

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

(CIENCIAS PENALES)

**LA IMPORTANCIA DE LA *IGNORATIA LEGIS* EN EL ERROR DE
PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO,

PRESENTA:

LIC. JOEL SÁNCHEZ PEDRAZA

TUTOR:

MAESTRO HECTOR GONZÁLES ROMERO

SAN JUAN DE ARAGÓN ESTADO DE MÉXICO,

2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TABLA DE CONTENIDO

LA IMPORTANCIA DE “*LA IGNORATIA LEGIS*” EN EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

	Pág.
TABLA DE ABREVIATURAS	I
INTRODUCCIÓN	II

CAPÍTULO PRIMERO.

LA FUNCIÓN DEL COMPORTAMIENTO INTERIOR EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

1.- Generalidades sobre la culpabilidad	1
2.- Concepto de culpabilidad	3
3.- Teorías	3
3.1.- Causalismo psicólogoista	3
3.2.- Causalismo normativista	9
3.3.- Posición ecléctica	17
3.4.- Finalista	19
3.5.- Modelo lógico	32
3.6.- Funcionalista	33
4.- La voluntad del delito	36

5.- Esencia de la culpabilidad	37
6.- Estructura de la culpabilidad	39

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL ELEMENTO ANÍMICO DEL COMPORTAMIENTO INTERIOR DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

1.- El dolo	41
1.1.- Concepto	41
1.2.- Elementos	44
1.2.1.- Cognitivo	47
1.2.1.1.- Conocimiento de los elementos descriptivos del tipo objetivo	49
1.2.1.2.- Conocimiento ontológico y nomológico	50
1.2.1.3.- Conocimientos superiores o especiales	60
1.2.1.4.- Conocimientos potenciales	62
1.2.1.5.- Conocimientos de la significación de los elementos del tipo	64
1.2.1.6.- Conocimiento de las circunstancias típicas	65
1.2.1.7.- Conciencia de antijuridicidad de su conducta	66
1.2.1.8.- Conocimientos normativos del tipo objetivo	68
1.2.2.- Volitivo	72
2.- La culpa	81
2.1.- Concepto	81

2.2.- Naturaleza de la culpa	82
2.2.1.- Defecto o vicio intelectual	82
2.2.2.- Defecto de la voluntad	83
2.2.3.- Teorías que toman en cuenta otras circunstancias	84
2.2.3.1.- Teorías objetivas	85
2.2.3.1.1.- De los medios antijurídicos	86
2.2.3.1.2.- De la acción contraria a la norma	87
2.2.3.2.- Teorías subjetivas	88
2.2.3.2.1.- Teoría de la previsibilidad	88
2.2.3.2.2.- Teoría de la prevenibilidad	91
2.2.3.2.3.- Teoría de la violación al deber de acción	93
2.3.- Incumplimiento de normas legales	93

CAPÍTULO TERCERO.

CAUSAS SUBJETIVAS DE EXCLUSIÓN (EL ERROR Y LA IGNORANCIA)

1.- Generalidades	98
2.- Teoría del error	102
3.- Clasificación	108
3.1.- El error de hecho y el error de Derecho	109
3.2.- El error instrumental y operacional	121

3.3.- El error culpable e inculpable	123
3.4.- El error esencial y accidental	124
3.5.- El error excluyente de toda culpabilidad	127
3.6.- El error de tipo y error de prohibición	127
3.7.- El error de prohibición y la ignorancia	129

CAPÍTULO CUARTO.

LA IMPORTANCIA DE LA “*IGNORATIA LEGIS*” EN EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

1.- Sistemática jurídica del Código Penal para el Estado de México	135
2.- El comportamiento interno y sus causas de exclusión	145
3.- Marco jurídico del error de prohibición	150
4.- Modalidades del error de prohibición	156
5.- Importancia de la ignorancia de la ley en el error de prohibición	157
6.- Innovación a la legislación penal	171
CONCLUSIONES	178
PROPUESTAS	182
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	189

INTRODUCCIÓN

En el Código Penal del Estado de México, se omite reglamentar el desconocimiento de la norma incriminadora como una modalidad del error de prohibición en el apartado número 2, del inciso b), de la fracción IV, del artículo 15, dejando al desamparo al agente que debido al aislamiento en que se encuentra, vive un atraso cultural que no le permite tener conciencia de la antijuridicidad del hecho, dejando subsistente la injusta e ilógica presunción del conocimiento de la ley penal, impidiendo que se reconozca la irresponsabilidad por falta de culpabilidad.

Sin duda se ha sostenido que la ignorancia de la ley a nadie beneficia, que todo gobernado es igual ante la norma, sin embargo, hemos considerado en el tema que nos ocupa, dar un trato diferente a aquellas personas que pertenecen a alguna etnia, viviendo en condiciones económicas precarias y en un aislamiento que no les permite incorporarse a la cultura media nacional, realizando con frecuencia hechos ilícitos por ignorancia de la existencia de la ley penal, para evitar que sean víctimas en casos extremos de una doble injusticia, la marginación y la represión.

La adición del desconocimiento de la existencia de la ley penal como una modalidad del error de prohibición en el apartado 2, del inciso b), de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, permitirá que el juzgador conociendo la personalidad del infractor, el medio y las circunstancias en que se ha desarrollado y las condiciones en que ha incurrido en la conducta ilícita, declare si es procedente el juicio de reproche o no.

La investigación al respecto, se realiza estructurando cuatro capítulos con temas que están íntimamente vinculados con la importancia de la *ignorantia legis* en el error de prohibición.

En el primer capítulo nos referimos al tema de la función del comportamiento interior en la estructura del delito, específicamente a la culpabilidad, exponiendo a manera de preámbulo sus generalidades, conceptos y el trato que le han dado las teorías causalista, finalista, del modelo lógico y funcionalista, con la finalidad de establecer la estructura que presenta en la actualidad.

En dicho capítulo utilizamos el método histórico debido a que se realizó un análisis retrospectivo, iniciado del Derecho romano hasta las corrientes alemanas actuales como el funcionalismo¹; el documental porque fue necesario consultar los textos de antaño escritos por connotados juristas sobre el tema citado; el analítico y comparativo, pues hubo que estudiar el proceso evolutivo de la culpabilidad relacionando las diferentes teorías para destacar sus aportaciones y diferencias, para elaborar una conclusión en cuanto a la estructura de la culpabilidad.

En el capítulo segundo, analizamos el elemento anímico del comportamiento interior de la estructura del delito.

La investigación se circunscribe al estudio de las dos formas de culpabilidad: el dolo y la culpa.

En el primer apartado hacemos alusión a la teoría del dolo, estableciendo sus generalidades para precisar los diversos conceptos vertidos por reconocidos juristas, continuando con el análisis de sus elementos, a saber: cognitivo y volitivo.

¹ Cfr. ROXIN, CLAUS, “**LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL**”. Traducción de Muñoz Conde, 2ª edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1981, p.114.

En el estudio del elemento cognitivo tratamos específicamente el conjunto de conocimientos que importan al dolo en función de: los elementos descriptivos del tipo, ontológicos y nomológicos, superiores o especiales, potenciales; de la significación de los elementos del tipo, de las circunstancias típicas, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y normativos del tipo.

Dentro del marco conceptual, el estudio del elemento volitivo del dolo lo iniciamos, refiriéndonos a las teorías causalista y finalista, permitiéndome exponer las teorías de la voluntad, por considerar a ésta, la esencia del dolo y la teoría de la representación, que le niega importancia a la voluntad al establecer, para la existencia del dolo, la representación del resultado.

En el segundo apartado elaboramos el análisis de la teoría de la culpa, iniciando con su naturaleza, citando las teorías que sostienen que es un defecto o vicio intelectual, un defecto de la voluntad, o las que consideran otras circunstancias como las teorías objetivas y subjetivas.

En este capítulo empleamos el método histórico al referirnos al Derecho romano y germánico que dieron un trato especial al dolo y a la culpa, así como a las corrientes actuales como el causalismo y finalismo; el documental porque fue necesario acudir a los textos escritos por los tratadistas que se consultaron y que se citaron en las fuentes de investigación de este trabajo; el analítico y comparativo al estudiar el proceso evolutivo de estas dos figuras para caracterizarlas.

En el capítulo tercero tratamos el tema de las causas subjetivas de exclusión de la culpabilidad, refiriéndome específicamente al error y a la ignorancia.

Dicho capítulo se inicia exponiendo la teoría del error, continuando con la exposición de sus clases, a saber: de hecho y de derecho; culpable e inculpable;

esencial y accidental; excluyente de toda culpabilidad; de tipo y de prohibición; y, de prohibición relacionado con la ignorancia; siendo éste último, el preámbulo del tema central de nuestro trabajo.

El método empleado fue el histórico, documental comparativo y analítico, por las mismas razones expuestas en los capítulos anteriores

En el capítulo cuarto, tocamos el tema central de nuestro trabajo que es la importancia de la *ignorantia legis* en el error de prohibición en el Código Penal del Estado de México.

En virtud de la naturaleza del tema resultó imprescindible el estudio sobre la sistemática jurídica seguida por nuestra Legislación Penal en torno a la culpabilidad, así como el trato que se le da a ésta y a sus causas de exclusión; refiriéndome en un apartado especial al error de prohibición, aludiendo en otro punto sus modalidades, a saber: el directo (ignorancia de la ley penal) y el indirecto (error de subsunción y de permisión). En el penúltimo subtema me permito señalar la importancia de *la ignorancia de la ley* en el error de prohibición en nuestra Legislación Penal, exponiendo las razones que sustentó para adicionar en el apartado 2, del inciso b), de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, como una modalidad del error de prohibición *el desconocimiento de la existencia ley*, siendo ésta en esencia la propuesta planteada, por ser necesaria para eximir de reproche al inculpado ante la ausencia de conocimiento de antijuridicidad en el hecho y, por ende, de culpabilidad.

En este capítulo empleamos el método científico, para analizar el problema que representa en la práctica el tema que nos ocupa; histórico, para realizar un estudio retrospectivo sobre el error de prohibición con el propósito de saber cuando

se empieza a reglamentar en la Legislación Penal mexicana; documental, en base a las opiniones de los diversos autores citados, así como la de los legisladores sustentada en la Legislación Penal y la Jurisprudencial; analítico y comparativo, pues fue indispensable estudiar la Legislación Penal de todos los Estados de la Republica Mexicana, para conocer aquellas donde se reglamenta en la actualidad el error de prohibición directo.

Finalmente, en apartados especiales se presentan las conclusiones, entre la que destaca la necesidad de adicionar el apartado 2, del inciso b), de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, la propuesta de cómo debe decir el precepto en cita y las fuentes de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA FUNCIÓN DEL COMPORTAMIENTO INTERIOR EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Uno de los elementos fundamentales de la estructura del delito que ha sido materia de estudio por numerosos tratadistas, motivando opiniones sumamente debatidas, es la culpabilidad.

En el presente capítulo se expone el desarrollo de la culpabilidad, según las diferentes corrientes doctrinales y, se citan algunas posturas que se refieren a su propia estructura, pues resulta necesario, dado que el tema central del trabajo que nos ocupa, se refiere a una causa de inculpabilidad.

1. GENERALIDADES SOBRE LA CULPABILIDAD

Aunque el concepto de culpabilidad como hoy lo entendemos, en sentido general, es relativamente reciente, los romanos, desde Cicerón, se referían a él en términos no muy desacertados, como se desprende de la siguiente definición: *“Culpa enim est nomen generis, quod continete non modo quid negligenter peccatum est sed et dolose et malitiose”*.¹

Sin embargo, lo usual era (al menos hasta comienzos del siglo pasado y en algunos países latinoamericanos hasta hace pocos lustros) que se hablara simplemente de dolo y de culpa como entidades más o menos autónomas solo

¹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, **“CULPABILIDAD”**, reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Bogota-Colombia, 1991, p. 2.

identificables, a la manera de aspectos o elementos subjetivos del delito, pero sin vincularlas a una entidad jurídica más amplia que las comprendiese.

Suele emplearse equivocadamente esta expresión como sinónima de responsabilidad; se escucha así la afirmación de que alguien es culpable de la muerte de un hombre, cuando lo que se quiere significar es que se le ha encontrado responsable de un delito de homicidio.

Pero aún en el ámbito propiamente jurídico las expresiones utilizadas para designar el fenómeno han variado notablemente; los clásicos, preferían emplear la expresión fuerza moral del delito; los neoclásicos hablaban de causalidad psíquica; otros de referibilidad psíquica, y no pocos de atribuibilidad.

Generalizado ya el uso de la palabra “culpabilidad”, los alemanes la designan con la voz *Schuld*, los italianos con la de *colpevolezza*, los franceses con la de *culpabilité*, los ingleses con la de *culpability*, los portugueses y brasileros con la de *culpabilidade*, y los españoles y latinoamericanos con la de *culpabilidad*.

Como se ve, la expresión lingüística prácticamente es uniforme, aunque su concepto y significación jurídicos ha sido y siguen siendo objeto de enconadas polémicas, como tendremos oportunidad de comprobarlo en el siguiente acápite.

Lo evidente es que en los primeros estadios del Derecho penal era suficiente que alguien causara un daño a otro para que se le sancionara por tal hecho, independientemente de que tal resultado pudiese o no ser predicado del hombre como obra suya, es decir, como emanada de su propia psique; mucho menos se tenía en cuenta si la conducta que produjo el evento lesivo era producto de una voluntad culpable susceptible de reproche social y jurídico; este último planteamiento fue la culminación de la lenta evolución del Derecho penal.

Veamos ahora las principales orientaciones doctrinales en torno al concepto de culpabilidad y, desde luego, a las consecuencias jurídicas que de él se derivan dentro de la estructura del delito.

2. CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Es necesario referirnos a la noción de culpabilidad para tratar de establecer un concepto que sea comúnmente admitido por la doctrina.

Decíamos que aunque la palabra culpabilidad se ha impuesto ya en el Derecho penal, su significación jurídica no ha logrado unidad conceptual en la doctrina ni en la jurisprudencia, y, como es natural, tampoco en los códigos.

Las opiniones varían desde una concepción escuetamente psicológica del fenómeno hasta una posición que solo ve en él un puro ente normativo. Veámoslo con algún detenimiento en las diferentes teorías que en los apartados posteriores analizaremos siendo nuestra intención destacar sus características.

3. TEORÍAS

Las más importantes teorías sobre esta materia son la psicológica, la normativa psicológica o mixta, la postura ecléctica, la finalista, el modelo lógico y la funcionalista. Enseguida nos ocuparemos de examinar cada una de ellas.

3.1. Causalismo psicologista

La doctrina tradicional puede ser expuesta en pocas palabras: la culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho; su posición psicológica frente a él.

Esa relación puede ser más o menos indirecta y aun radicar en un no hacer, pero se vincula siempre en mayor o menor grado, con la acción.

Así vistas las cosas, y como consecuencia de ellas, la culpabilidad comprende el estudio del dolo y de la culpa, como las dos formas de vinculación, que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito, para que aquél sea responsable jurídicamente de éste.

Queda fuera de la culpabilidad, como un presupuesto de ella, la imputabilidad, porque es una condición o situación personal que se determina mediante la directa observación del individuo, tomando como referencia la ley penal, pero con independencia del caso concreto de la comisión de un delito. En otras palabras: la declaración de que un individuo es imputable o inimputable, puede ser hecha respecto de un sujeto que no ha delinquido; no es, pues, la relación psicológica de un sujeto con un hecho.

La declaración de culpabilidad, en cambio requiere que esa capacidad (capacidad de ser culpable) haya sido puesta en ejercicio al ejecutar un hecho típicamente antijurídico.

Para algunos autores como Sebastián Soler, tampoco comprende la culpabilidad el estudio de las causas que la excluyen. Es preciso apresurarse a decir que tal construcción responde a un purísimo sistemático, que entiende que no se construye la culpabilidad con las causas que la excluyen, pero que no supone modificar, en modo alguno, la función de esas eximentes. La aparente simpleza de

esta afirmación tiene, sin embargo, un sentido práctico que señalaremos al hacer el análisis de las críticas que los normativistas dirigen a la teoría psicológica.²

Para los partidarios de esta escuela, la culpabilidad debe hallarse en la conciencia y voluntad del acto realizado o en la relación psicológica que corre entre un hecho material y la persona que lo ha llevado a cabo.

A este propósito señala Bettioli - uno de sus defensores – *“que la culpabilidad debe entenderse como la relación psíquica entre el agente, que sea reconocido válido destinatario de la norma de conducta, y el hecho concreto puesto en existencia.”*³

Baumann afirma que *“la culpabilidad implica la existencia de un lazo de dependencia espiritual que media entre un quid material y un determinado agente.”*⁴

Dentro de esta corriente podría ubicarse al profesor Mendoza Troconis- al menos frente a la legislación venezolana- al definir la culpabilidad como *“el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”*⁵

La teoría psicologista tiene el mérito de haberse enfrentado a la vieja concepción de la responsabilidad objetiva y el de haber enfocado el problema de la responsabilidad hacia el hombre, más que hacia el resultado de su comportamiento; sin embargo la trascendencia que obtuvo, motivó una serie de reflexiones que a su vez generaron una serie de críticas, que podemos sintetizar en cada uno de los apartados que a continuación se exponen:

² Cfr. SOLER, SEBASTIAN, **“DERECHO PENAL ARGENTINO”**, tomo II, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1960, p. 67.

³ BETTIOLI, GIUSEPPE, **“DERECHO PENAL”**, parte general, 4º edición, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 320.

⁴ BAUMANN, JÜRGEN, **“DERECHO PENAL. CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMAS”**. 5ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 206.

⁵ MENDOZA TRONCONIS, JOSE RAFAEL, **“CURSO DE DERECHO PENAL VENEZOLANO”**, parte general, tomo II, 2ª edición, Editorial Empresa el Cojo, Caracas 1966, p. 188.

1ª) Hace demasiado énfasis en la persona del autor de la conducta en cuanto obra suya, aunque no sabe decir por qué el sujeto debe responder de su acción.⁶

2ª) Para esta teoría dolo y culpa se refunden en el concepto mismo de culpabilidad; pero si se equiparan aquellos dos primeros conceptos con este último, ha de afirmarse que dolo y culpa son *culpabilidad de voluntad*, y por esta vía ha de concluirse que en última instancia también la culpa es *resultado antijurídico querido*, lo que no es admisible porque se identificaría con el dolo.⁷

3ª) Tanto en el dolo como en la culpa encuentran los psicólogos un querer y una relación psíquica entre el sujeto y el hecho realizado por él; la diferencia radica simplemente en que en el primero el agente quiere el resultado, en tanto que en la segunda no lo quiere; “es *innegable que el dolo es un hecho psicológico, pues está caracterizado por la voluntad o intención de su autor y el resultado de su acción*”.⁸

4ª) Fundar la culpabilidad exclusivamente sobre bases psicológicas, sería admitir la posibilidad de hablar de acción culpable aun en el caso de que el agente haya obrado en legítima defensa, estado de necesidad o en cualquiera otra circunstancia justificativa, pues en todas ellas obran el nexo psicológico entre el agente y su conducta, lo que no puede ciertamente aceptarse.

5ª) No siendo graduable la relación psíquica entre el agente y el resultado de su conducta, tampoco es posible la graduación del dolo o de la culpa.⁹

⁶ Cfr. MAGGIORE, GIUSUPPE, “**DERECHO PENAL**”, parte general, volumen I, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1954, pp. 453 y 454.

⁷ Cfr. BUSTOS RAMIRES, JUAN, “**CULPA Y FINALIDAD**”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 15.

⁸ MAURACH, REINHART, “**TRES CONFERENCIAS**”, Bogotá Publicación, Universidad Externado de Colombia, Separata de la Revista de la Universidad, volumen VI, número 3, Bogotá, 1975 p. 190.

⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, “**TRATADO DE DERECHO PENAL**”, tomo V, 3ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976, p. 177.

6ª) La teoría psicológica no acierta a explicar el fenómeno de la llamada culpa inconsciente, pues en ella no existe la relación psicológica entre el agente y su hecho, que para ellos es la esencia de la culpabilidad, resultando fallido el intento de lograr un sistema unitario para explicar el delito.¹⁰

Teoría caracteriológica.- Bien puede considerarse como una modalidad de la psicología que estudiamos en precedencia. Von Liszt, su adalid, la plantea en los siguientes términos: *“La relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa. Según ella, el acto culpable, es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar de su autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; este radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido.”*¹¹

Mucho más explícito es Ranieri, quien asevera que *“si la culpabilidad es el modo como se manifiesta la voluntad de una persona respecto del hecho ilícito que realiza, ha de concluirse que, teniendo como fundamento los motivos que la impulsan a actuar y el estado psíquico que los hace posibles, es en esencia la expresión de las condiciones psicológicas permanentes y transitorias que caracterizan al hombre, es decir, de su carácter. La culpabilidad es la revelación de un defecto del carácter o de la personalidad del reo.”*¹²

¹⁰ Cfr. WELZEL, HANS, **“DERECHO PENAL ALEMÁN”**, traducción Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 19.

¹¹ LISZT, FRANZ VON, **“TRATADO DE DERECHO PENAL”**, traducción Luis Jiménez de Asúa, tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 36.

¹² RANIERI, SILVIO, **“MANUAL DE DERECHO PENAL”**, tomo I, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pp. 175 y 176.

Continua Ranieri *“Para juzgar si un hombre es responsable de una acción, si esta le debe ser atribuida como propia, debemos determinar cómo al prepararla, al manifestarla, al actuarla, se ha manifestado su personalidad. No podemos, entonces, desde el punto de vista psicológico, considerar que un hombre es responsable y atribuirle una acción como propia, en cuanto ella es fruto de su decisión, sino en cuanto se manifiesta y se revela como característica de una personalidad que en la voluntad tiene su factor decisivo y discriminativo”*.¹³

Se atribuye a esta teoría el haber ahondado aún más sobre la persona del autor de la conducta antijurídica, sin embargo ha merecido, entre otras, las siguientes críticas:

1ª) Esta concepción, como derivada de la anterior, presenta sus mismas fallas, y en cuanto pretende destacar el delito como manifestación del carácter antisocial de su autor, constituye en el fondo una nueva versión de la temibilidad o peligrosidad que caracterizaron la orientación positivista del Derecho penal y cuya ubicación ha de ser desplazada al ámbito de la punibilidad.¹⁴

2ª) Situar el meollo de la culpabilidad en el carácter del agente, en su personalidad, es transformar aquel concepto, que es esencialmente dinámico, en algo estático; en efecto, la culpabilidad se agota respecto de una persona determinada cada vez que realiza una conducta como emanación de una voluntad orientada en sentido antijurídico, permaneciendo el carácter de su autor inalterable.¹⁵

¹³ *Idem.*

¹⁴ Cfr. GARCILÓPEZ, ADOLFO DE MIGUEL, Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea, en **“ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES”**, tomo, V, fascículo I Madrid, p. 47.

¹⁵ Cfr. LUZÓN, DOMINGO MANUEL, **“TRATADO DE LA CULPABILIDAD”**, tomo I, 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 66.

3ª) Sin desconocer que el delito, al traducirse en conducta humana, refleja el modo de ser de su autor, es necesario aclarar que su aspecto *caracteriológico* tiene más importancia criminológica que jurídica, debido a que proyecta su personalidad que es considerada para el parámetro de la sanción.

3.2. Causalismo normativista

Frente a la concepción clásica que queda reseñada, se elabora, principalmente por parte de los penalistas alemanes, la teoría normativa psicológica o mixta de la culpabilidad.

Se señala a Reinhard Frank como el primero que planteó el problema de la culpabilidad en *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907; le siguen cronológicamente, James Goldschmidt, con *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, y *Normativer Schuldbegriff*, 1930, éste último traducido al castellano por Ricardo C. Núñez y Margarethe de Goldschmidt en 1943, y Freudenthal, con *Schuld und Vorwurf*, en 1922. Se adhieren luego a la doctrina destacados juristas, particularmente alemanes, italianos y españoles, hasta ser formulada tal como hoy la conocemos.¹⁶

La concepción que nos ocupa no se presenta a través de la labor de sus exponentes en una unidad de pensamiento que autorice a decir que en todos sus aspectos constituye un solo frente contra el pensamiento de la concepción psicológica.

¹⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, CARLOS, “ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 5.

La necesaria armonía de un sistema integral de encarar la culpabilidad requiere, naturalmente, un ajuste de conceptos cuya elaboración no es posible lograr de un solo aso y en el que están aún los exponentes de la teoría normativa psicológica. Podemos resumir ésta teoría en la siguiente síntesis:

Para la concepción normativista psicologista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió: es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa psicológica se funda en el reproche (*basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracteriología del agente*) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia.

Los dos postulados fundamentales del enfoque normativo de la culpabilidad, pueden, ser formulados con carácter general de este modo:

a) El contenido de la culpabilidad no se agota con los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

b) La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia del cual la acción es reprochable. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad.

De estos dos postulados fundamentales se siguen las siguientes consecuencias:

1) La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica. Como inmediata consecuencia, la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad, como lo es en la doctrina *psicológica*, pasando a ser uno de los presupuestos de la pena, que, en conjunto, sirven de elementos de juicio para declarar reprochable la acción.

2) Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen, inclusive, también la inimputabilidad. Son todos elementos de juicio para decidir si ha habido o no una motivación normal.

3) El dolo y la culpa además de ser formas de la culpabilidad, son *elementos* que, junto con los demás presupuestos de la pena, sirven de base al juicio de reproche. Como se señaló en el punto 1), la imputabilidad, el dolo y la culpa están situados en un mismo plano en la investigación de la culpabilidad.

4) Forman también parte de los elementos en que se apoya el juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad. Se señalan como una consecuencia de ello, atribuyéndola a una conquista de la concepción normativa psicológica, el hecho de que sólo se ha obrado culpablemente cuando se podía exigir al autor, conforme al derecho, una conducta distinta de la realizada. Es decir, que el autor obró como lo hizo, pudiendo haberlo hecho de otro modo. Esto es dable pues la culpabilidad supone una doble relación: a) la acción es contraria al derecho; b) el autor pudo haber obrado conforme a Derecho. Se produce, como una consecuencia de este planteamiento, la formulación del principio de la exigibilidad de otra conducta.

Frías Caballero considera “*que la exigibilidad de otra conducta es el núcleo de la teoría normativa, sosteniendo que el autor debió optar por un comportamiento distinto del que realizó.*”¹⁷

5) Como una consecuencia de lo señalado en los puntos 1, 2 y 3 o si se quiere, como una razón de la exigibilidad, se llega a la teoría de la motivación del obrar. Esa motivación puede ser normal o anormal, y sólo en el primer caso el autor puede ser considerado culpable.

La motivación es normal cuando quien actúa lo ha hecho contando para ello con el juego normal de los motivos que deciden a obrar, por una parte, y a respetar el orden jurídico, por la otra.

La anormalidad de la motivación puede ser la consecuencia de factores naturales (*biológicos*) o circunstanciales. El inimputable no es capaz de una motivación normal. No es capaz nunca; pero, para la tesis normativa psicológica la imputabilidad o la inimputabilidad son sólo un presupuesto de la pena y únicamente un elemento sobre el que se basa el juicio de reproche que constituye la culpabilidad. Esos sujetos no son, pues culpables, porque en virtud de su motivación anormal, no se les puede exigir otra conducta.

Tampoco quien obra por error o bajo coacción actúa por obra de una motivación normal, porque el primero impide comprender que se realiza un acto delictuoso y la motivación estaría entonces *viciada*, en tanto que la segunda coloca al autor en una situación en la que el Derecho no puede exigirle que respete el orden

¹⁷ FRIAS CABALLERO, JORGE, “NOTAS SOBRE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD”, tomo II, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 845.

jurídico (que se abstenga de obrar) a costa del sacrificio que supondría el cumplimiento del mal amenazado.

Siguiendo con ese modo de encarar la culpabilidad, parece lógico llegar a la conclusión de que quien obra ante una no exigibilidad de otra conducta, tampoco se *motiva* normalmente. Y así es en efecto, para los normativistas mixtos y puros.

Pero no terminan ahí las consecuencias de la exigibilidad, como resultado de una motivación anormal; en los límites del deber jurídico existe una zona intermedia dentro de la cual el Derecho, en verdad, no renuncia aún formalmente a sus exigencias, pero en la que, sin embargo, abandona equitativamente al individuo la decisión última en lo que concierne a la responsabilidad. Si dentro de estos límites el sujeto no ha correspondido totalmente a los deseos del ordenamiento jurídico, no puede, en tanto se dé el presupuesto indicado, afirmarse el reproche de culpabilidad. Naturalmente, entran también en consideración para apreciar la culpabilidad el carácter y los motivos del autor.

Con esas palabras se formula el principio de la no exigibilidad de otra conducta como causa genérica de exclusión de la culpabilidad.

Resulta un poco más preciso este criterio al introducir el concepto deber-poder de la siguiente manera: el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero actúa contrariamente a este; ahora bien, ese actuar antijurídicamente solo le es reprochable en la medida en que pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente; de esta manera la culpabilidad resulta un querer que no debe ser, o, en otras palabras, se reprocha al sujeto el no haber motivado su voluntad con la representación del

deber. Sin duda el dominio del hecho es relevante para sustentar la reprochabilidad y no únicamente la posibilidad de obrar conforme a Derecho.

Para Mezger *“la culpabilidad debe entenderse desde dos puntos de vista: como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica, y también y en todo caso como un juicio valorativo sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere; pero como tal juicio es de reproche, en últimas culpabilidad es reprochabilidad”*¹⁸

Jiménez de Asúa compartiendo la postura anterior dice que *“la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracteriología del agente) y en la exigibilidad, con lo que se concreta en un juicio de referencia que desemboca en un reproche.”*¹⁹

Pero ¿qué es lo que se reprocha al agente? Pues el haber obrado de un modo distinto del que estaba obligado, obligación que surge de la existencia de una norma de conducta que se considera como norma de deber.

Bettioli se muestra un poco más incisivo al señalar *“que la culpabilidad solo puede entenderse sobre la base de una relación de contradicción entre la voluntad de la norma y la voluntad individual. Se llama a responder culpablemente”* – aclara – *“porque el agente ha querido diversamente de cómo ha debido querer, dadas las concretas condiciones en que se hallaba”*.²⁰

¹⁸ MEZGER, EDMUNDO, **“TRATADO DE DERECHO PENAL”**, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 9.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 164.

²⁰ BETTIOLI, GIUSEPPE, **“DIRITTO PENALES”**, Editorial Priulla, Palermo, 1962, pp. 306 y 307.

En este orden de ideas, forman parte de la culpabilidad la imputabilidad del agente, el dolo, la culpa y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad; la primera, apunta a disposición o estado de la personalidad del autor; la segunda, a una referencia psicológica del sujeto a su acto como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad, y la tercera, a todas aquellas circunstancias de la acción que permiten valorarla negativamente; pero como tales circunstancias, (dada su amplitud) no permiten enumeración taxativa como exigencias positivas de la culpabilidad, se ha optado por su enunciación negativa.²¹

Expuestas de esa manera las orientaciones del causalismo clásico y la normativista mixta, veamos cuáles son sus diferencias más importantes:

1ª) La teoría psicologista agota el problema de la culpabilidad en los fenómenos del dolo y la culpa; la normativa psicológica, apenas los considera como especies de aquella e indaga sobre las motivaciones del autor.

2ª) Los psicologistas ven en la culpabilidad una mera relación psicológica entre el hombre y su acto, al tiempo que los normativistas mixtos, encuentran su esencia en el juicio de reproche que se levanta sobre el agente por haber actuado antijurídicamente cuando le era exigible comportamiento diverso.

3ª) Para el psicologismo el delito presenta dos caracteres bien diferenciados e independientes: el objetivo de lo antijurídico y el subjetivo de lo culpable; para los normativistas, una y otra especies de la culpabilidad están ligadas por el mecanismo de deber violado en ambas por el agente.

²¹ Cfr. GOLDSTEIN, RAÚL, "LA CULPABILIDAD NORMATIVA", Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 56, ALDO MORA, "LA ANTIJURIDICIDAD", Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1949, p. 129.

4ª) La orientación psicológica se limita a la simple comprobación de si la conducta es dolosa o culposa; la normativa psicológica indaga las variantes que puedan presentarse porque admite graduaciones en estos dos fenómenos.

5ª) Como para los psicólogos la culpabilidad solo queda excluida al romperse el nexo psicológico entre autor y conducta, y como tal nexo permanece incólume en las causales de justificación, en tales hipótesis el sujeto actuaría culpablemente; eso no ocurre dentro de la concepción normativa psicológica.

6ª) Dentro de la tesis psicologista no tendrían cabida causales supralegales de inculpabilidad, fenómeno este que cabría, en cambio, para los normativistas psicólogos.

La concepción normativa psicológica de la culpabilidad representó un indudable avance en cuanto ubicó correctamente el fenómeno en el plano jurídico y logró una presentación mucho más sistemática del delito, pero ha sido también objeto de numerosas críticas, entre las que destacaremos las siguientes:

1ª) No constituye una auténtica y pura teoría normativa sino una mezcla de planteamientos psicológicos y normativos, porque continuó manteniendo el dolo en el ámbito de la culpabilidad, a pesar de que se trata de un fenómeno estrictamente psicológico y no de un juicio apreciativo; esta crítica proviene de los finalistas, por lo que será ampliada al explicar dicha teoría.

2ª) Al ubicar la imputabilidad del concepto de la culpabilidad no se hizo nada nuevo porque aun dentro de la concepción psicologista surgía aquel fenómeno, entendido como capacidad psíquica del agente para actuar antijurídicamente. En atención a ello no es relevante la aseveración.

3ª) Al convertir la culpabilidad en juicio de reproche se traslada ilógicamente a un aspecto del delito lo que debe ser realmente objeto de tal juicio: el delito en su totalidad.

4ª) La culpabilidad no es ciertamente un juicio de reproche sino que da lugar a dicho juicio; en otras palabras, la culpabilidad como fenómeno predicable del hombre preexiste al juicio que sobre él se emite, en cuanto mediante él se descubre, comprueba, declara y reprocha dicho fenómeno. Señala a este respecto Soler *“que esta doctrina se basa en un equívoco verbal en el que se da a la consecuencia el valor de la causa, trayendo con ello una complicación inútil y engañosa dentro de la sistemática”*.²²

5ª) Mencionar como elemento de la culpabilidad la ausencia de causas de inculpabilidad es error lógico elemental, pues resulta tanto como sostener que para que exista una afirmación es preciso que no haya una negación.

3.3 Posición ecléctica

Antes de pasar al análisis crítico de ambas doctrinas, para alcanzar nuestras conclusiones, debemos hacer una somera referencia a las tesis eclécticas que sostienen la distinta naturaleza del dolo y de la culpa, reconociendo al primero carácter psicológico, mientras asignan a la segunda carácter normativo. El origen de esas tesis se sustenta en el razonamiento siguiente: *“el juicio referente al dolo pertenece a la psicología; el juicio sobre la culpa pertenece a la ética o al derecho”*.²³

²² *Ibidem*. pp. 16 y 17.

²³ JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 178.

Estas teorías no son sino tentativas de solucionar el ya señalado problema que plantea la distinta naturaleza del dolo y de la culpa, sea tratando de encontrar en ellas una característica común, sea separándolas en virtud de aceptar su distinto carácter. Al ocuparnos en particular de las repercusiones de la adopción de la doctrina de la acción finalista en el ámbito de la culpabilidad, volveremos sobre el tema.

Entre los que sostienen una tesis ecléctica se encuentra el profesor Antolisei, para quien los psicólogos tienen razón cuando aseveran que *“la culpabilidad constituye fenómeno de naturaleza síquica y los normativistas están en lo cierto al sostener que el agente es culpable solo en la medida en que actúe en forma diversa a la obligada y, por lo mismo, cuando su comportamiento merece reproche”*²⁴. En este orden de ideas, define el fenómeno en estudio como *“la actitud de la voluntad contraria al deber, que ha dado origen al hecho material requerido para la existencia del delito”*²⁵; concepto que explica de la siguiente manera: Considerada desde el punto de vista sustancial, la culpabilidad es manifestación de indisciplina social. La violación del deber demuestra siempre resistencia del individuo a cumplir las prescripciones del ordenamiento jurídico, a obedecer los mandatos de la ley. La voluntad culpable, por consiguiente, si formalmente es comportamiento voluntario contrario al deber en cuanto causa del hecho externo, sustancialmente es una expresión de indisciplina social.²⁶

²⁴ ANTOLISEI, FRANCESCO, “MANUALE DE DIRITTO PENALES”, parte general, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 234.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

También es ecléctica la posición de Hassemer, cuando sostiene que: *“la verdadera esencia de la culpabilidad no reside ni en la conciencia de parte del agente de la relación de contradicción entre la voluntad y la norma, ni en la afirmación de esa relación por parte del juez, sino en la relación misma”*²⁷; sobre tales bases entiende por culpabilidad *“el conjunto de coeficientes requeridos por la ley respecto de una persona para que el hecho le pueda ser atribuido como manifestación madura y normal de su voluntad que implica desobediencia a la obligación impuesta por una norma penal”*.²⁸

Las ideas que anteceden, denotan la compleja esencia de la culpabilidad, constituyendo un intento para dilucidarla, al tratar de conciliar la naturaleza del dolo y la culpa enmarcándolos en el campo psíquico y normativo.

3.4 Teoría finalista

Para mejor entender esta teoría en el ámbito de la culpabilidad, resulta conveniente remontarnos un poco a sus orígenes conceptuales.

El finalismo surgió como una réplica a la concepción naturalista de la acción según la cual, la conducta debe entenderse siempre en sentido natural, como un juego de causas y efectos que a la postre ocasiona una modificación del mundo exterior, sensorialmente perceptible. Así entendida la conducta humana, no era posible explicar el fenómeno de la omisión, puesto que de la nada no puede surgir nada. Además, siendo ésta una explicación puramente causal de la conducta y

²⁷ HASSEMER, WINFRIED, “FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL”, 1ª edición, Editorial Bosch Barcelona, 1954, p. 236.

²⁸ *Idem.*

siendo la causalidad un fenómeno de la naturaleza, no resultaba apta para desentrañar los problemas del mundo jurídico y concretamente del Derecho penal.

Pretendióse entonces sustituir este criterio naturalista de la acción por uno social, sobre el supuesto de que el Derecho es ante todo un fenómeno de la vida social; por esta nueva vía se entendió la conducta como la causación de un resultado jurídico relevante.

Sin embargo esta nueva posición no lograba superar los obstáculos de la causalista puesto que, continuaba sin respuesta para el fenómeno de la omisión y en el campo del Derecho penal no ofrecía explicación satisfactoria para el instituto de la tentativa, que genera responsabilidad aunque el agente no haya logrado el resultado que se propuso. Esta teoría tampoco daba respuesta adecuada al hecho de que se sancionara de manera diferente al autor de un homicidio cuando la víctima era su padre o su hijo que cuando era un extraño, como que en cualquiera de estas hipótesis el resultado había sido el mismo: la muerte de un hombre.

Sobre éste ejemplo se concluyó: que la punibilidad desigual de los delitos de homicidio no depende tanto solo de la causación del resultado, sino de la forma de las diversas acciones que producen idéntico efecto; el asesinato se caracteriza, por ejemplo, por la codicia o la sevicia; el homicidio culposo es castigado con pena más leve dado que su autor no ha querido el resultado; se admitió entonces que el delito no se castiga solo por el desvalor del resultado sino también por el desvalor de la acción, de la voluntad, de las tendencias y motivaciones.²⁹

²⁹ Cfr. WELZEL, HANS, “**DERECHO PENAL ALEMÁN**”, Traducción Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica, Chile, 1987, pp. 53 - 55.

Se creyó entonces que la respuesta adecuada estaba en el concepto final de la conducta humana. Fue Welzel quien, tras las huellas trazadas por Honigswald y Hartmann, comenzó a estructurar esta nueva concepción. He aquí la síntesis de su pensamiento: *“Acción humana es ejercicio de actividad final”*. *“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 actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines”*³⁰. Pero esa capacidad de prever las consecuencias del engranaje de la intervención causal y de orientar la conducta sobre estas bases hacia una finalidad determinada, solo es posible mediante la voluntad; por eso ésta es la columna vertebral de la acción final. La dirección final de la conducta supone dos etapas, la una es interna en cuanto se desenvuelve en la esfera del pensamiento; la otra es externa porque se realiza en el mundo de la naturaleza. Durante la primera fase, la persona anticipa mentalmente el fin que se propone; luego selecciona los medios que habrán de servirle para lograr la meta deseada *“mediante un movimiento de retroceso desde el fin”*³¹, y, por último, considera los efectos concomitantes de su acción futura para evitarlos o contrarrestar sus desviaciones, operación ésta última que realiza *“hacia delante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que puede producir”*³². Superada esta etapa interna, el sujeto ejecuta su acción en el mundo exterior, es decir, pone en movimiento, conforme al plan trazado, los medios de actuar que ha escogido previamente hasta lograr el fin propuesto.

³⁰*Idem.*

³¹*Idem.*

³²*Idem.*

En este orden de ideas solo se puede hablar de acción cuando el hombre, con conciencia del proceso causal dirige su actividad desde el fin elegido; por eso la finalidad es el elemento esencial de la acción y cobija el conocimiento causal entendido como la comprensión de las posibles consecuencias de su actividad, y la voluntad de realización del hecho con base en tal conocimiento.

Pero el fin hacia el que se orienta la conducta de una persona no solamente debe mirarse como aquel precisamente deseado, sino que caben dentro de tal concepto también el medio empleado o, eventualmente, una consecuencia concomitante incluida en la voluntad realizadora. *“Una acción de matar, dice a este respecto Welzel, existe no solamente cuando la muerte era la meta de la actividad de la voluntad, sino también cuando constituía el medio para otro fin ulterior (por ejemplo, para heredar al muerto), o cuando se trataba de una consecuencia concomitante incorporada a la voluntad de acción (como cuando se amordaza al celador de la bodega que se va a robar para evitar que actúe, sin causarle daño, pero a la postre muere asfixiado por la mordaza). De esta manera el concepto de finalidad se amplía considerablemente”.*³³

De acuerdo con este nuevo criterio, querer y contenido del querer pertenecen a la acción, con lo que tal concepto se ensancha para comprender aspectos objetivos y subjetivos, y entre estos últimos, esencialmente el dolo. Los finalistas consideran, en efecto, que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este, no pudiendo ser al propio tiempo valoración y objeto de la valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la

³³ *Idem.*

conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.³⁴

Uno de los hechos que llevaron a esta ubicación del dolo fue el reconocimiento de que el tipo penal no es exclusivamente y siempre de carácter objetivo, sino que en veces presenta aspectos subjetivos en los que aparece ostensible una concreta finalidad que orienta la conducta del agente: en estos casos, dicen los finalistas, no es posible referir lo objetivo al injusto y lo subjetivo o interno a la culpabilidad; debe reconocerse, al contrario, que tratándose de una voluntad de acción, en dichos eventos y en todos los demás, el dolo pertenece al tipo, es su elemento subjetivo.

Al examinar los tipos penales en busca de elementos subjetivos se encontró, además, que en la tentativa el dolo es uno de ellos. En efecto, *“en la tentativa es imposible comprobar, desde un punto de vista puramente objetivo, es decir, sin atender a la decisión subjetiva del autor, qué tipo es el que concurre. Si alguien hace un disparo, que pasa junto a otro, este proceso causal externo puede ser tentativa de asesinato, tentativa de lesiones corporales o un disparo en lugar no autorizado, según cual fuere el dolo del autor. En este caso el dolo es sin duda alguna elemento del tipo”*.³⁵

Con este cambio de postura del dolo los finalistas consideran haber llegado a la solución ideal del problema de la culpabilidad, a lo que llaman teoría normativa pura, según la cual la culpabilidad es un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de

³⁴ Cfr. GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, **“LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”**, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 32.

³⁵ WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 90.

conocer lo injusto de su hecho. Un sujeto es culpable, pues, cuando habiendo podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma actuó con voluntad antijurídica.

De acuerdo con esta teoría son elementos de la culpabilidad los siguientes: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

La imputabilidad, entendida como capacidad de autorregularse conforme a Derecho, es parte esencial del concepto de culpabilidad de acuerdo con la concepción finalista; de tal manera que la conducta realizada por un inimputable no es culpable, aunque puede ser dolosa, desde luego que este fenómeno pertenece a la acción.

El segundo elemento de la culpabilidad es la conciencia de la ilicitud del hecho, en el sentido de que el agente debe tener la concreta posibilidad de comprender que actúa en forma antijurídica.

Reclaman además los finalistas que al sujeto le sea exigible una conducta conforme a Derecho; de tal manera que, *a contrario sensu*, cuando frente al caso concreto no le era exigible al actor comportarse diversamente, su conducta, siendo ilícita e injustificada, no es susceptible de reproche y por ende no es culpable *“ya que bajo el influjo del peligro o de compulsión cualquiera otro, en igualdad de condiciones, probablemente habría actuado de la misma manera”*.³⁶

Como quiera que sea, de acuerdo con esta teoría, antijuridicidad y culpabilidad se identifican al concretarse en juicios desvalorativos, Welzel explica de la siguiente manera las relaciones entre uno y otro fenómeno: *“La característica culpabilidad*

³⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, **“TEORÍA DEL DELITO”**, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 505 – 508.

añade un nuevo momento a la acción antijurídica, solo mediante el cual se convierte en delito. La antijuridicidad es relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con el segundo; la realización de la voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones del ámbito social. La culpabilidad, en cambio, no se agota en esta relación de ámbito social. La culpabilidad, en cambio, no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aunque podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho»³⁷

La teoría finalista tiene el mérito de haber introducido el concepto final de la acción humana en el ámbito del Derecho penal y haber intentado una explicación sistemática de la teoría del delito. Ha sido, sin embargo, al decir de Alfonso Reyes Echandía, objeto de numerosas críticas, entre las cuales citamos las siguientes:

1ª) Aunque ha de atribuírsele a esta escuela (como ya se indicó) el haber puesto de relieve que la conducta delictiva debe entenderse en sentido finalístico, en esencia tal aseveración no implica nada nuevo porque ya la psicología había descubierto que solo hay acción humana cuando la voluntad se orienta hacia una finalidad determinada; nadie discute, pues, que la conducta del hombre se caracteriza por la búsqueda de objetivos a los cuales se dirige su actividad psicosomática.

2ª) La explicación de Welzel sobre el itinerario de la acción final humana constituye una nueva versión del *iter* criminoso de Carrara y presenta, por lo mismo,

³⁷ WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 197.

idéntica falla esencial; esto es, el supuesto errado de que todo comportamiento humano se desarrolla con la misma lógica de un planteamiento matemático; el maestro de Pisa hablaba de una idea criminal, a la cual seguían en sucesión inalterable actos preparatorios, ejecutivos y consumativos; y el padre del finalismo pretende también explicar la acción delictiva como el resultado de dos etapas una interna y otra externa, cada una de las cuales se desenvuelve en estricto sentido lógico formal (anticipación mental del resultado, selección de medios para lograrlo, previsión de efectos colaterales y actuación en el mundo exterior). Sin embargo, en la vida real los hechos no ocurren siempre de esa manera; muchas veces el hombre actúa sin una clara y precisa finalidad, o lo hace sin anticipar mentalmente los efectos de su acción, o no selecciona de “atrás hacia delante” los medios que habrán de conducirlo a la meta, o se le escapan sus efectos concomitantes; cuántas veces se encuentra con la sorpresa de que ha delinquido y apenas entonces se pregunta por qué lo hizo y qué vendrá enseguida. Esas variantes diacrónicas más o menos frecuentes del actuar humano son las que escapan a la mesurada explicación analítica de Welzel.

3ª) La conducta omisiva constituye serio obstáculo para esta teoría, pues resulta difícil entender siempre como final un comportamiento humano omisivo; esto conduce a la doctrina finalista a escindir la teoría del delito en dos: una para los delitos de acción y otra para los de omisión.

4ª) Pese a su esfuerzo por llegar a una explicación unitaria del fenómeno de la culpabilidad, el finalismo no logra su objetivo en relación con la culpa porque en su respecto la relación conducta-finalidad varía sustancialmente desde el momento en que en la acción culposa la voluntad no se orienta hacia un fin antijurídico.

5ª) El desplazamiento del dolo del ámbito de la culpabilidad al del injusto típico, únicamente para lograr que esta se convierta en un juicio puro de reproche, no solamente no consigue el propósito de unificar la teoría del delito, sino que traslada a otra sede cuantas dificultades surgían al abordar aquellos temas y particularmente el de la culpa, dentro de la culpabilidad.

6ª) No es cierto, como apunta el finalismo, que para las doctrinas tradicionales el dolo pertenezca al tipo en la tentativa y a la culpabilidad en la consumación. Es verdad que en la tentativa el agente dirige su conducta hacia una finalidad típicamente antijurídica; pero eso mismo ocurre en la consumación, puesto que la diferencia entre los dos fenómenos radica solo en la no obtención del resultado en el caso de la tentativa; ésto no significa, sin embargo, que la finalidad de la conducta se identifique con el dolo, porque entonces éste se hallará también en el tipo consumado, que es, lo que los finalistas aseveran. Lo que pasa es que en esta doctrina el dolo se agota en la simple voluntad de realizar el hecho antijurídico; ésto significa que la crítica que estamos comentando parte del concepto que del dolo tienen los finalistas, concepto que es uno de los puntos discutidos por las demás escuelas, particularmente por la normativa. En el marco de esta última, la distinción entre homicidio simple y asesinato (para utilizar el ejemplo de Welzel) no la da el dolo, entendido como elemento de la culpabilidad, sino el tipo entendido como descripción de conducta. Digamos, finalmente, que si la única diferencia entre tentativa y consumación está en el resultado de la conducta y no en la conducta misma, en lo externo y no en lo interno, pero ni siquiera en lo personal, no se ve por qué la ubicación del dolo deba variar en uno y otro caso.

7ª) Aunque los finalistas consideran como elementos de la culpabilidad la imputabilidad, la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma y la posibilidad de conocer la ilicitud de la acción, en esencia esos tres requisitos se reducen a uno solo: el primero de ellos, puesto que solo es imputable quien, pudiendo actuar conforme a Derecho, se comporta antijurídicamente teniendo la posibilidad de comprender la ilicitud de su conducta, o en otras palabras, cuando estando en condiciones de conocer la ilicitud de su hecho y pudiendo autorregular su conducta, es decir actuar jurídicamente, se comporta en este último sentido lo que supone que le sea exigible conducta distinta habida cuenta de sus condiciones personales.³⁸ Lo que significa, entonces, que el juicio de culpabilidad recae sobre la imputabilidad, la que, a su vez, implica también valoraciones sobre la exigibilidad y sobre el conocimiento de la ilicitud de su acción. De esta manera, la doctrina finalista incurre en el mismo pecado que crítica, esto es, confundir la valoración con el objeto valorado. Más exactamente, está valorado tras valoraciones.

8ª) El finalismo sostiene que los inimputables son capaces de actuar dolosamente porque pueden dirigir sus acciones hacia una finalidad típica pero no lo hacen culpablemente en cuanto no se les puede reprochar tal conducta. Esta afirmación, dice Alfredo Ficheberri, parte de un equívoco, el de que en alemán la expresión *dolo* no se usa, y se emplea en cambio el vocablo *vorsatz*, del lenguaje común que significa intención, en el puro sentido natural-sicológico; lo mismo que la voz *fahrlässigkeit*, que no es otra cosa que negligencia en el idioma común, aparece también como término técnico para expresar la culpa penal. En ese sentido es obvio

³⁸ Cfr. REYES ECHANDIA, ALFONSO, “LA IMPUTABILIDAD”, Publicación Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, p. 29.

que el enajenado y el niño pueden obrar con intención -puramente psicológica-y sin diligencia. Es decir: es evidente que aquel y éste actúan voluntariamente.³⁹ De la observación anterior se desprende que uno de los puntos clave de la concepción finalista de la culpabilidad tiene un presupuesto anfibo-lógico, puesto que las expresiones dolo y culpa -o más exacto intención y negligencia- tienen en alemán significado distinto (esencialmente psicologista) del que poseen en otros idiomas y particularmente el castellano.

9º) Si se sostiene que la culpabilidad es juicio de valor, con el mismo argumento habría de concluirse que también la antijuridicidad y la tipicidad, como adecuación típica y particular frente a ingredientes normativos y subjetivos, constituyen juicios valorativos; si a esto agregamos los juicios sobre cada uno de los elementos de la culpabilidad, veremos que toda la teoría del delito se transforma a la postre en una sucesión de juicios valorativos y, además todos ellos con un mismo contenido: el reproche de la conducta del agente. Por esta vía, sin embargo, el único y verdadero juicio de reproche es el de responsabilidad, que se emite cuando aparece procesalmente demostrado que el indiciado actuó típica, antijurídica y culpablemente; de esta manera, cuando los finalistas definen la culpabilidad como juicio reproche, lo que realmente están haciendo es definir la responsabilidad.

10ª) Entre los elementos de la culpabilidad el finalismo incluye la posibilidad concreta de conocer la ilicitud del hecho y no el conocimiento real y actual de dicha ilicitud, con el argumento de que este último es un hecho subjetivo de carácter psicológico como el dolo; pero ocurre que esta probabilidad de darse cuenta de la

³⁹ Cfr. FICHEBERRI, ALFREDO, **“DERECHO PENAL”**, tomo I, 2ª edición, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, pp. 195 y 196.

ilicitud de la conducta constituye también un fenómeno psicológico, puesto que se predica de la esfera cognoscitiva de la personalidad, con lo que su intento de lograr un concepto puro de culpabilidad resulta fallido. Y esta crítica es tanto más evidente cuanto que la propia doctrina habla de una conciencia potencial de la ilicitud del hecho, puesto que esta última expresión muestra en forma mucho más concreta la naturaleza psicológica del fenómeno, de la cual quieren huir. Además, al exigir como elemento de la culpabilidad no ya el conocimiento de la ilicitud del hecho, sino la mera probabilidad de tal conocimiento, extienden demasiado su ámbito de acción y dificultan considerablemente su demostración. En efecto, si averiguar el conocimiento que alguien pudo tener de que actuaba antijurídicamente es algo de suyo complejo, júzguese la magnitud de esa complejidad si el problema se retrotrae a la simple probabilidad de ese conocimiento.

11ª) La exigibilidad de una conducta conforme a Derecho, que los finalistas incluyen como elemento de la culpabilidad, no es algo propio y exclusivo de este fenómeno, porque también es indispensable para que la conducta típica pueda ser considerada como antijurídica; la cuestión resulta evidente si miramos el problema desde el punto de vista negativo; en efecto, la razón de ser tanto de las causas de inculpabilidad como de las de justificación no es otra que la de que al agente no le era exigible en el caso concreto comportamiento diverso, dadas las circunstancias en que actuó y sus condiciones personales.

12º) La preocupación por lograr una explicación unitaria de los fenómenos del dolo y la culpa es en los finalistas casi obsesionante. Pero la verdad es que la posibilidad de conocimiento del injusto no se da en manera alguna en las hipótesis de la culpa sin representación, pues que en ella el sujeto ni siquiera ha previsto el

resultado antijurídico de su comportamiento, y por consiguiente no ha tenido la concreta posibilidad de conocer su ilicitud. Por lo demás, existe diferencia sustancial entre querer un resultado antijurídico y no quererlo.

13ª) Se sostiene, finalmente, que la categoría jurídica denominada culpabilidad tiene mucho más que ver con el problema de si conviene o no sancionar penalmente en una situación concreta, que averiguar si el agente pudo o no actuar diversamente, cuestión ésta empíricamente difícil de comprobar; y agrega que la famosa polémica sobre si el dolo pertenece al tipo o a la culpabilidad es un problema aparente. El dolo es esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma en que lo exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito; pero es igualmente relevante para la culpabilidad porque debe delimitar su forma más grave de la más leve y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías.

La difusión alcanzada en España por la doctrina finalista del delito o por las exigencias sistemáticas derivadas de ella -como fenómeno similar al producido, en diversa medida, en las doctrinas de Italia y de ciertos países de Latinoamérica-, nos obliga a hacer referencia aquí a los cambios que dicha teoría ha introducido en relación a la culpabilidad.

Dos mutaciones de índole sistemática propugnadas por la doctrina finalista han resultado decisivas para el objeto de nuestro estudio: por un lado, el concebir a la acción de modo final incluyendo consiguientemente el dolo en el tipo, entendido aquél como el conocimiento con voluntad de realizar el hecho típico; y, por otro, el considerar al delito culposo como una forma particular de infracción, necesitada de un estudio sistemático en buena medida propio e independiente.

Como resultado de estos dos cambios en la ordenación de la estructura del delito, la culpabilidad ha adquirido un nuevo contenido en aquellas obras de la doctrina española que se basan en la teoría finalista o en los postulados sistemáticos derivados de ella.

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 antijurídica pese a haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos que para un tal juicio se exigen, experimenta una modificación. Dichos requisitos son, en términos generales, los siguientes:

- a) La imputabilidad del agente;
- b) El conocimiento de la significación antijurídica del acto, como la intelectual distinta a la representación de la realidad del hecho típico (en términos más exactos, de la parte objetiva de un tal hecho);
- c) La ausencia de causas de inculpabilidad.

3.5 Modelo lógico

En cuanto a la culpabilidad en el modelo lógico, ofrece singularidades dignas de destacarse, que suponen una decantación y afinación del concepto finalista para llevarlo a sus últimas consecuencias. En este sentido, la Profesora Olga Islas define la culpabilidad en la forma que a continuación veremos:

“Culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar

*bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva”.*⁴⁰

Para el modelo lógico la culpabilidad implica la existencia de una afectación o la probabilidad de la misma respecto del bien jurídico, es decir, una lesión o puesta en peligro del mismo, y, al propio tiempo, una violación del deber jurídico penal; esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación.

El conocimiento del deber jurídico penal ha de entenderse como conocimiento potencial, en virtud de que es suficiente que el sujeto haya incorporado a su acervo cultural la específica exigencia legal, sin importar que en el momento de realización de la conducta haya actualizado dicho conocimiento.

El único aspecto negativo de la culpabilidad según la teoría lógica es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos, valorativos del tipo legal particular, pues el error vencible sobre los mismos elementos sólo reduce el grado de reproche.

El error sobre la violación del deber jurídico penal opera cuando cree o supone que con su conducta no incurre en la violación, porque considera que o va a salvar un bien jurídico o no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

3.6. Funcionalista

Como último desarrollo de los distintos sistemas del delito corresponde el turno al denominado sistema funcionalista.

⁴⁰ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, OLGA, “ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA”, 4ª edición, Editorial Trillas, México, 1998, pp. 78 y 79.

Las insuperables críticas en torno de la culpa y la omisión hechas al sistema final de acción, han dado como resultado la búsqueda de nuevos proyectos sistemáticos.⁴¹

Con respecto al dolo, los nuevos proyectos sistemáticos tienen un punto en común: rechazar el concepto final de acción, pero mantienen la ubicación del dolo en el tipo con distinta fundamentación.⁴²

El sistema racional-final, teleológico o funcionalista de ROXIN, denomina un sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.⁴³

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernico a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena.

Como consecuencia de lo anterior, a nivel de tipo, los cambios de fundamentación teórica más importantes realizados por el funcionalismo recaen principalmente en el tipo objetivo a través de la teoría de la imputación objetiva. En cambio; al tipo subjetivo se le ha prestado menos atención y los cambios que ha sufrido, en particular el dolo, son propiamente una consecuencia del gran cambio experimentado por el tipo objetivo.

Hasta aquí se ha analizado el dolo en cada uno de los sistemas del delito *clásico, neoclásico, finalista, lógico y funcionalista* a la luz de la culpabilidad,

⁴¹ Cfr. ROXIN, CLAUS, “**LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN**”, traducción Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus S.A., Madrid, 1981, p. 41.

⁴² *Ibidem.* pp. 202 y 203.

⁴³ *Ibidem.* p. 154.

estableciendo su concepción y problemas sistemáticos en la categoría en que cada uno de dichos sistemas lo ubicó: en la culpabilidad (*clásico y neoclásico*) o en el tipo subjetivo (*finalista*). Sin embargo, para efectos de mayor claridad variaré en adelante dicha metodología de exposición y en lo que resta del presente capítulo ofreceré una breve exposición teórica sobre los cambios conceptuales fundamentales que el funcionalismo ha realizado en la teoría del delito, ello con el fin de establecer las delimitaciones sistemático-generales a las cuales se debe ajustar el dolo, del cual me ocuparé en detalle en el segundo capítulo, estableciendo sus elementos, concepto, criterios de interpretación y una breve referencia a sus clases.

El funcionalismo retoma los principios del pensamiento *neohegeliano* y *neokantiano*, los cuales habían quedado interrumpidos en el período de entreguerras, especialmente por el Nazismo,⁴⁴ desarrollándose sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho.⁴⁵ De ahí quizá *“la idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho Penal bajo aspectos político-criminales que permitan hacer fructíferos para la dogmática penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con*

⁴⁴ *Cfr.*, Sobre el contexto histórico-político-filosófico, informa ampliamente MARQUEZ PIÑERO, Rafael en **“LA ESTÉTICA DE LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN PENAL”**, Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXII, número 183-184, mayo-agosto, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 102-106.

⁴⁵ *Cfr.* ROXIN, CLAUDIUS, *Op. Cit.*, pp. 203 y 204.

validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia".⁴⁶

4. LA VOLUNTAD DEL DELITO

Para que haya delito no basta el hecho material de que se ha hablado hasta aquí: se necesita también, el concurso de la voluntad.

Esta exigencia constituye una gran conquista de la civilización humana, pues en los pueblos primitivos para la responsabilidad penal era suficiente una relación objetiva de causalidad ente la acción del hombre y el resultado dañoso, relación que a menudo se presumía sobre la base de perjuicios. La sola causación del daño, en definitiva, autorizaba la reacción punitiva.

La participación de la voluntad en el hecho exterior constituye lo que tradicionalmente se designa con la expresión de "*elemento subjetivo*" o "*psicológico*" del delito.

De las disposiciones contenidas en el artículo 8º del Código Penal, se infiere que en nuestro Derecho el elemento subjetivo del delito presupone en todo caso la consciencia y voluntad de la acción u omisión y que puede adoptar dos formas fundamentales: el dolo o culpa.

Los elementos afectivos o emocionales, según los autores tradicionales, se basan en la idea de que el dolo es la voluntad y consciencia de ejecutar un acto. En este sentido se dieron diferentes opiniones como la de Francisco Carrara, quien manifiesta "*Que esa voluntad debía referirse a la de la ejecución del acto y no a la de*

⁴⁶ *Ibidem*, p. 205.

ocasionar un daño”;⁴⁷ Sin embargo, al dolo se le identifica con la *voluntas sceleris*. Pero lo importante es que ambos se basan en el hecho de voluntad y conciencia.

5. ESENCIA DE LA CULPABILIDAD

A nuestro juicio, la concepción psicologista y normativista no se excluyen mutuamente, pues ambas contienen un *quid* de verdad. La primera tiene razón en cuanto encuentra en la voluntad culpable un fenómeno psicológico, es decir, una actitud de la voluntad del sujeto. Tiene razón también cuando pone de relieve que esa actitud tiene que ser la causa del hecho exterior, en el sentido de que tiene que remontar a él y tiene que atribuírsele la producción de tal hecho. La segunda, por su parte, tiene razón cuando afirma que este elemento es siempre una manifestación de voluntad distinta de aquella a que el sujeto está obligado. En efecto, si ningún reproche puede hacerse al agente, será imposible hablar de voluntad culpable. En particular, en el delito doloso se le reprocha al sujeto que ha querido cabalmente realizar ese hecho, mientras que el delito culposo se le reprocha que se ha comprobado con ligereza, es decir, que ha faltado a su obligación de actuar con prudencia y diligencia, provocando de ese modo un daño.

Por lo anterior, sustentamos que la culpabilidad se puede definir así: la actitud de la voluntad que, siendo contraria al deber, ha dado origen al hecho material exigido para la existencia del delito.

Desde el punto de vista sustancial, el elemento del que hemos es una manifestación de indisciplina social. En efecto, la violación de la obligación

⁴⁷ CARRARA, FRANCESCO, “EL PROGRAMA DE DERECHO PENAL”, volumen I, 7ª edición, Editorial Temis, Bogota, 1977, p. 82.

demuestra siempre la oposición del individuo a observar las prescripciones del ordenamiento jurídico, esto es, a obedecer los dictámenes de la ley. La obligación culpable, por tanto, si formalmente es comportamiento indebido de la voluntad, en cuanto es causa del hecho exterior, sustancialmente es una expresión de indisciplina social.

No se puede decir más, si se desea permanecer en el terreno de la realidad jurídica. En particular, no se puede afirmar que sea siempre manifestación de una personalidad socialmente peligrosa. Como lo sustentaremos, la peligrosidad social puede faltar aún en los delitos graves; con mayor razón no se da siempre en los delitos menores.

La culpabilidad, en nuestro ordenamiento jurídico, debe considerarse en relación con el hecho concreto: es una actitud psíquica respecto del hecho que se ha cometido.

Una corriente doctrinaria, en cambio, estima que hay que verlo en el carácter del agente, en su individualidad antisocial concepción caracterológica de la culpabilidad.⁴⁸ Pero este modo de pensar constituye una simple aspiración de *iure condendo*.

En el Derecho actual el delito no se considera síntoma de la antisocialidad de la persona, sino como un hecho contrario a los fines del Estado, y por tanto, merecedor de la sanción penal. La base esencial para la determinación legislativa y judicial de la pena es la gravedad del delito, y solo dentro de ciertos límites se toma en cuenta la capacidad para delinquir, es decir, la posibilidad mayor o menor de que el individuo cometa otros delitos en el futuro.

⁴⁸ Cfr. RANIERI, MANUEL, *Op Cit.*, p. 285.

6. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD

Como se ha sostenido la culpabilidad es la suma de requisitos; los cuales permiten un reproche fundamental en la personalidad, contra el autor del hecho punible y con ello fundamentar la desaprobación jurídica fundada en la personalidad del sujeto activo del delito.

Es de suma importancia, atendiendo al análisis precedente, establecer cuál es la estructura que actualmente tiene la culpabilidad.

Según Mezger⁴⁹ la culpabilidad está formada por:

- a) la imputabilidad
- b) el dolo o la culpa

Kauffman considera que la culpabilidad se integra de tres elementos que son:

- a) capacidad de culpabilidad (imputabilidad)
- b) dolo o culpa
- c) la exigibilidad.

Kauffman *“afirma que el autor debe conocer el carácter ilícito de su acto solo así será posible hacerle un reproche de culpabilidad. Demostró que la culpabilidad, es un fenómeno metafísico por lo que la culpabilidad se coloca sobre el hombre, de manera de que a él se le pueda definir, como una esencia que pueda ser culpable”*.⁵⁰

Los elementos de la culpabilidad en la teoría finalista, se han modificado substancialmente ya que dolo y culpa pasan a formar parte de la tipicidad y la culpabilidad queda como mero juicio de reproche (valoración).

Para Jescheck, los elementos de la culpabilidad son:

⁴⁹ Cfr. MEZGER, EDMUNDO, *Op. Cit.*, p. 189.

⁵⁰ KAUFMANN, ARMIN, **“TEORÍA DE LAS NORMAS”**, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 31.

- a) la capacidad de culpabilidad
- b) conocimiento de antijuridicidad.

En el mismo sentido se pronuncia: Bacigalupo, Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernat, Zaffaroni, Moisés Moreno.

Se sostiene que además se debe agregar a los anteriores la exigibilidad.

En conclusión, los elementos de la culpabilidad para nosotros son:

- a) La imputabilidad (capacidad de culpabilidad.)
- b) el dolo o la culpa
- c) la exigibilidad.

Es preciso aclarar que cada uno de estos elementos han sido analizados ampliamente en los temas precedentes a la luz de las diferentes teorías, razón por la cual en el capítulo siguiente únicamente nos vamos a referir al estudio del dolo y de la culpa como elementos anímicos del comportamiento interior, dada la importante relación que tienen con el tema central del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL ELEMENTO ANÍMICO DEL COMPORTAMIENTO INTERIOR DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

1. DOLO

En la parte final del capítulo anterior nos referimos a la estructura de la culpabilidad con la finalidad de establecer el punto de referencia para el estudio del elemento anímico del comportamiento interior.

Sin duda alguna, la tarea que se inicia implica necesariamente el análisis de dos elementos sustanciales de la culpabilidad (como algunos autores consideran según lo hemos expuesto en los apartados anteriores o de sus dos formas de manifestación, según otros) que son el dolo y la culpa.

El dolo es la forma típica de la voluntad culpable y en cierto sentido su verdadera forma. Por su parte la culpa es el comportamiento humano que aún siendo lícito pudiese causar un resultado típico debido a la violación a las normas del deber de cuidado.

Pues bien, dicho lo anterior iniciaremos el estudio dogmático del dolo.

1.1 Concepto

Carmignani definió el dolo *“como el acto de intención más o menos perfecto, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores.”*¹

¹ CARMIGNANI, GIOVANI, *Op. Cit.*, p. 68.

Carrara, máximo representante de la escuela clásica, define al dolo “*como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley.*”²

Jiménez de Asúa dice que “*el dolo es la producción de 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 mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica*”.³

Cuello Calón afirma: “*dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso*”.⁴

Para nosotros, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo.

El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es indispensable unir dos teorías: una llamada de la voluntad y otra llamada de la representación.

El dolo, a través de su evolución dentro del Derecho Penal, ha pasado por diversas etapas, primeramente, lo encontramos en el Derecho Romano y en el primitivo Derecho Germánico, donde los castigos se aplicaban por el mero resultado, sin importar la intención del agente.

² CARRARA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 45.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 417.

⁴ CUELLO CALÓN, EUGENIO, “**DERECHO PENAL**”, 9ª edición, Editorial Editora Nacional, México, 1961, p. 441.

Ahora bien, si consideramos únicamente la teoría de la voluntariedad, el dolo se concebiría en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado.

Sin embargo, no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a substituir el concepto de la voluntariedad, por el de la representación. En tal sentido, la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. A mí juicio, es preciso conservar los dos conceptos, construyendo el dolo sobre la voluntad y la representación, como se verá más explícitamente al referirnos al problema del *dolus eventualis*.

Establecer un concepto general de dolo tiene como problema fundamental su ámbito de validez conceptual, es decir, dicho concepto debe ser válido tanto para un supuesto de dolo directo de primer grado como uno de dolo directo de segundo grado.

Roxin defiende la opinión de que la realización del plan constituye la esencia del dolo: *“un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Siendo definido el dolo como la decisión en contra del bien jurídico tutelado”,*⁵ concepto que se ha generalizado al considerar que el dolo es la asunción de las condiciones constitutivas

⁵ ROXIN, CLAUDIUS, “DERECHO PENAL PARTE GENERAL (FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO),” traducción de la segunda edición Alemana, traductor Diego Manuel A. Abanto Vásquez, Lima Perú, Editorial Idemsa, 1998, pp. 222 y ss.

del injusto o, del mismo autor, como negación explícita que realiza el individuo de una situación protegida por una norma jurídico-penal.

Es incuestionable que el tema del dolo requiere ser aclarado en su dimensión, lo cual realizaremos a través de una exposición general sobre el contenido y los criterios de interpretación de los elementos del dolo que a saber son: conocimiento y voluntad.

1.2 Elementos

Existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad. En lo que no existe acuerdo es en la determinación del contenido de uno y otro y cuál de ellos debe prevalecer. De ello nos ocupamos a continuación.

De la noción que hemos dado, resulta que son dos los elementos sustanciales o constitutivos del dolo: a) el elemento psicológico, por el que se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella; b) el elemento ético o de negación del Derecho, consistente en actuar con el conocimiento de que la acción es contraria al orden jurídico.

a) El elemento psicológico evoluciona en un triple sentido:

1) De la exigencia de la intención, primitivamente requerida, se pasa a la voluntad del resultado. Por último, existiendo voluntad para la causa, resulta suficiente con la aceptación del resultado o asentimiento en él.

2) Se advierte la diferencia entre los conceptos previsibilidad y previsión, requiriéndose este último para la existencia de dolo.

3) No es preciso que el resultado sea previsto como cierto; es suficiente la previsión de la posibilidad, si ella no detiene al autor en su acción. Los resultados así acarreados se cargan al autor a título de dolo condicionado o eventual.

b) El elemento ético o negativo del Derecho, por el cual se relaciona la acción y su autor con el orden jurídico, es el que ha dado lugar a mayores disidencias.

La cuestión recae en la naturaleza de esa relación, y en tal sentido se formulan dos problemas principales.

1) Es necesaria la representación de que la acción cumplida se adecúe a una figura delictiva: La presunción de que el acto está previsto por la ley, que las circunstancias del hecho caen bajo las características de la definición del hecho.

Esta fórmula ha sido rechazada mediante el argumento de que, de aceptarse, sólo los juristas delinquirían. Partiendo de este punto, se afirmaríase que no es necesario que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus "elementos". Es necesario solamente el conocimiento de las circunstancias de hecho, que contempladas jurídicamente reproducen la imagen del delito-tipo legal. Esta solución traslada el problema del campo normativo al objetivo. Es evidente que siendo la apreciación jurídica de los hechos la obra de terceros subjetivamente el aspecto ético o normativo del dolo desaparece, al quedar reducida al solo conocimiento de las circunstancias de hecho. Lo que se trata de saber es si el sujeto que cumple la acción ha de estar o no en referencia psicológica al orden jurídico.

2) Se cuestiona si es necesario o no el conocimiento de la naturaleza ilícita o antijurídica de la acción. Al problema se le trata refiriéndose indistintamente a la ilegalidad, a lo injusto, a la antijuricidad, o la criminalidad, aunque estos conceptos son sustancialmente distintos.

Justo es reconocer que hoy la mayoría de la doctrina se inclina por la exigencia del requisito para que pueda hablarse de responsabilidad a título de dolo.

Una reflexión en contra, implicaría olvidar el planteamiento de la cuestión referida, en particular al dolo, y no a la culpabilidad en general. “Al que obra con desconocimiento de la ilicitud de su acto, no se le puede reprochar su conducta aunque pueda reprochársele su inadvertencia, lo cual nos lleva fuera del terreno del dolo.”⁶

“Es preciso no confundir esa situación con la del error o ignorancia de Derecho. En el caso que nos ocupa, lo que se ignora o aprecia erróneamente son los hechos, que el autor cree lícitos, porque los prevé distintos de lo que son o no los prevé.”⁷

Ambas cuestiones contemplan el estudio de la forma dolosa de la culpabilidad en función de la tipicidad y la antijuricidad.

El problema debe tratarse teniendo en cuenta lo exigido. “*No puede aceptarse la existencia de dolo sin conocimiento de la naturaleza criminosa de la acción, pues ello destruiría la teoría de las eximentes putativas y del error como causa de inculpabilidad*”.⁸

Esto no significa afirmar que el individuo debe conocer la disposición legal que erige el hecho en delito, ni que ha de realizar un proceso de subsunción de su conducta a la norma sino, sólo debe tener conciencia de la naturaleza criminosa del acto que realiza.

⁶ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. Cit.*, p. 23.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

Es absolutamente claro que las nociones de lo típico y de lo antijurídico tienen un enfoque técnico, propio de los juristas, y otro que es el que está en la mente de los componentes del grupo sometido al orden jurídico. Esto no puede negarse. Por eso consideramos que tiene razón Jiménez de Asúa cuando afirma *“que lo que ha de requerirse es el conocimiento de los hechos y de su significación jurídica de maneja profana y no técnica. Debe tenerse solamente un conocimiento de la significación y función social que los hechos tienen, valoración paralela en la esfera del lego”*⁹. Eso es lo que ocurre en la realidad de la vida diaria; quien se apodera de una cosa ajena o aquel que priva de la vida a otro, saben que realizan un hecho delictuoso; sabrán sólo que la consecuencia de esa acción es una pena, y con eso saben lo suficiente, están ya relacionados con el orden jurídico. A la inversa, quien actúa en la legítima defensa, tiene la conciencia de que su obrar ha sido justo, aunque desconozca totalmente la disposición penal que contiene la causa permisiva.

Expuesto lo anterior pasaremos al estudio de los elementos del dolo.

a) Intelectual. (cognitivo)

b) Emocional. (volitivo)

1.2.1 Cognitivo

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, es decir, no se puede concebir una voluntad vacía de contenido. Por ello se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento del dolo.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 228.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, conocimiento es “acción y efecto de conocer, entendimiento, inteligencia o razón natural”.¹⁰ De ello se deduce que todo conocimiento supone un conocer, lo cual implica grabar en la conciencia palabras, ideas, conceptos y experiencias que *inconscientemente* se tienen disponibles en la memoria. Conocer proviene del latín cognoscere y significa: “averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas, percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él, presumir o conjeturar lo que puede suceder.”¹¹

Decimos en la definición que actúa con dolo quien se representa en el momento de la acción un resultado delictuoso como cierto, probable o posible, para comprender los modos de conocimiento del suceder causal, que, evidentemente, debe haberse producido, puesto que la investigación de la culpabilidad penal sólo tiene sentido ante el caso concreto de un hecho típicamente antijurídico. Tal el aspecto cognoscitivo del dolo.

Welzel, al tratar el tema de lo cognitivo señala que: “un hecho es solo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, las circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. El conocimiento de ésta se basa en el de aquéllas: la antijuridicidad del hecho puede ser sólo conocida si el autor ha conocido o ha podido conocer, sus circunstancias que pertenecen al tipo.”¹²

Ahora bien, como el hecho que constituye el delito es el conjunto de las notas que lo caracterizan, para la existencia del dolo se exige que todas esas notas sean

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA”, tomo I y III, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.

¹¹ *Idem.*

¹² WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 101.

conocidas por el agente. Ese conocimiento no es completamente absorbido por la voluntad, pues ésta, como hemos visto, puede tener por objeto solo el comportamiento y en el sentido indicado, las consecuencias de él. Hay, por tanto, elementos que quedando fuera del alcance de la voluntad, no pueden ser queridos, sino que deben ser conocidos.

De la configuración de cada uno de los delitos en particular depende cuáles sean esos elementos. A éste propósito tiene decisivo valor la descripción del delito dada por el legislador, la cual indica y precisa las notas que lo distinguen. Razón por la cual en el siguiente apartado nos referiremos al conocimiento de los elementos descriptivos del tipo.

1.2.1.1 Conocimiento de los elementos descriptivos del tipo objetivo.

Se entienden por elementos descriptivos del tipo objetivo aquellos cuya percepción se realiza a través de los sentidos, es decir, aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (*cognitivo*) por el juez.¹³

Es necesario establecer criterios que nos ayuden a comprender cómo es que se determina la existencia de dichos conocimientos relevantes para el Derecho Penal y que son el sustento para imputar el obrar doloso del autor.

Como sabemos, los tipos penales describen conductas y resultados a los cuales se les vincula una pena.

Mientras que la descripción de la conducta es genérica, el resultado, en cambio, es limitado. Es decir, la conducta de privar de la vida ofrece una multiplicidad

¹³ Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Op. Cit.*, p. 306.

de posibilidades en la realidad; pero sería imposible describir previamente todas ellas en un Código Penal, por lo cual, la técnica legislativa seguida es la de referirse en el tipo a la conducta de privar de la vida, la cual dentro de su generalidad es suficientemente precisa para no violar la garantía de legalidad impuesta por la Carta Magna. El resultado, por el contrario, está claramente identificado: sólo hay una muerte en el sentido jurídico-penal.

Conforme a los lineamientos anteriores, el ciudadano conoce la prohibición de matar y por tanto, su obligación de abstenerse de realizar aquellas conductas que ponen en grave peligro la vida de otro.¹⁴ Sobre estas descripciones tanto de la conducta como del resultado prohibido recaen los conocimientos de quien obra dolosamente.

1.2.1.2 Conocimientos ontológicos y nomológicos.

Inicialmente debemos diferenciar entre los conocimientos derivados de un juicio de necesidad y los de un juicio de probabilidad.

El juicio de necesidad según Gimbernat, *“se conforma de conocimiento nomológicos y ontológicos, el primero es un conocimiento general de la experiencia, un conocimiento sobre las leyes de relación de un acontecimiento: comprende los conocimientos de las leyes de la naturaleza. El saber óntico se limita al conocimiento de los hechos. El juicio de que una piedra arrojada al aire volverá a caer, descansa en: primero; nuestro conocimiento del hecho de que la piedra ha sido arrojada (conocimiento ontológico) y segundo: nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza de la fuerza de gravedad (conocimiento nomológico). Si nuestros conocimientos de*

¹⁴ Cfr. GOLDESTEIN, RAÚL, *Op. Cit.*, p. 132.

*los dos campos fuesen perfectos, sólo podríamos emitir juicios de necesidad: ‘Desde un punto de vista de la omisciencia, habría que eliminar por ejemplo el azar; jurídicopenalmente, ello significaría que un ser que poseyese en el momento de la acción ambos saberes sin ninguna clase de lagunas sólo podría obrar dolosamente’.*¹⁵

Indudablemente no es factible al ser humano poseer todos los conocimientos ontológicos y nomológicos y, por tanto no es posible a éste emitir juicios de necesidad, quien los tuviese sabría necesariamente no sólo los hechos que ocurren (*presente*) sino que además podría conocer todas las consecuencias por venir (*futuro*). En otras palabras, quien pudiera emitir juicios de necesidad podría saber exactamente lo que ocurrirá en el futuro a partir de hechos presentes; ellos, expresado en términos de dogmática jurídica, significaría que el sujeto desde antes de actuar (*perspectiva ex ante*) ya tiene el conocimiento preciso de los resultados de ese actuar (*hechos ex post*); quien pudiera hacer eso, en el lenguaje común y corriente, no sólo sería un adivino, sino un vidente certero cercano a la concepción de un dios quien todo lo sabe.

En cambio, en el juicio de probabilidad los conocimientos ontológicos y nomológicos son menores a los del juicio de necesidad. En los juicios de probabilidad se distingue entre probabilidad subjetiva y probabilidad con validez general (posibilidad objetiva):

La probabilidad subjetiva se constituye en base al conocimiento experimental y fáctico de un individuo determinado; estos juicios, por consiguiente, tienen validez

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y CAUSALIDAD”, 2ª edición, Editorial Reus, Madrid España, 1966, p. 19.

sólo respecto de un juicio determinado: un acontecimiento me puede parecer muy probable; a otro que sepa más sobre sus condiciones, improbable.

Si toda probabilidad es subjetiva ¿cómo podemos hablar entonces de la posibilidad objetiva o de probabilidad con validez general? Porque la formación de un juicio de posibilidad objetiva presupone un conocimiento nomológico que, sin ser perfecto, para que fuese perfecto tendría que comprender todas las leyes de la naturaleza las ya descubiertas y las que todavía no lo han sido, comprende, sin embargo, el conocimiento experimental total de la humanidad, de tales juicios se puede decir que son objetivos porque poseen validez general para todos los hombres.

Por lo que se refiere al conocimiento ontológico la probabilidad se caracteriza porque no conocemos exactamente la relación de las condiciones en el caso concreto; por consiguiente, otra vez en oposición a la necesidad donde no existe circunstancia conocida, para emitir juicio de probabilidad procedemos del siguiente modo: una parte de las condiciones esenciales para el suceso la dejamos determinada, y otra parte indeterminada, incluye la totalidad de circunstancias que podrían surgir.

Ejemplifiquemos lo anterior con los juegos de azar, juicios que constituyen el objeto del cálculo de probabilidades. Si arrojamos un dado hay $1/6 = 0.167$ de probabilidades de que salga la cara con número 1, algunas condiciones vienen dadas (la construcción del dado no contienen ninguna irregularidad, las caras tienen del número 1 al 6 entre otras.); la circunstancia de arrojar el dado, en cambio, queda indeterminada: esta acción es susceptible de adoptar las más diversas variaciones, pues hay una variedad infinita de formas de tirar el dado en lo que se refiere al modo

de tomarlo, sostenerlo y arrojarlo; ahora, la que se empleé, no es más que un caso especial dentro de una gran generalidad.

Roxin al respecto señala: *“los conocimientos de la física cuántica, cuyo objeto de conocimiento son las ondas y partículas en el campo atómico, y la teoría de la relatividad, confirman que la previsión de procesos causales tanto en el tiempo como en la materia que ocupa un espacio, son limitados y sólo permiten una predicción de probabilidad”*.¹⁶

Estos parámetros para determinar la existencia o inexistencia del conocimiento son altamente productivos para la determinación de una conducta dolosa o culposa y, de igual forma, valen tanto para los delitos dolosos de acción como para los de omisión.¹⁷

Comenzando por los delitos de acción, si el ser humano no sólo puede realizar juicios de probabilidad, los cuales se realizan a partir de un conocimiento general nomológico y ontológico, la pregunta es ¿cómo se presentan éstos?

Quien decide realizar una conducta encaminada hacia un fin, sea delictivo o no, desarrolla un plan para su consecución. La elaboración de ese plan supone un retroceso del fin hacia el inicio de las actividades para llegar hasta éste. En toda esa planeación el sujeto ha acudido a sus conocimientos nomológicos generales, es decir, aquellos comunes a todos los hombres; en ese sentido, selecciona los medios y la forma de alcanzar ese fin.

Llevado lo anterior al Derecho Penal, quien quiere privar de la vida a otro, una vez decidido el fin tiene que planear cómo llegar hasta ese resultado (retroceso) en

¹⁶ ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 346.

¹⁷ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, JOSE MARÍA, **“INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL”**, 1ª edición, Editorial Angel editor, México, 2001, p. 73.

ese momento debe decidir el ¿cómo? y ¿cuándo? Ello lo realizará acudiendo a sus conocimientos generales, sabe, por ejemplo, que es más seguro matar a alguien con una pistola que con un puñal. Una vez que ha escogido los medios, traza un plan para alcanzar el fin querido.

Una vez que el sujeto ha determinado el fin por alcanzar y el plan mediante el cual habrá de alcanzarlo tendrá completa la primera parte de los conocimientos nomológicos, la cual se ha desarrollado en el plano puramente intelectual, es decir, sólo en el pensamiento del sujeto.

Posteriormente vendrán los actos preparatorios y de ejecución, los cuales se materializan ya en la realidad y dan lugar al inicio de los conocimientos ontológicos (sobre los hechos) si el sujeto se dirige hacia la dirección de quien vende armas y al llegar al lugar inicia la transacción de compra; en ese momento conoce de los hechos que está realizando tanto en el momento en que se sube al medio de transporte para ir hasta el vendedor, como en el momento en que examina el arma que va a comprar. Pero al mismo tiempo está aplicando sus conocimientos nomológicos, sabe que se ha subido a un microbús (*hechos*) en el cual se trasladará hasta la colonia doctores (*nomológico*). Sabe que tiene frente a él un arma (*hechos*) la cual es de calibre 45 y no una de utilería o de salva (*conocimientos nomológicos*)

Una vez culminados los actos preparatorios, con independencia de su punibilidad o no, pasa a la ejecución. Conforme a su plan se presenta en la oficina de la víctima y al estar frente a ésta, sabe que si dispara a la cabeza las probabilidades de muerte son altas. (*conocimiento nomológicos*) y sabe que tiene frente a él a su víctima y que cuenta con una pistola cargada (*conocimientos ontológicos*). Sabe por tanto que las probabilidades de conseguir su objetivo son muy altas. Lo que no sabe

el sujeto es si efectivamente se dará el resultado; ésto sólo lo podrá saber después de haber disparado y no antes.

Las probabilidades después del disparo son múltiples: puede ser que el sujeto se agache rápidamente y lo haga errar en el blanco, puede ser que la víctima no se mueva pero él no logre dar en el blanco, puede ser que alguien intervenga y desvíe su disparo, puede ser que en ese momento se aparezca un elemento del cuerpo de seguridad de la oficina y dispare y lo lesione o lo mate antes de que él pudiera privar de la vida a su víctima. Todo lo anterior, como he señalado, no lo sabe el autor antes de disparar.

Hasta aquí se puede pensar que se han tomado algunos de los postulados y ofrecer una solución: esto es cierto. La razón de esta combinación obedece a que no todos los postulados de esas teorías fueron erróneos, por el contrario, se debe a su acierto para resolver satisfactoriamente diversos supuestos de hecho y su abandono se debió a la existencia de otros tantos a los cuales no pudieron dar respuesta convincente. Por ello nada impide tomar aquello de bueno que tuvieron dichas teorías y reinterpretarlas para llegar a una solución dogmática acorde con los fines de la pena en su Estado Social y democrático de Derecho.

Para establecer las diferencias entre nuestro planteamiento y el finalismo conviene recordar algunas características de este último. Dentro de los planteamientos de la doctrina final de acción existen dos puntos de relevancia: el conocimiento y la voluntad. El conocimiento fue planteado conforme a una representación que tiene el autor sobre los resultados, sean principales (*fin*) necesarios o concomitantes. Pero eso supone una presunción insostenible, pues el autor no siempre se puede representar todos los resultados derivados de su actuar.

Así, por ejemplo, si el autor quiere privar de la vida a un sujeto y sabe que el domingo éste asiste a su oficina para trabajar a solas y conforme a ello se ubica en el edificio del frente, para desde allí disparar a su víctima, siendo que ese día la víctima se encuentra sentada en su sillón dando la espalda hacia la ventana al tenerla en el punto de mira dispara y efectivamente priva de la vida al oficinista, hasta ahí ha cubierto con su conocimiento el resultado. Empero lo que no sabía es que dicho oficinista había llevado ese día a su hijo de apenas unos meses a la oficina y que al momento del disparo se encontraba cargándolo, por lo que la bala alcanzó al niño y le provocó también la muerte. Conforme con la teoría finalista como el homicida no se representó ese resultado, entonces, faltaba el conocimiento y la voluntad final, por lo cual no se podía imputar la muerte de ese niño a quien disparó, dado que el proceso causal que desembocó en la muerte del infante sería ciego, y dichos procesos son irrelevantes para el Derecho Penal dentro del sistema final de acción.

Si para el finalismo el punto relevante del conocimiento del autor giraba en torno de la representación del sujeto de los posibles efectos necesarios o concomitantes derivados de su actuar (probabilidad subjetiva), para nosotros, en cambio, la representación es un dato de tomarse en consideración, pero el centro de la imputación de la conducta radica en el elevado peligro que representa para bienes jurídicos tutelados conforme a una valoración sustentada en los conocimientos nomológicos y ontológicos generales que *concurrieron* en el autor o *debieron* concurrir en el momento de actuar, ello por ser éstos del dominio de la mayoría de los seres humanos que se encuentran en su mundo circundante: juicio de probabilidad.

De esta guisa, en tratándose de los delitos dolosos, si el sujeto conforme a sus juicios de probabilidad ha desencadenado un proceso causal cuyos resultados fueron los previstos, no habría problema para imputar su comisión dolosa, pero, y he aquí la diferencia, si el sujeto ha desencadenado un proceso causal que para la mayoría es claro que eleva el riesgo de provocar diversos resultados típicos, pues el disparar un arma puede provocar la muerte del oficinista si se da en el blanco, pero también existe una alta probabilidad de lesionar otros bienes: la vida de otra persona y no del oficinista, los daños materiales u otros. Así, aunque el autor no se haya representado *ex ante* todos los resultados que *ex post* se produjeron, el desencadenar un proceso causal, cuya probabilidad de lesionar bienes jurídicos es mayor, ello es suficiente para fundamentar la imputación de todos esos resultados a su conducta; en el supuesto descrito tanto la muerte del oficinista como la del niño.

Dependiendo del grado de probabilidad que exista entre la conducta realizada y el resultado producido podremos determinar el título de imputación que le corresponde. Verbigracia, si Samuel en una fiesta concurrida ve a Teodoro, a quien no había localizado desde hacía meses para privarlo de la vida, y al tenerlo a tres metros de distancia toma la pistola y dispara, resultando que Teodoro se agacha y mata a Alfonso, quien se encontraba detrás de Teodoro: valorado el hecho anterior conforme a un juicio de probabilidad, podemos decir que es del conocimiento general que al disparar en una fiesta concurrida se puede matar a alguien, sea la persona contra quien se dirige la acción de matar u otra cercana. El juicio de probabilidad es mayor y por tanto el conocimiento corresponde al título de comisión doloso. En esta solución, no importó, como lo hacía el finalismo, si Samuel se representó o no ese resultado; es más Samuel no se representó jamás que podía matar a alguien distinto

de Teodoro dada la rapidez de su valoración de la situación, decisión y acción y mucho menos se pudo representar que el muerto sería Alfonso, a quien no conocía, en vez de Teodoro.

Respecto a los delitos de omisión, el finalismo enfrentó problemas insuperables para imputar un resultado a una conducta que no había desencadenado el proceso causal. En cambio, desde la perspectiva aquí propuesta, en la que se interrelacionan tipo objetivo y tipo subjetivo, de tal suerte que la imputación de un resultado a la conducta omisiva no recae en la causación del resultado (inexistente en la omisión) sino en el deber normativo de actuar, pero ese actuar no es un actuar cualquiera, sino debe ser un actuar que conforme a los conocimientos ontológicos y nomológicos del autor aparezca como muy probable para la salvación del bien jurídico. Digo que aparezca como muy probable el éxito de la acción salvadora, porque nada nos garantiza que efectivamente se hubiese podido llegar a salvar el bien jurídico y, por tanto, el sancionar un *no hacer* como si fuera un hacer debe estar limitado al máximo.

Otro ejemplo ilustrativo: quien escucha la llamada de auxilio del bañista que se está ahogando en la playa del Club Maeva en Manzanillo y, sin embargo, omite prestarle ayuda, resultando la muerte del bañista. Nada nos garantiza que la intervención del sujeto hubiese salvado la vida del bañista, dado que, si el sujeto hubiese rápidamente llamado al salvavidas del Club o al cuerpo de rescate de Manzanillo, no es seguro que éstos hubiesen llegado a tiempo para salvarlo; de igual forma el salvavidas podría llegar a sufrir un calambre al nadar hacia el desafortunado bañista.

Por otra parte, la obligación de intervención directa de quien escucha la llamada de auxilio no sólo está supeditada a una posición de garante, sino también a sus conocimientos y habilidades especiales. Si quien omite tiene los conocimientos necesarios y las habilidades para nadar y salvar la vida de un sujeto que se está ahogando, podrá imputarse ese resultado al tipo objetivo de que se trate según tenga posición de garante (homicidio) o no (omisión de auxilio en el Código Penal del Estado de México).

Para ello, el juez deberá situarse hipotéticamente en la posición del omitente para desde una perspectiva *ex ante* y conforme a los conocimientos y habilidades especiales del autor, determinar en qué medida podía intervenir para salvar la vida del bañista; es decir, si bastaba con que llamara al salvavidas del Club, quien se encontraba no muy lejos del lugar charlando con una chica o incluso, el omitente era salvavidas de profesión y, por tanto, tenía las habilidades necesarias para intentar el rescate, aunque, claro, esto último no justificaría llegar a imponerle un deber de garante dado que no se trata del salvavidas del Club.

De esta suerte, retomando el razonamiento de Enrique Gimbernat,¹⁸ la elevada probabilidad de salvación de la acción omitida serviría de sustento para imputarle el resultado acaecido en el caso del garante o para subsumir su conducta en el tipo de omisión de auxilio. Empero, si después se demostrara que en esa playa, como lo es, existe una zona con una corriente que hace difícil salir de ella e intentar salvar la vida de quien queda atrapado, en ese supuesto la imputación del tipo objetivo por un delito de omisión quedaría excluida.

¹⁸ *Cfr.* GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 35.

1.2.1.3 Conocimientos superiores o especiales

Hasta ahora habíamos partido de juicios de probabilidad general, los cuales poseen la mayoría de los seres humanos, mas si el sujeto tiene conocimientos superiores o especiales, entonces ya no procede valorar sus actos dentro de una mayoría a la cual no pertenece sino precisamente conforme a esa minoría en que lo sitúan sus conocimientos. Retomando el ejemplo del puñetazo al hemofílico, si bien es cierto que desde un punto de vista *ex ante* esa conducta no aparece como peligrosa para el bien jurídico vida y conforme a ese conocimiento general se valoraría la conducta del autor, en cambio, si éste supiera con anterioridad del padecimiento de su víctima, entonces, su juicio de probabilidad sobre la posibilidad de provocar su muerte es decididamente distinto al de la mayoría, y por ello su conducta desde una perspectiva *ex ante* debe valorarse en la misma medida, apareciendo entonces como altamente peligrosa para la vida.

Lo mismo vale para el supuesto del sobrino quien regala al tío rico un billete de avión para ir de vacaciones a Cancún, si el sobrino sólo tiene la esperanza de un posible accidente aéreo y así poder heredar; como el juicio de probabilidad de que esa conducta provoque el resultado, desde una perspectiva *ex ante*, es muy remota de acuerdo con las estadísticas de accidentes aéreos, no podrá considerarse como una conducta de riesgo de lesión de un bien jurídico tutelado y por tanto el conocimiento que lo sustenta no será ni de dolo ni de culpa. No obstante, el juicio de probabilidad sería otro si el sobrino sabía que en ese avión había sido instalada una bomba por un comando terrorista y que haría explosión precisamente durante el

vuelo a Cancún, en cuyo caso sí se puede sostener el conocimiento doloso de lesión del bien jurídico vida e imputar su comisión a título de homicidio doloso.¹⁹

De igual forma quien invita a su competidor comercial a tomar el té en casa para llegar a un acuerdo sobre el precio de un producto, con la esperanza de que al subir las escaleras el competidor se resbale y muera, lo cual ocurre; su conducta no será imputable al tipo objetivo porque invitar a otro a tomar el té en casa, de acuerdo con los conocimientos generales, no genera un peligro de muerte. Pero, si el sujeto sabe que unos minutos antes la lavadora del vecino de junto tuvo una gran fuga de agua jabonada que llegó hasta las escaleras dejándolas sumamente resbaladizas, entonces la conducta del anfitrión vuelve a entrar dentro de las conductas imputables al tipo objetivo y ello ha sido como resultado de evaluar los conocimientos especiales del autor.

En este sentido, se pronuncia Silva Sánchez al decir que: *“la presencia del dolo influye sobre la imputación objetiva, de manera que dado un riesgo que un hecho no doloso no sería suficiente para la imputación del resultado, cabe que, concurriendo dolo, ese mismo riesgo sí pueda resultar suficiente para la imputación del resultado”*,²⁰ aunque esta formulación la realizó para analizar supuestos distintos de los conocimientos especiales.

Desde nuestro punto de vista, los conocimientos especiales pueden dar lugar a habilidades especiales, que de igual forma se deben tomar en consideración. Decimos que los conocimientos especiales *pueden* dar lugar a habilidades especiales porque ello no siempre es así. Por ejemplo, un sujeto puede tener

¹⁹ Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, **“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”**, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1966, pp. 228 y 229.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *Op, Cit.*, p. 73.

muchos conocimientos sobre artes marciales: posiciones básicas; formas de defensa y lucha, nombre de técnicas. Sin embargo, ello no necesariamente presupone que él pueda aplicar esos conocimientos, pues puede tratarse de un lector aficionado pero no de un practicante de artes marciales en el sentido real. Por el contrario, quien no sólo conoce de las artes marciales, sino que además las practica, en ese momento sus habilidades, sustentadas en conocimientos especiales, deben ser tomadas en consideración para establecer el peligro que puede generar con su conducta, el cual es más elevado que el de la generalidad.

Por otra parte, mientras que los conocimientos especiales suponen que el sujeto puede emitir juicios de probabilidad más certeros que los de la mayoría, existen conocimientos que el sujeto no puede poseer: conocimientos potenciales.

1.2.1.4 Conocimientos potenciales

Así como los juicios de probabilidad se sustentan en conocimientos ontológicos y nomológicos generales que se pueden imputar al autor por ser del dominio de todos, por el contrario, es opinión dominante excluir los conocimientos potenciales, es decir, aquellos que el sujeto no tenía ni debía tener en el momento de realizar su conducta, por lo cual no podía prever, conforme a un juicio de probabilidad general, el resultado. De esta guisa, no se puede considerar que obra dolosamente quien ignoraba las consecuencias de su acto cuando no debió ni pudo saberlas.²¹

Sobre el particular ya Mezger había manifestado: *“el resultado no es adecuado cuando el curso causal realmente producido era totalmente imprevisible para el juicio*

²¹ Cfr. WELZEL, HANS, *Op, Cit.*, p. 61.

*normal del hombre en el momento de realizarse el hecho, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en la vida de relación”.*²²

Lo anterior explica por qué se debe tomar en cuenta el mundo circundante del sujeto al cual se le imputa un resultado a partir de la base de los conocimientos que le deben asistir por ser del dominio común. El mismo Mezger cita un ejemplo: “*en algunas autopistas alemanas no existe límite de velocidad; sin embargo, durante las nevadas invernales, los conductores saben que deben extremar sus precauciones al máximo pues, sobre todo, cuando la superficie está helada (Glatteis) es difícil frenar y controlar el auto, de tal suerte que si un conductor alemán causa un accidente al no poder frenar debido a que la capa de hielo le impidió frenar y disminuir la velocidad de 100 km/h con la que conducía, no le sería válido el argumento de que en esa autopista no hay límite de velocidad y por tanto no violó deber de cuidado alguno. Dicho argumento no le es válido porque la permisión de conducir con velocidad sin límite, en determinadas autopistas, está supeditada a lo establecido por el parágrafo primero de las reglas generales del Código de Circulación, el cual ordena a los conductores prudencia permanente y el cuidado de los demás, realizando la conducción de forma tal que no provoquen daño, peligro o perturben a los demás, a menos que ello fuese inevitable según las circunstancias.*”²³

En cambio, el conocimiento exigible a un conductor en Alemania de extremar sus precauciones al máximo cuando la superficie de la carretera está helada, puede no serlo para un conductor en México; así, si por el fenómeno climático “el Niño”,

²² MEZGER, EDMUNDO, *Op. Cit.*, pp. 235 y 236.

²³ *Idem.*

llegara a caer una fuerte nevada en México y durante el primer día un conductor provocara un accidente al conducir su vehículo a 70km/h en una zona en la cual el límite estaba fijado en 80km/h, pero la superficie gélida le impidió frenar a tiempo y controlar su vehículo causando daños y lesiones. Si se llegara a comprobar que sólo en condiciones de lluvia, el conductor habría podido frenar y evitar el accidente, pero no sobre nieve, entonces su responsabilidad quedará excluida porque su conducta no está dentro del radio de prohibición del tipo objetivo y ello conforme a que no se le podía exigir conocimientos que en su mundo circundante no podía adquirir (conocimientos potenciales).

1.2.1.5 Conocimientos de la significación de los elementos del tipo

El conocimiento integral del hecho típico debe estar acompañado del conocimiento de su significación respecto de cada uno de los elementos que lo integra; usualmente un conocimiento supone al otro; saber que se va a secuestrar a una persona, a defraudarla o a violarla, implica ser conscientes de lo que significa secuestrar, defraudar o violar.

En algunos casos, sin embargo, ese conocimiento de la significación adquiere particular relevancia; esto ocurre cuando el tipo contiene elementos normativos, respecto de los cuales su significación no se deduce de una simple comprobación sensorial, sino que requiere un juicio valorativo de carácter jurídico o extrajurídico; expresiones como funcionario público, documento, arbitrario, ajeno, casta, son de esta clase y se hallan incrustadas en cualquiera de los elementos del tipo²⁴.

En tales hipótesis, el agente debe saber lo que significan dichas expresiones.

²⁴ Cfr. REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. Cit.*, pp. 116 - 120

Conviene precisar, no obstante, que ese conocimiento sobre el significado de los fenómenos que constituyen la conducta típica, y particularmente de los elementos normativos, no debe entenderse en sentido técnico o especializado, pues entonces el dolo sería exclusivo de personas instruidas, sino que es suficiente el conocimiento vulgar o profano, aquel que una persona común y corriente tiene de los hechos que la rodean. Basta, pues, que el autor en la falsedad sepa que altera la verdad en un escrito apto para probar ante las demás personas lo que allí se dice (documento); o en la calumnia, que le atribuye a otro, delito que sabe no ha cometido.

1.2.1.6 Conocimiento de las circunstancias típicas

En ocasiones los tipos básicos y especiales describen circunstancias de modo, tiempo lugar, dentro de las cuales la conducta debe realizarse para que sea posible su adecuación a la figura legal; tal es, la violencia con que debe actuarse en el robo calificado²⁵ o la casa habitación ajena en la que ha de penetrar el agente en el allanamiento de morada.²⁶

En ambas situaciones el sujeto activo debe saber que actúa dentro de la circunstancia típica respectiva.

Desde luego, el conocimiento de que se habla no se extiende a aquellas circunstancias en que el sujeto actúa pero que no forman parte del tipo legal en el cual se subsume su comportamiento.

El conocimiento de las circunstancias que conforman los tipos subordinados no se tiene en cuenta para los efectos del dolo, porque ellas solo adquieren

²⁵ *Vid.* Artículo 290 fracción I, del Código Penal del Estado de México.

²⁶ *Vid.* Artículo 268 del Código Penal del Estado de México.

relevancia jurídica en el ámbito de la punibilidad, cuando al agente se le ha deducido responsabilidad por haber realizado conducta típica (respecto de un tipo básico o especial), antijurídica y culpable; lo que no significa que tal conocimiento no deba existir en tales casos, como presupuesto de la adición punitiva legalmente prevista.²⁷

1.2.1.7 Conciencia de antijuridicidad de su conducta

No basta que el sujeto activo tenga conocimiento de todas las características de su conducta en cuanto adecuado a un tipo penal determinado, sino que es necesario, además, para que de dolo pueda hablarse, que sea consciente de que con su comportamiento lesiona sin facultad legítima el interés jurídico penalmente tutelado, y, por consiguiente, de que va a hacer algo indebido.

En relación con este punto se puede considerar que la conciencia de la antijuridicidad es requisito del dolo en su aspecto cognoscitivo o que es un elemento de la culpabilidad. Esta última como ya tuvimos oportunidad de indicarlo, es defendida por el finalismo.

Pero dentro de la teoría del dolo existen variantes en cuanto al contenido de este requisito. Para algunos autores como Carrara, “*es conciencia de que se actúa contra la ley.*”²⁸ Los positivistas, a su vez, hablan de “*conciencia del carácter antisocial de la conducta.*”²⁹ En cuanto a la opinión de Carrara- que corrobora su afirmación de que “*el delito es una infracción de la ley*”³⁰, basta recordar con Manzini que el delincuente no viola la ley como tal y por eso no puede tener conciencia de

²⁷ Cfr. DIAZ ARANDA, ENRIQUE, “**EL DOLO**”, 2ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2000, p. 133.

²⁸ CARRARA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 73.

²⁹ FERRI, ENRICO, “**SOCIOLOGÍA CRIMINAL**”, traducción de Antonio Soto Hernández, 1ª edición, Editorial Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 282.

³⁰ *Idem.*

esa violación, sino que vulnera intereses jurídicos que se protegen por medio de la ley³¹. Respecto de la concepción positivista de la antisocialidad, podemos decir que es válida en el ámbito de la criminología pero no en el del Derecho penal, que trabaja con conceptos jurídicos; también aquí cabe decir que no todo lo antisocial es antijurídico³². Las otras expresiones ilicitud y contradicción con el deber son esencialmente formas diversas de manifestar la misma idea de antijuridicidad.

Señala a este respecto Romero Soto que *“si el individuo debe conocer el orden jurídico, por eso mismo debe saber que no puede proceder contra él. En otras palabras: el conocer la existencia de ese orden, implica el saber la obligación de violarlo, o sea de deber de respetarlo”*.³³

Ahora bien, ese conocimiento de la antijuridicidad del hecho no debe interpretarse (como acertadamente opina Córdoba Roda) *“en el sentido de conciencia de la forma antilegalidad, ya que no se requiere que el sujeto tenga la conciencia de actuar frente a una ley, ni menos la representación de su punibilidad”*.³⁴

Recordemos también aquí que esa conciencia de que se actúa antijurídicamente no debe entenderse en el sentido de la perfección técnica de un jurista³⁵, sino en el de que con la propia conducta se va a ocasionar indebidamente un daño, es decir, una lesión al interés jurídico penalmente protegido; así, en el robo el agente debe tener conciencia de que al apoderarse de cosa ajena está tomando

³¹ Cfr. MANZINI, VICENZO, **“TRATADO DE DERECHO PENAL”**, 2ª edición, Editorial Ediar, Editores, Buenos Aires, 1984, p. 322.

³² Cfr. CORDOBA RODA, JUAN, **“CULPABILIDAD Y PENA”**, 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 96.

³³ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, **“DERECHO PENAL”**, volumen II, 3ª edición, Editorial Temis, Bogota, 1969, p. 92.

³⁴ CORDOBA RODA, JUAN, *Op. Cit.*, p. 96

³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 432.

algo que no le pertenece y desposeyendo a quien tiene legítimo derecho sobre ella; y en el secuestro, que está privando injustamente de la libertad a una persona.

La voluntad de que hablamos constituye el núcleo del dolo, no agota el contenido de él. Como hemos indicado, es necesaria también la representación del hecho que constituye el delito: en otras palabras, se necesita que ese hecho haya sido anticipadamente previsto por el agente. Es este el aspecto cognoscitivo del dolo, que precede inclusive al aspecto volitivo.

Ahora bien, como el hecho que constituye el delito es el conjunto de las notas que lo caracterizan, distinguiéndolo tanto de los ilícitos como de los demás delitos, para la existencia del dolo se exige que todas estas notas sean conocidas por el agente. Ese conocimiento es completamente absorbido por la voluntad, pues ésta, como hemos visto, puede tener por objeto solo el comportamiento y en el sentido indicado, las consecuencias de él. Hay, por tanto, elementos que quedando fuera del alcance de la voluntad, no pueden ser queridos, sino que deben ser conocidos.

1.2.1.8 Conocimientos normativos del tipo objetivo

A la pregunta ¿qué debe conocer el autor en tipos básicos como el de homicidio? se puede responder con gran facilidad, pues basta con que el sujeto sepa que está prohibido privar de la vida a otro. Más, el conocimiento de los elementos normativos representa mayores problemas en comparación con el conocimiento de los elementos descriptivos. Pues es más fácil que el hombre medio tenga conocimientos sobre la prohibición de privar de la vida a otro que saber quién, a efectos de responsabilidad penal, tiene la calidad de servidor público o qué se debe entender por ajeno, falso, documento o lascivo, todos ellos son conceptos que

requieren de un conocimiento más elaborado dado que requieren de una comprensión espiritual.³⁶

Desde la innovación de los elementos normativos, su existencia se ha ido reforzando cada vez más al grado de llegar a la conclusión de que incluso aquellos elementos considerados como puramente descriptivos tienen también un contenido normativo. Por ejemplo, la determinación de la muerte a efectos penales no corresponde al concepto de muerte biológica, sino que ha ido cambiando hasta llegar a su determinación a partir de criterios biológico-normativo-valorativos.³⁷

Posteriormente Roxin desarrolló este planteamiento hasta el extremo de sostener que incluso el mismo concepto de ser humano o de cosa requiere de un juicio normativo que se debe realizar en el tipo.³⁸

El mismo Roxin, considera que no existen elementos normativos ni descriptivos puros, pues un mismo elemento normativo puede requerir, para su constatación, de un substrato descriptivo; así, por ejemplo una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de su fijación en un objeto.³⁹

De esta forma, se sigue manteniendo la separación entre elementos descriptivos y normativos a efectos didácticos, teniendo siempre presente que en la mayoría de los elementos del tipo objetivo están presentes ambos y para su distinción se puede decir que: son aquellos que sólo pueden ser representados y

³⁶ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 306.

³⁷ Cfr. DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 119 - 124.

³⁸ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 307.

³⁹ *Idem.*

concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma⁴⁰, por ejemplo: ajeno, buenas costumbres, reprobable, injuria, entre otros. Son elementos que requieren acudir a una norma jurídica o social para determinar su significado y, en consecuencia, deben ser considerados como elementos normativos. Sin embargo, no importa tanto la separación entre elementos descriptivos y normativos porque la mayoría de tipos los entremezclan dominando en algunos casos el elemento normativo y en otros el descriptivo.⁴¹

Conforme a lo anterior, para constatar el conocimiento de los elementos normativos del tipo, basta con que el sujeto tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos.

Al respecto nos permitimos emitir los siguientes comentarios: Si el dolo abarcase el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, tanto los esenciales como los accidentales. La falta de un elemento esencial o accidental excluiría el dolo; sin embargo, ello no es así, pues sólo la ausencia de un elemento esencial da lugar a la aplicación de las reglas del error de tipo, según las cuales si el error es vencible podemos atribuirlo a título de culpa, siempre y cuando el delito acepte dicha forma de comisión, o dejarlo impune si el error es invencible. En cambio, la falta de elementos accidentales no impide la fundamentación del tipo doloso base.

En efecto debemos tener presente que de los elementos esenciales depende la existencia del delito, al paso que los accidentales sólo determinan la concurrencia

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

de la agravación o la atenuación del delito base. Por ello el desconocimiento de los elementos accidentales no excluye la tipicidad dolosa de la conducta, pues, como he sostenido, dicho desconocimiento sólo se refiere a circunstancias generales (elementos típicos accidentales) o bien circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (circunstancias atenuantes o agravantes).

El desconocimiento de una circunstancia general sólo involucra a la subsunción de la conducta en otro tipo penal, por ejemplo, si el autor disparo a otro, tiene el conocimiento de que está cometiendo un homicidio, pero si el muerto resulta ser su progenitor, lo cual desconocía, ese desconocimiento afectará el título de imputación de homicidio en razón del parentesco para subsumir la conducta en el homicidio simple o en todo caso, según la corriente doctrinal que se siga, un parricidio imprudencial.

Surge un problema interesante: ¿cuál será el título de imputación si el dolo no abarca elementos accidentales del hecho típico? No podemos acudir a las reglas del error de tipo, según las cuales si el error es vencible podemos atribuirlo a título de culpa, siempre y cuando el delito acepte dicha forma de comisión, o dejarlo impune si el error es invencible.

Como se ha dicho, esas reglas no son aplicables porque sigue presente el dolo sobre los elementos esenciales y ello es suficiente para fundamentar el tipo doloso base.

En resumen, desde Beling⁴² se ha puesto de manifiesto que no se puede exigir al sujeto activo el conocimiento especializado de un tipo penal como lo sería

⁴² Cfr. BELING, ERNEST VON, **“ESQUEMA DE DERECHO PENAL”** (La doctrina del delito-tipo) traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 72.

para un abogado; por ello sólo se requiere del conocimiento de las circunstancias de hecho, que, contempladas jurídicamente, reproducen la imagen de la descripción típica.

1.2.2 Volitivo

El contenido de la voluntad como elemento del dolo es el punto más controvertido.⁴³

De acuerdo con la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del sistema clásico, esa voluntad debía ser la de provocar un resultado típico y antijurídico. Con la inclusión de elementos normativos en la culpabilidad por el sistema neoclásico surgieron los primeros problemas de la voluntad como elementos rectores del dolo, pues ya no era tan trascendente el nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico sino la valoración normativa: el reproche que se podía realizar al autor por su conducta. De todas formas, el dolo mantuvo su componente psicológico y, aunque atenuado en su importancia, la voluntad siguió desempeñando su función de elemento que abarcaba tanto la conducta como la provocación de un resultado típico y antijurídico.

El problema se planteó de otra forma a partir de la teoría final de acción, al concebir el dolo como “*la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito*”,⁴⁴ la voluntad perdía su, tradicional sentido de *dolus malus* porque ya no era el querer realizar una conducta con un resultado típico y antijurídico, sino que era suficiente con que el autor dirigiera su conducta con la voluntad de realizar un

⁴³ Cfr. ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 415.

⁴⁴ WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 77.

resultado típico. De tal suerte que si ese resultado típico, por ejemplo, privar de la vida a una persona, estaba amparado por una causa de justificación como la legítima defensa, ello era irrelevante para sostener la existencia de una voluntad dolosa de realizar tanto la conducta como el resultado típico.

El problema de la teoría final radicó en la inclusión del resultado como elemento de la voluntad dolosa, dado que ello presuponía el haberlo previsto como fin de la conducta, como una consecuencia necesaria o como un resultado concomitante.

Sin embargo, el autor puede desarrollar una conducta y no necesariamente haberse representado uno o varios resultados típicos, los cuales suceden después de un actuar. Esa falta de previsión excluía la voluntad como factor de dirección de procesos causales y, por tanto, el dolo del autor.

Por el contrario, puede ser que el autor se haya representado el resultado y, pese a ello, no lo quiera, es más, lo repudie y tenga la esperanza que no suceda, presentándose éste en la realidad. En estos supuestos el sistema finalista volvía a tener dificultades para establecer cuándo estamos ante un supuesto de dolo eventual y cuándo ante una culpa consciente.⁴⁵

Para mejor comprender este aspecto del dolo digamos algunas palabras sobre el fenómeno mismo de la voluntad. Obsérvese ante todo que el acto voluntario no es simple, sino complejo, como que en él intervienen las tendencias, los reflejos, las imágenes kinéticas, las ideas, los móviles o motivos y los estados efectivos en general.

⁴⁵ *Cfr.* DIAZ ARANDA, ENRIQUE, *Op. cit.*, p. 222.

La voluntad es, pues, una tendencia específica del yo sobre un objeto conocido y puede presentarse como volición indeliberada o deliberada. En el primer caso, se descompone en tres momentos fundamentales, a saber:

- a) el conocimiento del objeto o motivo que solicita o repele la voluntad.
- b) la tendencia interna de la voluntad hacia el objeto o adversa al mismo, y
- c) la ejecución de una actividad interior (*omisión*) o exterior (*acción*).

En el segundo caso se evidencian igualmente tres fases:

- a) La deliberación, mediante la cual se examinan los móviles y motivos del acto;
- b) La decisión u orientación de la voluntad en el sentido de los móviles o motivos, mediante un acto de libre determinación, y
- c) la ejecución, como consecuencia del proceso interno precedente.⁴⁶

Cuando se habla, pues, del aspecto volitivo del dolo se está haciendo referencia al complejo de operaciones psíquicas que orientan al hombre a decidirse en un sentido antijurídico.

Algunos autores, como Carrara⁴⁷ y Manzini⁴⁸, utilizan la palabra “intención”, que ha de tomarse como voluntad dirigida a un fin típico y antijurídico.

De manera mucho más simple podríamos decir que este aspecto del dolo se presenta cuando el agente quiere realizar la conducta típica y antijurídica (*en relación con los tipos de mera conducta*), o cuando quiere ejecutar la conducta y la

⁴⁶ Cfr. ROBLES, ÓSWALDO, “**INTRODUCCION A LA PSICOLOGIA CIENTIFICA**”. 2 edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1948, pp. 287 - 294.

⁴⁷ Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 73

⁴⁸ Cfr. MANZINI, VICENZO, *Op. Cit.*, p. 707.

consecuencia que de ella se deriva (*respecto de los tipos de resultado*) y hacia ese fin orienta su determinación.

Importa destacar, en todo caso, que la volición en el dolo no se refiere exclusivamente al hecho material sino que debe ir hasta el fin deseado o admitido en la medida en que ese fin pertenezca al tipo; para que haya voluntad dolosa no basta que yo oprima el gatillo del revólver del cual sale el disparo, sino que es necesario que lo haga para producir la muerte de una persona o simplemente para ocasionarle lesiones corporales; solamente de esa manera es posible diferenciar el dolo de homicidio del dolo de lesiones.⁴⁹ La voluntad dolosa en el robo no se satisface con la mera aprehensión material de la cosa ajena sino que requiere, además, la finalidad de poseerla; por esa razón no sería responsable de robo sino de daño en los bienes quien la toma con pretensión de destruirla y así lo hace, como cuando Pedro se apodera de un valioso espejo de Juan y lo arroja contra el suelo para despedazarlo.

En relación con los tipos de resultado, ¿cuándo puede decirse que el agente lo quiere? Creemos que cuando lo acepta anticipadamente ya sea porque se presenta a su mente como cierto (Pedro dispara sobre Juan para matarlo), o porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, como cuando Pedro prevé que al disparar sobre Juan puede lesionar o matar a Diego, que está junto a él, y sin embargo sigue adelante en su pretensión inicial.⁵⁰

En cuanto a las conductas omisivas, el aspecto volitivo del dolo se evidencia en el hecho de querer no hacer la acción a que estaba jurídicamente obligado de

⁴⁹ Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE, "LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO", 3 edición, Editorial Astra, Buenos Aires Argentina, 1974, p. 86.

⁵⁰ Cfr. ANTOLISEI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, pp. 252 y 253;

acuerdo con la descripción típica, respecto de los tipos omisivos propios (como en la omisión de auxilio), o en lograr la finalidad antijurídica querida mediante la voluntad de no hacer lo que debiera hacer para evitar dicho resultado, en los casos de omisión impropia, como cuando la madre se abstiene de amamantar a su hijo recién nacido para que muera de inanición.

La noción del dolo se completa con el elemento volitivo, consistente en querer o aceptar el resultado. Este elemento tanto puede concurrir con un acontecer cierto, cuanto con uno condicionado o eventual. En efecto, es perfectamente posible que alguien quiera un resultado que no está seguro de alcanzar, aun cuando haga todo lo posible para ello, como lo es que se acepte concretar un resultado que no se desea producir⁵¹. Es así como ambos grupos de elementos, certidumbre, probabilidad o posibilidad, por una parte, y querer o aceptar, por la otra, se combinan entre sí de distintas formas para fijar el límite más alto y el más bajo de la culpabilidad dolosa, y situar entre ellos, las distintas formas o especies de dolo.

Aun cuando volveremos a ocuparnos de algunos de estos elementos al tratar la culpa, en particular la llamada culpa con representación o culpa conciente, debemos dejar aquí señalado que las formas mínimas del elemento cognoscitivo y del volitivo, respectivamente, necesarias para constituir en dolo, son la representación de la posibilidad de un resultado y el asentimiento en él. No hay dolo sin representación y asentimiento.

Aunque el aspecto cognoscitivo del dolo preceda al volitivo, no hay duda de que el segundo representa la nota que caracteriza esa forma de culpabilidad. Convendrá, pues, que comencemos por él.

⁵¹ *Cfr.* DIAZ ARANDA, ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 223.

No son escasas las dificultades que se presentan para establecer en qué casos puede considerarse querido por el hombre un resultado de su comportamiento.

La cuestión evoca la antigua controversia entre la teoría de la representación y la teoría de la voluntad. Sostenían los partidarios de la primera que para la existencia del dolo basta la representación del resultado, porque la voluntad no puede tener por objeto las consecuencias de la actividad física del sujeto. La voluntad (se decía) se agota en el hecho de dar impulso a los nervios motores, y, por lo tanto, en determinar un movimiento corporal, al paso que el resultado, que depende también de circunstancias ajenas al agente, puede ser únicamente previsto.

La teoría de la voluntad discutía el punto de partida de la teoría de la representación y sostenía que la acción, en general, no es más que el medio para una finalidad, y que el verdadero punto de mira de la voluntad es un acontecimiento exterior, es decir, el resultado (*naturalista*). En consecuencia encontraba en la voluntad la esencia del dolo.

En el momento actual, desde el punto de vista estrictamente psicológico es exacto todo cuanto afirmaba la teoría de la representación, es decir, que, en rigor, no se puede hablar de volición respecto de las consecuencias del comportamiento corporal, porque la situación mental del sujeto en orden a tales acontecimientos solo puede configurarse como representación o sentimiento (*deseo, aversión, u otro*). Pero no hay duda de que en los juicios de la vida ordinaria, y por tanto también en el lenguaje común, la voluntad se toma en sentido más amplio, al punto de que comprende también los resultados del comportamiento humano. A ese lenguaje se

ha ajustado, evidentemente, nuestro legislador, al hablar precisamente de voluntad del resultado.⁵²

Superado este primer obstáculo. Hay que establecer cuándo para el Derecho se considera deseado por el agente un acontecimiento exterior. La respuesta a esta pregunta no es fácil, pues los casos que la experiencia jurídica nos ofrece son sumamente variados y complejos.

Sin embargo, solo sobre un punto no puede haber duda: se consideran queridos los resultados a que iba dirigida la voluntad del agente, es decir, los resultados que constituyen uno de los objetivos por los que ha actuado el sujeto. En este caso se habla exactamente de resultados intencionales, puesto que la intención no es otra cosa que la voluntad dirigida a un objetivo.⁵³

Pocas veces ocurre que el sujeto ha previsto cierto resultado, pero no ha actuado propiamente a fin de conseguirlo. Por ejemplo: A, al colocar una bomba en la plaza, ha previsto que del estallido de ella pudiera seguirse la muerte de algún transeúnte, pero solo pretendía provocar pánico. B, tendía a romper la vitrina del negocio, pero previendo que del hecho podría seguirse también las heridas de alguien. Porque se haya producido un resultado mortal en el primer caso y una lesión en el segundo. ¿se puede decir que esos resultados hayan sido queridos?

Esta delicada controversia se viene resolviendo, en general, hace tiempo, mediante el criterio del consentimiento. Se consideran queridas las consecuencias que el agente ha aprobado para la eventualidad de que se produzcan, esto es las consecuencias cuyo riesgo ha aceptado. Así, el individuo que colocó la bomba en la

⁵² Vid. ARTICULO 8º Fracción I, del Código Penal del Estado de México.

⁵³ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, "TEORÍA DEL DELITO", 4º edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1997, p. 217.

plaza quiso el resultado mortal proveniente del estallido, porque esa posibilidad no lo alejó de la acción. Al decirse a sí mismo: “cualquier cosa que ocurra, quiero hacer explotar ese artefacto”, aprobó de antemano, y por tanto, quiso la consecuencia que acaeció después.

Sustentando el criterio del consentimiento, es exacto y debe ser acogido. Pero exige alguna aclaración. ¿Cuáles son en particular las consecuencias que deben considerarse consentidas de antemano?

Entran sin duda en esta modalidad las consecuencias que en el momento de la acción parecían ciertas, por hallarse necesariamente conexas con las directamente perseguidas por el agente. Entra también las demás que se representaban como probables. En efecto, si pese a la previsión de que, sobre la base de la experiencia, había que esperar un resultado, el individuo realizó la acción, quiere ello decir que de antemano aprobó aquel resultado.

En cuanto a las consecuencias que se consideraban solo posibles, es decir, poco probables. A éste propósito hay que hacer una distinción, puede ocurrir que el agente, aún habiendo previsto la posibilidad de que se produjera el resultado, hubiera obrado por estar convencido de que el resultado no se produciría. El prestidigitador que en un circo lanza los cuchillos en dirección a una persona, puede prever ciertamente la posibilidad de que la hiera; pero confía en su habilidad y está persuadido de que evitará ese resultado. En ésta y otras hipótesis análogas no se puede decir que se haya deseado el resultado (cuando se produzca). Aquí nos hallamos fuera del dolo, y precisamente en el ámbito de la culpa consciente. En cambio, si faltó en el sujeto la convicción de que eludiría el resultado, también las

consecuencias consideradas únicamente posibles deben conceptuarse queridas, porque, en definitiva, el riesgo correspondiente fue aceptado por él.

Podemos decir todavía que el Derecho considera queridos ante todo los resultados a que se había dirigido la voluntad del agente. En este caso se da el dolo directo o intencional.

También se reputan queridos los resultados del comportamiento que ha sido previsto por el sujeto, aunque solamente como posible, siempre que haya aceptado él su riesgo, o más sencillamente, siempre que no haya actuado con la firme convicción de que no se producirían. En esta hipótesis se da el dolo indirecto, calificado también de eventual.

De lo expuesto se sigue una consecuencia de fundamental importancia, que no debe perderse jamás de vista en la aplicación de la ley, cuando la norma incriminadora no exige expresamente, que el sujeto haya actuado con un fin determinado. Para que se pueda hablar de voluntad del resultado, y más precisamente, para que se pueda considerar querido cierto resultado, no es necesario que éste haya sido el punto de mira o uno de los puntos de mira de la actividad delictuosa: basta que el reo lo haya previsto como posible, aceptado el riesgo de la realización de él; en otras palabras, basta que haya actuado ante la posibilidad de producirlo.⁵⁴ Solo si el sujeto, aun habiéndose representado el resultado, ha actuado con la segura convicción de que no se produciría, no se considera querido tal resultado y hay que excluir la existencia del dolo.

Apenas hay necesidad de señalar que cuando existe la voluntad del resultado en el sentido que precisamos, se da siempre el nexo psíquico, la conciencia y

⁵⁴ *Cfr.* LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, *Op. Cit.*, p. 216.

voluntad de la acción u omisión a que nos hemos referido. Dicha voluntad comprende en toda hipótesis las *suitas* del comportamiento, como lo más contiene lo menos.

2. LA CULPA

Expuesto el tema del dolo, corresponde el estudio de la otra forma de culpabilidad que es la culpa, misma que ha sido ampliamente tratada por las doctrinas que expondremos, conceptualizándola de diversos puntos de vista, pero coincidiendo en lo esencial, siendo relevante también el estudio de su naturaleza, a la que nos referiremos en los apartados posteriores.

2.1 Concepto de culpa

Esta forma de culpabilidad ha recibido un sinnúmero de definiciones. Al respecto se citaran sólo algunas:

Cuello Calón expresa: *“existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”*⁵⁵

Mezger dice que *“actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.”*⁵⁶

Carrara, por su parte, expuso que *“la culpa es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho.”*⁵⁷

⁵⁵ CUELLO CALON, EUGENIO, *Op. Cit.*, p. 466.

⁵⁶ MEZGER, EDMUNDO, *Op. Cit.*, p. 171.

⁵⁷ CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 210.

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como “*aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una conducta evitable si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.*”⁵⁸

Nuestro Máximo Tribunal ha establecido que “*la esencia de la culpa radica en obrar sin las cautelas y precauciones exigidas para evitar un daño de cualquier especie*”.⁵⁹

2.2. Naturaleza de la culpa

Tratando de fundamentar la razón de la responsabilidad criminal al obrar culposamente, se han formulado diversas doctrinas, que a continuación trataremos.

2.2.1 Defecto o vicio intelectual

La tesis según la cual la culpa no sería sino una manifestación de un vicio o defecto intelectual, sostiene que el sentido de la palabra imputar supone la declaración de que alguien ha sido autor de una mutación en el mundo exterior, con Voluntad y conciencia. La culpa constituye, en realidad, un vicio o defecto de la inteligencia, a consecuencia del cual el individuo carece de reflexión.⁶⁰

De tal modo, enfocado el problema con el criterio de la imputabilidad moral, se llega a la conclusión de que la culpa no ha de acarrear consecuencias penales, por ausencia de culpabilidad. No así desde el punto de vista del positivismo, para el cual

⁵⁸ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, “MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO”, 2 edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1967, p. 371.

⁵⁹ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, tomo LVIII, Sexta Época, Segunda parte, pp. 24 y 25.

⁶⁰ Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 65.

la defensa social supone la necesidad de sancionar a quienes han obrado a consecuencia de un defecto de la inteligencia. Acepta la aplicación de pena para los delitos culposos, para que ella evite que vuelvan a cometerse y para que el autor comprenda lo pernicioso que resulta para él su falta de reflexión. Es, en realidad, una manera de explicar la función de la pena, que podría formularse para todos los casos. Esta tesis ha sido ampliamente criticada, porque no proporciona una solución al problema de la culpa, circunstancia con la que estamos de acuerdo, ya que no es admisible encontrar un sustento a la sanción por el actuar irreflexivo del agente, dejando a un lado factores internos que son la verdadera causa del actuar imprudente como pudiera ser la falta de previsibilidad del resultado o el desvalor en el actuar riesgoso del agente frente a una situación de hecho relevante.

No obstante lo anterior, la trascendencia de esta tesis en el ámbito de la culpabilidad no deja de tener importancia, dada la arraigada confrontación entre los exponentes de las escuela clásicas y positivistas.

2.2.2 Defecto de la voluntad o vicio de la voluntad

Esta fue sostenida por la escuela clásica: *“la culpa es un vicio o defecto de la voluntad, por el cual no se previó lo previsible; a consecuencia de tal vicio, se incurre en una omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.”*⁶¹

Se ha observado en esta tesis que, quien voluntariamente no prevé lo previsible, es porque no quiere preverlo, pero la previsión se produce o no, independientemente de la voluntad del sujeto. La observación no nos parece exacta.

⁶¹ *Ibidem* p. 66.

Quien corre a gran velocidad con su automóvil está incurriendo voluntariamente en una falta de diligencia, o en una imprudencia; sin embargo, de ello no es forzoso deducir que tenga que prever o dejar de hacerlo. Ocurre que la omisión de diligencia puede ser sí voluntaria o involuntaria, y en el segundo caso no habría culpa. Es necesario no confundir la voluntad del acto, con la voluntad del resultado.

La deficiencia está en que la doctrina de la voluntad no resulta útil para comprender la culpa con representación.

2.2.3 Teorías que toman en cuenta otras circunstancias

Otros autores sostienen la necesidad de tomar en cuenta varios elementos o condiciones de naturaleza subjetiva y objetiva.

Para Beling⁶² es necesario contemplar tres circunstancias fundamentales: *la voluntad, la previsibilidad y la evitabilidad*.

Los delitos culposos, dice Beling, “*son siempre obra de la voluntad, y en muchos casos la relación causal se prevé; lo que ocurre es que, a diferencia del dolo, en la culpa no se tiene conciencia de la antijuricidad del acto*”.⁶³ Para formular esta afirmación, se ha considerado particularmente, los casos de error vencible, que elimina el dolo, pero deja subsistente, sin embargo, la responsabilidad por culpa.

La tesis de Beling⁶⁴ no puede aceptarse con valor general para las dos formas de culpa, pues en la inconsciente no podemos afirmar que existe esa voluntad y menos aún que se prevea la relación causal. Muy exactamente observa Jiménez de Asúa que “*una cosa es la culpa estricta, en la que no hay voluntad del resultado,*

⁶² Cfr. BELING, ERNEST VON, *Op. Cit.*, p. 321.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

aunque sí del acto, y otra el error en que es posible lograr por voluntad un evento punible".⁶⁵

Para Von Liszt⁶⁶ la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad.

El concepto de culpa necesita de estos tres requisitos:

Falta de precaución en la manifestación de voluntad. El autor no obra con el cuidado que el orden jurídico y las circunstancias de cada caso requieren.

A esta primera circunstancia ha de agregarse la falta de previsión. El agente debe estar en condiciones (subjetivamente) de prever el resultado.

Esta afirmación lleva a Liszt a considerar la falta de previsión como una falta de inteligencia.⁶⁷

De este modo, agrega, queda aclarado, al mismo tiempo, el contenido material de la culpa, consistente en que el autor no ha reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social.

2.2.3.1 Teorías objetivas

Con tal nombre se conocen aquellas opiniones (positivista y doctrina finalista) que establecen la esencia de la culpa en aspectos materiales u objetivos, externos al psiquismo del autor. Estudiaremos las dos más importantes a saber: la de los medios antijurídicos y la acción contraria a la norma.

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 70.

⁶⁶ Cfr. LISZT, FRANZ VON, *Op. Cit.*, p. 45.

⁶⁷ *Idem.*

2.2.3.1.1 De los medios antijurídicos

Según Jiménez de Asúa, *“para quien el actuar culposo depende de los presupuestos, a saber: la relación causal eficiente entre la conducta del agente y el resultado ilícito y la elección de medios antijurídicos; el resultado dañoso es punible cuando ha sido producto-mediato o inmediato- de un acto del hombre que, a pesar de no dirigirse a un fin antijurídico, se realiza con medios que se revelan como contrarios al Derecho”*⁶⁸.

Este postulado resulta eminentemente materialista *“porque destruye el fundamento ético del Derecho penal que es la culpabilidad moral, envileciendo la responsabilidad al considerarla como una relación totalmente material y mecánica entre acción y resultado, con lo que desaparece toda distinción entre responsabilidad sin culpa, y entre ésta y el caso fortuito”*⁶⁹. Agrégase que si por medio antijurídico se quiere entender aquel que es contrario al Derecho objetivo, *“está claro que solo los medios prohibidos expresamente por la ley quedan comprendidos en esta categoría con lo que la culpa solo existiría en los casos de inobservancia de un deber legal”*.⁷⁰

Giuseppe Maggiore critica también este criterio, especialmente en relación con los medios antijurídicos, de la siguiente manera: *“Ciertamente que quien, sin quererlo, ocasiona la lesión de un bien jurídico se sirve de un medio que, por definición, es antijurídico”*⁷¹. Pero si de este aspecto externo pasamos al íntimo, se ve que son antijurídicos aquellos medios que, según el curso ordinario de los acontecimientos, son causa previsible de un resultado dañoso. Por consiguiente, los

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 770.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ GIUSEPPE, MAGGIORE, *Op. Cit.*, p. 603.

medios antijurídicos, o están indicados por las leyes, reglamentos u órdenes, o deben determinarse cada vez. En el primer caso, las leyes, los reglamentos, las órdenes, cuando mandan que los caballos no corran al galope; que se cierren las barreras y se hagan determinadas señales al paso de los trenes; que se conserven bajo llave las medicinas venenosas; no están guiados más que por un criterio de previsibilidad y, en el segundo caso, cuando decimos que son culpables el armero al que en el acto de limpiar la escopeta se le dispara la bala, el ingeniero que hace trabajar a los obreros sobre un puente no resistente; el barbero que no desinfecta las navajas de afeitar; estamos inspirados por un criterio de previsibilidad. El mismo hecho es, según los casos, ora un medio jurídico, ora un medio antijurídico.

2.2.3.1.2 De la acción contraria a la norma

Manzini define la culpa redactando: *“consiste en una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual derivó como de la causa al efecto un evento dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito y producido involuntariamente o como consecuencia de errónea opinión inexcusable de cumplirlo en circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal.”*⁷²

Explica que *“la conducta es genéricamente contraria a la policía o a la disciplina, la culpa consiste en negligencia, imprudencia o impericia; cuando, en cambio, es específicamente contraria a la policía o a la disciplina, consistente en la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas.”*⁷³

⁷² MANZINI, VICENZO, *Op. Cit.*, p. 743.

⁷³ *Idem.*

Contra esta tesis se ha dicho que la culpa deriva de negligencia, imprudencia o impericia, nada tiene que ver con la policía ni con el derecho disciplinario; que es arbitrario extender la culpa a los casos de error voluntario; que los hechos voluntarios realizados o no por error no generan culpa sino dolo;⁷⁴ que no es posible precisar cuándo la conducta es contraria a la disciplina o a la policía, ni cuándo puede ser considerada como imprudente o negligente.⁷⁵

2.2.3.2 Teorías subjetivas

Tienen en común el hecho de que fundamentan la culpa en fenómenos predicables del hombre y, particularmente, de su psiquismo. Eh aquí las más conocidas.

2.2.3.2.1 Teoría de la previsibilidad

Su más autorizado representante es Carrara, para quien ha de entenderse por culpa “*la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.*”⁷⁶ Sin duda alguna, el postulado del ilustre maestro de Pisa, se sustenta en el supuesto de que la esencia de la culpa radica en la previsibilidad del efecto dañoso no querido ni previsto por el agente, al momento de la manifestación de su comportamiento que bien pudiera ser un actuar o dejar de hacer.

⁷⁴ Cfr. GIUSEPPE, MAGGIORE, *Op. Cit.*, p. 605.

⁷⁵ Cfr. ALTAVILLA, ENRICO, “**LA CULPA**”, traducción de José Ortega Torres, 1º edición, Editorial Temis, Bogotá, 1956, p. 43.

⁷⁶ CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 81.

De la misma opinión es: Pessina, cuando afirma que: *“la culpa es la negligencia que considera la culpa como la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad.”*⁷⁷

Maggiore, sostiene que *“la previsibilidad del resultado es precisamente la línea divisoria que separa la culpa y el caso fortuito, y que si desapareciera esa línea de demarcación no nos quedaría sino identificar la culpa con la responsabilidad objetiva, entendida en la forma más materialista y burda”*.⁷⁸

Altavilla retoma la concepción anterior al señalar que *“la previsibilidad permite templar las exageraciones de la teoría de la causalidad eficiente, que lleva a las más absurdas e inocuas decisiones y es la única que admite indagaciones sobre la peligrosidad, entendiéndola como inferioridad para un especial deber social”*.⁷⁹

De acuerdo con esta concepción, si el agente que se encontraba en situación de normalidad psíquica hubiese reflexionado (*como era su deber*) sobre las circunstancias en que su actividad se desarrollaría y sobre las consecuencias de la misma, habría previsto (*porque era previsible*) lo que no previó; la culpa resulta así un vicio tanto del intelecto como de la voluntad.

A pesar de ser esta teoría la de mayor aceptación, se le ha criticado también severamente. En su contra se dice: *“que la previsibilidad solo puede apreciarse a partir del resultado lesivo, es decir, a posteriori, con base en la experiencia; pero esa experiencia es el fruto de la observación material de hechos que pueden estar por fuera de la conciencia del agente”*⁸⁰; *“que todo lo que es posible puede ocurrir y, por*

⁷⁷ LISZT, FRANZ VON, *Op. Cit.*, p. 430.

⁷⁸ MAGGIORE, GIUSEPPE, *Op. Cit.*, p. 608.

⁷⁹ ALTAVILLA, ENRICO, *Op. Cit.*, pp. 75 y 76.

⁸⁰ MANZINI, VICENZO, *Op. Cit.*, p. 750.

*lo tanto, preverse, y si todo lo que puede ser previsto debe evitarse, la actividad individual quedaría por tal modo reducida, que el hombre solamente haría lo indispensable para sobrevivir; que es absurdo reprochar a una persona por no haber previsto lo que otra más inteligente o prudente habría podido prever, puesto que la justicia penal no le pide cuenta al individuo de sus previsiones sino de sus acciones u omisiones; que es evidente que si el autor de hecho culposo hubiese no solo podido sino debido prever el evento, no había realizado la conducta que lo produjo, o habría actuado con dolo”.*⁸¹

Quintano Ripolles, sintetiza así su crítica a la teoría que venimos comentando: *“Puesto que previsto o no un resultado antijurídico es éste culposo, siempre y cuando se den los demás postulados verdaderamente esenciales; de ello resulta que el de la previsión no lo es. Claro está que a ello se arguye, esgrimiéndose una preciosa distinción Carrariana, que lo que importa no es la previsión en cuanto hecho, sino la previsibilidad en cuanto deber. Pero al argumentar así se desliza el problema a su verdadero terreno, el normativo, al acudirse al elemento valorativo del deber, en el que el fenómeno psico intelectual de la previsibilidad queda relegado a un segundo plano.”*⁸² Se Observó, que esta teoría no permite distinguir con claridad la culpa del caso fortuito, dado que este último puede ser previsto por el hombre sin que sus resultados nocivos deban serle atribuidos; cuando Pedro envía a su dependiente al monte para cortar madera y le indica, que si llueve (*como parece probable*) se guarezca bajo algún árbol, y eso ocurre exactamente, con el desgraciado resultado de que cae un rayo sobre el árbol que cobija al campesino y lo mata, Pedro no

⁸¹ *Ibidem.* p. 751.

⁸² QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, **“DERECHO PENAL DE LA CULPA”**, 2º edición, Editorial Bosch, Barcelona, 119, p. 262.

responderá de homicidio culposo aunque hubiese previsto la probable caída de rayos; tal hecho sigue siendo materia del caso fortuito.

Ahora bien, si reducimos esta teoría a la imprevisión de lo previsible, como suele hacerse, tendríamos que concluir que solo cabe respecto de la llamada culpa *inconsciente o sin previsión*, dado que en ella se incurriría precisamente por no haber previsto el resultado antijurídico que era previsible; pero no serviría para explicar aquella otra modalidad de la culpa conocida como *consciente o con previsión*, puesto que en este caso el agente sí previó el evento lesivo que luego produjo, aunque ciertamente no lo quiso. Por eso advierte, con razón, Quintano Ripolles, que “*la previsibilidad no puede funcionar como patrón o común denominador de la culpabilidad culposa, porque en unos casos hay culpa, cuando no hay previsión y en otros hay culpa porque sí hubo previsión*”.⁸³

2.2.3.2.2 Teoría de la prevenibilidad

Define a la culpa como “*la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible*”⁸⁴. Como fácilmente puede observarse, esta teoría simplemente añade una exigencia a la anterior; aquella que precisamente le da su nombre, y la agrega con el argumento de que el hombre no puede prevenir todo lo que es capaz de prever; así, una tormenta, la caída de rayos, una inundación, pueden ser previstos por mí, aunque soy incapaz de prevenir sus resultados dañosos, y si llegaren a

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ RANIERI, SILVIO, *Op. Cit.*, p. 223.

presentarse, no deberían serme imputados a título de culpa, porque estaría frente a un caso de fuerza mayor.

La inevitabilidad como concepto distinto de la imprevisibilidad -dice Altavilla- *“significa imposibilidad de evitar un resultado, aun cuando su posible o probable o cierta producción esté presente en nuestra conciencia. Esto haría pensar en una acción ya realizada, cuya consecuencia dañosa debe impedirse, al paso que en la culpa se responde precisamente por la acción que se realiza en cuanto tenía potencialidad para ocasionar el resultado, posibilidad que hubiera debido aparecer en la previsión del agente”*.⁸⁵

Esta tesis, no explica el fenómeno de la llamada culpa con previsión, porque en tal caso el agente no ha omitido la previsión y prevención del resultado antijurídico previsible y prevenible, sino que lo ha producido sin quererlo, porque confiaba en que no se realizaría en razón de su capacidad para evitarlo.

En la doctrina Mexicana a la culpa con previsión se le conoce como culpa conciente o con representación y se presenta cuando se produce un resultado previsto confiando que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales.

Por su parte, el Código Penal para el Estado de México, lo reglamente en estos mismos términos en el artículo 8° fracción II. Admitiendo, tanto la culpa conciente como la inconsciente.

⁸⁵ ALTAVILLA, ENRICO, *Op. Cit.*, p. 44.

2.2.3.2.3 Teoría de la violación al deber de acción

Jiménez de Asúa comenta al respecto que “*la culpa radica en el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando ejecuta actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda derivarse daño o lesión a derechos ajenos*”.⁸⁶

El planteamiento anterior merece la siguiente reflexión, aunque hay hechos culposos ocasionado por falta de la atención debida, en muchos otros la culpa existe aunque el agente haya puesto en la realización de su conducta toda la atención que le era exigible; así, un médico inexperto en la técnica de una determinada intervención quirúrgica puede ejecutarla con mucha atención, y sin embargo debe responder culposamente del daño ocasionado como consecuencia de la operación.

No negamos, dice a este respecto Jiménez de Asúa, todo papel a la atención en el mecanismo de la culpa, en su doble dependencia del elemento intelectual y del voluntario, pero de ninguna manera creemos que está en ella la clave de la esencia de la culpa; pues ser precavido implica el atender debidamente el actuar del agente, pero es aquella la que vale y no éste.⁸⁷

2.3 Incumplimiento de normas legales

Este generador de culpa se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el actor haya sido el resultado de la violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acaecimientos.

Cuando hablamos de normas o mandatos legales estamos tomando el concepto ley en sentido sustancial y no meramente formal; por consiguiente, son

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 787.

⁸⁷ *Idem.*

leyes para estos efectos no solo las que emanan del Congreso, sino también los decretos del ejecutivo, las ordenanzas departamentales, los acuerdos municipales y los reglamentos administrativos y disciplinarios de origen público o privado.

Tal inobservancia genera culpa en la medida en que tenga por causa una conducta voluntaria del actor, ya sea que haya querido conscientemente transgredir el mandato o que simplemente lo haya ignorado. Yo, violo la prohibición de atravesar con mi vehículo una intersección de vías cuando el semáforo esté en rojo, tanto en el caso en que lo haga con voluntad de infringir el mandato y mientras observo el color de semáforo, como cuando paso por allí sin percatarme de la existencia de ese aparato puesto en tal lugar para controlar el tránsito automotor, porque en ambos casos realicé voluntariamente la conducta de cruzar indebidamente la intersección de vías. *A contrario sensu*, si yo he detenido mi vehículo frente al semáforo en rojo y en ese instante un autobús que viene de atrás a exceso de velocidad choca contra mi automóvil y en razón del impacto atravieso la intersección de vías y arrollo a un peatón que cruzaba la calzada, el hecho no será culposo porque la infracción de tránsito (paso del semáforo en rojo) no fue obra mía.

Se discute si para que este fenómeno pueda generar culpa se requiere demostrar que la violación de la norma legal fue debida a imprudencia, negligencia o impericia, o si basta el simple hecho de la trasgresión objetivamente considerado.

Córdoba Roda opina que: *“la inobservancia de disposiciones legales no da lugar a eventos culposos sino en la medida en que el sujeto lo haya hecho por cualquiera de los otros mecanismos generadores de la culpa, o más exactamente, cuando constituya la violación del deber de cuidado que le era exigible en esa*

situación⁸⁸. Antolisei sustenta que: “*el solo hecho de que tal inobservancia sea la causa del resultado antijurídico genera responsabilidad culposa, puesto que al crear la norma prohibitiva el Estado ya había previsto las contingencias dañosas de un actuar diverso y lo hizo precisamente para evitarlas*”⁸⁹. En este sentido se pronuncia cuando afirma: “*Es el Estado mismo el que, sobre la base de conocimientos técnicos, ha indicado las acciones que deben evitarse y los actos de precaución que deben emplearse. La inobservancia de estos preceptos constituye culpa porque el reglamento y la orden, con sus disposiciones concretas dan aquella advertencia que, en otros casos, debe hacerse espontáneamente en nuestro ánimo*”⁹⁰. Por eso, mientras el imputado puede probar que no ha sido imprudente o negligente, mientras puede probar que ha obrado según las reglas de un arte o profesión, no se le admite prueba alguna contra la disposición concreta que creemos que para resolver adecuadamente este problema hay necesidad de hacer algunas precisiones. Digamos, ante todo, que cualquiera que sea la actitud descuidada del sujeto al realizar su conducta (*imprudencia, negligencia, impericia o violación de normas legales*) no habrá culpa sino en la medida en que de ese comportamiento inadecuado se derive con relación de causa-efecto el evento antijurídico. Esto significa que si yo viajo en mi vehículo, cuyos frenos están en mal estado y no he hecho revisar por decidía, por una vía citadina y de improviso un sujeto que ha decidido suicidarse se arroja al paso del automotor, de tal manera que no habría podido evitar la colisión mortal aunque los frenos hubiesen obrado con toda eficiencia, tal hecho no se me puede imputar a título de culpa, aunque hubo

⁸⁸ CORDOBA RODA, JUAN, *Op. Cit.*, p. 122.

⁸⁹ ANTOLISEI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 217.

⁹⁰ *Idem.*

negligencia de mi parte en relación con un dispositivo de seguridad del vehículo (frenos), en razón de que faltó la necesaria relación causal entre mi negligencia y el evento fatal.

Esta consideración es válida respecto de todos los fenómenos generadores de culpa, incluso del de violación de normas legales; cuando conduzco un automotor sin licencia de conductor (sea porque no me ha sido expedida, o porque la olvidé en la casa) pero con toda la pericia que tal actividad exige y sin quebrantar ninguna disposición del tránsito, y a pesar de ello lesiono a un peatón siendo igualmente inevitable para el más experto y cuidadoso conductor, tampoco cabría imputación culposa.

Advirtamos también que la transgresión de normas legales que nos interesa destacar en este acápite es aquella que genera un resultado antijurídico susceptible de ser calificado como culposo; lo que significa que si dicha infracción no acarrea esa clase de consecuencias, estaremos solamente ante una probable situación contravencional.

Digamos ahora que si la conducta culposa debe ser voluntaria en su desarrollo psicosomático, como se explicó en párrafo anterior, esa voluntaria transgresión del mandato legal de la cual puede derivarse con ordinaria probabilidad un evento antijurídico, necesariamente habrá de ser determinada por imprudencia, negligencia o impericia; el mismo resultado antijurídico de la conducta está demostrando la falta de cuidado con que obró el agente; creemos por eso que está mal planteada la cuestión de si la culpa por violación de normas legales exige o no que el autor haya obrado con imprudencia, negligencia o impericia; resulta realmente absurdo pensar

en una infracción de tales normas, realizada con todo el cuidado que las circunstancias hacían social y jurídicamente exigible.

Nos apartamos por eso de la ilustre opinión del maestro Bettiol cuando afirma que: *“si un conductor ha violado una norma de comportamiento y se ha establecido la necesaria relación entre esa inobservancia y el daño a la persona, ésto no es suficiente para que la culpa se dé por probada, pues para que haya responsabilidad penal, debe probarse que el hecho era previsible, que la violación de la norma de comportamiento implicaría una violación de la norma capacidad de previsión del conductor y que, por esa causa, se produjo el accidente mortal”*.⁹¹

El caso del ebrio que atropella y da muerte a un peatón (ejemplo citado por Bettiol) es muy significativo; *“la culpa surge en este evento si se logra demostrar que la ebriedad del conductor tuvo como efecto específico eliminar o mermar su capacidad de previsibilidad”*⁹².

⁹¹ BETTIOL, GIUSEPPE, *Op. Cit.*, pp. 488 y 489

⁹² *Idem.*

CAPÍTULO TERCERO.

CAUSAS SUBJETIVAS DE EXCLUSIÓN (EL ERROR Y LA IGNORANCIA)

1. GENERALIDADES

Es común entre los autores clásicos el estudio del error como causa excluyente del dolo. Más exacto nos parece hacerlo como causa de inculpabilidad, pues si bien es cierto que las consecuencias más frecuentes del error es eliminar la culpabilidad a título de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en forma culposa, puede también excluir la culpabilidad en todas sus formas.

La distinta naturaleza de la ignorancia y el error radica en que la primera supone la ausencia absoluta de conocimiento respecto de determinada materia, en tanto que el error implica un conocimiento, que se tiene por verdadero o exacto, siendo falso.

Las anomalías del juicio sobre un objeto dado pueden derivar de la falta absoluta de conocimiento, de conocimiento incompleto o de conocimiento falso: los dos primeros casos constituyen problemas de carácter cuantitativo, a tiempo que el último es de índole cualitativa; en la hipótesis inicial no existe dato alguno sobre el objeto del juicio, en la segunda hay datos, pero ellos son insuficientes para una adecuada valoración; y en la última, los datos existen pero o son deficientemente percibidos o son equivocadamente interpretados y, por ende, mal valorados. Para designar tales fenómenos suele hablarse de ignorancia y de error, puntualizando que en aquella hay falta absoluta de toda representación y consiste en una completa

ausencia de noción sobre el objeto a tiempo que el error es una idea falsa, una equivocada representación del objeto.

Sobre este mismo tema señala Antolisei que *“desde el punto de vista empírico el error es un estado intelectual en el cual un objeto del mundo real no es conocido tal como es, sino de una manera inexacta, en tanto que la ignorancia supone defecto cognoscitivo o absoluta falta de conocimiento; en tales condiciones la ignorancia tiene carácter negativo, mientras que el error presenta un quid de positivo en cuanto implica un cierto convencimiento”*.¹

Tozzini, por su parte, advierte que *“el error es la discordancia (debida a causas objetivas o subjetivas) entre la realidad del campo geográfico y la configuración que de él hace el sujeto en su campo conductal, en tanto que ignorancia es la total ausencia de determinado aspecto del campo geográfico en el campo conductal del individuo”*.²

Estas diferencias, que son claras y válidas en el ámbito de las ciencias causal explicativas, no parecen tener la misma importancia en el Derecho, y particularmente en el Derecho penal; en efecto, como la ignorancia que puede tener relevancia jurídica es aquella que da lugar a error y como sus efectos en este ordenamiento son sustancialmente idénticos, la doctrina penal tiende a asimilar ambos conceptos. Carnelutti sostiene que *“si matamos a un hombre por disparar en dirección a él, sin saber que estaba allí, es indiferente no haberlo visto o haberlo visto como un muñeco”*.³

¹ ANTOLISEI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 296.

² TOZZINI, CARLOS, **“DOLO, ERROR Y EXIMENTES PUTATIVAS”**, 2ª edición, Editorial Depalma Buenos aires, 1964, p. 47.

³ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 133.

Y es que toda ignorancia en el mundo del Derecho conduce finalmente a un error, porque el desconocimiento de un hecho jurídicamente relevante da lugar a una equivocada valoración y, por ende, a una conducta diversa de la querida si esa falla del intelecto no se hubiera producido. En efecto, si un sujeto incumple las obligaciones de asistencia familiar sin saber que tal omisión configura delito (se desconoce la existencia del tipo penal previsto en el artículo 217 del Código Penal para el Estado de México), esa ignorancia determinó un juicio equivocado sobre la licitud del comportamiento y decidió que se actuara antijurídicamente en la creencia errada de que se realizaba conducta penalmente indiferente; de no haberse dado esta divergencia entre lo real y lo imaginado, probablemente hubiese actuado de otra manera.

Tal vez por eso en nuestro lenguaje se utilizan ambos términos con el mismo significado; aunque, como lo advierte Jiménez de Asúa, los autores suelen hablar con más frecuencia del error, englobando en esta palabra la ignorancia, sin duda porque esa forma es la más común e importante en la práctica.⁴

Siguiendo, pues, esta doctrina utilizaremos en el desarrollo del presente acápite la expresión error, en su sentido *lato*.

El dolo y la culpa pueden ser también excluidos por el error. ¿Cuándo se verifica esto? Y, antes que todo, ¿qué es el error?

Considerado desde el punto de vista empírico, el error en general es un estado de la mente en virtud del cual un objeto del mundo exterior no es conocido como verdaderamente es, sino de una manera inexacta o falsa.

⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 419.

Rigurosamente hablando, el error se distingue de la ignorancia en que ésta es falta de conocimiento, o mejor, falta absoluta de conocimiento respecto de un objeto. Como tal, la ignorancia tiene carácter negativo, al paso que el error es un *quid* positivo, ya que implica cierto convencimiento. Todo error supone indudablemente la *ignorancia* de algo, pues de lo contrario no se daría él. En cambio, puede haber ignorancia sin error, si ella no va acompañada por alguna persuasión. Por lo demás, la ignorancia que interesa al Derecho es la que determina un error. Puede aceptarse la opinión común que considera equivalente esos dos términos.

Del error hay que distinguir la duda, que se da cuando existe un conflicto de imágenes o de juicios que impide que se forme un convencimiento. Mientras no se resuelve el conflicto, evidente no se puede decir que el sujeto tenga conocimiento de algo de modo total o parcialmente disconforme con la realidad, y, por tanto, que esté en un error. Por el contrario, el olvido equivale a la ignorancia, y por lo mismo el error, pues, como resultado, vale tanto no haber conocido algo como haberlo olvidado.

El error de ordinario incide sobre el proceso formativo de la voluntad, que de ese modo queda viciado por una falsa representación de la realidad. Puede, sin embargo, incidir también sobre la ejecución del delito, obstaculizando o desviando el proceso de actuación práctica de la voluntad. Esta segunda especie de error, que Carnelutti⁵ llama "*inhabilidad*", entra en consideración en la hipótesis del denominado delito aberrante.

El error que vicia la voluntad, además puede referirse, ya a los elementos de hecho que conciernen al delito, ya a una norma jurídica. Se distingue, por tanto, en

⁵ Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 168.

error de hecho y error de Derecho. Pero como nuestro ordenamiento jurídico no atribuye eficacia alguna a la ignorancia de la ley penal y ello constituye una premisa necesaria para la teoría del error, convendrá que examinemos ante todo este tema.

2. TEORÍA DEL ERROR

Merkel fue quien la expuso por primera vez en los siguientes términos: *“en la culpa el agente no quiere la realización de los caracteres constitutivos del delito o de alguno de ellos, y no la quiere por causas de ignorancia o error; pero para que sea posible hablar de delito culposo, es necesario que el error o la ignorancia sean evitables, habida cuenta de las circunstancias en que se hallaban el actor al tiempo de ejecutar el hecho, dada la medida del esfuerzo de sus energías espirituales, y dada aquella dirección de su atención que en determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes”*⁶

En Italia retomó esta tesis Antolisei (aunque no mencionó su procedencia) al señalar *“que la culpa es una actividad involuntaria que se manifiesta cuando el agente dirige su acción a un resultado lícito, pero ocasiona por error uno delictivo”*⁷; la culpa supone entonces una visión equivocada de la realidad, que es predicable tanto de la culpa consciente como de la inconsciente, en la primera el agente prevé mal porque estima que el resultado, pudiendo verificarse en términos generales, no se producirá en este caso, con lo que incurre en un error de cálculo; en la segunda el sujeto, también por error, no prevé las consecuencias de la propia conducta o no conoce las condiciones en que su acción se desarrolla.

⁶ MERKEL, ADOLFO, **“DERECHO PENAL”**, tomo I, 3ª edición, Editorial La España Moderna, Madrid 1975, p. 136.

⁷ ANTOLISEI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 124.

Se le critica a esta teoría la indebida asimilación del error vencible a la culpa; la diferencia entre estos dos conceptos es aclarada por Carrara así: *“En la culpa no se prevén, por negligencia, todas las consecuencias materiales del propio hecho y falta toda dirección de la intención hacia el resultado que se produce; en cambio en el error vencible las consecuencias materiales del hecho se prevén y se quieren, pero no se prevé por negligencia o por una equivocación de hecho, la consecuencia jurídica de la violación de la ley, que lleva consigo el resultado”*.⁸

“Si partiéramos del error, dice el maestro Jiménez de Asúa, e hiciésemos de él la base de todas las especies de culpa, resultaría que todos los delitos descritos como dolosos en el Código Penal, podían transformarse en infracciones culposas, cuando los efectos lesivos de un bien jurídico, procedieran de error vencible”.⁹

El error, opina Bettiol, *“mal se adaptaría a aquella forma de culpa que consiste en la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas, inobservancias que pueden realizarse con plena conciencia”*.¹⁰

Quintano Ripollés reconoce que el error puede determinar una imprudencia, sobre todo en las actividades profesionales, pero agrega que en no pocas oportunidades *“es la imprudencia ex origine la que da lugar al error, hijo y no madre de ella”*¹¹; y ahondado más en su crítica, advierte que todavía hay menos margen para el error *“en temeridades evidéntísimas que pueden coexistir con la pericia más exquisita”*¹², como en el caso de un campeón mundial de automovilismo que, corriendo a cien kilómetros por hora en una calle poblada, mata a un chiquillo que

⁸ CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 189.

⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Op. Cit.*, p. 796.

¹⁰ BETTIOL, GIUSEPPE, *Op. Cit.*, p. 234.

¹¹ QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, **“DERECHO PENAL DE LA CULPA”**, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, p. 258.

¹² *Idem.*

sale de la acera, pese a que condujo su vehículo con pericia irreprochable; no obstante le cabe responsabilidad culposa, no porque hubiese cometido algún error sino porque *“no acató el deber de ir a marchar moderada en una vía pública, deber que sin duda tampoco desconocía”*.¹³

Para los positivistas el delito culposo es el resultado de una conducta involuntaria si se le mira en relación con sus efectos, cuya punibilidad no tiene fundamento diverso del que tiene el delito doloso; en efecto dice Ferri que *“la razón de aquella forma represiva de defensa social, que en un determinado momento histórico cada sociedad civilizada (y el Estado en nombre suyo) considera necesaria contra determinadas acciones que intencionalmente o no, conscientemente o de modo inconsciente, aparecen por debajo del mínimo de disciplina social establecido por las leyes, es la de que constituyen expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, peligrosa, para la que no bastan las sanciones del Derecho civil, administrativo o disciplinario.”*¹⁴

Bien puede afirmarse que esta tesis no explica realmente qué es la culpa; Ferri se limita a decir a este respecto que consiste *“en la falta de intención delictuosa,”*¹⁵ que es tanto como afirmar que hay culpa cuando no hay dolo; y en cuanto a la razón por la cual se sanciona el delito culposo, descansando ella sobre el concepto de peligrosidad social, merece el reparo de que ofrece una discutible explicación psicosocial del hecho culposo, pero no una explicación de carácter jurídico; además, con este criterio no es posible establecer diferencia alguna entre dolo y culpa, puesto que la razón de ser de su punibilidad es idéntica.

¹³ *Idem.*

¹⁴ FERRI, ENRICO, *Op. Cit.*, p. 418.

¹⁵ *Idem.*

La concepción finalista de la culpa ha experimentado modificaciones importantes, En un principio se admitió que la teoría de la acción final solo era predicable del comportamiento doloso, y que el culposo seguía los lineamientos tradicionales del proceso causal puro; se concluyó, en consecuencia, que no era posible hablar de una finalidad respecto de la acción culposa; también se consideró que la culpa radicaba en una falta de cuidado ante el deber de actuar conforme a Derecho, pero como tal cuidado supone el conocimiento de deber, se llegó a la conclusión de que en relación con la culpa era imposible distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad.

Posteriormente y como consecuencia de las críticas formuladas especialmente al concepto de finalidad potencial, se afirmó que también en la culpa hay finalidad; lo que ocurre simplemente es que la finalidad en la acción dolosa es típica, en tanto que en la culposa es jurídicamente irrelevante; por eso el desvalor de la conducta culposa no está en la finalidad que el agente perseguía sino en la trasgresión del deber de cuidado objetivo¹⁶. A este planteamiento respondió Wezel *“que la verdadera distinción entre dolo y culpa radica en que en ésta falta un mínimo de dirección final requerida, que provoca la producción del resultado y que, por consiguiente, no es correcto sostener que en los delitos culposos hay una acción con finalidad jurídicamente irrelevante”*¹⁷

En el estado actual de la dogmática alemana, el finalismo¹⁸ sostiene que existe finalidad jurídicamente relevante en la acción culposa; pero aclara que lo que

¹⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, **“CULPA Y FINALIDAD”**, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, pp. 41 y 42.

¹⁷ WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁸ *Idem.*

importa en este caso no es el fin en cuanto tal, sino la ejecución final concreta; “así, cuando Pedro quiere matar a Juan, la relevancia jurídica está en ese fin; pero cuando Pedro al viajar a Girardot atropella a un peatón, lo que tiene relevancia primordial no es el fin (viajar a Girardot) sino la realización concreta de la acción.”¹⁹ Solo con la comprensión de que el momento esencial del hecho culposo de ejecución de la acción, se abrió el camino para una explicación correcta de este fenómeno; y agregó: “Los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final desde distintos puntos de vista; mientras los primeros comprenden la acción final desde distintos puntos de vista; mientras los primeros comprenden la acción final en la medida en que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados intolerables socialmente, los segundos se ocupan de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente, que el actor o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera piensa en su producción, y comprenden aquellas ejecuciones de acción que lesionaron el cuidado requerido (para evitar tales consecuencias) en el ámbito de relación. En los tipos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta de la acción final con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. Cuando esta ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora, significa que es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello al Derecho, aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente. Cuando se desvía de esta conducta modelo, no es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello, salvo causal de justificación, es antijurídica”.²⁰

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Op. Cit.*, pp. 47 y 48.

²⁰ WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, pp. 184 y 185.

Resulta así que la esencia de la culpa radica para los finalistas²¹ en la falta de correspondencia entre el cuidado necesario que el agente debió tener para evitar un resultado socialmente indeseable y el poco cuidado que objetivamente tuvo en la acción final concreta y que lo llevó a la producción.²²

En resumen, podemos sintetizar la doctrina finalista sobre la culpa en los siguientes puntos: a) la culpa (como el dolo) pertenece al injusto y no a la culpabilidad; b) consiste en una dirección descuidada de la acción que ocasiona resultados socialmente indeseables; c) el resultado de la conducta pasa a ocupar lugar secundario frente a la acción en sí misma considerada, y d) aunque la acción culposa es finalística, lo que importa no es la finalidad como tal, sino la ejecución final en concreto.

Además de las críticas ya formuladas a la teoría finalista de la acción en punto a culpabilidad²³, digamos ahora que la pretendida unificación conceptual de dolo y culpa a que quieren llegar, fracasa ante el hecho evidente de que a tiempo que la finalidad de la acción dolosa es siempre típica y, por ende, penalmente relevante, la de la acción que culmina en culpa no lo es; en efecto, disparar un arma de fuego contra Juan para matarlo (finalidad) es algo que se adecua al tipo penal de homicidio; pero conducir un vehículo automotor a exceso de velocidad por vía concurrida para cumplir una cita (finalidad) y atropellar al peatón que atraviesa –en razón de esa velocidad- no es acción que finalísticamente sea recogida en el tipo de homicidio o en el de lesiones. Reemplazar este concepto de finalidad por el de ejecución final concreta es hacer pirotecnias lingüísticas con un mismo fenómeno para darle

²¹ *Idem.*

²² *Cfr.* ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Op. Cit.*, pp. 333 y 334.

²³ *Cfr. Supra*, nota 38.

significación distinta, según se trate de acción dolosa o culposa, porque la verdad es que en el ejemplo propuesto el conductor del vehículo no tuvo la abstracta ni la concreta finalidad de lesionar o dar muerte al peatón, aunque la conducta que produjo ese resultado (conducir a exceso de velocidad) fue obra suya.

Lo que se ha hecho en el fondo por el finalismo²⁴ es asignar calidad de injusto, no al ataque contra el bien jurídico protegido, sino a la forma negligente de ejecución de la acción. Se acude, ni más ni menos a un desplazamiento de la culpa hacia la antijuridicidad, pese a las ocasionales referencias que se hacen al bien jurídico. Lo que no se explica por esta teoría es cómo puede haber prohibición o injusto que estén separados de la noción de bien jurídico protegido, desde que el resultado que lesiona a este último es extraído del tipo y colocado fuera de él.

Al contrario de lo que piensan los finalistas, nos parece que en la culpa el resultado es tanto o más importante que en el dolo, como que en la mayor parte de los casos la relevancia penal del actuar culposo está supeditada a la producción de un resultado antijurídico; el ejemplo del conductor imprudente que dimos en el apartado anterior nos sirve para demostrar esta afirmación.

Pues bien, expuesto lo anterior, corresponde el estudio de la clasificación del error, de lo que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

3. CLASIFICACIÓN

La doctrina tradicional ha venido hablando hasta hoy de dos especies de error que identifica con los nombres de error de hecho y error de Derecho; pero a esta

²⁴ *Cfr.* WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 234.

clasificación se ha opuesto una respetable corriente de opinión que ofrece como sustitutiva la de error de tipo y error de prohibición.

A cada una de estas dos modalidades clasificatorias no referiremos en seguida.

3.1 El error de hecho y el error de Derecho

Distingue tradicionalmente la doctrina, desde el derecho romano, el error de hecho y el error de Derecho, y esta distinción ha sido acogida por no pocas legislaciones, entre las que se cuenta el Código Civil del Estado de México. En nuestro Derecho civil sólo tiene relevancia el error de hecho. Partiendo del principio *ignorantia vel error juris non excusat*, basado en la afirmación de que la ley promulgada se estima siempre conocida, el error de Derecho ha sido eliminado.

Es perfectamente visible una corriente doctrinal que se opone a esta rigurosa separación. Beling, que es quien ha atacado más enérgicamente la posición separatista, razona de este modo: “*con el enfoque del Derecho, sólo interesa el error que verse sobre un hecho de trascendencia jurídica; el error sobre los hechos de la vida que no tengan significación para el Derecho, jurídicamente no tienen importancia alguna.*”²⁵

En cambio, los hechos con significación jurídica se componen tanto de normas como de hechos; es el conjunto lo que constituye los hechos con esa significación. Por eso, el error sobre la vida de un hombre, sobre la existencia de una norma, sobre la determinación de pena para el hecho, son todos errores jurídicamente relevantes.

²⁵ BELING, ERNEST VON, “LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO”, traducción de Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 45.

De ello, concluye Beling, “*se deduce que todo error que ofrezca interés jurídico, que sea jurídicamente relevante, es un error de Derecho. El error que versa sólo sobre los hechos, sin que de ello produzca ninguna modificación jurídica, no puede tomarse en consideración*”.²⁶

Esta exposición nos parece acertada sobre todo si se considera la dificultad, a veces insuperable, de precisar cuándo un error es de hecho o de Derecho. Máxime cuando, ante legislaciones como la nuestra, que es precisa al hablar solamente de error o ignorancia de hecho, no puede dejar de tentarse la distinción

En nuestro concepto, el error exclusivamente impide tener conciencia de la antijuridicidad del acto. Así vistas las cosas, siempre el error debe referirse a su valoración jurídica, pues como luego veremos, el error que no impide comprender la antijuridicidad del acto, no tiene función excluyente de culpabilidad.

Graf Zu Dohna afirma que “*la clásica separación en error de hecho y error de Derecho puede ser reemplazada con beneficio técnico por la oposición entre error de tipo y error de antijuridicidad*”.²⁷

El error de tipo recae sobre las circunstancias de hecho que pertenecen a la figura delictiva, en tanto que el error de antijuridicidad versa sobre las circunstancias que dan al hecho la condición del ilícito. De ese modo se limitan las circunstancias de hecho que pueden ser objeto de error a aquellas que son tomadas en cuenta por el orden jurídico para dar a la acción el carácter de típica, circunscribiéndose así al ámbito del error de hecho a los casos de errores jurídicamente relevantes.

²⁶ *Ibidem*, p. 46.

²⁷ GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *Op. Cit.*, p. 67.

Sin embargo, hay casos en que el contenido del conocimiento del autor queda en una etapa anterior a la de la posible representación del acontecer causal, por ignorancia de la existencia de la causa del resultado. En tales casos, el autor no está en relación psicológica con el orden jurídico, porque su error no recae sobre una circunstancia, que al ser apreciada equivocadamente, modifica para él la naturaleza jurídica de los hechos, sino que, en el momento de obrar, ignora que con ello encadena la serie causal.

En el ejemplo ya dado de quien hace fuego en la penumbra contra un hombre agachado, al que toma por una pieza de caza, el autor se equivoca sobre una circunstancia que modifica la naturaleza jurídica del resultado, que lo torna de ilícito en lícito. Es decir, que al que obra le parece que su actuar es lícito; pero él obra sabiendo que pone la causa del resultado y queriéndola poner; solamente se equivoca con respecto al objeto sobre el que ese resultado va a producirse, pero el acondicionamiento subjetivo de las causas para alcanzar el fin propuesto, no encierra errores; el acontecer causal se da tal como el autor se lo propuso: él quiso hacer un disparo y dar en el blanco, y es eso, exactamente, lo que causalmente sucedió.

Es distinto lo que ocurre en el caso de quien juega con un arma que supone descargada, de la que sale un disparo, o en el de la mujer que creyendo poner azúcar en el café de su marido, pone veneno. En estos últimos casos, el autor no sabe que está poniendo la causa que ha de producir el resultado, y, consecuentemente, no puede querer ponerla. En otras palabras: no puede hablarse de error sobre la naturaleza jurídica del resultado por parte de quien no ha podido siquiera pensar en ese resultado, puesto que ignora que pone la causa que lo producirá. Su conocer, su previsión, se detiene en una etapa anterior a la que decide

la culpabilidad; queda en la etapa del conocimiento de la causa. No es, pues, un error sobre los hechos o circunstancias que dan al acto el carácter de delictuoso o lícito, lo que decide al autor a obrar, sino el desconocimiento de la existencia de la causa capaz de producir el resultado. Es innegable, sin embargo, que la separación neta entre error de hecho y error de Derecho, tiende a desaparecer, pues, frente a los casos de error preponderantemente de hecho a los que terminamos de hacer referencia, están los supuestos que dan lugar a las eximentes putativas, en los que el error, sin dejar de sustentarse sobre circunstancias de hecho, poseen contenido que está en referencia mucho más directa al orden jurídico.

La jurisprudencia y la doctrina distinguen en error de Derecho penal y de Derecho no penal.

La separación no está exenta de importancia por las distintas consecuencias que a cada una de esas formas se atribuye. Partiendo de la noción que hace residir en las restantes normas del orden jurídico la valoración de las descripciones contenidas en la ley penal, el error de Derecho no penal queda equiparado en sus consecuencias al error de hecho.

El problema puede plantearse en todos aquellos casos en que la jurisprudencia es contradictoria o poco clara con respecto a una determinada conducta delictuosa. Ello ha ocurrido más de una vez en nuestro país, cosa que, por otra parte, es inevitable, y se ha manifestado de modo muy evidente en los últimos tiempos con respecto al delito de usurpación. Nadie que tenga contacto con la administración de justicia desconoce los numerosos casos de personas que consultan previamente sus derechos a uno o más abogados o concurren con idéntico propósito a los organismos oficiales encargados de informar sobre el problema, para

tener la seguridad de que obran según la ley, y que luego son sometidos a un proceso por haber obrado así, y no en casos excepcionales, condenados. Revela la magnitud del problema el hecho de que más de un abogado especialista se niega a evacuar consultas o dar consejos sobre el problema en cuestión. Frente a todo ello, ¿qué solución le queda al miembro de la colectividad que quiere actuar lícitamente? ¿puede decirse que quien toma todas las precauciones que están a su alcance para obrar lícitamente, ha actuado con dolo penal? La equidad se resiste a semejante solución, máxime cuando para proceder con dolo es preciso que el autor tenga conciencia de la criminalidad del acto que realiza.

En ese sentido, nuestra previsión legal admite la posibilidad de dar valor excusante al error de Derecho en los casos considerados, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino por ausencia de un elemento del dolo.

Refiriendo el error de Derecho al desconocimiento de lo ilícito o, si se quiere, al desconocimiento de la antijuridicidad del acto, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del Derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica, que distingue, de modo tajante, entre error de hecho y error de Derecho. La corriente que se insinúa en el sentido de aceptar dentro de ciertos límites el error llamado de Derecho, puede encontrar en esa fórmula y tratando el error como causa de exclusión de la culpabilidad o del dolo,²⁸ un principio de solución. La conciencia se resiste a negar hoy toda significación al error de Derecho, particularmente en esos casos en que el autor ha hecho todo lo que la diligencia y el

²⁸ Al respecto, es preciso distinguir, que la conciencia de la antijuridicidad cuando es considerada como elemento de la culpabilidad, su ausencia por error funciona como causa de exclusión de la culpabilidad (según los finalistas) y, cuando se considera requisito del dolo su ausencia lo excluye. *Vid.* 1.2.1.7. p. 59.

buen sentido indican para conocer la naturaleza jurídica del acto que realiza y la consecuencias de su indagación ha sido mantener o crear en él error en que actúa.

Por error sobre el hecho que constituye el delito se entiende el error que recaer sobre uno o varios de los elementos que se exigen para la existencia del delito. Este error se dice que es esencial. Se encuentra, por ejemplo, en el robo cuando el agente cree que la cosa sustraída es propia, siendo así que es ajena; en el incesto, cuando le sea desconocida la relación de parentesco o afinidad; en la bigamia cuando desconoce la existencia de un matrimonio anterior.

La razón de que el error esencial produzca el efecto indicado es obvia: la ignorancia de uno de los elementos constitutivos del delito hace desaparecer el dolo, pues, como se ha visto, esta forma de elemento psíquico, además de la voluntad de la acción u omisión y del resultado, exige el conocimiento de todos los demás elementos que constituyen el delito.

Por otra parte, la exclusión del dolo no significa siempre exención de toda responsabilidad. Al derecho penal no le es, ni puede serle, indiferente la causa del error, el cual desde este punto de vista se distingue en culpable e inculpable. Es culpable (o inexcusable) el error dependiente de imprudencia o negligencia, es decir, el error que podía haberse evitado usando las debidas precauciones: es inculpable (o excusable) el error que se produce en los demás casos, esto es, cuando ningún reproche puede dirigirse al agente. Solo en este segundo caso, el error, siempre que sea esencial en el sentido indicado, implica irresponsabilidad. Así, habrá de ser absuelto de la imputación de violación de correspondencia (artículo 197 del Código Penal para el Estado de México) el individuo que abre una carta que se le entrega, pero que iba destinada a un homónimo suyo.

En cambio, si el error es por culpa inexcusable, surge una responsabilidad por culpa cuando la ley prevé el hecho como delito culposo. Así, responderá de homicidio culposo quien, por arrogancia o sin las debidas precauciones, dispara un tiro de revólver contra una sombra y mata a una persona; como será responsable también del mismo delito el médico que seccione un ser vivo creyendo por error inexcusable que se trata de un cadáver. Viceversa, el viajero que, al descender del tren, se lleva una valija ajena, confundiéndola con la propia, no incurrirá en responsabilidad penal, porque el robo culposo no se castiga. Naturalmente, en este caso queda la obligación civil de la restitución, y si el error proviene de culpa, también la del resarcimiento del daño.

En las contravenciones, como de ordinario para la punibilidad basta la simple culpa, el error sobre un elemento esencial del delito no elimina la responsabilidad, cuando se deba a imprudencia o negligencia; tiene eficacia eximente, en cambio, cuando sea inculpable naturalmente, quienes consideran que en las contravenciones no hace falta la culpa, sino que basta la conciencia y voluntad de la acción, niega toda eficacia al error, a la llamada buena fe.

El error puede provenir del engaño en que haya caído el agente por obra de otra persona. Se entiende que para la exención de la pena de la víctima del engaño es necesario que el error sea esencial e inculpable. También aquí, si el error es tal que autorice respecto de la misma persona un reproche de imprudencia o negligencia, puede existir en relación con él una responsabilidad por culpa.

El error que produce los efectos jurídicos indicados, es, como hemos dicho, el que concierne a los elementos esenciales de los distintos delitos. En cambio, si el error atañe a elementos o circunstancias de otra índole, será irrelevante en cuanto a

la voluntad culpable. Así, ninguna eficacia respecto a esa voluntad tiene el error de un homicida que, creyendo que utiliza un poderoso somnífero, usa en cambio la estrocnina.

Tratamiento idéntico al establecido para el error esencial sobre el hecho, tiene el supuesto error de la existencia de una causa de justificación. En efecto, como lo hemos señalado ya. Si el agente considera por error que hay circunstancias de exclusión de la pena, se valoran siempre a favor del él. Sin embargo, si se trata de error determinado por culpa, no se excluye la punibilidad cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo. Por tanto, el supuesto erróneo de actuar en presencia de una causa de justificación (por ejemplo, la falsa opinión de actuar en estado de legítima defensa) excluye en todo caso el dolo y, si el error es excusable, también la culpa. En cambio, si el error es tal que legitima contra el agente un reproche de imprudencia o de negligencia, el agente, como hemos dicho, responderá del hecho a título de culpa, siempre que la ley considere la culpa suficiente para la punibilidad del hecho.

A fin de evitar fáciles desorientaciones en esta delicada materia hay que tener muy presente que también aquí lo que cuenta es el error de hecho, pues de lo contrario quedaría en la práctica vaciada de todo contenido, el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley. Esto presenta un particular interés respecto de la eximente del ejercicio de derecho o del cumplimiento del deber (artículo 15, fracción III, inciso d), del Código Penal para el Estado de México) No basta a este propósito que el agente crea que ejerce un derecho o que cumple un deber: es necesario que derecho y deber existan efectivamente, pues la falsa suposición de ellos significa que atribuye a la norma incriminadora límites más

restringidos que los que tiene y, por lo tanto, constituye un verdadero error acerca de la ley penal. De ello se sigue que la suposición errónea, para que sea eficaz, tiene que referirse, no a la existencia del Derecho o del deber, sino al ejercicio o al cumplimiento de ellos; más precisamente, es necesario que el agente suponga que se encuentra en tal situación de hecho, que de existir realmente, ejercería un derecho o cumpliría un deber sancionados por el ordenamiento jurídico.

A propósito de las contravenciones, debe notarse que, como esta categoría de infracción es punible indiferentemente a título de dolo o a título de culpa; la errónea suposición de la presencia de una causa de justificación (por ejemplo, la opinión de ejercer un derecho) deja subsistir la responsabilidad cuando el error es culposo. En cambio, si el error es inmune de culpa (es razonable, explicable, justificable, en frase de Manzini), la buena fe del agente importa la exclusión de toda responsabilidad, siempre (naturalmente) que la falsa convicción se resuelva en un error de hecho.²⁹

Alfonso Reyes Echandía, señala: *“entiéndese por error de hecho la equivocación que recae sobre uno o varios de los elementos constitutivos de la conducta legalmente descrita en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material; de esta especie sería el error sobre la ajenidad de la cosa en el hurto, o sobre la edad de la persona con quien se practica acceso carnal voluntario en la violencia presunta, o sobre los actos eróticos-sexuales en los abusos deshonestos”*.³⁰

²⁹ Cfr. MANZINI, VICENZO, *Op. Cit.*, p. 45.

³⁰ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. Cit.*, p. 164.

Se dice, en cambio, que hay error de derecho cuando la equivocación versa sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita, o sobre su interpretación.

Respecto de esta segunda clase de error se distinguen varias modalidades, así:

a) La que se refiere al desconocimiento de la existencia misma de la norma incriminadora; es la llamada *ignorantia legis*, como cuando el agente no sabe que contraer matrimonio estando vigente un vínculo anterior está descrito y sancionado en la ley.

b) La que trata al error cometido durante el proceso mental orientado a buscar y explicar el significado de la norma incriminadora y en virtud del cual el sujeto considera que no es aplicable a la conducta que realiza; se conoce con el nombre de error de interpretación o de valoración. Se trata en este caso, de un verdadero error de Derecho, porque es igual errar por falta de conocimiento de la ley, por defectuoso conocimiento de la misma o por equivocación en el procedimiento intelectual dirigido a determinar los límites de su aplicación práctica. Este error exige, en todo caso, que el agente se represente el contenido de la norma diversamente de cómo es interpretado judicialmente y que esté persuadido de que es la suya una interpretación adecuada.

c) La que se refiere a la equivocada interpretación de un elemento de la norma incriminadora de contenido jurídico distinto del penal; por eso se le designa como error de Derecho extrapenal; tal sería el caso de quien se apropia de un tesoro descubierto en predio ajeno porque no sabe o no ha comprendido, de acuerdo con normas del Derecho privado a las que hace referencia el dispositivo incriminador que

debe entregar una parte de él al propietario del inmueble. Aunque algunos autores consideran que se trata de una especie de error de hecho porque incide sobre un elemento estructural del delito, parece más lógico ubicarlo aquí porque es en esencia una modalidad del error de valoración, del cual se diferencia solo en cuanto recae no sobre la totalidad de la conducta sino sobre un elemento de la misma, concretamente, sobre un ingrediente normativo de carácter jurídico.

Un ejemplo nos permite apreciar estas tres modalidades de error de Derecho; veámoslo: si el oficial comandante de un puesto militar rehúsa prestar el apoyo solicitado por el alcalde municipal en un caso de grave alteración del orden público, porque ignora la existencia de la norma incriminadora a que se refiere el artículo 136 del Código Penal para el Estado de México, tendremos un caso de *ignorantia legis*. Si, en cambio, se niega a prestar el auxilio pedido porque cree que el alcalde no le pidió apoyo sino que reclama una intervención a la que no se considera obligado, entonces estaremos ante un error de valoración o interpretación; y si, finalmente, omite cumplir el pedimento porque desconoce o interpreta equivocadamente las normas legales que establecen la forma como tal apoyo debe prestarse, surgiría la figura del error de Derecho extrapenal.

En cuanto a sus efectos jurídicos, esta teoría tradicional del error funciona de la siguiente manera: si se trata de un error de hecho esencial e invencible, es causal de inculpabilidad por cuanto el agente actuó sinceramente convencido de que lo hacía *secundum ius*. En cuanto al error de Derecho, diríase que no elimina la culpabilidad porque en tal caso la voluntad del actor se ha manifestado en términos contrarios a la voluntad estatal ínsita en la norma incriminadora.

Ahora bien, como esta solución respecto del error de Derecho creaba visibles injusticias, principalmente frente al error en materia extrapenal, para salvarlas hubo de afirmarse que éste debía tenerse como una modalidad del error de hecho. Se dice sobre el particular: *“El error sobre la disposición a que se remite la norma penal en blanco (que de esta naturaleza es la que se refiere a dicha clase de error) tiene eficacia excusante porque tal disposición es extrapenal desde el momento en que la norma penal en blanco no carece de precepto y en consecuencia la ley extrapenal apenas constituye un elemento integrador del mismo”*³¹.

En todo caso, esta teoría tradicional sobre el error es criticable por lo siguiente:

“Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el Derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el Derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a ello que es imposible una distinción suficiente entre error de Derecho y error de hecho, por cuanto el Derecho en sus disposiciones se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de Derecho”.³²

En este mismo sentido se pronuncia Córdoba Roda al enfatizar que *“tal distinción es puramente artificiosa, como que no hay diferencia sustancial entre el llamado error de hecho y el de Derecho”*³³, afirmación que demuestra con el ejemplo siguiente: *“se puede tener cocaína sin autorización legal, ya sea por ignorar que la detención de esta droga está prohibida, ora por desconocer que la sustancia que*

³¹ MAGGIORE, GIUSEPPE, *Op. Cit.*, p. 56.

³² LISZT, FRANZ VON, *Op. Cit.*, p. 418.

³³ CORDOBA RODA, JUAN, *Op. Cit.*, p. 87.

*poseo es cocaína, en ambos casos se ignora que la materia poseída está sometida a una determinada reglamentación jurídica”.*³⁴

Otro aspecto crítico de esta concepción es el de que el error de derecho en ningún caso generaría inculpabilidad, conclusión que dé lugar a no pocas graves injusticias y contra la cual también se pronuncia en España Cuello Calón, con el argumento de que *“tanto el error de hecho como el de Derecho recaen sobre circunstancias objetivas de la conducta legalmente prevista como delito o sobre su significación jurídica, con lo que si la ignorancia iuris no le es imputable al agente debe reputarse como causa de exclusión del dolo.”*³⁵

Por lo demás, la jurisprudencia alemana, que venía sosteniendo de acuerdo con la máxima según la cual *error iuris nocet*, que el error de Derecho no excluía la responsabilidad, a partir de 1952, varió tal jurisprudencia al aceptar que el error de Derecho puede excluir el dolo, independientemente de que se refiera a una norma penal o extrapenal, por falta de conciencia de la antijuridicidad de la propia conducta.

3.2 Error instrumental y operacional

Con este nombre designamos aquel error que consiste en la equivocación en que el agente incurre respecto de los medios empleados para lograr el resultado antijurídico querido, evento que en todo caso se produce.

A diferencia de las modalidades anteriores, en ésta el actor no yerra ni en cuanto a la identidad del objeto material ni respecto del desarrollo causal de la acción; tampoco se ocasiona el daño a objeto material distinto; lo que sucede es que

³⁴ *Idem.*

³⁵ CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Op. Cit.*, p. 421.

el instrumento o medio utilizado para producir el hecho antijurídico no es el que realmente lo causa, sino otro diverso que ejerció su poder vulnerante sin que el agente se hubiese percatado de ello, al menos antes de producir sus efectos.

Unos ejemplos aclararán la cuestión: Pedro dispara sobre Juan para matarlo y creyéndolo muerto lo arroja al río; luego se demuestra que la víctima no murió por consecuencia del disparo sino ahogada. Diego, creyendo envenenar a su enemigo con cianuro le administra, por error, arsénico o estricnina y a consecuencia de ello se produce la muerte. Carlos apunta con un revólver a José, con el propósito de causarle la muerte, pero en el instante en que aprieta el gatillo, José se desploma víctima de un síncope cardíaco producido por la actitud homicida de Carlos y muere.

En todos estos casos, el evento antijurídico querido por el agente y hacia el cual orientó su conducta se ha producido, aunque su causa material directa e inmediata no fue la que puso en movimiento el actor, la cual, en todo caso, tenía eficacia potencial suficiente para ocasionar dicho resultado. Por eso de él debe responder.

En todos estos casos, el evento antijurídico querido por el agente y hacia el cual orientó su conducta se ha producido, aunque su causa material directa e inmediata no fue la que puso en movimiento el actor, la cual, en todo caso, tenía eficacia potencial eficiente para ocasionar dicho resultado. Por eso de él debe responder.

Cuando el tipo legal no describe la forma como el agente ha de obtener el resultado antijurídico, lo mismo da, para los efectos de su responsabilidad, que logre dicho evento con el medio que realmente utilizó o por cualquier otro que se interpuso accidentalmente en el desarrollo causal de su conducta.

*“Si los casos de error in persona y aberratio ictus (según Soler) consisten en un error irrelevante, a fortiori será indiferente para el derecho que el modo en que el hecho resulte ejecutado coincida o no, en detalles, con el propósito concreto del sujeto. Mientras el modus operandi –agrega- carezca de valor jurídico, los errores cometidos acerca de él no cambian la naturaleza y calificación del hecho resultante”.*³⁶

3.3 El error culpable e inculpable

Según cuál haya sido la actitud del sujeto ante los hechos sobre los cuales ha recaído su error, éste se distingue en culpable e inculpable³⁷.

a) El error culpable, como su denominación lo indica, es el error evitable cuando se procede con la debida diligencia. Nace, pues, el error culpable, de las mismas fuentes que la culpa: la imprudencia y la negligencia. La consecuencia de esta forma de error es eliminar el dolo, quedando subsistente la responsabilidad culposa, si el hecho está descrito en la ley bajo esa forma de culpabilidad.

b) El error es inculpable cuando se ha incurrido en él no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos; no puede exigirse una minuciosidad y vigilancia que no es común. En otras palabras: siempre que el error no sea consecuencia de la imprudencia o negligencia del autor, será inculpable, pues en el caso contrario podrá eliminarse el dolo, pero deja subsistente la culpa.

³⁶ SOLER, SEBASTIAN, *Op. Cit.*, p. 92.

³⁷ *Cfr.* REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. Cit.*, p. 165.

En términos generales, puede decirse que el error ha de tener el efecto de hacer suponer a quien comete un hecho delictuoso que realiza un acto lícito, no obstante la diligencia puesta en su obrar.

3.4 El error esencial y accidental

Según su extensión y significado jurídico, se distingue el error en esencial y accidental.

a) El error es esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza o cuando le hace creer que se trata de un hecho menos grave. En la primera hipótesis si el error es vencible, sólo funcionará como atenuante respecto del ilícito de que se trate. Es el caso de quien priva de la vida a un ascendiente (homicidio tipificado en el artículo 242, fracción III, del Código Penal del Estado de México) desconociendo esa relación, creyendo matar a un hombre con quien no le une parentesco alguno; se le aplicará la pena prevista en el artículo 64 segundo párrafo del Código Penal para el Estado de México.³⁸

Puede consistir el error esencial en una falsa apreciación de los hechos o de las circunstancias que cambian la valoración jurídica de ellos.

Ha de versar sobre una de las circunstancias de hecho que pertenecen a la figura delictiva. Sólo así producirá el efecto de impedir comprender la criminalidad del acto.

El error que recae sobre las circunstancias da lugar a las llamadas eximentes putativas. Quien es objeto de una broma por parte de un amigo y se cree en realidad

³⁸ El artículo 64, párrafo segundo, del Código Penal para el Estado de México, señala que: “si el error vencible es el previsto en el inciso b), apartado 2, de la fracción IV, del artículo 15, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate”.

atacado, ya sea porque no lo ha reconocido o porque reconociéndolo le cree capaz de esa acción, o porque lo imagina ebrio, al rechazar la supuesta agresión, cree hacerlo en legítima defensa.

La doctrina suele llamar a estos supuestos causas de justificación putativas³⁹. Sin desconocer que esa forma de situarlas en la sistemática general puede tener fundamentos, preferimos no emplear esa denominación, porque el carácter objetivo de las causas de justificación, que hace desaparecer el delito por no existir antijuridicidad, no se da en esta forma de error. Tanto en esta como en las demás hipótesis, el error sólo podrá alegarse a favor de quien lo sufrió, sin que ello impida la existencia de coautores responsables. Pensamos que esta eximente lo es por ausencia de culpabilidad y debe fundarse en los efectos del error.

b) El error accidental según, López Betancourt, no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en secundarias.⁴⁰

Puede decirse que el error es accidental cuando no impide comprender la antijuridicidad del acto; es decir, cuando, aunque no existiera, el hecho sería lo mismo típicamente antijurídico. Esta forma de error carece de significación y deja subsistente, por tanto, la culpabilidad en todas sus formas. Tres son las especies de error accidental dignas de consideración.

Aberratio ictus. Reservase esa calificación para aquellos casos en que, no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía, es, sin embargo, idéntico en su significación jurídica. Es el supuesto de quien, queriendo matar a Juan, que es

³⁹ Es importante aclarar que las causas de justificación putativas no dejan sin efecto la antijuridicidad, y que en algunos casos como en el estado de necesidad o la legítima defensa, permiten que el juzgador aplique una sanción específica como la prevista en el artículo 66 del Código Penal para el Estado de México.

⁴⁰ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, "TEORÍA DEL DELITO", 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997, p. 229.

su enemigo, por su mala puntería mata a Pedro, que no lo es. En ambos casos se habrá cometido un homicidio simple; para la ley, idéntica significación tiene matar a Pedro que matar a Juan. Distinto sería si el mismo individuo queriendo hacer fuego sobre Pedro hiere a su padre. Pero ya hemos visto que éste es un error esencial que tiene el efecto de hacer inaplicable la forma calificada del homicidio.

Error *in persona*. Se diferencia del *aberratio ictus* en que aquí el error versa sobre el objeto mismo. En el caso del párrafo anterior el individuo dirige su arma contra quien es realmente su enemigo, si bien hiere a otro, sin proponérselo; en la hipótesis que nos ocupa se hace fuego sobre una persona distinta, suponiéndola la que se quiere herir. En el ejemplo puesto, habría error *in persona* si el actor dispara sobre Pedro confundiéndolo con Juan.

Los medios empleados, (como ya lo tratamos en apartados anteriores) cuando sean distintos de los propuestos, pero idénticos para cuasar el mismo resultado, no pueden dar lugar a error excusante. Así, (retomando el ejemplo citado en el tema del error instrumental) alguien creyendo muerta a su víctima sólo desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar, produciéndose la muerte por inmersión. En ambos casos el medio empleado es idóneo para causar la muerte.

Al respecto se formulan numerosas opiniones que sustentan posturas antagónicas.

La doctrina suele hablar en estos casos de delito aberrante, aunque dicha expresión no es rigurosamente exacta, como el delito consumado en tales

situaciones no sería propiamente aberrante, puesto que es jurídicamente perfecto; la aberración está en el desarrollo causal de la conducta y, por tal, en su resultado⁴¹.

3.5 El error excluyente de toda culpabilidad

Para que el error tenga las consecuencias de eximente, debe reunir dos condiciones: ser esencial e inculpable.

A fin de quien obra con error lo haga en forma totalmente inculpable, el error debe ser esencial e inculpable.

La exigencia de que el error sea esencial corresponde a la circunstancia de que es ésa la única forma que impide comprender la antijuridicidad del acto. El error accidental recae sobre circunstancias que no pertenecen a la figura delictiva y, por ello, los hechos que se aprecian sin error tienen carácter delictivo.

El error ha de ser inculpable, porque sólo esa forma elimina el dolo. El error culpable, resultante de la imprudencia o negligencia, da lugar, precisamente en razón de su origen, a responsabilidad por delitos culposos.

3.6 El error de tipo y error de prohibición

Hemos hecho referencia en páginas anteriores, con motivo de las tentativas tendientes a sustituir la tradicional separación en error de hecho y error de derecho, al "*error de tipo*". Esa denominación nos parece adecuada para dar la idea exacta del efecto jurídico de ciertas especies de error que, sin ser verdaderas formas de error esencial, puesto que el autor no supone bajo sus efectos que actúa lícitamente,

⁴¹ Cfr. REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. Cit.*, p. 166.

tampoco pueden quedar abarcadas en el área de la modalidad accidental, ya que producen el efecto de disminuir la penalidad.

La doctrina Alemana contemporánea⁴² divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal o sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que ésta justificada.

Para nosotros el llamado error de tipo recae sobre las circunstancias de hecho que pertenecen a la figura delictiva, en tanto que el error de prohibición versa sobre las circunstancias que dan al hecho la condición de ilícito. De ese modo, se limitan las circunstancias de hecho que pueden ser objeto de error, a aquellas que son tomadas en cuenta por el orden jurídico para dar a la acción el carácter de típica, circunscribiéndose así, al ámbito del error de hecho a los casos de errores jurídicamente relevantes. La consecuencia jurídica que se desprende de uno cualquiera de estos errores, es la de generar irresponsabilidad por falta de culpabilidad. No hay culpabilidad dolosa, por ausencia del aspecto cognoscitivo indispensable para que este fenómeno exista y que se evidencia en el error del agente respecto de uno cualquiera de los elementos del tipo o en relación con su valoración ante el caso concreto, o en error sobre la antijuridicidad de la conducta cuya tipicidad conoce. Tampoco hay culpabilidad culposa porque el agente no actúa con finalidad antijurídica y porque en el desarrollo de esta actividad jurídicamente indiferente o lícita se comportó con la diligencia y cuidado que le era exigible. Por esas razones no le cabe juicio de reproche y, por ende, responsabilidad.

⁴² *Cfr.* WELZEL, HANS, *Op. Cit.*, p. 210.

Nuestro Código Penal Federal, en el artículo 15, fracción VIII, incisos a) y b) y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 29, fracción VIII, incisos a) y b) se refieren a las causas de exclusión del delito, previendo el error de tipo y de prohibición como causas de inculpabilidad, condicionándolos a que ambos sean invencibles. El error de tipo se presenta de manera muy clara en las legislaciones en comento, cuando la acción o la omisión se realice bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal y, el error de prohibición se reglamenta con sus tres modalidades, a saber: el directo, indirecto y de permisión.

Es importante insistir en que la inculpabilidad de la conducta en los casos de error expuestos, no solamente supone que el error recaiga sobre el tipo o sobre la antijuridicidad, tal como se indicó, sino que exige, además, que sea invencible; de tal forma que, si este requisito no se da, deja subsistente una responsabilidad culposa, siempre que el hecho tenga prevista tal modalidad.

3.7 El error de prohibición y la ignorancia

El error es un estado intelectual en el cual un objeto del mundo real no es conocido tal como es, sino de manera inexacta, existiendo falta conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido. Según los escolásticos: *veritas est. Adaequatio intellectus er tei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

El doctor Eduardo López Betancourt en su obra teoría del delito, al referirse a la ignorancia y error señala que “*Se ha considerado que ambos son actitudes*

*psíquicas del sujeto, en la efectuación de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice un sentido negativo.”*⁴³

El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

Existen algunas legislaciones que han ocupado la expresión “error” y otras se han inclinado por el término “ignorancia”, ya que consideraron que éste abarca también el concepto de error. Tanto el error como la ignorancia pueden consistir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que él propone realizar.

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

Francesco Antolisei al referirse a la ignorancia de la ley penal italiana comenta *“El artículo 5 del Código Penal, al que varias veces nos hemos referido, dispone: Nadie puede invocar en su excusa la ignorancia de la ley penal. Por lo tanto, el error acerca de la ley penal, ya sea que consista en la completa ignorancia de ella, ya en*

⁴³ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, *Op. Cit.*, p. 228.

un inexacto conocimiento (interpretación errónea), en nuestro ordenamiento jurídico no excluye la responsabilidad de quien haya cometido un delito.”⁴⁴

Este principio, que se viene afirmando desde la época romana (*error vel ignorantia iuris non excusat*), según una opinión muy difundida, manifiesta una presunción absoluta de conocimiento de la ley, pero ésto es discutido por autorizados penalistas, quienes observan que la presunción es una prueba indirecta en virtud de la cual nos remontamos de lo conocido a lo desconocido por medio de un cálculo de probabilidades fundado en el *id quod plerumque accidit*, (lo que comúnmente ocurre), al paso que el conocimiento de las disposiciones legales, dado el enorme cúmulo y la variedad de ellas, no responde a la normalidad de los hechos.

Para una amplia corriente que ahora predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia, el principio de que hablamos en un corolario de la obligatoriedad de la ley penal, implica para quienes están sujetos a la ley, el deber de conocerla. *“Quien vive en determinado lugar (escribe Manzini) tiene la obligación de informarse, cuando despliega una actividad cualquiera, de los límites y las condiciones impuestas por la ley territorial, Si descuida este deber, asume con ello mismo el riesgo de su ignorancia, la cual no podrá ser, por tanto, invocada por él en su excusa”.*⁴⁵ A esta teoría se le objeta que si existiera una obligación de conocer la ley penal, tendría que haber una sanción especial para el caso de su inobservancia. Sea como fuere, ¿puede existir tal vez un deber si no es exigible su cumplimiento? ¿No equivale tal deber a una ficción de conocimiento de la ley?

⁴⁴ ANTOLISEI, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 123.

⁴⁵ MANZINI, VICENZO, *Op. Cit.*, p. 116.

El canon de la absoluta obligatoriedad de las normas penales está impuesto indudablemente por una necesidad política y concretamente por la exigencia de asegurar una firme y expedita aplicación de la ley, evitando los tropiezos que necesariamente se producirían en el funcionamiento de la justicia si a los imputados se los admitiera a demostrar, en cada caso, que ignoraban la existencia de la prohibición.

No es posible desconocer el valor práctico de tal exigencia política, pero es también indudable que el principio de la absoluta inexcusabilidad del error acerca de la ley penal lleva no pocas veces a consecuencias que contrastan estridentemente con el sentido de justicia. Especialmente en la época actual, las disposiciones penales son tan numerosas y son modificadas tan a menudo, que apenas los juristas de profesión pueden tal vez conocerlas exactamente. Las dificultades para orientarse con seguridad en la gran gama de normas han aumentado a causa de las oscilaciones de la jurisprudencia y más todavía por la imperfección de muchas leyes, dictadas apresuradamente para responder a necesidades urgentes. Dadas las incertidumbres que indudablemente se siguen de semejante estado de cosas, no hay duda de que a quien se engaña acerca de la ley penal tal vez no se le pueda reprochar siquiera una mínima negligencia.

Así se explica que en las más recientes legislaciones extranjeras al principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal se le hayan introducido considerables limitaciones, que por lo demás tienen no pocos antecedentes en la historia.

Se comprende que en la doctrina italiana no pocos autores formulen alguna reserva. Entre otros Manzini, observando que *“toda obligación vale solo en cuanto es*

*posible el cumplimiento de ella, sostienen que la ignorancia de la ley penal excusa cuando sea absolutamente imposible tomar conocimiento de ella, como en el caso de la invasión enemiga de una parte del territorio, en cuanto a la duración de la invasión; o en el caso de la publicación ocurrida con posterioridad al día fijado en la ley para su entrada en vigencia*⁴⁶.

Continúa diciendo Manzini que “*una orientación similar, inspirada también en el principio ad impossibilia nemo obligatur (nadie está obligado a lo imposible), que estima merecedora de comprobación, se advierte en algunas sentencias en el ámbito de las infracciones contravencionales*”.⁴⁷ Así, ha afirmado que la persona precedentemente absuelta de la misma imputación porque el hecho no constituía delito, puede invocar la buena fe en el caso de una posterior imputación por el mismo delito. Ha excluido también la punibilidad cuando las circunstancias del hecho llevaban a la convicción de la ilicitud de él, y particularmente en el caso de un espectáculo público que se veía repitiendo hacía largo tiempo a los ojos de la autoridad de policía sin hacerle ninguna observación. Finalmente, ha admitido la eximente de la buena fe en varios casos en que el error había sido determinado por providencias tomadas o aseveraciones u opiniones expresadas por órganos administrativos o por funcionarios públicos y también por fallos dictados precedentemente por el magistrado para asuntos similares. Frecuentemente se reafirma, sin embargo, principios más rigurosos.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 117.

En este orden de ideas no se descarta la posibilidad de que la ignorancia de la ley pudiese repercutir de manera favorable para dejar sin efectos no tanto el dolo sino la culpabilidad.

Planteado el estudio del error y la ignorancia dentro del marco dogmático, pasemos al tema central de nuestro trabajo que consiste en establecer la importancia de la ignorancia de la ley en el error de prohibición.

CAPÍTULO CUARTO.

LA IMPORTANCIA DE LA “*IGNORATIA LEGIS*” EN EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

1. SISTEMÁTICA JURÍDICA DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Es de suma importancia para el trabajo de investigación que nos ocupa, conocer la sistemática jurídica empleada por el Legislador del Estado de México, al estructurar el Código Penal, para realizar el análisis del error de prohibición dentro de este marco normativo.

En el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal, viene discutiéndose hace tiempo sobre si el sistema de reacción jurídico-estatal, para el enfrentamiento de las actividades delictivas, debe ser uno de carácter monista, es decir, de sanción única, (pena o medida), o uno de rasgos duales diferenciado de penas y medidas. La decisión a favor de uno u otro sistema sigue siendo un tema de viva actualidad, en el cual no es avizorable una solución definitiva, al menos de momento.

Si atendemos, a un criterio predominante y exclusivamente dogmático, que habrá de tener en cuenta solamente al Derecho positivo, considerándolo punto de partida para todos los argumentos jurídicos, podría afirmarse, aunque fuera de forma eventual, que desde el ángulo legislativo la inclinación ha sido a favor de un sistema dualista de sanciones para el sujeto activo de un evento típico.

Es cierto que, salvo algunas excepciones rechazables, la pena con fundamento en la culpabilidad y en su mera retribución no es aceptada, ya que se estima que no es el único medio para enfrentar el problema delincencial, y que por otra parte no es recepcionada en el ámbito de las legislaciones positivas. Estas, en

medida muy apreciable, entienden que existen sanciones o sistemas concretos de reacción frente a los autores inculpables de conductas tipificadas y antijurídicas, que no tienen ninguna relación con lo que pudiera entenderse como una pena en el sentido tradicional.

Pero también es una verdad incuestionable que, basándonos en las mismas razones dogmáticas positivas, hay que rechazar igualmente las teorías que propugnan un monismo de signo contrario y que consideran que la base de la reacción jurídico-estatal ante el delito debe ser la peligrosidad de su autor y la reacción misma una medida de carácter preventivo.¹

Lo anterior queda plenamente de manifiesto, cuando consideramos que las legislaciones penales, casi en su totalidad, proporcionan un tratamiento distinto al agente de un delito si se trata de un enfermo mental o de una persona que no se encuentra en esas condiciones. En el primer supuesto, la reacción estatal ordinariamente es la de declararlo exento de responsabilidad penal, e internarlo en un establecimiento psiquiátrico, en función de su peligrosidad. En el segundo supuesto, normalmente se le impondrá la sanción correspondiente a su conducta típica.

Obviamente, el dualismo de la actividad estatal, señalado en los supuestos reseñados, permite la suposición de que la actitud del Estado debe corresponderse con un sistema dualista de los presupuestos de la propia reacción, que comprenda, en dichos presupuestos, la explicación justificativa de la elección entre una u otra forma reaccionadora y que, de conformidad con la perspectiva dogmática adoptada

¹Cfr. MAURACH REINHART, "**TRATADO DE DERECHO PENAL**", traducción Juan Córdoba Roda, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1962 p. 349.

como punto de partida, se encuentre más o menos claramente formulado en los mismos preceptos del Derecho Positivo.

Debido a la ardua labor dogmática del sistema jurídico-penal vigente, la investigación doctrinal ha generado, dos nociones contradictorias, muy difícilmente reconducibles a un común denominador, que (en cierta manera) justifican y explican el sistema dualista sancionador vigente en el Derecho positivo. Dichos conceptos son culpabilidad y peligrosidad.²

La conceptualización de la culpabilidad, desde una perspectiva formal, es la de un “conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito”³. Por su parte la peligrosidad comporta un “conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida.”⁴ En otras palabras, culpabilidad y peligrosidad constituyen los dos puntos relacionados del sistema actual de reacción del Estado frente a la ejecución de un hecho típico y antijurídico.

De esta manera, ocurrirá que una conducta típicamente antijurídica de un sujeto activo culpable dará lugar a la imposición de una pena. Por su parte, la conducta típica y antijurídica de un autor, culpable o inculpable, pero peligroso, nos situará ante la aplicación de una medida.

La doctrina, legislación y jurisprudencia, coinciden en que el permanente debate ante el enfrentamiento entre un Derecho Penal meramente retributivo y un Derecho Penal sustancialmente preventivo, que permanece irresoluto, parece que sólo tiene la opción positiva favorecedora del sistema dualista, binario o de doble

² Cfr. ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 234.

³ MAURACH, REINHART, *Op. Cit.*, p. 56.

⁴ *Idem*,

sentido; en otros términos: pena y/o medida de seguridad, culpabilidad y peligrosidad.

Tratándose de la culpabilidad, la formulación de las teorías son de especial importancia como ya lo vimos porque afectan a la esencia misma del Derecho Penal y de su fin último, así como también del ejercicio del poder punitivo del Estado y todo lo que él supone. Se intenta superar apriorismos metafísicos, tendencias ideológicas, enfrentamientos entre las diversas escuelas y, como colofón de todo ello, proporcionar a las decisiones legislativas los oportunos fundamentos teórico-científicos para evitar la ambigüedad, el confusionismo y muchas veces la pedantería de muchos sectores doctrinales, aferrados a soluciones tradicionales, que carecen en muy alta medida de solidez científica.

La realización de un hecho subsumible en una figura típica, no significa que a su autor sea factible imponerle la pena contenida en la descripción del legislador. Resulta necesario, con carácter previo, establecer, mediante el correspondiente juicio, que el injusto típico realizado es reprochable a su autor, en función de su perpetración dolosa o culposa y, también, en circunstancias en que podía exigirse y debía haber actuado en forma diversa.

Pasaron ya, las épocas en que la legislación penal ponderaba exclusivamente el resultado típico causalmente ocasionado por el sujeto activo. El Derecho Penal moderno requiere de algo más. Exige que la conducta típica pueda serle reprochada a su autor, directa y personalmente, para después formular en su contra la consiguiente reprobación imputativa.

En el caso del Código Penal del Estado de México vigente, según la exposición de motivos de la reforma realizada el veinte de marzo del año dos mil, la

sistemática referente a la responsabilidad se innova, en el sentido de que por cuanto a la individualización de la pena se considera la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado tomándose en cuenta diversos aspectos que se vinculan al acto mismo y no a la peligrosidad.

De esta forma, la legislación penal mexiquense, hace una clara división entre las penas y medidas de seguridad atendiendo no a la peligrosidad del sujeto activo sino en función del acto que se ha realizado adoptando el principio del Derecho penal de hecho y abandonando el de Derecho penal de autor.

En esta guisa, para mejor comprensión de la exposición de motivos, resulta elemental recordar dos supuestos fundamentales como son: *la culpabilidad de autor y la culpabilidad del acto o por el hecho*.

I. Culpabilidad de autor:

a) En esta doctrina se le reprocha al hombre no lo que hizo, sino lo que es,⁵ “*su personalidad*”, han existido diversas teorías sobre la culpabilidad del autor, también llamada de “*personalidad del carácter, de la decisión de la vida y de la conducción de la vida*”.⁶

b) En la culpabilidad de carácter o de disposición, Moisés Moreno asevera que “*es la carencia de actitud social que el autor expresa en la realización del hecho, es decir, un defecto en el carácter*”,⁷ y afirma “*la culpabilidad es tanto más grave cuando más peligroso es el autor y cuando más antisocial nos parece su carácter*.”⁸

⁵ Cfr. ZAFFARONNI, EUGENIO RAÚL, *Op. Cit.*, p. 551.

⁶ *Idem*,

⁷ MORENO, MOISES, *Op. Cit.*, p. 399.

⁸ *Idem*,

c) En la culpabilidad por la conducción de la vida, el hombre se responsabiliza no sólo por la disposición al delito, sino porque se estima que el delito “es el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida y la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida real del individuo”.⁹

II. Culpabilidad del acto o por el hecho

a) Zaffaronni, en su Manual de Derecho Penal sostiene: “Lo que se reprocha al hombre en su acto, es la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto”.¹⁰

b) Se reprocha lo que el hombre hizo. El doctor Moisés Moreno¹¹ “considera que el juicio de reproche no se formula en función de un hecho cualquiera sino de un hecho con ciertas características; contrario a la norma específica del Derecho penal (típico) y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (antijurídico), y afirma que si no se dan esas características no hay juicio de reproche”.

c) Este juicio de reproche¹² se da a una persona determinada por hechos propios, es decir, es un juicio personal, lo cual es una garantía para el hombre.

d) La figura de la culpabilidad por la conducción de la vida, que es presentada como inevitable para la teoría en cuanto a la justificación de la agravación de la pena en los casos de los delincuentes habituales peligrosos, han servido únicamente para ocultar consideraciones basadas en la prevención especial.

e) Bajo perspectivas exclusivamente vinculadas a la culpabilidad nadie hubiera podido afirmar que, en vez de la culpabilidad por un delito determinado, el punto de

⁹ *Idem*,

¹⁰ ZAFFARONNI, EUGENIO RAUL, *Op. Cit.*, p. 551.

¹¹ MORENO, MOISES, *Op. Cit.*, p. 398.

¹² *Cfr.* MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL, *Op. Cit.*, p. 234.

referencia de la individualización de la pena lo debía constituir el balance general de la vida.

f) No obstante, en la práctica se ha utilizado la noción de la culpabilidad por la conducción de la vida basándola en las necesidades de seguridad, independientemente de si el agente puede ser responsabilizado por su tendencia al delito. En el fondo, se trata de una sensible agravación de la pena adecuada a la culpabilidad con fundamento en exclusivas consideraciones de prevención especiales.

g) Si la culpabilidad por la conducción de la vida y la culpabilidad de carácter quedan descartadas, se impone la concepción de la culpabilidad determinante de la medida de la pena solamente en consideración a la culpabilidad por el hecho, en el sentido jurídico en que tal expresión es utilizada comúnmente.¹³

El concepto de culpabilidad por el hecho, anteriormente indicado, implica la circunstancia de que el primer factor a tener en cuenta en la individualización de la pena es el hecho mismo y su contenido de injusto y de culpabilidad. Pero, al propio tiempo, sostenemos que la pena justa sólo se obtendrá adecuado su *quantum* a la personalidad del autor.

Por consiguiente, en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tomarse en cuenta la personalidad del autor, en la forma más completa posible, aunque sólo en la medida en que ella aparezca expresada en el hecho punible, es decir, en la medida en que la procedencia, desarrollo, medio circundante, tendencia del autor, su carácter y su conducción en la vida hagan posible deducir consecuencias respecto a la métrica de la reprochabilidad del hecho mismo.

¹³ Cfr. MAURACH REINHART. *Op. cit.*, pp. 25 y ss

La culpabilidad puede manifestarse: como culpabilidad por el hecho individual y como culpabilidad por la conducción de la vida, (culpabilidad de autor, de personalidad o de carácter). En la culpabilidad por el hecho individual se contemplan únicamente aquellos factores de la actitud interna jurídicamente censurable, manifestados en la conducta típica. En la culpabilidad por la conducción de la vida, en cambio, el juicio de culpabilidad se hace extensivo a la totalidad de la personalidad del autor y su desarrollo.

Por imperativos del Estado de Derecho, el concepto de culpabilidad moderno viene fundamentalmente referido a la culpabilidad por el hecho individual. El injusto en el que se apoya el reproche de culpabilidad radica en la comisión de un determinado hecho tipificado por el ordenamiento jurídico, y no en una conducta vital jurídicamente reprobada.

Además, por razones procesales de carácter práctico, aunque el avance de la genética y la profundización en el descubrimiento del funcionamiento definitivo del cerebro, así como los ya admitidos peritajes del ADN, suponen un avance extraordinario, en una considerable cantidad de casos, en el esclarecimiento de la biografía del acusado, e inclusive en sus conexiones psicológico-profundas, hasta ahora difícilmente detectables, no está totalmente eliminado el peligro de que una investigación de la personalidad condujese a un abandono, inadecuado en relación con la importancia de la cosa, y a un conocimiento imperfecto de la esfera íntima del acusado en el juicio, y a una jurisprudencia más moralizante que estrictamente técnica, todo lo cual no serviría en absoluto ni a la justicia ni a la reinserción del condenado en la comunidad.

La culpabilidad por el hecho individual es la que mejor encuadra con la idea de la pena retributiva del hecho, la cual se encuentra referida, por exigencias ineludibles del Estado de Derecho, a una zona estrictamente delimitada de la vida del autor y no ha sido concebida con un intento de un rendimiento general de cuentas. La culpabilidad por el hecho individual constituye el fundamento esencial de la propia noción de culpabilidad en la mayoría de los ordenamientos positivos vigentes.

No obstante, podemos argumentar a favor de la importancia de la culpabilidad por la conducción de la vida, basándonos en la verificación de que, frecuentemente el actuar del ser humano no se encuentra orientado mediante reflexiones conscientes, sino por impulsos precedentes del carácter adquirido actuando de manera automática. Por otra parte, es normal que la entidad real de la culpabilidad por el hecho individual se derive de las características personales del autor.

Por su íntima relación, la investigación de la personalidad no es imposible en el proceso penal, (más aún con los adelantos científicos reseñados), sino que – cuando menos limitada a los supuestos de criminalidad grave- es una tarea internacionalmente reconocida a la moderna administración de justicia. Inclusive, en algunas ocasiones, el legislador ha partido de la culpabilidad por la conducta vital. De ahí que una parte de la doctrina recurra a la culpabilidad por la conducta de la vida, especialmente en algunos supuestos, con objeto de captar la realidad humana como ésta es.

Lo adecuado parece ser la unificación de ambas concepciones, aunque tal situación no deje de tener sus detractores. El núcleo del concepto de culpabilidad sólo puede serlo la culpabilidad por el hecho individual, pero también es cierto que el

Derecho Penal debe tener en cuenta a menudo la culpabilidad por la conducta de la vida, o sea de la culpabilidad de autor, para enfatizar el contenido de culpabilidad de voluntad¹⁴.

El Derecho Penal moderno ha destacado, en algunos casos concretos, la consideración de la personalidad total del autor. Así: a) *en el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición, que requiere en la mayoría de las situaciones una clara perspectiva de los antecedentes del hecho*; b) la referencia a la ausencia de efecto admonitorio en la culpabilidad por la conducta de la vida; y c) en la consideración del precepto regulador de la medición de la pena, que alude a la total personalidad del autor, no sólo a los efectos de prevención, sino también respecto al contenido de culpabilidad del hecho (artículo 57 del Código Penal para el Estado de México).

Por otra parte, resultaría muy difícil, sin acudir al desarrollo de la actitud interna del autor, enjuiciar los estados pasionales (la emoción violenta en el homicidio, artículo 243 fracción II, inciso a), del Código Penal para el Estado de México) las acciones libres en su causa y la culpa inconsciente. Y es lógico que así ocurra, porque si atendiéramos sólo a los presupuestos fácticos de la conducta humana nos estaríamos olvidando de una buena parte del propio ser humano, al prescindir de su carácter, de su personalidad. Tendríamos, por así decirlo, un hecho humano fraccionado, que valorado dentro del mundo normativo, adolecería de certeza jurídica, al conculcar el principio rector de la exacta aplicación de la ley en materia penal.

¹⁴ Cfr. MEZGER, EDMUNDO, *Op. Cit.*, p. 190.

2. EL COMPORTAMIENTO INTERNO Y SUS CAUSAS DE EXCLUSIÓN

Hemos analizado exhaustivamente la culpabilidad en el primer capítulo de éste trabajo a la luz de las diferentes teorías que han tratado de explicarla. Ahora corresponde el estudio ya dentro del marco normativo de la Legislación Penal para el Estado Libre y Soberano de México.

La pregunta obligada al respecto es ¿cuál ha sido el tratamiento sistemático que se ha dado a la culpabilidad desde la creación del Código Penal hasta las últimas reformas?

Para dar respuesta a la pregunta anterior es preciso referirnos al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México de 1961.

En este Código el legislador al referirse a la culpabilidad consideró únicamente dos formas, que a saber son: el dolo y la culpa en los siguientes términos:

Artículo 7º. Los delitos pueden ser:

I. Dolosos; y

II. Culposos

El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

Bajo este contexto, el legislador concibe al dolo con las modalidades más comunes que son: directo, indirecto, indeterminado y eventual; atendiendo únicamente al aspecto volitivo, traduciéndolo en la simple intención del sujeto activo.

Por cuanto a la culpa la circunscribe únicamente a la infracción de las normas de deber de cuidado, sin hacer alusión expresa a la culpa conciente e inconsciente.

En el caso de los delitos dolosos el legislador prevé en el artículo 8º del Código en comento: *“El delito se presume doloso salvo prueba en contrario.”* Aplicando la carga de la prueba al inculpado dentro del procedimiento penal.

Con las reformas realizadas al ordenamiento en cita, se implementa en el artículo 7º la figura de la preterintencionalidad como una forma más de culpabilidad; así el artículo 7º, se redactó en los siguientes términos.

Artículo 7º los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

II. Culposos, y

III. Preterintencionales.

Definiendo cada una de estas formas en los términos siguientes.

Es doloso el delito cuando se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo o aceptando el resultado.

Es culposo el delito cuando se causa un resultado punible por negligencia, imprudencia o impericia, o falta de cuidado.

Es preterintencional el delito cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría.¹⁵

En la última reforma al Código Penal del Estado de México realizada el día 20 de marzo del año dos mil, en la exposición de motivos el legislador señala: “se suprime el delito preterintencional por considerarse una forma híbrida de difícil ubicación que genera problema de aplicación”, conservándose únicamente la clasificación de delito doloso y culposo, así como las formas de consumación: instantánea, permanente y continuada.

En este sentido se aprobó la reforma, indicando en el artículo 8º del propio Código lo siguiente:

Artículo 8º los delitos pueden ser:

I. Dolosos;

El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.

II. Culposos;

El delito es culposo cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic) siendo previsible o confiando en que no se produciría en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía

¹⁵ En la segunda modalidad de la preterintencionalidad, el legislador consideraba como tal, lo que conocemos como culpa con previsión, creando una clara confusión entre estas dos figuras.

observarse según las circunstancias y condiciones personales.

III. Instantáneos;

Es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

IV. Permanentes;

Es permanente, cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

V. Continuados;

Es continuado cuando existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo y se viola el mismo precepto legal.

De esta forma, el legislador al referirse al dolo, prevé los dos elementos que lo integran siendo el cognitivo y el volitivo, adoptando la teoría de la previsibilidad y de la voluntariedad, en los términos expuestos en el capítulo segundo de éste trabajo. Así queda claramente definido el dolo directo, indirecto, indeterminado y el eventual, éste último, que para la teoría finalista constituyó problema en su momento.

Por cuanto a la culpa, queda claramente definida tutelándose las dos figuras que estudiamos en el capítulo segundo, siendo la culpa conciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación, enmarcando el juicio de reproche en la violación a las normas de deber de cuidado (culpabilidad del hecho), valorando las circunstancias y condiciones personales del activo (culpabilidad de autor).

Como indicamos la reforma suprime la figura de la preterintencionalidad por considerarla un problema para su aplicación, reafirmando con ésto que la culpabilidad dentro de este marco normativo únicamente puede ser dolosa o culposa.

Planteado lo anterior, nos referiremos a la estructura de la culpabilidad en el Código Penal del Estado de México.

Sin duda, se sigue considerando a la imputabilidad como un presupuesto fundamental para el juicio de reproche y no un elemento. La afirmación se sustenta en la sistemática adoptada por el legislador en los capítulos IV y V del propio Código, que se refieren a quienes son responsables de los delitos, las causas excluyentes del delito y de responsabilidad, dándole un trato especial a las causas de inimputabilidad (artículo 16) esto en razón a que no son causas de inculpabilidad como es sabido, por ser la imputabilidad la capacidad de culpabilidad, condición *sine qua non* para el juicio de reproche, de ahí que necesariamente es materia de estudio previo al reproche y no un elemento valorativo a la luz de las dos formas de culpabilidad que son el dolo y la culpa. Por tanto podemos considerar que la culpabilidad se integra de: a) la imputabilidad como presupuesto fundamental; b) el dolo y la culpa como sus dos únicas formas de manifestación que a su vez constituyen verdaderos elementos del juicio de reproche; y c) La exigibilidad.

Por su parte, las excluyentes de culpabilidad expresamente consideradas por el legislador en el artículo 15 son: a) el trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido; **b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: 1.- Sobre alguno de los**

elementos esenciales que integran el tipo penal (error de tipo); 2.-Respecto de la ilicitud de la conducta (error de prohibición) ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley o porque crea que está justificada la conducta;

c) atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho (no exigibilidad de otra conducta); d).- que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho ilícito con todas las precauciones debidas (caso fortuito).

3. MARCO JURÍDICO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

Antes de iniciar el análisis en el Código del Penal del Estado de México, nos permitiremos hacer una referencia histórica de esta figura para saber en qué momento empezó a reglamentarse en México.

El error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, aparece por primera vez en la legislación penal mexicana debido a la reforma al Código Penal Federal realizada el día treinta de diciembre del año de mil novecientos ochenta y tres, dada a conocer mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, en el artículo 59 bis, en los siguientes términos:

“Artículo 59 bis. Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le impondrá hasta la cuarta parte de la pena

correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.”

El maestro Francisco González de la Vega comenta: *“que este precepto, de nuevo ingreso a nuestra legislación penal, va dirigido fundamentalmente por el legislador a realizar con una mayor justicia el principio de equidad.”*¹⁶

En efecto, con la reforma en comento se da un trato punitivo privilegiado al inculpado, al facultar al juzgador para imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso, procediendo en casos muy especiales, en que el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o respecto del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto. Considerándolo como una causa atenuante de la pena y no como una excluyente de responsabilidad.

Ahora bien, debido a la reforma a la Legislación Penal comentada, también se adicionó el inciso XI, al artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República Mexicana en materia Federal, según lo dispone el artículo primero del decreto del día treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, misma que textualmente establece:

Artículo 15, fracción XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción

¹⁶ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, **“EL CODIGO PENAL COMENTADO”**, 8ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, p. 150.

legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Del análisis de la fracción en cita podemos considerar que el legislador por primera vez se refiere al error invencible como excluyente del delito considerando (aunque de manera no muy clara) el error de tipo y el error de prohibición indirecto o error de permisión.

Al respecto, nuestros máximos tribunales sustentaron: *“El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente del delito, 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. En ambos errores, 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 por la ley 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 subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica.”*¹⁷

Actualmente el Código Penal Federal, regula en el artículo 15 fracción VIII, tanto el error de tipo como el de prohibición en los siguientes términos:

¹⁷ Cfr. Apéndice de 1995, volumen tomo II, parte SCJN, tesis 148, p. 84, Primera Sala, Séptima época.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

Fracción VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta.

c) Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

Por su parte, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal reglamenta en el artículo 29, fracción VIII, incisos a) y b), el error de tipo y el error de prohibición en los siguientes términos:

Artículo 29. El delito se excluye cuando:

Fracción VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del tipo de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta

c) Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, hasta antes de la reforma de veinte de marzo del año dos mil, consideró en el capítulo cuarto, referente a las causas excluyentes de responsabilidad,¹⁸ únicamente el error sustancial de hecho en el artículo 16 fracción VI en los siguientes términos:

“Artículo 16 fracción VI. Obrar por error sustancial de hecho que no derive de culpa.”

El error de prohibición no figuraba en nuestra Legislación Estatal, ni como causa excluyente del delito ni como circunstancia privilegiada para el inculpaado para atenuar la pena. Fue hasta la reforma del mes de marzo del año dos mil, cuando el Legislador del Estado por influencia del Legislador Federal, al reestructurar el Código Penal en comento, incluye en el capítulo V, que se refiere a las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad, el error de tipo y el error de prohibición en el artículo 15, fracción IV, inciso b), de la siguiente forma:

Artículo 15, Fracción IV, inciso b). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

¹⁸ Es dable comentar que el Legislador del Estado de México, ha empleado el término de excluyentes de responsabilidad en vez de excluyentes del delito, siendo éste último el más apropiado, como me permito sustentarlo en la página 140 de éste trabajo.

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

La reforma en comento motiva las siguientes reflexiones:

La primera en cuanto al título del capítulo “causas excluyentes del delito y de la responsabilidad”. Cabría preguntarnos ¿Acaso las excluyentes de responsabilidad no excluyen el delito?, definitivamente las circunstancias que excluyen la responsabilidad son aquellas que aquejan a la culpabilidad, de tal forma que al ser procedentes extinguen ese elemento general esencial del delito y en consecuencia el delito sería inexistente. Por tanto, está por demás la distinción realizada por el legislador.

La segunda en cuanto al tema que nos ocupa. El legislador al innovar en las causas de inculpabilidad el error de prohibición únicamente se refiere al error de subsunción y al error de permisión, pero no al error por desconocimiento de la norma incriminadora (error de prohibición directo), no obstante que es una modalidad de esta clase de error como lo veremos a continuación, dejando al desamparo a un sector de la sociedad vulnerable por la marginación económica y cultural en que viven.

4. MODALIDADES DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

Hemos comentado en el capítulo anterior que como hipótesis de esta especie de error tenemos a las siguientes: **a) que el agente desconozca la existencia de la norma incriminadora; b) que el agente la conozca pero crea que actúa**

conforme a derecho en el caso concreto porque la interpreta equivocadamente, y c) que el agente suponga erróneamente que concurre en su conducta una causal de justificación.

La primera de estas modalidades del error de prohibición corresponde a la clásica *ignorantia legis*, que induce al sujeto a actuar antijurídicamente en la equivocada creencia de que lo hace *sucundum ius*.

La segunda se refiere al error de valoración o de interpretación, ya mencionado al tratar la teoría tradicional, pero en relación con el cual la doctrina alemana y algún sector de la italiana califican como *error de subsunción*, cuya característica esencial es la de que el agente actúa en la convicción de que su conducta no se adecúa a la norma incriminadora, convicción que se deriva de una equivocada interpretación de sus elementos estructurales; esta situación se presenta por lo regular respecto de tipos penales con ingredientes normativos complicados.

La última modalidad comprende no solo la falsa representación antijurídica, sino también la falta de representación de la antijuridicidad del hecho, esto es, no solo la representación de actuar conforme a Derecho, sino también la falta de representación de actuar antijurídicamente. Verbigracia, el sujeto que lesiona a otro porque cree equivocadamente que está siendo agredido (defensa putativa), o porque (también erradamente) cree que tiene el derecho de resistir al acto violento de una detención (error sobre la ilegitimidad de la agresión), o porque yerra al pensar que tiene el derecho de castigar (error sobre la existencia de una justificante que no existe).

Pues bien, planteado lo anterior entremos al tema central del trabajo, en el que plantearemos la importancia de la ignorancia de la ley en el error de prohibición.

5. IMPORTANCIA DE LA IGNORANCIA DE LA LEY EN EL ERROR DE PROHIBICIÓN

La tarea que iniciamos se concreta al estudio del problema que representa la ignorancia de la ley en el ámbito penal, propiamente en la culpabilidad.

Sin duda, no hemos perdido de vista que dentro de las modalidades del error de prohibición se encuentra la que se refiere *al desconocimiento de la norma incriminadora por un error invencible*.

Pues bien, veamos qué importancia tiene la ignorancia de la ley dentro el error de prohibición para establecer si debe o no considerarse dentro de la legislación penal del Estado de México.

Como sostenemos el error jurídicamente implica ignorancia de una cosa.

Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. El error de prohibición directo es el que recae sobre la licitud del hecho porque el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder. Este error se puede originar por el desconocimiento de la norma o bien aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie.

Ahora bien, en cuanto a la primera modalidad debemos comentar que su aplicabilidad en materia penal ha suscitado grandes inquietudes, como lo demuestran las agudas polémicas que ha generado debido al viejo aforismo romano

de que el desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento, polémicas que comienzan con su propia naturaleza.

Dicho aforismo se sustenta en cuatro criterios, a saber: el de la presunción, el de la ficción, el de la obligatoriedad y el de la exigencia social.

De conformidad con el primer criterio, debe presumirse el conocimiento de la ley penal por todos los ciudadanos a quienes se dirige; esta presunción, según Carrara por ser simplemente legal podría desvirtuarse.¹⁹

Contra esta tesis vale la reflexión que toda presunción parte de hechos conocidos sobre los cuales y mediante cálculo de probabilidades lógicas se deduce una conclusión respecto de algo desconocido, a tiempo que el conocimiento de la ley es algo irreal; *“basta mirar, dice Manzini, el número inmenso de leyes penales, civiles, administrativas, financieras o de policía para persuadirse de la imposibilidad de aceptar una seria presunción de conocimiento de la ley”*.²⁰

Respecto del segundo criterio, estamos frente a una simple ficción por cuanto a pesar de que lo normal y ordinario es que los ciudadanos no conozcan todas las leyes penales de su Estado, éste debe suponer que las conocen.

Tal ficción sería inocua porque aún ella debe tener algún fundamento en la realidad, y es bien sabido que muchas veces ni siquiera los expertos saben de la existencia de todas las normas legales de un país.²¹

Según el criterio de la obligatoriedad, es un deber cívico impuesto a todos lo habitantes del territorio del Estado, el conocer sus normas penales; deber que constituye una reciprocidad a la tutela jurídica que el propio Estado otorga a quienes

¹⁹ Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Op. Cit.*, p. 186.

²⁰ MANZINI, VINCENZO, *Op. Cit.*, p. 292.

²¹ Cfr. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 241.

viven dentro de sus fronteras y sin la cual perdería valor el principio de la obligatoriedad de la ley.²²

Respecto a esta tesis vale comentar que: decir que todo ciudadano tiene el deber jurídico de conocer las leyes es una afirmación fantástica, porque en la moderna civilización ningún ciudadano (ni siquiera el *jurisperito*) tiene la posibilidad material de conocer o de tener noticia de todas las leyes y reglamentos; y ello, haciendo abstracción de que a veces los jueces tienen que decidir sobre si una ley ha sido derogada o está aún en vigor al menos parcialmente.

Consideremos que un deber existe en cuanto puede ser exigible su cumplimiento, y exigir a todos el conocimiento de la ley penal es absurdo. Pues si hubiera tal obligación desde el punto de vista jurídico debería consecuentemente ser sancionada su inobservancia, y es obvio que tal sanción no existe.

Según el criterio de la exigencia social, es la necesidad política de asegurar el cumplimiento de la ley la que explica y justifica el principio que venimos comentando.

En su defensa se arguye que, siendo la ley penal uno de los más importantes instrumentos del Estado para garantizar el orden y armonioso desarrollo de la colectividad, describiendo y sancionando ella las conductas que vulneran los más valiosos bienes jurídicos del individuo, de la sociedad y del propio Estado, éste ha de velar por su imperativo cumplimiento, aún a costa del sacrificio de intereses particulares.

Consideramos, sin embargo, que tal principio ha de admitir excepciones cuando sea evidente la absoluta imposibilidad en que el agente se hallaba de conocer la existencia del tipo incriminador. Por desgracia esas excepciones

²² *Idem.*

requieren una adición al texto actual de la norma que estamos comentando. Estimamos (con apoyo del tratadista Ricardo Núñez) que una concepción justa no puede continuar fundando la responsabilidad penal en la ficción de que nadie puede, ignorar justificadamente que un hecho es punible.²³

Debido a la reflexión anterior nos preguntamos ¿por qué el legislador del Estado de México desestimó la importancia del desconocimiento de la norma incriminadora dentro del error de prohibición en el Código Penal vigente?, acaso sería porque la legislación civil tutela el viejo aforismo al que nos hemos referido, en el artículo 1.16 estableciendo que “*El desconocimiento de las leyes a nadie aprovecha ni excusa su cumplimiento.*” Y el permitirlo en la legislación penal implicaría una clara contradicción; o porque arrogantemente considere que en el Estado de México no hay marginación ni atraso cultural y que en los mexiquenses se presume el conocimiento total de la ley, o porque simple y sencillamente la omitieron sin razón alguna.

Desgraciadamente la exposición de motivos de la reforma realizada al Código Penal en comento no dice nada al respecto, lo que indica que seguramente le fue indiferente el hecho de que el agente ignore la ley penal para eximirlo de responsabilidad. Ahora bien suponiendo que ésta fuese la razón, la pregunta obligada sería ¿por qué el legislador del Estado de México exime de responsabilidad a un sujeto por desconocer el alcance de la ley o por creer erradamente que su actuar esta permitido y no por ignorar la ley siendo ésta más relevante?

²³ Cfr. NUÑEZ, RICARDO C, *Op. Cit.*, p. 101.

Al respecto afirmamos que la ignorancia de la ley en materia penal debe ser considerada una eximente de responsabilidad dentro del error invencible de prohibición, sustentada en las siguientes consideraciones:

a) porque la suposición del conocimiento de la ley penal por sus destinatarios no es ni siquiera una presunción, sino una ficción en cuanto da por supuesto que en el futuro un hecho, situación o fenómeno se presentará de cierta manera o generará determinados resultados, a pesar de que en el pasado se comportó de manera diversa o produjo resultados distintos; y entre nosotros la experiencia ha demostrado que la ley en general, y la penal en particular, no han sido conocidas; no lo son hoy, nada permite concluir que lo sean en el futuro por la totalidad de sus destinatarios: el número cada vez más amplio de éstos, su dispersión geográfica, las dificultades de comunicación, el analfabetismo no erradicado, el creciente volumen de normas punitivas, la simultánea existencia de disposiciones contradictorias o reiterativas que crean serias dudas sobre su vigencia, son las causas más comunes de esta realidad social; el Derecho penal, más que cualquiera otra área del conocimiento jurídico, ha de alejarse de la ficción y nutrirse de lo real y cotidiano, porque sus efectos jurídicos vulneran derechos sustanciales de la persona.

b) Porque la necesidad política de asegurar el cumplimiento de la ley que se esgrime, para defender la ficción del conocimiento de la ley penal y que se reduce al temor a la impunidad, resulta demasiado ambigua e irreal y cae bajo el peso de la injusticia que genera;

c) Porque el escollo fundamental que han superado las legislaciones que lo tutelan fue el del juicio de culpabilidad frente a la ignorancia de la ley; así por la vía del error sobre el tipo (o sobre la prohibición en la doctrina alemana) llegaron a la

aceptación legal de inculpabilidad para el agente que actuaba en la convicción insuperable de que su conducta no configuraba ilícito penal.

d) Porque dentro de un Derecho penal culpabilista, hoy universalmente aceptado, solo es posible deducir responsabilidad con efectos punitivos respecto de quien ha tenido conciencia de la antijuridicidad de su conducta, no puede tenerla aquella persona que desconoce, por ignorancia invencible, que su comportamiento estaba descrito en la ley como hecho punible; atinadamente observa a este respecto Londoño Berrío *“que no puede hablarse de una culpabilidad abstracta, como que la doctrina siempre la ha referido en su aspecto cognoscitivo al conocimiento de la antijuridicidad”*²⁴; y agrega: *“la culpabilidad concebida como reproche que surge le era exigible al autor un comportamiento conforme a Derecho, solo es posible cuando en la conciencia del destinatario de la norma, existe el conocimiento del deber prescrito por la misma”*.²⁵

e) Porque sería contradictorio, desde luego, injusto, que se declare inculpable a quien actué con error invencible respecto de un elemento del tipo, a quien realice el hecho punible con la convicción errada e insuperable de que está amparado por una causal de justificación y, al propio tiempo, se le deduzca responsabilidad penal (que sería de naturaleza objetiva) a quien ejecute materialmente una conducta descrita en la ley como delito o contravención, ignorando su típica ilicitud por invencible desconocimiento de su existencia jurídica.

f) Porque el agente obra con la convicción errada e invencible de la licitud de su acción u omisión; lo que significa (como ya lo indicamos) que la creencia de que

²⁴ LONDOÑO BERRIO, HERNANDO, LEON, “EL ERROR EN LA MODERNA TEORIA DEL DELITO”
4° edición, Editorial Temis, Bogota, 1982, p. 37.

²⁵ *Idem*,

actúa *sucundum ius* sea plena y sincera y que el error de apreciación en que ha incurrido no era humanamente superable dadas sus *condiciones personales* y las circunstanciales en que realizó el hecho.

g) Porque la persona que incurre en esta clase de error no es penalmente responsable por falta de culpabilidad; en efecto, no se le puede reprochar su conducta a título de dolo porque falta en ella el conocimiento de la ilicitud de su acción u omisión, sin la cual aquel fenómeno no se estructura, como ya se explicó, ni tampoco le cabe reproche a título de culpa porque actuó con el deber de cuidado que le era social y jurídicamente exigible en el caso concreto.

Además porque algunas legislaciones de los Estados de la República Mexicana, en base a algunas de las consideraciones que se han anotado, atinadamente han legislado al respecto, estableciendo expresamente que la ignorancia de la ley por error invencible inhibe la culpabilidad del agente. Vale citar algunas de éstas, en las que ya se ha superado el tabú creado por el aforismo en comento, permitiéndonos realizarlo primeramente por jerarquía y posteriormente por orden alfabético.

CÓDIGO PENAL FEDERAL:

Causas de exclusión del delito:

ARTICULO 15.

El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o

el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

ARTICULO 29. (Causas de exclusión)

El delito se excluye cuando:

VIII (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA SUR.

Artículo 32

No hay delito cuando:

l).- Por error invencible, estime el sujeto activo que su conducta se realiza en supuestos o circunstancia que fundamenten una causa de licitud.

m).- Existe error invencible respecto de la ley penal o del alcance de ésta;

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE CHIAPAS:

ARTICULO 13:

El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice el hecho bajo un error invencible:

b). Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE CHIHUAHUA:

ARTICULO 24:

Son causas de exclusión del delito:

XI.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA:

ARTICULO 51.-

Causas excluyentes de delito por ausencia de culpabilidad.

La conducta es inculpable:

I.- Error de prohibición. Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición.

Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente con

relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible, o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUERRERO:

ARTICULO 22:

X.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE HIDALGO

ARTICULO 25:

No hay delito cuando:

X.- Se obre bajo error invencible, que no drive de culpa respecto a alguno de los elementos objetivos esenciales que integran la descripción legal, o por

error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita, porque crea que está amparada por una causa de justificación o porque por su extremo retraso cultural y aislamiento social desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta:

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS:

Causas excluyentes de incriminación:

ARTICULO 23.

Se excluye la incriminación penal cuando:

X.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

a).- Alguno de los elementos objetivos del hecho típico.

b).- La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque cree que está justificada su conducta;

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA

ARTÍCULO 14. El delito se excluye cuando:

Fracción VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA:

ARTICULO 26:

Son causas de exclusión del delito:

XI.- Realizar la acción o la omisión bajo un error invencible:

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE QUERÉTARO.

ARTICULO 25:

Son causas de inexistencia del delito:

XII.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta es lícita porque crea que está amparada por una

causa de justificación o porque desconozca la existencia de la Ley o el alcance de ésta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO:

ARTICULO 14:

La incriminación penal se excluye cuando.

X.- Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:

b).- La ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE QUINTANA ROO

ARTICULO 20:

No hay delito cuando:

X.- Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o, por error igualmente invencible, estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud, o cuando el hecho se realice por error invencible sobre la existencia de la ley o del alcance de ésta.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y
SOBERANO DE ZACATECAS:

ARTICULO 13:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

X.- Realizar la acción o la omisión bajo un error insuperable respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la tipificación legal, o que por error, igualmente insuperable, estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Asimismo se excluye la responsabilidad, cuando la acción o la omisión se realicen por error insuperable sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.

Por su parte nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando la eximente en comento ha dilucidado parte de su esencia, es decir, parte de su razón de ser, desde que se refirió al interpretar el artículo 59 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, creado mediante decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, en el que el error de prohibición directo se reglamento como atenuante, en los siguientes términos: *“solo opera en el caso muy especial de cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto”*. De ahí que las legislaciones citadas, retomen estas circunstancias como sustento del error de prohibición directo por desconocimiento de la norma incriminadora, para reglamentarla como una causa de inculpabilidad; un ejemplo palpable lo es la

Legislación Penal del Estado de Hidalgo que expresamente señala como causa de la ignorancia el aislamiento o el atraso cultural del inculpado. Más sin embargo hemos señalado que no son las únicas causas, pues aunada a éstas se encuentran: La explosión demográfica desmedida, las dificultades en la comunicación, la simultánea existencia de normas contradictorias o reiterativas que crean serias dudas sobre su vigencia y el creciente volumen de normas punitivas y su diversidad. ejemplo palpable de esta última lo encontramos en el Código Penal del Distrito Federal que no tipifica el delito de injurias y el Código del Estado de México si.

Ahora, debido a que es de elemental importancia el considerar a la ignorancia de la ley por error invencible en el agente, como modalidad del error de prohibición en el artículo 15, fracción IV, inciso b), apartado 2 del Código Penal del Estado de México, nos permitimos realizar algunas consideraciones en el apartado siguiente para que se adicione en la legislación punitiva en cita la modalidad expuesta.

6. INNOVACION A LA LEGISLACION PENAL

Si partimos de que el juicio de reproche en la culpabilidad se sustenta en el conocimiento que tiene el agente de la antijuridicidad de su conducta y que el error de prohibición genera en el sujeto una falsa apreciación de la realidad normativa por causas insuperables y que debido a esto, el legislador del Estado de México reglamentó como causa de inculpabilidad el error de subsunción y el de permisión, con mayor razón debe de reglamentar el error de prohibición directo, que como sabemos se presenta por desconocimiento de la norma incriminadora, debido a las razones siguientes:

a) El problema de analfabetismo no se ha erradicado en la población mexicana, debido a este atraso cultural, es factible que quien se encuentre en este supuesto, pudiese infringir la norma penal sin saber que su actuar está prohibido, en virtud del desconocimiento de la ley penal por esa causa insuperable.

b) La ignorancia de la ley, coloca al sujeto en una situación que no le permite conocer la licitud o ilicitud de su comportamiento, equiparándose a aquel ciego que camina por una calle, creyendo que es la correcta para llegar a su domicilio, siendo común en ambos casos, la falta de malicia en su actuar o de realizar una conducta prohibida u omitiendo una debida. Resulta pues que en los dos casos hay una causa insuperable que impide conocer la antijuridicidad del hecho.

c) La ignorancia que padece el agente propicia que conciba como lícito su actuar, cuando la realidad normativa indica lo contrario, sin embargo, atendiendo a su comportamiento interno debemos valorar si en realidad al sujeto se le debe reprochar su actuar, cabe preguntar ¿acaso habrá dolo?, para dar respuesta debemos tomar en cuenta las notas al capítulo segundo, referente a esta figura, teniendo presente sus dos elementos, el intelectual y volitivo, habrá dolo entonces, cuando el sujeto realice la conducta con conocimiento de los elementos del tipo penal, previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley. Para el causalismo normativista que concibe al dolo como elemento y forma de culpabilidad, no habría dolo, por que el agente a pesar de querer la actitud tomada no tiene conocimiento de la antijuridicidad de su comportamiento por desconocer por un error invencible la existencia de la norma incriminadora. Para los finalistas que ubicaron el dolo en el tipo penal, y a la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad como elementos de

la culpabilidad, habría dolo, pero su actuar no sería reprochable por desconocer la antijuridicidad de su comportamiento por un error invencible sobre la existencia de la norma incriminadora, dejando sin efecto la culpabilidad. Al respecto, el criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido en el sentido de que “ *ya sea que el error de prohibición directo deje sin efecto el dolo o la culpabilidad la conducta del agente no es reprochable cuando ha quedado plenamente demostrada.*”²⁶

En la teoría del error de prohibición se dan problemas de fondo, cuyo planteamiento y resolución trascienden probablemente a la ya tradicional disputa entre teorías del dolo y teorías de la culpabilidad que fueron expuestas en los capítulos precedentes. Sin duda dos de los problemas significativos son los relativos al sentido de los términos “conocimiento” y “antijuridicidad”, es decir a su extensión conceptual.

Dada la sistemática adoptada por el Código Penal del Estado de México para estructurar la culpabilidad, podríamos considerar que el error de prohibición directo dejaría sin efecto el dolo y como consecuencia la culpabilidad por el simple hecho de que el agente desconoce la existencia de la norma incriminadora por un error invencible, al concebir que su actitud querida se encuentra dentro del mundo del deber ser, ésto en virtud que el concepto de dolo proporcionado por el legislador en el artículo 8º, fracción I, comprende los dos elementos tanto el cognitivo como el volitivo.

²⁶ Vid. Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Séptima Época, volumen 139-144 segunda parte página 63.

La segunda razón que debemos considerar para saber si se debe reglamentar el error de prohibición directo, es la marginación por la dispersión geográfica. Sin duda en el Estado de México como en algunos otros Estados donde la legislación penal ya ha reglamentado el error de prohibición directo, existen comunidades mucho muy apartadas que debido al aislamiento en que se encuentran su forma de vida se ha diseñado de acuerdo a sus principios y valores que por generaciones se han heredado y que han sido el patrón de lo bueno y malo, siendo estos aspectos ético-sociales los que determinan el comportamiento del sujeto dentro de su medio social y dentro del mundo normativo. En este orden de ideas, es justamente aceptable que el conocer una disposición jurídica representa un serio problema para estos sujetos. Ciertamente es que existen algunos tipos penales que contienen normas dispositivas o prohibitivas que se refieren a supuestos evidentemente negativos o antijurídicos en los que los principios ético-sociales serían suficientes para matizar la conducta y en los que no se justificaría la inculpabilidad por desconocimiento de la ley incriminadora como lo son el homicidio, la violación o el robo; pero también es cierto que existen tipos penales en los que la conducta está diseñada de tal forma que para ser antijurídica requiere de una valoración normativa a la luz del bien jurídico tutelado, siendo la misma conducta en algún momento y lugar consideradas lícitas, de tal forma que para el sujeto sea una práctica cotidiana no reprimida por el Derecho. Un ejemplo palpable es el previsto en el artículo 228 del Código Penal del Estado de México, que se refiere a los delitos contra el ambiente cuya creación es relativamente reciente y que textualmente dice así:

ARTICULO 228. *“Al que intencionalmente en contravención a las disposiciones legales en materia*

de protección al ambiente o normas técnicas ambientales:

*1. El que derribe o **transplante un árbol en la vía pública** o afecte negativamente áreas verdes o jardineras públicas, dolosamente, sin autorización correspondiente" (sic).*

En el que además de su pésima redacción, tipifica como delictuosa la conducta consistente en trasplantar un árbol en la vía pública, haciéndonos reflexionar de manera inmediata para preguntarnos ¿cuántas personas que viven en lugares aislados con un analfabetismo producto de la marginación del Estado, no han realizado este tipo de conductas como algo cotidiano ignorando que existe una norma penal que la sancione? Y la otra pregunta obligada es ¿cuántos sujetos no han sido procesados y condenados injustamente por infringir la norma en comento ante la creencia de que su actuar no está reprimido por ser una práctica de antaño y por desconocimiento de la existencia de la ley penal que la sanciona? La respuesta es que, un sinnúmero de personas, principalmente las que pertenecen a alguna etnia, en la que esta clase de conductas pueden ser consideradas no nada más lícitas sino también en algunas ocasiones hasta benéficas a la comunidad, realizándose de manera reiterada sin saber que existe una norma penal que las prohíbe, desconociendo por tanto la antijuridicidad de su conducta por ignorancia de la ley, de tal forma que el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido, resultando injusto el reproche del Estado.

Íntima relación con la causa anterior la tiene el problema de la comunicación, y no nos referimos a los medios de comunicación, sino al conjunto de signos,

símbolos o palabras propias de un dialecto que utilizan algunos grupos indígenas existentes en el territorio nacional, obviamente incluyendo el Estado de México. Basta observar aquellos pordioseros que nos encontramos a diario en las calles, siendo muchos de éstos sujetos que no hablan el idioma español. Para preguntarnos ¿qué posibilidad han tenido de conocer las disposiciones del Código Penal ?, la respuesta tajante es que ninguna y no porque no lo quieran, sino por qué tienen un problema insuperable que es el aislamiento en que se encuentran, no por estar solos, sino aún estando rodeados de más personas que no pertenecen a su etnia estarían aislados por la enorme distancia que marca el lenguaje, que llámese dialecto o idioma diferente, no les permite conocer norma jurídica alguna para valorar si es lícito o no su comportamiento, de tal suerte que la buena fe con que se conducen sería suficiente para concluir que no existe antijuridicidad en el hecho, por ejemplo, sería tan lícito, en el caso de las mujeres pertenecientes a una etnia, amamantar al hijo en plena vía pública exponiendo los senos sin mayor censura, aunque para algunos ciudadanos pudiese resultar escandaloso e inclusive pudiese considerarse hasta delictuosa por adecuarse al tipo penal de ultrajes a la moral.

Es innegable el hecho de que en el territorio del Estado de México, existen bien establecidos algunos grupos indígenas que por su número son importantes, tal es el caso por ejemplo en el Municipio de Almoloya de Juárez, ubicado al este de la capital del Estado, que tiene una relieve montañosa: coníferas y ericáceas, en donde habitan grupos de indígenas que hablan el otomí y mazahua; en el mismo supuesto se encuentra el Municipio de Cocotitlan, en el que también existen grupos indígenas de habla mazahua y totonaco, no siendo los únicos, pues podemos agregar los

Municipios de San Felipe del Progreso, Jocotitlan e Ixtlahuaca donde encontramos grupos mazahuas.²⁷

Pues bien queda de manifiesto que la falta de comunicación también constituye un problema relevante que impide en algunos casos que personas que pertenecen a un grupo étnico o indígena tengan la posibilidad de conocer la norma incriminadora y de esta forma actuar conforme a ésta. De ahí que es necesario innovar en el Código Penal la modalidad del error de prohibición directo, adicionado al artículo 15, fracción IV, inciso b), apartado 2 el desconocimiento de la existencia de la ley; aclarando que no es nuestra intención abrir la puerta a indebidas impunidades, sino de que el juzgador conociendo la personalidad del infractor y las circunstancias en que éste se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita, pueda eximirlo de reproche, dando un trato diferente a los desiguales, y se tome conciencia de que el atraso económico y el aislamiento de aquellos grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional en donde con frecuencia se producen hechos ilícitos por ignorancia, sean víctimas, en casos extremos de una doble injusticia, la marginación y la represión legal.

²⁷ *Cfr.* Biblioteca de consulta Microsoft, Encarta, 2003.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por cuanto al concepto de culpabilidad, no se ha logrado unidad en la doctrina, en la jurisprudencia y tampoco en los Códigos. Sin embargo, se puede entender desde dos puntos de vista: como el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal, y también como un juicio valorativo sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere. Por tanto culpabilidad es igual a reprochabilidad.

SEGUNDA. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que el efecto de la llamada de atención de la norma le era asequible en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que era psíquicamente posible una alternativa de conducta conforme a Derecho.

TERCERA. El dolo como uno de los elementos de la culpabilidad puede ser definido, homologando las diferentes opiniones de los tratadistas de la siguiente forma: es la producción de 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 mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. De ahí que sus elementos generalmente aceptados por la doctrina son: el cognitivo y el volitivo.

CUARTA. No basta que el sujeto activo tenga conocimiento de todas las características de su conducta típica, sino que es necesario, además, para que exista dolo, que sea conciente de que con su comportamiento lesiona sin facultad legítima el interés jurídico penalmente tutelado, y por consiguiente, de que va a hacer algo indebido.

QUINTA. Mientras que para la corriente causalista la conciencia de la antijuridicidad es un requisito del dolo en su aspecto cognitivo, para el finalismo constituye un elemento de la culpabilidad.

SEXTA. El dolo se integra con el elemento volitivo, consistente en querer o aceptar el resultado. Este elemento tanto puede concurrir con un acontecer cierto, cuanto con un condicionado o eventual. Es así como ambos grupos de elementos (certidumbre, probabilidad o posibilidad, por una parte y querer o aceptar, por la otra) se combinan entre sí de distintas formas para fijar el límite más alto y el más bajo de la culpabilidad dolosa, y situar entre ellos las distintas formas de dolo.

SEPTIMA. El error es un estado intelectual en el cual un objeto del mundo real no es conocido tal como es, sino de una manera inexacta, en tanto que la ignorancia supone defecto cognoscitivo o absoluta falta de conocimiento; en tales condiciones la ignorancia tiene carácter negativo, mientras que el error presenta un *quid* de positivo en cuanto implica un cierto convencimiento.

OCTAVA. Tanto el error como la ignorancia pueden ser causas de inculpabilidad, si son insuperables y producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia o de oposición subjetiva con el Derecho.

NOVENA. El error de prohibición tiene su origen en la doctrina alemana, al reemplazar la clásica separación de error de hecho y de Derecho, por el de error de tipo y error de prohibición, aclarando que el error de tipo recae sobre las circunstancias de hecho que pertenecen a la figura delictiva, en tanto que el error de prohibición versa sobre las circunstancias que dan al hecho la condición de ilícito.

DECIMA. Independientemente de que en la exposición de motivos realizada por el legislador en el Código Penal para el Estado de México, en la reforma del mes de marzo del año dos mil, argumente que abandona el viejo principio de la culpabilidad de autor, adoptando la culpabilidad del acto o por el hecho, en el enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición, se requiere considerar la personalidad total del autor.

DECIMO PRIMERA. El error o la ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta se reglamenta por primera vez en la Legislación Penal Mexicana, en la reforma al Código Penal Federal de fecha treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, al crearse el artículo 59 bis. Considerándolo como una causa atenuante de la pena y no como eximente de responsabilidad.

DECIMO SEGUNDA. El error de tipo y de prohibición indirecto se reglamentan por primera vez en el Código Penal Federal en la reforma de fecha treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en el artículo 15 fracción XI, bajo el texto siguiente: realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

DECIMO TERCERA. El error invencible por desconocimiento de la norma incriminadora ya ha sido reglamentado como una excluyente de culpabilidad por dieciséis legislaciones mexicanas, al considerar que en ese supuesto el agente no tiene conciencia de la ilicitud del acto, debido al atraso cultural y aislamiento en que se encuentra, dejando sin efecto el dolo.

DECIMO CUARTA. Es necesaria la innovación en el apartado 2, del inciso b), de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, como una modalidad del error de prohibición, el desconocimiento de la ley penal, en virtud que en nuestra entidad también existen grupos de personas marginadas que merecen un trato especial, permitiendo de esta forma al juzgador atender a la personalidad del infractor y las circunstancias en que éste se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita y pueda eximirlo de reproche por el atraso cultural y el aislamiento que les han impedido incorporarse a la cultura media nacional, pues es en los grupos étnicos en donde con frecuencia se producen hechos ilícitos por ignorancia, siendo víctimas, en casos extremos de una doble injusticia, la marginación y la represión legal.

PROPUESTA

EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DICE ACTUALMENTE:

Artículo 15. Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III. Las causa permisivas, como:

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1. Que se trate de un delito perseguible por querrela;

2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y

3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro

bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

IV. Las causa de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal:

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c) Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho.

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

DEBE DECIR:

Artículo 15. Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III. Las causa permisivas, como:

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos.

1. Que se trate de un delito perseguible por querrela;
2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y
3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se

encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

IV. Las causa de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del

hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal:

2. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto **desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma**, o porque crea que está justificada su conducta.

c) Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho.

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

TABLA DE ABREVIATURAS

ADN		Ácido de desoxirribonucleico.
<i>Cfr.</i>	<i>Confere</i>	Confróntese.
D. F.		Distrito Federal.
<i>Ibidem.</i>	<i>Ibid.</i>	Aquí mismo, en la misma obra
<i>Idem.</i>		Lo mismo, el mismo autor, la misma obra y página.
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus citatus</i>	Obra citada.
p.		Página.
pp.		Páginas.
S. A.		Sociedad Anónima.
SCJN		Suprema Corte de Justicia de la Nación.
<i>sic.</i>		Cita textual.
ss.		Siguientes.
<i>Supra.</i>		Arriba o cita anterior.
<i>Vid.</i>		Véase.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- ALTAVILLA, Enrico. *La culpa*, traducción de José Ortega Torres, 1ª edición, Editorial Temis, Bogota 1961.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, parte general, 8ª edición, Editorial Temis, Bogota 1988.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *La culpabilidad en teoría general del hecho punible*. 2ª edición, Editorial Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975.
- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª edición, Editorial Astra, Buenos Aires, 1974.
- BETTIOL, Giuseppe. *Derecho penal parte general*, 4ª edición, Editorial Temis, Bogota, 1965.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Culpa y finalidad*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- BRUMANN, Jurgén. *Derecho penal conceptos fundamentales y sistemas*. 5ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del delito*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941.
- CARRARA Francesco. *Programa de derecho penal*, volumen I, 7ª edición, Editorial Temis, Bogota 1977.
- CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*, 3ª edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1977.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. 9ª edición, Editorial Nacional, México D.F. 1961.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. *El dolo*, 2ª edición, Editorial Porrúa S.A. México D.F. 2000.
- FERRI, Enrico. *Sociología criminal*, traducción de Antonio Soto Hernández, 1ª edición, Editorial Centro Editorial de Góngora, Madrid. 1945.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. *Elemento subjetivo del delito*. 1ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos calificados y causalidad*. 2ª edición, Editorial Rius, Madrid, 1966.
- GOLDESTEIN, Raúl. *La culpabilidad normativa*. 1ª edición, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1960.
- GONZÁLES DE LA VEGA, Francisco. *El código penal comentado*, 8ª edición, Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1987.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*, 1ª edición, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, 1ª edición, Editorial Bosch, Barcelona. 1984.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentarios al código penal*, volumen I, 2ª edición, Editorial Revista Forense, Río de Janeiro, 1958.
- ÍSLAS DE GONZÁLES MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. 4ª edición, Editorial Trillas, México D.F. 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal, la ley y el delito*, 3ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

- KAUFFAMAN, Armin. *Teoría de las normas*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 1ª edición, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1945.
- LONDOÑO BERRIO, Hernando León. *El error en la moderna teoría del delito*, 4ª edición, Editorial Temis, Bogota 1982.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del delito*, 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1997.
- LUZON DOMINGO, Manuel. *Tratado de la culpabilidad*, 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 1977.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal parte general*, volumen I, 2ª edición, Editorial Temis, Bogota 1954.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, 2ª edición, Editorial Ediar Editores, Buenos Aires, 1948.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *La estética de la teoría finalista*, revista de la facultad de derecho, tomo LXII 183-184, Mayo – Agosto, México D.F. 1992.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, traducción de Córdoba Roda Juan, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona 1962.
- MENDOZA TRONCONIS, José Rafael. *Curso de derecho penal venezolano parte general*, 2ª edición, Editorial empresa el cojo, Caracas, 1966. tomo II.
- MERKEL, Adolfo. *Derecho penal*, tomo I, 3ª edición, Editorial la España moderna, Madrid, 1980.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho penal parte general*, 3ª edición, Editorial Cárdenas Editores, México D.F. 1987.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 1966.
- MORENO, Moisés. *Principios rectores de derecho penal mexicano*, en criminalia, año LXIV número 3, septiembre- diciembre, Editorial Porrúa S.A, México D.F. 1998
- NUÑEZ C, Ricardo *Derecho penal Argentino parte general*, tomo II, 3ª edición, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1950,
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano*, 2ª edición, Editorial Porrúa S.A, México D. F. 1967.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Derecho penal de la culpa* 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
- RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*, tomo I y VI, 3ª edición, Editorial Temis, Bogota, 1975.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*, reimpresión de la 3ª edición, Editorial Temis, Bogota, 1991.
- ROBLES, Oswaldo. *Introducción a la psicología científica*, 2ª edición Editorial Porrúa S.A, México, 1948.
- ROMERO SOTO, Luis Enrique. *Derecho penal*, volumen II 3ª edición, Editorial Temis, Bogota , 1969.
- ROXIN, Claus. *La culpabilidad y la prevención en derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, 2ª edición, Editorial Reus. S. A., Madrid 1981.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Instituciones del derecho panal*, 1ª edición, Editorial Ángel editor, México, D. F, 2001.

- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo II, 2ª edición, Editorial Depalma Buenos Aires, 1960.
- TOZZINI, Carlos. *Dolo, error y eximentes putativas*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1964.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, traducción del doctor Cerezo Mir, 2ª edición, Editorial Ediciones Ariel, Barcelona 1960
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal parte general*, 2ª edición, Editorial Cárdenas Editor y distribuidor, México D. F, 1991.

LEGISLACIÓN

Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales, “Justina”, enciclopedia práctica jurídica, Legislaciones Federales, sistema de computo modular para consulta jurídica, disco 2, versión 1, 2004

Código Penal para el Distrito Federal, última edición, Editorial Sista, S.A., México, 2004.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, última edición, Editorial Sista S.A., México, 2004.

Códigos Penales para los Estados de la República Mexicana, “Justina”, enciclopedia práctica jurídica, Legislaciones Estatales, sistemas de computo modular para consulta jurídica, disco 3, versión 1, 2004.

OTRAS FUENTES

Jurisprudencias y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, junio 1917 - marzo 2003, 2 CD - Roms Ius 2003.

Criterios Editoriales para la presentación de originales al Departamento de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, elaborado por Raúl Márquez Romero. 1ª edición 1999, 1ª reimpresión: abril de 1999.

Biblioteca de consulta Microsoft Encarta, 2003.