



---

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL**

**“EL ERROR DE PROHIBICIÓN COMO ASPECTO  
NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD”.**

**TESINA.  
QUE PARA OBTENER GRADO DE:  
ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL**

**PRESENTA:  
LIC. HUGO BRISEÑO PRADO**

**TUTORA DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ.**



**CIUDAD UNIVERSITARIA.**

**MÉXICO, 2008**



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.

## AGRADECIMIENTOS

*A Dios y a mis padres por haberme dado la vida*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México por ser mi alma mater*

*A la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho por ser mi fuente de desarrollo académico*

*A la Dra. Verónica Román Quiroz por su gran apoyo en mi formación*

*A los profesores de la División de Estudio de Posgrado de la Facultad de Derecho por sus conocimientos transmitidos*

*A mis hermanos y amigos por su apoyo incondicional*

*A ti por ser fuente de inspiración*

**“EL ERROR DE PROHIBICIÓN COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA  
CULPABILIDAD”**

<b>Introducción.</b>	I
<b>CAPÍTULO UNO “LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD”.</b>	
1.1 La culpabilidad, definiciones doctrinaria, legal, concepto.	1
1.2 El juicio de reproche.	4
1.3 La culpabilidad en el sistema clásico.	7
1.3.1 Teoría psicológica.	8
1.3.2 Formas de culpabilidad.	9
1.3.2.1 Dolo.	10
1.3.2.2 Culpa.	11
1.3.2.3 La Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.	13
1.3.3 Aspectos negativos.	13
1.3.3.1 Error.	14
A) Error de hecho.	15
B) Error de derecho.	16
1.3.3.2 Coacción.	16
1.4 La Culpabilidad en el sistema neoclásico.	18
1.4.1 Teoría psicológico-normativa.	18
1.4.2 Elementos de la culpabilidad.	20
1.4.2.1 Imputabilidad.	21
1.4.2.2 Dolo.	22
1.4.2.3 Culpa.	24
1.4.2.4 Circunstancias normativas.	25
1.4.3 Aspectos negativos.	26
1.4.3.1 Inimputabilidad.	26
1.4.3.2 Error.	28
1.4.3.3 Coacción.	29

1.4.3.4	Inexigibilidad de otra conducta	31
1.5	La culpabilidad en la teoría de la acción final.	32
1.5.1	Teoría normativa pura.	33
1.5.2	Elementos de la culpabilidad.	34
1.5.2.1	Imputabilidad.	35
1.5.2.2	Conciencia de la antijuridicidad.	36
1.5.2.3	Exigibilidad de otra conducta.	38
1.5.3	Aspectos negativos.	39
1.5.3.1	Inimputabilidad.	39
1.5.3.2	Error de prohibición invencible.	41
1.5.3.3	No exigibilidad de otra conducta.	42
1.6	La culpabilidad en el sistema funcional.	48
1.6.1	El funcionalismo radical de Günther Jakobs.	50
1.6.2	El funcionalismo moderado de Claus Roxin.	53
1.7	El principio de culpabilidad.	56

## **CAPÍTULO SEGUNDO. “EL ERROR DE PROHIBICIÓN COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD”**

2.1	El error.	61
2.2	El error en la legislación mexicana.	63
2.3	Error de tipo y su distinción con el error de prohibición.	74
2.4	Error de prohibición.	78
2.5	Error de prohibición sobre la ley.	85
2.6	Error de prohibición sobre los alcances de la ley.	87
2.7	Error de prohibición sobre las causas de justificación.	88
2.8	Error de prohibición vencible.	93
2.9	Error de prohibición invencible.	95

2.10 Efectos del error de prohibición.	97
2.10.1 Efectos excluyentes.	98
2.10.2 Efectos atenuantes.	100
2.11 Actualidad del error de prohibición en el Derecho mexicano.	101
2.12 El error de prohibición en el ámbito de la procuración y administración de justicia.	104
<b>Conclusiones.</b>	<b>117</b>
<b>Fuentes de investigación.</b>	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN.

El tema del error causa una gran discusión en la dogmática penal, en virtud de que se le ha vinculado al dolo y su inclusión en las legislaciones se ha dado en distintos momentos dependiendo de las concepciones que se adoptan acerca de la ubicación sistemática de dolo, ya sea, en la culpabilidad bien en la tipicidad, esto atendiendo a las corrientes: Clásica, Neoclásica y Finalista.

En nuestro país, fue incluido el error como se encuentra actualmente en nuestros Códigos Penales: Federal y Local, como causa de exclusión del delito en el año de 1984, ya que con anterioridad se preveía el principio de “presunción de intencionalidad”, en el artículo 9° del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal, lo que no permitía la concepción del error como se encuentra actualmente en los Códigos Sustantivos, sino se establecía el error de hecho y error de derecho, por lo que a partir de esta fecha se contempla el error, en dos aspectos actuales: error de tipo y error de prohibición, estableciéndose si este es vencible o invencible, y sus efectos excluyente o atenuante de la culpabilidad y, por ende, de la pena.

En el presente ensayo nos ocuparemos del análisis del error de prohibición, como aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad, que es elemento o componente de la culpabilidad, por lo que su ubicación sistemática, es justamente en este elemento, referiremos la concepción de la culpabilidad en los sistemas: Clásico con la Teoría Psicológica, Neoclásico con la Teoría Psicológico-Normativa, Finalista con la Teoría Normativa Pura, sus formas, elementos o componentes, para abordar el tema del error *in genere*, el error en materia penal y sus clases, posteriormente su regulación en la legislación positiva mexicana y como punto

culminante de la presente exposición el error de prohibición, su concepción doctrinaria, legal y nuestra concepción, las clases de error de prohibición, para abocarnos al análisis de sus efectos excluyentes o atenuantes de la culpabilidad y la pena, su ubicación sistemática como aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad (elemento de la culpabilidad) y la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal, resaltando sus aspectos más importantes.

Cuyo análisis nos permite desentrañar que la figura del error de prohibición, es poco invocada en el ámbito de la procuración y administración de justicia, no obstante de que en nuestra consideración debería ser recurrida en más supuestos, que se traducirían en la procuración y administración pronta y expedita de la justicia.

Por lo que la mejor preparación de los abogados y litigantes y la mejor capacitación de Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados, conllevaría la aplicación de esta causa de exclusión del delito en beneficio del gobernado.



## CAPÍTULO UNO “LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD”.

### 1.1 La culpabilidad, definiciones doctrinaria, legal, concepto.

Existe consenso en la dogmática penal al considerar que los elementos que integran al delito son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dependiendo de la corriente de pensamiento que adoptemos, es decir: sistema clásico, neoclásico, de la acción final y funcionalista<sup>1</sup> le daremos un contenido diferente a los niveles del delito; y por ende, han surgido diversas concepciones en torno a la culpabilidad.

Cabe referir que, dentro de este contexto, el nivel del delito que mas variación ha tenido en cuanto a sus componentes es la culpabilidad, como recordaremos a través del desarrollo de la teoría del delito se han considerado las siguientes posturas relativas a la culpabilidad que le han dado contenido: la teoría psicológica del sistema clásico, psicológico-normativa del sistema neo-clásico y normativa pura propia del sistema finalista, sin olvidar la concepción que le ha dado el sistema funcionalista.

Puntualizado lo anterior, nos permitiremos señalar las concepciones acerca del concepto de culpabilidad.

Franz von Liszt señala: “culpabilidad, en el sentido mas amplio, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la conciencia ilícita (*Unrechtsfolge*) que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade lo que recae sobre el autor”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El moderno Derecho penal se ha desarrollado con los postulados del sistema causalista, de la acción final y funcionalista, así es que la evolución del Derecho penal se ha nutrido de los postulados que en cada una de estas corrientes se desarrollaron.

<sup>2</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial REUS (S.A.), décimo octava edición alemana traducida, España, 1926, p. 375.

Ernest von Beling por su parte señala “el juicio de que alguien ha actuado *“culpablemente”*, expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o “subjetiva”) de la acción: en la subjetividad del autor no ha examinado como debería haberlo hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es “reprochable” su acción. Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de culpa”.<sup>3</sup>

Dichas ideas se ven colmadas de los postulados de la escuela clásica y reflejan claramente la identidad de estos autores. Fue el punto de partida en la evolución del pensamiento penal moderno y constituyen un importante antecedente para la mejor comprensión del concepto de culpabilidad.

Con posterioridad Edmundo Mezger en su obra *Derecho Penal, Parte General*, estableció: “La culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por un hecho punible cometido”.<sup>4</sup>

Por su parte Hans Welzel, precursor de la teoría de la acción final señala: “La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad substancial entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica, aun cuando podía omitirla. La conducta de autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de la voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la

---

<sup>3</sup> BELING, Ernest von, *La doctrina del delito-tipo, en esquema de derecho penal*, traducido por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Argentina, 1944, p. 30

<sup>4</sup> MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor; segunda edición, México, 1990, p. 189.

culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se reprocha al autor la conducta antijurídica”.<sup>5</sup>

En nuestro país, el Maestro Gustavo Malo Camacho influido por los postulados de la teoría de la acción final señala: “La culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica”.<sup>6</sup>

El Profesor Günther Jakobs a su vez señala: “El autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante –por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y ese déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, es un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad se denominara en lo sucesivo como falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho”.<sup>7</sup>

Dicha concepción refleja el pensamiento de Jakobs y sus ideas que se tradujeron en los postulados del sistema funcional radical, que se abordara mas adelante.

El Profesor Claus Roxin que desarrolla también los postulados del sistema funcionalista, en su vertiente moderada acota: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le puede alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible

---

<sup>5</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducida por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición castellana, Chile, 1993, p. 166.

<sup>6</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, quinta edición, México, 2003, p. 521.

<sup>7</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, traducción Joaquín Cuello Contreras y otro, Editorial Marcial Pons, segunda edición, España, 1997, p. 566.

una alternativa de conducta conforme a derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo. Parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad”.<sup>8</sup>

En nuestro país, el Dr. Enrique Díaz Aranda siguiendo los postulados de Roxin señala que la culpabilidad “consiste en el juicio sobre el autor mediante el cual se determina si se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido en el orden jurídico”.<sup>9</sup>

En nuestro concepto y tomando en cuenta las opiniones más destacadas de cada corriente de pensamiento, podemos señalar que la culpabilidad debe ser entendida “como aquel “juicio de reproche” que se formula a quien ha cometido un injusto penal, en virtud de que su actuar contraviene lo establecido en la norma penal, no obstante de haber podido actuar de una manera diferente, con lo que su conducta se encontraría acorde a derecho”.

## **1.2 El juicio de reproche.**

La culpabilidad ha sido entendida como “juicio de reproche”, a través de las diversas corrientes de pensamiento, es decir, el sistema clásico, neoclásico y final de la acción, no así en la corriente funcionalista en donde se le entiende como responsabilidad propiamente.

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros, editorial Civitas, segunda edición alemana, España, 1997, p. 794.

<sup>9</sup> DIAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Porrúa, segunda edición, México, 2004, p. 359.

Gustavo Malo Camacho citando a Zaffaroni señala “Reproche es reprobación. A reserva de explicar y precisar conceptos, cabe señalar como expresa Zaffaroni, el sentido del reproche de culpabilidad, es la idea siguiente: ¿Qué se reprocha? El injusto. ¿Por qué se le reprocha?, porque la persona no se motivó en la norma, habiéndolo podido hacer”.<sup>10</sup>

En este sentido, además de acreditarse que se ha cometido un injusto penal<sup>11</sup>, al autor de dicha conducta se le formula un “juicio de reproche” para acreditar la culpabilidad de dicho sujeto.

Tal concepción ha variado con la evolución de la teoría del delito y a dicho juicio no siempre se le ha distinguido de la misma manera, por ejemplo Franz von Liszt lo denominó “juicio de culpabilidad”.<sup>12</sup>

Por su parte Beling<sup>13</sup> lo denominó “juicio de valor”, no utilizó el vocablo “reproche” sino el de “valor”.

Mezger entendió a la culpabilidad como “reproche personal”, equiparando dicha expresión a “reprochabilidad”.<sup>14</sup>

Welzel en su concepción de la teoría de la acción final al referirse al reproche señala: “culpabilidad es la reprochabilidad de un hecho antijurídico individual (o de la parte de conducta de vida antijurídica). Lo que se reprocha es la resolución de

---

<sup>10</sup> MALO CAMACHO, *op. cit.*, p. 521

<sup>11</sup> El injusto penal se entiende como aquella conducta típica y antijurídica, así es que a nivel de culpabilidad solo faltará el reproche al autor de un delito.

<sup>12</sup> Liszt no utilizó aún la palabra reproche, sin embargo, hace alusión a que además de la desaprobación jurídica del acto cometido, se añade la desaprobación que recae sobre el propio autor.

<sup>13</sup> Beling consideró que la culpabilidad implica un juicio valorativo sobre la fase interna-espiritual o subjetiva, es decir, el sujeto no se ha conducido conforme a las exigencias del orden jurídico lo que motiva que dicha deficiencia le sea reprochable.

<sup>14</sup> Mezger distingue además que la imputación, considerada en sí, es la culpabilidad formal y el reproche en cuanto al contenido es la culpabilidad material.

voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida)".<sup>15</sup>

El connotado maestro alemán considera a la culpabilidad como "reprochabilidad", es decir, se le reprocha al autor de un hecho antijurídico, agregando su sentido finalista al hacer alusión a la resolución de la voluntad.

La concepción de la culpabilidad como "juicio de culpabilidad", "juicio de valor", "reproche personal", "reprochabilidad" o en nuestra opinión como "juicio de reproche", con el surgimiento del sistema funcionalista ha variado, por ejemplo Jakobs la denomina responsabilidad por un déficit de motivación jurídica o falta de fidelidad al Derecho o infidelidad al Derecho.

Por su parte Claus Roxin señala que la culpabilidad es uno de los elementos de la responsabilidad jurídico penal, añadiendo que esta responsabilidad depende de dos datos: la culpabilidad y la necesidad preventiva de la sanción penal, ya que a su parecer ésta última estuvo desatendida científicamente y no se le dio la autonomía que considera le corresponde ya que se encuentra en el mismo rango, y anteriormente solo se denominó como la categoría del delito que sigue del injusto penal.

Así podemos distinguir que la culpabilidad entendida como "juicio de reproche" se inició con el sistema clásico, evolucionando con el sistema neoclásico y su punto culminante se dio en el sistema de la acción final, adquiriendo otra connotación en la corriente funcionalista, donde es entendida como responsabilidad penal, o como elemento de la responsabilidad jurídico penal.

---

<sup>15</sup> WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, traducción y nota por José Cerezo Mir, Editorial Julio Cesar Faria - Editor, Reimpresión de la primera edición en castellano, Argentina, 2001, p. 155.

### 1.3 La culpabilidad en el sistema clásico.

Solo a partir del sistema clásico podemos hablar de la moderna teoría del delito, ya que en la época medieval se apreciaba un sistema penal deshumanizado, caracterizado por penas y castigos crueles, no importaba el hombre y por ende no se establecían límites a la potestad estatal, no se garantizaban los derechos del hombre.

El surgimiento de este sistema se da en la segunda mitad del siglo XIX, con clara influencia del movimiento del iluminismo y la ilustración, y tiene como idea preponderante que todos los elementos objetivos del delito se encuentran en el injusto penal y los elementos subjetivos en la culpabilidad.

Dicho sistema se desarrolla a la par del surgimiento del moderno estado de derecho, se ve aseQUIblemente nutrido por los postulados de la corriente iusnaturalista<sup>16</sup>, que tiene su fundamento en la naturaleza humana, esto en contraposición a los abusos de la época feudal.

Existe además gran influencia de los avances científicos en las ciencias naturales que se dan en esta época, por pensadores como Darwin, Spencer, Freud, los juristas quieren aplicar los métodos de las ciencias naturales a la ciencia jurídica.

Se establece la necesidad de que el Estado dé origen a la ley penal, estableciendo lo que se prohíbe y se ordena a los individuos, así como las consecuencias jurídicas de quien no observe la ley, para de este modo establecer la conducta y la sanción, lo que se vio reflejado en la fórmula *nullum crimen sine poena sine lege*, acotada por Feurberbach.

---

<sup>16</sup> La corriente iusnaturalista se caracteriza por considerar al hombre libre e independiente por el solo hecho de ser hombre, como un fin en sí mismo, que originariamente no vivía en sociedad, sin embargo hace un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad.

“Caracteriza a las posiciones *iusnaturalistas* el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido”.<sup>17</sup>

Esta corriente se puede considerar el inicio de la elaboración de un sistema de Derecho Penal y por ende de la dogmática penal, desarrollándose sobre la base del pensamiento de Franz von Liszt y Ernest von Beling, trascendiendo sus postulados hasta aproximadamente inicios del siglo XX.

Dentro de esta corriente de pensamiento surge la teoría psicológica de la culpabilidad, que tiene su base en la corriente de pensamiento *iusnaturalista*, por ende, se ve nutrida de sus ideales.

### **1.3.1 Teoría psicológica.**

En esta teoría se separa el aspecto externo que se concretiza en el injusto penal, es decir, la acción típica y antijurídica y el aspecto interno que corresponde a la culpabilidad, por lo que se estudian en estos dos niveles los elementos objetivos y subjetivos del delito.

Los elementos objetivos forman parte del injusto penal y lo subjetivo a su vez pertenece a la culpabilidad.

En este tenor se entiende a la culpabilidad como la relación psicológica entre el autor y el hecho.

---

<sup>17</sup> GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, Editorial Fontana, cuarta edición, México, 1999, p. 131.



Como formas de comisión se consideran al dolo y a la culpa, y se resaltan como formas, no como elementos o componentes de la culpabilidad, prescindiendo en este concepto de todo elemento normativo o valorativo.

Como precursor se tiene a Franz von Liszt quien establece las bases del sistema clásico del delito, empleando un método de interpretación lógico-jurídico, influenciado por las ciencias naturales.

Por su parte Ernest von Beling consideró al delito como un acto humano contrario a derecho, además de culpable, agregando en el año de 1906 el elemento tipicidad al desarrollar la función del tipo penal<sup>18</sup>, por lo que el delito quedo conformado por los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Fueron seguidores de dicha teoría Binding, Radbruch, Frank y su influencia llegó hasta nuestro país donde se adoptaron sus postulados, trascendiendo sus ideales, los cuales fueron desarrollados por los maestros mexicanos: Don Fernando Castellanos Tena, Don Celestino Porte Petit y Don Francisco Pavón Vasconcelos.

### **1.3.2 Formas de culpabilidad.**

Bajo el esquema de esta teoría aún no se habla de elementos que conforman a la culpabilidad, en virtud de que dicho nivel del delito fue entendido en una concepción plenamente genérica.

En tal tesitura se habla de formas de culpabilidad o grados de culpabilidad como lo establece Beling, por lo que en la especie se reconocen solo al dolo y a la culpa,

---

<sup>18</sup> Se considera a Beling el precursor del desarrollo de la función del tipo penal en su majestuosa obra “La doctrina del delito-tipo”.

como dichas formas de culpabilidad, ya que como se ha señalado se prescinde en su concepción de todo elemento normativo o valorativo.

Para acreditar la culpabilidad de una persona se debía establecer cómo había sido la relación psíquica entre dicho autor y el hecho cometido, por lo que si existía identidad entre lo deseado y el resultado producido se daba una relación psíquica de modo perfecto, la culpabilidad era dolosa; en cambio, si dicha relación era imperfecta, es decir: El autor previó un resultado típico confiando en que no se produciría o no lo previó siendo previsible, se hablaba de la culpabilidad culposa.

Asimismo, a la imputabilidad sólo se le consideró como un presupuesto de la culpabilidad dolosa o culposa y no como elemento de la culpabilidad.

### **1.3.2.1 Dolo.**

El dolo es la forma más común de comisión de los delitos y fue considerado como la especie perfecta de la culpabilidad, en tal virtud un sujeto actuaba dolosamente, si a pesar del conocimiento del significado ilícito de su acto quiere el resultado.<sup>19</sup>

En este sentido el dolo fue considerado por Liszt como “el conocimiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley”.<sup>20</sup>

Se establecen como elementos del dolo:

---

<sup>19</sup> En esta etapa solo se contemplaba el dolo directo, razón por lo que no se pudo dar solución a los problemas relacionados con el dolo eventual cuyos elementos son la previsión y aceptación, que se resuelven con la aparición de la teoría de la previsión.

<sup>20</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal, op.cit.*, p. 397.

- a) La representación del acto, y
- b) El querer el resultado.

En este contexto, es más reprobable la conducta cuando se reúnen estos elementos y el sujeto realiza el hecho, por lo que su grado de culpabilidad es mayor.

“Acercas de esto es necesario distinguir:

- a) El dolo se da incondicionalmente, cuando el autor tiene por segura la producción del resultado (DOLO DIRECTO);
- b) y se da incondicionalmente cuando el autor solo lo tiene como posible (DOLO EVENTUAL); es decir bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: -el resultado no se sobrevendrá-”.<sup>21</sup>

### **1.3.2.2 Culpa.**

La culpa, como se señaló anteriormente, fue considerada como la forma imperfecta de la culpabilidad y se presentaba en el menor de los casos.

En esta tesitura y en contraposición al dolo, el nexo psicológico entre el autor y el hecho cometido consistía justamente en la previsibilidad del resultado.

---

<sup>21</sup> BELING, Ernest von, *La doctrina del delito-tipo, en esquema de derecho penal, op. cit.*, pp. 400-401.

Éste es justamente el fundamento para que se sostenga la existencia del nexo psicológico en los delitos culposos, que se traducía en un nexo imperfecto; razón por la cual suponía una culpabilidad menos grave.

En esta guisa la culpa consciente o previsible no presentó ningún problema, sin embargo la culpa imprevisible o inconsciente sí presentaba gran dificultad en este sistema; ya que se estableció que lo que hacía sancionable a la culpa era justamente la previsibilidad del resultado, luego en el caso de la culpa sin representación o imprevisible, cómo se justificaba la sanción a falta de este elemento.

Éste fue precisamente uno de los desafíos a los que se enfrentó el sistema clásico y que trataron de ser subsanados por el sistema neoclásico.

En este sentido se pronunció el Dr. Enrique Díaz Aranda en su libro “Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México”, quien citando a Graf zu Dohna señala: “Fue la culpa inconsciente, donde fracaso rotundamente el concepto psicológico de culpabilidad al no encontrar cuál era en ésta el nexo psicológico entre el autor y el resultado. En efecto la culpa inconsciente se caracterizaba por la falta de previsibilidad de un posible resultado típico por consiguiente, sin la existencia del nexo psicológico y su hecho no había forma de sustentar la culpabilidad. He ahí uno de los principales fracasos del sistema”.<sup>22</sup>

Esto motivo la búsqueda de soluciones con personajes como Mezger que dieron la pauta a la aparición de la teoría psicológico-normativa de la culpabilidad que se analizará con posterioridad.

---

<sup>22</sup> DIAZ-ARANDA, Enrique, *El Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, quinta edición, México, 2004, p. 18.

### **1.3.2.3 La Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.**

Como se refirió con antelación para esta corriente la imputabilidad es considerada solo un presupuesto de la culpabilidad y no elemento propiamente dicho.

La imputabilidad o capacidad de ser culpable como lo refiere von Belling en su obra "La doctrina del delito-tipo, en esquema de derecho penal" fue colocada posterior a la antijuridicidad y previo a la culpabilidad, aunque como se señaló no como elemento del delito.

Por lo que si se carecía de ésta, no repercutía en los tres primeros elementos del delito; pero por ser necesario su estudio previo a la culpabilidad, sí tenía que verificarse su existencia para poder realizar el estudio de las formas de culpabilidad.

De esta forma tampoco era considerado un elemento positivo o negativo de la culpabilidad, lo que motivó a Liszt a considerarla como la capacidad de conducirse socialmente.

Se consideraba que ésta constituía un presupuesto de índole empírico valorativo y la culpabilidad era únicamente psicológica. No podía considerarse como parte integrante, razón por la cual se abordaba previo al estudio de las formas de la culpabilidad.

### **1.3.3 Aspectos negativos.**

Como todo elemento del delito, los componentes de la culpabilidad también tienen su aspecto negativo, en este sentido, para los pensadores de esta corriente solamente el error *in genere* y la coacción, son aspectos negativos.

Como se aprecia dichos elementos estaban íntimamente ligados con el dolo y la culpa, como formas de la culpabilidad, por lo que no revistió importancia el estudio de figuras relativas a las causas de exculpación, como el caso del estado de necesidad exculpante y el miedo grave<sup>23</sup> que se tradujeron en los problemas que no pudo resolver este sistema y que sí fueron resueltos más adelante.

### **1.3.3.1 Error.**

En virtud de que la culpabilidad tenía como formas al dolo y a la culpa, los aspectos negativos se contraponían solo a estos dos elementos.

Por lo que el error fue considerado el aspecto negativo del dolo, lo que repercutió hasta nuestros días ya que se le sigue vinculando a éste.

En este sentido Franz von Liszt consideró que: “Como el dolo es el conocimiento de todos los elementos esenciales del hecho, queda excluido por el ERROR DE SUBSUNCIÓN, es decir, por la no admisión errónea de un elemento esencial del hecho (o de una causa de agravación de la pena). No hay robo doloso cuando el autor no conocía la cualidad de ser ajena la cosa; no hay parricidio (Aszendententotschlig), cuando no conocía la cualidad de ser víctima su ascendiente”.<sup>24</sup>

Como se aprecia no se distinguió al error como actualmente lo hacemos, es decir, como error de tipo que excluye o atenúa la tipicidad y error de prohibición que excluye o atenúa la culpabilidad, sino como error de hecho y error de derecho.

---

<sup>23</sup> El estado de necesidad exculpante y el miedo grave requieren un aspecto normativo que precisamente disculpe su uso, tal como la exigibilidad de otra conducta.

<sup>24</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal, op.cit.*, p. 405.

Lo que continuó vigente en nuestro país hasta las reformas que se suscitaron en el año 1984 y que se perfeccionaron en 1994, por ende debemos referirnos primeramente al error de hecho.

### **A) Error de hecho.**

Esta fue la primera forma de error que se concibió en el ámbito del derecho penal y a la que se le dieron cierto tipo de efectos, ya que anteriormente a ninguna de éstas se le atribuía relevancia.

Este tipo de error se encuentra supeditado a que el sujeto activo tenga conocimiento de los hechos, no obstante de que con posterioridad se amplió además al conocimiento de los elementos fácticos del delito.

Asimismo se estableció que dependiendo de la trascendencia del error, es decir, si este era esencial o no esencial para el conocimiento del hecho delictivo y en su caso, sí este fuera vencible o invencible, se le darán efectos diversos.

En este sentido, solo el error esencial <sup>25</sup> tenía relevancia para el derecho penal y requería que el sujeto en caso de haber previsto el desenlace de los hechos, no hubiera realizado la conducta delictiva. Razón por la que excluía el dolo.

Por lo que se consideró como error accidental justamente cuando a pesar de que se hubiera previsto el acontecimiento de los hechos, se realizaba la conducta. Razón por la que a este tipo de error no se le daba ningún tipo de efecto.

---

<sup>25</sup> Liszt señala que se actualiza el error esencial si el autor se hubiera abstenido de cometer el acto, si hubiera previsto el curso efectivo de los hechos.

Estas consideraciones evolucionaron y se tradujeron con posterioridad en los postulados relativos al error vencible e invencible que se analizará más adelante.

## **B) Error de derecho.**

Como se destacó cualquier forma de error siempre había sido vinculada al dolo, no obstante en esta etapa aún no se consideraba a la conciencia de la ilegalidad como elemento integrante de éste.

Es aquí donde surge el error que tiene que ver con la creencia errónea de que lo que se estaba haciendo era apegado a derecho, este tipo de error fue llamado *error juris* o error de derecho, el cual consideró que sí dejaba subsistente el dolo.

Beling en su referida obra “La doctrina del delito-tipo, en esquema de derecho penal”, destacó que este tipo de error no correspondía al delito-tipo, ya que no resultaba típicamente relevante; y en caso de actualizarse, se daba en su concepción puramente objetiva.

### **1.3.3.2 Coacción**

Otro de los aspectos negativos de la culpabilidad lo constituía la coacción, hipótesis en la cual la voluntad del sujeto se encuentra constreñida por una causa ajena a él, es decir, existe un impulso externo de tipo psicológico que afecta la voluntad.



Por lo que se traduce en una amenaza o peligro latente sobre bienes propios o de algún familiar, sin embargo debe destacarse que el sujeto tiene que agotar todas las posibilidades a su alcance antes de adoptar este comportamiento.

Este concepto fue manejado con mayor precisión en el sistema neoclásico debido a las aportaciones de Frank.

Para que se actualice este elemento negativo del delito, es necesario que concurren las circunstancias a que hemos hecho referencia.

### **DECLIVE DE LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.**

Debe destacarse ahora que los postulados que se han desarrollado a su vez también enfrentaron problemas, lo que condujo al declive del mismo y dio lugar a la aparición de otra corriente de pensamiento, que básicamente se constriñen a:

- La culpa inconsciente, ya que no justificó el nexo psicológico entre el autor y el resultado.
  
- Las causas de exculpación, ya que no contemplo que la culpabilidad debía quedar excluida al actualizarse supuestos como el miedo grave y el estado de necesidad exculpante. Toda vez que partió sólo de bases psicológicas y no normativas.

## **1.4 La Culpabilidad en el sistema neoclásico.**

Debido a las fallas que presentaba el sistema clásico, que como recordaremos tenía como principal postulado que los elementos objetivos se encontraban inmersos en el injusto penal y los elementos subjetivos en la culpabilidad; surge en contraposición al mismo, aproximadamente en la segunda década del siglo XX, con las aportaciones de pensadores como Edmundo Mezger una nueva corriente de pensamiento conocido con posterioridad como sistema neoclásico.

Se señaló que no todos los elementos objetivos se encontraban inmersos en el injusto penal y de igual manera tampoco todos los elementos subjetivos se encontraban en la culpabilidad.

Además se dijo que algunas figuras delictivas contenían elementos subjetivos en el injusto penal, como en el caso del delito de robo que requiere de un elemento interno necesario, que se traduce en el ánimo de desapoderamiento, o como actualmente se ha incorporado en el Código Penal vigente para el Distrito Federal “ Al que con ánimo de dominio...”.

Algunos tratadistas seguidores de esta postura señalaron que la culpabilidad en situaciones como el estado de necesidad depende de circunstancias objetivas; en el mismo sentido, en relación a la culpa inconsciente, que entonces era concebida como forma de culpabilidad, señalaron que se encontraba en duda que en esta figura se pueda encontrar el elemento volitivo.

### **1.4.1 Teoría psicológico-normativa.**

Dentro de esta corriente de pensamiento en relación a la culpabilidad se desarrolló la teoría psicológica-normativa propia del Sistema Neoclásico, también llamado

“Neokantiano” o de la “Filosofía de los Valores”, que surge aproximadamente en el año 1907, y que postula “que la causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el sistema Neoclásico radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos... Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos de lo injusto”.<sup>26</sup>

Se consideró que el concepto normativo de la culpabilidad no respondía a los fines y valores del derecho, por lo que debía ser cambiado, ya que los elementos del delito deben ser considerados como juicios de valoración. Apareciendo en esa época el llamado “juicio de tipicidad”.

Se dijo que la culpabilidad al ser un elemento del delito, constituía un juicio de valoración, por lo que debía ser entendida como un “juicio de reproche” que se hace al autor de un hecho antijurídico.

Se hizo especial énfasis en que la libertad del ser humano es el fundamento de la culpabilidad, ya que su actuar debe ser conforme a la norma y no contrariando ésta.

En este sentido el Profesor alemán Edmund Mezger, en su obra Derecho Penal Parte General, para hacer alusión al tema de la libertad del ser humano citando a RITTLER señaló: “la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en la cabeza de los otros”.

Lo que resulta demasiado ilustrativo ya que se aprecia que ahora la culpabilidad no dependía del sujeto que cometía la conducta delictiva; es decir, no estaba

---

<sup>26</sup> ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Editorial Porrúa, segunda edición, México, 2007, p. 68.

relacionada con el *libre albedrío*, como en el caso del sistema clásico, por lo que se consideró a esta postura como indeterminada, en virtud de que no se ha comprobado aún que el hombre sea el producto de su libre manifestación de voluntad.

Se dice también que la voluntad humana no puede ser demostrada por los métodos de las ciencias naturales, como lo señalaba el sistema clásico, en cambio, se postula que la voluntad del hombre está determinada por una serie de influencias de tipo exógenas y endógenas.

Es aquí donde surgen las ideas de Lombroso, Ferri y Garófalo, quienes determinaron que había factores internos que influenciaban al hombre.

Por lo que Cesar Lombroso analizó el cerebro humano, en tanto Ferri y Garófalo realizaron el estudio de los factores externos.

Se resalta que con los postulados desarrollados se pugna por un Derecho penal de autor, razón que nos lleva a considerar que en esta época importa el Estado, por lo que éste se encuentra por encima del hombre

#### **1.4.2 Elementos de la culpabilidad.**

Con el desarrollo de esta teoría el dolo y la culpa se consideran ya elementos de la culpabilidad y no formas de ésta, como se había manejado en la teoría psicológica, y se agregan otros para quedar constituida por: La imputabilidad; el dolo o la culpa; y la exigibilidad de otra conducta, que se agregó como elemento normativo, por lo que se le conceptualizó como una teoría mixta de ahí el nombre de teoría psicológico-normativa.

Los principales seguidores de esta postura son: Reinhard Frank, Edmund Mezger, Freudenthal y Max Ernst Mayer, en nuestro país los maestros Francisco González de la Vega, Ricardo Franco Guzmán, Ignacio Villalobos y Sergio García Ramírez.

#### **1.4.2.1 Imputabilidad.**

Como se señaló con anterioridad la imputabilidad fue entendida con anterioridad como un presupuesto de la culpabilidad, mientras que ahora se le consideró como un requisito para la formulación del juicio de reproche.

En este sentido Mezger señaló: “Imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esa capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad “normal”. De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la inimputabilidad”.<sup>27</sup>

Entonces si una persona es mayor de edad, se deduce que es adulta y por ende capaz de cometer hechos delictivos, los cuales se encuentran sancionados o conminados con pena; sin embargo a pesar de esta mayoría de edad, existen otras situaciones concretas por las cuales a una persona se puede considerar como inimputable.

En contraposición con los postulados del sistema clásico la imputabilidad no es entendida como la capacidad de actuar, ya que una persona inimputable puede aún tener capacidad de acción e inclusive estar obligada jurídicamente.

---

<sup>27</sup> MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 201.

Además la imputabilidad tampoco significa capacidad de pena, ya que esto pertenece a la teoría del delito y no a la teoría de la pena, por lo que la debemos considerar a ésta como “capacidad de culpabilidad”, por lo que su estudio se da dentro de la teoría del hecho punible.

#### **1.4.2.2 Dolo.**

Como se refirió el principal exponente de esta corriente fue Edmund Mezger, quien siguió considerando al dolo como una de las formas de imputación o graduación de la culpabilidad, apreciación desde nuestro punto de vista desacertada. Así, en este sistema el dolo y la culpa seguían siendo los pilares de la culpabilidad, no obstante de la incorporación de matices normativos.

Por esta razón el dolo debe ser considerado como uno de los elementos de la culpabilidad, en virtud de que incluye un reproche de carácter normativo, adquiriendo la culpabilidad una dualidad que caracterizó a esta postura, psicológico-normativa; por lo que al darse dicho carácter, se convierte ahora en un elemento y deja de ser el único fundamento de la culpabilidad.

Por esta razón se le consideró la forma más grave o básica de la culpabilidad, denominándose *dolus malus*.

Se determinó que “El dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad. El “dolo” consiste, en consecuencia en circunstancias de hecho determinadas, no es, de por sí, un concepto valorativo”.<sup>28</sup>

El dolo consta de dos elementos:

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 226.

- a) El conocimiento y,
- b) La voluntad.

Sobre el conocimiento debemos de referir que ha sido objeto de diversas posturas y se relaciona siempre con su forma negativa, es decir, con el error (que será objeto de estudio en el siguiente capítulo).

En general, se debe de saber qué es o qué se debe conocer para que un hecho sea considerado cometido dolosamente.

Respecto de la voluntad debemos señalar que además del conocimiento se requiere que el autor actúe con voluntad del hecho, es decir, nos adherimos a las palabras de Edmund Mezger “Si queremos determinar más concretamente su esencia, debemos hallar una contestación a la siguiente pregunta: ¿qué es lo querido por el autor de un hecho?...”.

1.- Querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción. Este criterio constituye el punto de arranque y circunscribe el dolo inmediato o “*dolus directo*” de primer grado (II).

2.- Querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho. Se habla, en este caso, de dolo indirecto o “*dolus directus*” de segundo grado (III).

3.- Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o “*dolus eventualis*” del autor (IV).<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 228

Como se aprecia se distinguían tres tipos de dolo, el dolo directo propiamente dicho, el dolo indirecto<sup>30</sup> o de segundo grado y por último el conocido como dolo eventual o condicionado.

### **1.4.2.3 Culpa**

La culpa fue considerada la forma menos común y más leve de la culpabilidad, esto no quiere decir que si se determina que una persona no actuó dolosamente, entonces su actuar sería culposo. Ésta es una interrogante que se repite comúnmente, en virtud de la falta de conocimiento de la teoría del delito.

En este sentido debemos de señalar que el actuar culposo sólo es punible si la propia ley prevé una pena, además debe ser demostrado como forma de comisión de la culpabilidad.

Algunos autores inclusive han semejado la culpa con la omisión, en virtud de que tratándose de la culpa al igual que la omisión implica un no hacer o dejar de hacer algo, al violar el deber de cuidado o de atención contenido en la ley.

Sin embargo, en nuestra consideración la culpa debe ser entendida como la viloación al deber de precaución desatendido, no evitado cuyas consecuencias se producen con o sin previsión.

Es decir, al autor se conduce con una falta de precaución al no haber considerado el hecho y por ende sus consecuencias, o en su defecto conociendo el hecho y sus consecuencias su actuar no fue conforme a ese conocimiento.

---

<sup>30</sup> Algunos autores han denominado también a esta clase de dolo, como “dolo de consecuencias necesarias”.



En tal virtud, debemos de distinguir dos formas de culpa:

- a) La culpa inconsciente, que se presenta cuando el autor, incumple con un deber de cuidado o precaución y no previó las consecuencias del hecho, y,
- b) La culpa consciente, en este supuesto el autor prevé las consecuencias de su hecho cometido pero confía en que el hecho no se producirá, violando el deber de precaución.

Desde esta corriente se plantea el problema de la semejanza entre la culpa inconsciente y el llamado dolo condicionado o "*dolus eventualis*", en virtud de la similitud en cuanto a los componentes o elementos, ya que los dos implican que el sujeto se representa el hecho y acepta el resultado, sin embargo, se destaca que tratándose del dolo requiere la intención de cometer el ilícito, mientras que en la culpa no existe dicha intención.

#### **1.4.2.4 Circunstancias normativas.**

Algunos autores consideran a las circunstancias normativas como elemento integrante de la culpabilidad, destaca la opinión de la Dra. Verónica Román Quiroz en su libro *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, al referir a éstas como "La normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra. Lo que es posible solo en general, puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportaban para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podría salvar".

Es decir, estas situaciones especiales motivan al sujeto a actuar incluso contrariando la ley, sin embargo de no desplegar tal conducta la afectación a sus bienes o los de un tercero se verían gravemente disminuidos.

En casos como estos no es posible la formulación del reproche, siempre y cuando dichas conductas sean encaminadas a disuadir el peligro en que se encuentre el sujeto o inclusive una tercera persona.

### **1.4.3 Aspectos negativos.**

Al igual que en el sistema clásico existen elementos negativos de la culpabilidad que se contraponen a los positivos ya desarrollados, que algunos autores han denominado causas de exclusión de la culpabilidad.

En tal virtud para acreditar la culpabilidad falta todavía verificar si no existe acreditada a favor del sujeto una causa de exclusión de la misma; consideradas, a su vez, como los elementos negativos de la culpabilidad y que se contraen a: la inimputabilidad, error, coacción, inexigibilidad de otra conducta.<sup>31</sup>

#### **1.4.3.1 Inimputabilidad.**

En contraposición a la imputabilidad existen situaciones específicas que afectan la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles, que por regla general tiene que ver con la capacidad en los adultos, estos estados en las cuales se

---

<sup>31</sup> También han sido denominadas como eximentes putativas e algunas legislaciones como la Argentina.

encuentra afectada la capacidad normal se traducen en las causas de inimputabilidad.

Los criterios para clasificar dichos estados son de tipo psicológico, biológico y mixto, para los seguidores de esta corriente de pensamiento, las situaciones específicas en que una persona es inimputable se referían a:

- a) La falta de desarrollo biológico (jóvenes).
- b) La sordomudez (Por la falta de avances tecnológicos, que les impedía la instrucción y por ende discernimiento sobre lo debido y lo indebido para un grupo social).
- c) Las anomalías mentales ( En ciertos casos).

En relación a la falta de desarrollo biológico, se consideró que un sujeto era inimputable hasta los doce años y en el caso de los 12 a los 18 años se estaba en presencia de una imputabilidad condicionada, atenuándose la pena en el caso de los niños y jóvenes.

Con respecto a los sordomudos se consideraba inimputable sólo si el sujeto padecía un retraso en su desarrollo intelectual, por lo que al tener disminuida esa facultad se establecía que no comprendía la ilicitud del hecho, o en su caso, que no actuaba según esa comprensión; con la salvedad de que dicha disminución tenía que presentarla desde su nacimiento o en la infancia relacionado con su capacidad auditiva y de hablar.

En el caso de las anomalías mentales, Mezger las consideraba como características descriptivas valorativas (normativas).

Tratamiento especial se le dio a la denominada *actio liberae in causa*, que se presenta cuando el agente se coloca voluntariamente en el estado de inimputabilidad, realizando el hecho ilícito, para utilizarse a sí mismo para cometer la conducta ilícita. Por lo que se estableció que es una acción no libre en el acto, pero libre en su causa.

Se resaltaban aquellos casos que afectan la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles, es decir, aquellas situaciones en que el sujeto se encuentra disminuido solo parcialmente; aquí se actualiza el supuesto de la imputabilidad disminuida, en donde no se excluye la culpabilidad sino solo se atenúa.

#### **1.4.3.2 Error.**

En cuanto al error *in genere* como aspecto negativo de la culpabilidad, hasta el desarrollo de esta corriente de pensamiento se encontraba vinculado directamente con el dolo y en específico con el elemento: conocimiento del hecho.

Se dijo que existen casos en los cuales el sujeto actúa con desconocimiento del hecho, al actualizar dicha situación nos encontramos en presencia del error en sentido más amplio.

A esta figura se le denominó error de hecho, se destaca que se continuó con el mismo tratamiento desarrollado al referirnos al sistema clásico.

Se consideró que existen casos en que el sujeto actúa bajo la creencia errónea de algunas circunstancias de hecho determinadas, en este supuesto estamos en presencia del error en el sentido más estricto.

Estas se encontraban relacionadas con situaciones jurídicas, por ende, se trataba del error de derecho, el cual recibió el mismo tratamiento al que se hizo alusión en el desarrollo de la teoría psicológica.

En ambos casos se presentan las denominadas causas de exclusión de la forma básica de la culpabilidad, en este caso del dolo.

#### **1.4.3.3 Coacción**

En el mismo sentido que en el sistema clásico se consideró como aspecto negativo de la culpabilidad a la coacción, determinada porque el agente actúa afectado por una fuerza irresistible o en su defecto por una amenaza latente que se encuentra vinculada a un peligro actual y que no es evitable por ningún medio, esta se dirigía en contra de la persona del autor o de algún familiar.

En esta guisa, no obstante de que se le dio el mismo tratamiento que en la teoría psicológica, se desarrollaron de manera más clara los requisitos que se debían de presentar para su actualización; destacándose los siguientes que son similares a los exigidos para la actualización de la legítima defensa y del estado de necesidad.

Dichos elementos son:

- a) La afectación de una fuerza irresistible o amenaza latente vinculada a un peligro real, actual o inminente.
  
- b) No evitable por cualquier otro medio, y

c) Que sea en la persona del autor o de algún familiar.

Por lo que no cualquier tipo de fuerza fue considerada como irresistible, sino solo la denominada *vis compulsiva*, caracterizada porque recae sobre la voluntad del agente coaccionado en su actuar.

Esto no sucedía en el caso de la *vis absoluta*, que constituye el elemento negativo de la conducta, por actuar justamente sobre ésta y no sobre la voluntad.

La amenaza consistía en anunciar un mal en la persona del coaccionado que inferirá quien profesa dicho mal. Esta amenaza no significa una mera advertencia de peligro como lo tuvo a bien establecer Frank.<sup>32</sup>

El peligro o amenaza inferida, debía ser dirigida al propio autor o a algún familiar, y se tenía que acreditar plenamente que la fuerza irresistible o amenaza recaen sobre el agente o sobre algún miembro de su familia.

Cabe mencionar, que algunos autores como el caso de Mezger incluyen además de la coacción como causa que excluye la culpabilidad al mandato antijurídico obligatorio.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> En su obra “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”, Reinhard Frank considera que la amenaza inferida debía ser suficiente para vencer la resistencia.

<sup>33</sup> Se considera al mandato obligatorio como una especie de coacción en virtud de que la persona se encuentra bajo una relación de subordinación, por lo que obedece la orden emitida, no obstante su conducta sigue siendo antijurídica, pero no se le puede formular el juicio de reproche en virtud de la obligatoriedad del mismo.

#### **1.4.3.4 Inexigibilidad de otra conducta.**

En esta postura se consideró que tampoco actúa culpablemente una persona si se establece conforme a derecho, que al actuar en las condiciones del caso en concreto, no le era posible conducirse de manera diversa, ya que no le era exigible un actuar diferente al desplegado.

Es decir, en las condiciones en que se desarrolló el hecho no le era posible actuar de otra manera, por lo que se entendió que dicha situación era aplicable a los casos del dolo y la culpa.

Sin embargo, debemos de precisar que dicho actuar debe de estar regulado, por lo que se dejaron a un lado los impulsos subjetivos del autor y debían estar precisadas las circunstancias en las cuales no se le puede exigir al sujeto un comportamiento de otro tipo, por lo que también son conocidas como eximentes putativas.

Mezger señaló como ejemplos de la no inexigibilidad de otra conducta:

- a) El caso del caballo que no obedece a la rienda.
- b) El caso del padre que se opone a que su hijo sea operado.<sup>34</sup>
- c) La interrupción del embarazo.

Dichos ejemplos tienen mucha semejanza con el estado de necesidad, el exceso en la legítima defensa y la colisión de deberes disculpante que también excluyen

---

<sup>34</sup> En la actualidad esta figura resalta en los casos conocidos como “estado de necesidad por motivos de conciencia”, que son motivados por situaciones de índole religiosa.

la culpabilidad y que en el finalismo fueron desarrolladas como causas de inexigibilidad de otra conducta.

### **1.5 La culpabilidad en la teoría final de la acción.**

Dada la evolución de la teoría del delito aproximadamente en el año 1928 a 1935 surge la teoría de la acción final, conocida comúnmente como el sistema finalista, obra de Hans Welzel, este sistema surge en contraposición a la teoría causalista (sistema clásico y neoclásico).

Esta corriente de pensamiento alcanza su auge en el año de 1945 al término de la Segunda Guerra Mundial, ya que intermedio a su florecimiento se desarrolla lo que se denominó como el irracionalismo jurídico a consecuencia de los sistemas totalitarios impulsados por Hitler.

Con esta postura se establece la reubicación de los elementos que componen a su vez los niveles del delito, destacando por su trascendencia la reubicación del dolo y la culpa que siempre habían sido parte integrante de la culpabilidad a la tipicidad, por lo que se establece el manejo del concepto normativo puro para la concepción de la culpabilidad.

Se le denomina teoría de la acción final, en virtud de que Welzel consideró que “la acción humana es ejercicio de actividad humana. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecuencia de estos fines... El Derecho Penal se ocupa también, en determinada medida, de la omisión



de acciones... existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseables o para evitar aquellos socialmente efectuados”.<sup>35</sup>

Como se señaló esta corriente fue iniciada por Hans Welzel y tiene como seguidores a Hellmut Mayer, Alexander Graf Zu Dohna, Reinhart Maurach, Heinrich Jescheck, Armin Kaufmann, Eugenio Raul Zaffaroni, Enrique Bacigalupo, a nuestro país trajeron la enseñanza alemana los Doctores Moisés Moreno Hernández, Carlos Daza Gómez, Olga Islas de González Mariscal, Rafael Márquez Piñero.

#### **1.5.1. Teoría normativa pura.**

En contraposición a los postulados vigentes con el desarrollo de la postura psicológico-normativa, surge la teoría normativa pura propia del sistema de la acción final, la cual en esencia refiere que la culpabilidad es reprobabilidad.

Recordemos que el primer intento para darle un carácter plenamente normativo a la culpabilidad lo dio Frank al señalar como elemento integrante de la culpabilidad la “motivación normal”, ya que consideró que la culpabilidad era “reprochabilidad”.

Con esta posición el injusto penal se vio incrementado de elementos anímicos de tipo subjetivo, que con anterioridad erróneamente habían sido asignados a la culpabilidad, destacando de forma preponderante la función de la reprochabilidad.

---

<sup>35</sup> WELZEL, *op.cit.*, pp. 39 a 40.

En palabras de Welzel “En el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad, más precisamente del poder-orientarse de la voluntad según contenidos de deber ser obligatorios”.<sup>36</sup>

De ahí que se considere que toda acción debía ser encaminada a un fin y supeditada a las normas jurídicas.

### **1.5.2 Elementos de la culpabilidad.**

En virtud del surgimiento del sistema de la acción final y las aportaciones de la teoría normativa pura, cambia radicalmente el contenido de la culpabilidad, adquiriendo un matiz inminentemente normativo.

Se consideró que “La culpabilidad perdió su componente subjetivo más importante con la reubicación del dolo y la culpa en el tipo, quedando exclusivamente conformado por un contenido puramente normativo entendido como reprochabilidad”.<sup>37</sup>

En tal virtud, la culpabilidad quedo integrada por los siguientes elementos:

- a) Imputabilidad o como lo señala Welzel “capacidad de la culpabilidad”.
- b) Conciencia de la antijuridicidad, y
- c) Exigibilidad de otra conducta.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>37</sup> DIAZ ARANDA, Enrique, *Teoría del Delito*, Editorial ENRIQUE DIAZ-ARANDA, México, 2006, p. 43.

### 1.5.2.1 Imputabilidad.

Este componente de la culpabilidad es referido por Welzel como la capacidad de la culpabilidad, recordemos que desde el desarrollo de la teoría psicológico-normativa se concibió como uno de los elementos integrantes de la culpabilidad.

En el entendido de que el hombre como ser con capacidad de autodeterminación y libertad, nos permite conocer si en una situación específica de la vida el agente es capaz de dicha autodeterminación, es aquí donde encontramos el fundamento de la imputabilidad, en la concepción de la teoría normativa pura propia del sistema de la acción final.

En tal virtud “El juicio de que un hombre determinado, en una determinada situación, es capaz de culpabilidad, no es, por ello, un acto teórico, sino un acto puramente existencial y de carácter “comunicativo”: es el reconocimiento de otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y por ello tan sujeto responsable como yo. Es mas fácil, por ello, simular este juicio de modo negativo que de modo positivo: excluye entonces a todos aquellos hombres que no son todavía, o no son ya, capaces de la misma autodeterminación plena en sentido; estos son los que por su juventud, (y sordomudez), o por su anormalidad mental, no son capaces de culpabilidad”.<sup>38</sup>

Por lo que debemos resaltar que al igual que en las corrientes expuestas con anterioridad existen situaciones específicas de índole biológico y psicológico en las cuales un sujeto no tiene capacidad de culpabilidad.

Así es que para que un sujeto sea considerado con capacidad de culpabilidad debe de reunir los siguientes elementos:

---

<sup>38</sup> WELZEN, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Julio Cesar Faria Editor, reimpresión de la 1ª edición en castellano, Argentina 2001, p. 147.

- a) Ser capaz de comprender el carácter injusto del hecho (elemento intelectual).
- b) Conducirse de acuerdo con esa comprensión (elemento volitivo).

Dicha incapacidad de culpabilidad se presenta en términos genéricos, por una falta de madurez física o por estados mentales anormales.

En esta tesitura se consideran inimputables:

- A los menores de 18 años de edad (incapacidad de madurez física).
- La perturbación de la conciencia, dentro de estos encontramos a los llamados estados transitorios de la conciencia, sean de naturaleza fisiológica o patológica. *v. gr.* Hipnosis, desmayo, delirios por fiebre.
- Perturbaciones de la actividad mental patológicas. *v. gr.* En este rubro se agrupan propiamente las enfermedades mentales, destacando a la psicosis.
- Las llamadas debilidades mentales. *v. gr.* Los imbéciles e idiotas.

### **1.5.2.2 Conciencia de la antijuridicidad.**

Aun cuando la conciencia de la antijuridicidad permaneció ligada al dolo con implicaciones con el desarrollo de la teoría normativa pura se considera como uno de los elementos integrantes de este nivel del delito.

Welzel la refirió como “la posibilidad de comprensión del injusto”, aunque debemos recordar que siempre se le ha vinculado con la teoría del error, lo cual fue discutido hasta el florecimiento de esta postura, ya que esta situación se vio superada con la aparición del error de prohibición, como su aspecto negativo.

Se consideró que la posibilidad de determinarse libremente seguía siendo un requisito indispensable para la formulación del juicio de reproche, para acreditar que el autor de un injusto penal ha dirigido su voluntad a un comportamiento contrario a derecho, es decir, antijurídico y no conforme a la norma jurídica que sigue el común de las personas.

“La sencilla verdad de que el reproche de culpabilidad –el autor habría podido construir su voluntad de acción conforme a derecho en vez de una antijurídica– sólo puede ser planteada al autor cuando ésta estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer, tomó gran tiempo y demandó gran esfuerzo para imponerse, y de ningún modo es todavía indiscutible. La autoridad del principio romano *error juris nocet* y la preocupación fundada de que al contraventor del derecho se le ayuda a tener una excusa cómoda y una absolución injustificada, ha impedido el reconocimiento hasta el presente de la obligatoria consecuencia lógica proveniente del principio de culpabilidad”.<sup>39</sup>

Como lo refiere Welzel esta posición fue discutida, sin embargo es dable señalar que solo cuando el autor conscientemente contraviene el derecho exhibe su actuar diferente al del común de la gente, lo que se traduce en una clara falta de interés por un actuar jurídico del autor.

---

<sup>39</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 187.

### 1.5.2.3 Exigibilidad de otra conducta.

El último de los elementos de la culpabilidad, lo constituye la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, ya que con la acreditación de la imputabilidad y la conciencia del conocimiento del injusto o conciencia de la antijuridicidad, podemos señalar que estamos en aptitud de formular el juicio de reproche materia de la culpabilidad, o la acreditación de la culpabilidad en forma material.

Por lo que el autor debe conducir su voluntad de acuerdo a la norma jurídica, tomando en ese sentido un papel trascendente para acreditar la culpabilidad, el que el sujeto en una situación concreta decida actuar jurídicamente, es decir, conforme a derecho. Sin embargo existen ciertos estados o situaciones en las cuales es factible renunciar a la formulación del juicio de reproche, siendo estos casos excepcionales los que constituyen el aspecto negativo, es decir, la no exigibilidad de otra conducta.

Dicho de otra manera “Este tercer elemento de la culpabilidad se configura también por un juicio de apreciación: es la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho, o conforme a la norma, que es el elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye un factor que descarta la culpabilidad, de acuerdo con el aforismo *ultra posse nemo obligatur*”.<sup>40</sup>

En esta tesitura, es dable resaltar la importancia de este tercer elemento de la culpabilidad, ya que sino puede ser exigible una conducta de acuerdo a la norma, no se puede dar la formulación del juicio de reproche y por ende la acreditación de la culpabilidad y del delito.

Por lo que cobra especial atención el estudio del aspecto negativo, a que se hizo alusión, es decir de la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho.

---

<sup>40</sup> ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, op. cit., p. 210.

### **1.5.3 Aspectos negativos.**

Al igual que en las corrientes desarrolladas con anterioridad, con la aparición de la teoría normativa pura, propia del sistema final de la acción, es necesario realizar el estudio de los aspectos negativos de los elementos de la culpabilidad.

En el mismo orden de estudio de los elementos positivos de la culpabilidad, debemos de proceder al desarrollo de los aspectos negativos:

- a) Inimputabilidad.
- b) Error de prohibición invencible.
- c) Inexigibilidad de otra conducta.

Cobra vital importancia el estudio de estos elementos, ya que como se refirió, no obstante de que se haya acreditado la existencia de un injusto penal, es decir, una conducta típica y antijurídica, al actualizarse alguno de los aspectos negativos da lugar a la inculpabilidad del sujeto y por ende a la no acreditación del delito y la no aplicación de la pena.

#### **1.5.3.1 Inimputabilidad.**

Reconocida por Welzel como la “incapacidad de culpabilidad”, la inimputabilidad sigue siendo uno de los pilares de este nivel del delito, aunque con el desarrollo de

esta postura se agregarán algunos supuestos en los cuales el sujeto no tiene la capacidad de comprender, ni de querer el significado del hecho, por lo que se emplea un criterio mixto-biológico-sociológico.

En tal virtud, es inimputable el sujeto que:

- I) Es menor de edad, o
- II) Presenta estados mentales anormales.

Son menores de edad las personas que no alcanzan la madurez física, es decir, aún no cuentan con la edad de 18 años, por lo que se considera que por esa limitante biológica no son capaces de culpabilidad, sin embargo, no debemos de soslayar que las conductas desplegadas por los menores de edad son consideradas como infracciones, por lo que tienen que ser sujetos de medidas de seguridad y para su procesamiento se utiliza un procedimiento especial para menores.

En relación a los estados que se consideran como anormales (denominados también como estados mentales excepcionales), existe la siguiente clasificación:

a) Aquellos estados que afectan o disminuyen la conciencia, sean cortos o largos, de tipo fisiológico o patológico, también llamados anormales, entre estos se destacan la hipnosis, el desmayo, la somnolencia, los delirios a causa de fiebres y el estado de embriaguez provocado por el alcoholismo.

b) Los estados de perturbación psicológica relacionados con la actividad mental, como todas aquellas enfermedades propias de la mente, destacándose por su propia y especial naturaleza la psicosis.



c) Las denominadas debilidades de la mente, dentro de las que se encuentra la deficiencia mental, conocida como oligofrenia y que agrupa a la idiotez, imbecilidad, es decir, las perturbaciones patológicas de grado menor.

Como se aprecia estas limitaciones a la capacidad de culpabilidad también fueron señaladas por los postulantes de la teoría psicológica-normativa.

Se abarca además el estudio de la *actio liberae in causa*, que se actualiza precisamente cuando el autor del injusto penal se coloca en forma voluntaria en el estado de incapacidad de culpabilidad. Por lo que no obstante de estar afectada su capacidad de comprender y querer, voluntariamente se ha colocado en dicho estado, para utilizarse a sí mismo como instrumento del delito.

El ejemplo común de la *actio liberae in causa*, se presenta cuando el sujeto voluntariamente se coloca en estado de ebriedad, para la comisión de un hecho delictivo, realizando una conducta típica y antijurídica, que le debe ser reprochada, en virtud de que es justamente el sujeto quien se coloca voluntariamente en ese estado.

Así también se comprenden aquellos casos en que la capacidad de culpabilidad o imputabilidad se encuentra disminuida solo en parte, es decir, cuando los estados de anormalidad aludidos se encuentran solamente afectados o disminuidos, por tal situación solo trae como consecuencia la atenuación de la pena.

### **1.5.3.2 Error de prohibición.**

Como se señaló en líneas anteriores el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad lo constituye el error de prohibición, figura que marca gran distinción

en el desarrollo de esta corriente de pensamiento, ya que a partir de la traslación del dolo y la culpa a la tipicidad, la culpabilidad se vacía de cualquier contenido de tipo subjetivo, integrándose con elementos de naturaleza exclusivamente normativos, de esta manera el error de prohibición se convierte en el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad. Cabe decir, que este tipo de error nada tiene que ver con el error de tipo que destruye el dolo<sup>41</sup>, tema que será objeto de un somero estudio en el siguiente capítulo.

### **1.5.3.3 No exigibilidad de otra conducta.**

Con la acreditación de los componentes a que hicimos alusión, podemos afirmar que tenemos por acreditada la culpabilidad en sentido material, ya que solo cabe verificar la existencia de alguna de las situaciones de excepción en las que es dable no realizar el reproche al autor del injusto penal, en virtud de considerar que no le es exigible un comportamiento diverso.

Dicha situación se ha denominado inexigibilidad de otra conducta o no exigibilidad de otra conducta, que se caracteriza porque el sujeto se encuentra notablemente disminuido en la posibilidad de determinarse conforme a derecho.

Algunos autores han tenido a bien denominar a dichas situaciones como causas de exculpación, como el caso del Profesor Alemán Jescheck, ya que considera conllevan a renunciar al juicio de reproche.

l) El estado de necesidad exculpante, se actualiza cuando se presenta una amenaza a los bienes de valor supremo, como la vida y en algunos casos la

---

<sup>41</sup> La gran aportación de la teoría normativa pura, es justamente la desvinculación del error al dolo, ya que con la traslación del dolo y la culpa a la tipicidad, se establece el error como lo conocemos en la actualidad. Es decir, el error de tipo vinculado a la tipicidad y el error de prohibición vinculado a la culpabilidad.

integridad corporal, que permite la afectación de otros bienes jurídicos que se encuentran tutelados penalmente, para lo cual existe una dificultad en el autor de comportarse de acuerdo a la norma.

La mayoría de los autores citan como ejemplo clásico “La tabla de Carneades”, en la cual después del hundimiento de una nave marítima, se salvan dos personas sujetas a un tablón, que solo tiene la capacidad de sostener a una de ellas, por lo que uno de los sujetos arroja de la tabla a la otra persona y muere a consecuencia de esta acción.

Para su actualización se requieren algunos elementos:

- a) La amenaza o peligro debe ser actual, es decir, en caso de no implementar la acción defensiva con rapidez, ésta llegaría muy tarde.
- b) La amenaza de peligro debe recaer sobre la integridad física o la vida y debe de significar una afectación considerable a la integridad corporal o, en su caso, a la propia vida.
- c) La acción implementada debe de ser el último medio de defensa, es decir, se deben de haber agotado los medios al alcance del sujeto, por lo que se afecta el bien de menor valor, actuando el salvamento de la vida o integridad corporal.
- d) Debe de respetarse el principio de proporcionalidad, a diferencia de la defensa legítima que es una causa de justificación, en la cual se aplica el principio de necesidad, en tal virtud, al actualizarse se disminuye en forma esencial el bien sacrificado, evitándose con ello la amenaza o afectación a la vida y la integridad física.

Debemos de recalcar que el estado de necesidad exculpante se distingue del estado de necesidad justificante en su esencia, en virtud de que en el caso del primero, es antijurídica la conducta, por lo que la acción perpetrada no es el medio adecuado para el fin que se busca, y en la segunda situación la conducta no es antijurídica, ya que no le es exigible al sujeto un actuar conforme a la norma jurídica.

Es pertinente mencionar que también existen situaciones concretas en las cuales no es aplicable este supuesto, como en el caso de los miembros de las fuerzas armadas *v. gr.* Soldados, marinos etc., o el caso de los elementos de corporaciones policíacas o de los bomberos, en donde es exigible afrontar los riesgos que entrañan dichas actividades.

II) El exceso en la legítima defensa, se actualiza cuando el autor realiza la acción defensiva a pesar de que la agresión no se ha concretado aún, o bien que al momento de la defensa había dejado de serlo.

Exige además como requisito indispensable que se consumen todos los elementos integrantes del delito.

En otras palabras, el sujeto agredido sobrepasa de modo voluntario y consiente, por ende dolosamente la proporcionalidad de la acción defensiva o la temporalidad de la legítima defensa, dicha situación tiene también vinculación al error de prohibición, en el supuesto de que la reacción se haya realizado inconscientemente, es decir, si su reacción supera a la agresión o su defensa fue apresurada al tener la creencia errónea que la agresión se estaba produciendo, materializándose por ello el error en relación a la legítima defensa, en este caso, sobre la causa de licitud, lo que se denomina *legítima defensa putativa*.

En nuestra consideración esta situación puede actualizarse en los siguientes casos:

- a) Trastorno,
- b) Miedo, o
- c) Pánico.

En este contexto se pronuncia Jecheck, quien citando a M. E Mayer puntualiza “Pese a que el hecho continúa siendo antijurídico y su contenido de culpabilidad solo se ha reducido, el legislador renuncia a formular el reproche de culpabilidad, porque considera tan aminorado el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho que no alcanza el umbral del merecimiento de la pena. En el exceso en la legítima defensa el injusto del resultado disminuye en la medida del valor del bien protegido por el autor, el injusto de la acción queda anulado en buena parte por la situación de legítima defensa y la voluntad de salvación, y la culpabilidad cobra otro aspecto, por cuanto hace al trastorno, el temor o el pánico han dificultado esencialmente la formación de la voluntad con arreglo a la norma”.<sup>42</sup>

III) Respecto del mandato oficial existen dos supuestos en los cuales se puede encuadrar el comportamiento proveniente de dicho mandato:

- a) El primero se actualiza cuando existe una obligación de obediencia, ya que el subordinado recibe un mandato obligatorio formulado por su superior jerárquico, éste debe de tener la característica de ser “vinculante”, por lo que el subordinado actúa conforme a la norma, por lo que su comportamiento es apegado a derecho,

---

<sup>42</sup> JESCHECK, Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, 4ª edición, España, 1993, p. 446.

no obstante que dicho mandato sea contrario al ordenamiento jurídico, su actuar no es antijurídico, traduciéndose por ello en una causa de justificación.

b) El segundo supuesto se presenta cuando el mandato formulado no es “vinculante”, es decir, no obligatorio, por ello no obstante de que así lo conciba el subordinado, si con su actuar obedece dicho mandato está cometiendo un injusto penal.

En este caso, el subordinado da cumplimiento a un mandato contrario a derecho penal, creyendo que el mismo tiene el carácter vinculante, por ello existe la posibilidad de que su actuar pueda constituir una causa de exculpación.

Se caracteriza también porque el subordinado no puede reconocer la punibilidad del comportamiento derivado del mandato contrario a derecho, por lo que no existe responsabilidad de su parte. Trato especial reviste el comportamiento de los integrantes de las fuerzas armadas, en virtud de las tareas desempeñadas.

No obstante, si el sujeto desentraña que la orden recibida es contraria a derecho responderá personalmente por la ejecución de la misma.

Como se aprecia, los mismos criterios que rigen para el estado de necesidad exculpante y el exceso en la legítima defensa son aplicables en el supuesto de la obediencia a un mandato constitutivo de una causa de exculpación, es decir, en que el sujeto se encuentra notablemente disminuido para llevar a cabo un comportamiento diverso.

Por ello al existir la relación de subordinación si ejecuta el mandato antijurídico en la creencia de que está actuando en cumplimiento a su deber de obediencia, por el mismo será responsable el superior jerárquico.

III) La colisión de deberes disculpante, también constituye una causa de exculpación cuando los bienes en pugna son de igual jerarquía y por ende de excepción, al igual que las anteriores, también debe de estar regulada y al actualizarse trae como consecuencia que se renuncie a la formulación del juicio de reproche.

Así las cosas, tiene como característica esencial la pugna, en el entendido de que uno de estos reviste mayor relevancia, aplicándose los criterios señalados con anterioridad para la actualización de las causas de exculpación, destacándose las relativas al estado de necesidad, siendo justificada por ello la conducta perpetrada.

En esta tesitura, para considerar como causa de exculpación la colisión de deberes disculpante, debemos de partir de la afirmación de que el autor ha cometido un injusto penal, sin embargo en este supuesto se dio cumplimiento a un deber igual que el sacrificado.

Dicha figura exige además que se trate de deberes en su mayoría relacionados con el salvamento de vidas humanas, por lo que es imposible llevar acabo una distinción ya que los bienes tiene igual valor, por ende podemos hablar de la equivalencia entre los bienes jurídicos que se toman en cuenta.

Cabe decir, que se puede dar el supuesto de pugna entre el salvamento de un mayor número de vidas humanas sacrificando las menos, por ello resulta evidente que se actúa contrariando las normas jurídicas, sacrificando bienes de igual valía, ya que el sujeto se encuentra imposibilitado para observar simultáneamente el valor de los deberes en pugna.

En este sentido Jescheck señala "De ahí que en la colisión de deberes sin solución jurídica, la solución se traslade al *ámbito de la culpabilidad*. Puede

sucedier que el autor considere jurídicamente vinculante, tras cuidadoso examen, la alternativa que ha escogido porque por ejemplo, optó con ella por un mal menor. Entonces habrá un *error invencible de prohibición* (error sobre la concurrencia de una causa de justificación), que en todo caso lo libera del reproche de culpabilidad”<sup>43</sup>.

Resulta pertinente dicha opinión ya que en este supuesto estaríamos en presencia de un error de prohibición que ataca otro elemento de la culpabilidad, en la especie la conciencia de la antijuridicidad, sin embargo, en el tema que nos ocupa nos encontramos en presencia de una situación en el cual el sujeto sabe que su actuar en cumplimiento de un deber es antijurídico, no obstante, en la situación específica es factible elegir los dos deberes o el sacrificio de ambos, actuando con pleno conocimiento de que lo que hace está prohibido, pero sin elección en ese momento para salvar la situación, actualizándose de esta manera como causa de exculpación.

## **1.6 La culpabilidad en el sistema funcional.**

Desentrañados los elementos de la culpabilidad en el sistema final de la acción, de los cuales se desprende que como sucedió con las corrientes de pensamiento que la precedieron con la evolución de la teoría del delito, también fue objeto de diversas observaciones y críticas, tal como lo señala el Dr. Enrique Díaz Aranda “Las insuperables críticas en torno a la culpa y la omisión hechas al Sistema Final de la Acción, han dado como resultado la búsqueda de nuevos proyectos sistemáticos, entre los que podemos citar: la síntesis neoclásica finalista por

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 456.



Gallas, Jeschek y Wélles, el modelo monista normativo de Günther Jakobs y el racional final, también llamado teleológico o funcional de Claus Roxin”.<sup>44</sup>

Surge la corriente de pensamiento denominada Funcionalismo que precede a la Teoría Final de la Acción, la cual se inicia aproximadamente en 1970 y tiene entre sus máximos representantes al Profesor Alemán Claus Roxin quien marca la pauta con el llamado “Funcionalismo Moderado”.

Para los seguidores del Funcionalismo el Derecho penal solo puede guiarse por finalidades. En relación a la culpabilidad, se señala que ésta se debe de orientar a una necesidad preventiva de pena (en sus dos vertientes, tanto especial, como general), por lo que no debe considerarse como elemento de la culpabilidad a la exigibilidad de otra conducta, lo que marca diferencia con el sistema de la acción final, sino se enfoca ahora a una necesidad con efectos preventivo generales o especiales de la pena.

Por ello se despoja a la culpabilidad del enfoque normativista vigente hasta la fecha, que requería como requisito indispensable al autor la exigibilidad de otra conducta diversa a la realizada, basado en el albedrío de la persona, ya que se señala que no es comprobable de manera general, ni especial, por ello se destaca la necesidad de la pena, dejando atrás el problema de la libertad de la voluntad.

Son seguidores del Funcionalismo Moderado de Claus Roxin: Wilhem Gallas, Bernd Schunemann, Arthur Kaufmann, Wolfgang Frisch, Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernat, en nuestro país el discípulo más destacado es el Dr. Enrique Díaz Aranda.

Dentro de la corriente Funcionalista se dio también la vertiente iniciada por Günther Jakobs, denominada “Funcionalismo Radical” o “Funcionalismo Teórico

---

<sup>44</sup> DIAZ ARANDA, *Derecho Penal Mexicano*. pp. 78-79.

Sistemático” o “Funcionalismo Monista Normativista”, que se distingue de las consideraciones de Roxin en conceptos como: El “Derecho Penal del Enemigo”, la “Teoría de la Imputación Objetiva”, “La Teoría de la Prevención”, y que señala que la Necesidad de la Pena trae consigo la Confianza en la Norma, la Fidelidad al Derecho, que se traduce en la Prevención General.

Son seguidores del Funcionalismo Radical: Dersken, Lench, Miguel Polaino Navarrete, Manuel Cancio Melia, Miguel Polaino Orts y en nuestro país la Dra. Verónica Román Quiroz.

### **1.6.1 El funcionalismo radical de Günther Jakobs.**

Como se señaló con la aparición del funcionalismo surgen los postulados de dos grandes profesores alemanes, el primero de ellos y que abordaremos es Günther Jakobs, que plantea postulados que a estas fechas han sido incorporados a las legislaciones de los países con influencia del Derecho alemán.

Jakobs refiere que se actúa culpablemente cuando se realiza un injusto penal, que evidencia el comportamiento, contrariando la norma, por lo que se actúa con clara falta de motivación jurídica, y por ende es responsable de la misma.

Por lo que dicho comportamiento contrario a la norma, se traduce en un déficit que trae como consecuencia la afectación a la confianza en la norma que todos debemos observar.

Jakobs refiere que “Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, es un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente,

como infidelidad al Derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se ha de responder; la infidelidad al Derecho es pues, un concepto determinado normativamente”.<sup>45</sup>

La concepción de la culpabilidad como infidelidad al derecho es una de las aportaciones de Jakobs en la corriente funcionalista, y conlleva a que considere a ésta como un concepto netamente normativo.

Agrega que para que se acredite la culpabilidad, se debe analizar además de lo anterior que no se haya acreditado a favor una causa de exculpación.

Jakobs considera que los elementos de la culpabilidad son los siguientes:

- a) El autor debe de comportarse antijurídicamente, que se refirió anteriormente como la conciencia de la antijuridicidad.
- b) El sujeto debe ser imputable, con capacidad de cuestionar la validez de la norma, lo que denominaron los seguidores de la teoría de la acción final como la capacidad de culpabilidad.
- c) El actuar debe ser no respetando el fundamento de validez de la norma y,
- d) Dependiendo del delito en estudio, en algunas ocasiones deben acreditarse algunos requisitos especiales de la culpabilidad.

De la idea de Jakobs se desprende la concepción netamente normativa de la culpabilidad, considera además que en algunas situaciones el sujeto actúa contrariando la norma, es decir, su conducta no es apegada al ordenamiento

---

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, traducción Joaquín Cuello Contreras y otros, Editorial Marcial Pons, segunda edición, España 1997, p. 566.

jurídico. En estos casos se le disculpa la falta de reconocimiento a la norma que rige el actuar general.

Se habla del concepto de culpabilidad en el sistema funcional, en donde se debe de desentrañar el actuar de un sujeto con falta de motivación a la norma general, y se le castiga por existir en su actuar un déficit de motivación jurídica, lo que trae como consecuencia la punibilidad de la conducta para mantener la confianza general en la norma y, por ende, el reconocimiento de la misma.

Agrega Jakobs que no obstante que se encuentra acreditada la falta de motivación a la norma jurídica, es importante constatar también que su actuar se caracterizó con un déficit de fidelidad al derecho.

Ya que “El motivo para esta distinción entre contenido de la norma y reconocimiento de la norma reside en que el contenido de la norma, como objeto del reconocimiento de la norma, no puede abarcar al mismo tiempo un juicio sobre este reconocimiento (es decir, sobre la relación consigo mismo). Por ello la norma presupone la posibilidad de su reconocimiento. Si falta tal reconocimiento, hay injusto. Pero el que este injusto se le pueda achacar a quien actúa injustamente se decide con arreglo a la fidelidad al Derecho y constituye el problema de la culpabilidad.”<sup>46</sup>

En este orden de ideas se destaca la importancia de la fidelidad al derecho que sostiene Jakobs, ya que esto constituye justamente el fundamento a la culpabilidad, y por ende, aquí surge el problema que se plantea en la concepción de la corriente funcionalista.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 581-582.

En el mismo sentido se hace especial énfasis en el fin de la pena, en virtud de considerar que el reconocimiento general a la norma conlleva a la prevención general.

Para Jakobs no es irrelevante el libre albedrío, en virtud de considerar que para la acreditación de la culpabilidad del sujeto deben de considerarse los motivos que lo impulsaron a la comisión del injusto penal, ya que sino traería como consecuencia que si se infringe la norma se disminuya la expectativa de la obligatoriedad de esta. Entonces deben de tomarse en cuenta para la formulación del juicio de reproche una serie de factores de índole psicológico y social, aplicables a la generalidad que se consideran para la aceptación de la responsabilidad y disponen al sujeto a aceptar su culpabilidad.

Por ende, si el comportamiento se adecúa a lo normativamente establecido, no obstante de que en determinada situación se establezca una alternativa de comportamiento que debió observar y que es preferible en general, es reprochable que no se haya conducido de esa manera, razón por la que Jakobs destaca el libre albedrío

### **1.6.2 El funcionalismo moderado de Claus Roxin.**

En el contexto del funcionalismo y a la par de Jakobs surgen también los postulados del profesor alemán Claus Roxin, quien al referirse a la culpabilidad, señala que constituye un presupuesto de la responsabilidad penal, complementando su postura con la necesidad de la pena, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, las situaciones normales en que se actúa y la falta de diversas formas de peligro, y en el caso del exceso en la legítima defensa, existen algunas otras causas de exculpación aplicables.

En este sentido acreditado el injusto penal, para que se considere a un sujeto como responsable, deben de actualizarse además la culpabilidad y la necesidad preventiva de la pena, tal como lo señala Roxin “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad”.<sup>47</sup>

La responsabilidad se actualiza, por ello, con la simple acreditación de la culpabilidad, ya que la necesidad preventiva de la pena no requiere de especial fundamentación, con la excepción de los supuestos en que sí se requiere especial necesidad preventiva de punición, tratándose de casos excepcionales, en los que el sujeto no puede determinarse libremente conforme a la norma. En las cuales no es exigible un comportamiento conforme a derecho, soportando con ello las situaciones afrontadas sin vulnerar el principio de culpabilidad.

En estas situaciones se renuncia con carácter general a la pena, considerando que sería necesaria la necesidad preventiva de la pena, en casos excepcionales, como las causas de exculpación o causas de inculpabilidad, que Roxin denomina causas de exclusión de la responsabilidad, ya que a su forma de ver existe gran controversia en cuanto a su denominación, ya que en su concepto no se ha comprobado a la fecha la autonomía de la culpabilidad.

---

<sup>47</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, segunda edición alemana, Madrid, 1997, p. 792.

Por lo que las considera como el elemento inmediato al injusto penal, por lo que surge la interrogante para determinar porqué en aquellas situaciones excepcionales en las que se habían acreditado los elementos del delito, se renuncia a la imposición de la pena, es decir, “donde la misma no parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas discutidos de la exclusión de la responsabilidad”.<sup>48</sup>

Por ende la culpabilidad se considera elemento necesario de la responsabilidad penal a la par de la necesidad preventiva de la pena, por lo que conforman la responsabilidad penal.

Sin embargo, deben de estar regulados estos supuestos en los cuales no se actualiza la necesidad preventiva de la pena o en su defecto la culpabilidad, a efecto de que no quede al arbitrio de la autoridad desentrañarla, sino que dichas hipótesis estén previstas en la ley.

Razón por la que se justifica añadir la necesidad preventiva de la pena para la acreditación de la responsabilidad penal, y esto no se contrapone al principio de culpabilidad aludido por Roxin, ya que la aplicación de la pena implica también la acreditación de la culpabilidad, aunado a la necesidad preventiva de la pena, por lo tanto en nada choca con el principio de culpabilidad desarrollado en la moderna teoría del delito.

Con las aportaciones de Roxin el concepto de culpabilidad no solo se ve enriquecido, sino ampliado y reflejado en el ámbito de la responsabilidad penal.

---

<sup>48</sup> *Idem.*, p. 792.

## 1.7 El principio de culpabilidad.

Abordado el tema de la culpabilidad y sus elementos a través del desarrollo de las diversas corrientes de pensamiento, desentrañados los postulados del causalismo (corriente clásica y neoclásica), la teoría de la acción final y por último las aportaciones de Jakobs y Roxin en la corriente funcionalista en boga en los países con influencia del derecho alemán, nos permite concluir en este momento que ninguno de los elementos o niveles del delito ha sido tan discutida y enriquecida como la culpabilidad.

En este orden de ideas, nos encontramos en aptitud de afirmar que ninguna sociedad moderna subiste sin el principio de culpabilidad, y en este sentido ya se ha pronunciado el profesor alemán Roxin en diversos foros internacionales, no debemos de soslayar que han existido varios indicadores como el aforismo *nullum crimen sine culpa* que han fortalecido la concepción de este principio.

Ahora bien, surge la interrogante ¿qué es el principio de culpabilidad?, si queremos dar contestación a la misma resulta necesario referirnos a la culpabilidad desde la perspectiva de la política criminal, en el entendido de que no se le puede desligar del todo de la teoría del delito y la dogmática penal, ya que como se refirió la principal discusión en torno a la culpabilidad, fue si contenía al dolo, no obstante de que este tema pertenece a la aludida teoría del delito, indudablemente tiene injerencia también en la política criminal, ya que la función de ésta, es precisamente ofrecer las bases teóricas para una adecuada política criminal, así como sus postulados, para proporcionar seguridad jurídica a los gobernados, entonces podemos concluir que esa es la función en términos generales.

Con la evolución de las teorías que se abordaron y que respondieron a las exigencias de su tiempo en las sociedades, proporcionando postulados y criterios



teóricos afines para la toma de decisiones del Estado en materia de política criminal y así proporcionar seguridad jurídica a los gobernados.

Se resalta que el análisis de la culpabilidad desde el punto de vista de la política criminal tiene como función desentrañar la función de ésta con relación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, estableciendo los límites a la facultad punitiva, ya que desde la perspectiva de la política criminal se le vincula con el ejercicio del poder y la toma de decisiones de los órganos del Estado (poder judicial, ejecutivo y legislativo), indiscutiblemente en esta toma de decisiones intervienen los diversos poderes del Estado, a través del órgano ejecutivo, al cual pertenece el Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, o en el caso de la creación de las leyes penales que corresponde al legislativo, en donde se establecen los criterios que deben orientar la actuación del Ministerio Público y Juzgador en el ámbito de su competencia, sin embargo, donde se materializa el ejercicio del poder penal es con el órgano jurisdiccional en el dictado de las sentencias, que conllevan a la imposición de las penas, de ahí la importancia de establecer los criterios o presupuestos necesarios que el Juez considere acreditados para la imposición de las penas o medidas de seguridad.

Por lo que un presupuesto necesario para la imposición de una pena o medida de seguridad, es justamente el principio de culpabilidad, el cual juega un papel fundamental de carácter político criminal en relación al ejercicio del poder penal, ya que como se señaló su principal función es fijar límites al ejercicio de la potestad del Estado y por ende al ejercicio del poder.

Debemos recordar que no siempre se han establecido límites a la potestad punitiva del Estado, ya que como recordaremos antes del surgimiento del moderno Estado de Derecho, se establecieron regímenes totalitarios en los cuales no se precisaron límites, ya que los órganos del Estado gozaban de un poder absoluto.

De esta manera debemos de señalar que el Código Penal para el Distrito Federal, vigente desde el día 12 de noviembre del 2002 contiene un catálogo de principios fundamentales, intitulado “DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS PENALES”, dentro de los que se encuentra el “Principio de Culpabilidad”.<sup>49</sup> Dichos principios, como lo dice el Título Preliminar del Código Penal para el Distrito Federal, tienen como función:

- a) Establecer límites a la potestad del Estado en el ejercicio del poder penal que a cada uno corresponde y
- b) Garantizar los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio del poder.

De lo que se aprecia la doble función Político Criminal en relación al principio de culpabilidad, ya que por una parte es el fundamento o uno de los fundamentos para la aplicación de una pena o medida de seguridad, en cuanto el citado artículo 5° del Código Sustantivo para el Distrito Federal, ya que señala que a nadie se impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad, refiriéndose también a las medidas de seguridad.

De esta manera, podemos resaltar que el Principio de Culpabilidad tiene como función servir de límite al poder penal del Estado, cuando señala que la medida de la pena debe estar en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto, ya que a mayor culpabilidad mayor pena y a menor culpabilidad menor pena, pero nunca deberá exceder el límite máximo del grado de culpabilidad del sujeto.

---

<sup>49</sup> Artículo 5 (Principio de Culpabilidad). “No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como la gravedad de éste. Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la aplicación de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquellas pudieran alcanzarse”.

Lo que se traduce en una garantía para el gobernado, porque mientras no se acredite su culpabilidad, no se le impondrá pena alguna.

Debe destacarse que también se encuentra relacionado este principio de culpabilidad con el “Principio de Presunción de Inocencia”, que a la fecha<sup>50</sup> no se encuentra establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la jurisprudencia en la cual establece que de la interpretación de los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución se desprende el Principio de Presunción de Inocencia<sup>51</sup>, e inclusive nuestro país ha signado Instrumentos Internacionales que contienen este postulado, en la actualidad constantemente se está pugnando por su

---

<sup>50</sup> No debemos olvidar que ya fue aprobada por la Cámara de Diputados y de Senadores la iniciativa de reforma a la Constitución que prevé el Principio de Presunción de Inocencia, mismo que está aprobado y pendiente de publicación.

<sup>51</sup> **Tesis: P. XXXV/2002 de la novena época dictada por el Pleno del más alto Tribunal de nuestro país y que se encuentra en el: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t.: XVI, agosto de 2002, p. 14. “Presunción de inocencia.**

*El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo 2, 16, párrafo 1, 19, párrafo 1, 21, párrafo 1, y 102, apartado A, párrafo 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 1, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”.*

**Amparo en revisión**1293/2000, 15 de agosto de 2002, Once votos, Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

regulación en la propia Constitución. Como ejemplo el ex titular del Ejecutivo Federal Vicente Fox Quezada envió en marzo de 2004 al Congreso de la Unión una iniciativa de reformas que señaló que el principio fundamental debe caracterizar al sistema penal mexicano, como propio de un Estado de Derecho, en la actualidad se sigue esta tesis, ya que el Presidente Lic. Felipe Calderón Hinojosa, envió un paquete de reformas en materia de Juicios Orales y Debido Proceso Legal<sup>52</sup>, donde nuevamente se hace especial énfasis al Principio de Presunción de Inocencia.

Debemos de señalar que en el Código Penal Federal no se encuentra establecido de manera expresa el Principio de Culpabilidad, sin embargo, esto no quiere decir que en la Legislación Penal Federal rija un principio diverso, ya que al igual que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la interpretación de una serie de componentes de esta legislación, y de la propia ideología de la Constitución, concluimos que este Principio rige también a nivel Federal.

No obstante, debemos de recordar que no siempre la legislación secundaria ha concordado con la ideología de la Constitución, ya que hasta el año de 1994 se contenía una disposición tanto en el Distrito Federal, como en el Código Sustantivo Federal que se oponía al Principio de Culpabilidad. El artículo 52 del Código Penal Federal vigente hasta el año de 1994, todavía establecía que el criterio determinante para la individualización de una pena era el Principio de Peligrosidad o Temibilidad, lo que constituía una ideología totalmente opuesta a la Constitución, siendo más acorde a la implementada por los Estados autoritarios.

---

<sup>52</sup> Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

...

*B. De los Derechos de toda persona imputada:*

*I.- A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa...*

## **CAPÍTULO SEGUNDO. “EL ERROR DE PROHIBICIÓN COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD”.**

### **2.1 El error.**

Destacada la evolución de la teoría del delito en las diferentes escuelas o corrientes de pensamiento, desentrañándose que el elemento del delito en el que han tenido más variación los postulados de las diferentes escuelas, es justamente la culpabilidad.

Como se vio sus componentes variaron con el desarrollo de las diferentes escuelas, destacando las aportaciones de la teoría de la acción final, donde se aprecia la variación más trascendental, que se materializó con el traslado del dolo y de la culpa a la tipicidad, quedando la culpabilidad exclusivamente con contenido normativo, es decir, se le desvincula del contenido subjetivo, integrándose entonces la culpabilidad por los siguientes elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta, apreciándose el papel preponderante que adquiere la conciencia de la antijuridicidad, siendo este el motivo que despierta interés de la presente exposición.

El aspecto negativo lo constituye el error de prohibición, tema culminante del presente ensayo, que se resalta por su complejidad, ya que ha motivado la discusión en diversos foros, por lo que en aras de una mejor comprensión, inicialmente nos ocuparemos del estudio del error *in genere*, las clases de error, el error en la legislación mexicana, culminando con el error de prohibición y su escasa recurrencia en la procuración y administración de justicia, no obstante su contenido político-criminal.

En este orden de ideas debemos de precisar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española conceptúa al error como *“Concepto equivocado o juicio falso. II 2. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente”*.

Lo que no se encuentra tan distante de la concepción penal, como lo veremos más adelante, ya que el error siempre va relacionado o vinculado con un concepto equivocado o una acción equivocada, que trae como consecuencia una errónea representación de la realidad.

Así mismo, no debemos de soslayar que al error se le ha vinculado siempre a la ignorancia, sin embargo, no tiene nada que ver con el desconocimiento, sino con la no correspondencia entre lo que se cree y la realidad, es decir, un conocimiento equivocado o falso.

En tal virtud, lo que resulta relevante para el Derecho penal es el error y no la ignorancia, no obstante con un tratamiento equívoco, por lo que algunos consideran que el error se asemeja a la ignorancia.

Desde el punto de vista jurídico debemos de distinguir el error en materia civil del error materia penal, siendo este último el que nos interesa y que será materia de la presente exposición.

Para el Derecho civil, el tema del error debe de atender al contenido del artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra señala *“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró este en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa”*.

En el ámbito del Derecho penal, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala “Ordinariamente el error es colocado como la negación del dolo. En efecto, el dolo requiere conocimiento en el agente, sobre el hecho y su significación antijurídica, en tanto el error consiste en una equivocación o falsa noción de un objeto o de su esencia, o bien un hecho determinado y por ello desconocimiento o ausencia del conocimiento que el dolo requiere o precisa”.<sup>53</sup>

Nos parece correcta dicha opinión, sin embargo dicho pensamiento denota la influencia del sistema causalista, ya que vincula al error solamente con el dolo, lo que se supero con los postulados de la teoría de la acción final, y la concepción del error de tipo y de prohibición, ligados respectivamente a la tipicidad y la culpabilidad, situación que se resaltaré al exponer la regulación del error en la legislación mexicana.

En este orden de ideas desde nuestro punto de vista el error *in genere* debe ser entendido “como aquella situación en la cual el sujeto realiza su conducta sin conocimiento o con conocimiento erróneo, que recae sobre alguno los elementos (objetivos, subjetivos o normativos) o sobre el carácter prohibitivo de su actuar, y que produce el efecto de excluir o de atenuar el dolo o la culpa respectivamente, o en su caso la culpabilidad”.

## **2.2 El error en la legislación mexicana.**

En nuestro país, la regulación del error en materia penal ha pasado por diversas etapas, por lo que su tratamiento ha sido determinado por la influencia de las corrientes de pensamiento aludidas en la capítulo anterior, que también han tenido

---

<sup>53</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal* , Editorial Porrúa, 2ª edición, - México, 1999, p. 437.

repercusión en los Códigos Penales, tanto Federal, como del Distrito Federal y de las diferentes Entidades Federativas.

La influencia de la teoría causalista se dio en nuestro país hasta aproximadamente principios de los años noventas, lo que motivo que se contemplara solo el error de hecho y el error de derecho.

En este tenor, se consideró que el error de hecho es aquel que recae sobre alguna de las circunstancias fácticas "*error facti*".

Por su parte el error de derecho tiene su origen o recae sobre alguna de las circunstancias normativas, por lo que también se le denominó "*error iuris*".

Dicha clasificación tiene su origen en el viejo aforismo "*error iuris non excusat*", planteamiento que se refiere a que el desconocimiento de la ley no puede servir como excusa.

Cabe resaltar, que este tratamiento del error se encuentra ligado a la teoría del dolo, ya que la conciencia de la antijuridicidad fue considerado como componente hasta el sistema neoclásico, sin embargo al desarrollarse la teoría de la culpabilidad se le vinculó a la conciencia de la antijuridicidad, ya como componente de la culpabilidad, es por ello que surge la necesidad de un tratamiento diverso del error desarrollándose como aspecto negativo al error de prohibición.

Por ello, cobra importancia el pensamiento de Maurach, en el sentido de que el error de hecho "solo era capaz de salvar al autor, al menos de las penas por el delito doloso; en los demás (es decir, en materia de error de derecho-y aquí sin consideración al punto de referencia-) se distinguía el error de *derecho extrapenal* que era equiparado al error acerca de las circunstancias del hecho, excluyendo



siempre al dolo; si dicho error se basaba en la culpa, resultaba aplicable la pena por el delito culposo, cuando éste existiera. Distinto era el caso del error de derecho penal, al cual se le negó en forma absoluta toda relevancia jurídica y cuya invocación de nada servía al autor: *error iuris criminalis nocet.*"<sup>54</sup>

Esta situación no fue ajena a lo que acontecía en nuestro país, en virtud de la influencia de la escuela alemana encabezada por Welzel, por lo que se materializaron sus postulados en los Códigos Sustantivos, llegando al tratamiento del error como lo conocemos en la actualidad, es decir, el error de tipo y el error de prohibición.

Al respecto como antecedente debemos referir que en el Código Penal para el Estado de Veracruz en el año de 1979, se estableció el manejo del error de esta manera, posteriormente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal en el año de 1984 por primera vez se manejó su tratamiento como error de tipo y de prohibición, sin embargo, su regulación fue deficiente, ya que no se señalaron de manera adecuada sus efectos excluyentes, es decir, solo se contemplaron consecuencias atenuantes, dado que fue hasta el año de 1994 en que se incorporó de manera adecuada y se precisaron los efectos excluyentes y atenuantes, según se tratara de error vencible o invencible.

Como se aprecia en el citado Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal vigente en el año de 1984, se establecían en el artículo 15 efectos excluyentes para el error de tipo y de prohibición, siempre y cuando se tratara de un error esencial e invencible, es decir, exigía como requisito que el sujeto antes de realizar su conducta haya llevado a cabo todo lo que estaba a su alcance para vencer dicho error. Dejaba al

---

<sup>54</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, traducción Juan Córdoba Roda, Editorial Ariel, España, 1963, p.645.

margen el pronunciamiento en caso de que el error fuere vencible, en relación a sus efectos atenuantes.

Como se aprecia esto ha sido superado, ya que las reformas al Código Sustantivo en el año de 1994 se tradujeron en el texto del Código Penal Federal, como se encuentra en la actualidad:

*Artículo 15*

*El delito se excluye cuando:*

...

*VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

*A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*

*B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;*

...

Se realiza el tratamiento del error como causa de exclusión del delito, es decir, el aspecto negativo que atañe al tipo, en el caso del error de tipo, y a la culpabilidad en el caso específico del error de prohibición que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad.

Pronunciándose también sobre su vencibilidad o invencibilidad y los efectos que produce, de lo que se destacan las implicaciones de carácter político-criminal, que trae consigo dicho tratamiento.

Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal vigente desde el día 12 de noviembre del 2002, sigue el mismo criterio que el actual Código Penal Federal, en relación al error de tipo y de prohibición, en el artículo relativo a las causas de exclusión del delito.

*Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:*

...

*VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:*

...

*b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.*

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.*

Ya hicimos alusión a la coincidencia en el tratamiento del Código Sustantivo Federal y Local como de la mayoría de los Códigos Penales de las entidades federativas, en relación al tratamiento de esta figura.

Por lo que resulta oportuno hacer alusión a las disposiciones contenidas en algunas legislaciones.

El Código Penal para el Estado de Coahuila publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad el 28 de mayo de 1999, contempla el tratamiento del error de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 51. CAUSAS EXCLUYENTES DE DELITO POR AUSENCIA DE CULPABILIDAD.** *La conducta es inculpable:*

*I. ERROR DE PROHIBICIÓN. Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición.*

*Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite.*

*(F. DE E., P.O. 10 DE AGOSTO DE 1999)*

*El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación.*

*II. ERROR DE EXIGIBILIDAD. Cuando se realiza bajo error invencible de exigibilidad.*

*Existe error de exigibilidad cuando las circunstancias objetivas que motivan la conducta del agente, le originan la creencia falsa de una causa que conforma estado de necesidad inculpable o temor fundado.*

*(F. DE E., P.O. 10 DE AGOSTO DE 1999)*

*El error de exigibilidad es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso le impiden o dificultan advertir su falsa apreciación.*

**ARTÍCULO 42. EXCLUYENTES DE DELITO POR AUSENCIA DE TIPICIDAD.**  
*Hay atipicidad:*

*II. ERROR DE TIPO. Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error invencible de tipo penal que admita la culpa.*

*Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza; incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito.*

*Es inatribuible al autor o partícipe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o partícipe en quien concurra.*

*El error de tipo penal que admita la culpa será invencible cuando en el caso concreto, es imprevisible el resultado que se causa sin decidirlo. Mas si el resultado que se origina, en el caso concreto es previsible, el error será vencible y se sancionará conforme al tipo penal culposo que corresponda”.*

Dicha legislación contempla el error de prohibición de manera similar que al tratamiento federal, además alude al denominado error de exigibilidad que va enfocado hacia el elemento exigibilidad de otra conducta, lo que constituye una aportación en esta legislación, por último el error de tipo, así también hace alusión a la vencibilidad e invencibilidad del mismo, concluyendo con sus efectos atenuantes y excluyentes de la culpabilidad y la tipicidad.

Además debe destacarse el tratamiento del error de prohibición como excluyente del delito por ausencia de culpabilidad y posteriormente el error de tipo como excluyente del delito por ausencia de tipicidad, no obstante debemos señalar que prelativamente se tienen que realizar el estudio de los niveles del delito (conducta,

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), no obstante resulta acertado establecer el elemento del delito que afecta cada uno.

En este orden de ideas, en el estado de Nuevo León el Código Sustantivo publicado en el Periódico Oficial el lunes 26 de marzo de 1990, en diversos numerales hace el tratamiento diverso del error, de la siguiente manera:

*“ARTICULO 19.- CUANDO POR ERROR O ACCIDENTE, EL DELITO RECAE EN PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CONTRA LA CUAL SE DIRIGÍA, NI SE JUSTIFICA EL HECHO, NI SE DISMINUYE LA SANCION, SINO QUE SERÁ CONSIDERADO DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FUE COMETIDO.*

...

## *CAPITULO V*

### *CAUSAS DE INCULPABILIDAD*

#### *ARTÍCULO 30.- NO ES RESPONSABLE:*

*(REFORMADA, P.O. 28 DE JULIO DE 2004)*

*III.- EL QUE OBRE EN LA CREENCIA ERRADA E INVENCIBLE DE QUE NO CONCURRE EN EL HECHO U OMISIÓN, ALGUNA DE LAS EXIGENCIAS NECESARIAS PARA QUE EL DELITO EXISTA, SEGUN SU DESCRIPCIÓN LEGAL.*

...

*V.- EL QUE OBRARE EN LA CREENCIA ERRADA E INVENCIBLE DE QUE ES LÍCITA SU CONDUCTA, EN VIRTUD DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE ACTÚA.*

*(REFORMADA, P.O. 28 DE JULIO DE 2004)*

*VIII.- EL QUE OBRE EN DEFENSA SUPUESTA, ENTENDIENDO POR TAL UN ERROR ESENCIAL E INSUPERABLE SOBRE LA EXISTENCIA DE LA AGRESIÓN O LA IDENTIDAD DEL AGRESOR...”.*

En este ordenamiento jurídico se hace alusión al error sobre la persona, al cual no se le dan efectos atenuantes, sino, más bien se deja al arbitrio del juzgador analizar el caso concreto sobre las circunstancias en que fue cometido el hecho.

Así mismo, al realizar el tratamiento de las causas de inculpabilidad contempla el error de tipo y de prohibición, denotando una clara influencia del sistema causalista.

Otro ordenamiento que merece especial atención es el Código Penal para el Estado de Tamaulipas, publicado en el Periódico Oficial de esa entidad federativa el día 20 de diciembre de 1986, ya que hace un tratamiento diverso del error, por lo que se transcriben a continuación los numerales que contemplan disposiciones relativas al mismo.

## **“CAPITULO II**

### **CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

**ARTICULO 32.-** *Son causas de justificación:*

...

**VII.-** *Obrar por error substancial e invencible de hecho que no derive de culpa.*

**ARTICULO 33.-** *No se justifica el hecho, ni se disminuye la sanción, cuando, por error o accidente, en el golpe o en la persona, se realice una conducta punible, por lo que será considerado de acuerdo con las circunstancias en que fue cometido”.*

Es diferente el tratamiento del error en este ordenamiento jurídico, ya que lo aborda dentro de las causas de justificación, lo que constituye una errónea ubicación sistemática. Pues lo analizan dentro de las causas de licitud, que como recordaremos constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad y no de la culpabilidad, aunado a que no hace distingo alguno entre error de tipo y de prohibición.

Así mismo, hace alusión al error en el golpe y la persona, sin embargo, no le atribuye efectos excluyentes, ni atenuantes, sino que supedita su valoración a las circunstancias en que fue cometido el hecho, sin especificar, si es dable considerar efectos atenuantes o excluyentes.

También debemos referir el Código Penal para el Estado de Veracruz publicado en la Gaceta Oficial el día 7 de noviembre de 2003, que hace un tratamiento diverso del error respecto de las legislaciones aludidas.

### CAPÍTULO III

#### ERROR

*“Artículo 22.-A quien cometa un delito por error en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no le serán aplicables las circunstancias que deriven de la cualidad del ofendido, salvo para efectos de la reparación del daño, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las particularidades subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito.*

*Artículo 26.-Son causas de inculpabilidad:*

*...*

*III. Que el agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre:*

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran el tipo penal; o*
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.*

*Si el error es vencible, será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta; o...”*

Este ordenamiento inicialmente se enfoca al error en la persona, en cuyo caso solo se le eximirá de la aplicación de alguna agravante, en el caso de que de dicho



error derive de una calidad específica en el ofendido (no habla de sujeto pasivo), redacción a todas luces errónea.

Así mismo realiza el tratamiento del error de tipo y el error de prohibición como causas de inculpabilidad, lo que denota una falta de técnica jurídica respecto de los niveles del delito, ya que como bien sabemos el error de tipo ataca la tipicidad.

Dicho ordenamiento jurídico atribuye efectos atenuantes en el caso del error vencible.

Debemos resaltar la Legislación Penal para el Estado de México, que en el capítulo V establece las causas excluyentes del delito y la responsabilidad, contempla el error de tipo y el error de prohibición, precisando los efectos atenuantes en el caso de que sea vencible.

Dicho texto se encuentra de la siguiente manera:

## **“CAPÍTULO V**

### **CAUSAS EXCLUYENTES DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD**

**Artículo 15.-** *Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:*

**IV.** *Las causas de inculpabilidad:*

*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.*

**Artículo 64.-** *En caso de que el error a que se refiere el inciso b) y numeral 1 de la fracción IV del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.*

*Si el error vencible es el previsto en el inciso b) apartado 2, de dicho precepto, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate”.*

Como se observa existe consenso en el tratamiento del error en los Códigos Punitivos de la República Mexicana, sin embargo algunas legislaciones conservan todavía los postulados del causalismo (sistema clásico y neoclásico), por lo que aún contemplan al error de hecho y de derecho, inclusive en algunos casos realizan el estudio del error sobre la persona.

### **2.3 Error de tipo y su distinción con el error de prohibición.**

En la actualidad existe consenso en el tratamiento del error, en virtud de que la mayoría de los países seguidores de la corriente alemana adoptaron las ideas de Welzel, lo que también sucede en la legislación mexicana, apreciándose la adopción de los postulados de la teoría final de la acción, con la reubicación sistemática del dolo y la culpa, que se trasladó de la culpabilidad a la tipicidad.

Sin embargo no podemos soslayar los antecedentes del error de tipo y de prohibición, ya que como sabemos con anterioridad se contemplaba el error de hecho y error de derecho, denominado por Mezger como error jurídico penal y extra-penal.

En resumen podemos señalar que el denominado error de hecho ataca el conocimiento de los hechos por parte del sujeto y es el antecedente del error de tipo.

El error de derecho por el contrario, es más extenso y recae sobre el conocimiento de la significación del hecho delictivo, por lo que es el antecedente del error de prohibición.

Como se aprecia ambos errores siempre se encontraron vinculados con el dolo, ya que como hemos visto aún en los postulados del sistema clásico se consideró que el dolo se encontraba integrado por el elemento intelectual y volitivo, además de la conciencia de la antijuridicidad.

Sin embargo el error también sufrió un reajuste sistemático en cuanto a su concepción y ubicación con la aparición de la teoría final de la acción, con la traslación del dolo y la culpa a la tipicidad, cuando se despoja de todo contenido psicológico a la culpabilidad, sin embargo, se conserva la conciencia de la antijuridicidad, surge así el error de prohibición.

Con lo que el error de tipo se vincula directamente con el dolo, su estudio se da como aspecto negativo del delito a nivel de la tipicidad y el error de prohibición por el contrario se estableció como excluyente de culpabilidad, ya que constituye el aspecto negativo de la conciencia de antijuridicidad.

En este tenor, como ya se abordó la principal distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, se da por su ubicación sistemática, no obstante resulta necesario precisar algunas ideas de destacados tratadistas acerca de la distinción del error de tipo y el error de prohibición.

Welzel refiere “El error de tipo es el error sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal; excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo)... El error de prohibición es error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego con pleno dolo del tipo). “El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido”, no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de los errores excluye la reprochabilidad o la atenúa...”.<sup>55</sup>

Dicho tratamiento fue acuñado en la mayoría de los países con influencia de la escuela alemana, seguidores de la postura de Welzel y así fue adoptado en los Códigos Sustantivos, nuestro país no fue ajeno, por lo que primogénitamente en el Código Penal para el Estado de Veracruz y posteriormente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal en el año de 1984 se habló por primera vez del error de tipo y del de prohibición, sin embargo su regulación fue deficiente ya que no se abarcaron los parámetros para los efectos del supuesto de vencibilidad e invencibilidad, por lo que fue hasta el año de 1994 en que se materializó de manera adecuada y se señalaron los efectos excluyentes y atenuantes, según se tratara de error vencible o invencible.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en uno de sus pronunciamientos sobre este tema, señala “Debemos tener siempre presente que la diferencia entre error de tipo y error de prohibición finca en que el primero, el sujeto “cree que hace otra cosa”, en tanto que en el segundo “sabe lo que hace”, pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión”.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán*, p. 196.

<sup>56</sup> ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, p. 184.

Dicha distinción resulta simple, pero muy ejemplificativa ya que acertadamente destaca los componentes de ambos tipos de error.

“En el error acerca del tipo, el autor cree que no concurren en su conducta todos o algunos de los elementos del tipo penal, pese a que efectivamente, concurren”.<sup>57</sup>

“El error sobre el tipo comprende tanto el error acerca de la correspondencia de la situación de hecho dada con las caracteres del tipo de injusto descritos en la figura legal (error en el motivo), cuando más impropia el error en la ejecución, al que ya hemos hecho referencia”.<sup>58</sup>

Reforzando lo anteriormente expuesto se destacan las ideas de Cobo del Rosal en coautoría con el jurista español Vives Antón, quienes puntualizan la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, ya que en este último supuesto el sujeto que actúa conforme a Derecho cuando en realidad no es así.

En nuestro país el Dr. Enrique Díaz-Aranda citando a Franz von Liszt señala, “Si el aspecto cognoscitivo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta típica; entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da origen al error de tipo”.<sup>59</sup>

El mismo autor respecto del error de prohibición señala “El sujeto actúa bajo un error de prohibición cuando cree erróneamente que su conducta es lícita”.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> COBO DEL ROSAL, M y otro, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch libros, 5ª edición, corregida, aumentada, actualizada, España 1999, p. 671.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 671.

<sup>59</sup> DIAZ-ARANDA Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, p. 293.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 389

El Profesor Alemán Claus Roxin de forma clara señala “Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para complementar el tipo legal”.<sup>61</sup>

Mucha razón tiene el profesor alemán en su comentario, ya que ante la creencia errónea sobre alguno de los elementos del tipo penal se actualiza esta clase de error.

Podemos concluir que “el error de tipo se presenta cuando el sujeto al realizar su conducta lo hace con desconocimiento de alguno de los elementos objetivos del cuerpo del delito o en su caso subjetivos o normativos, por lo que dicho error excluye la tipicidad”.

Cabe agregar que el error de prohibición se actualiza cuando el sujeto despliega su conducta creyendo que es apegada a derecho, por lo que constituye el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad, por lo tanto, es una causa de inculpabilidad.

En este tenor es clara la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, ya que el primero se encuentra vinculado a la tipicidad y el segundo a la culpabilidad, por lo que nada tiene nada que ver el uno con el otro.

## **2.4 Error de prohibición.**

Nos ocuparemos ahora del error de prohibición llamado más acertadamente “error acerca de la conciencia de la significación antijurídica”, por el jurista español Cobo

---

<sup>61</sup> ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Editorial Grijley Lima, primera reimpresión, Perú, 2007, p. 195.

del Rosal, ubicado como el aspecto negativo de la “conciencia de la antijuridicidad”, que como quedo acotado es un elemento o componente de la culpabilidad.

Su estudio reviste vital importancia en la actualidad, en virtud de que se encuentra íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad que se desarrollo con antelación, además de sus implicaciones de índole político-criminal.

Puntualizado lo anterior, nos abocaremos propiamente al estudio y análisis del error de prohibición, señalando las opiniones más destacadas al respecto, sus efectos exculpantes o atenuantes, y la jurisprudencia que se ha emitido al respecto.

Sobre este respecto el Profesor Hans Welzel señala “el error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego con pleno dolo del tipo). “El autor sabe que lo hace, pero supone erróneamente que estaría permitido”..., no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es evitable, o la atenúa...”.<sup>62</sup>

De la exposición de Welzel se desprende la ubicación sistemática y los efectos que produce como causa de inculpabilidad, ya que en caso de actualizarse evita la reprochabilidad del injusto penal, así también, se pronuncia sobre los efectos que trae consigo en caso de error invencible o vencible.

El maestro Juan Terradillos Basoco acerca del error de prohibición señala “Una vez constatada la imputabilidad del sujeto, la pena sólo estará justificada cuando

---

<sup>62</sup> WELZEL HANS, *Derecho Penal Aleman.*, p. 196.

pueda coadyuvar a evitar un comportamiento antijurídico. Lo que resulta inviable cuando ese sujeto desconozca el contenido esencial de la norma”.<sup>63</sup>

Esta idea resulta clara y concisa, ya que en caso de que se constate la antijuridicidad del sujeto, si este desconoce el contenido de la norma, no se justificaría la aplicación de una pena o medida de seguridad.

En este mismo sentido el jurista argentino Zaffaroni señala “se denomina error de prohibición al que impide la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto solamente”.<sup>64</sup>

Mucha razón en su concepción acerca del error de prohibición tiene el maestro Zafaroni, ya que lo que caracteriza al error de prohibición, es justamente la imposibilidad de comprensión del carácter antijurídico del hecho y esto nada tiene que ver con los elementos objetivos que en todo caso, deviene en un error de tipo.

Por su parte el profesor español Francisco Muñoz Conde siguiendo a Welzel señala “Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o a la existencia, límites o supuestos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación)”.<sup>65</sup>

Este autor nos señala una clasificación del error de prohibición, llamándolo directo cuando se trata de la existencia de la norma prohibitiva e indirecto cuando se refiere a las causas de justificación.

---

<sup>63</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La culpabilidad*, Editorial INDEPAC, México, 2000, p. 97.

<sup>64</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 183.

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *op. cit.*, pp. 396-397.



El mismo criterio sigue el Maestro Eugenio Raul Zaffaroni, en su libro coeditado con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar intitulado "Derecho Penal Parte General", desarrollando a su vez una subclasificación del error directo e indirecto, agregando además los que llama errores exculpantes.

Considera que el error directo de prohibición, se divide a su vez en: a) Error directo de prohibición por el desconocimiento mismo de la prohibición. b) Errores directos de prohibición sobre el alcance de la norma. c) Errores directos de comprensión y conciencia disidente.

Por su parte el Error Indirecto de prohibición, se divide a su vez en: a) Error indirecto de prohibición por falsa suposición de existencia legal de una causa de justificación. b) Error indirecto de prohibición sobre la situación de justificación.

Los errores exculpantes especiales, a su vez son: a) Los que recaen sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (falsa suposición de una situación objetiva de necesidad exculpante) y b) Los referidos a causas personales de exclusión de la punibilidad (falsa suposición de causas de exclusión de la punibilidad).

Como se aprecia dicha clasificación abarca las causas de exculpación, ya que se refiere al caso del estado de necesidad exculpante y su creencia errónea, así como el supuesto de las excusas absolutorias que se encuentran ligadas a la punibilidad.

"Procede a distinguir dos supuestos básicos del error de prohibición. De un lado puede ocurrir que el autor no contemple como tal la norma prohibitiva que concierne directamente al hecho y, por eso, considere permitida la acción (error directo de prohibición). Este error puede obedecer a que el autor ignore la norma prohibitiva, o a que, aún conociéndola, la estime sin vigencia, o a que la haya

interpretado equívocamente y por esa razón la considere inaplicable...Constituye también error de prohibición directo el error sobre un elemento de la valoración global del hecho, en tanto se cuestione el juicio de valor y no el contenido fáctico en que se apoye...De otro modo existe la posibilidad de que el autor, con absoluto conocimiento de la prohibición misma, crea erróneamente que en el caso concreto concurre una contranorma justificante, bien porque desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida, bien porque aprecia a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico (error indirecto de prohibición)".<sup>66</sup>

Esta opinión acuñada por el Profesor Jescheck, se encuentra inmersa en su Tratado de Derecho Penal Parte General resulta clara e ilustrativa, ya que hace la distinción del error de prohibición, al igual que Muñoz Conde y Zaffaroni: En error de prohibición directo e indirecto, dependiendo si se refiere al desconocimiento de la norma o, en su caso, a la inadecuada interpretación de una causa de justificación.

El Dr. Cobo del Rosal en coautoría con el Dr. Vives Antón, al abordar este tema lo trata en el mismo tenor que los autores aludidos con anterioridad, ya que señala "El error acerca de la significación antijurídica de la conducta, puede ser directo, cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho, o indirecto cuando, conociéndola, cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación (de modo que un error inverso-una suposición errónea-provoca otro directo-el desconocimiento).<sup>67</sup>

Se aprecia que este autor hace el manejo de este tema refiriéndose al error directo e indirecto, resaltando que el primero atañe directamente a la falta de conocimiento sobre el desvalor de una conducta prohibida, y en el caso del

---

<sup>66</sup> JESCHECK, *op. cit.*, p. 412-413.

<sup>67</sup> COBO DEL ROSAL y otro, *op. cit.*, p. 672.

segundo considera permitida la conducta en la creencia de que se encuentra justificada.

Por su parte el Profesor alemán Günther Jakobs en su obra Derecho Penal. (Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación), al referirse al error de prohibición hace especial énfasis en el concepto de evitabilidad, ya que considera que este concepto se encuentra ligado justamente al comportamiento injusto.

Es acertado el planteamiento de Jakobs, en virtud de que la esencia del error de prohibición recae justamente en la evitabilidad del comportamiento típico y antijurídico, de ahí que se destaque la vencibilidad que trae como consecuencia los efectos excluyentes y atenuantes, trascendiendo en su enfoque político-criminal.

Roxin al abordar el tema del error de prohibición refiere “Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer perfectamente la situación o supuesto del hecho injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P.ej. alguien graba en una cinta mecanográfica, sin que le sepa su interlocutor, la conversación telefónica que esta manteniendo...; no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública...; no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una muchacha de quince años..., pero considera permitido su hecho”.<sup>68</sup>

Dicha opinión alude de manera clara, concisa y ejemplificativa, el contenido del error de prohibición, donde el sujeto actúa con plena conciencia del injusto, no obstante desconoce que su conducta no está permitida.

El Dr. Moisés Moreno Hernández en el Primer Seminario Internacional de Derecho Penal respecto del error de prohibición señala en su artículo sobre su regulación

---

<sup>68</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 861.

en la legislación penal mexicana: “Se trata de un error que nada tiene que ver con el dolo o con la culpa, precisamente porque “la conciencia de la antijuridicidad”, según se deriva del propio párrafo primero del artículo 9° y de la opinión dominante del sistema finalista, no constituye un componente del dolo es decir, no forma parte del conocimiento que se requiere para que haya una conducta dolosa, sino un elemento de la culpabilidad... Su efecto por lo tanto tiene que ver con la culpabilidad, ya sea que la excluya o la atenué. Igualmente el error de prohibición puede ser vencible e invencible: si es vencible atenúa el juicio de reproche, y por consiguiente, atenúa la pena...”<sup>69</sup>

Al igual que Hans Welzel y Francisco Muñoz Conde, el Dr. Moisés Moreno Hernández, señala que el error de prohibición debe ser estudiado en la culpabilidad, ya que nada tiene que ver con la existencia del dolo que se plantea en la tipicidad y que se superó con la teoría de la acción final.

El Dr. Enrique Díaz Aranda, citando a Enrique Gimbernat Ordeig señala “Si el dolo y la culpa se ubican en el tipo (sistemas final de la acción y funcionalista), entonces el error de prohibición solo se concentrará en el grado de reproche que se le pueda hacer al sujeto que se comportó violando normas que desconocía. Así, a quien actúa bajo un error de prohibición vencible se le puede reprochar menos al haberse comportado contrariamente a derecho, que el sujeto que conocía la prohibición y decidió ir contra el orden jurídico, y, en consecuencia, en el error de prohibición la pena se atenúa. Mientras que a quien actúa bajo un error de prohibición invencible no se le puede exigir que se comporte bajo reglas que desconocía, debido a su situación sociocultural y, por ende, se le exime de la pena”.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, Editorial Ius Poenale, México 1999, p. 92.

<sup>70</sup> DIAZ-ARANDA, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 390.

Este comentario resalta el contenido político-criminal del error de prohibición ya que a quien actúa con desconocimiento no le puede ser reprochable su comportamiento, mientras que quien actúa bajo el supuesto de error vencible, no se le puede dar el mismo trato que se le da al común de la gente.

## **2.5 Error de prohibición sobre la ley.**

Realizaremos ahora la subclasificación del error de prohibición, haciendo énfasis en su aspecto legal, sin embargo, más adelante nos abocaremos en su tratamiento extralegal, sugerido por algunos tratadistas.

Dentro de la clasificación legal debemos de abordar el caso más común, que se presenta sobre la ley, que también es denominado error de prohibición directo por Jescheck, en virtud de que implica que el sujeto al desplegar su conducta actúa con desconocimiento total de que ésta es ilícita, es decir, se trata de un error sobre la antijuridicidad del hecho.

Agregando además que éste se caracteriza principalmente porque el autor despliega su comportamiento con plena conciencia del mismo, pero desconoce que no es permitido y es lo que se destaca de esta figura.

En este sentido podemos señalar de manera general que se actúa bajo error de prohibición, solo si falta al autor al momento de cometer el hecho, la comprensión de que comete un ilícito, ya que actúa sin culpabilidad, pero solo sino fue posible que evitara actuar erróneamente.

Esta forma de error de prohibición fue incluida por Zaffaroni dentro de las que se enfocan sobre el carácter antijurídico en sí mismo, ya que recae sobre la norma en

sí misma, por lo que puede ser error de subsunción cuando se refiere a la interpretación de la norma, es decir, se aborda el error de validez, en cuya situación se tiene conocimiento de la norma, a la cual no le concede validez, en virtud de que se colisiona con otra norma de mayor jerarquía.

Roxin al referirse al error sobre la existencia de una prohibición señala “Este es el caso del error de prohibición, como el que sirve de base a nuestros ejemplos de partida... o el que p. ej. Se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental... y no sabe en lo absoluto que ello ésta prohibido... No es muy frecuente en el ámbito del Derecho penal nuclear, pero sí más en el Derecho penal especial o accesorio. Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad”.<sup>71</sup>

Estos ejemplos exponen de manera adecuada los supuestos del error de prohibición, ya que se enfatiza que el sujeto actúa con plena conciencia de la conducta que esta desplegando, sin embargo, desconoce en lo absoluto que es prohibida.

Dicha figura se encuentra prevista como una causa de exclusión del delito, en el artículo 29 fracción VIII inciso b) del Código Penal para el Distrito Federal, que señala: “El Delito se excluye cuando ... VIII. 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...” El mismo tratamiento se da en el Código Penal Federal.

---

<sup>71</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, op cit., p. 871.

En resumen, el error de prohibición directo “es un error que afecta siempre la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia, de su validez o de su alcance”.<sup>72</sup>

Por lo que se puede concluir que implica la ausencia del conocimiento y conciencia del injusto.

## **2.6 Error de prohibición sobre los alcances de la ley.**

El error de prohibición sobre los alcances de la ley, es contemplado por algunos autores como una especie de error de prohibición directo, en virtud de que el autor realiza su comportamiento con plena conciencia, sin embargo desconoce que no está permitido, en virtud de una interpretación errónea sobre los alcances de la ley.

Es decir, en este supuesto el autor tiene conocimiento de la existencia de ley, sin embargo, la estima sin vigencia o realiza una interpretación equivocada, por lo que considera que no le es aplicable. En tal virtud, su comportamiento se encuentra supeditado de igual manera al error de prohibición.

En el primer caso en que estime sin vigencia la ley, nos encontramos en el supuesto del error sobre la vigencia de la norma, mientras que en el segundo supuesto podemos considerarlo como error de subsunción.

---

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 190.

## 2.7 Error de prohibición sobre las causas de justificación.

En este supuesto el sujeto supone erróneamente que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación o por los alcances de la misma.

En tal sentido no se actúa con desconocimiento de la ley, sino que existe una creencia equivocada sobre la existencia de una norma permisiva, y por ende, su actuar se contrae a la prohibición del hecho en sí.

Existe consenso en denominar a esta figura como error de prohibición indirecto o error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En opinión de Francisco Muñoz Conde en relación a este tipo de error “Ciertamente los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación (la agresión ilegítima en la legítima defensa, la existencia de una orden vinculante en la obediencia debida o la situación de necesidad en el estado de necesidad) son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista la misma clase de error representa el creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de alguna persona que el creer, erróneamente también, que esa persona es un agresor. Pero mientras el error en el primer caso afecta a la calificación del hecho; en el segundo caso incide en la ilicitud del hecho ya calificado. En el primer caso el sujeto no sabe que realiza un tipo de homicidio, en el segundo (el sujeto dispara contra el que cree su agresor) sabe lo que está haciendo (un tipo de homicidio) aunque se cree amparado por una causa de justificación”.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis S.A, segunda reimpresión de la segunda edición, Colombia, 2004, p. 125.



Para ejemplificar los casos de error de prohibición la Dra. Verónica Román Quiroz en su obra “La culpabilidad y la complejidad de su acreditación”, se pronuncia en el mismo sentido que el Profesor Alemán Claus Roxin “Este error es frecuente, *v.gr.* alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones. Se imagina una causa de justificación que no existe”.<sup>74</sup>

Roxin agrega que “Aún con mayor frecuencia se producen tales errores en la forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente: *v.gr.* parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen sobre agresiones futuras están amparadas por legítima defensa...; opina que el estado de necesidad justificante...autoriza la injerencia de los derechos de personas no implicadas ya en caso de equivalencia de los intereses en conflicto, que el derecho de detención...permite a los particulares la utilización de armas de fuego, etc.”.<sup>75</sup>

No debemos olvidar que ha sido tema de discusión y polémica esta clase de error, en virtud de que en ocasiones se actúa al amparo de una causa de licitud falsa, como el ejemplo de la legítima defensa putativa.

En este sentido el Dr. Enrique Díaz Aranda señala “Cuando el sujeto actúa con dolo típico (porque conoce todas las circunstancias del hecho y tiene la intención de realizar la conducta) pero con la creencia de que concurre una causa de justificación, como sucede en la legítima defensa putativa, se plantea el problema si esto es un error de tipo, error de prohibición u otra clase de error ubicado en la culpabilidad”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> ROMAN QUIROZ, *op. cit.*, p. 207.

<sup>75</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 872.

<sup>76</sup> DIAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del Delito, op. cit.*, p.272.

Díaz Aranda en diversos foros ha manifestado que ésto ha suscitado la discusión de diversos autores en foros internacionales como su maestro español Santiago Mir Puig que ha sostenido que los casos de legítima defensa putativa, se traducen en error invencible y se debe de excluir la tipicidad en la conducta del sujeto.

Sin embargo no debemos de soslayar que para la actualización de la legítima defensa putativa debemos de tomar en cuenta que la conducta del sujeto se encuentra motivada por el surgimiento de una situación concreta, con la creencia errónea de que su actuar se encuentra motivado por una causa de licitud, como se aprecia en la obra “Legítima defensa e imputación objetiva” del Dr. Miguel Ontiveros Alonso, quien citado a Muñoz Conde señala “La utilización de fuerza por parte del que se defiende de una presunta agresión que sólo existe en su mente no puede ser justificada. La justificación o conformidad a derecho es un fenómeno objetivo. Las simples creencias no pueden generar justificación [...]”.<sup>77</sup>

A manera ejemplificativa el Dr. Díaz Aranda señala “Así quien mata al asaltante cuya pistola era de juguete (legítima defensa putativa) sabe que está privando de la vida a otro, y, por lo tanto está obrando con dolo; su error, por tanto, no recae sobre la conducta típica, sino sobre las circunstancias que justifican su conducta”.<sup>78</sup>

Dicho planteamiento resulta interesante, sin embargo desde nuestro particular punto de vista cabe la actualización de otra causa de inculpabilidad diversa como la no exigibilidad de otra conducta, ello, en virtud de que al sujeto no le puede ser exigible racionalmente un comportamiento diverso, ya que se encuentra notablemente disminuido en la posibilidad de determinarse conforme a derecho, así también se puede contemplar actualización de la figura del miedo grave o temor fundado.

---

<sup>77</sup> ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, Editorial INACIPE, México 2004, p. 121.

<sup>78</sup> DIAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del Delito*, op. cit., p. 274.

En tal virtud, de que quien actúa al amparo de una causa de justificación, despliega su comportamiento creyendo que su conducta está permitida al amparo de una causa de licitud, bajo un error de prohibición indirecto.

Nuestros máximos tribunales se han pronunciado en sendos criterios jurisprudenciales, destacando los planteamientos de la séptima época<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA NO CONFIGURADA. La defensa putativa se da cuando el activo se representa erróneamente la existencia de una agresión y realiza los actos de repulsa que caracterizan a la legítima defensa, en cuyo caso falta la conciencia de la ilicitud, porque a virtud del error esencial cree actuar dentro del ejercicio de la excluyente de responsabilidad. En esa virtud para tomar en cuenta el alegato respectivo del inculpado, no es suficiente con que éste mencione que creyó encontrarse ante una agresión inminente, sino que es necesario, como en el caso de la legítima defensa normal que se le opongán otros medios de convicción.

Amparo directo 390/86. Teodosio León Rivera. 19 de febrero de 1987. Mayoría de cuatro votos. Disidente y Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 121-126, Segunda Parte, página 108, tesis de rubro "LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA NO CONFIGURADA."

DEFENSA PUTATIVA Y RIÑA, INCOMPATIBILIDAD DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). Si el evento luctuoso tuvo lugar dentro de un marco de riña, -circunstancia no contemplada como atenuante en el Código Penal del Estado de Sonora-, ello significa que tanto el inculpado como el ofendido actuaron en una situación de ilicitud, merced al animus rigendi que los impulsó a la contienda. Así, como en el fuero interno del acusado estuvo presente el ánimo de reñir, no es posible que opere la defensa putativa, habida cuenta la incompatibilidad de aquél con el animus defendendi, necesario para la estructuración, no sólo de la legítima defensa (real), sino también de la putativa. En efecto, la defensa putativa -cuya naturaleza ha sido destacada como un error de tipo permisivo o error de prohibición indirecto-, no es más que la representación mental de una legítima defensa perfecta, integrada con todos los elementos que el tipo de permisión exige para que se justifique la conducta, entre ellos el ánimo de defensa, esto es, en la esfera de lo subjetivo debe estructurarse la legítima defensa (real); sin embargo, y esa es la razón por la cual la exculpante de referencia se caracteriza como error y se adjetiva como putativa, en el mundo fenoménico, externo u objetivo, se está ante una legítima defensa imperfecta, incompleta, por carecer de alguno de los requisitos que la conforman. En síntesis, en la defensa putativa no hay la adaequatio rei et intellectus, expresión tan cara para los escolásticos; no hay correspondencia entre el mundo histórico o sensible y la subjetividad humana.

Amparo directo 4382/84. Jorge Luis Rodríguez de Luna. 2 de septiembre de 1985. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

Nota: En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro "DEFENSA PUTATIVA Y RIÑA, INCOMPATIBILIDAD DE LA."

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN CASO DE ERROR ESENCIAL E INSUPERABLE. Si es verdad incontrovertible que en la mente del inculpado existió la agresión, aun cuando no en el mundo fenoménico, debe entonces inferirse que se dio la situación de la legítima defensa putativa, si privó de la vida al ofendido en virtud de estar dicho inculpado inmerso en una situación mental de error, al imaginar que el ofendido agredía a su padre; la legítima defensa putativa opera como causa de inculpabilidad -aunque no comprendida dentro del catálogo de excluyentes de responsabilidad, pero sí presente en el espíritu que informa al Código Penal del Estado de Tabasco-, con amplios efectos eximentes, cuando el error sobre la agresión tiene el carácter de invencible, en atención a las circunstancias que rodean el evento luctuoso; lo que ocurrió si el ofendido, luego de injuriar, golpear y amenazar al inculpado con una pistola, de la que después se

Desde nuestro punto de vista existe controversia en este supuesto para el tratamiento del error de prohibición, en virtud de que poco se ha escrito en relación a los efectos que produce la actualización del mismo en relación al tratamiento de la legítima defensa putativa.

No debemos pasar desapercibido que algunos tratadistas lo han denominándolo como error extralegal, y no obstante que algunos de sus supuestos han sido abordados, se exponen a continuación.

En relación al error de subsunción, existe consenso en su tratamiento ya que se considera como error de interpretación, ya que se actualiza como error de prohibición, así como error de tipo o incluso suele considerarse solo como un error irrelevante de punibilidad.

Se actualiza como error de prohibición, cuando se presenta en supuestos de conceptos normativos en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta, pues el sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico, de modo que llega a la conclusión de que no se actualizara la conducta descrita en el tipo con su acción. En este tenor la Dra. Verónica Román

---

supo no tenía balas, le hizo saber que iba a buscar a su padre, precisamente en el momento en que éste llegaba, y hacia quien se dirigió dicho ofendido con la pistola en la mano, y en estas condiciones fue muerto por el inculpado.

Amparo directo 7534/80. Alejandro Manzur Castellanos. 28 de septiembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro "DEFENSA PUTATIVA. CUANDO EL ERROR ES ESENCIAL E INSUPERABLE, EXISTE INCULPABILIDAD."

**LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA NO CONFIGURADA.** La defensa putativa se da cuando el activo se representa erróneamente la existencia de una agresión y realiza los actos de repulsa que caracterizan a la legítima defensa, en cuyo caso falta la conciencia de la ilicitud, porque a virtud del error esencial cree actuar dentro del ejercicio de la excluyente de responsabilidad. En esa virtud, para tomar en cuenta el alegato respectivo del inculpado, no es suficiente con que éste mencione que creyó encontrarse ante una agresión inminente, sino que es necesario, como en el caso de la legítima defensa normal, que se compruebe plenamente esa circunstancia o que no se le opongan otros medios de convicción.

Amparo directo 5617/78. J. Dolores Clemens Reyes. 19 de febrero de 1979. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Antonio Rocha Cordero.

Quiroz señala “cuando un abogado, a consecuencia de una falsa interpretación, considera que no se actualiza el elemento “el mismo asunto jurídico”, deslealtad profesional por traición a la parte o doble defensa por regla general hallará permitida su actividad para ambas partes, o será víctima de un error de prohibición”.<sup>80</sup>

También se materializa en menor proporción el error de validez, cuando efectivamente el sujeto tiene conocimiento del injusto penal, conociendo inclusive la norma prohibitiva, sin embargo aduce la nulidad de la misma, es decir, argumenta causas de nulidad que también se encuentran reconocidas por el ordenamiento jurídico.

## **2.8 Error de prohibición vencible.**

Una vez analizados los supuestos del error de prohibición incluyendo el denominado error de prohibición extralegal, resulta necesario puntualizar sobre la invencibilidad o vencibilidad del mismo, en virtud de que su delimitación nos permitirá pronunciar sobre sus efectos excluyentes o atenuantes.

Algunos autores hacen alusión al error esencial o relevante e inesencial o irrelevante, como el caso de los juristas españoles Cobo del Rosal y Vives Antón, que consideran que a su vez el error esencial se divide en vencible e invencible.

En primer término debemos de analizar el supuesto del error de prohibición vencible, el cual por su estructura resulta complejo en su tratamiento, por ejemplo, en opinión de Roxin existen supuestos en los cuales en virtud de su configuración, su vencibilidad se da justamente en el momento mismo del hecho *v. gr.* “Quien,

---

<sup>80</sup> ROMÁN QUIROZ, *op. cit.*, p. 208.

suponiendo que no hace nada prohibido, entrega una declaración tributaria incompleta e infringe con ello preceptos jurídico tributarios, aún tendría dentro de la confección de la declaración tributaria ocasión de consultar a un asesor fiscal. La culpabilidad deriva de la vencibilidad del error de prohibición, existe con frecuencia por tanto durante la comisión del hecho y está fuera de duda por la culpabilidad por el hecho”.<sup>81</sup>

Dicha situación se presenta cotidianamente dada la importancia que implica acreditar su vencibilidad, por lo que dicho ejemplo resulta claro, ya que el sujeto desconoce por completo la norma jurídica, los alcances de la misma o considera amparada su conducta por una causa de licitud o los alcances de la misma.

El jurista español Enrique Bacigalupo se refiere al error evitable y error inevitable, por su parte Zaffaroni lo denomina error imputable o error no imputable, esto derivado del carácter del mismo o también lo refiere como Bacigalupo, error evitable o error inevitable. Añade además que “Lo cierto es que queda en pie el problema central de la cuestión que nos ocupa: error “vencible” o “evitable” es aquel que puede exigírsele al autor que lo supere y, por consiguiente que pueda reprochársele, y viceversa. Pero de allí no extraemos ninguna regla práctica para individualizar uno y otro supuesto”.<sup>82</sup>

Dicha opinión refleja la trascendencia en relación a la evitabilidad del error, dada su importancia por los efectos que produce, lo que se ha establecido en los Códigos Sustantivos, como el caso del Código Penal para el Distrito Federal que en el artículo 83 señala “(Punibilidad en el caso de error vencible)...

*Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad*

---

<sup>81</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 882-883.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 216.

*será de una tercera parte del delito que se trate...”.*

Como se aprecia en este caso la pena aplicable será atenuada, es decir, se aplicará una tercera parte de la pena, a diferencia del error de tipo vencible en donde el legislador establece que la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización por lo que corresponde aplicar una cuarta parte de la pena.

Sin embargo debemos resaltar que a la fecha no existe consenso y resulta escasa la doctrina y la jurisprudencia, por lo que su vencibilidad se encuentra supeditada a la concepción de quien plantea una defensa, realice una acusación o, en su caso, quien resuelve una controversia jurídica en el ámbito ministerial o jurisdiccional, independientemente del nivel en la procuración o administración de justicia.

Algunos autores se han pronunciado en el sentido de que al actualizarse este error existe una escasa culpabilidad, en virtud de los efectos que en materia de política criminal entraña la misma.

## **2.9 Error de prohibición invencible.**

Ahora damos paso al análisis del error de prohibición de tipo invencible, que se destaca por su complejidad y efectos, ya que en estricto sentido constituye propiamente el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad, dados sus efectos excluyentes de la culpabilidad.

En este tenor, “Invencible es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto la evitabilidad se convierte en un presupuesto de exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición por el contrario, determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque sea con una pena atenuada...”<sup>83</sup>

Bacigalupo resalta de manera notoria los efectos del error de prohibición invencible, ya que como lo señala si el error de prohibición es vencible, solo da lugar a una pena atenuada, en virtud de que el comportamiento del sujeto es típico, antijurídico y culpable, lo que no sucede en el caso del error de prohibición de tipo invencible, en donde por el contrario excluye la culpabilidad, razón por la cual se convierte en un presupuesto de la punibilidad y, por lo tanto, al sujeto no se le aplica pena alguna.

Jescheck en relación a este tema señala “El error invencible de prohibición no le puede ser reprochado al autor, ya que cuando infringe el Derecho quien no se encuentra en situación de conocer el injusto del hecho, aquel no revela ninguna censurable actitud frente al repetido derecho. De ahí que el error de prohibición invencible debe exculpar siempre”.<sup>84</sup>

En este tenor, debemos señalar que como lo refiere el profesor alemán de la Universidad de Friburgo, en el caso del error de prohibición el sujeto actúa sin culpabilidad y, por ende, no es viable que le sea aplicada pena alguna.

Bustos Ramírez considera que el error de prohibición invencible hace las veces de “inexigibilidad de la conciencia del injusto”, en virtud de que “Lógicamente, si ni siquiera se contó (o no se tuvo la duda) con aquella valoración exigida (en caso alguno aparecía imposible de las circunstancias concretas personales y fácticas

---

<sup>83</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, Editorial Hammurabi SRL, edición segunda, Argentina, 2002, p. 123.

<sup>84</sup> JESCHECK, Hans Heinrich, *op.cit.*, p. 413.



en que actúo el sujeto), el sujeto no está en posibilidad de responder por su injusto. No hay un sujeto responsable. Ello no elimina el injusto, por cierto, que seguirá entonces siendo doloso o culposo en relación al sentido y significación de su realización algo completamente diferente a la conciencia de su valor por parte del sujeto”.<sup>85</sup>

Dicho autor hace un planteamiento *sui generis* ya que equipara el tema del error de prohibición (en este caso invencible) con la inexigibilidad de otra conducta, ya que a su parecer el sujeto actúa con pleno desconocimiento de la ley, los alcances de la misma, o en su caso se cree amparado por una causa de justificación o los alcances de esta, y lo denomina “inexigibilidad de la conciencia del injusto”, por lo que no obstante que concretó el injusto penal, actúa inculpablemente, es decir, sin responsabilidad penal.

Como se aprecia en el caso del error de prohibición invencible el sujeto actúa sin culpabilidad, por lo que no le debe ser aplicable pena alguna, a pesar de que su comportamiento es típico y antijurídico, por razones de política criminal no es dable aplicarle una sanción penal.

## **2.10 Efectos del error de prohibición.**

Los efectos del error de prohibición se pueden presentar en dos vertientes, es decir, si se trata de un error vencible o invencible, por lo que resulta trascendental su determinación, ya que conlleva en su caso a que se excluya la culpabilidad y por ende, la aplicación de la pena o, en su caso, que se atenué la misma.

---

<sup>85</sup> JUAN J. Bustos, Ramírez, *Lecciones de Derecho penal, tomo II* Editorial Trota, España 1997, p. 374.

No obstante la importancia y complejidad para acreditar la vencibilidad o invencibilidad, no menos interesante resulta el estudio de sus efectos, los cuales han variado dependiendo de la influencia de los postulados de las teorías que han dado contenido a la culpabilidad.

Se resalta que el contenido político criminal del error de prohibición se concretiza en los efectos que produce y de ahí deviene la importancia de su acreditación, y en su caso determinar si se atenúa o excluye la imposición de la sanción penal.

Existen diversas opiniones respecto de las consecuencias del error de prohibición, que van desde que excluye la culpabilidad hasta la culpabilidad disminuida, por lo que analizaremos las dos vertientes, si se trata de un error evitable o inevitable como lo señala Maurach.

### **2.10.1 Efectos excluyentes.**

Como se refirió el error de prohibición invencible produce efectos excluyentes de la culpabilidad, en consecuencia quien actúa bajo este supuesto no le es aplicable pena alguna.

En este sentido Maurach señala de manera clara y concisa que “El error de prohibición inevitable simplemente excluye la culpabilidad”.<sup>86</sup>

Nos pronunciamos en el mismo sentido que el Profesor alemán, ya que el error de prohibición invencible constituye el aspecto negativo de la culpabilidad, en este tenor excluye el juicio de reproche que se le debía formular al autor en virtud de su comportamiento típico y antijurídico, ya que no actúa culpablemente.

---

<sup>86</sup> MAURACH, *op. cit.*, p. 668.

Jakobs de manera somera y concisa en relación a las consecuencias jurídicas del error de prohibición señala “Siempre que el autor no sea responsable del error, no responde, por falta de culpabilidad”.<sup>87</sup>

Como se aprecia Jakobs coincide con el pensamiento de Maurach en relación a los efectos que produce el error de prohibición invencible, ya que ambos coinciden que se actúa sin culpabilidad y por ende sin responsabilidad penal.

Bacigalupo, por su parte, en lo tocante a este tema hace referencia a que “La dependencia de la exclusión de la punibilidad de la evitabilidad del error es explicable desde dos puntos de vista. Pero en todo caso, dogmáticamente la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad”.<sup>88</sup>

El jurista español coincide con los autores citados con antelación, por lo que existe coincidencia en relación al tratamiento de los efectos excluyentes de la culpabilidad, tratándose del error de prohibición invencible.

Y es que no debe pasar inadvertido el aspecto político criminal del error de prohibición, ya que el Estado ha optado por excluir la aplicación de la pena por falta de culpabilidad, al considerar la capacidad ético-social de las personas<sup>89</sup>, en correspondencia a la teoría de la culpabilidad.

---

<sup>87</sup> JAKOBS, *op. cit.*, p. 681.

<sup>88</sup> BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>89</sup> El principio de responsabilidad. Tiene como principal postulado que la responsabilidad penal tiene su origen en la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad.

### 2.10.2 Efectos atenuantes.

Ya se destacaron los efectos excluyentes del error de prohibición en el supuesto de que éste sea inevitable, sin embargo, existe la posibilidad de que el mismo sea evitable o vencible, en este supuesto sus efectos serán atenuantes de la pena.

Al concretarse esta situación se sobreentiende que se ha concretado el injusto penal e inclusive se ha actuado culpablemente, sin embargo, en virtud de que se actualiza el supuesto de prohibición vencible, se actúa con culpabilidad disminuida y como consecuencia la pena aplicable será atenuada.

También deben destacarse nuevamente el aspecto Político Criminal de esta figura, ya que el Estado ha permitido que no obstante de que se despliegue un comportamiento típico, antijurídico y culpable, en caso de actualizarse el error de prohibición de tipo vencible, debe de haber una disminución de la sanción a imponer, lo que se traduce en la atenuación de la pena.

En relación a esto Roxin señala “Si el error de prohibición fue vencible, tiene lugar una reducción facultativa al marco penal correspondiente al dolo. La rebaja solo facultativa del marco penal correspondiente al dolo resulta problemática. Pues en el caso normal de la culpabilidad del sujeto se reducirá de manera no poco considerable por su buena fe. Solo existe una excepción cuando el error de prohibición del sujeto se basa en su hostilidad al derecho”.<sup>90</sup>

Dicha atenuación se ha entendido de diversa manera, ya que en cierto momento se consideró por algunos legisladores que la pena a aplicar debía ser la del delito culposo, así se plasmó en la mayoría de las legislaciones estatales, sin embargo en el Código Penal Federal, en el artículo 66 se establece:

---

<sup>90</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 892.

“...Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate”.

Es decir, la pena es superior a la aplicable en el caso de los delitos culposos, que como sabemos es de una cuarta parte de la pena.

En el caso del Código Penal para el Distrito Federal vigente desde el día 12 de noviembre del 2002 se establece en el artículo 83, de la siguiente manera:

“Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate”.

El tratamiento en los Códigos Punitivos del Distrito Federal y Federal es similar, con la salvedad de que en el Código Penal Federal se le confiere la potestad al juez de imponer “hasta la tercera parte” de la pena aplicable y en el Código para esta entidad federativa señala de manera tajante que la pena aplicable “será una tercera parte”.

## **2.11 Actualidad del error de prohibición en el derecho mexicano.**

Abordado lo anterior, es dable preguntarnos si esta figura tiene aplicación en el ámbito de la administración y procuración de justicia.

En virtud de que se ha hecho alusión que con los postulados de la teoría de la acción final se da un reajuste en la sistemática penal, por lo que la culpabilidad se vacía de los contenidos psicológicos y se conforma sólo con elementos de tipo normativo.

Es decir, se traslada al dolo y a la culpa a la tipicidad, despojándose además al dolo de la conciencia de la ilicitud, quedando integrada solo por el elemento intelectual y volitivo.

Esto trajo consigo la aparición del error de tipo vinculado al dolo y el error de prohibición vinculado a la conciencia de la ilicitud, por lo que se deja atrás la antigua clasificación del error de hecho y error de derecho.

En esta tesitura, podemos resaltar que el tema del error de prohibición es relativamente nuevo en nuestro país, como referimos se estableció de esta manera en el Código Penal para el Estado de Veracruz y posteriormente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal en el año de 1984, quedando con posterioridad como lo conocemos ahora, destacándose que anteriormente se establecía en el citado ordenamiento para el Distrito Federal, en el artículo 9° “La presunción de intencionalidad”, es decir, se estableció que *la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario*, por lo que no obstante de que el sujeto actuara con desconocimiento o con la creencia errónea, dicho error no destruía esa presunción de intencionalidad, ya que éste se encontraba íntimamente relacionado con el tema del dolo, por lo que a pesar de que se acreditara que el sujeto no actuaba dolosamente, no destruía la multicitada presunción de intencionalidad.

Esta situación no permitía que se invocara un supuesto de error como excluyente de la responsabilidad penal, principalmente en el tema del error de derecho, y solo se contemplaba ciertos efectos para el error de hecho.

Dicha tendencia fue seguida por los Códigos Sustantivos de las entidades de la República.

Esto trajo como consecuencia las reformas al Código Penal en el año de 1984, donde se dan los primeros esbozos a la regulación del error de tipo y prohibición, sin embargo, como lo señalamos fue deficiente.

Dada esta situación en el año de 1994 se propicia una reforma integral al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal y se establece de manera adecuada la regulación del error de tipo y de prohibición, señalándose sus efectos excluyentes y atenuantes, según se tratara de error vencible o invencible.

Esta regulación continúa vigente en la actualidad y con la entrada en vigor el día 12 de noviembre del 2002 del entonces denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece como una causa de exclusión del delito, en el artículo 29, cabe mencionar que de igual manera se encuentra aún en el Código Sustantivo Federal en el artículo 15.

Esta corriente fue seguida por la mayoría de las entidades federativas que conforman nuestro país, y a la fecha resulta grato observar la tendencia hacia la armonización de criterios, sin embargo, no se ha logrado íntegramente, por lo que resulta necesario la homologación de los Códigos Punitivos, idea que ha sido impulsada desde el año de 1963 por el ilustre jurista Don Celestino Porte Pettit, en la comisión para la formulación del Código Penal Tipo para Latinoamérica, ya que en la actualidad dada la diversidad de tipos y sanciones penales en los Códigos que conforman la República Mexicana y el tratamiento diverso de figuras como en el caso del error de prohibición conllevan a diversos criterios.

En la actualidad se aprecia en el derecho penal mexicano, existe una regulación adecuada, ya que a la fecha se establecen los efectos que produce, sin embargo, dado su poco tratamiento no existen criterios sólidos y uniformes para determinar

las directrices para su vencibilidad e invencibilidad, éste es justamente el reto que enfrentamos y el motivo por el cual se desarrolla la presente exposición.

## **2.12 El error de prohibición en el ámbito de la procuración y administración de justicia.**

Abordado lo anterior, debemos preguntarnos ¿Tiene aplicación el error de prohibición en el ámbito de la procuración y administración de justicia?

Cuestionamiento al que se le da una rápida respuesta y lamentablemente debemos de precisar que no, ya que no obstante que en la presente exposición hicimos alusión, entre otras situaciones a sus aspectos Político Criminales, y que encontramos consenso en la doctrina de que en el caso de supuestos específicos el Estado renuncia a la aplicación de una pena o medida de seguridad; resulta pertinente señalar que la falta de invocación y tratamiento de esta figura, es motivada justamente por el desconocimiento de la misma.

Este se observa desde que el Agente del Ministerio Público toma conocimiento de un hecho y después de haber realizado su investigación no aprecia la actualización de esta causa de exclusión del delito, lo desconoce o en el mejor de los casos la aprecia, sin embargo, al resolver este asunto y realizar el estudio del cuerpo del delito comprobando la actualización de los elementos que conforman la figura delictuosa materia de la investigación, considera que las causas de exclusión del delito son analizadas solo por el juzgador, de acuerdo a la redacción del penúltimo párrafo del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal

*...Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado*



*del proceso...*

No obstante debemos resaltar que ésto mas bien constituye una falta de técnica jurídica del legislador en la redacción del citado párrafo, ya que se debe referir justamente al procedimiento penal que abarca desde la etapa de averiguación previa hasta el proceso propiamente dicho, por lo que dicha causa de exclusión del delito debe ser analizada oficiosamente al realizar el estudio de la probable responsabilidad, y en caso de actualizarse conlleva a proponer el no ejercicio de la acción penal, como lo establece la fracción V del Reglamento a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como el Acuerdo A/003/99 emitido por el C. Procurador.

Esto aunado al contenido del artículo 3° bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece el procedimiento a seguir en el caso de que se encuentre acreditada plenamente en la etapa de averiguación previa una causa de exclusión de la responsabilidad penal.<sup>91</sup>

Por lo que el Agente del Ministerio Público oficiosamente, o cuando así lo invoque el indiciado o la propia defensa debe de realizar el estudio de esta causa de exclusión y materializar el aspecto político-criminal de esta figura.

---

<sup>91</sup> Artículo 3o Bis.- En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, se actuará de conformidad con lo siguiente:

I. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa con detenido, dentro del plazo a que se refiere el artículo 268 Bis de este Código, el Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, determinará el no ejercicio de la acción penal y ordenará la libertad inmediata del detenido. Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad bajo las reservas de ley, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido.

II. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa sin detenido, se seguirán los plazos y formalidades a que se refiere este Código para la integración de las averiguaciones previas en general. En cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, la determinación del no ejercicio de la acción penal se notificará al querellante, denunciante u ofendido, mediante notificación personal, para el ejercicio, en su caso, del derecho a que alude el cuarto párrafo del artículo 21 Constitucional.

En el ámbito de la administración de justicia, debemos decir que a la fecha son pocas los autos o sentencias dictadas por la autoridad judicial donde se ha invocado como causa de exclusión el error de prohibición, ya que como se señaló oficiosamente es nulo su estudio.

En este sentido podemos citar que tuvimos conocimiento de dos autos de plazo constitucional dictados por el mismo Juzgador del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y se destaca que se sólo trata de Autos de Plazo Constitucional y no de Sentencias.

En estas resoluciones la autoridad judicial se pronunció sobre el error de prohibición, en su especie de que la conducta se encontraba amparada por esta causa de exclusión, sin embargo, dicho pronunciamiento es de tipo vencible.

Por razones de confidencialidad se reseñaran omitiendo los nombres de las personas involucradas, así como las fechas en que acontecieron.

Caso uno.

Con el antecedente de una investigación sobre un asunto de privación ilegal de la libertad, en su modalidad de secuestro, previo pago del rescate se logra la liberación del sujeto pasivo, sin embargo los sujetos activos con conocimiento de que la familia del referido agraviado cuentan con bienes acuerdan la entrega de más bienes consistentes en los documentos que acreditan la propiedad de dos vehículos, señalan como hora para la entrega aproximadamente las 23:00 o 24:00 horas, cerca de un conocido parque de diversiones, la Policía continuando con la investigación logra rastrear las llamadas que realizaban los secuestradores, así como la ubicación de las casetas telefónicas desde donde las realizaban, por lo que se instruye a los elementos policíacos para que en auxilio del Agente del

Ministerio Público realicen un operativo para lograr la detención de los secuestradores, ubicando a dos personas, las cuales son aseguradas, al identificar la camioneta donde tuvieron plagiada a la víctima, por lo que se dirigen a presentar ante el Ministerio Público a los sujetos activos, sin embargo, deciden parar en el lugar que habían señalado para la entrega de los documentos que acreditaban la propiedad de los vehículos.

En ese momento, uno de los elementos policíacos del sexo femenino manifiesta que tiene ganas de ir al baño y otro policía del sexo masculino le contesta que la acompaña ya que también quiere hacer del baño, por lo que caminan adentrándose hacia el parque de diversiones, destacándose la escasa visibilidad y la maleza del lugar. En primera instancia el elemento del sexo femenino le encarga su radio de comunicación y arma de cargo, se introduce a la maleza y al regresar solicita su devolución, siendo en ese momento que su compañero se introduce y escucha un ruido diciendo “sácate perro”, momento en que recibe dos impactos de bala que lo privan de la vida.

Realizada la investigación se determina que dichos disparos fueron realizados por un elemento de otra corporación policíaca que se encontraba realizando investigaciones obre el mismo asunto, y tenía conocimiento que en ese lugar se iba a hacer entrega del pago del rescate y liberación de la víctima, aduciendo en todo momento que desconocía las acciones que se encontraban realizado los elementos de la otra Institución de Procuración de Justicia, situación que fue corroborada por dos elementos policíacos compañeros de éste, inclusive dicho elemento agregó que el sujeto pasivo al llegar al lugar al que se encontraba dijo "te va a llevar la chingada", señalando que al momento de realizar los disparos corto comunicación y no espero instrucciones de sus superiores para actuar.

Practicadas las diligencias pertinentes el Agente del Ministerio Público estimó procedente ejercitar acción penal por el delito de HOMICIDIO DOLOSO, sin

embargo, la autoridad judicial al resolver la situación jurídica de éste consideró oficiosamente invocar como causa de exclusión: el error de prohibición de tipo vencible, señalando que el sujeto activo al formar parte de un cuerpo policíaco se encuentra entrenado para este tipo de situaciones, ya que ha recibido una preparación y adiestramiento especial, además de que contaba con equipo de transmisión y es diestro en el manejo de armas, por lo que pudo haber actuado de una manera diversa, previendo además la identidad de los secuestradores e inclusive, sin orden alguna corto comunicación, por lo que actuó ante una falsa creencia de la realidad, considerando que era objeto de una agresión, sin embargo, antes de desplegar este comportamiento tuvo otras posibilidades de actuar, las cuales no agotó, de ahí que esa falsa creencia era vencible, por lo que solo se atenuó la sanción penal aplicable.

#### Caso dos.

Afuera de una conocida cadena de farmacias se encontraba la camioneta de una empresa proveedora de medicinas, en ese momento, pasa por el lugar una unidad de la Policía judicial sin balizar (sin distintivos policíacos), con tres elementos abordó, y se percatan que dicho vehículo se encontraba con las puertas abiertas y afuera del mismo un sujeto vestido de civil, quien portaba a la altura de la cintura un arma de fuego y un aparato de comunicación. Por lo que en virtud de los múltiples robos que se han presentado en esa zona y la actitud sospechosa del sujeto, los elementos policíacos se acercan preguntándole qué hacía ahí, sin responder éste, sino que por el contrario comienza a caminar para alejarse del lugar usando el aparato de comunicación, al percatarse que era seguido por los policías, camina más rápido y corre, por lo que es seguido pie tierra por un elemento policíaco, mientras los otros dos abordan la patrulla y emprenden su persecución, en determinado momento el sujeto se esconde atrás de un árbol y

los policías le gritan que salga, en ese momento uno de ellos efectúa un disparo de advertencia, y es cuando el sujeto también efectúa varios disparos y le causa lesiones a uno de los policías, instante en que se identifican como elementos de la Policía Judicial y lo aseguran, al rendir su declaración dicho sujeto señaló ser militar retirado, por lo que cuenta con permiso para portar arma de fuego, que trabaja para la empresa farmacéutica como custodio, agregó que los elementos judiciales no le mostraron identificación alguna y que se encontraban armados cuando se acercaron, por lo que pensó que era un asalto, que cuando se disponía a hablar por teléfono para reportar esa situación a su superior se inicia su persecución, por lo que actuó con la creencia que eran asaltantes y no obstante de quien haya disparado primero, pensó que era perseguido por delincuentes que se encontraban armados, por lo que desconocía que eran elementos policíacos. Su dicho se corroboró con la declaración de dos de sus compañeros de labores y del encargado de la farmacia a la cual se estaba surtiendo medicina.

Estos casos fueron abordados a nivel de auto de plazo constitucional, y fueron estudiados por la misma autoridad judicial, es decir, por un solo Juzgador adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, lo que denota que existe la inquietud de algunos Juzgadores de realizar oficiosamente el estudio de los niveles del delito, excepción que se debería actualizar en más asuntos.

No obstante lo anterior debemos señalar las implicaciones al dictar una resolución en la que se invoquen causas de exclusión del delito como la que se estudia, ya que no obstante los excelentes juristas que han traído a nuestro país los postulados de la moderna teoría del delito, como es el caso del Dr. Moisés Moreno Hernández, el Dr. Enrique Díaz Aranda y la Dra. Verónica Román Quiroz, se encuentra todavía una gran oposición en algunos sectores de la procuración y administración de justicia, así como de abogados litigantes, al grado de que quien escribe tuvo conocimiento de que a dicha autoridad, por invocar esta excluyente le fue iniciada una averiguación previa, situación a todas luces aberrante, ya que la

ignorancia, no se puede traducir en persecución hacia los servidores públicos preparados.

Contrario a esto se requiere cada día gente más capaz, como el Juzgador que dictó estas resoluciones judiciales.

A continuación vamos a citar un caso de otro integrante del Poder Judicial del Distrito Federal, de los cuales se reserva su identidad y que al igual que el Juez que resolvió los dos casos anteriores, emitió una resolución a nivel de sentencia en que determinó que no obstante de que se encontraba acreditado el cuerpo del delito de RETENCIÓN DE MENOR, el sujeto activo que en este caso era la madre del menor actúo bajo un error de prohibición vencible.

### Caso Tres.

Derivado de un juicio de orden familiar respecto del régimen de convivencias, la autoridad judicial dicta una resolución, en la cual ordena que se lleven a cabo convivencias entre una menor de edad y su padre, la cual es recurrida, en tal virtud, los abogados que patrocinan a la madre le señalan que consideran que es una resolución ilegal, que no ha causado estado, por lo que la recurren mediante la interposición de un recurso, manifestándole que no tiene la obligación legal de presentar a la menor en el Centro de Convivencias, situación que acontece en diez ocasiones, por lo que el padre realiza la *noticia criminis* ante el Agente del Ministerio Público. Realizadas las diligencias necesarias, dentro de las que se destacan los informes del Centro de Convivencias en los que se señala que efectivamente el padre de la menor asistió a las mismas y que por el contrario la madre no presentó a la menor a dichas convivencias, por lo que se ejercita acción

penal en contra de la madre de la menor por el delito de RETENCIÓN DE MENOR (hipótesis de no permitir las convivencias decretadas por la autoridad judicial).

En la tramitación del proceso la madre de la menor argumenta que no es perito en derecho, por lo que contrato un bufete de abogados para que se hicieran cargo del asunto, los cuales llevan la tramitación del mismo y únicamente le indicaban como proceder, por lo que el día que le fue notificada la resolución que ordenaba dichas convivencias, se presentó con sus abogados para preguntarles si tenía que cumplir con las convivencias que se le ordenaban, informando éstos que por tratarse de una resolución ilegal y que había sido recurrida mediante la interposición de un recurso no existía la obligación de dar cumplimiento a la misma, situación que se corroboró con el atestado de dichos abogados.

La defensa invocó como causa de exclusión el error de prohibición de tipo invencible, sin embargo, el Juzgador determinó que efectivamente la procesada actuó bajo la circunstancia de un error de prohibición sobre los alcances de la norma, determinada su ignorancia por los profesionistas que la asistieron en los trámites inherentes al juicio, sin embargo, dicha circunstancia se pudo evitar empleando la diligencia normal que estaba a su alcance al concretarse las circunstancias del hecho, ya que debió de haber dado cumplimiento a lo determinado por la autoridad, evitando con ello ubicarse en el supuesto normativo del tipo penal de RETENCION DE MENOR, aunado a que contaba con diversas alternativas de acción, las cuales no agotó, por lo que le era exigible un comportamiento diverso, ya que actuó con plena libertad de autodeterminación, ante la evidencia de factores que constriñen su actuar.

Por lo que ante este supuesto le fue impuesta una pena atenuada.

Dicha resolución fue recurrida por la defensa al considerar que tal como lo habían planteado se actualizaba la excluyente de error de prohibición de tipo invencible,

turnándose dicho expediente a la Sala Penal correspondiente, sin embargo fue otorgado el perdón, lo que nos impidió conocer la resolución que iba a dictar la citada autoridad judicial.

Se aprecia del estudio realizado por la autoridad judicial, que efectivamente el sujeto pasivo actualizó la conducta descrita en el tipo, es decir, se acreditó plenamente que esta cometió un delito, sin embargo a nivel de culpabilidad esta se encuentra disminuida al actualizarse el error de prohibición de tipo vencible, y por ende le fue aplicada una pena atenuada.

Esta excepción que realizó el juez que tuvo a su cargo este asunto, al entrar al estudio de la excluyente de culpabilidad debe ser un ejemplo para otros juzgadores para invocarla oficiosamente, situación que también debe realizarse en el ámbito ministerial, para lograr con esto materializar el contenido político-criminal del error de prohibición.

Por otro lado cabe resaltar que la Jurisprudencia emitida en nuestro país es poca, en relación al tema del error de prohibición y en nada contribuye a la interpretación de los contenidos de la ley, ni a una mejor estudio del mismo, esto pese a que las reformas acontecidas en el año de 1984, que permitieron establecer el error de tipo y error de prohibición como actualmente se encuentran establecidos en los Códigos Sustantivos Federal y Local.

Nos permitimos agregar en el presente ensayo las tesis y jurisprudencias encontradas en el Disco Compacto IUS 2008 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*No. Registro: 233,972*  
*Tesis aislada*  
*Materia(s): Penal*  
*Séptima Época*



*Instancia: Primera Sala*  
*Fuente: Semanario Judicial de la Federación*  
*Tomo: 217-228 Segunda Parte*  
*Tesis:*  
*Página: 28*  
*Genealogía:*  
*Informe 1987, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 31, página 21.*

**ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN.**

*Cuando el sujeto activo desde un principio alude a la marihuana como objeto de su conducta reprochable, debe inferirse que no pudo existir "error de tipo", ni "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", a que se refiere como causa excluyente de responsabilidad el artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, ya que para que cualquiera de estos conceptos se actualice se requiere que el error sea de carácter invencible o insuperable.*

*Amparo directo 1472/86. Guadalupe Alvililar Catalán. 2 de febrero de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Secretario: Francisco Salvador Pérez.*

*Séptima Epoca, Segunda Parte:*

*Volúmenes 205-216, página 21. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.*

*Volúmenes 193-198, página 23. Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.*

*Volúmenes 193-198, página 27. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.*

*Volúmenes 187-192, página 29. Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.*

*Volúmenes 139-144, página 88. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna.*

*Véase:*

*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, tesis 148, página 84, bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION."*

*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, tesis relacionada con la jurisprudencia 107, página 229, bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE."*

Nota:

*En los Volúmenes 193-198, página 27, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION, NO CONFIGURACION DE LAS EXCLUYENTES DE (DELITO CONTRA LA SALUD)."*

*En los Volúmenes 193-198, página 23, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE HECHO SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO. DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCION ILEGAL AL PAIS DE UNA DROGA."*

*En los Volúmenes 187-192, página 29, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICION CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD."*

*En los Volúmenes 139-144, página 88, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE."*

No. Registro: 386,722

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 217-228 Segunda Parte

Tesis:

Página: 28

Genealogía:

Informe 1987, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 30, página 20.

### **ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO.**

*Cuando las declaraciones del acusado revelan que éste tenía noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito no puede considerarse que aquella actividad la hubiese realizado bajo una situación de error o ignorancia invencibles sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta y por tanto no se justifica el error de prohibición directo a que se refiere el artículo 59 bis del Código Penal Federal, ya que para que así ocurra se requiere la demostración de que el acusado haya actuado bajo una situación de error con las características arriba mencionadas, motivada por el extremo atraso cultural y el aislamiento social.*

*Amparo directo 1472/86. Guadalupe Alvillar Catalán. 2 de febrero de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Secretario: Francisco Salvador Pérez.*

Séptima Época:

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de octubre de 1986. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 76/86. Alcibiades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 36/86. Aurelio García Luna. 14 de abril de 1986. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de junio de 1985. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 9435/84. Gregorio Vázquez Rentería. 5 de junio de 1985. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 10327/84. Agapito Mata Martínez. 31 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervacio Rodríguez y coagraviados. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena.*

*Informe 1987, página 20. Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.*

*Nota:*

*Reitera tesis de jurisprudencia, Séptima Época, Volúmenes 205-216, Segunda Parte, página 59, bajo el rubro "ERROR DE PROHIBICION DIRECTO."*

*En el Informe de 1987, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE PROHIBICION DIRECTO. DELITO CONTRA LA SALUD."*

*No. Registro: 231,682*

*Tesis aislada*

*Materia(s): Penal*

*Octava Época*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación*

*Tomo: I, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1988*

*Tesis:*

*Página: 637*

### **SALUD, DELITO CONTRA LA. PENA ATENUADA.**

*No es procedente aplicar la pena que prescribe el artículo 59 bis del Código Penal Federal, porque esta disposición limita el error de prohibición como una cosa especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de poder imponer una pena atenuada e inclusive de tratamiento de libertad y en el caso el acusado no rindió ninguna prueba de su aseveración, pues si bien en preparatoria manifestó no saber leer ni escribir, también es*

*cierto que al declarar ante la policía judicial federal, que ratificó ante el Ministerio Público Federal, expresó que se le propuso la siembra de amapola y que al cosecharla y venderla se le daría la mitad de lo que se obtuviera, lo que aceptó, lo que revela que el sentenciado tenía una clara noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito, reprobable jurídicamente, lo que excluye que la hipótesis que se examina lo puede beneficiar.*

*TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.*

*Amparo directo 53/88. Pablo Sandoval Hernández. 18 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Robustiano Ruíz Martínez. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.*

*Véase:*

*Jurisprudencia 30, Primera Sala, del informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente en el año de 1987.*

### **ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN.**

*En el **error**, el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta, en el tipo penal, ya porque tal **error** recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el **error** de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.*

*Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna.*

*NOTA (2):*

*Esta tesis también aparece en:*

*Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 38, página 22.*

*Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 139-144 Segunda Parte. Tesis: Página: 88. Tesis Aislada.*

## **CONCLUSIONES.**

**PRIMERA:** El error de prohibición se actualiza cuando el sujeto realiza su conducta creyendo que su actuar está apegado a derecho o bajo el amparo de una causa de licitud, por lo que constituye el aspecto negativo de la conciencia de la antijuridicidad, y por ende es una causa de inculpabilidad.

**SEGUNDO:** Del análisis de las legislaciones Federal, Local y de los Estados, se determina que el error de prohibición se puede subdividir en:

- Error de prohibición sobre la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma (directo).
  
- Error de prohibición sobre una causa de justificación (indirecto).

**TERCERA:** El error de prohibición debe ser analizado en el ámbito de la culpabilidad, en virtud de que con la evolución de la teoría del delito, se despoja al dolo de la “conciencia de la antijuridicidad”, estudiándose ahora en ese nivel del delito.

**CUARTA:** El error de prohibición tiene efectos excluyentes de la culpabilidad y de la pena si es invencible, ya que no se le puede exigir al sujeto que se comporte bajo reglas que desconocía, debido a su situación sociocultural.

**QUINTA:** El error de prohibición tiene efectos atenuantes de la culpabilidad y de la pena, si es vencible de conformidad con el artículo 66 del Código Penal Federal y la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate, para el caso del

Código Penal vigente para el Distrito Federal la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.

**SEXTA:** El error de prohibición como todas las causas de exclusión del delito, para su acreditación debe de estar sujeto a prueba, es decir, debe de ser comprobado de forma fehaciente.

**SEPTIMA:** El error de prohibición representa uno de los temas más controvertidos en la teoría del delito, dada la diversidad de opiniones imperantes en la doctrina.

**OCTAVA:** La jurisprudencia dictada al respecto es poca y en nada contribuye a la interpretación de la ley, ni a la mejor comprensión de este tema.

**NOVENA:** En el ámbito de la procuración es nulo el tratamiento del error de prohibición, sin embargo tratándose de la administración de justicia es escaso, no obstante existe inquietud de algunos juzgadores en abordarlo como causa de exclusión del delito.

## FUENTES DE INVESTIGACIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LOPEZ, Miguel A., *El delito y la responsabilidad penal*, Editorial Porrúa, México 2006, 493 pp.

BELING, Ernest von, *La doctrina del delito-tipo*, en esquema de derecho penal, traducido por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Argentina, 1944, 210 pp.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trota, España 1997, p. 431.

DIAZ ARANDA, Enrique, *El Dolo*, Editorial Porrúa, México 2000, 270 pp.

\_\_\_\_\_, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, 425 pp.

\_\_\_\_\_, *Teoría del Delito*, Editorial ENRIQUE DIAZ-ARANDA, México 2006, 340 pp.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, traducción Joaquín Cuello Contreras y otros, Editorial Marcial Pons, segunda edición, España 1997, 111 pp.

\_\_\_\_\_, *Moderna Dogmatica Penal*, Editorial Porrúa, segunda edición, México 2006, 787 pp.

\_\_\_\_\_, *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Editorial Flores Editor y Distribuidor S.A de C.V., México 2007, 849 pp.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosh, España 1981, 1321 pp.

LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial REUS (S.A.), décimo octava edición alemana traducida, España 1926, 545 pp.

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, quinta edición, México 2003, 675 pp.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Juan Córdoba Roda, Editorial Ariel, España 1963, 638 pp.

MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor; segunda edición, México 1990, 459 pp.

MUÑOZ CONDE, Francisco y otro, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, quinta edición, España 2002, 243 pp.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, Editorial INACIPE, México Distrito Federal 2004, 321 pp.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, segunda edición, México 1999, 456 pp.

ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Editorial Porrúa, segunda edición, México 2007, 319 pp.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros, editorial Civitas, segunda edición alemana, Madrid 1997, 1071 pp.



\_\_\_\_\_, *La teoría del delito en la discusión actual. Traducción Manual A. Abanto Vázquez*, Editorial Grijley Lima, primera reimpresión, Lima Perú 2007, 562 pp.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *La culpabilidad*, Editorial INDEPAC, México 2000, 235 pp.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, traducción profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición castellana, Chile 1993, 343 pp.

\_\_\_\_\_, *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*, traducción José Cerezo Mir, Editorial Julio Cesar Faria Editor, reimpresión de la primera edición castellano, España 2001, 131 pp.

ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, 491pp.

\_\_\_\_\_ y otros, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Porrúa, México 2001, 543 pp.

## **HEMEROGRAFÍA**

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés “El error en el Derecho mexicano”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, *Ius Poenale*, México 1999.

## **LEGISLACIÓN.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, 2008.

Código Penal Federal, Editorial Sista, 2008.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, 2008.

Código Penal para el Estado de Coahuila, Editorial Sista, 2008.

Código Penal para el Estado Nuevo León, Editorial Sista, 2008.

Código Penal para el Estado de Veracruz, Editorial Sista, 2008.

Código Penal para el Estado de México, Editorial Sista, 2008.

#### **OTRAS FUENTES.**

Disco Compacto CD IUS 2007 editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Apuntes sobre la cátedra de *Teoría de la Culpabilidad*, impartida por el Dr. Moisés Moreno Hernández, División de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho Penal en la Facultad de Derecho, agosto-diciembre 2005, clase del día 15 de noviembre del 2005.