable y no de realizar dolo, culpa o preterintención como antiguamente se pensaba.
- b) La posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad -- del hecho realizado, o, conocimiento efectivo de la misma. Sólo exigimos la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad, en virtud de que de requerir siempre su conocimiento efectivo, sería tanto como exigir un nexo -

psicológico a nivel de la culpabilidad; ahora bien, no desconocemos que se puede dar el conocimiento efectivo por parte del sujeto de la antijuridicidad de su conducta.

- c) La exigibilidad de otra conducta acorde a las normas, -- porque de no serle exigible otro actuar al agente en el momento de obrar y, con relación a ese comportamiento -- precisamente que llevó a cabo, no le podrá ser reprochado tal evento.

Concurriendo estos requisitos, podemos fundamentar el reproche de culpabilidad a un sujeto.

Por tanto, culpabilidad es el reproche personal a un sujeto imputable y autor de una conducta antijurídica, en virtud de que teniendo conciencia de su ilícito comportamiento y -- "debiendo y pudiendo" observar las normas de derecho, es -- decir, de motivarse en la norma, le era "exigible" otra conducta diversa a la que realizó.

Una concepción meramente normativa de la culpabilidad, esto es, aquélla que surge como consecuencia de la estructura--ción de los elementos del delito llevada a cabo por la teoría de la acción finalista, dogmáticamente será, la siguiente:

En primer lugar los artículos 8o. y 9o. que se refieren al dolo, culpa y preterintención, tendremos que considerarlos como formas de conducta y, como la conducta es final, estará contenida en el tipo; la consecuencia será, que estos - "momentos subjetivos" pertenezcan al tipo, dejando una culpabilidad meramente normativa; o sea, ésta consistirá en - un puro juicio de reproche en virtud de que las circunstancias concomitantes al tiempo de obrar del sujeto eran normales y por tal motivo se le podía exigir que realizara -- otra conducta distinta a la efectuada, es decir, que se -- motivara en la norma, concurriendo para tal juicio de reproche la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal - en forma negativa, referente al estado de necesidad tratándose de bienes de igual entidad o valor: así como también - se requerirá la ausencia de error de licitud o error indirecto de prohibición como también se le denomina, para que no anule la posibilidad de la consciencia de la antijuridicidad que está contenida como elemento independiente de la reprochabilidad (culpabilidad). El error de licitud está - incluido en la fracción XI, del artículo 15 del Código Penal. Por último, el sujeto habrá de ser imputable y a ésta, o sea, a la imputabilidad, la desprenderemos de la --- fracción II, del artículo 15, interpretada en forma negativa, esto es, a contrario sensu.

Para desglosar la teoría meramente normativa de la ley, primero deberán concurrir los artículos 8o. y 9o., a saber, el dolo, la culpa y la preterintención y considerarlos como -- formas de conducta, dichos preceptos establecen respectivamente: Artículo 8o.- Los delitos pueden ser: I.- Intencionales (forma de conducta dolosa); II.- No intencionales o de imprudencia (forma de conducta culposa); III.- Preterintencionales (forma de conducta preterintencional), y el artículo 9o.- Obra intencionalmente el que, conociendo las -- circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley (dolo); obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen (culpa); obra preterintencionalmente el que causa un -- resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Presupuesto de la culpabilidad meramente normativa es la -- imputabilidad, pero no entendida como antiguamente se consideraba, como capacidad de querer y entender, sino como, capacidad de poder motivarse en las normas. Reza el artículo 15, del Código Penal, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: II.- (Interpretada a contrario sensu) "Capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo con esa comprensión, al no concurrir trastorno mental y desarrollo intelectual retardado".

Para que el juez pueda emitir el juicio de reproche al sujeto de una conducta antijurídica, las circunstancias al tiempo de obrar deben ser normales, por lo tanto debe concurrir la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal, en forma negativa, cuando se trate de estado de necesidad con bienes de igual valor. Así como la fracción VI -igualmente en forma negativa-, del artículo citado, que regula el temor fundado o estado de coacción.

Determina el artículo 15, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IV.- Obrar por la necesidad de -salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro -medio practicable y menor perjudicial a su alcance. (Tiene que concurrir negativamente).

En la fracción VI del artículo 15, se determina, que es ---circunstancia excluyente de responsabilidad penal, obrar en virtud de ..., temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Por último deberá de concurrir negativamente la fracción IX,

en su segunda parte, referente al error de licitud o error de prohibición indirecto como también se le llama, para que no se anule la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad contenida en la culpabilidad. Establece el artículo 15, que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: XI.- "... o que por el mismo error (se refiere al error esencial e invencible) estime el sujeto activo que es lícita su conducta. (Error de licitud, permisión, eximente putativa o error de prohibición indirecto).

Cuadro sinóptico

Concepción meramente normativa de la culpabilidad

Elementos de la conducta y ésta ubicada sistemáticamente en el tipo de lo injusto.

Dolo. Arts. 80.- I y 90., párrafo primero.

Culpa. Arts. 80.- II y 90., párrafo -- segundo.

Preterintención. Arts. 80.- III y 90., párrafo tercero.

Presupuesto de la reprochabilidad.

Imputabilidad. Art. 15-II, interpretada a contrario sensu.

Reprochabilidad.

Posibilidad de conocimiento o efectivo entendimiento de la significación anti-jurídicamente del hecho.

Ausencia de causas de exculpación. Art. 15-XI, segunda parte (error de prohibición indirecto).

Normalidad de las circunstancias concommitantes al tiempo de obrar, no deben concurrir situaciones como las previstas en los artículos 15-IV, tratándose de bienes iguales, fracción VI del mismo artículo (temor fundado), artículos 151, 333 y 400-V, segunda parte.

3. EL DOLO

"El concepto de dolo que maneja el Derecho Penal moderno se remonta al Derecho romano tardío y constituyó una de sus grandes aportaciones. En cambio, el Derecho germánico tuvo durante largo tiempo la concepción de la responsabilidad por el resultado, dejando únicamente sin castigo como producto del azar ciertos casos típicos de actuación involuntaria. Los juristas italianos del Medioevo incorporaron el concepto de <<dolus>> del Derecho romano y lo erigieron en presupuesto de todos los delitos graves".^{1/}

I. TEORIA DE LA VOLUNTAD.

Esta teoría es la que impera inicialmente en la Ciencia Penal, ya que fue la predominante entre los "primeros penalistas científicos de fines del siglo XVIII y comienzos y mediados del XIX. Tuvo, muy insignes representantes, - Carrara y Feverbach entre los más notables".^{2/}

Consiste la teoría en estudio, en el querer o intención de lograr un resultado concreto. Cabe destacar que un gran número de autores indican que no se equivalen los términos "voluntad" e "intención", pues lo que constituye la esencia de la intención es la finalidad de alcanzar un resultado. Por otra parte, debemos diferenciar "dolo" e "intención", ya que es evidente que modernamente el alcance del primer término es mucho más amplio que el del segundo, con la observación de que la gran mayo--

^{1/} Jescheck. Tratado de Derecho Penal, I, p. 397. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981.

^{2/} Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La culpabilidad, p. 390. 3a. ed. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1976. Cuello Calón expresa, que "entre las doctrinas formuladas para-

ría de los sostenedores y partidarios de esta teoría, al --
dar su concepto de dolo, aluden al mismo, utilizando la pa-
labra intención. Así Carmignani entiende por dolo el acto-
de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir --
la ley manifestada de signos exteriores. Carrara alude al
dolo como conocimiento de la naturaleza delictuosa del he-
cho o intención de realizarlo. Carnelutti es de parecer, -
que el dolo es la intención de la voluntad e intención diri-
gida al evento concreto al mandato.^{3/}

Una teoría como la que se comenta no puede aceptarse, ya --
que un concepto de dolo, como el que nos proporciona, no --
puede abarcar todas las especies de dolo, pues sólo puede -
encontrar el dolo directo; es decir, "la teoría de la volun-
tad es insuficiente por ser imposible resolver con ella to-
das las arduas interrogaciones que se nos presentan. No se
puede querer algo sin habérselo representado y sin la teo-
ría de la representación sería difícil construir el dolo e-
incluso el dolus eventualis".⁴

explicar la naturaleza del dolo una de las más antiguas (mante-
nida por Carmignani y Filangieri) lo consideraba como la volun-
tad de violar la ley penal; doctrina hoy totalmente desechada --
pues nadie delinque por el solo placer de infringir la ley". De
recho Penal. Parte General. Tomo I, p. 410. Bosch, Casa Editio-
rial. Barcelona, 1953. Y por otra parte José Rafael Mendoza
ánta, que "en la evolución del concepto del dolo surgió primero
la teoría de la voluntad, i así, el dolo se definió tomando en
cuenta solamente el resultado previsto i querido por el autor
del delito. Después, encontróse que este único criterio no era
aplicable a la construcción técnico-jurídica del dolo eventual".
Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p.
195. 5a. ed. Caracas, 1965.

- 3/ Cfr: Pavón Vasconcelos, F. Manual de Derecho Penal Mexicano. --
Parte General, pp. 376-377. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982;
Márquez Piñero. Derecho Penal. Parte General, pp. 226 y 257. --
Editorial Trillas, S.A. México, 1986.
- 4/ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La Cul-
pabilidad, p.390, 3a. Ed. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1976.

II. TEORIA DE LA REPRESENTACION.

Jiménez de Asúa, nos dice, que Reinhard Frank, cita a ---- Nettelblatt como el precursor y a Almendingen como "<<el más brillante representante, incluso como el verdadero fundador, en sentido científico, de la teoría de la representación>>... El nombre de <<teoría de la representación>> le ha sido dado por Frank (según Von Hippel). El título no es impropio, puesto que esta doctrina se caracteriza -- por ver la esencia del dolo en el elemento de la representación (elemento intelectual); en el conocimiento y previsión del autor".^{5/}

Los sostenedores contemporáneos de esta teoría fueron ---- Frank y Von Liszt, quienes sustituyen voluntad e intención por representación, haciendo consistir esta teoría "en el conocimiento que él tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer".^{6/} Una teoría como la que se analiza pone el acento en el conocimiento, de lo que modernamente llamamos elemento intelectual del dolo, esto es, en las -- circunstancias descritas en forma objetiva por el tipo de-

5/ Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La culpabilidad, pp. 398-399. 3a. Ed. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1976.

6/ Pavón Vasconcelos, F. Manual de Derecho Penal Mexicano, pp. 377-378; 256-257. Editorial Trillas, S.A. México, 1986. Bettiol enseña, que "el dolo, para esta doctrina, puede definirse como (la voluntariedad de una conducta) de la cual deriva un evento previsto por el sujeto agente". Derecho Penal. Parte General, p. 388. Editorial Temis Bogotá, 1961. Cuello Calón afirma, que esta teoría "ve el elemento básico del dolo en el conocimiento y previsión del resultado". Derecho Penal. Parte General. Tomo

lo injusto, pues, existe la representación de las mismas, - que permiten suponer que la realización de un determinado - hecho ha sido o no llevado a cabo dolosamente.

Al igual que la teoría de la voluntad, la de la representa- ción ha sufrido una serie de críticas, la más importante, a nuestro parecer, es que tampoco puede dar cabida al dolo -- eventual, pues si se representan las circunstancias objeti- vas del hecho típico, tal representación sólo adquiere im- portancia, cuando en el sujeto existe algo más, es decir, - la voluntad de tomar por su cuenta las consecuencias de su- actuar. A mayor abundamiento con una tal teoría no habría- diferencia entre el dolo eventual y la culpa con represen- tación o consciente, cuestión evidentemente incompatible -- con los modernos postulados del dolo y de la culpa.

III. TEORIA MIXTA.

La conjunción de las teorías de la voluntad y de la repre- sentación, es lo que llamamos teoría mixta, pues, como su - nombre lo indica, es una teoría ecléctica, y según nuestro parecer, es sólo ésta, la que puede responder a las exigen- cias de una moderna concepción del dolo. "Sólo la síntesis puede satisfacer al jurista cuidadoso de las libertades del hombre".^{7/}

I, p. 410. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953. Véase también Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, pp. 195 y 196. 5a. ed. Caracas, 1965.

^{7/} Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. La cul- pabilidad, p. 404. 3a. ed. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1976. Cfr: Pavón Vasconcelos expresa: "La voluntad, por sí misma,

Como quedó demostrado al referirnos a las teorías de la -- voluntad y de la representación, por separado, ninguna de estas dos hipótesis nos puede servir. A nuestro juicio, -- sólo uniendo las dos, podremos lograr un auténtico concepto y contenido del dolo, es decir, el sujeto para que pueda decirse que obra dolosamente, debe tener conocimiento o representarse las circunstancias que pertenecen "por otra parte" al tipo de lo injusto y querer el resultado típico o típico y material.

Somos de opinión, que esta teoría da cabida a las distintas clases de dolo, pues tenemos que en el dolo directo se conocen las circunstancias del hecho típico y se las quiere; dolo eventual, cuando el sujeto acepta el resultado -- prohibido por la ley en caso de que se produzca, teniendo conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo.

Ensayando un concepto de la teoría mixta del dolo, será el siguiente: un sujeto obrará dolosamente cuando conozca las

no puede agotar el contenido del dolo; hácese imprescindible -- igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y -- de su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de causalidad, cuando ésta forme parte del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico. Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 380. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Además, Marquez Piñero, Derecho Penal. Parte General, pp. 257-258. Editorial Trillas, S.A. México, 1986. Zaffaroni, expresa: "Hace medio siglo que la doctrina se percató de que es tan falso que el dolo sea representación como que el dolo sea voluntad: el dolo es representación y voluntad". Ob. -- Cit. p. 339. Véase también Mendoza, Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. 196. 5a. ed. Caracas, --- 1965.

circunstancias pertenecientes al tipo (representación) y -quiera o acepte (voluntad) el resultado típico o típico y-material (delitos de mera conducta y de resultado mate---rial). Es decir, dolo significa la voluntad o aceptación de realizar las circunstancias objetivas que conoce el ---autor y que pertenecen al tipo de lo injusto penal; no quiere, como después veremos, el conocimiento de la significación antijurídica del hecho.

A) PAPEL QUE DESEMPEÑA EL DOLO EN LA SISTEMÁTICA PENAL.

El papel del dolo en el Derecho Penal, va a ser en --razón de la sistemática que se siga con relación a la estructuración de los elementos del delito. Es decir, la verdadera oposición entre el sistema clásico y el sistema finalista no afecta a la función misma del --dolo, sino al encuadre de si el dolo realiza esa función en el ámbito de la culpabilidad o, del tipo delinjusto:

a) Sistema clásico

Al hablar de la concepción psicológica de la culpabilidad indicamos que ésta es entendida como --un nexo psicológico entre el sujeto y su conducta o entre el sujeto y el resultado, siendo por --tanto el dolo una "especie" de la culpabi---

lidad; ésta es la función, que para la sistemática -- clásica en su primera etapa, de una culpabilidad subjetiva, toma el dolo; dolo es una especie de culpabilidad.

Ahora bien, por lo que hace a la concepción "mixta" o "compleja" de la culpabilidad, también enraizada en -- el sistema clásico, el dolo viene a ser una "forma" -- de la culpabilidad; o sea, una forma que asume la reprochabilidad, y que dada la diversidad de posiciones de sus sostenedores, podía ser, el dolo un elemento -- incoloro de la culpabilidad, llamémosle un dolo "natural"; esto es, sin requerir la conciencia de la anti-juridicidad, o bien un presupuesto de la culpabilidad, y para unos más un elemento de la culpabilidad provisto del conocimiento de la antijuridicidad, habiendo -- por tanto culpabilidad, con la simple realización de dolo, pues implica el conocer que se está obrando con trariamente a derecho. Frank, nos dice, que "dolo es el conocimiento de las circunstancias de hecho que -- pertenecen al tatbestand legal o que agravan la pena- lidad, concomitante con la actuación voluntaria",^{8/} y Baumann expresa, que "el conocimiento del autor debe- extenderse a todas las circunstancias del hecho típico

8/ Frank. Op. Cit. p. 60.

legal (criterio unánime), objetivas o subjetivas, descriptivas o normativas".^{9/} Bettiol, enseña, que "conciencia de su sustancial ilicitud. Sólo quien obra - en estos términos obra dolosamente".^{10/} Villalobos -- manifiesta, que "en el dolo el sujeto conoce la naturaleza de su acto y su trascendencia, y así determina su ejecución".^{11/} Pérez Victoria Moreno, asevera, que "es evidente, que el actuar doloso exige en el agente la conciencia de la antijuricidad de su conducta, --- cualquiera que sea, como veremos, la concepción de la culpabilidad que se adopta".^{12/} Gallas, indica, que - "la acción, en fin, es culpable cuando puede ser atribuida también subjetivamente al autor en atención a - la relación psíquica existente entre él y el hecho -- realizado, esto es, cuando el sujeto imputable ha cometido el hecho dolosa o culposamente".^{13/}

En conclusión, para el sistema clásico (concepción -- psicológica y concepción mixta o compleja de la culpabilidad) el dolo se encuentra a nivel de la culpabilidad; es una "especie" de la culpabilidad, o, una "forma" que asume la reprochabilidad. El dolo puede estar provisto de la conciencia de la antijuricidad o no, pero siempre se requerirá de ésta para que un sujeto sea culpable.

9/ Baumann. Op. Cit. p. 235.
10/ Bettiol. Op. Cit. p. 127.
11/ Villalobos. Op. Cit. p. 282.
12/ Pérez-Victoria Moreno. Op. Cit. p. 5.
13/ Gallas. Op. Cit. p. 8.

b) Sistema finalista.

Cuando hicimos mención de la concepción meramente normativa de la culpabilidad, se indicó, que ésta es el resultado de la nueva estructuración, que de los elementos del delito hace la teoría de la acción finalista implantada por Welzel, y que, el concebir la acción de modo final, llevó al equiparamiento de finalidad y dolo, concluyéndose de modo innegable, que éste debía pertenecer al tipo, al igual que los restantes elementos subjetivos del tipo.

El sistema finalista desplaza el dolo, que antes se -- consideraba como "especie" o "forma" de culpabilidad -- (sistema clásico), al tipo del delito, con la lógica -- consecuencia de que la culpabilidad es considerada meramente normativa, o sea, ésta depuración de la culpabilidad de todo componente psíquico, trajo una concepción diversa del delito y en especial del dolo y de la culpa.

El papel que desempeña el dolo para la sistemática finalista, es, como elemento o componente indispensable del tipo del delito intencional, y su estudio, esto es, existencia o inexistencia se deberá ver a ese nivel -- del delito. El error y la ignorancia que anulan el --

dolo darán como consecuencia el llamado "error de tipo" que anula la tipicidad de una conducta en un tipo respectivo.

Con relación al dolo de tipo, encontramos diversas -- opiniones:

Wessels indica, que "en el ámbito de lo injusto, el dolo, como forma de conducta, es portador del sentido jurídico-social de la acción... (dolo de tipo propiamente dicho como realización consciente y voluntaria de las circunstancias objetivas del hecho)".^{14/} "Para el dolo es indispensable y suficiente que el autor -- conozca las tipicidades. No es, en cambio, necesario que sea consciente de la antijuridicidad de su hecho. El dolo no comprende la conciencia de la antijuridicidad. El dolo no es <<dolus malus>>, sino <<dolus naturalis>>".^{15/} Zaffaroni enseña, que el dolo es --- "voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por -- el conocimiento de los elementos de éste en el caso -- concreto" y agrega "dicho más sintéticamente: el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado".^{16/} Busch expresa, que "el dolo, como momento de la finalidad, -- pertenece a la acción, y como forma especial de la --

^{14/} Wessels. Op. Cit. p. 48.

^{15/} Maurach. Op. Cit. p. 333.

^{16/} Zaffaroni. Op. Cit. p. 339.

producción del injusto, pertenece al injusto jurídico penal", y que "con la incorporación del dolo al tipo de lo injusto se resolvió una antigua controversia. - El contenido del dolo es únicamente el saber y el querer la realización del tipo objetivo y no, además, la conciencia de la antijuridicidad".^{17/} Gallas anota, - que "más patente, y de validez también para los tipos entendidos en sentido causal, es el argumento que para el desplazamiento del dolo al ámbito del injusto - resulta de la punibilidad de la tentativa",^{18/} y finalmente Wessels, afirma, que "en los delitos dolosos, el dolo de tipo determina la dirección y el fin de la acción. Como núcleo de lo injusto personal de la acción, forma la característica general del tipo subjetivo de lo injusto y base para la imputación subjetiva del resultado típico".^{19/}

Resumen, el dolo para el sistema finalista, ya no es forma ni elemento de la culpabilidad sino, característica del tipo. El dolo pertenece al tipo del delito, es idéntico a la voluntad de la conducta, en los hechos punibles dolosos. El dolo por otra parte, --- siempre es un llamado dolo natural y también lo pueden tener las personas que no obran de modo culpable,

^{17/} Busch. Op. Cit. pp. 19-20.

^{18/} Gallas. Op. Cit. p. 48 y agrega, que "la situación del dolo dentro del sistema no depende sólo de consideraciones ontológicas, como supone la teoría finalista, sino que constituye al propio tiempo un problema de valoración". Op. Cit. p. 46.

^{19/} Wessels. Op. Cit. p. 65.

tales como los niños, los enfermos mentales o los que obran en situación de trastorno mental transitorio como en el estado de embriaguez.

B) CONTENIDO DEL DOLO.

Es evidente que sea cualfuere el concepto de dolo que se maneje, éste tiene dos elementos, uno llamado intelectual, conativo o ético, y otro, llamado volitivo, emocional o psicológico. Respecto al contenido y alcance del primer elemento del dolo, el intelectual, se han elaborado dos teorías: la teoría del dolo, con sus variantes, la limitada y la rígida y, la teoría de la culpabilidad, igualmente, la limitada y la rígida.^{20/}

a) Elemento intelectual o conativo del dolo.

Habiéndose dado solución en la doctrina respecto del contenido que se hace indispensable para conceptualizar el dolo, habiéndose optado por la teoría mixta que vincula tanto voluntad como representación, en virtud de que por separado ambas teorías resultaban insuficientes; pasó a discusión lo referente a cuáles serían los requisitos que debía tener el elemento intelectual del dolo. El punto central de la discusión, es en el sentido de si la

^{20/} "El dolo --nos dice Castellanos Tena-- contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia que quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico". Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 239. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Mezger nos

conciencia de la antijuridicidad forma parte o no del dolo o solamente de la culpabilidad como elemento independiente.

Algunos autores, que son en número grande, en la época actual, se conforman con el conocimiento de las circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo, como contenido del elemento intelectual del dolo; otros seguidores principalmente de la sistemática clásica, exigen un conocimiento más, en el elemento intelectual, a saber, la conciencia de la antijuridicidad. Para determinar si pertenece al dolo o a la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad, se han elaborado las teorías indicadas, al inicio de este tema, por lo cual, pasaremos a realizar su estudio.

indica los elementos de que está formado el dolo, que él considera como forma básica de culpabilidad: a) La voluntad del hecho; b) El conocimiento del hecho, que contiene a su vez, el conocimiento de las distintas circunstancias del hecho, y, c) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, p. 277. Cárdenas Editor. México, 1985. Baumann, opina, que "los elementos del dolo deben referirse a las circunstancias totales del hecho y a las características de justificación (negativamente), así como también el conjunto, a saber, a lo injusto". p. 260.

I. TEORIA RIGIDA DEL DOLO.

Para esta teoría, el dolo, además de contener el conocimiento de los elementos o circunstancias que "por otra" parte pertenecen al tipo legal, exige, para el mismo, que el sujeto conozca, que tales circunstancias están prohibidas por la ley. Se expresa, así, por sus sostenedores y por otros que critican esta postura, que "es evidente que el actuar doloso exige en el agente la conciencia de la antijuricidad de su conducta, cualquiera que sea, como veremos, la concepción de la culpabilidad que se adopte".^{21/} Como al dolo pertenece la conciencia de la antijuricidad -nos dice Córdoba Roda-, "desaparece el dolo siempre que el sujeto actúe sin la representación actual de la contrariedad de su conducta con el ordenamiento jurídico".^{22/} Baumann, opina, que "el dolo no es exclusivamente conocimiento y voluntad de los hechos o de las circunstancias de hecho de una norma típica, sino conocimiento y voluntad de cometer lo injusto",²³ y agrega, que "dado que la conciencia de lo injusto es, por cierto, elemento de la culpabilidad, la teoría del dolo tiene que desarrollar un concepto de dolo según el cual éste debe quedar en la culpabilidad; no debe estar allí en forma aislada al lado de la conciencia de lo injusto".

^{21/} Pérez-Victoria Moreno, en Prólogo al libro de Juan Córdoba Roda, "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito", p. 5.

^{22/} "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito", p. 106.

^{23/} Cfr. Op. Cit. p. 234.

to, sino que ha de abarcar esta conciencia de lo injusto".^{24/} Madrazo es de parecer, que para la teoría en estudio, "la conciencia de la antijuridicidad es un componente del concepto de dolo, de manera que para que alguien actúe dolosamente debe tener conciencia de la ilicitud de su conducta".^{25/} Zaffaroni indica que la "teoría que ubica la «conciencia de la antijuridicidad» en el dolo, se suele llamar «teoría del dolo», siendo en realidad una teoría del «dolo malo», según la cual, todo dolo es ya desvalorado por el hecho de ser dolo".^{26/} Jiménez de Asúa, asevera, que "de lo que el autor es consciente en el dolo es de la violación del deber", agregando, que "debemos exigir en el dolo la conciencia del deber de violar la norma, pero no la conciencia de la antinormalidad".^{27/} Maurach argumenta, que esta teoría es la "más antigua, la clásica, puesto que se fundamenta en el concepto causal de la acción", y agrega que "el nombre de teoría del dolo significa que considera la conciencia de la ilicitud del hecho como elemento del dolo; según ella, el dolo se compone entonces de dos elementos: el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y de la conciencia, o mejor, --

^{24/} Op. Cit. p. 260. Agrega: "La teoría rígida del dolo exige para el dolo la conciencia actual de lo injusto, o sea, conocimiento del autor acerca de la antijuridicidad de su conducta en el momento en que comete el hecho", p. 261.

^{25/} Madrazo, Carlos. Op. Cit. p. 36.

^{26/} Zaffaroni. Op. Cit. p. 454.

^{27/} Jiménez de Asúa. p. 361. Agrega, que "renunciar a la conciencia de la antijuridicidad como requisito del dolo, no se comprende como puede fundamentarse éste como forma de culpabilidad, que no se concibe sin un conocimiento de su significación", p. 406. Op. Cit. Por otra parte Mendoza sostiene que autores partidarios del psicologismo admiten que "en el dolo debe haber conciencia --

del conocimiento del carácter ilícito del hecho".^{28/} Por --
último Wessels señala, que la teoría del dolo "vio en el --
dolo una característica de la culpabilidad que, al lado
del conocimiento y de la voluntad de realizar el tipo (dolo
de tipo), también abarcaría la conciencia del injusto".^{29/}

Somos de parecer, que la teoría rígida del dolo es propia -
de los sistemas clásico y neoclásico del delito, pues el --
concebir al dolo como especie o forma de la culpabilidad, -
hace exigible que éste tenga inserto el conocimiento de lo
injusto del actuar. Es evidente, que entre los autores de
esta época, hay algunos que difieren de esta teoría, como -
Liszt por ejemplo, que creía, que indudablemente la concien-
cia de la antijuridicidad debía pertenecer a la culpabili-
dad, pero no al dolo.

La teoría que estudiamos es insostenible en la actual etapa
de la evolución del Derecho Penal, pues, hay razones de pe-
so para desecharla, porque ¿cómo puede exigirse la concien-
cia del obrar injusto, cuando se está por ejemplo, frente a
una legítima defensa o estado de necesidad o, bien ante una
defensa putativa?; o cualquier eximente putativa o error de

de la antijuridicidad, o solamente la referencia de la conciencia
i de la voluntad; i en la culpa de precaución o de prudencia".-
Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. -
189. 5a. ed. Caracas, 1965.

^{28/}
^{29/} Wessels, p. 130. En otra parte agrega, que "según esta teoría, -
la existencia de la acción dolosa sólo puede afirmarse si el --
autor ha obrado con dolus malus, o sea, si ha tenido la concien-
cia de realizar el tipo en forma antijurídica ", p. 130. Op.
Cit.

permisión, donde sin lugar a dudas que el actuar del sujeto es doloso, sólo, que éste cree que le ampara una causa de licitud. Esta teoría, como lo señala Maurach, es una teoría del dolo malo, o "dolus malus", al exigir la conciencia de la antijuridicidad, y se sostiene que falla en los casos del delincuente habitual, insensible, pasional y por convicción.

El actuar conociendo lo antijurídico de la conducta hace al sujeto culpable, pero, cuando falta ese conocimiento actual, para la teoría del dolo lógicamente excluirá la culpabilidad por error de prohibición directo o indirecto que anulan el referido conocimiento; empero, si ese desconocimiento era vencible puede ser castigado el sujeto a título de delito culposo siempre que el tipo admita dicha forma de comisión.

II. TEORIA LIMITADA DEL DOLO.

La teoría limitada del dolo, es una variante de la que acabamos de analizar, es decir, de la teoría rígida del dolo. Se crea para subsanar los inconvenientes de exigir un efectivo conocimiento de la antijuridicidad en el actuar del sujeto, con relación al obrar del delincuente habitual, por convicción, insensible, pasional y cuando el sujeto se en-

cuentra ante una eximente putativa; casos todos ellos, en que se obra dolosamente, pero evidentemente no hay conciencia o actual conocimiento de actuar en forma ilícita, o --- bien se cree que la conducta realizada es permitida o es en beneficio de la sociedad.

Mezger creó esta teoría que es variante de la teoría del -- dolo y, expresa que para la misma "es suficiente la <<conciencia de la antijuridicidad>>, o bien (ialternatividad /)- la incompatibilidad del enfoque con una concepción sana de lo que es conforme y contrario al derecho".^{30/} Cuando el -- autor por ceguera jurídica realiza una determinada conducta que está establecida legalmente como delito, de ese hecho -- debe responder el sujeto, según Mezger, por estar en contra posición con una concepción sana del derecho. Otros auto-- res nos dan su punto de vista respecto a la teoría limitada del dolo.

Wessels, indica que "la teoría <<limitada>> del dolo afirmó la existencia del dolo si al autor le había faltado, por -- <<ceguera jurídica>> u <<hostilidad al derecho>>, la con-- ciencia del injusto".^{31/} Baumann expresa, que "la teoría -- restringida del dolo se conforma con una conciencia poten-- cial de lo injusto, no exige el conocimiento de la antijuri-- dicidad, sino tan sólo la posibilidad de este conocimiento-

^{30/} Op. Cit. p. 227.

^{31/} Op. Cit. p. 130.

en el momento en que el autor comete el hecho".^{32/} Zaffaroni argumenta, que "hay casos en que el más elemental sentido -- común hace que no se pueda hablar de exclusión del dolo y, -- sin embargo, falta una verdadera <<conciencia>> de la antijuridicidad como conocimiento efectivo..., quien no sabe si su conducta es o no antijurídica, pero tampoco le interesa averiguarlo, porque le da lo mismo, está demostrando un desprecio por el orden jurídico quizá mayor que el de quien conoce efectivamente la antijuridicidad de su conducta. No pudiendo negar este fenómeno (Mezger), no encontró otra alternativa que inventar un sustituto del dolo para esos casos, la -- <<ceguera para el derecho>>, que luego rebautizó como <<enemistad al derecho>>".^{33/}

Concluyendo, la teoría limitada del dolo reconoce que el sujeto obra dolosamente, cuando conoce las circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo de lo injusto, y además, tiene conciencia de lo ilícito de su hecho, o bien, posibilidad de tal conocimiento o, ceguera jurídica u hostilidad al derecho; ejemplo, los casos en que el sujeto por un error cree que su proceder es lícito (eximente putativa) o cuando existe la convicción de que su conducta será en beneficio de la misma sociedad (delincuente por convicción); o bien, no hay actualidad en la trasgresión a la norma (delincuente pasional) y, por último, el caso en que se conoce lo prohibido

^{32/} Op. Cit. p. 261.

^{33/} Op. Cit. p. 454.

de la conducta realizada, pero el autor muestra indiferencia al respecto (delincuente insensible).

III. TEORIA RIGIDA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría se elaboró de acuerdo con los postulados de la teoría de la acción finalista, donde la finalidad de la acción se equiparó al dolo, siendo éste consecuentemente, elemento subjetivo del tipo, de lo que se dedujo, que debería tratarse de un dolo natural desprovisto de la conciencia de la antijuridicidad, la cual sigue perteneciendo a la culpabilidad y no así al dolo, como se sostuvo antiguamente.

Maurach, indica que "esta teoría tiene la gran ventaja de evitar las fallas inevitables de la teoría del dolo, al contrario de la cual no registra espacios vacíos en el derecho, ni brechas en el sistema de los hechos punibles".^{34/} Zaffaroni, expresa, que "la posibilidad de comprensión del injusto (conocimiento potencial) se halla en la culpabilidad, permaneciendo ajena al dolo, sea que éste se halle en el tipo (estructura finalista) o en la culpabilidad (estructura causalista)".^{35/} Madrazo señala, que "para la teoría de la culpabilidad, en cambio, la conciencia de la antijuridicidad no forma parte integrante del dolo, sino que es un elemento-

^{34/} Maurach, p. 361, y agrega, que "si la teoría de la culpabilidad extrema afirma el dolo del delincuente, y en consecuencia la perpetración de un ilícito doloso, esas comprobaciones no constituyen prueba de la existencia de la culpabilidad ni de la punibilidad del autor del hecho criminoso", p. 302. Op. Cit.

^{35/} Op. Cit. p. 456.

independiente que estructura a la culpabilidad".^{36/} Baumann, enseña, que "según la teoría de la culpabilidad, el error - sobre la antijuridicidad (error sobre la prohibición) --dependa de desconocimiento de lo injusto o de admisión errónea de una justificante que lo restringe--, es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta al lado de las causas de exclusión de la culpabilidad conocidas hasta ahora, si el error del autor era inculpable".^{37/} Wessels, argumenta, que "según esta teoría, la falta de comprensión de lo injusto no afecta, como error de prohibición, el dolo, sino tan sólo la <<culpabilidad>>".^{38/} Gallas considera, -- que "por dolo se entiende como hasta ahora, el concepto --- psicológico, y no el <<dolus malus>>, comprensivo de la conciencia del injusto".^{39/}

Por nuestra parte consideramos esta teoría como correcta, - pues ubicamos al dolo en la tipicidad, y, a la "posibilidad de comprensión de la antijuridicidad" como indica Maurach, - en la culpabilidad, o sea, seguimos una estructuración de - los elementos del delito basada en la sistemática finalista de la acción. Así pues, si el error sobre la posibilidad -

- ^{36/} Op. Cit. p. 36.
^{37/} Baumann, p. 256, más adelante agrega, que "por teoría de la culpabilidad se entiende la teoría que reconoce el error sobre la prohibición como relevante para la culpabilidad y no para el --dolo", p. 255. Op. Cit.
^{38/} Wessels, p. 132, agrega, que "la teoría de la culpabilidad debe su nombre a la circunstancia de que, en la conciencia de lo injusto actual o potencial, ve un elemento independiente de la -- culpabilidad (separado del dolo de tipo)", p. 132. Op. Cit.
^{39/} Gallas, p. 57. Op. Cit.

de la conciencia de la antijuridicidad fue invencible --que no se previó por ser imprevisible--, excluye la culpabilidad del autor, no obstante haber obrado éste dolosamente; - en cambio, si fue vencible el error, se atenúa la pena y se castigará al sujeto activo por el delito doloso cometido.

Exigimos la "posibilidad" del conocimiento antijurídico del hecho, ya que de requerir un conocimiento efectivo, quedarían exentos de pena los delincuentes por convicción, los insensibles y los habituales, además, de que un conocimiento de esa naturaleza (efectivo) implica requerir en el agente una relación psicológica en la culpabilidad.

IV. TEORÍA LIMITADA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría es sostenida por un sector de la doctrina alemana y por las ejecutorias del Tribunal Supremo Alemán. De hecho no existen grandes diferencias de esta teoría con la teoría rígida de la culpabilidad, pues al igual que esta --última, acepta el postulado de ser el dolo un elemento subjetivo del tipo en los delitos dolosos y concuerdan igualmente, en que la conciencia de la antijuridicidad pertenece, no al dolo, sino a la culpabilidad. La discusión se centra tan solo, en como tratar el error por parte del sujeto activo, cuando se encuentra ante un desconocimiento de la realidad fáctica y cree que existe a su favor una justificante para tal proceder, ej. defensa putativa.

Ahora bien, "si el autor supone por error la existencia de una norma de derecho que, en caso de existir, tuviera virtud suficiente para justificar su acción, la teoría limitada -- concuerda con la teoría extrema, pues afirma la existencia del dolo, pero también se pronuncia por la absolución en -- caso de que el error fuera inevitable. La diferencia entre las dos teorías surge cuando se plantea el caso en que el autor se ha representado, por error, una situación de hecho que justificaría su acción si hubiese existido realmente, y no tan solo en la imaginación del delincuente. En tal caso, de acuerdo con la teoría limitada, se elimina el dolo; el autor debe ser castigado (en caso de error vencible), pues ha cometido un delito sin que existan las dos previsiones a que hemos hecho mención cuando hablamos del dolo: por una parte, el error era evitable, y por otra, la punibilidad -- del delito cometido por culpa está consagrada en el Código Penal".^{40/} En cambio, la solución del caso planteado, para la teoría rígida de la culpabilidad, sería la de absolver al sujeto en el juicio de reproche, ya que se trata de un error sui generis, que consideramos nosotros tiene fuerza suficiente para eliminar la conciencia de la antijuridicidad.

Con relación a la teoría en estudio, algunos autores nos -- dicen: Maurach, que "la falta de conciencia de ilicitud del

40/ Maurach. Op. Cit. p. 364.

hecho realizado no afecta la existencia del dolo, y que el autor que actúa dolosamente debe castigarse como reo de delito doloso con tal que se demuestre solamente que se encontraba en condiciones de darse cuenta del carácter ilícito de su acción".^{41/} Zaffaroni expresa, que "la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad (dolo)"^{42/} Wessels, es de parecer, que la teoría limitada de la culpabilidad, sigue, en lo que respecta al error sobre causas de justificación una solución diferenciada: a) "La creencia errónea de que existen los presupuestos típicos de una causa de justificación reconocida, se equipara con fundamentación en parte -- diferente del error auténtico del tipo en sus consecuencias jurídicas; se admite casi por unanimidad que la culpabilidad por dolo o, por lo menos, la pena correspondiente al -- dolo, desaparece. Si el error depende de culpa, el autor -- será castigado por comisión culposa del hecho, siempre que ésta sea amenazada con pena en el caso concreto". b) "El error sobre los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida o sobre la intervención de un principio permisivo, que el ordenamiento jurídico no reconoce, será tratado según las reglas del error de prohibición".^{43/}

^{41/} Op. Cit. p. 363.

^{42/} Op. Cit. p. 456.

^{43/} Op. Cit. pp. 133-134.

Como seguidores de la teoría rígida o estricta de la culpabilidad, no podemos admitir esta variante de la misma, es decir, la teoría limitada de la culpabilidad, porque si --- bien es cierto, que el dolo lo traslada al tipo y queda éste como uno más de sus elementos subjetivos, pasando a formar un tipo complejo, con elementos objetivos y subjetivos, y dejar la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad en el ámbito de la culpabilidad, no admitimos el tratamiento y consecuencias que se dan al error.

Así tratándose del error sobre la realidad fáctica o "sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación" --- hace desaparecer el dolo --siempre y cuando el error sea -- invencible--, y la pena correspondiente a este tipo de delito, equiparándose así, en sus consecuencias, al error de -- tipo, lo cual es inadmisibile. Ahora bien, el error vencible, deja subsistente la responsabilidad del sujeto, pero -- no se le castigará a título de delito doloso, sino por la -- violación de un deber de cuidado, es decir, en virtud de -- que su error era vencible, por tal motivo la pena a que se hará acreedor será a título de delito culposo y, cuando el tipo no admita esta forma de comisión habrá impunidad.

Tal solución es consecuencia de la aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo; teoría que establece -

que al tipo de lo injusto pertenecen en forma negativa las causas de licitud, y que de existir una de ellas, llámese legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etc., acarrearán la consecuencia de excluir la tipicidad de la conducta. Se debe aclarar ante todo, que las causas de licitud no constituyen circunstancias negativas del tipo, sino causas que, al concurrir, autorizan, permiten o facultan la realización de una conducta jurídicamente típica. Esto es, puede haber tipicidad y sin embargo, ser autorizado el comportamiento del sujeto activo, ej., la muerte dada a un hombre en legítima defensa. En tal sentido cuando el sujeto cree erróneamente, por desconocer la realidad fáctica, que le ampararía una causa de licitud, existe, para esta teoría una atipicidad, atipicidad que anula el dolo de tipo error de tipo!; solución que adopta la teoría limitada de la culpabilidad: da efectos de error de tipo al error sobre la realidad fáctica.^{44/}

En la actualidad no hay discusión en la teoría penal, respecto del contenido que el elemento intelectual debe tener o abarcar, y éste, se concreta en que el sujeto debe conocer al momento de actuar, circunstancias, características o

44/ Cfr: Córdoba Roda, Juan. Expresa, que "para llegar de modo lógico, a la conclusión de que la creencia derivada de un error de hecho excluye el dolo se ha afirmado que las causas de justificación constituyen elementos negativos del tipo". p. 53. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito". Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1962.

elementos que pertenecen al tipo penal, pero lo anterior no significa, que deba conocer que dichas circunstancias o características están contenidas en el tipo descrito por el legislador en el artículo respectivo del Código Penal, o -- bien en una ley especial; en tal sentido se usa la expre--- sión "que por otra parte" pertenecen al tipo, en el desarro llo del presente trabajo. Empero, tratándose de caracterís ticas normativas típicas, el sujeto debe conocer éstas no a la manera del técnico, sino a nivel o en la esfera de como las conoce el profano, ej., todos sabemos lo que es un auto móvil, aunque no seamos mecánicos; sabemos lo que es ajeno, porque precisamente no nos pertenece algo; sabemos que es y quien es un enfermo mental, aunque no podamos emitir un --- diagnóstico como lo haría un psicólogo o un psiquiatra; sa bemos lo que es una cosa mueble, aunque no seamos peritos - en materia de Derecho de Civil; es decir, un sujeto debe -- saber que copula con una mujer menor de 18 años y no de doce, que es casta y honesta y que la ha engañado para llevar a cabo su conducta (estupro); debe conocer que se apodera - de una cosa mueble que no le es propia, y que lo hace sin - consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (robo); debe saber que realiza cópula con un ascendiente, descendiente o hermano, con plena voluntad de ambos; etc., sin que sea necesario que interprete el su-

jeto que su conducta encuadra en un tipo penal.^{45/}

B) ELEMENTO VOLITIVO O EMOCIONAL.

El dolo además de requerir el elemento intelectual, conocimiento de las circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo, exige un segundo elemento que es, el llamado volitivo o emocional.

El elemento volitivo consiste en aquélla voluntad o querer, o bien, en el asentimiento, consentimiento o aceptación del resultado, dando lugar a las distintas clases de dolo, según lo expondremos posteriormente. Pues como apunta Bauermann, "al dolo debe unirse siempre la voluntad del autor de realizar las circunstancias de hecho", ésto es, "dolo es -- siempre conocimiento y voluntad".^{46/}

^{45/} Mezger: "La acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que fundamentan la pena. No es necesario el conocimiento de las circunstancias del hecho que fundamentan la imputabilidad del autor, ni el conocimiento de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad". Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, p. 237. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1985.

^{46/} Derecho Penal. Parte General. Conceptos Fundamentales y Sistema. p. 237. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1981. Mendoza puede consultarse igualmente en Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. 196. 5a. ed. Caracas. 1965. Córdoba-Roda expresa, que el dolo es entendido como "conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico. Culpabilidad y pena, p. 17, Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1977.

Indudablemente, las clases de dolo más importantes son: el dolo directo o dolo directo de primer grado, que consiste en el conocimiento de las circunstancias "que por otra parte" pertenecen al tipo y en querer el resultado típico o -- típico y material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material; el dolo eventual, es la segunda especie de dolo en importancia, y consiste en el conocimiento de las circunstancias "que por otra parte" pertenecen al tipo y en la aceptación del resultado, no querido directamente, en caso de que se produzca; y por último, el dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado que se fundamenta en el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo y en aceptar el resultado -- como consecuencia necesaria de su primigenio interés o resultado.

C) BREVE REFERENCIA A ALGUNAS CLASES DE DOLO.

A continuación se hará referencia a algunas especies de dolo que ha elaborado la doctrina;^{47/} de ninguna manera la lista que presentaremos es exhaustiva, sino sólo ejemplificativa.

1.- DOLO DIRECTO, DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO, DOLUS INMEDIATO.

47/ Cfr. Con relación a las clases de dolo las obras de Porte Petit Candaudap. Programa de la Parte General del Derecho Penal; p. - 447, 1a. ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1958. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, V, p. 506. Editorial -

"La forma común del dolo es la de dolus directus, en que el autor quiere directamente la realización de las circunstancias del hecho"^{48/} "La intención (como forma más intensa -- del dolo directo) se da cuando al autor le interesa producir el resultado típico o realizar la circunstancia para la cual la ley presupone una acción intencional... Por intención se entiende la voluntad dirigida al resultado".^{49/} "Debe afirmarse la existencia del dolo directo (dolus directus) si el autor sabe o prevé como seguro que su acción conducirá a la realización del tipo legal".^{50/} "El dolo directo es -- aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere".^{51/} "La intención es querida directamente aun en el caso en que constituya solamente el camino que abre paso a otras finalidades".^{52/} "Aquel en que esa voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico; es decir, al dolo en que hay intención, tomada -- ésta en su propio sentido".^{53/} "Cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se -- quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el -

Losada, S.A. Buenos Aires, 1976. Pavón Vasconcelos. Manual de - Derecho Penal. Parte General, pp. 383-384. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

48/ Baumann. Po. Cit. p. 239.

49/ Wessels. Op. Cit. p. 67.

50/ Wessels. Op. Cit. p. 68.

51/ Castellanos Tena. Op. Cit. p. 239.

52/ Mezger. Op. Cit. p. 229.

53/ Villalobos. Op. Cit. p. 302.

mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con --
representación del resultado que se quiere ratificar".54/

2.- DOLO EVENTUAL, DOLO CONDICIONADO O DOLUS EVENTUALIS.

"Hay dolo eventual (dolus eventualis) cuando el autor con--
sidera seriamente como posible que su conducta ha de produ-
cir la realización del tipo legal y se conforma con esta --
posibilidad".55/ "El dolo eventual (confundido por algunos--
con el indeterminado) existe cuando el agente se representa
como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal re--
presentación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptan-
do sus consecuencias".56/ "Es querida dolosamente la parte-
del hecho pensada como posible y, muy especialmente, el re-
sultado pensado como tal, en tanto que el autor lo ha toma-
do a su cargo con su acción".57/ "Se llama dolo eventual, -
admitido unánimemente como indirecto, al que existe en el -
agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admi-
tiendo la posibilidad de que se produzcan otros diversos o-
mayores".58/ "Hay dolo eventual cuando el sujeto se repre--
senta la posibilidad de un resultado que no desea, pero ---

- 54/ Jiménez de Asúa, L. La ley y el delito, p. 365. Jescheck nos di-
ce, dolo directo "significa que el autor sabe seguro que concu-
rren o van a realizarse durante su acción determinados elemen-
tos del tipo, y en particular prevé como segura la producción -
del resultado típico. Domina aquí por tanto el factor conoci-
miento". Op. Cit. p. 403.
55/ Wessels. Op. Cit. p. 69.
56/ Castellanos, Tena. Op. Cit. p. 240.
57/ Mezger. Op. Cit. p. 230.
58/ Villalobos. Op. Cit. p. 330.

cuya producción ratifica en última instancia".^{59/} "Significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella".^{60/}

3.- DOLO INDIRECTO, DE CONSECUENCIAS NECESARIAS O DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO.

"El dolo indirecto (o simplemente indirecto), conocido también como dolo de consecuencias necesarias, se presenta --- cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho".^{61/} " El dolo aparte del resultado pretendido, abarca también otros resultados o modalidades de acción que se muestran al autor como consecuencias necesarias o tan solo posibles del resultado deseado, o bien como posible consecuencia alternativa de su acto, nos hallaremos ante extremos pertenecientes también al contenido final de la acción... "^{62/} "El autor es consciente de que, a la realización de su intención, están ligados, inevitablemente otros efectos y resultados".^{63/} "Hay dolo simplemente indirecto --- cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir --- otros resultados antijurídicos que no son objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder,

^{59/} Jiménez de Asúa. La ley y el delito, p. 367.

^{60/} Jescheck. Op. Cit. p. 404.

^{61/} Castellanos, Tena. Op. Cit. p. 240.

^{62/} Gallas. Op. Cit. p. 58.

^{63/} Mezger. Op. Cit. p. 230.

por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el -- propósito rector de su conducta".^{64/} Es cuando se quiere -- un resultado que inevitablemente sólo se puede producir -- ligado a otro efecto, abarcando estas consecuencias por la -- intención.^{65/} Cuando al "resultado intencional, hai que --- agregarle la representación de que con ese resultado perse- guido están ligados otros resultados ulteriores como nece- sarios".^{66/}

4.- DOLO GENERICO.

Se "alude como genérico al que exige para todos los delitos y que consiste en voluntad conciente referida a la realiza- ción del tipo".^{67/}

5.- DOLO GENERAL O DOLO INDETERMINADO.

Se considera dolo general cuando el objeto de ataque es --- completamente indeterminado y no se individualiza. "Hay -- dolo indeterminado cuando el agente del delito no se propo- ne causar un daño determinado, sino sólo causar alguno para fines ulteriores".^{68/} "Hay dolo indeterminado cuando el su- jeto se representa --teoría de la representación-- y quiere --teoría de la voluntad-- la producción de un resultado; de

^{64/} Villalobos. Op. Cit. p. 303.

^{65/} Cfr: Jiménez de Asúa. La ley y el delito, p. 366.

^{66/} Mendoza. Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II, p. 196. 5a. ed. Caracas, 1965.

^{67/} Villalobos. Op. Cit. p. 301.

^{68/} Villalobos. Op. Cit. p. 303.

ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro - mayor". 69/

6.- DOLO ESPECIFICO.

"Como dolo específico se toma la determinada actitud espi-- ritual de tendencia o de propósito requerida en algunos tipos para integrar el delito". 70/ "Es el que lleva en sí una intención calificada". 71/

7.- DOLUS SUBSEQUENS.

Es aquél en que el conocimiento es obtenido posteriormente a la realización del tipo, acerca de los elementos que integran el dolo.

8.- DOLO ALTERNATIVO.

"Existe dolo alternativo cuando el autor quiere una acción-determinada, más no sabe con certeza si con esa acción, entre dos tipos o resultados que se exigen mutuamente, realizará uno u otro, pero toma a su cargo, por lo menos, ambas posibilidades". 72/ Es decir, se dará cuando el autor quiere efectuar una acción perfectamente determinada, pero no sabe cuál de dos tipos legales realizará con ella.

69/ Jiménez de Asúa. La ley y el delito, p. 368.

70/ Villalobos. Op. Cit. p. 301.

71/ Jiménez de Asúa. La ley y el delito, p. 366.

72/ Wessels. Op. Cit. p. 71. Véase además Jeschek. Ob. Cit. p. 409.

9.- DOLO ESPECIALISIMO.

Se llama " dolo especialísimo al que anima al extraordinario y laborioso empeño puesto en alguna construcción delictuosa: por ejemplo, las maquinaciones y artificios urdidos para realizar una estafa".73/

10.- DOLO DETERMINADO.

Es cuando el sujeto "adopta la decisión de cometer el hecho, pero hace depender su realización de condiciones situadas fuera de su alcance".74/

11.- DOLO SIMPLE.

"Dolo simple (dolus simplex vel repentinus) dolo que llamamos normal".75/

12.- DOLO AFECTIVO O IRREFLEXIVO.

"Dolo afectivo (dolus affectivus) o de ímpetu, que es el dolo de los delitos pasionales, el dolo irreflexivo en el que la acción sigue inmediatamente al surgimiento de la intención".76/

73/ Villalobos. Op. Cit. p. 301.

74/ Jescheck. Op. Cit. p. 409.

75/ Cuello Calón. Op. Cit. p. 416.

76/ Cuello Calón. Op. Cit. p. 416.

13.- DOLO INICIAL.

"Es el existente antes de la consumación del delito". 77/

14.- DOLO SUBSIGUIENTE.

"Es cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito surge en él la voluntad -- antijurídica de realizar un hecho delictuoso". 78/

15.- DOLO PREMEDITADO.

"Es decir, tomando en cuenta su intensidad (dolus premeditatus o propositum) caracterizado por la perseverancia en la mala voluntad y en la frialdad del ánimo". 79/

DIFERENCIA ENTRE EL DOLO DIRECTO DE PRIMER Y SEGUNDO GRADOS.

"Se llama dolo directo a aquél en que el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el -- fin directamente propuesto o sea como uno de los medios -- para obtener ese fin. Cuando se trata del fin directamente querido se llama dolo directo de primer grado y cuando se quiere el resultado como necesaria consecuencia del medio elegido para la obtención del fin, se llama dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias". 80/

77/ Cuello Calón. Op. Cit. p. 416.

78/ Cuello Calón. Op. Cit. p. 416.

79/ Cuello Calón. Op. Cit. p. 416.

80/ Zaffaroni. Ob. Cit. p. 353.

DIFERENCIA ENTRE DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL.

"En el dolo directo, el resultado se quiere directamente -- (como fin o como consecuencia necesaria del medio queri-- do), y esta forma de querer es diferente del querer un re-- sultado concomitante cuando se lo acepta como posibilidad:-- este es el dolo eventual".^{81/}

D) DERECHO POSITIVO.

Para regocijo de gran número de juristas, y enojo de unos -- pocos testarudos, se han venido sucediendo una serie de re-- formas a nuestro ordenamiento penal federal; modificaciones -- necesarias que buscan responder a las necesidades sociales. -- La innovación que aquí nos interesa comentar es la realiza-- da a los numerales 8o. y 9o., del Código Penal, por lo que-- se refiere a la regulación que hacen del dolo.

Antes del cambio a los artículos de referencia, éstos cons-- tituían un claro ejemplo de como no se debe de legislar. -- Así, el artículo 8o., fracción I, regulaba el dolo, al esta-- blecer que los delitos pueden ser intencionales; término -- totalmente inadecuado para hacer alusión al dolo, pues no -- expresa sus elementos, además de que sólo daba cabida al -- dolo directo, dejando fuera el dolo de consecuencias nece--

^{81/} Zaffaroni, p. 353. Op. Cit.

sarias, como también al dolo eventual. En el artículo 9o., se establecía para vergüenza de los juristas mexicanos la -presunción de obrar dolosamente, al indicarse, que "la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario", -¿Se presumía la intención delictuosa en todos los hechos, -es decir, también en los culposos?; en la fracción II, del mismo artículo 9o. se regulaba la preterintención, fórmula que equivalía a decir --según parecer de Porte Petit--, que el delito es doloso aunque no lo sea, por establecerse que "la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes -circunstancias", "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 imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes;...".

Con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, se reformaron entre otros, los artículos 8o. y 9o. del Código Penal. Resulta interesante advertir que en la iniciativa presidencial de reformas no se contemplaba modificar los numerales indicados, --sino que, con buen tino el legislador los incluyó y, los --motivos que tuvo, se expresan en el dictamen de las Comisio

nes Unidas de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito y Segunda Sección de Estudios Legislativos a las reformas de 1983, al Código Penal, de la Cámara de Senadores, Cámara de origen en esa ocasión, son: "Este proceso dialéctico (se refieren a la revisión y adecuación de los textos legales en materia penal) ha sido reconocido no solo en la Iniciativa sino también en la comparecencia del Procurador General de la República, quien ha aceptado que la norma debe ser cultura antes de ser ley, y que el relativismo cultural en materia de leyes penales se da en el tiempo y en el espacio. Así, es un aserto indiscutible que entre las leyes y el pueblo debe haber identidad para la valoración de la vida individual y colectiva. Resulta por ello menos riesgoso el cambio en las leyes penales, que la persistencia de cuerpos normativos que habiendo sido buenos en su inicio han perdido legitimidad frente a la renovación constante de la sociedad y de sus instituciones. La iniciativa plantea así un mecanismo entre otros, para acceder a la sociedad más igualitaria y democrática en la que el derecho es un contribuyente, también entre muchos mecanismos más, reconociendo que las leyes represivas son el último recurso del control social; recurso que ha de sustentarse en el ideal de una sociedad en que las desviaciones de sus miembros se entiendan como conductas excepcionales en el quehacer constructivo".

"En consecuencia de lo anterior, estas Comisiones advierten los amplios beneficios que acarrea en lo general el conjunto de reformas, adiciones, modificaciones, derogaciones y cambio de denominaciones de títulos y capítulos que contiene la Iniciativa dictaminada, algunos de los cuales proceden del trabajo de las propias Comisiones y de las sugerencias incorporadas en la Iniciativa de los ciudadanos senadores".

"Las Comisiones Unidas al recoger otros puntos de vista, -- tanto de técnicos como de iniciativas de los propios senadores y demandas populares, estimaron conveniente adicionar la Iniciativa con modificaciones a ellas y la introducción de otras no consideradas en el proyecto del Ejecutivo Federal. Estas, son las siguientes:

"1. Se propone reformar el artículo 80., con el objeto de incorporar los delitos preterintencionales, manteniendo la denominación tradicional, referida a delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia, en virtud de que la -- Iniciativa del Ejecutivo, se contrae a reformas y adiciones, por lo que resulta no conveniente cambiar la actual denominación, por la más técnica de delitos dolosos y culposos, -- ya que múltiples figuras delictivas que no se reforman, --- aluden a intención e imprudencia".

"2. Se propone la reforma del artículo 90., para suprimir - las presunciones de intencionalidad, que dan lugar a conti- -- nuas injusticias, ya que en virtud de tales presunciones -- legales, que no admiten prueba en contrario, se sancionan - como intencionales, delitos que en realidad no tienen ese - carácter".

"Por otra parte, se distinguen claramente los conceptos de intención e imprudencia, acogiendo el criterio manejado por nuestro foro y sustentado por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación".

"En efecto, al señalarse en el artículo 90., cuya reforma - se propone, que obra intencionalmente el que, conociendo -- las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el re- resultado prohibido por la ley, se incorpora el criterio que- fundamenta la intención o el dolo, no solo en la voluntad, - sino en la aceptación del resultado prohibido por la ley".

"En ese orden de ideas, al indicarse que obra imprudencial- mente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un de- ber de cuidado, que las circunstancias y condiciones perso- nales le imponen, se precisa el concepto de imprudencia o culpa, con apoyo en la posición doctrinal unánimemente --- aceptada, que justifica el reproche en la omisión del de- ber de cuidado".

"Al incorporar el concepto de preterintención, se pretende no sancionar como intencionales, conductas que realmente no lo son, que es lo que ocurre cuando el responsable del ilícito, quiere causar un delito menor y ocasiona imprudencialmente uno más grave".

"Para determinar una sanción adecuada a los delitos preterintencionales, dejándole al órgano jurisdiccional un marco adecuado de arbitrio, se propone la adición de la fracción VI del artículo 60, para que el Juez pueda reducir la pena en los delitos preterintencionales, hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito fuere intencional".

El mantenimiento de los términos intención e imprudencia, es en razón, según lo indica el dictamen rendido por la Comisión de la Cámara de Senadores (Cámara de origen en esta ocasión), de que de utilizarse los correctos de dolo y culpa, se tendría que reformar la mayor parte de las disposiciones del Código, en virtud de que están plagadas de esta inadecuada terminología.

El artículo reformado reza, respecto a la regulación del dolo.

Artículo 8o.- Los delitos pueden ser:

I. Intencionales;

Por lo que hace al artículo 9o., tenemos que se indica:

Artículo 9o.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Entremos por ahora, al estudio del dolo o, como impropriamente se le llama: intención.

La reforma llevada a cabo al elemento subjetivo del delito, ya se le considere como forma de conducta o, bien como especie o forma de la culpabilidad, la encontramos en los artículos 8o. y 9o. del Código Penal. En el primero como hemos visto, se manifiesta, que el delito puede ser intencional, y en el segundo, se da su concepto.

De la definición legal o formal del dolo, se desprende que se acepta la teoría mixta, que postula como elementos indispensables para su concepto, el llamado "intelectual" o "conativo" y el "volitivo" o "emocional"; elementos característicos y necesarios para el dolo, según se afirma científicamente.

El elemento intelectual, de acuerdo con nuestra definición legal o formal que se da del dolo, consiste en el "conocimiento --por parte del sujeto activo-- de las circunstancias pertenecientes al hecho típico", es decir, se necesita

de una representación o conocimiento de que se están realizando circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo; no se hace necesario que el autor conozca que tales --- circunstancias están establecidas en un tipo penal o que -- están prohibidas por la ley. Con lo anterior afirmamos, -- que nuestro concepto legal se adhirió a lo que vimos se conoce como teoría de la culpabilidad, consistente en que no se requiere para el dolo, ni la conciencia de la antijuridicidad (teoría rígida del dolo) ni un conocimiento potencial, en virtud de ceguera jurídica del sujeto, o desprecio por el derecho (teoría limitada del dolo). Así, el sujeto para que obre dolosamente debe conocer o representarse las circunstancias que está realizando (copular con otra persona utilizando para ello fuerza física o moral; privar de la vida a un semejante; copular con una mujer obteniendo su -- consentimiento por medio de engaño, siendo la mujer casta y honesta y menor de 18 años y no de doce; etc.), pues de --- otra manera si desconoce lo que se representa o realiza, es obvio que no obrará dolosamente, ya sea que no se conozca - por error o ignorancia lo que se está realizando.

El dolo debe contener un segundo elemento, el volitivo o -- emocional y, así expresamente está establecido en el concepto que nos da la ley, al expresar en el artículo 9o., "quiera" (dolo directo) o "accepte" (dolo eventual) el resultado;

Pavón Vasconcelos^{82/} considera que con el término "accepte"- también se da cabida al dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado, pero estimamos nosotros que solo abarca al dolo eventual.

Concluyendo diremos que las clases de dolo, legalmente establecidas son:

Dolo directo.- Obrar "conociendo las circunstancias del hecho típico queriendo el resultado prohibido por la ley".

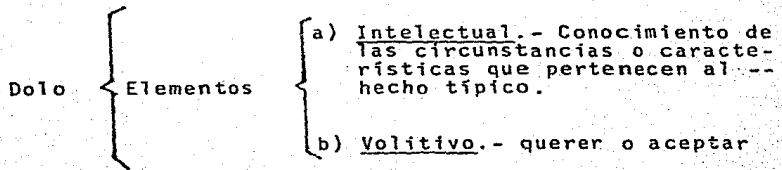
Dolo eventual.- Obrar "conociendo las circunstancias del -- hecho típico aceptando el resultado (en caso de que se produzca) prohibido por la ley".

Con un tal concepto de dolo, no se encuentra problema alguno, para que un sujeto por ejemplo seguidor de la sistemática finalista, lo coloque dentro del tipo, o bien, si es seguidor del sistema clásico del delito lo considere como especie del elemento culpabilidad, o aquél que sostenga un -- concepto neoclásico del delito, lo conciba como forma de la culpabilidad (reprochabilidad), ya sea teniéndolo como presupuesto o, elemento para emitir el juicio de reproche.

^{82/} Cfr: Manual de Derecho Penal. Parte General, pp. 400-401. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. En otra parte Pavón Vasconcelos nos dice, que "al expresar el nuevo artículo 90., en su primera parte, que <obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley>, pretende comprender en breve fórmula y logra, a nuestro juicio magistralmente, tanto el dolo directo -- como el eventual, e inclusive el llamado dolo de consecuencia -- necesaria". Análisis crítico de algunos aspectos de las reformas penales de 1984. La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia, pp. 265-266. Editado por la Procuraduría General de la República.

A mayor abundamiento, el artículo 8o. dice que: "los delitos pueden ser", no que la "culpabilidad sea"; cuestión sumamente importante porque de esta manera, nuestro ordenamiento punitivo se coloca a la altura, en este aspecto, de los Códigos más avanzados del mundo, dando cabida a una concepción psicológica; a una mixta o compleja, o bien a una meramente normativa de la culpabilidad.

Cuadro sinóptico



4. LA CULPA.

Antes de entrar al estudio de la culpa, hemos de recordar - que "nuestro sistema es de la <<incriminación abierta>> a - numerus apertus, que nos lleva a considerar como delito cul - poso, todo aquel que permita el tipo correspondiente, a ba - se de una interpretación teleológica, a diferencia del cri - terio que siguen la casi totalidad de los códigos penales - extranjeros, llamado de <<incriminación específica>> o de - numerus clausus, consistente en apoyar la incriminación so - bre determinadas figuras delictivas".^{1/} El fundamento del - delito culposo lo encontramos, "en las características de - no saber o de no querer (característica psíquica negativa), existiendo la posibilidad de saber y de evitar (caracterís - tica normativa)".^{2/}

Hans-Heinrich Jescheck nos enseña, que "el desarrollo del - concepto de imprudencia (culpa) se debe, al igual que el -- descubrimiento del dolo (dolus), al Derecho romano y a la - ciencia jurídico-penal italiana de los siglos XV y XVI".^{3/} - Concepto normativo por excelencia, la culpa, se la conside - ró al igual que al dolo, en un primer inicio de la ciencia - penal, como una relación psicológica, cosa sumamente inadmi - sible, habida cuenta de que no puede haber o darse ningún - nexos psíquico entre la conducta o el resultado producido --

1/ Porte Petit. Hacia una reforma del sistema penal, p. 385.

2/ Baumann, p. 268, y agrega, que "según el grado de conocimiento - puede distinguirse entre culpa conciente (luxuria) y culpa in - conciente (negligentia)", p. 267. Op. Cit.

3/ Jescheck. Op. Cit. II, pp. 775-776.

culposamente, es decir, no hay voluntad de causarlo. A lo más que se llegó, es a admitir que posiblemente en la culpa con representación o conciente, pudiera existir un nexo psicológico, en virtud de subsistir en el sujeto representación del posible efecto dañoso de su hecho.

La teoría causal de la acción concibió a la culpa como forma de culpabilidad, pero en la actualidad, se sostiene, que la observancia del deber objetivo de cuidado pertenece al tipo de los delitos culposos (sistema finalista).

La nota común de la culpa con representación y de la culpa sin representación, es la violación del deber objetivo de cuidado, el cual, tanto dogmática como doctrinariamente se debe determinar conforme a la situación que guarda el sujeto tanto jurídica como socialmente, pues como apunta Zaffaroni, "no basta que la conducta sea violatoria del deber de cuidado y cause el resultado, sino que, además, debe mediar una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la causación del resultado, es decir que la violación del deber de cuidado debe ser determinante del resultado".^{4/}

A) PAPEL QUE DESEMPEÑA LA CULPA EN LA SISTEMÁTICA DEL DELITO.

El papel que desempeña la culpa en la teoría del delito,

4/ Zaffaroni, p. 367. Op. Cit.

dependerá de la sistemática que se siga con relación al mismo, bien sea la clásica o la finalista.

a) Sistema Clásico.

El papel, la función, o sea, la tarea que desempeña la culpa en la sistemática clásica del delito es, - como ya antes advertimos, para la teoría psicológica de la culpabilidad, el de una especie de la misma, es decir, la culpa cuya esencia es la violación objetiva de un deber de cuidado, viene a ser una especie de culpabilidad. Ahora bien, para la teoría mixta o compleja de la culpabilidad, la culpa constituye una forma de culpabilidad, esto es, la violación del deber de cuidado objetivo por el que se -- expresa un juicio de reproche.

Resumiendo, para la teoría clásica, la culpa se encuentra en el ámbito del elemento culpabilidad, ya se considere como especie del referido elemento, -- bien como forma de ésta, y se la coloque como presupuesto o elemento de la culpabilidad, en la teoría mixta o compleja de la culpabilidad.

b) Sistema Finalista.

Para la estructuración del delito con base en el --

sistema finalista, la culpa se trata como un tipo de conducta, la cual no se distingue de la dolosa por la falta de la finalidad, pues entonces no sería ni siquiera una conducta, sino porque su finalidad no se dirige a la realización de un tipo. La culpa por lo tanto es estudiada como una forma de conducta y, como ésta está en el tipo, se hablará de una conducta culpable de homicidio, de daño en propiedad ajena, de omisión de auxilio, etc.

Como efecto de lo anterior, tenemos que se separa a la culpa del ámbito del elemento culpabilidad para situarla, con más certeza, en el tipo.

B) CULPA CON REPRESENTACION, CON PREVISION O CONCIENTE.

Ya hemos indicado que mientras la comisión de un delito cometido culpablemente tiene carácter excepcional en --- otras legislaciones, en nuestro derecho no es así, por seguir nuestro ordenamiento punitivo el sistema de incriminación de *numerus apertus*. Ahora bien, ya entrando al análisis del tema de la culpa con representación, con previsión o conciente, diremos que ésta, se fundamenta en base al "poder" y "deber" y, "poder evitar", según las capacidades personales, la violación al deber objetivo de cuidado, que sea causa de lesión o puesta -

en peligro de bienes jurídicos tutelados por el Código Penal.

Se hace esencial, pues, que la realización no querida -- del tipo legal sea a virtud de desatender el deber objetivo de cuidado, el cual constituye la esencia del delito culposos; o sea, la culpa conciente se "caracteriza -- por un conocimiento incumplido (considerar como posible o probable) y falta de voluntad",^{5/} de producir el resultado ocasionado, sea típico, o típico y material (delitos de mera conducta o de resultado material, según el caso).

En la luxuria, como también se llama a la culpa conciente, se tiene el conocimiento o previsión o representación de las circunstancias del hecho típico, solo que el sujeto tiene la esperanza de que no se producirá el evento típico y antijurídico.

Como lo hemos venido haciendo a lo largo del presente -- trabajo, a continuación presentamos las opiniones que -- nos exponen algunos autores sobre el tema:

Wessels manifiesta, que "actúa con culpa conciente quien considera como posible la realización del tipo legal, -- pero contrariamente al deber y en forma reprochable, con

5/ Baumann, p. 269. Op. Cit.

fía en que no lo realizará".6/ Zaffaroni afirma, "se llama culpa con representación o culpa conciente a aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento, lo evitará o no acontecerá".7/ Mezger opina, que existe "la culpa conciente, cuando el autor a previsto las consecuencias de su hecho, pero, por haber desatendido su deber de precaución, ha confiado en que estas consecuencias no se producirían".8/ Castellanos Tena señala: "la culpa - conciente, con previsión o con representación, existe - cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá".9/ Villalobos asevera, que "en la culpa, si ha previsto el posible resultado, se empeña en persuadirse de que no ha de ocurrir, pasando precipitadamente a la ejecución sin detenerse a pesar de -- los argumentos en contra".10/ Y por último Jiménez de Asúa, indica, "en la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga".11/

6/ Wessels, p.194. Op. Cit.

7/ Zaffaroni, p.370. Op. Cit.

8/ Mezger, p.257. Op. Cit.

9/ Castellanos Tena, p.247. Op. Cit.

10/ Villalobos, p. 282. Op. Cit.

11/ Jiménez de Asúa. La Ley y el delito. p.367.

No hay duda, como lo acabamos de ver, en los conceptos - vertidos con relación a los elementos que debe tener la culpa consciente, que los requisitos de ésta son los siguientes:

- a) Previsión o representación de la posibilidad de llevar a cabo las circunstancias o características objetivas de un tipo penal;
- b) Llevar a cabo la acción u omisión, no obstante haber previsión o representación;
- c) Violación objetiva del deber de cuidado, por no desistirse de su comportamiento o, confiar en su habilidad, pericia o fortuna; y
- d) Resultado típico o, típico y material (delito de mera conducta o de resultado material), no querido ni aceptado.

C) DIFERENCIA ENTRE CULPA CON REPRESENTACION, CON PREVISION O CONSCIENTE CON EL DOLO EVENTUAL.

Nosotros consideramos que las analogías y diferencias -- entre estos dos institutos penales, respectivamente son:

Analogías:

- a) Tanto la culpa consciente como el dolo eventual, clásicamente son considerados como especies (teoría psicológica) o formas (teoría mixta o compleja) de la culpabilidad.
- b) La culpa consciente y el dolo eventual para el sistema finalista, se ubican dentro del tipo, como forma de -- conducta.
- c) En la culpa consciente y en el dolo eventual, existe -- conocimiento o representación de la posibilidad de lle-- var a cabo circunstancias que "por otra parte" pertene-- cen al tipo.
- d) En la culpa consciente y en el dolo eventual, no exis-- te desistimiento por parte del sujeto activo del deli-- to, de seguir ejecutando la acción u omisión, no obs-- tante la representación de la posibilidad de llevar a -- cabo circunstancias que "por otra parte" pertenecen al -- tipo.

Diferencias:

- a) En la culpa consciente existe la violación objetiva de un deber de cuidado, mientras que en el dolo eventual no.
-

- b) En la culpa consciente se quiere la conducta o el resultado lícitos o ilícitos, pero no constitutivos de tipos penales: en cambio en el dolo eventual se acepta, toma a cargo, a cuenta, o bien se consiente, con los posibles efectos penalmente antijurídicos, que su conducta puede originar.
- c) La pena impuesta por culpa consciente es siempre más - benigna que por dolo eventual, por ser el reproche personal, en este segundo sentido mayor, que el formulado al sujeto que obra con culpa consciente.

Algunos autores expresan su parecer, con relación al tema que tratamos:

Graf Zu Dohna, considera que la culpa "en su estructura psicológica, se vincula con el dolo eventual, del que se diferencia en el enfoque que el autor hace del resultado previsto como posible".^{12/} Villalobos es de parecer que "la intervención de la voluntad en el dolo indirecto consiste en admitir la producción del resultado, en tanto -- que en la culpa no se requieren ni se consienten los resultados antijurídicos sino que simplemente se desechan - los argumentos de peligro y se procede con ligereza al es

^{12/} Graf Zu Dohna, pp. 82-83. Op. Cit.

perar que no sucederá lo indeseable".^{13/} Castellanos -- Tena opina que "tanto en una como en otro hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá".^{14/} Mezger indica, que "la expresión <<ha considerado posible>> hace que la culpa tenga un punto de contacto con el <<dolus eventualis>> (dolo condicionado). Si a esta representación de la posibilidad se une el hecho de tomar sobre sí las consecuencias en el sentido indicado, no existe simple culpa, sino dolo <<(dolus eventualis)>>".^{15/} Zaffaroni expresa que - "cuando un sujeto programa la causalidad para obtener una finalidad, se representa los posibles resultados concomitantes de su conducta. En tal caso, si confía en que evitará o no sobrevendrán esos resultados, nos hallamos con un supuesto de culpa con representación, pero si actúa admitiendo la posibilidad de que sobrevengan, el caso será de dolo eventual". ^{16/} Wessels comenta que "en ambos casos, el autor se representa como posible la producción -- del resultado; la diferencia reside en que en el dolo --

^{13/} Villalobos, p. 304. Op. Cit.
^{14/} Castellanos Tena, p. 249. Op. Cit.
^{15/} Mezger, pp. 257-258. Op. Cit.
^{16/} Zaffaroni, p. 353. Op. Cit.

eventual toma a su cargo el resultado y se conforma con - el riesgo que la realización del tipo representa, en tanto que en la conducta conscientemente culposa (contraria al deber) confía en la no producción del resultado".17/

D) CULPA SIN REPRESENTACION, SIN PREVISION O INCONSCIENTE.

La culpa sin representación o inconsciente es otra forma que admite la culpa considerada genéricamente, es decir, que asume la violación objetiva del deber de cuidado; -- consiste, en llevar a cabo una conducta sin representarse, sin conocer o no previendo las posibles consecuencias de poner en peligro o lesionar un bien jurídico penalmente protegido, siendo tal efecto dañoso, previsible de acuerdo las circunstancias personales, sociales o simplemente poniendo la atención necesaria.

A este respecto Zaffaroni señala que, "en la culpa, inconsciente o culpa sin representación no hay un conocimiento efectivo del peligro que con la conducta se introduce para bienes jurídicos, porque se trata del supuesto en que el sujeto ha podido y debido representarse la posibilidad de la producción del resultado y, sin embargo, no lo ha -

17/ Wessels, p. 69. Op. Cit.

hecho. En estos acontecimientos sólo hay un conocimiento <<potencial>> del peligro de los bienes jurídicos ajenos".18/ Mezger enseña que hay "culpa inconsciente cuando el autor, por haber desatendido su deber de precaución, no ha previsto las consecuencias de su hecho".19/ Castellanos Tena, comenta, que "la culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado)".20/ Villalobos indica, que en la culpa inconsciente "el resultado dañoso no fue previsto, radica también en una precipitación o ligereza en que los acuerdos de actuar se toman sin reflexionar detenidamente sobre lo que puede ocurrir".21/ Jiménez de Asúa opina que la culpa inconsciente se caracteriza en la "ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado".22/ Y por último Wessels puntualiza, que "actúa con culpa inconsciente quien desatiende el cuidado para el cual, conforme a sus circunstancias y su situación personal, estaba obligado y era capaz y realiza, por consiguiente, el tipo legal sin reconocerlo".23/

Los elementos que se desprenden a nuestro parecer, de la culpa inconsciente o sin representación, son:

- 18/ Zaffaroni, p. 371. Op. Cit.
- 19/ Mezger, p. 257. Op. Cit.
- 20/ Castellanos Tena, p. 247. Op. Cit.
- 21/ Villalobos, p. 282. Op. Cit.
- 22/ Jiménez de Asúa. La ley y el delito. p. 378.
- 23/ Wessels, p. 194. Op. Cit.

- a) No representación, previsión o, no conocimiento de la posibilidad de llevar a cabo circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo que admita comisión culpable.
- b) Llevar a cabo una acción u omisión, sin previsión de las posibles consecuencias dañosas;
- c) Violación objetiva del deber de cuidado, sin el conocimiento de las circunstancias del hecho típico; y
- d) Resultado típico o, típico o material (delitos de mera conducta o de resultado material) no querido ni aceptado.

E) DERECHO POSITIVO.

Las reformas a los artículos 8o. y 9o. del Código Penal aluden a la culpa, el primero diciendo que "los delitos pueden ser", "no intencionales o de imprudencia" y, el segundo nos da su concepto al indicar, que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Cabe recordar que se sigue utilizando el nada afortunado término de imprudencia, es decir, se utiliza como género a la especie, en vez del correcto que es el de culpa. La razón de tal proceder se expone como ya se vio en el dictamen emitido por la Cámara de Senadores y cuya parte conducente transcribimos cuando hablamos del dolo.

Antes de la reforma el artículo 8o. establecía:

Artículo 8o.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional.

A todas luces se ve lo obsoleto y falto de técnica de este artículo, pues cuando se refiere a imprevisión, recordemos que ésta es considerada como un elemento de la culpa sin representación; cuando se habla de negligencia, ya sabemos que ésta constituye una especie de culpa; falta de reflexión o de cuidado, es precisamente en lo que consiste la -

culpa; impericia, ya dijimos que no es una especie de culpa, sino que es una deficiencia de carácter técnico, y que el imperito obra culposamente porque la primera violación del deber de cuidado que comete consiste en actuar sabiendo que no domina su arte o ciencia. En conclusión, el pretendido concepto de culpa, que trata de darnos el Código - de 31, antes de la reforma, no es tal, sino la amalgama de algunos términos desarticulados.

Ya hemos mencionado que nuestro sistema de incriminación - de la culpa es el de la incriminación abierta o "numerus - apertus", a diferencia del que siguen los modernos Códigos Penales de otros países, o sea, el sistema de incrimina- - ción específica o "numerus clausus"; consideramos que uti- - lizar el primer sistema viola el principio de determina- - ción, o certeza, pues deja a los tipos abiertos para que - por cualquier conducta culposa se realicen, que es la mayo - ría de los tipos, excepto claro está, aquellos que por su peculiar configuración la rechazan, como los tipos que só - lo aceptan una forma dolosa de comisión y los que además - contienen elementos subjetivos del injusto.

Se sostiene modernamente que la culpa es un "especial tipo de acción punible que manifiesta una estructura peculiar -

tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad" 24/, es decir, tanto la sistemática clásica como la finalista del delito, hoy día pretenden concebir la culpa en un sentido normativo, poniendo el acento en el deber -- objetivo de cuidado, y ya no como antiguamente se hacía, -- en el pretendido "aspecto psicológico" de aquélla.

Empero, la culpa se debe determinar conforme a un doble -- criterio; "por una parte, ha de preguntarse qué comporta -- miento era el objetivamente debido a una determinada situa -- ción de peligro en orden a la evitación de una violación -- no querida del Derecho; y, por otra parte, si este compor -- tamiento puede ser exigido al autor atendidas sus caracte -- rísticas y capacidades individuales"25/, tal como acontece en la fórmula establecida en el artículo 9o., párrafo se -- gundo, que a continuación pasaremos a analizar.

El artículo 9o. que nos da el concepto legal de la culpa, a nuestro parecer es inmejorable, ya que contiene la esen -- cia de la misma, es decir, la violación del deber de cuida -- do; con esta fórmula legal, se da cabida a todas las espe -- cies de culpa, negligencia, imprudencia, así como a la cul

24/ Jescheck. Op. Cit. II, p.777. Córdoba Roda indica, que en el sis -- tema finalista, la culpa es considera "como una forma particular de infracción, necesitada de un estudio sistemático en buena medi -- da propio e independiente". Culpabilidad y pena, p. 17. Bosch, Ca -- sa Editorial, S.A., Barcelona, 1977.

25/ Jescheck. Op. Cit. II, p.777.

pa con representación, con previsión o consciente y a la culpa sin representación, sin previsión o inconsciente, pues común a todas es la violación objetiva del deber de cuidado por parte del sujeto activo, de acuerdo a sus condiciones y circunstancias personales.

Determina el precepto de referencia, que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Los elementos que desprendemos del concepto legal o formal de la culpa, son:

- a) Una actividad o inactividad voluntarias, es decir, un "obrar", como indica la ley;
 - b) Violación no querida de una norma de cuidado, esto es, "incumplimiento de un deber de cuidado";
 - c) Previsibilidad de advertir la posibilidad de realización de un tipo penal, ya que si es imprevisible el resultado no habrá culpa, sino, caso fortuito.
 - d) No previsión o confiar contra su deber de cuidado que el resultado típico o típico y material no se produzca (delitos de mera conducta o de resultado material); y
 - e) La graduación de la violación del deber de cuidado se
-

hará con base a las "circunstancias y condiciones personales que le incumben" al sujeto.

Los elementos desprendidos anteriormente del concepto legal o formal de culpa, los entendemos del modo siguiente:

- a) Para la existencia de la culpa, se requiere de una actividad o inactividad voluntarias, es decir, de una conducta, de un comportamiento u obrar relevante para el derecho, pues el mismo tiene que realizar un hecho típico.
- b) La violación objetiva del deber de cuidado no debe ser querida, ya que si se quiso o aceptó, la consecuencia será que nos encontremos en presencia de dolo, ya sea directo o eventual, y no, ante una conducta culposa.

El deber de cuidado tiene como contenido, el reconocimiento de los peligros que surgen de la conducta concreta para el bien jurídico protegido y adoptar la actitud correcta correspondiente, o sea, realizar la acción peligrosa solamente con precauciones suficientes de seguridad u omitirla totalmente. 25*/

Por otra parte, las fuentes de donde puede provenir el deber de cuidado, son:

- I.- De la ley. ej.; las normas contenidas en la ley de policia y tránsito.
- II.- De reglamentos de policia y buen gobierno, o de -- disposiciones particulares de policia industrial, para prevenir accidentes de trabajo en las empresas.
- III.- De estatutos autónomos: reglamentos de empresas, - leyes y reglamentos de escuelas, tales como los de Universidades y, preceptos para la evitación de accidentes como los de las cooperativas profesiona-- les.
- IV.- De reglas generales de cuidado, que deben observar se en determiandas actividades o profesiones.
- V.- De la experiencia de la vida, especiales deberes - de cuidado; y
- VI.- Reglas por vfa de derecho consuetudinario.26/

c) Siempre debe existir la previsibilidad de poder llevar a cabo un tipo penal con la conducta desplegada. Ello no autoriza decir que en todas las ocasiones el sujeto prevea lesionar o poner en peligro un bien jurídico; - pues tal cosa sólo sería compatible con la culpa cons-- ciente, sino que el resultado dañoso sea previsible, - ya que si no lo es, estaremos ante una hipótesis de ca

26/ Cfr. Jescheck. Op. Cit. II, p.801.

so fortuito de producirse el resultado ilícito. Si bien pensamos que es posible distinguir legalmente entre culpa consciente e inconsciente, ello no sucede en orden a la punibilidad, luego, las dos clases de culpa en este aspecto reciben idéntico tratamiento.

- d) Puede existir por parte del sujeto previsión de los posibles efectos dañosos que es factible origine su conducta si no toma las precauciones indispensables; pensar en que no sucederán o el confiar en que llegado el momento gracias a su habilidad, destreza o pericia, logrará sortear el peligro; o bien, en caso contrario, que ni siquiera prevea las posibilidades de constituir un tipo penal, siendo el resultado dañoso de su conducta previsible, si hubiera puesto la debida diligencia en orden al caso concreto. Cuando existe previsión, como vimos en páginas anteriores se dará culpa consciente, cuando no la hay, estaremos en presencia de culpa inconsciente.
- e) Como ya se ha advertido la exigibilidad de la diligencia o cuidado debidos que se reclaman al sujeto, debe de hacerse de acuerdo con los conocimientos y capacidades personales que condicionan la existencia de la
-

culpa. "Esta es la única forma de evitar la escandalosa impunidad de quien, dotado de facultades sobresalientes, deja de emplearlas voluntariamente y se limita a comportarse con arreglo al <<deber objetivo de cuidado>>. Según el planteamiento que relega el poder subjetivo del autor a la culpabilidad, este sujeto actuaría con arreglo a Derecho y no podría, pues, ser castigado luego por la sola concurrencia de una <<mayor>> culpabilidad. Desde mi punto de vista, lo decisivo ha de ser la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, ya sea a conciencia, ya por descuido, el mismo se comportó incorrectamente desde el prisma de un observador objetivo, quien conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales consideraría obligado su empleo para evitar la lesión del bien jurídico".^{27/} Empero, "la norma de cuidado no obliga a nadie a aplicar un comportamiento para el que no tiene facultades, aunque aquel comportamiento sea el impuesto a la mayoría de los hombres, dotados de mayor capacidad".^{28/} Por lo antes expuesto, es que resulta-

27/ Mir Puig, Santiago. Adiciones de Derecho Penal Español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck, II, p. 791. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1981.

28/ Mir Puig, Santiago. Adiciones de Derecho Penal Español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck, II, p. 791. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1981.

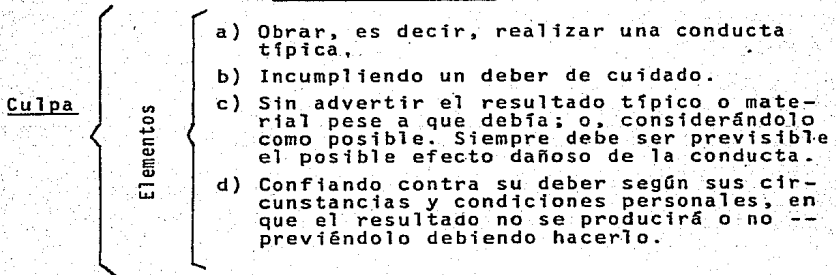
encomiable la expresión "que las circunstancias y condiciones personales le imponen" al sujeto, ya que de esta manera para la evitabilidad de la vulneración del deber objetivo de cuidado se tomarán en consideración capacidades excepcionales y no excepcionales.

Algunos piensan, que la fórmula legal dejó fuera a la impericia. Nosotros consideramos que la impericia no es ninguna especie de la culpa y que aquélla consiste en una deficiencia de carácter técnico que tiene el sujeto; con lo anterior no queremos decir que el sujeto imperito no obre culposamente, sino que su primera violación del deber de cuidado consiste en que obra sabiendo que no es perito en un arte o ciencia; por tanto, el concepto legal no deja fuera el obrar del imperito. Problema difícil, es cuando el sujeto piensa que es perfectamente diestro en el arte o ciencia que va a desarrollar, sin que en realidad lo sea; así, en virtud de tal parecer, toma todas las medidas indispensables, como instrumentos en buenas condiciones, medidas indicadas de cosas, personas o substancias, cálculos y opiniones de otros peritos, etc., pero sin embargo al realizar la conducta no es tal su pericia o maestría que pensaba poseía. En el presente caso pensamos que de todos modos debe admitirse la tipicidad culposa, pues el error de creerse diestro, en nada afecta su conducta culposa, consistente en la violación obje

tiva del deber de cuidado de pensarse perito sin serlo, y a que produjo un resultado típico o típico y material, habiéndolo previsto o siendo posible su previsión; tal situación podrá serle tomada en cuenta para la graduación del juicio de reproche y su correspondiente imposición de pena.

Al igual que el dolo, la culpa puede ser situada dentro del tipo (sistema finalista), o bien en el ámbito de la culpabilidad como especie de ésta o como forma de la misma (sistema clásico). En conclusión, el Código Penal con la reforma hace posible la aplicación de la teoría psicológica, la mixta o compleja y la meramente normativa de la culpabilidad. Avance de indudable valor, puesto que no toma partido por una determinada postura, con lo cual se logrará una mejor impartición de justicia, haciendo que se respeten las garantías o derechos humanos de los ciudadanos.

Cuadro sinóptico



5. PRETERINTENCION

La preterintención según la entendemos constituye una suma de dolo y culpa; dolo con relación al resultado querido, o aceptado y, culpa con relación al resultado producido no querido, -- pero habiéndolo previsto teniendo la esperanza de que no se -- produciría o, no previéndolo siendo previsible el mencionado -- resultado.

Algunos autores al referirse a la preterintención la consideran como un delito calificado por el resultado. Es inadmisiblemente que se exprese por algunos tratadistas, que la preterintención es un delito calificado por el resultado, pese a que en general admiten que sólo se podrá imponer pena al hecho realizado en estas circunstancias, cuando el resultado no querido, -- sea por lo menos, producido culposamente.

La preterintención no es delito calificado por el resultado, -- ya que como hemos manifestado, al contrario del delito calificado por el resultado -- que no tiene en cuenta al dolo o a la -- culpa --, es suma de dolo con relación al resultado querido o -- aceptado y culpa con representación o sin ella, en referencia al causado; por tal motivo en la preterintención nunca se castigará, la pura y simple causación del resultado, puesto que -- para la imposición de la pena, se deberá tener en cuenta los --

momentos psíquicos dolo y culpa.

Se manifiesta que la preterintención consiste en la "mezcla" - de dolo y culpa, dando lugar con este término a ciertas críticas por parte de quienes no aceptan este momento subjetivo del delito. Así pues, los problemas que trae el utilizar el término no indicado, se reflejan en la siguiente interrogante ¿Cómo -- puede el sujeto querer y no querer al mismo tiempo?, o sea, -- querer un resultado y no quererlo al mismo tiempo; lo que pasa es que la preterintención no es una "mezcla" de un querer (dolo) y un no querer (culpa) sino suma de ambos; por ejemplo, un sujeto puede querer producir un resultado menor (lesiones) y - causa un resultado mayor (homicidio), en forma culposa, es decir, se prevé la posibilidad de producir este segundo resultado o bien, no lo prevé siendo, previsible.

Las hipótesis de preterintención que se pueden desprender sumando las formas más importantes de dolo y culpa son:

Dolo directo	más	culpa consciente.
Dolo directo	más	culpa inconsciente.
Dolo eventual	más	culpa consciente.
Dolo eventual	más	culpa inconsciente.

Hipótesis que no constituyen preterintención:

Dolo directo	más	caso fortuito.
Dolo eventual	más	caso fortuito.

A) PAPEL QUE DESEMPEÑA LA PRETERINTENCION EN LA SISTEMATICA DEL DELITO.

El papel que desempeña la preterintención en la teoría del delito dependerá, del sistema que se sostenga, y en virtud de ésto, su ubicación será diferente.

a) Sistema Clásico.

Para el sistema clásico del delito en una primera -- etapa, es decir, el sistema que se sigue en virtud -- de sostener una concepción psicológica de la culpa-- bilitad, la preterintención será una hipótesis de -- culpabilidad, no una especie, pues, las únicas espe-- cies según vimos son el dolo y la culpa, por conte-- ner elementos y caracteres propios, no así la prete-- rintención. De esta manera, para esta concepción el obrar preterintencional será un obrar culpable.

Según una concepción neoclásica del delito, la que -- considera la culpabilidad con base en una concepción mixta o compleja, el papel o función de la preterin-- tención, será el de una forma que asuma el juicio de reproche, o bien, como presupuesto para un tal jui-- cio.

Es de considerarse, que ya sea una concepción psico-- lógica de la culpabilidad o una mixta o compleja, la

preterintención siempre estará en el ámbito de la culpabilidad, con la salvedad indicada anteriormente, en el sentido de que para la primera concepción será una hipótesis de la culpabilidad y para la segunda es una forma que asume la misma, ya sea que la preterintención esté como elemento del juicio de reproche o como presupuesto para el mismo.

b) Sistema Finalista..

Al constituir la preterintención un momento subjetivo, ésta se ubicará en el sistema finalista, dentro del tipo de lo injusto, como una forma que asume la conducta.

Ahora, en este sistema, se hablará de conductas preterintencionales de homicidio, lesiones, etc., y no de hipótesis de culpabilidad, ni de formas de culpabilidad. Por otra parte, la culpabilidad asumirá un criterio meramente normativo, despojada de todo componente psicológico.

B) COMO SUMA DE DOLO Y CULPA.

Ya hemos indicado que la preterintención no es un delito -- calificado por el resultado, ni una "mezcla" de dolo y cul-

pa. sino, que lo correcto es considerarlo como una suma de dolo y culpa; dolo con relación al resultado querido o aceptado y, culpa con relación al resultado producido previsto o no por el sujeto, pero siempre siendo previsible su realización. En la preterintención "los diversos eventos deben estar entre sí en una relación de progresión, que sólo puede verificarse cuando se presentan como formas de lesión de diversa gravedad en un bien jurídico tutelado. Se admite la preterintención entre la lesión y el homicidio, no entre la lesión y el robo con violencia sobre la persona".^{1/} A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: El delito preterintencional se integra con la suma de dolo en cuanto a la finalidad prevista y deseada, y culpa, respecto al resultado causado, que rebasó la intención original. Si en el caso concreto, el autor llegó hasta la casa de la víctima, y mediante sólo unas palabras, de inmediato sacó su arma que llevaba con "cartucho cortado", y le disparó al pasivo, privándolo de la vida, es palpable que estamos en presencia de una actitud dolosa, pues atendiendo al medio empleado y al desarrollo de los hechos, únicamente se objetivizó la intención de causar lesiones mortales; siendo manifiesta la ausencia de culpa, excluyéndose en consecuencia la preterintención. Informe de 1985. Segunda Parte, p. 30.

^{1/} Bettiol. Derecho Penal. p. 408. Op. Cit.

Algunos autores al referirse a la preterintención manifiestan:

Wessels, que "presupone el dolo en la ejecución del hecho, por lo menos, la culpa respecto de una especial consecuencia del hecho. Son tipos mixtos los delitos calificados por el resultado".^{2/} "Nosotros --manifiesta Castellanos Tena-- también creemos que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, mientras la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies".^{3/} Jiménez de Asúa es de parecer, que "la fórmula de concurso de dolo y culpa nos permite resolver muchos problemas y dar sentido lógico a la expresión preter o ultraintencional, que de otro modo no lo tendría".^{4/} Córdoba Roda señala, que "se habla de preterintencionalidad siempre que la intención del sujeto de producir cierto resultado delictivo es superada por el resultado --

^{2/} Wessels, p. 205. Op. Cit.

^{3/} Castellanos Tena, pp. 237-238. Op. Cit.

^{4/} Jiménez de Asúa, p. 385. Op. Cit.

efectivamente ocasionado".^{5/} Bettiol argumenta, que "en el delito preterintencional nos hallamos frente a una hipótesis de dolo mezclado con culpa, en el sentido de que hay dolo en lo que concierne al delito menos grave, previsto y querido, y culpa con relación al evento más grave realizado".^{6/} Por último, Porte Petit nos dice, que "la preterintención no es dolo ni culpa; es suma de ellos, con iniciación dolosa y --terminación culposa".^{7/}

C) DERECHO POSITIVO.

El Código Penal de 1931 antes de la reforma de 1984, contemplaba a la preterintención en el artículo 90. fracción II, - solo que al hecho cometido bajo esta circunstancia, lo consideraba como ocasionado en forma dolosa; solución que se daba notoriamente aberrante e inhumana, porque equivalía a decir--según afirmaba Porte Petit-- que el delito era intencional-(doloso) aunque no lo fuera.^{8/}

Con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, se modificaron los artículos 80. y 90. dando cabida a la preterintención con una fórmula correcta.

5/ Córdoba Roda, Juan. Culpabilidad y Pena. p. 19.

6/ Bettiol. Derecho Penal. Parte General, p. 409'

7/ Porte Petit. Hacia una Reforma del Sistema Penal, p. 387.

8/ "La preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin --se establecía nos dice Porte Petit-- en la fracción II del artículo 90., como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, pero que el Código la regula como dolosa, que equivale a decir que el delito es intencional aunque no lo sea". Hacia una reforma..., p. 236.

El artículo 8o. reza que "los delitos pueden ser preterintencionales" y el 9o. nos dice que "obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". En verdad, en tan breves palabras el legislador logró un concepto tan inmejorable y plausible, que con él se vienen a resolver muchos problemas, ya que, con relación a la pena se sigue el criterio de reducirla --según criterio del juez--, hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere doloso; solución acertada ya que recordemos que la preterintención no es dolo ni culpa sino la suma de estos momentos subjetivos del delito, con lo cual se da un paso adelante en la impartición de justicia.

De la fórmula formal de la preterintención (Art. 9o.), se desprenden estas hipótesis de la misma:

Preterintención de obrar "causando un resultado típico mayor al querido (dolo directo), si aquél se produce por imprudencia" (culpa con representación).

Preterintención de obrar "causando un resultado típico mayor al querido (dolo directo), si aquél se produce por imprudencia" (culpa sin representación).

Preterintención de obrar "causando un resultado típico mayor

al aceptado (dolo eventual), si aquél se produce por imprudencia" (culpa con representación).

Preterintención de obrar "causando un resultado típico mayor al aceptado (dolo eventual), si aquél se produce por imprudencia" (culpa sin representación).

Cuadro sinóptico

Preterintención
Artículo 90.
párrafo tercero.

- A).- Querer realizar las circunstancias objetivas de un hecho típico, y producir un resultado diverso no querido, pero previendo su posible realización (preterintención de dolo directo más culpa consciente).
- B).- Querer realizar las circunstancias objetivas de un hecho típico, y producir un resultado diverso no querido, no previendo su posible realización, pero siendo éste previsible (preterintención de dolo directo más culpa inconsciente).
- C).- Aceptar la realización de circunstancias objetivas de un hecho típico en caso de que se produzcan, y realizar un resultado diverso no querido, pero existiendo previsión respecto de su posible verificación (preterintención de dolo eventual más culpa consciente).
- D).- Aceptar la realización de circunstancias objetivas de un hecho típico en caso de que se produzcan, y realizar un resultado diverso no querido, no habiéndolo previsto, pero siendo previsible el mismo (preterintención de dolo eventual más culpa inconsciente).

6. LA INculpABILIDAD.

Hablar del aspecto negativo del elemento culpabilidad y dar un concepto de éste, dependerá del sistema del delito que se adopte, pues, la variación de la estructuración -que efectúan las teorías estudiadas- de los elementos del mismo, hace difícil concebir un concepto unitario.

Generalmente los autores al referirse a la inculpabilidad, hacen alusión a conceptos o definiciones de carácter tautológico. Nosotros no vamos a situarnos en una tal posición, sino que desprenderemos las inculpabilidades en relación a las distintas teorías de la culpabilidad estudiadas en la primera parte del presente trabajo.

A) LA INculpABILIDAD EN EL SISTEMA CLASICO (TEORIA PSICOLOGICA Y TEORIA MIXTA O COMPLEJA).

Tradicionalmente se ha sostenido, que la inculpabilidad para la teoría psicológica de la culpabilidad, deviene por error-esencial invencible y por coacción. Al respecto la gran mayoría de los tratadistas manifiestan que el error y la coacción surten el efecto de "anular" el nexo psicológico^{1/} en que consiste el referido criterio de la culpabilidad. Nuestro parecer es diametralmente opuesto a tal forma de pensar-

^{1/} Cfr. Moreno Hernández, quien expresa, que la teoría psicológica -"sólo se anula mediante las causas que eliminan el proceso psicológico, como son el <<error>> y la <<coacción>>". Op. Cit. p. -- 134.

-de que el error y la coacción anulan el nexo psicológico-, en virtud de que el nexo que se da entre el sujeto activo -- con respecto a su fin o meta propuesta, nunca desaparece, -- subsiste; es decir, cuando por error esencial hay desconocimiento de uno o más elementos o circunstancias que "por otra parte" pertenecen al tipo (error de tipo), no es que no exista o no se de nexo psicológico alguno, sino lo que pasa es -- que tal ligamen psíquico tiene como contenido cuestiones --- irrelevantes para el derecho penal, por referirse a otra cosa o creerla permitida, esto es, el nexo no se encadena a -- algo penalmente prohibido; ejemplo, cuando un sujeto en un -- coto de un lugar en donde se permite la caza, dispara sobre -- unos arbustos donde piensa se encuentra un pato y, en realidad, se haya una persona, es indudable que existe nexo psicológico -- querer matar un pato-, el cual nunca desaparece, por el contrario persiste, sólo que tal nexo no es en relación -- al resultado típico.

Respecto a la coacción, algo similar a lo anterior sucede, -- pues se afirma por la mayoría de los autores estudiosos de -- la materia penal, que aquélla tiene virtud suficiente para -- anular el elemento volitivo del dolo. No compartimos tal -- parecer, dado que la coacción sobre la voluntad solo vicia -- ésta, nunca la anula o elimina, puesto que si eso sucediera, -- mas bien estaríamos en presencia del aspecto negativo de la-

conducta, por faltar la voluntad; lo que en realidad acontece, es que solo se vicia la voluntad del sujeto que delinque en razón de incidir en ella una coacción; ejemplo, un sujeto coacciona a otro para que prive de la vida a una tercera -- persona (autoría mediata), la voluntad de privar de la vida de quien realiza la conducta, nunca se anula, aquélla existe pero viciada, la consecuencia, se afirma, es de una inculpa- bilidad por afectar el elemento volitivo del dolo.

Para la teoría mixta o compleja de la culpabilidad concurrirá su aspecto negativo cuando exista error que trae como con secuencia que desaparezca el dolo, la culpa y la preterinten- ción, ya se las considere --en esta teoría-- como elementos o presupuestos para formular el juicio de reproche (culpabi- lidad); o bien, cuando las circunstancias que concurren al - tiempo de obrar del agente en la comisión de un hecho anti-- jurídico, sean anormales y, en virtud de esto no sea posible exigirle una conducta diversa de la realizada.

La concepción mixta o compleja de la culpabilidad, como ya - se ha advertido al realizar su estudio, es una teoría que al lado de elementos psicológicos, dolo, culpa y preterinten- ción, introduce elementos normativos; por ello como su nom- bre lo indica, es una teoría compleja.

Cuando desarrollamos el estudio de esta teoría mencionamos, que sus seguidores consideran a los "momentos psicológicos", dolo, culpa y preterintención, unos, como presupuestos necesarios para el juicio de reproche junto con la imputabilidad del autor; otros, como elementos indispensables para el juicio de reproche, es decir, para que exista culpabilidad.

Las principales críticas enderezadas a esta teoría se dirigen principalmente a su modo de estructurar la culpabilidad, -que es para ellos reprochabilidad- y, a los motivos o causas que la anulan.

El error y la coacción que en la teoría psicológica son causas de inculpabilidad, serán de igual manera causas de inculpabilidad, para la corriente doctrinal de la teoría mixta o compleja, que considere a los indicados "momentos subjetivos" como elementos necesarios para emitir un juicio de reproche, ya que se eliminarían aquellos. Para los que consideren a los señalados elementos subjetivos como presupuestos para formular el juicio de reproche (culpabilidad), serán causas de anulación de dichos presupuestos, y en consecuencia no habrá culpabilidad por faltar éstos.

Por lo que se refiere a la coacción, que para la teoría psicológica vicia el elemento emocional o volitivo del dolo, -

para la teoría mixta o compleja, por ser el dolo, la culpa y la preterintención, elementos o presupuestos de la reprochabilidad (culpabilidad) también se anularán; además, de - que la coacción es igualmente considerada como una causa de no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el sujeto que obra por coacción sobre su voluntad, actúa en circunstancias anormales al momento de cometer el hecho y, no puede exigírsele otra conducta diversa de la que realizó, - no pudiendo, en consecuencia, emitirse el juicio de reproche.

B) INCULPABILIDAD PARA EL SISTEMA FINALISTA.

La sistemática finalista de los elementos del delito considera como causas que anulan el juicio de reproche, el error esencial e invencible de prohibición, tanto indirecto como directo, que eliminan la conciencia de la antijuridicidad del injusto; la no exigibilidad de otra conducta acorde a derecho; y, las causas especiales de anulación del juicio de reproche.

C) EL ERROR Y LA IGNORANCIA.

Se ha manifestado por los tratadistas en Derecho Penal, que en esta Ciencia del Derecho, el error y la ignorancia tie--

nen el mismo efecto de excluir, desaparecer o anular el dolo, la culpa y la preterintención. Los conceptos de error e ignorancia no son sin embargo sinónimos, sino que existe una clara diferencia entre éstos; así el error consiste en la falsa idea que tenemos de algo; en cambio la ignorancia es la ausencia total de conocimientos acerca de algo.^{2/} En el presente trabajo sin embargo, utilizaremos solo el término de error, para referirnos a la falsa idea de algo o al desconocimiento de ese algo.

2/ Eduardo Herrera, Lucio, explica 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 vicio inexacto o falso". El error en materia penal, p. 11. Abeledó Perrot. Buenos Aires, 1971. Jiménez de Asúa, nos dice que el error "es el más característico motivo de inculpabilidad que los Códigos reconocen. En muchos de ellos éste se deriva de la interpretación sistemática, puesto que no mencionan el error como causa eximente". La ley y el delito, p. 401. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1981. Castellanos Tena, expresa que "las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)". Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 254. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Baumann es de parecer que "el autor que no conoce una circunstancia del hecho, tiene alguna representación, aunque no sea exacta. De ahí que casi todos los casos de falta de conocimiento sean casos de representación falsa, o sea, casos de error". Derecho Penal. Parte General. Conceptos fundamentales y sistema, p. 235. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. Zaffaroni enseña, que "el error es el conocimiento falso acerca de algo; la ignorancia es la falta de conocimiento sobre algo. Desde el punto de vista del derecho penal, ambos tienen los mismos efectos". Manual de Derecho Penal, p. 347. Ediar. Buenos Aires, 1977. Bettiol comenta, que "el error de hecho siempre ha sido considerado circunstancia de exclusión de la culpabilidad cuando versa sobre el hecho constitutivo del delito o sobre un evento de éste. En realidad, el error sobre el hecho constitutivo del delito determina una divergencia entre lo que el sujeto se ha representado y lo, que en cambio ha realizado: todo el proceso resulta, en consecuencia, viciado, y el evento realizado ya no es intencional". Derecho Penal. Parte General, p. 425. Editorial Temis Bogotá, 1965. Márquez Piñero argumenta que "la ignorancia supone la falta absoluta de toda representación, y consi-

D) EL ERROR ESENCIAL E INVENCIBLE.

Clásicamente se han reconocido efectos eximentes o suficientes para eliminar el dolo, la culpa y la preterintención al error, ya que recordemos que estos momentos psíquicos eran lo que antiguamente se consideraban como especies de culpabilidad; el error surte el efecto de hacer desaparecer el dolo, la culpa y la preterintención siempre y cuando sea invencible, pues de lo contrario, dejaría subsistente el hecho culposo, siempre que el tipo en concreto admitiera tal forma de comisión.

Con relación al error, recientemente la Suprema Corte de --- Justicia de la Nación ha expresado, que en el error, el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta, en el tipo penal, ya porque tal error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el error de --

te 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". Derecho Penal. Parte General, p. 274. Editorial Trillas. México, 1986. Pavón Vasconcelos es de parecer, que "tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el munto de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente". Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 405. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter anti-jurídico. Amparo directo 7884/79.- Raúl Hurtado Hernández.- 13 de octubre de 1980.- 5 votos.- Ponente: Francisco Pavón-Vasconcelos.- Secretaria: Josefina Ordoñez Reyna. Informe de 1980. Primera Sala, pp. 22-23.

a) ESENCIAL.

Como ya se ha indicado en anteriores líneas, para que el error tenga el efecto de anular los momentos subjetivos del delito, a saber, dolo, culpa y preterintención, deberá tener la característica de esencial; lo esencial básicamente se refiere a que el error debe recaer sobre alguno de los elementos que constituyen la figura delictiva de que se trata, pues de ser inessential o accidental como también se le llama, daría lugar a lo que conocemos como las aberraciones, que se dividen a la vez en error en el golpe o aberratio-ictus, error en la persona o aberratio in personam y error en el delito o aberratio in delicti.

Con relación a lo expresado, Porte Petit indica, que "el error se divide en error de derecho y en error de hecho. Este último, se subdivide en esencial y acci-

dental, el que a su vez abarca la <<aberratio ictus, - error in persona y error in delicti>>".^{3/} Este error -- accidental es irrelevante para destruir la culpabilidad (concepción psicológica), pues deja subsistente la responsabilidad del individuo pudiendo, en todo caso, -- haber traslación de tipo como indica la doctrina o, -- como nosotros consideramos, otro delito. Madrazo opina, que "para poder reputar en un hecho la característica de esencial, el error debe hacer desaparecer el dolo del autor de los hechos, de tal suerte que se desconozcan las circunstancias que conforman los elementos del tipo; el error sobre ellas es precisamente el llamado esencial" y más adelante agrega, que "en los delitos culposos, esta esencialidad ataca o impide el nacimiento de la negligencia, de la que dependería que el autor de los hechos fuera castigado por no cumplir los requisitos de cuidado exigidos por las normas sociales".^{4/} En conclusión, para que el error tenga el --

3/ Hacia una reforma del sistema penal. "Importancia de la Dogmática jurídico penal", pp. 237-238. Cuaderno No. 21, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985.

4/ Estudios Jurídicos, pp. 54 y 55. Cuaderno No. 19, del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1985. Cfr. Pavón Vasconcelos quien nos indica, que "el error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito)". Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 407. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Lucio Eduardo Herrera es de parecer, que "es error esencial aquél que recae sobre una circunstancia elemental de la figura delictiva y que fundamenta o agrava la punición, y que, por tal motivo, es referida al saber del autor". El error en materia penal, p. 47. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1971. Márquez Piñero, nos dice, que "el error esencial se da cuando recae sobre uno de los elementos ne-

carácter de esencial debe de recaer sobre algunos de los elementos de la figura delictiva, pues de tratarse de error por desviación (aberratio ictus), por confusión (aberratio in persona) o, error sobre la norma (aberratio in delicti), dejará subsistente la responsabilidad del sujeto activo, dando como consecuencia en la mayor parte de los casos que se configure otro delito y no el que se quiso cometer. Respecto a la esencialidad que requiere el error, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece, que no es obstáculo para la integración de dicha figura típica que el quejoso alegue que en la especie operó en su favor la exculpante del error de hecho -debido a que siempre estuvo en la creencia de que lo transportó oculto en una máscara de papel era dinero y no el estupefaciente que fue hallado en el momento de su detención-, pues además de resultar inverosímil y sin apoyo probatorio tal versión, el error de hecho sobre los elementos esenciales del tipo opera como causa de inculpabilidad sólo en el caso de que sea invencible, es decir insuperable,

cesarios para que el delito se produzca". Derecho Penal. Parte General, p. 276. Editorial Trillas. México, 1986. Bettiol enseña, que "el error, para ejercer eficacia impeditiva, debe referirse al hecho constitutivo del delito y excluye la punibilidad del agente si tal error ha sido determinado por el engaño de otro". Derecho Penal. Parte General, p. 427. Editorial Temis Bogotá, 1965.

y en el caso a estudio es claro que no lo era, pues -- incluso el obrar furtivo por parte del acusado denotó-- pleno conocimiento acerca de la ilicitud de su conduc-- ta. Informe 1985. Segunda Parte, p. 17.

b) INVENCIBLE.

El error debe además de ser esencial, es decir, que -- recaiga sobre alguno o algunos elementos de la figura-- delictiva, tener el carácter de invencible o insupera-- ble. Así pues, será "invencible el error en que no se hubiese caído en caso de haberse aplicado la diligen-- cia debida, como sucede en el caso del cazador, que -- con la debida diligencia se hubiese percatado de que -- quien se movía era su compañero de caza y no un oso";^{5/} o sea, será invencible el error cuando el sujeto acti-- vo no previó llevar a cabo una conducta antijurídica o causar el resultado prohibido por la ley, por ser im-- previsible considerar antijurídico su actuar o, de -- igual manera insuperable, la causación del resultado.-- El sujeto en consecuencia debe poner por su parte toda la diligencia posible para que no resulte el error, -- pero si éste sobreviene no obstante el cuidado debido, significará que ese error era insuperable, por ser im-- previsible su advenimiento.

^{5/} Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 347. Ediar, Buenos Aires, 1977.

El error cuando es vencible o superable por parte del sujeto activo del delito, acarrea diversas consecuencias según se trate de error de tipo o de prohibición.

Así pues, tratándose de error de tipo el resultado se ser vencible o superable, es la de eliminar el dolo, pero deja subsistente la tipicidad culposa, debido a que el agente si hubiera tomado las medidas y precauciones adecuadas en su obrar lo habría superado: es decir, se le imputa responsabilidad por culpa en caso de que el delito en cuestión admita tal forma de comisión, pues de lo contrario, acarrea la impunidad para el sujeto.^{5/} Si el error de tipo es insuperable o invencible destruye o anula el dolo de tipo y toda posible responsabilidad.

Por lo que hace al error de prohibición, si el error es vencible, dará como consecuencia responsabilidad a título de culpa, siempre que el tipo respectivo admita esa forma de comisión (teoría del dolo), o bien se podrá atenuar la penalidad, sin alteración de la tipicidad dolosa, culposa o preterintencional, en virtud de que la conciencia de la antijuridicidad es elemen-

^{5/} Cfr. Herrera. El error en materia penal, p. 54. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1971. Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, pp. 347-348. Ediar. Buenos Aires, 1977. Pavón Vasconcelos, indica, que "el error esencial vencible (aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad". Manual de Derecho Penal Mexicano, p. 407. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Madrado es de parecer que, "puede decirse que error ven

to de la reprochabilidad (culpabilidad) y el dolo -- pertenece al tipo de lo injusto, al igual que la culpa y la preterintención, (teoría de la culpabilidad). Si el error de prohibición es invencible o insuperable, el resultado será de eliminar la responsabilidad del hecho antijurídico, no pudiendo imponerse -- pena alguna, por no existir un elemento esencial del delito como es la culpabilidad (criterio que sigue -- la teoría de la culpabilidad).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto del elemento invencible o insuperable del error, ha opinado, que tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura de que se trata. Amparo directo 7884/79.- -- Raúl Hurtado Hernández.- 13 de octubre de 1980.- 5 - votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.- Secretaria: Josefina Ordoñez Reyna. Informe de 1980. Primera Sala, p. 23.

cible será aquél en donde no puede exigírsele al sujeto que lo supiese". Estudios jurídicos, p. 55. Cuaderno No. 19, del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1985.

En conclusión, el error para tener eficacia jurídica debe reunir las características de ser esencial e -- invencible.

E) EL ERROR DE TIPO: LEGISLACION.

El error de tipo es aquel que recae sobre alguno o algunos de los elementos objetivos de la descripción típica, ya --- sean de naturaleza descriptiva o normativa, y su existencia acarrea la consecuencia de anular el dolo en los delitos -- dolosos, esto es, "el error de tipo puede consistir tanto - en una falsa representación como en la falta de toda representación, pues el error supone, en términos generales, la no correspondencia de conciencia y realidad".^{7/} La conse---

7/ Jescheck. Op. Cit. p. 412. Véase además: Madrazo, quien manifiesta, que "los finalistas colocan al error de tipo en las causas que producen el desvanecimiento, no de la culpabilidad, sino de la tipicidad, a diferencias de los normativistas causalistas que albergan los dos tipos de errores como causas de auténtica inculpabilidad". Op. Cit. p. 43. Para Welzel "el error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo del injusto, sea de índole real (descriptiva) o normativa. Error de tipo es, por lo tanto, no solamente el error sobre <<lo material>>, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre <<lascivia>> de la acción, <<ajeno>> de la cosa, <<embargo>>, <<documento>>, <<funcionario>>". Derecho Penal. Parte General, p. 177. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956. "Constituye error de tipo -nos dice Lucio Eduardo Herrera- el que versa sobre las características objetivas del tipo penal". El error en materia penal, p. 92. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. Campos es de parecer, que "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". Derecho Penal. Libro de estudio de la parte general, p. 139. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. Jescheck enseña, que "el error de tipo no es más que la negación del contenido de -- representación requerido para el dolo: el autor no conoce los elementos a que, según el correspondiente tipo, debe extenderse

cuencia del mencionado error es la de anular la culpabilidad (sistema clásico) o bien la tipicidad de los delitos dolosos (sistema finalista) ya que el dolo en los dos casos se elimina.

Debemos de precisar que antiguamente no se hablaba de error de tipo, sino de error de hecho. Nosotros no usamos tal expresión por ser reducida y propia tan sólo para un período de la Ciencia Penal en que no había un gran desarrollo; así tenemos que si antes era correcta tal expresión, ello se debía a que el elemento tipicidad no había evolucionado tanto como ahora, pues se componía simplemente de circunstancias de hecho descriptivas; en la actualidad ya no es sostenible dicha terminología debido a que el error no solo puede recaer sobre circunstancias de hecho, sino también sobre normativas, y a que el tipo es de naturaleza compleja por contener circunstancias objetivas y subjetivas.

el dolo" y agrega, que "el error de tipo puede consistir tanto en una falsa representación como en la falta de toda representación, pues el error supone, en términos generales, la no correspondencia de conciencia y realidad". Op. Cit. p. 412. Wessels indica, que "el error de tipo excluye el dolo, sin tenerse en cuenta si era evitable o inevitable o si ha surgido por una simple <<falta de conocimiento>> o por una falsa representación concreta fundada en hechos o jurídica". Op. Cit. p. 74.

Algunos autores nos dan las diferencias entre el error de -- tipo y el error de hecho. Así Zaffaroni nos dice, que "la -- identificación es falsa, porque si tomamos la clasificación -- tradicional tal como usualmente la entienden los autores que a ella se adhieren, el error de tipo puede ser tanto <<error de hecho>> como <<error de derecho>>, y sigue diciendo, "el cazador que confunde a su compañero de cacería con un oso, -- cae en un error de tipo que es también <<error de hecho>>, -- pero el error que recae sobre elementos normativos del tipo-objetivo es también error de tipo y, sin embargo, conforme a la clasificación tradicional es un error <<de derecho>>. Así, quien ignora que un cartero es un <<funcionario público>>, -- quien se lleva una cosa mueble porque cree que le pertenece por haberla pagado, ignorando que se trata de un bien mueble registrable y que la transferencia requiere un trámite pre- -- vio, quien violare sellos puestos por un inspector de vinos, por creer que no se trata de una <<autoridad>>, etc., son -- todos supuestos en que nos hallamos con errores de tipo que son errores de derecho".^{8/} Castellanos Tena critica la -- postura de los que sostenemos la terminología de error de -- tipo y expresa que para él "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, sien-

^{8/} Manuel de Derecho Penal. Parte General, pp. 351-352. Ediar. Buenos Aires, 1977.

do en realidad contraria al mismo".^{9/} Welzel manifiesta, que el "error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son dos pares de conceptos de índole completamente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: p. ej., el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación".^{10/}

En conclusión, los conceptos de error de hecho y de derecho no se corresponden con los de error de tipo y de la prohibición, ya que existen casos de error de derecho que dan lugar, desde el momento en que el tipo abarca elementos normativos, a la existencia de un error de tipo; ejemplo, error referente al carácter ajeno de la cosa, y errores de hecho que originan la exclusión de la conciencia de la antijuricidad; ejemplo, la suposición errónea de una causa de licitud, como la defensa putativa.

En el dictamen emitido por las Comisiones Unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito y Segunda Sección de Estudios Legislativos a las reformas de 1984, al Código Penal, se expresa: "Las Comisiones Unidas al reco--

^{9/} Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 256. Editorial -- Porrúa, S.A. México, 1982.

^{10/} Derecho Penal. Parte General, p. 178. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.

ger otros puntos de vista, tanto de técnicos como de iniciativas de los propios senadores y demandas populares, estimaron conveniente adicionar la Iniciativa con modificaciones a ellas y la introducción de otras no consideradas en el proyecto del Ejecutivo Federal. Estas, son las siguientes:...

4.- Se estimó indispensable adicionar el artículo 15 con la fracción XI, para excluir la responsabilidad en las hipótesis de error esencial de hecho, sólo cuando tal error sea invencible, para dejar claro que al faltar el elemento intelectual no se integra la intención o el dolo, con exclusión de culpabilidad".

"Debe destacarse que únicamente se está contemplando el error esencial e invencible, respecto de los elementos que integran la descripción legal o que por la misma situación de error, se estime que el hecho cometido está amparado en una causa de licitud".

"Se aclara lo anterior, para no dar lugar a duda con relación a la adición, en cuanto a que no contempla el error inesencial o accidental, como los llamados error en la persona o desviación en el golpe".

"Se reitera en la propia adición que el error vencible no excluye la responsabilidad, dejando a la potestad del órgano jurisdiccional determinar la forma de culpabilidad en que incida el agente".

Nos causa gran satisfacción el constatar que el Poder Legislativo, conocedor de los problemas que trae aparejado el --- mantenimiento de normas que como indicamos, si en un tiempo fueron buenas, en la actualidad no responden a las necesidades sociales, se preocupa por adicionar los textos legales - con mejoras indiscutibles, como la hecha entre otras, con la adición de la fracción XI, del artículo 15, del Código Penal, en la que se establece claramente lo que modernamente cono-- cemos como error de tipo y error de licitud, eximente putativa o error de prohibición indirecto.

La mencionada adición del artículo 15, con la fracción XI, - contiene al error de tipo en su primera parte, cuando se expresa, que "es circunstancia excluyente de responsabilidad - penal: XI. Realizar la acción u omisión bajo un error inven-- cible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal,...".

Los elementos que se desprenden del concepto formal o legal- del error de tipo, son los siguientes:

- a) Realizar la acción u omisión, en otros términos una - conducta;
- b) Bajo un error, o sea, que exista ausencia de repre--- sentación o un falso conocimiento respecto de las con-- secuencias que origina la conducta;

c) Invencible, es decir, que no se pudieron prever las consecuencias de la conducta o hecho por ser imprevisibles.

d) Esencial, debe ser el error, esto es, que cale en algún o alguno de los elementos de la figura delictiva.

Las repercusiones que trae como consecuencia acoger el error de tipo no son precisamente las de anular la culpabilidad del autor de una conducta antijurídica, sino que sus efectos serán distintos según nos situemos en el sistema clásico o bien en el sistema finalista.

Para el sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja de la culpabilidad) es evidente que el sujeto -- que actúa en error sobre alguno de los elementos que integran la descripción legal, actúa inculpablemente, esto es, para la teoría psicológica, tal error anula el dolo, la culpa y la preterintención, y el resultado es que el sujeto -- sea inculpable; empero, por lo que hace a la concepción mixta o compleja de la culpabilidad, si ésta consiste en la -- reprochabilidad ó más bien en el juicio de un reproche al autor de una conducta antijurídica, el error de tipo será -- una causa de inculpabilidad para los autores que sitúen el dolo, culpa o preterintención como elementos de la culpabilidad y, los que los sitúen como presupuestos de la culpabi

lidad o sea, de la reprochabilidad, el efecto será de anular los presupuestos de la culpabilidad y no de acarrear una inculpabilidad.

Ahora bien, para el sistema finalista el error de tipo es -- una causa de atipicidad, por pertenecer el dolo, la culpa -- y nosotros agregamos la preterintención- al tipo de lo injusto. Es decir, el sistema finalista adelanta esos "momentos subjetivos" a la conducta y como ésta se encuentra en el tipo, es evidente que los mismos pertenecerán al tipo del delito de - que se trate.

Así por ejemplo, si un sujeto se apodera de una cosa mueble, ajena, sin consentimiento de quien conforme a la ley puede - disponer de ella, pero lo hace creyendo que tal cosa es suya, por un error esencial e invencible, para la teoría psicoló-- gica será una inculpabilidad; para el seguidor del sistema - mixto o complejo, será para unos, una inculpabilidad de ---- igual manera que para el psicólogo y, para otros, será la anulación del presupuesto de la culpabilidad, por considerar de esa forma al dolo. Por lo que hace al finalista, será -- una atipicidad, ya que el sujeto por un error esencial e invencible cree que la cosa es propia, eliminándose por tanto, el dolo de tipo del delito de robo.

Con relación al contenido de la fracción XI, recientemente incorporada al artículo 15 del Código Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido, que 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. Tanto en uno como en el otro de los errores mencionados, según es de explorado derecho, el agente carece de conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar como ilícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley. En tal hipótesis del error de permisión, como excluyente de responsabilidad, sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, según opina un amplio sector de la doctrina actual, lo cierto es que el invencible error en cuestión impi-

de reprochar al autor su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, porque no -- ignoraba que las semillas del vegetal que sembró en un solar de su propiedad fuera de marihuana, al reconocer desde su -- declaración ministerial la naturaleza de las referidas semillas; por consiguiente, al estar el procesado enterado de -- que las semillas que sembró y el vegetal que poseyó eran marihuana, no pudo encontrarse inmerso en el error invencible -- respecto de la existencia de alguno de los elementos esenciales que integran el delito contra la salud, en las modalidades de siembra y posesión de marihuana, como tampoco que, -- por error insuperable, el acusado al actuar considerara lícita su conducta, al no existir base jurídica, en las constancias de autos, para estimar factible que en su representación pudiera admitir, dadas las circunstancias que rodearon el hecho, que éste se encontrara autorizado en la ley. Informe de 1985. Segunda Parte, pp. 21-22.

Con lo antes manifestado se demuestra que el Código Penal, -- con las reformas penales llevadas a cabo, puede aceptar según la posición doctrinal del intérprete, las tres corrientes estudiadas de la culpabilidad y al aspecto negativo de -- las mismas.

Cuadro sinóptico

Error de Tipo

El dolo debe abarcar las circunstancias-objetivas pertenecientes al tipo legal

- a) Descriptivas
- o
- b) Normativas

Error esencial e
involuntario

Error de tipo

Desconocimiento de la realización de los elementos objetivos pertenecientes al tipo.

F) ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS CALIFICANTES: LEGISLACION.

La conducta dolosa nos dice Mezger "exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que elevan la pena. No es necesaria la previsión del resultado que eleva la pena en los llamados hechos punibles cualificados por el resultado; no obstante, el actor debe haber ocasionado la consecuencia por lo menos culposamente", y agrega, "para incurrir en la pena más grave, el autor que actúa dolosamente tiene que conocer estas circunstancias, y en las causas no mencionadas de agravación de la pena, los hechos en los cuales se debe ver, por ejemplo, el caso particularmente gra-

ve>>"^{11/} y en verdad el dolo debe cubrir o abarcar todos -- los elementos de la descripción típica, aún las circunstâncias calificantes como privilegiantes, que concurran al momento de llevar a cabo el sujeto su conducta. Pues "el desconocimiento de elementos accidentales que elevan la pena -- impide la apreciación de éstos..., por la exigencia general de dolo y la necesidad de conocimiento que se desprende de -- la ratio de los demás elementos típicos accidentales que --- elevan la pena (agravantes personales como las de parentesco, reiteración y reincidencia, o elementos cualificados previstos en la Parte Especial). De ello resulta la imposibilidad de aplicar la pena más grave y que subsista únicamente el -- tipo básico doloso, ya que no cabe estimar imprudencia respecto del tipo cualificado o agravado",^{12/} porque ello requeriría que la ausencia de dolo implicase que el hecho dejara de constituir el delito cometido.

Algunos autores nos dicen con relación al error sobre circunstancias calificantes:

Madrazo expresa que cuando las circunstancias agravantes se desconocen "se aplicará la pena respecto al tipo básico".^{13/}

^{11/} Op. Cit. pp. 241-242. Agrega Mezger en otra parte, que "el autor que procede dolosamente tiene también que haber conocido estas circunstancias para que pueda serle impuesta la pena más grave". Tratado de Derecho Penal, II, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

^{12/} Mir Puig, Santiago. Adiciones al Tratado de Derecho Penal de H.-Jescheck, p. 431. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981.

^{13/} Op. Cit. p. 56.

Eduardo Herrera enseña, que "es también error esencial sobre el hecho, cuando aquel recae sobre una circunstancia agravante del tipo penal, siempre que esta circunstancia sea referida al saber del autor, pero su efecto será el de excluir el tipo agravado, subsistiendo la responsabilidad por el tipo básico. Así por ejemplo, sólo responderá por homicidio simple el que no sabe que la persona a la que dio muerte era su «ascendiente, descendiente o cónyuge»".^{14/} Pavón Vasconcelos indica, que "el error de hecho esencial, produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible -- pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito)".^{15/} Jeschek comenta, que "si lo que falta es el conocimiento de los elementos de un delito cualificado, deberá aplicarse únicamente el tipo básico",^{16/} ya que los elementos cualificativos constituyen, en todo caso, propios elementos del tipo.

Por nuestra parte pensamos que el error esencial sobre circunstancias calificantes puede ser de dos tipos:

- a) El error esencial sobre circunstancias calificantes puede ser invencible. En el presente caso el error de referencia da origen a que subsista el tipo fundamental o básico del delito de que se trate y no el especial cua--

^{14/} Op. Cit. p. 119.

^{15/} Op. Cit. p. 407.

^{16/} Op. Cit. p. 415.

lificado o complementado cualificado, debido a que el -- error anula el dolo que cubre la calificativa y, por tal motivo no puede tomársele en cuenta, en virtud, de que -- de imponerse pena por la circunstancia agravante, se está sancionando por responsabilidad objetiva, en razón de que dicha calificativa no ha sido conocida por el sujeto activo.

- b) El error sobre circunstancias calificantes puede ser vencible. Cuando el error es superable, es decir, que con la debida diligencia el sujeto activo la hubiese conocido, acarrea el efecto, al igual que el error invencible o insuperable, de eliminar el dolo de la calificativa, -- manteniéndose el tipo fundamental o básico, toda vez, -- que no pueden realizarse las calificativas culposamente, pues la esencia de aquéllas, es que sean realizadas con dolo, para que se deban tomar en cuenta.

A manera de ejemplo, mencionaremos algunos casos que se pueden presentar de error sobre circunstancias calificantes.

El error sobre el carácter de descendiente por parte del sujeto que privó de la vida a su ascendiente, da origen a que exista el tipo del homicidio simple y no el tipo --

especial de parricidio, en virtud de tal error. Si una persona, sujeto pasivo del delito de violación, resulta descendiente del sujeto activo, es claro que si éste por error esencial ignora tal calidad de ascendiente en su persona, sólo será castigado por el tipo fundamental o básico del delito de violación y no por el calificado. El dependiente o doméstico que se apodera de una cosa -- mueble, sin consentimiento de su patrón quien es el dueño de la cosa, pero por error desconoce que la persona -- ofendida es precisamente su patrón; consideramos que --- existirá solo el tipo de robo simple y no el calificado. Con relación a la reincidencia como calificativa, se ha expresado por Mezger, que "especialmente corresponde --- aquí, como presupuesto de la pena, el conocimiento de -- las circunstancias que fundamentan la reincidencia", y -- agrega, en relación al sujeto activo, que "el conocimien to respecto de él es el elemento imprescindible para que pueda elevarse la culpabilidad del autor. Pues el Dere cho vigente emplea la reincidencia en los diversos deli tos como motivo de elevación de la culpabilidad, no como síntoma de una especial peligrosidad del sujeto".^{17/} Lo anteriormente expuesto es aplicable en nuestro sistema -- punitivo, por lo tanto, si un sujeto por error invenci--

^{17/} Tratado de Derecho Penal, II, pp. 126-127. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

ble ignora los presupuestos o circunstancias que fundamentan la reincidencia, es claro que sólo deberá de ser castigado por el tipo cometido y no podrá elevarse la penalidad impuesta por reincidencia. Si un sujeto desconoce que obra con ventaja (calificativa), por error esencial e invencible, al privar de la vida a un semejante, existirá -- homicidio simple y no homicidio con ventaja.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la --

Nación ha sostenido: "Sólo debe estimarse que existe ventaja, como circunstancia calificativa del homicidio, cuando el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido, y se requiere, además, que tenga perfecto conocimiento de esa situación favorable para él. Por tanto, si no hay comprobación de que el reo, cuando dio muerte a su víctima, haya tenido perfecto conocimiento de que ningún peligro corría de ser muerto o lesionado por ella, no existe tal calificativa" (Semanao Judicial de la Federación, Tomo XCIX. p. 697, 5a. Epoca). "Para que exista la calificativa de ventaja, es necesario que el reo haya sabido que la víctima estaba inerme, lo cual sólo puede tenerse por comprobado ante su expresa confesión sobre tal punto" (Semanao Judicial de la Federación. Tomo LXXXIX, pp. 2610-2611, 5a. Epoca). "Para que opere la calificativa de ventaja, es necesario que el infractor tenga cabal conocimiento de que ningún peligro corría su persona al perpetrar la agresión" (Semanao Judicial de la Federación. Tomo XC, p. 2288, 5a. Epoca). "Para que exista la calificativa de ventaja, se requiere que el herido haya obrado con la seguridad absoluta de que su persona no correrá peligro alguno" (Semanao Judicial de la Federación, Tomo XC, pp. 1636-1637. 5a. Epoca). "La ventaja requiere, para ser considerada como calificativa, que el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por su adversario, siendo menester el conocimiento de esta circunstancia por el infractor" (Semanao Judicial de la Federación. -- Tomo XC, p. 1577. 5a. Epoca). "La ventaja se surte siempre que el infractor tenga perfecto conocimiento de que ningún peligro corre al llevar a cabo su agresión, ya sea por la superioridad del arma empleada, por la superioridad numérica o porque su contrario se encuentre inerme o totalmente imposibilitado para defenderse" (Semanao Judicial de la Federación, Tomo XC, p. 1013, 5a. Epoca). "Sólo puede

de tenerse por acreditada la calificativa de ventaja, cuando el agente infractor delinque a sabiendas de que su víctima - se encuentra inerte y que ningún peligro corre su persona al realizar sus designios antijurídicos" (Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCIII, p. 2282, 5a. Época. Cfr. además. Semanario Judicial de la Federación: Tomo LVIII, pp. 1832, - 2754; Tomo LVI, p. 2406; Tomo LI, pp. 2498, 1345; Tomo LVII, p. 2754; Tomo XLVIII, pp. 93-94; Tomo XLVII, p. 3408; Boletín de Información Judicial: Tomo II, pp. 330-331 y 488). "Es bien sabido que la ventaja requiere no solamente el dato objetivo de superioridad a tal grado acentuado que no se corra riesgo alguno, sino que es indispensable, para que se le pueda considerar como una situación que califica al delito y -- que agrava la pena, que exista también un dato de carácter -- subjetivo, como es la conciencia de la superioridad en cuestión" (Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVIII, p. 19, Sexta Época. Segunda Parte).

Es criticable lo afirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de que lo que ella sostiene como --- "criterio subjetivo" o "teoría subjetiva" en la calificativa de la ventaja, -como se desprende de las ejecutorias antes - transcritas-, no es más que la afirmación de la teoría del - error esencial e invencible al campo de las calificativas; - según nuestro parecer el error sobre circunstancias califica- tivas debe tener el mismo tratamiento que el que se le da al error de tipo, es decir, el error traerá como resultado que- se anule el dolo sobre la calificativa, por que en realidad- dicho dolo nunca ha existido, y de que subsista el tipo fun- damental o básico del delito y no el complementado cualifica- do.

En resumen, los anteriores ejemplos deberán ser tratados --- conforme a las reglas del error de tipo, pues en todas las - situaciones de error se elimina el dolo que cubre la califi- cativa; sin embargo si el error es vencible, al formularse - el juicio de reproche, podrá imponerse al autor una pena --- mayor de la que le debiera corresponder, pero siempre res---

petando el mínimo y máximo de la pena establecida para el tipo básico; es decir, el aumento de la pena será en razón de la mayor temibilidad del sujeto de conformidad a lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

El error de tipo establecido en la primera parte de la fracción XI, del artículo 15 del Código Penal, es aplicable para aquellos casos en que el autor a virtud de error esencial e invencible desconoce las circunstancias calificantes que agravan la penalidad del hecho, y decimos que la indica da fracción es aplicable, porque al tipo pertenecen todas las circunstancias calificativas que concurren con el tipo fundamental o básico al tiempo de la comisión del hecho --- respectivo. Si el dolo de tipo no abarca las referidas circunstancias calificantes, entonces sucederá que al sujeto sólo se le podrá hacer responsable por el tipo fundamental o básico, debido a que por error esencial e invencible se anula el dolo que abarca la calificativa. Si el error sobre las circunstancias calificativas es vencible, igualmente se elimina la calificativa y subsiste el tipo fundamental o básico, no obstante de acuerdo con los artículos 51 y 52 podría sufrir un incremento la penalidad a imponer por el juez. siempre claro es, respetando el marco del mínimo y máximo del tipo fundamental realizado.

G) ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS PRIVILEGIANTES: LEGISLACION.

Si el dolo como ya se ha establecido, debe abarcar todos -- los elementos o circunstancias objetivas del tipo de lo injusto, al igual que aquellas circunstancias que modifican -- el hecho agravándolo, ¿debe de igual manera abarcar las cir-- cunstancias atenuantes?

Quando el sujeto no conoce las circunstancias privilegian-- tes que objetivamente concurren y que atenúan el tipo de lo injusto, nos dice Jescheck, "la opinión mayoritaria*" niega-- aquí que el autor pueda beneficiarse de la causa de atenua-- ción";^{18/} en cambio, sí "el autor cree erróneamente que ta-- les elementos concurren, sólo podrá imponérsele la pena co-- rrespondiente al delito doloso de conformidad con la ley -- más benévola".^{19/}

Con relación al error sobre las circunstancias privilegian-- tes, Madrazo expresa, que el mencionado "error sobre las -- atenuantes deja vivo el dolo del tipo más benigno",^{20/} y -- Zaffaroni en forma más amplia enseña, que hay casos de exis-- tencia de supuestos "en que el autor tiene conocimiento de -- elementos pertenecientes al tipo objetivo que son comunes -- tanto para la figura básica como para una figura atenuada, --

* "Un sector estima la consumación del tipo básico: así RG 46, -- 265 (268); Kohlrausch/Lange, parágrafo 248 a Anm. V.; LK (Hei-- mann Trosien), parágrafo 248a Anm. 6; Maurach/Zipf, Allg Teil, -- pág. 344; Weizel, Lehrbuch, pág. 183; otro aprecia tentativa en -- el tipo básico; así Dreher, 33a. ed., parágrafo 248a Anm. 4; LK (Schroeder), parágrafo 59 Anm. 80."

18/ Op. Cit. p. 416.
19/ Op. Cit. p. 416.
20/ Op. Cit. pp. 45-46.

sólo que supone que también se dan los de la figura atenuada cuando en realidad se dan solamente los del tipo básico", y agrega, que la solución "si se trata de tipos independientes, no cabría duda de que la conducta quedaría impune, por que no puede darse la tipicidad objetiva de un tipo y subjetiva de otro y con eso pretender construir una u otra tipicidad, pero en los casos que mencionamos --insistimos-- se trata de atenuantes que reconocen una misma figura básica. De allí que la solución sea aquí diferente".^{21/}

Para algunos autores, la solución se halla en la subjetivización de las atenuantes. Según ellos, "las circunstancias atenuantes deben valorizarse subjetivamente, es decir, que, cuando el sujeto las supone, debe juzgarse el caso como si estuviesen realmente dadas. Esta es la llamada teoría psicológica de las atenuantes, que se basa en que la situación psicológica del sujeto es la misma que si las atenuantes estuviesen realmente dadas. La teoría se basa en lo subjetivo y tiene como consecuencia que se pene al sujeto en función de una tipicidad que sólo él imaginó, pero -- que no existe objetivamente. Es muy grave, porque deja la tipicidad librada a la imaginación del sujeto activo, lo -- que si bien aquí tiene por objeto atenuar la pena, puede -- revertirse mañana el argumento y sostenerse que las agravantes también deben subjetivizarse, porque la situación --

^{21/} Op. Cit. pp. 480-481.

psicológica del sujeto también es la misma, sea que existan o que él sólo las imagine. Semejante consecuencia es terrible, porque arrasa con la tipicidad objetiva como base para la investigación de la tipicidad penal de la conducta".^{22/}

Hacemos nuestro el punto de vista sostenido por Zaffaroni, cuando expresa, que "la falsa suposición de atenuantes conduce necesariamente a una asimetría dentro del sistema, pero que, puestos en la disyuntiva de elegir entre la afirmación en lo objetivo o en lo subjetivo para los efectos de la tipicidad, nos debemos inclinar por lo objetivo, porque así lo impone la seguridad jurídica. Consecuentemente, el error consistente en la falsa suposición de una atenuante no podrá ser relevado a nivel de error de tipo. Piénsese que en tal caso el cómplice o el instigador se beneficiaría con el error del autor, si nos decidiésemos por la solución contraria. Del mismo modo, podría darse el absurdo de que en algún caso habría solo cómplices, sin que nadie fuera -- autor. Conforme a nuestra decisión por lo objetivo de la tipicidad realizada, en el caso del sujeto que cometió violación creyendo que cometía estupro, consideramos que la conducta es típica de violación, y, en el caso del que fue autor creyendo que era cómplice, consideraremos que su conducta configura autoría".^{23/}

^{22/} Zaffaroni. Op. Cit. p. 481.

^{23/} Op. Cit. p. 481.

Nosotros consideramos que deben distinguirse los siguientes supuestos respecto de las circunstancias atenuantes:

- a) Que el autor por error esencial e invencible desconozca que en realidad concurren las atenuantes. En relación a la presente hipótesis pensamos debe estarse a lo objetivo, y beneficiarse al sujeto con la circunstancia atenuante que efectivamente se está dando. No importando para nada que el error por el que no se conoció sea de naturaleza insuperable.
 - b) Que ignore por error esencial vencible la concurrencia de las atenuantes. En referencia a este caso, igualmente se deberá atenuar el hecho cometido, es decir, atenderse al tipo privilegiado realizado por el sujeto activo, en razón de que de hecho la circunstancia se está dando realmente, no importando que no se conociera por parte del sujeto activo su existencia pudiendo conocerse (error vencible).
 - c) Que por error esencial e invencible suponga la presencia de circunstancias atenuantes, sin que en realidad se den. Cuando el sujeto cree que realmente está realizando o se dan circunstancias atenuantes, debido a un error esencial e invencible, el criterio que reafirmamos es el de
-

seguir la teoría objetiva de las atenuantes; por tal razón, no debe beneficiarse al sujeto activo, estándose a la penalidad del tipo que en realidad cometió. Este error sobre circunstancias privilegiantes sólo tendrá relevancia para el juicio de reproche de culpabilidad, existiendo la posibilidad de una ligera disminución de la pena, ya que la conciencia de la contrariedad al derecho es menor.

- d) Que considere por error esencial vencible la existencia de atenuantes. Siendo el error vencible o superable por parte del sujeto activo, en relación a la existencia de atenuantes que no se dan, de igual manera debe atenderse a la penalidad del delito realizado y no al tipo privilegiado que supuso el autor, siendo irrelevante al formarse el juicio de reproche de culpabilidad, tal error vencible para una posible disminución de la pena.

Concluyendo, el error de tipo regulado por la fracción XI del artículo 15 del Código Penal, no surtirá ningún efecto cuando el sujeto por error estime que concurren circunstancias privilegiantes al momento de llevar a cabo el hecho típico, pues habrá de estarse a la tipicidad objetiva de la conducta antijurídica de que se trate. Ahora bien, si el sujeto ignora por error que concurren circunstancias privi-

legiantes, y él piensa que realiza el tipo básico, creemos -- que debe estarse a lo objetivo y atenuar la penalidad en -- virtud de que realmente se están dando las circunstancias -- que disminuyen la punibilidad.

H) EL ERROR ESENCIAL E INVENCIBLE DE PROHIBICION.

El reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad -- como elemento de la culpabilidad, marca el origen de la moderna Ciencia Penal. "La conciencia de lo injusto integra, así, el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza la forma más inequívoca de falta de actitud jurídica que grava el autor".^{24/} "Pero aún cuando falte al autor el pleno conocimiento de lo -- injusto requerible para el reproche de culpabilidad y, en -- otras palabras, concorra un error de prohibición, cabe la -- formulación de un reproche de culpabilidad. Es lo que sucede cuando el error es evitable. Más normalmente el error -- de prohibición evitable determinará la atenuación del reproche de culpabilidad".^{25/}

El error de prohibición es un error sobre la antijuridicidad del hecho. El error de prohibición puede ser vencible-

^{24/} Jescheck. Op. Cit. p. 622.

^{25/} Jescheck. Op. Cit. pp. 622-623.

o invencible. El primero como hemos indicado deja subsistente el juicio de reproche y, solo faculta la atenuación de la penalidad del tipo de lo injusto realizado. El segundo, o sea, el invencible elimina la formulación del juicio de reproche de culpabilidad.

Debemos distinguir dos supuestos de error de prohibición; el primero en que el autor no conozca en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho y que por ello tome por lícita la acción (error de prohibición directo). Este error puede deberse a que el autor no conozca la norma, o aún conociéndola, la considere no vigente o la interprete equivocadamente; o bien que valore incorrectamente un elemento de valoración global del hecho hallándose en juego el juicio de valor referido al tipo de lo injusto. Será error de prohibición indirecto, cuando el autor conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida; suponer a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico, o por desconocer la realidad fáctica y considerar que su actuar está justificado por una causa de licitud.

a) ERROR DE LICITUD, PERMISION, EXIMENTE PUTATIVA O ERROR INDIRECTO DE PROHIBICION.

Cuando el sujeto cree por error esencial e invencible que su comportamiento está protegido o amparado por una causa de justificación o licitud, o que se dan los supuestos -- fácticos para que el hecho sea considerado justificado o lícito, es lo que doctrinalmente conocemos, como error de licitud, permisión, eximente putativa o error indirecto - de prohibición.

Constituye una cuestión controvertida en la doctrina, el hecho de si debe incluirse dentro del error de prohibi--- ción indirecto o eximente putativa, la relativa a la falsa suposición de la existencia de una causa de licitud, - verivada de una creencia errónea de origen fáctico.

Con relación al tema que nos ocupa, como hemos manifesta- do, no hay acuerdo entre los tratadistas, respecto de los supuestos o hipótesis que deben incluirse en la clase de- error que comentamos, por lo que a continuación pasaremos a anotar las posturas que sobre el tema en estudio, asu-- men algunos autores:

Mezger^{26/} considera como casos de error de prohibición in- directo:

26/ Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio, pp. 244-245. Cár- denas Editor y Distribuidor. México, 1985. Cfr. además Córdoba - Roda. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del deli- to, p. 51.

- a).- Cuando el sujeto conoce el mandato jurídico, pero -
yerra en su aplicación por ignorar la existencia de
la prohibición respecto de la conducta concreta ---
(error de interpretación); y
- b).- El sujeto incurre en la creencia errónea de la con-
currencia de una limitación al mandato de la norma-
(error sobre una causa de justificación).

Graf Zu Dohna,^{27/} nos dice, que el error indirecto de --
prohibición puede presentar las siguientes modalidades:

- a).- Como suposición errónea de la existencia de una jus
tificación no reconocida por el ordenamiento jurídi
co; y
- b).- Como creencia errónea de la existencia de una situa
ción de hecho que, de haber realmente existido, ex-
cluirá la antijuridicidad.

El error de prohibición indirecto nos dice Welzel, "deja
intacto el dolo del hecho y se refiere -con pleno conoci
miento de las circunstancias objetivas del hecho- a ----
otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluye-
la antijuridicidad según la opinión del autor"^{28/} La hi-
pótesis que considera de error de prohibición indirecto-
el mencionado autor, es:

^{27/} Estructura de la teoría del delito, p. 79.

^{28/} Derecho Penal. Parte General, p. 177; El Nuevo Sistema..., pp. 116-119.

El error sobre un fundamento de justificación:

- 1.- Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales.
- 2.- Sobre los límites jurídicos; o
- 3.- Que suponga erróneamente una causa de justificación no reconocida por el derecho.

Maurach considera que el error de prohibición indirecto "como el reverso del actual conocimiento del injusto y complemento de la tal conciencia de ésta, se encuentra situado en la culpabilidad".^{29/}

El error de prohibición indirecto, es el error sobre el ceder de la norma. Aquí existe pleno conocimiento de la prohibición, pero el error se refiere a una causa de justificación:

- a) Por suponer una situación cuya real concurrencia -- justificaría su actuar;
- b) Por estar incurso en un error sobre existencia, naturaleza o extensión de una causa de justificación no reconocida; o
- c) Por estar incurso en un error sobre existencia, naturaleza o extensión de una causa de justificación reconocida de modo distinto por el derecho.

^{29/} Tratado de Derecho Penal, II, pp. 149-156. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

Sauer^{30/} incluye como casos de error de prohibición indirecto, los siguientes:

- a).- Error sobre la realidad fáctica; el autor hiere a -- otro en la creencia errónea de que éste lo quiere -- atacar, mientras que el otro sólo extiende el brazo para hacer el saludo de Hitler de 1933; existe defen-- sa putativa (error sobre los hechos);
- b).- Error sobre el contenido de la ley. Si el ladrón -- huye con el botín después de la consumación del hur-- to y el autor cree erróneamente que podía herirle -- aún, después de la conclusión del ataque.
- c).- Error sobre el alcance de una causa de licitud. Ejem-- plo, el error sobre el alcance del derecho de correc-- ción.
- d).- Error sobre la existencia de una justificante. Creen-- cia errónea de un consentimiento del ofendido, de un estado de necesidad suprallegal, de una ayuda necesar-- ia al Estado, etc.

Baumann^{31/} incluye como supuestos de error de prohibición indirecto:

- a).- Error que se refiere a la existencia de circunstan-- cias justificantes, es decir, la admisión errónea de

30/ Derecho Penal. Parte General. p.255 . Bosch, Casa Editorial. Bar-- celona, 1956.

31/ Op. Cit. pp. 245-248.

circunstancias que, si existieran, justificarían la conducta del autor, ej. defensa putativa;

- b).- Creencia errónea de una norma de justificación inexistente ej. el autor cree que ya mismo puede defenderse contra agresiones futuras; y
- c).- Error sobre el alcance de una norma de justificación existente.

Busch^{32/} opina que el error de prohibición indirecto --- abarca:

- a).- El agente considera que su comportamiento es adecuado a las exigencias impuestas por el derecho por concurrir una causa de justificación; y
- b).- El autor supone que su obrar está permitido por la concurrencia de error relativo a los límites de una causa de justificación.

Campos, A. Alberto nos dice que el error de prohibición indirecto es el que recae "sobre los límites y alcances de las normas permisivas (casos de justificación), o las situaciones de hecho, que nos hacen creer erróneamente en la posición de justificantes correctamente interpretadas (eximentes putativas)"^{33/}. Hipótesis de error de --- prohibición indirecto:

^{32/} Citado por Córdoba Roda. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, p. 52.

^{33/} Op. Cit. p. 218.

- a).- Error sobre los límites de las normas imperativas - permisivas (error sobre los límites de una justificación);
- b).- Error sobre el alcance de las normas imperativas -- permisivas (error sobre el alcance de una norma de justificación; y
- c).- Error sobre las situaciones de hecho que nos hacen creer en una posición de justificación correctamente interpretada (eximente putativa).

Zaffaroni^{34/} incluye como causas de error de prohibición indirecto:

- a).- La falsa suposición errónea de la existencia de un permiso que la ley no otorga; y
- b).- La falsa admisión de una situación que no está dada (justificación putativa).

Wessels^{35/} admite como casos de error de prohibición indirecto:

- a).- El error sobre el tipo permisivo: es el error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación reconocida (Se da si el autor ha considerado - erróneamente que existían circunstancias que, si -- existieran efectivamente, justificarían el hecho) -

34/ Op. Cit. p. 472.

35/ Op. Cit. pp. 135 a 138.

ej. defensa putativa (está siempre unido a representaciones equivocadas acerca del contenido de su significación jurídico social);

- b).- El error sobre el permiso: si el autor desconoce los límites jurídicos de una causa reconocida de justificación (error indirecto de prohibición); y
- c).- El autor cree en la existencia de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico (error indirecto de prohibición, que igualmente constituye un error sobre el permiso).

Jescheck considera que constituye error de prohibición -- indirecto "la suposición errónea de una causa de justificación, si el autor yerra sobre la existencia o los límites de la proposición permisiva".^{36/} Considera como hipótesis de error de prohibición indirecto:

- a).- El autor supone erróneamente la existencia de una -- causa de justificación no admitida por el ordenamiento jurídico (error sobre la existencia);
- b).- El autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites);
- c).- El autor cree erróneamente que concurren aquellas -- circunstancias que, de darse, justificarían el hecho (error sobre el tipo de permisión).

De las tres hipótesis transcritas, las dos primeras, nos dice Jescheck, son casos que "se contemplan generalmente como propias causas de error de prohibición (error de -- permisión) y, por ello, se tratan como el error de prohibición directo", y sigue diciendo, que "el error sobre - circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida (error de tipo permisivo), se trata de un error sui generis situado entre el error- de tipo y el error de prohibición indirecto. La analo- gía con el error de tipo radica en su estructura: tam- -- bién el error de tipo permisivo se refiere a los elemen- tos (normativos y descriptivos) de una proposición jurí- dica. La similitud con el error de prohibición indirec- to reside en su consecuencia: el conocimiento del tipo - no resulta afectado y la función de llamada de éste pue- de, así, desplegarse plenamente; el error determina solamente que el autor crea que la norma prohibitiva retroce- de excepcionalmente ante una proposición permisiva".^{37/}

Debemos diferenciar entre el error de licitud, permisión o error indirecto de prohibición y el error que recae -- sobre la realidad fáctica, que hace al sujeto suponer -- que concurre a favor de su actuar una causa de justifica- ción. Se ha estimado que dentro del error de prohibi-

^{37/} Op. Cit. I. pp. 632-635.

ción indirecto, deben distinguirse dos casos: a) el autor supone erróneamente la existencia de una causa de licitud; y b) el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites).^{38/}

Los anteriores casos de error de licitud, permisión o error de prohibición indirecto deben delimitarse de aquéllos en que "el autor cree erróneamente que concurren aquellas circunstancias que, de darse, justificarían el hecho (error sobre el tipo de permisión) que constituye un error sui generis",^{39/} y que recibe distinto tratamiento en la teoría del dolo y en la de la culpabilidad.

El error de licitud, permisión, o error indirecto de prohibición en la teoría del dolo, por situar a la conciencia de la antijuridicidad dentro del dolo, trae como consecuencia que se elimine el dolo del delito de que se trate. Para la teoría de la culpabilidad el error de referencia deja intacto el dolo de tipo y da como resultado que se anule la culpabilidad del hecho antijurídico, en virtud, de que la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad (reprochabilidad).

Problema difícil de solucionar es el referente al error de tipo permisivo o error sobre circunstancias que, de concu-

^{38/} Cfr. Jescheck. Op. Cit. p. 633.

^{39/} Jescheck. Op. Cit. p. 633.

rrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida-
(error sobre la realidad fáctica).

Para la teoría rígida de la culpabilidad el tratamiento del error evitable sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación admitida con arreglo a las normas es -- propiamente un error sobre la prohibición, ésto es, deja -- intacto el correspondiente tipo doloso y solo anula la reprochabilidad.^{40/}

La teoría limitada de la culpabilidad, trata el error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación o error sobre la realidad fáctica, no como error de tipo, pero equipara sus efectos a éste por ser análogos con respecto al propio error de tipo.^{41/}

El punto de partida de la teoría estricta de la culpabilidad y la limitada, es el mismo, "pues distingue el error de tipo que excluye el dolo, y el error de prohibición que desplaza la culpabilidad. La limitada estriba en que dentro -- del error de prohibición distingue: 1o).- Si versa sobre -- la norma general prohibitiva, rigen los mismos principios; -- 2o).- Si el error versa sobre una causa de justificación -- existente, pero conoce perfectamente los hechos, es en realidad, un error sobre la valoración y debe ser considerado -- igual que el anterior conforme a la <<estricta>>; y 3o).- Si

^{40/} Cfr. Jescheck. Op. Cit. p. 635.

^{41/} Cfr. Jescheck. Op. Cit. p. 635.

el error versa sobre las circunstancias fácticas sobre la -
cual rige una causa de justificación o de inculpabilidad, -
esto es, si conoce la existencia de la norma, pero aprecia-
erróneamente las circunstancias de hecho"^{42/}, cree en la --
existencia de un hecho que en realidad no existe. Este ---
error conforme a la teoría limitada debe ser tratado igual-
que el error de tipo, excluyendo el dolo; tal efecto es con
secuencia de sostener la tan equivocada y criticada teoría-
de los elementos negativos del tipo. Teoría que trata las-
causas de justificación como integrantes del tipo y, su su-
posición errónea traería como resultado los mismos efectos-
que un error de tipo. Pero conforme a la teoría rígida de-
la culpabilidad, a pesar de no considerar tal error como --
propio error de prohibición indirecto, le concede los mis--
mos efectos, en virtud de que el autor cree que la norma --
prohibitiva retrocede ante una contra norma que justifica -
su actuar.

En conclusión, "no plantean problemas especiales --nos dice
Santiago Mir Puig--, las dos primeras formas de error sobre
una causa de justificación (acerca de su admisión por el --
Derecho Positivo y acerca de sus límites normativos). Res-
pecto al que recae sobre las circunstancias de una causa de
justificación (error sobre el tipo permisivo), tanto los --

^{42/} Herrera. Op. Cit. pp. 88-89.

representantes de la teoría del dolo como los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo han de tratar este error como el error de tipo (imprudencia si es vencible, impunidad si es invencible), mientras que la defensa ortodoxa de la teoría estricta de la culpabilidad conduce a considerarlo un error de prohibición que excluye o atenúa la culpabilidad sin excluir el dolo".^{43/}

El error de licitud, permisión, eximente putativa o error indirecto de prohibición se encuentra actualmente regulado en la fracción XI, segunda parte, del artículo 15 del Código Penal.

La mencionada fracción XI, fue adicionada recientemente al artículo 15 del Código Penal; adición que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984.

Reza el artículo 15.- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: XI.- ..., o que por el mismo error (se refiere al error esencial e invencible) estime el sujeto activo que es lícita su conducta".

"Es importante --nos dice Porte Petit-- la inclusión del <<error de licitud>> o <<error de permisión>>, habida cuenta

^{43/} Adiciones de Derecho Penal Español al Tratado de Derecho Penal.- Parte General, de H. H. Jescheck. Vol. I., p. 644. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1981.

que no sería humano, que si un individuo creyera encontrar--
se ante una causa de justificación, por un error invencible,
es decir, ante una legítima defensa, estado de necesidad, --
ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de un deber, -
se le hiciera responsable de la conducta o hechos realiza---
dos".^{44/}

Los efectos del error de licitud, permisión, eximente putativ
o error indirecto de prohibición, son:

- a).- Para los sostenedores de una concepción psicológica, -
el referido error eliminará la especie dolosa de culpap
bilidad, ya que el dolo contiene a la conciencia de la
antijuridicidad.

- b).- Para los seguidores de una posición mixta o compleja-
de la culpabilidad, el error en estudio será: 1).- -
Los que consideren que al dolo pertenece la concien--
cia de la antijuridicidad, el error de licitud, anular
rá el dolo ya sea que a éste se le coloque como presup
uesto o elemento de la culpabilidad (reprochabili---
dad); 2).- Si se considera que al dolo no pertenece -
la conciencia de la antijuridicidad y que ésta es elem
ento indispensable de la culpabilidad (reprochabili-
dad), el error de licitud acarreará una inculpabilidad
por destruir la conciencia de la antijuridicidad.

44/ Hacia una reforma del sistema penal, p. 390.

c).- Para una estructuración de los elementos del delito con base en la teoría de la acción finalista, o sea, una -- concepción meramente normativa de la culpabilidad, el -- error de licitud, permisión, eximente putativa o error de prohibición indirecto, será una causa de inculpabi-- lidad por anular la conciencia de la antijuridicidad, -- la cual se encuentra para esta concepción de la culpa-- bilidad, como elemento independiente de la culpabilidad (reprochabilidad), ya que los momentos subjetivos, dolo, culpa y preterintención, se encuentran en el tipo como elementos subjetivos del mismo.

La terminología: "estime el sujeto activo que es lícita su -- conducta", ha sido interpretada de diversa manera.

Algunos piensan que los términos indicados conducen a equi-- vocos, pues tal expresión es amplísima, y en ella quedarían-- subsumidos tanto el error de licitud como el error de prohi-- bición directo, o sea, el error sobre la valoración de la -- norma y, que se debió indicar, en vez de los términos señala-- dos, los siguientes: "..., o que por el mismo error estime-- el sujeto activo que realiza una causa de justificación o -- licitud". No dudamos que en este segundo caso se hace más -- clara la esencia del error de licitud; pero la actual fórmu-- la de la segunda parte de la fracción XI del artículo 15 del

Código Penal, no se debe, creemos, interpretar aisladamente, sino, con relación al sistema que guarda con los demás preceptos del mencionado ordenamiento, ya que de no ser así, de nada serviría la adición del artículo 59 bis, del Código punitivo que reza: "Cuando el hecho se realice por error o -- ignorancia vencibles sobre la existencia de la Ley Penal o - del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso 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", ya que en el artículo transcrito se está dando entrada, aunque tímidamente, al error de prohibición directo, con condicionado a determinadas circunstancias que deben concurrir en el sujeto activo y trae como resultado la atenuación de la penalidad.

De interpretarse aisladamente los preceptos, artículo 59 bis y la segunda parte del artículo 15, del Código Penal, resultaría que se regularía dos veces el error de prohibición, en el artículo 59 bis en forma limitada y condicionada a determinadas circunstancias, con el solo efecto de atenuar la penalidad, y en la segunda parte de la fracción XI, del artículo 15, se establecería en forma amplia y que en caso de ser esencial e invencible anularía la culpabilidad (reprochabilidad), acarreado por otra parte, el problema de un concurso-

aparente de normas, aplicándose el principio de especialidad para todos los supuestos establecidos en el artículo 59 bis-y, en forma general o para los demás casos aplicándose la -- segunda parte de la fracción XI, del Código Penal; cuestión- que sería totalmente absurda.

Por último, tal como está redactada la fracción XI, en su -- segunda parte, pensamos que, también se podría encuadrar el- error sobre circunstancias fácticas o error sobre el tipo -- permisivo, anulando la responsabilidad del sujeto, cuando -- tal error tenga las características de ser esencial e inven- cible, pues el referido error, ya hemos visto acarrea los -- mismos efectos del error indirecto de prohibición.

b) ERROR DE PROHIBICION DIRECTO.

Ya hemos manifestado que el error de prohibición directo es- el error sobre la norma y, puede deberse a varios factores: -- a).- A que el autor no conozca la norma, y b).- Que conocien do la norma el sujeto: 1) La interprete equivocadamente; o - 2) Valore incorrectamente un elemento de valoración global - del hecho hallándose en juego el juicio de valor referido al tipo del injusto.

Algunos autores aluden al error directo de prohibición, di- ciendo: Madrazo que, "el error de prohibición, cuando tiene

la característica de invencible, coloca ante el entendimiento del agente, un velo, de tal suerte que le impide comprender la antijuridicidad de su conducta",^{45/} y sigue diciendo, que "conforme a la teoría de la culpabilidad, cuando existe la posibilidad plena de conocimiento de lo ilícito de la conducta, permanece vivo el dolo, pero paralelamente, al -- disminuirse la posibilidad de conocimiento, en esa misma -- medida se reduce lo grave del reproche al ser atenuada la culpabilidad, teniendo como una consecuencia natural la reducción de la intensidad, o mejor dicho, de la severidad de la pena".^{46/} Castellanos Tena es de parecer, que "el error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha".^{47/} Gallas asevera, que "si, según se ha -- hecho, se incluye el dolo considerado como portador de la -- finalidad, ya en el tipo de lo injusto, resulta inevitable la diferenciación entre un error sobre el tipo, excluyente del dolo y un error sobre la prohibición, excluyente de la culpabilidad".^{48/} Graf Zu Dohna, indica que el error sobre la antijuridicidad puede presentarse, "como desconocimiento propiamente dicho, de la prohibición".^{49/} Zaffaroni expresa, que "se llama error de prohibición al que recae sobre la --

^{45/} Op. Cit. p. 46.

^{46/} Op. Cit. p. 49.

^{47/} Op. Cit. p. 255.

^{48/} Op. Cit. Nota 89. p. 63.

^{49/} Op. Cit. pp. 78-79.

comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. -- Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culpable que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, la que se traduce en la cuantía de la pena".^{50/} Córdoba Roda, enseña, que "mientras el de tipo se refiere a un defecto en la consideración de un elemento particular de éste, el de prohibición afecta a la valoración conjunta del acto".^{51/} Para Maurach el error de prohibición directo consiste en el desconocimiento del mandato general impuesto por la norma (error abstracto de la prohibición o de la existencia de la norma)^{52/}. Wessels opina, que el directo "error de prohibición es un error sobre la antijuridicidad (la prohibición jurídica) de hecho; aquí, el autor «sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido»",^{53/} y agrega que, "el error evitable de prohibición hace desaparecer la reprochabilidad de la realización del tipo y es, por consiguiente, causa de exclusión de la culpabilidad. El error evitable de prohibición puede (no debe) producir disminución de la culpabili--

50/ Op. Cit. p. 471.

51/ Op. Cit. p. 36.

52/ Tratado de Derecho Penal, II, pp. 149-156. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962. Véase también a Córdoba Roda. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, p. 52.

53/ Op. Cit. p. 129.

dad, con la consecuencia de que la pena correspondiente al dolo ha de atenuarse".^{54/} Busch nos dice respecto al error invencible de prohibición, que "si el defecto del conocimiento no se podía evitar, se excluye la culpabilidad, y para la pena no hay ningún sitio".^{55/} Frank admite, que "es perfectamente comprensible que a una acción prohibida en general la crea permitida en esas determinadas circunstancias, sin que podamos reprocharle precisamente eso".^{56/} Finalmente Baumann nos dice, que el dolo desaparece "también en caso de error sobre la antijuridicidad de la conducta total (siendo indiferente que este error dependa de desconocimiento de la prohibición o de admisión de un permiso especial...)".^{57/}

Todo error de derecho sobre el estar prohibido de la conducta o hecho es un error de prohibición, pero no todo error de prohibición es un error de derecho, "porque -nos dice Zaffaroni- la falsa admisión de una situación de justificación -- que no está dada, es decir, la llamada <<justificación putativa>>, es un error de hecho (el sujeto cree que lo agraden y le están jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición".^{58/}

^{54/} Op. Cit. p. 132.
^{55/} Op. Cit. p. 41.
^{56/} Op. Cit. p. 52.
^{57/} Op. Cit. pp. 260-261.
^{58/} Op. Cit. p. 473.

Dogmáticamente el error de prohibición directo está comprendido en el artículo 59 bis del Código Penal, condicionado a ciertas circunstancias y con el solo efecto de atenuar la penalidad.

En la Exposición de Motivos de la Iniciativa Presidencial se dice: "Sin perjuicio de los casos de error que excluyen la responsabilidad penal del agente, asunto que en una etapa posterior de la revisión de la ley Penal debiera someterse a cuidadosa reconsideración, ha privado en forma prácticamente ininterrumpida el principio, sostenido como verdadero dogma, de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento".

"El principio señalado posee suma importancia para la preservación del orden jurídico, pero su aplicación irrestricta en la práctica, tomando en cuenta la extraordinaria heterogeneidad de circunstancias en que se encuentran los sujetos activos de los delitos, puede dar lugar a graves injusticias. Así lo ha considerado desde hace tiempo, y por lo que respecta a su propio ámbito de validez material, la legislación civil orientada con sentido social. De esto da ejemplo el Artículo 21 del Código de la materia, acerca del cual recientemente propuso un nuevo texto el Ejecutivo a mi cargo, mediante la Iniciativa correspondiente presentada ante ese Honorable Congreso de la Unión".

"Las razones que fundan esa equitativa previsión de la ley civil, inspiran soluciones semejantes en el marco de la ley penal, como lo propone el artículo 59 bis del proyecto de reformas. Durante la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, realizada en todas las entidades federativas, se percibió claramente la necesidad de tomar en cuenta, sobre todo en lugares donde se asientan grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional, el extremado atraso cultural y el aislamiento social del sujeto para modificar, en virtud de dicho atraso y aislamiento, las consecuencias penales correspondientes".

"En la especie, no se trata en modo alguno de abrir la puerta a indebidas impunidades, sino de facultar al juzgador -- para que, conociendo la personalidad del sujeto y las circunstancias en que éste se ha desarrollado y ha incurrido -- en la conducta ilícita, pueda imponerle una pena atenuada o, inclusive, aplicar directamente el sustitutivo de tratamiento en libertad. De esta suerte, se propicia un trato diferente para quienes son, en realidad, desiguales, y se acentúa el carácter también social, y por ello equitativo, del Derecho Penal".

Por otra parte en el Dictamen de las Comisiones Unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito y

Segunda Sección de Estudios Legislativos a las reformas de 1984, al Código Penal, se expresa: "Sanciones atenuadas en determinados casos de error o ignorancia insuperables; reforma que va dirigida fundamentalmente a realizar con mayor justicia el principio de equidad, o sea, dar un trato diferente a los desiguales y tomar conciencia de que el atraso económico y el aislamiento social de muchas comunidades es el hecho verdaderamente punible, de manera que con estas reformas se evita que las comunidades aisladas, donde frecuentemente se producen ilícitos por ignorancia, sean víctimas, en casos -- extremos, de una doble injusticia: la de la marginación y la de la represión legal".

Como quedó plenamente especificado en la Iniciativa Presidencial y en el dictamen de la Cámara de Senadores, el error -- directo de prohibición regulado en el artículo 59 bis del -- Código Penal, no anula el juicio de reproche al autor de una conducta antijurídica, sino, solo faculta al Juez, para que si considera que se reúnen los extremos indicados en tal numeral, favorezcan al sujeto activo; le imponga una pena atenuada por razones de equidad o aplicar el sustitutivo de --- tratamiento en libertad, en casos de error o ignorancia insuperables.

Lo que significa, que el error esencial e invencible de pro-

hibición directo, no elimina la culpabilidad. Es decir, --
aún habiendo esenciabilidad e insuperabilidad, subsiste la-
responsabilidad.

Los elementos que se desprenden del artículo 59 bis del Código Penal, son:

- a) Realizar el hecho por error o ignorancia invencible;
- b) Sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta;
- c) En virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto.

Se faculta al juzgador a imponer:

- a) Hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate, o
- b) Tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

En referencia al error de prohibición, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recientemente ha establecido: Sea - que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como - un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, lo cierto es que el invencible error de prohibición, impide reprochar al autor su conducta típica. Amparo Directo 2360/80.- Roberto Zavala Payán.- 18 de septiembre de 1980.- 5 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.- Secretaria: Josefina - Ordoñez Reyna. Informe de 1980. Primera Sala, p. 22. No es el caso de aplicar el artículo 59 bis, pues en el se presume que quien delinque es un sujeto que lo hizo creyendo que su actuar era lícito, ya que ignoraba la existencia de una ley que reputaba como ilegal el hecho realizado; pero en el caso, la mecánica misma del evento permite concluir que el-

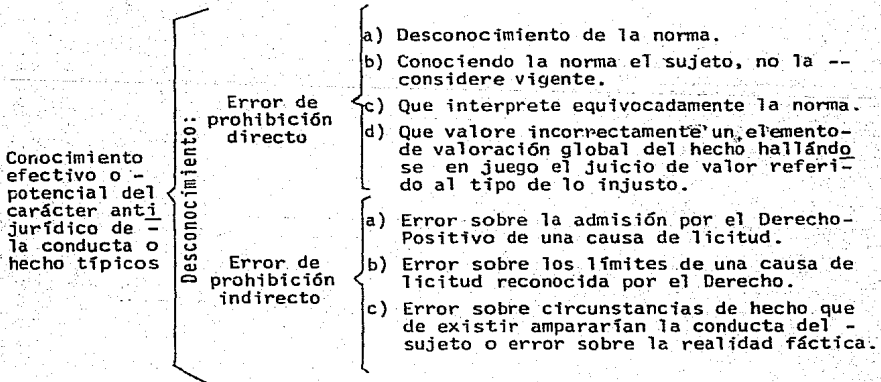
ahora quejoso conocía perfectamente bien que la conducta -- que estaba despliegando era delictuosa, pues su proceder no fue público, sino oculto, y siempre supo que sembraba y cultivaba marihuana, bien sea, según su primera versión, para "venderla a los viciosos", o bien, en su segunda versión -- para usarla personalmente. Informe de 1985. Segunda Parte, p.p. 17-18. En la especie se declaró a los ahora quejosos penalmente responsables por el delito contra la salud, en su modalidad de transportación de marihuana, previsto por el artículo 197, fracción I, del Código Penal Federal, porque en el sumario quedó acreditado que transportaron veintidós kilos ciento veinte gramos de marihuana, del Estado de Chiapas a la Ciudad de México, habiendo alegado los acusados en su defensa, que ignoraban que su actividad fuera ilícita, ya que carecían de instrucción y habían traído la droga a esta Ciudad porque varias personas les habían dicho -- que en este lugar existía un mercado al lado de la terminal de camiones en donde podían vender el vegetal y que dicho lugar lo identificarían porque al frente iban a ver un gran letrero que decía "se vende marihuana". Al respecto se impone destacar que con la nueva redacción del artículo 90. del Código punitivo en cita, -después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro-, que recoge las formas de obrar intencional, imprudencial y preterintencional, no pretenció el legislador, de manera alguna, acabar con el principio general de Derecho: "LA IGNORANCIA DE LA LEY, NO EXCUSA SU CUMPLIMIENTO", máxima de seguridad jurídica que -- como regla genérica y no escrita prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis del mencionado código, respecto del error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, -- por razón del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, que origina un trato punitivo privilegiado para el autor o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso, y que en la doctrina penal alemana es conocida con el nombre de error de prohibición directo. Efectivamente, la reforma penal mencionada dio cabida ya en forma legal al aludido error de prohibición o error de derecho en los términos ya señalados del artículo 59 bis, cuando el error tenga el carácter de invencible o insuperable. Más en la especie resulta evidente que no se está en presencia del mencionado error invencible, pues aún suponiendo la concurrencia del error en el quejoso, el mismo no sería invencible y, por lo contrario, sí superable en atención a que lo importante en el caso es que resulta obvio que en nuestro país, aún en el medio rural, existe conciencia nacional del grave peligro que representa para la sociedad, la pro--

ducción de las drogas, y por tanto, de lo negativo que resultan todas las actividades relacionadas con ellas, por lo cual es increíble, por inverosímil, lo alegado por los quejosos. Informe de 1985. Segunda Parte, p.p. 18 y 19. Es inaplicable el artículo 59 BIS que los quejosos invocan en su demanda. En él se recoge el llamado error de prohibición o error de derecho; cuya operancia requiere prueba plena que el hecho típico y antijurídico se realizó precisamente por el error o la ignorancia invencible en que sus autores se encontraban respecto de la existencia de la ley penal o del alcance de ésta; error o ignorancia que deviene insuperable, en la existencia de la norma aludida, precisamente por el extremo atraso cultural y el aislamiento social del autor. Estos extremos no se demostraron en autos, pues los elementos de prueba examinados por la autoridad responsable acredita que, si bien los ahora quejosos manifestaron vivir en una comunidad indígena, no resulta exacto que ignoraran que el hecho realizado era prohibido por estar sancionado en la ley penal, pues no era la primera ocasión en que lo realizaban y al ejecutarlo lo hacían observando el cuidado requerido para no ser sorprendidos; además, tal actividad les era muy bien remunerada, advirtiéndose además, tal actividad les era muy bien remunerada, advirtiéndose además que en ningún momento manifestaron, durante la averiguación, que hubieran actuado ignorantes de la trascendencia penal de su conducta. Informe de 1985. Segunda Parte, pp. 19-20. Es aplicable el artículo 59 Bis del Código Penal Federal, ya que en él se recoge, como una causa atenuante o de extinción de pena, en el mejor de los casos, con simple tratamiento en libertad, el llamado error de prohibición o error de derecho. Debíó en el caso particular dejarse probado plenamente que el hecho típico y antijurídico imputado se realizó, precisamente, por el error o la ignorancia en que sus autores se encontraban respecto de la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, error o ignorancia que debiene insuperable, en la existencia de la norma aludida, precisamente por el atraso cultural y el aislamiento social del autor, extremos que en manera alguna se demostraron en autos, pues los propios elementos de prueba examinados por la autoridad responsable acreditan que, si bien los ahora quejosos manifestaron vivir en una comunidad indígena, no resulta exacto que ignoraran que el hecho realizado era prohibido, por estar sancionado en la ley penal, puesto que no era la primera ocasión en que lo realizaban y, al ejecutarlo, lo hacían observando el cuidado requerido para no ser sorprendidos en la actividad que sabían delictuosa, pues en razón de su situación económica ellas era muy bien remunerada, además de que en ningún momen-

to manifestaron, durante la averiguación; que hubieran actuado ignorantes de la trascendencia penal de su conducta. -- Informe de 1985. Segunda Parte, pp. 20-21. Para poder aplicarse el artículo 59 bis, del Código Penal Federal, se requiere que el hecho delictuoso, atribuido al quejoso, lo haya realizado por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud de su extremo atraso cultural o de su aislamiento social, situaciones que no se demostraron porque el sentenciado no es analfabeta y reconoció, además, que al encontrar la marihuana afecta, la escondió fuera de su domicilio, en espera de poder venderla, lo cual significa que no ignoraba la existencia de la ley penal que sanciona la posesión de estupefacientes. Informe de 1985. Segunda Parte, pp. 11-12. No pudo haberse aplicado en beneficio del quejoso lo previsto por el artículo 59 bis del Código Penal Federal, pues como bien lo consideró el tribunal responsable, no se demostró que hubiera obrado por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o de su alcance, pues el hecho de llevar el estupefaciente oculto en el forro de la chamarra, implica el reconocimiento de sus actos y de que éstos eran ilícitos. Informe de 1985. Segunda Parte, p. 17.

Cuadro sinóptico

ERROR DE PROHIBICION



I) POR COACCION SOBRE LA VOLUNTAD.

La coacción representa una causa que anula la culpabilidad del agente, por viciar el elemento emocional o volitivo del dolo para unos, y para otros por constituir una no exigibilidad de otra conducta.

Con relación a la coacción algunos autores opinan:

Soler que "al lado del error, y dentro del mismo rango, debe colocarse la coacción como causa que excluye la culpabilidad del que la sufre, aunque no, por cierto, la del que la ejerce",^{59/} y agrega que "es coacción la amenaza de un mal <<inminente>>, tanto si va acompañado de sufrimientos actuales como si no los comporta. Las torturas, padecimientos y daños no son violencia, sino coacción, y lo son en la medida en que doblegan la voluntad por la efectiva y elocuente demostración de lo que aún puede venir. El hecho de que las torturas contengan ya un mal no cambia su naturaleza: su valor excusante debe ser medido siempre con relación a la representación del mal inminente que en ellas se funda o que de ellas se puede razonablemente inducir. Esa razonabilidad debe tomar en cuenta la situación del que ha sido torturado, y la intensificación del miedo que la tortura puede comportar",^{60/} y por último nos dice, "el hecho de --

^{59/} Derecho Penal Argentino, Tomo II, p. 81. Tea. Buenos Aires, --- 1978.

^{60/} Op. Cit. p. 82.

que la acción coacta sea acción voluntaria, no importa, ciertamente, que esa voluntad sea jurídicamente válida. El principio nulla poena sine culpa, en el aspecto volitivo, sólo se cumple en la medida en la que el hecho es expresión de la personalidad de su autor, esto es, en la medida en que ésta se exterioriza libremente. La coacción se caracteriza por determinar un estrechamiento dilemático de las condiciones en que una decisión debe ser tomada, evitando el escape, --- esto es, la posibilidad de no hacer ni lo uno ni lo otro".^{61/} Cuello Calón es de parecer, que "la violencia moral, también denominada coacción, representa la coerción que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones (vis compulsiva). El individuo que en esta situación ejecuta un hecho delictivo no se considera culpable porque su voluntad no pudo determinarse libremente".^{62/} y agrega que "la noción de violencia moral, antes amplísima en la doctrina penal, merced a la evolución científica que ésta ha realizado, va perdiendo campo a medida que de ella van segregándose diversas especies que constituyen eximentes completamente autónomas, de modo que hoy, doctrinalmente al menos, queda casi reducida al miedo o temor de un mal grave cuando el hecho no reúna las condiciones que integran la legítima defensa o el estado de necesidad".^{63/} Carrancá y Tru-

^{61/} Op. Cit. p. 83.

^{62/} Derecho Penal. Parte General, pp. 510-511. 11a. ed. Bosch, Casa-
Editorial, S. A. Barcelona, 1953.

^{63/} Op. Cit. p. 511.

jillo indica, que "en cuanto a la fuerza moral o coacción -- (vis compulsiva), se trata de una causa de inculpabilidad, - pues <<el inculpable es completamente capaz y si no le es re prochada su conducta es porque, a causa de error o por no poder exigírsele otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve>>",^{64/} y sigue diciendo, "en cuanto al su jeto, la coacción ejercida sobre él por otro, forzando y suprimiendo por manera absoluta su libertad de determinación, - quita a la acción u omisión materialmente ejecutada toda intención delictuosa y asimismo excluye al dolo y la culpa imputables al sujeto; de donde la responsabilidad no puede ser sino del que ha ejercido tal acción. Solo será, en parte -- del autor material, si la coacción no produjo la insuperable anulación de su voluntad".^{65/}

Con relación a la legislación mexicana Pavón Vasconcelos expresa, que "la operancia del temor fundado e irresistible -- (vis compulsiva) fundamentarse en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, significándose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta. La voluntad viciada, que impone al sujeto la comisión del hecho como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad, lo cual supone la realización de una conducta típica y antijurídica. Se

^{64/} Derecho Penal Mexicano. Parte General, pp. 479 y 480. 13a. Ed. - Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

^{65/} Op. Cit. pp. 479-480.

trata de una auténtica no exigibilidad, reconocida por el derecho positivo, en que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio".^{66/} Castellanos Tena es de parecer, que "la fracción IV del artículo 15 del Código Penal comprende entre las excluyentes de responsabilidad: - <<El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor...>>. Pero puede considerarse esta eximente como una causa de inculpabilidad por -- coacción de la voluntad, siempre y cuando no anule en el -- sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza. Para la mayor parte de los especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, -- según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico".^{67/} Finalmente Porte Petit asevera, que "la vis moral, puede -- ser una causa de inculpabilidad por inexigibilidad, o bien, una causa de inimputabilidad, según los casos".^{68/}

Para la teoría psicológica de la culpabilidad, la coacción es causa de inculpabilidad porque vicia el elemento volitivo o emocional del dolo, eliminándose por tanto, el dolo o culpa que son especies para esta teoría.

^{66/} Op. Cit. p. 414.

^{67/} Op. Cit. p. 264.

^{68/} Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p. 397. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

Para una concepción mixta o compleja de la culpabilidad, la coacción será causa de inculpabilidad cuando el dolo, culpa y preterintención sean considerados elementos de la culpabilidad (reprochabilidad); y, la coacción será causa que anule los presupuestos de la culpabilidad, cuando el dolo, culpa y preterintención, sean considerados como tales. O bien, se puede considerar a la coacción como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, debido a que -- las circunstancias son anormales al tiempo de obrar del sujeto.

Para el sistema finalista, que da origen a una concepción meramente normativa de la culpabilidad, la coacción sobre la voluntad será una causa de atipicidad por viciar el elemento volitivo del dolo, y de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, por ser las circunstancias concomitantes anormales al tiempo de obrar del sujeto.

Dogmáticamente la coacción se encuentra regulada en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, al establecerse: "Obrar en virtud de..., temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menor perjudicial al alcance del agente".

La crítica a la fracción de referencia es en el sentido de que indebidamente reglamenta el efecto y no la causa que -- produce el temor, éste es, se debió regular el estado de -- coacción y no el temor fundado que es su consecuencia.

Los elementos que desprendemos de la fracción VI, del artículo 15 del Código Penal, referente al temor fundado, son:

- a) Una conducta llevada a cabo en virtud del temor fundado (es decir por coacción sobre la voluntad).
 - b) La coacción debe ser irresistible (o sea, que no la pueda superar el sujeto activo).
 - c) El temor debe provenir de la amenaza de un mal inminente (que pueda suceder prontamente).
 - d) El mal a suceder prontamente debe ser grave (que pueda lesionar o poner en peligro bienes jurídicos propios o ajenos), y
 - e) Que la conducta del sujeto se realice por no existir... otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance (si existe otro medio, o bien si el que existe es menos perjudicial, no favorecerá al sujeto el temor fundado).
-

J) POR NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA CONFORME A DERECHO.

"La teoría normativa de la culpabilidad, que de la esencia -- de ésta en la valoración de la formación de la voluntad y -- basa, así, el reproche de la culpabilidad en el <<poder-actuar de-otro-modo>> individual del autor, condujo como consecuencia última a requerir que la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma constituye una causa general de exculpación supralegal".^{69/}

Algunos autores con relación a esta excluyente supralegal de la culpabilidad, manifiestan:

Cuello Calón, que "como causa de exclusión de la culpabilidad no prevista por la ley (supralegal) se ha reconocido por algunos autores, particularmente en Alemania, la llamada no-exigibilidad. Conforme a esta doctrina un hecho no puede -- considerarse culpable cuando el agente dadas las circunstancias de su situación no puede exigírsele una conducta distinta de la observada. El Tribunal Supremo Alemán ha acogido -- en algunos casos esta excluyente de la culpabilidad"^{70/} Be--ttiöl opina que "para que la acción pueda determinarse culpable no basta que un sujeto capaz haya previsto y querido un evento lesivo, sino que es necesario que su voluntad haya -- podido determinarse normativamente a la acción: esta determi

^{69/} Jescheck. Op. Cit. pp. 686-687.

^{70/} Op. Cit. p. 515.

nación normal no se da cuando las condiciones de hecho en las cuales actúa el individuo son tales que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano libre de defectos"^{71/} y agrega, que "la culpabilidad desaparece en una concepción normativa siempre que no se haya podido exigir del sujeto agente --dadas las condiciones del actuar-- un comportamiento distinto del que efectivamente observó",^{72/} y por último, nos dice, que "la no exigibilidad constituye la ratio de las causas de exclusión de la culpabilidad, y solamente de éstas, por lo cual solo para las hipótesis similares puede dicha ratio, en los casos no expresamente previstos por la ley, adquirir entidad normativa... Pero cuando no existe la culpabilidad, porque no se podía esperar en el sujeto una motivación normal, hablar de culpa y aplicar una pena sería una herejía".^{73/} Castellanos Tena nos dice que se debe de aclarar "que la no exigibilidad de otra conducta representa, para unos, una causa de inculpabilidad, y para otros la motivación de una excusa, la cual, dejando --subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena".^{74/} Gallas es de parecer, que "el elemento de la desaprobación, complementario de la culpabilidad, reside sólo en el hecho de que el autor también pudo haber evitado esa decisión".^{75/} Zaffaroni asevera, que "la inexigibilidad no es -

71/ Bettiol. Berecho Penal. Parte General. p. 417.

72/ Op. Cit. p. 417.

73/ Op. Cit. pp. 417 y 420.

74/ Op. Cit. p. 264.

75/ Op. Cit. p. 62.

--como pretendió en un momento la teoría compleja de la culpabilidad-- una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Siempre que no hay culpabilidad, ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera que sea la causa que la excluya".^{76/} y que, "nos negamos a reconocer que haya una causa de inculpabilidad-legal o -- <<suprelegal>>-de <<inexigibilidad de otra conducta>>".^{77/} Soler considera, que "la idea de poner en juego las circunstancias concomitantes, para graduar la culpabilidad, ha conducido, en sus límites, a la admisión de una causa de inculpabilidad que, desde luego, no es ni coacción ni estado de necesidad justificante. A esa causal se le ha denominado -- <<no exigibilidad de otra conducta>>. Se trata, según hemos visto, de un aspecto de la teoría que concibe a la culpabilidad como reprochabilidad: hay casos en que el sujeto no será reprochable porque no se le podía exigir el sacrificio de no obrar como lo hizo".^{78/} Jiménez de Asúa, considera que, "la causa supralegal de inculpabilidad, que consiste en la <<no exigibilidad de otra conducta>>, no sólo es -- práctica jurídica reconocida en la esfera de la culpa, sino también en el ámbito del dolo".^{79/} Baumann nos dice, que -- "la ley no dicta normas, por ejemplo, en el sentido de que -- han de desaparecer la culpabilidad y la responsabilidad del

^{76/} Op. Cit. p. 445.

^{77/} Op. Cit. p. 483.

^{78/} Op. Cit. Tomo II, p. 84.

^{79/} La ley y el delito, p. 411.

autor en caso de que no pueda exigirse otra conducta",⁸⁰ y sigue diciendo, "existe el peligro, que debe ser convenientemente apreciado, de que el orden jurídico se abandona a sí mismo cuando retrocede ante toda exigencia de conducta acorde con el derecho".^{81/} Frank opina, que la exigibilidad o no exigibilidad como criterio que opera como causa para que exista o no la culpabilidad, ya la encontramos, cuando "es bien posible, por cierto, ver en ello solamente la expresión de un interés de un interés mayor o menor en la evitación del hecho".^{82/} Busch argumenta, que "dichas circunstancias le quitan al autor la posibilidad de dirigir su conducta interna conforme con la norma, desaparece entonces el deber, y así la conducta jurídica no le es exigible. La inexigibilidad se presenta como concepto fundamental de la exclusión de la culpabilidad".^{83/} Maurach indica, que "la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, o conforme a la norma, que es elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye factor que descarta la culpabilidad, de acuerdo con el aforismo ultra posse nemo obligatur",^{84/} y agrega, que esta teoría "se justifica si se considera que hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión en las cuales la vigencia imperiosa de la norma no resulta ni puede resultar eficaz, si además, se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre -

80/ Op. Cit. p. 226.

81/ Op. Cit. p. 230.

82/ Op. Cit. pp. 15.

83/ Op. Cit. pp. 13-14.

84/ Op. Cit. pp. 365-366.

medio, no para el héroe. La acción realizada en esas circunstancias es sin duda ilícita e injustificada, pero es im- posible reprochar al autor su acción",^{85/} y finalmente indi- ca, que "en la dogmática alemana se discute si fuera de los casos enumerados de no exigibilidad de una conducta confor- me a la ley, hay otros de no exigibilidad especiales surgi- dos de la costumbre, hay opinión de que hay necesidad de -- una cláusula general de no exigibilidad en los delitos cul- posos y en los de omisión".^{86/} Mezger aduce, que "no proce- de culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, - que en las circunstancias del caso particular, no se le pue- de exigir otra forma de actuar".^{87/} Wessels enseña, que "el criterio de la <<no exigibilidad>> como <<principio regula- dor>> adquiere en algunos casos determinados, una gran sig- nificación en los delitos culposos y omisivos en los que -- interesa delimitar con precisión el alcance de los deberes- de cuidado y de acción".^{88/} Finalmente Jescheck con rela- ción a la inexigibilidad, dice que esta teoría debe recha- zarse, pues "una causa supralegal de exculpación por inexi- gibilidad implicaría, tanto si se la concibiese subjetiva - como objetivamente, una debilitación de la eficacia de pre- vención general que corresponde al Derecho Penal y conduci- ría a una desigualdad en la aplicación del Derecho, ya que- la <<inexigibilidad>> no constituye ningún baremo maneja- ble".^{89/}

^{85/} Op. Cit. p. 366.
^{86/} Op. Cit. pp. 367 y ss.
^{87/} Op. Cit. p. 272.
^{88/} Op. Cit. p. 126.
^{89/} Op. Cit. pp. 687-688.

Por nuestra parte consideramos, que la no exigibilidad de -- otra conducta acorde a derecho, como causa de inculpabilidad de una concepción de la culpabilidad mixta o compleja, se -- basa en que las circunstancias concomitantes al tiempo de -- obrar del sujeto son anormales, y es sin lugar a dudas, un -- instrumento de gran valor, del que se debe hechar mano, para que se haga más eficaz la impartición de justicia. Pues no sería humano exigir al sujeto activo que soporte las circuns -- tancias anormales, ya que tal proceder, como repetidamente -- se ha afirmado, solo es para héroes.

Para el sistema de la acción finalista, la no exigibilidad -- de otra conducta, es, como se ha afirmado en líneas anterior -- res, el fundamento de las inculpabilidades del moderno Dere -- cho Penal; tal criterio, impide la formulación del juicio de reproche al autor de una conducta antijurídica, en virtud de que las circunstancias anormales concomitantes al tiempo de obrar del agente, impiden que tal conducta sea considerada -- como culpable.

Porte Petit nos dice, que "el hecho de que el Código actual -- y las reformas penales no se ocupan de la no exigibilidad de otra conducta con una fórmula general no significa que no -- esté prevista en casos especiales como ocurre en los artícu -- los 151, 154 y 333 del Código Penal", ^{90/} y agrega, que la --

^{90/} Hacia una reforma del sistema penal, p. 391.

"fracción IX --antes de la reforma del artículo 15--, constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reprochable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia ...",^{91/} y finalmente comenta, que "en el estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, nos situamos frente a una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta".^{92/}

En verdad, el criterio de la no exigibilidad de otra conducta anula la formulación del juicio de reproche, tanto para una concepción mixta o compleja de la culpabilidad, como para una teoría meramente normativa de la misma, por consistir éstas, en el juicio de reproche de una conducta antijurídica.

Dogmáticamente la no exigibilidad la desprendemos del temor fundado regulado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, pues este temor es consecuencia de la coacción, y ésta es una situación anormal al tiempo de obrar del agente, que hace que no pueda exigírsele una conducta distinta. La fracción IV, referente al estado de necesidad, cuando se trata de bienes de igual valor, es también una no exigibilidad de otra conducta.

^{91/} Op. Cit. p. 241.

^{92/} Op. Cit. p. 241.

Los elementos que se derivan del estado de necesidad, después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1985, son:

- a) Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno;
- b) De un peligro real, actual o inminente;
- c) No ocasionado intencionalmente (dolosamente) ni por imprudencia grave (por culpa grave) del agente;
- d) Que no tuviere el deber jurídico de afrontar el peligro, el sujeto activo; y
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

El estado de necesidad es una causa de licitud o justificación, cuando el bien salvado es de mayor entidad que el sacrificado; y, será causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta; cuando se trate de bienes jurídicos de igual valor en conflicto, en virtud, de que las condiciones concomitantes son anormales, al tiempo de obrar del sujeto.

Además del temor fundado, y del estado de necesidad, los artículos 151, 154, 333 y última parte de la fracción V del -

artículo 400 del Código Penal, en sus incisos a), b), y c), son auténticas hipótesis de no exigibilidad de otra conducta.

Empero, la no exigibilidad de otra conducta, constituirá -- una causa de inculpabilidad para el sistema finalista, no obstante la existencia de una tipicidad dolosa, culposa o preterintencional.

Sin olvidar, por otra parte, la discusión doctrinal que acarrea la admisión de esta causa de inculpabilidad o fundamento de las inculpabilidades, pues, como quiera que sea, impide la formulación del juicio de reproche al autor de una -- conducta antijurídica, (culpabilidad).

La no exigibilidad de otra conducta, se deriva dogmáticamente de una interpretación sistemática de los preceptos de -- nuestro texto legal punitivo; por tanto, deberá de favorecer al sujeto, cuando las circunstancias estén dadas, e impidan que se le considere culpable al mismo. En España así lo ha sostenido Rodríguez Muñoz, quien expresa: "En nuestro Código no existe ciertamente, un obstáculo legal que -- impida el funcionamiento de la no exigibilidad de la conducta como causa de exclusión de la culpabilidad".^{93/}

^{93/} Nota en la p. 217, en el Tratado de Derecho Penal, II, de Edmundo Mezger. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, 3a. ed. -- Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

7. CONCLUSIONES

El Derecho Penal Mexicano admite como postulado supremo de su Política Criminal, el estar regido --además de otros principios-- por el principio de culpabilidad; criterio según el cual, no podrá imponerse pena alguna, sino en virtud de la reprochabilidad de la conducta del agente, es decir, tal principio es el fundamento y medida de la pena, la cual ha de buscar los fines de prevención especial y general.

El elemento culpabilidad, después de una larga evolución, es hoy considerado --criterio que compartimos--, como el juicio de reproche personal al autor de una conducta antijurídica, --dado que llevó a cabo un tipo penal, siéndole exigible una conducta diversa a la que realizó, y debido a que podía y debía comportarse conforme a derecho. Quedaron rezagados criterios como el psicológico, que concibe al dolo, culpa y preterintención como especies de la culpabilidad; al igual que la concepción mixta o compleja de la culpabilidad, que enlaza criterios psíquicos con normativos, quedándose a medio camino de lograr una teoría meramente normativa.

Sin embargo, en la esfera nacional, aún existen seguidores de las teorías psicológica y mixta o compleja, ésta última introducida en iberoamérica, por Jiménez de Asúa, con el nombre de

teoría normativa, que es como la conocemos en el país. En tal virtud, dogmáticamente, nuestro ordenamiento punitivo, da cabida a tres corrientes de la culpabilidad, para el efecto de que el juzgador, tomando partido por la posición doctrinal que mejor le acomode, pueda realizar la impartición de justicia de una manera más eficaz y, por otro lado, el defensor pueda, -- igualmente, realizar actos de defensa más fructíferamente.

El dolo, que tradicionalmente se consideró como especie de culpabilidad (teoría psicológica) o como forma de la misma (teoría mixta o compleja), contiene dos elementos: el intelectual, ético o conativo y el volitivo, emocional o psicológico.

El elemento intelectual del dolo consiste en el conocimiento de las circunstancias o elementos "que por otra parte" pertenecen al tipo, no incluimos a la conciencia de la antijuridicidad, debido a que ésta no es parte integrante del dolo, sino de la culpabilidad, posición de la llamada teoría de la culpabilidad, de la cual somos partidarios.

Con las reformas al Código Penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, el artículo 9o. párrafo primero, conceptúa al dolo con una fórmula impecable y difícilmente superable: "Obra intencionalmente (dolosamente) el que, conociendo las circunstancias del hecho típico

(elemento intelectual que no incluye la conciencia de la anti-juridicidad), quiera o acepte el resultado prohibido por la ley (elemento volitivo, que da cabida al dolo directo y al eventual)".

Dentro de tan magnífica fórmula, del dolo, encontramos como especies del mismo, al dolo directo cuando se dice "quiera", y al dolo eventual, cuando se expresa "acepte"; para algunos, también se da entrada al dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado, pero nosotros pensamos, que no es así.

El concepto formal de dolo, nos sirve para una estructuración psicológica de la culpabilidad que lo considera como una especie de ésta; para una mixta o compleja, que lo concibe como presupuesto, unos, o como elemento, otros; y, en fin, para una teoría meramente normativa de la culpabilidad, que considera al dolo como uno más de los elementos subjetivos del tipo del injusto, portador del disvalor de la conducta.

La culpa cuya esencia radica en la violación del deber de cuidado, es también tomada en cuenta por nuestro legislador, y se la plasma en una fórmula intachable, expresándose en el numeral 9o., párrafo segundo, de nuestro Código Penal, que: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo-

un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

En el concepto transcrito, se da cabida a la culpa con representación y a la sin representación, además de quedar comprendidas también, la imprudencia propiamente dicha, la negligencia, la impericia, que sin ser una especie de culpa, debido a que ésta consiste en una deficiencia de carácter técnico, queda comprendida también, debido a que, la primera violación del deber de cuidado consiste en actuar sabiendo que no se es pe-
rito.

Nuestro ordenamiento legal por lo que hace a la culpa, sigue el sistema de incriminación abierta a numerus clausus, a diferencia del de incriminación específica que rige en los modernos Códigos Penales; consideramos, que se debiera sancionar la culpa siguiendo el segundo sistema indicado, es decir, puniéndose solo aquellos ataques a bienes jurídicos verdaderamente importantes, esto es, fundamentales, de manera pormenorizada en la parte especial de nuestro ordenamiento legal, pues de no ser así, el individuo quedaría a merced de realizar un tipo penal que acepte tal forma de comisión; además, creemos, su persecución debiera limitarse a querrela de la parte ofendida, en aquéllos tipos en que el bien jurídico sea disponible.

La culpa también, es factible, tal como está reglamentada, de ser considerada como especie de culpabilidad, como forma de ésta o, como elemento integrante del tipo de lo injusto.

Con las reformas al Código Penal de 1984, se adicionó al artículo 80., una fracción, la III, diciéndose que los delitos pueden ser preterintencionales y, en el artículo 90., se da su concepto al expresarse: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

En el concepto formal se considera a la preterintención, como es, o sea, como suma de dolo y culpa, dolo con relación al resultado querido o aceptado y culpa respecto al causado habiendo se previsto o no, pero siendo previsible.

Hay que aclarar que la preterintención no es delito calificado por el resultado, como pretenden verlo algunos autores, sino que, para que ésta exista deben concurrir los "momentos psíquicos" dolo y culpa.

Es falso que la preterintención es mezcla de dolo y culpa, pues estos momentos psíquicos no se pueden mezclar, es decir, no se puede querer (dolo) y no querer (culpa) el resultado (delito) simultáneamente, sino, como ya se indicó suma de ambos momentos subjetivos.

La preterintención, dependiendo de la posición doctrinal, de cada quien, será especie, o forma de culpabilidad, o bien, elemento del tipo de lo injusto.

La inculpabilidad es el reverso del elemento culpabilidad.

La inculpabilidad dependerá de la teoría que se acepte, pues varía su tratamiento si se trata de una concepción psicológica, o bien, mixta o compleja, o simplemente normativa.

El error esencial e invencible y la coacción serán las inculpabilidades para una concepción psicológica de la culpabilidad, pues, el primero anula el elemento intelectual (del dolo) y la segunda vicia el elemento volitivo, acarreando la consecuente eliminación del nexo psicológico.

Para una teoría mixta o compleja, la inculpabilidad será:

Por error esencial e invencible que elimina el dolo, la culpa y la preterintención, cuando éstos sean considerados como elementos de la culpabilidad (reprochabilidad).

Por no exigibilidad de otra conducta acorde a la norma, que impide la formulación del juicio de reproche en virtud de que las circunstancias concomitantes al tiempo de obrar del sujeto son anormales.

El error esencial e invencible puede ser de tipo, cuando se desconocen circunstancias o elementos pertenecientes al tipo, si es invencible, elimina el dolo, ya se considere como especie de culpabilidad (origina una inculpabilidad), bien como presupuesto o elemento de la culpabilidad (dando como resultado la falta de presupuesto o una inculpabilidad) o, simplemente, como perteneciente al tipo (existiendo una atipicidad).

Si el error es vencible anula al dolo, pero deja subsistente la culpa, siempre que el tipo respectivo acepte tal forma de comisión.

El error de tipo está regulado actualmente en la primera parte de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal, al decirse: "Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción legal,..." Acarreando como ya se estableció, una inculpabilidad o atipicidad, según la posición doctrinal del intérprete.

Cuando el error recae sobre circunstancias calificantes, tal error deja sin efecto la calificativa y solo será responsable el sujeto por el tipo fundamental o básico; pensamos, que la fórmula del error de tipo es aplicable, para estos casos, pues es evidente que el dolo del agente debe abarcar la calificati-

va, cuando ésta concorra, y de no ser así, existirá un error de tipo.

El error también puede recaer sobre circunstancias privilegiantes, ésto es, sobre circunstancias que atenúan la penalidad; -- cuando el sujeto por error cree que en su actuar concurre una causa atenuante, sin que en realidad ésto suceda, debe estarse al tipo fundamental o básico, o sea a lo objetivo, pues no se debe beneficiar al sujeto por tal error; ahora, cuando por ---- error se ignora que en realidad concurre la circunstancia privilegiante, debe de igual manera, estarse a lo objetivo y beneficiarle tal atenuante.

El error de licitud, permisión, eximente putativa o error indirecto de prohibición, se encuentra regulado en la segunda parte de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal: "..., o que por el mismo error (se refiere al error esencial e invencible)-estime el sujeto activo que es lícita su conducta". Tal vez se debió decir, que concurre una causa de licitud o justificación, para no dar lugar a interpretaciones en el sentido de que con tal fórmula se contempla tanto el error indirecto como el directo de prohibición.

El expresado error anula la conciencia de la antijuridicidad, y la consecuencia será una inculpabilidad, para quienes conside--

ren al dolo como especie o forma de la culpabilidad y a la --
conciencia como parte integrante de aquél; y para los que si-
túan a la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad--
como elemento de la culpabilidad, el resultado será una incul-
pabilidad.

La coacción sobre la voluntad es para nosotros una hipótesis-
de no exigibilidad de otra conducta, porque, las circunstan--
cias concomitantes al tiempo de obrar del sujeto son anorma--
les, y es causa de inculpabilidad, en virtud de que impide la
formulación del juicio de reproche. Pero para la teoría psi-
cológica tal estado de coacción anula el elemento volitivo --
del dolo, habiendo por tanto también una inculpabilidad. Pa-
ra la teoría compleja o mixta igualmente se elimina el dolo y
a la vez constituye una no exigibilidad de otra conducta, que
impide reprochar al sujeto su conducta. Dogmáticamente esta-
no exigibilidad se deriva del temor fundado regulado en la --
fracción VI, del artículo 15 del Código Penal, regulación in-
debidamente, pues se reglamenta el efecto (temor fundado) y no la-
causa que lo produce como es el estado de coacción.

La no exigibilidad de otra conducta acorde a la norma, impide
la formulación del juicio de reproche al autor de una conduc-
ta antijurídica. Su base son las circunstancias concomitan--
tes anormales al tiempo de obrar del sujeto.

Constituye una hipótesis de inculpabilidad tanto para una posición mixta o compleja, como, para una meramente normativa de la culpabilidad.

Dogmáticamente la desprendemos de la fracción IV, referente al estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son de --- igual entidad; de la fracción VI, del artículo 15, que reglamenta el temor fundado (coacción), así como de los numerales - 151, 154, 333 y de la última parte de la fracción V, incisos - a), b) y c) del artículo 400, todos éstos preceptos del Código Penal.

Aunque la no exigibilidad de otra conducta no esté regulada -- expresamente en la ley, debe de beneficiar al sujeto, cuando - haya bases suficientes para su procedencia, partiendo de una - interpretación sistemática del Código Penal.

En apoyo a lo manifestado, ya con anterioridad Sánchez Cortés - había expresado, que "si bien es cierto que dicha causal no -- aparece expresamente contemplada en nuestra ley, no está fuera de ella, pues el juez, teleológicamente, debe llegar a la conclusión de que no es culpable el sujeto a quien no se le puede exigir un comportamiento diverso", agregando que, el Código -- Penal contiene algunas hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta en el "estado de necesidad, cuando-

el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado -- (artículo 15, fracción IV); Encubrimiento entre parientes (artículo 15, fracción IX); Evasión de presos (artículos 151 y -- 154); Violación de correspondencia (artículo 174); Inhumación ilegal (artículo 280, fracción III); Golpes, violencias y lesiones causadas en el ejercicio del derecho de corrección (artículos 294 y 347); Aborto por causas sentimentales (artículo 333)".¹ De idéntico parecer es Jiménez de Asúa cuando indica: "Todos los Códigos tienen disposiciones que se inspiran en --- doctrinas psicológicas y en las tesis normativas. El hecho de eximir al que obra por vis moral o al que encubre a un próximo pariente, es incompatible con la teoría psicológica y es clara la demostración de un concepto normativo de la culpabilidad. - Pero, sobre todo, observe usted (se dirige a Sánchez Cortés) - que cuando en 1907 se inicia por R. Frank lo que luego se denominaría teoría normativa de la culpabilidad, el artículo 51 del Código Penal Alemán, que no se reforma hasta muchos años - después, era francamente psicológico en su redacción de causas de inimputabilidad. No veo, pues, dónde puede estar la prueba de que el Código Penal Mexicano se afilió a la teoría psicológica ni donde reside el obstáculo para construir dogmática--- mente en México la concepción normativa de la culpabilidad".²

- 1.- Una exigente que no se omitió en la ley. Trabajo publicado en la Revista Criminalia de enero de 1962, p. 50.
- 2.- Idem., p. 52.

En fin, resumiendo diremos con Sánchez Cortés, que "no resulta aventurado (por las razones antes expuestas) el decir que el sistema de nuestro Código no excluye el concepto normativo de la culpabilidad, ni pierde de vista el concepto psicológico de ella, por lo que no constituye desatino alguno el declarar que ambas teorías tienen cabida y se complementan en el Código Penal Mexicano"³, añadiendo por nuestra parte, que también se -- acepta la teoría meramente normativa, pudiendo desprenderse, -- de igual manera que las anteriores, de nuestro ordenamiento -- penal vigente.

Ya hemos mencionado algunas inculpabilidades, que son valederas para el sistema finalista, como son el error de licitud, -- permisión, eximente putativa o error indirecto de prohibición -- y, la no exigibilidad de otra conducta acorde a la norma.

Hablemos por tanto, del error de prohibición directo, el cual -- dogmáticamente se regula en el artículo 59 bis del Código Pe-- nal, limitado a ciertos requisitos y con el sólo efecto de at-- nuar la pena o de sustituir ésta por trabajo en favor de la -- comunidad.

El error de prohibición, es el error sobre la norma, o sea, -- cuando el sujeto la desconoce, no la considera vigente o la -- interpreta equivocadamente, o bien, valora incorrectamente un -- elemento global del hecho típico.

3.- Idem., p. 49.

En la actualidad uno de los grandes mitos que todavía se sostiene por no pocos tratadistas de Derecho Penal, es el "deber de cada ciudadano de conocer las leyes", empresa por otra parte -- sumamente difícil, sino imposible, a causa de la constante "inflación legislativa", pues "a nivel federal por ejemplo -nos dice Maricela Mercadillo- (del Archivo Histórico de la Nación) -- hay cerca de 800 mil disposiciones legales registradas en el -- Diario Oficial de la Federación (de 1917 a 1986)"⁴, si los "especialistas" en derecho muy deficientemente llegan a manejar algunas leyes ¿como se pide y exige al común de la gente -no - perita en Derecho- su conocimiento?

En realidad, nuestra posición es en el sentido de pugnar por el establecimiento sin restricciones del error de prohibición directo, sólo limitado a su esenciabilidad e insuperabilidad.

Legalmente el error de prohibición directo no anula el juicio de reproche, sino solo faculta al juzgador, para que éste, si lo considera conveniente, pueda atenuar la pena o conmutarla -- por un tratamiento en libertad. Tímido paso el del legislador, en verdad, pero no debemos de desconocer el avance que se obtiene con él. Esperemos solamente, que en futuras reformas se establezca el error directo de prohibición, sin necesidad de sujetarlo a requisitos como los establecidos actualmente en el artículo 59 bis del Código Penal.

4.- Artículo de Ovilla Mandujano, Manuel, publicado en el periódico ABOGADO, año I, Núm. 6. Noviembre de 1986.

Empero, el absurdo actual, es que, aún habiendo esenciabilidad e insuperabilidad en el error directo de prohibición, subsiste la responsabilidad, al no darse los requisitos que deben concurrir en la persona del sujeto activo.

Para concluir diremos, que lo que se pretende con el presente-trabajo, es demostrar que nuestra legislación penal vigente en el Distrito Federal, da cabida en su sistema a las tres principales teorías de la culpabilidad: la psicológica, la mixta o compleja y la meramente normativa, así como a sus respectivos- aspectos negativos, y confiamos haber logrado el cometido propuesto.

I N D I C E

Págs.

Sumario. -----	V
1.- Introducción: -----	1
A) Principios básicos, limitadores del poder punitivo del Estado. -----	4
B) El principio de culpabilidad. -----	21
2.- La culpabilidad: -----	32
A) Consideraciones generales: su evolución. -----	33
B) Concepción psicológica de la culpabilidad. -----	36
C) Concepción mixta o compleja de la culpabilidad. -----	49
D) Concepción meramente normativa de la culpabilidad. -----	65
3.- El dolo: -----	79
I. Teoría de la voluntad. -----	79
II. Teoría de la representación. -----	81
III. Teoría mixta. -----	82
A) Papel que desempeña el dolo en la sistemática penal: -----	84
a).- Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja). -----	84
b).- Sistema finalista. -----	87
B) Contenido del dolo: -----	90
a).- Elemento intelectual o conativo: -----	90
I. Teoría rígida del dolo. -----	92
II. Teoría limitada del dolo. -----	95

III. Teoría rígida de la culpabilidad. -----	98
IV. Teoría limitada de la culpabilidad. ----	100
b).- Elemento volitivo o emocional. -----	106
C) Breve referencia a algunas clases de dolo. -----	107
D) Derecho positivo. -----	115
4.- La culpa: -----	125
A) Papel que desempeña la culpa en la sistemática del delito: -----	126
a) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja). -----	127
b) Sistema finalista. -----	127
B) La culpa con representación, con previsión o con- ciente. -----	128
C) Diferencia entre la culpa con representación, con previsión o conciente con el dolo eventual. ----	131
D) Culpa sin representación, sin previsión o incon- ciente. -----	135
E) Derecho positivo. -----	137
5.- La preterintención: -----	148
A) Papel que desempeña la preterintención en la sis- temática del delito: -----	150
a) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja). -----	150
b) Sistema finalista. -----	151
B) Como suma de dolo y culpa. -----	151
C) Derecho positivo. -----	154

	Págs.
6.- La inculpabilidad: -----	157
A) Sistema clásico (teoría psicológica y teoría mixta o compleja). -----	157
B) Sistema finalista. -----	161
C) El error y la ignorancia. -----	161
D) El error esencial e invencible: -----	163
a).- Esencial. -----	164
b).- Invencible. -----	167
E) El error de tipo: legislación. -----	170
F) Error sobre circunstancias calificantes: legislación. -----	180
G) Error sobre circunstancias privilegiantes: legislación. -----	188
H) El error esencial e invencible de prohibición: ---	193
a).- Error de licitud, permisión, eximente putativa o error indirecto de prohibición. -----	195
b).- Error de prohibición directo. -----	210
I) Por coacción sobre la voluntad. -----	221
J) Por no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. -----	227
7.- Conclusiones. -----	236