

Unidad 8

- Excluyentes de culpabilidad.

CAUSAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD

Son especiales situaciones que concurren en la ejecución del hecho realizado por quien siendo imputable, no se le puede reprochar su conducta, como por ejemplo el caso fortuito, la violencia moral, la no exigibilidad de otra conducta y la ignorancia o el error. En este último caso no hay dolo y corresponde a la excluyente de incriminación por inculpaible ignorancia. En las causas de exclusión de la culpabilidad, al igual que en las de inimputabilidad, la antijuricidad permanece incólume, lo que permite la exacción de responsabilidad civil.

En la concepción psicológica la inculpaibilidad resulta de causas específicas que afectan al hecho psicológico; tales son el error, la ignorancia y la coacción. En cuanto a la concepción normativa, la inculpaibilidad resulta del reverso de la exigibilidad, que funda la reprochabilidad, o sea del principio general de la no exigibilidad de otra conducta, apto para funcionar supralegalmente, y del cual las causas específicas de inculpaibilidad serían simples ejemplos.

LA VIOLENCIA MORAL

La violencia moral o coacción representa la colisión que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones y haciendo que los actos se realicen con extrema disminución de la posibilidad de elección entre el mal de cometer un delito y el propio mal que lo amenaza.

La excluyente consiste en obrar en virtud de miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. Lo fundado e irresistible del temor son valores que habrán de ser justipreciados por el juez, tomando en cuenta el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la

naturaleza más o menos débil del amenazado.

Es requisito para que opere la excluyente que el mal que amenaza sea mayor o, al menos, igual que el causado para evitarlo; aunque la valoración de ambos no se exige con criterio riguroso, basta que el agente obre creyendo de buena fe en la mayor gravedad del mal que amenaza y, además, que no pueda ser evitado de otro modo más practicable y menos perjudicial.

Algunos autores pretenden que quienes desempeñen ciertas funciones (guardianes nocturnos, militares, etc.) el grado de miedo o temor ante una amenaza, deberán soportarlo a niveles muy diversos de los correspondientes al común de las gentes.

"La excluyente de miedo grave está integrada por los siguientes elementos: que con anterioridad al acto culminante de la defensa que provoca el miedo haya habido de parte de la contraria una amenaza grave, inminente y determinada, a la vida o a los bienes; que en el momento de producirse la colisión o el encuentro del amenazante y del amenazado, aquél, por su actitud o vías de hecho, haya hecho creer al segundo, fundadamente, que iba a ejecutar la amenaza, poniendo en peligro su vida, y que en el momento preciso de la agresión que se temía, el amenazado repeliera esa agresión. De no aceptarse la concurrencia de esos elementos como excluyente de miedo grave se incurriría forzosamente en el absurdo de admitir que todo individuo amenazado, según su propio criterio y con fundamento en amenazas vagas e indeterminadas, eran solo la presencia del amenazante tomara la iniciativa de agredirlo" (Amparo 88() 839-2da. Informe 194, pág. 52 y 53, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

MIEDO GRAVE Y LEGÍTIMA DEFENSA.

Las excluyentes de legítima defensa y de miedo grave no pueden coexistir referidas a un solo hecho. (Suprema Corte de justicia de la Nación. Tesis 219, Pág. 125, Tomo II Apéndice al Semanario judicial de la Federación 1917-1995).

MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO, CONCEPTO DE.

El miedo grave o el temor fundado sólo excluyen el carácter delictuoso del resultado objetivo, cuando el agente ejecuta los hechos ilícitos bajo un estado psicológico que nulifica su capacidad de entender y de querer tanto la acción como su resultado. (Suprema Corte de justicia de la Nación Tesis 217, Pág.124, Tomo II Apéndice al Semanario judicial de la Federación 1917-1995).

No hay duda de que el hombre a pesar de los embates que sufre en el camino de su existencia, ama la vida; salvo casos muy excepcionales, aun los seres más desgraciados, quieren vivir, porque la esperanza de mejorar, de alcanzar algún beneficio, y de disfrutar de aquélla, los obliga a defenderla, aun a trueque de seguir sufriendo sus inclemencias.

Al sujeto que se siente acosado por el miedo insuperable no se puede exigir que valore correctamente sus deberes, ni sus actos de reacción pueden ser voluntarios, ni tampoco, ha de producirse la conexión psíquica del proceso representativo e intelectual, característico de la volición, porque su enfermedad, o trastorno psíquico, no le permitirá llegar a la valoración de su propia conducta, que está viciada y destruida por el miedo, generado a la vez, por causas endógenas y exógenas de mucho relieve. El sujeto, poseedor de miedo insuperable no hace lo que quiere, no puede comprender lo que hace, es decir lo que la fórmula psicológica de la imputabilidad según Sebastián Soler, señala como límite mínimo, consistente en la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

Quien tenga miedo insuperable, no tiene otra orientación psicológica que su propia defensa, la certeza de que un daño grave va a producirse sobre la persona física, del acometido de miedo, y frente a una situación real, apreciada subjetivamente con los caracteres de un serio peligro, que inhibe la voluntad, coaccionándola y reduciéndola a una expresión mínima, si bien, la reacción del sujeto, supone siempre la realización de actos de extrema violencia, característicos de todo individuo con ese trastorno psíquico, que se llama miedo insuperable.

No se puede pedir a los hombres que sean mártires, y que con acatamiento enfermizo, se plieguen resignados al dolor, al riesgo de perder la vida que tanto quieren los seres humanos salvo las excepciones del melancólico, del psicasténico, del psicópata, del suicida, que no constituyen la regla general ciertamente. El que mata por miedo, es un instrumento de su psiquis, alterada profundamente. En la violencia moral, a diferencia de lo que sucede en la física, no hay ausencia de acción, sino de culpabilidad. En efecto, el individuo amenazado o coaccionado moralmente, conserva su voluntad, puede hacer lo que quiera, sólo que el Derecho no se lo exige porque a nadie pide ser un héroe o un mártir. De ahí por qué se dice que el coaccionado también quiere: *coactus tamen voluit o coactas voluntas sed voluntas*. Mas como quiera que una voluntad coaccionada no es perfecta, por no ser libre, falta entonces uno de los requisitos de la culpabilidad.

El uso de medios hipnóticos o narcóticos queda comprendido en el concepto de violencia; el que emplea estos medios es autor mediato, pues se adueña de la voluntad del autor inmediato y a favor de este último puede operar la falta de acción o de culpabilidad.

"Miedo grave, Temor Fundado y Estado de Necesidad. (Excluyentes Contradictorias). Existe contradicción en el concepto de violación, si conjuntamente se alegan el miedo grave, el temor fundado y el estado necesario, excluyentes de naturaleza diversa, pues la primera afecta el elemento imputabilidad, la segunda la culpabilidad y la tercera la antijuricidad del delito" (Sexta Época, Segunda Parte, Vol. II Pág. 97 A.D. 998/56 Rodolfo Ordóñez. 5 votos Semanario Judicial de la Federación).

TEMOR FUNDADO Y RIÑA.

La riña hace imposible la operancia de la excluyente relativa al temor fundado (Apéndice de Jurisprudencia, 1917-1985, Segunda Parte, Penal, p. 608).

El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, se engendra en la imaginación mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. Vejar Vázquez: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuando se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro." Es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad.

Hasta hace poco se estimó que el miedo insuperable era una causa de inimputabilidad. Entre violencia física y coacción moral, el primer caso es un supuesto de ausencia de acción, en tanto que el segundo es un aspecto positivo de una causa externa anuladora de la culpabilidad o, todavía más claro, del reproche contra el comportamiento típicamente antijurídico de un determinado autor. Asúa: La vis compulsiva da lugar a causa de inculpabilidad, de no exigibilidad de otra conducta.

LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La no exigibilidad de otra conducta opera cuando una conducta no pueda considerarse culpable cuando al agente dadas las circunstancias de su situación no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada. El introductor de la inexigibilidad en la doctrina alemana fue Reinhart Frank en 1907.

Para Goldschmidt el único presupuesto de la no exigibilidad es la "motivación anormal". Aunque la motivación normal es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, la motivación anormal constituye el único presupuesto de la no exigibilidad. Bajo este punto de vista, la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución puede constituir por consiguiente una causa de exculpación que excluya la culpa, y en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo.

Dice Eugenio Raúl Zaffaroni: "Toda vez que hemos afirmado que la inexigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho es la naturaleza última y común a todas las causas de inculpabilidad, rechazamos la posición que sostiene que la inexigibilidad de otra conducta conforme a Derecho constituye una causa supralegal de inculpabilidad." Arthur Wegner: La no exigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho, sólo puede alegarse en referencia a los casos insertos en la ley y por ende, debe rechazarse una causa supralegal de inculpabilidad, por inexigibilidad de otro proceder." Heinrich Henkel no acepta la no exigibilidad entendida como causa supralegal de inculpabilidad; pero reconoce que presta muy considerable ayuda, no

sólo para el legislador, sino también para el intérprete judicial del Derecho.

La sanción expresa del principio de la inexigibilidad debe considerarse inoportuna. En efecto, sea cualquiera la fórmula que se adopte para abrazar todos los casos posibles, debería ser tan amplia y vaga que se prestaría no sólo a interpretaciones muy diversas sino también a escandalosas soluciones. Rodríguez Muñoz dice que respecto a la inexigibilidad su manejo ha de ser precavido en grado sumo, reconociéndola únicamente en contados y excepcionales casos.

Eduardo Novoa Monreal dice que las cuestiones referentes a la exigibilidad o no exigibilidad, son nociones jurídicas nuevas y todavía en elaboración, por lo que no admite la inexigibilidad como causa suprallegal de inculpabilidad. En el Derecho positivo, dice, es el legislador el único que, soberanamente, resuelve cuándo ha de estimarse que no hay exigibilidad de una conducta diversa. Ricardo Franco Guzmán considera que junto con el error, la no exigibilidad excluye lo culpable, aserto que es de lógica congruencia en la teoría normativa de la culpabilidad. Castellanos Tena cree que no ha logrado determinarse aún la naturaleza de la no exigibilidad y que para que algo se anule es necesario que falte alguno de los elementos; si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de uno de los dos extremos o de ambos. Villalobos rechaza la no exigibilidad como algo suprallegal, aunque reconoce que se han admitido casos de ella en las leyes positivas.

La doctrina de la no exigibilidad fue formulada por el Tribunal del Reich alemán y elaborada después por Berthold Freudenthal y por Edmundo Mezger, en presencia de dos casos de gran resonancia jurídica:

a) El de la cabalgadura que no obedece a sus riendas, se llama también este caso el del caballo desbocado o falso: Se trata de un cochero que comparece, ante su patrono para declararle que no volverá a enganchar más en el coche que debe conducir a un caballo fácil de desbocarse, pues más de una vez, y ahora mismo, la última, acaba de ponerle al borde de un atropello. El propietario del caballo de tiro, resabiado y desobediente que tiene la propiedad de sujetar las riendas con la cola, lo que dificulta su gobierno, ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse; pero el dueño le replica que si no quiere enganchar más aquel caballo, puede darse por despedido, pues no le faltaría otro cochero que le enganche. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El Tribunal del Reich negó la culpabilidad del procesado porque, teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan negándose a ejecutar la acción peligrosa. Es un caso de no exigibilidad que mira a la culpa o imprudencia.

b) El caso de la cigüeña ante sus jurados: la empresa explotadora de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo íntegro su jornal. Atentos a su conveniencia particular, más que a la verdad y a los intereses de la compañía, los

obreros obtuvieron de las matronas, o parteras, que prestaban servicio en la explotación, el pequeño favor, so pena de recurrir a otras que accediesen a su deseo, de no declarar ningún parto en domingo, para no perder la ventaja de la holganza y el sueldo. Las cosas marcharon así sin inconveniente, hasta el día en que, hecha la estadística demográfica de la explotación minera, ésta reveló a la empresa el fenómeno singular de que, clasificados los nacimientos según los días de la semana, ni una sola vez, por excepción, por casualidad, había venido al mundo en domingo una criatura. La falsedad se descubrió pronto y las matronas, comadronas o parteras, se hicieron autoras de una serie de inscripciones falsas en el Registro. Por faltar la conducta dolosa de las parteras, quedaron absueltas, pues dada la situación que les había sido creada, no podía exigírseles moralmente que, en homenaje a la verdad o a los intereses ajenos, sacrificasen los suyos, disminuyendo los medios de que vivían.

Meramente psicológica es la intención con que las parteras alemanas inscribían niños en días laborables cuando habían nacido en días festivos; así como meramente psicológica es la imprudencia del cochero que enganchó el caballo resabiado ante los requerimientos y admoniciones del propietario del carruaje y la cabalgadura. El juicio de culpabilidad acreditó en ambos casos que no se les podía exigir otra conducta ni al cochero ni a las comadronas.

Como fácilmente se advertirá, esta doctrina debe aplicarse con gran cautela, pues de otro modo, ¿qué delito no podría ampararse en ella?

Alberto Sánchez Cortés: El sistema del código mexicano, aunque tenga bases psicológicas, no excluye el concepto normativo de la culpabilidad y en la fase negativa señala hipótesis de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta: estado de necesidad cuando los bienes en colisión son de igual valor, encubrimiento entre parientes, evasión de presos, inhumación ilegal, aborto *horraris causa*, no socorrer a quien peligra por existir riesgo, *tabula unius capax*.

Ignacio Villalobos: Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la Ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.

Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico. Se ha querido sacar la "no exigibilidad de otra conducta" del campo propio de la imputabilidad, haciendo de ella una panacea o una excluyente supralegal que, por motivos o cuestiones emotivas del

autor de un delito, paralice la represión y deje el orden y la seguridad públicos pendientes de eventualidades y aun caprichos individuales, así como del variado criterio y de la sensiblería de los jueces .

CRITICA A LA INEXIGIBILIDAD.

Giuseppe Bettiol dice que asistimos a una verdadera capitulación de la sociedad ante el delincuente, cuyos instintos y pasiones se elevan a reguladores de la ley y de su aplicación y Biagio Petrocelli afirma que el instinto de conservación, como inspiración y límite de la conducta humana haría justificar la guerra de todos. El criterio de la no exigibilidad se traduce, en el fondo, en un criterio de caso por caso, que es la negación, no de la certidumbre del Derecho, sino del Derecho mismo.

M. Liepmann: La no exigibilidad podría conducir a la osteomalacia del Derecho Penal. Friedrich Schaffstein ataca la doctrina de la inexigibilidad como tendencias disolventes que conducen a hacer del Derecho algo relativo.

Reinhart Maurach: Respecto a la inexigibilidad dice que "rápidamente, al igual que un meteoro, iluminó el horizonte, para después de corto auge hundirse de nuevo en la oscuridad" "hoy puede considerársela pasada"; la "teoría de la exclusión supralegal de culpabilidad, sólo ofrece ya un interés histórico".

ERROR E IGNORANCIA.

Error es divergencia entre la representación del agente y la realidad. Ignorancia es falta de conocimiento; error es conocimiento equivocado. El error lejos de ser un problema sencillo, está erizado de dificultades tremendas. Sobre él pesa con la gravedad de lo tradicional la máxima: "la ignorancia de la ley, no excusa de su cumplimiento".

La ignorancia y el error de Derecho ha dado lugar a debates enconados, consagrándose las viejas máximas: *error juris nocet*, *ingorantia legis non excusat*, *Nemine licet ignorare jus*, completadas con el principio de que se presume *juris et de Jure* que todo el mundo conoce las Leyes. Respecto a esta presunción, Cuello Calón dice: "no es más que una ficción que no responde a la realidad de las cosas".

Luis Hugueney, profesor de la Universidad de París dice que la complejidad de la organización social, los progresos de la economía dirigida, las exigencias de la situación económica durante la guerra y en la postguerra, han hecho, que las leyes penales se hayan multiplicado a un punto tal, que ni el criminalista de profesión puede blasonar de conocerlas todas. Por eso la conciencia pública se rebela, frente a la eventualidad de que se impongan severas penas a individuos a quienes no se les pueda reprochar conducta dolosa alguna.

Cuello Calón sostiene que: "debería admitirse la prueba del error o ignorancia del Derecho y si realmente hubo error o ignorancia y no son imputables al agente deberán reputarse como causas de exclusión del dolo y cuando concurrieren a causa

de su descuido o negligencia podrá exigirse al agente responsabilidad a base de culpa o atenuar la pena prescrita".

Dice Luis Jiménez de Asúa: "Para nosotros es posible invocar la ignorancia y el error de Derecho en materia penal, sin recurrir para nada a la analogía e interpretando teleológica, progresiva y restrictivamente el concepto de delito y de dolo:

- a) porque el Código Civil al establecer que la ignorancia de la ley a nadie beneficia, no se refiere a las leyes penales;
- b) porque no hay delito sin culpabilidad;
- c) porque el conocimiento de los hechos y del significado del acto es elemento de la culpabilidad dolosa;
- d) porque si la conciencia de que se quebranta el deber es un elemento intelectual del dolo, la inconsciencia impide la imputación jurídica;
- e) porque la imputabilidad requiere comprender la criminalidad del acto y poder dirigir la acción".

Afirma Alimena que: "en la ciencia se ha enseñado constantemente que el conocimiento de la Ley constituye una presunción absoluta, casi un dogma impuesto por la necesidad política, pues ningún delito se penaría si fuese lícito al reo invocar en excusa propia la ignorancia de la Ley Penal, presunción y dogma justificado por la obligación que todos tienen de conocerla".

Por otra parte las Leyes Penales castigan actos intrínsecamente inmorales, actos cuya criminalidad comprenden todos, pues todos poseen el discernimiento para distinguir lo bueno de lo malo.

El ordenamiento jurídico no puede subsistir, sino a condición de que las leyes sean obligatorias apenas promulgadas. Y la obligatoriedad absoluta de las leyes, inmediatamente después de su publicación, se frustraría, si se suspendiera del frágil hilo del conocimiento efectivo de los súbditos. Si fuera necesario demostrar en cada caso que el súbdito tuvo conocimiento preciso de la norma, o si éste pudiera aducir en propia excusa, en cada caso, la ignorancia de la misma, el carácter imperativo del Derecho se reduciría a una ficción. Así se explica cómo la regla *nemo ius ignorare censetur* (nadie debe ser tenido como ignorante del Derecho), ha sido convertida en dogma.

Carrara: si se admitiera como excusa la falta de conocimiento de la ley, ello significaría exponer a ruina todo el edificio del Derecho punitivo, puesto que "la ley se convertiría en condicional, vendría a subordinarse a la voluntad de cualquier particular que la ignorara por negligencia o por malicia".

En nuestra legislación se establece que en la aplicación de las sanciones, el juez deber tener en cuenta, entre otras circunstancias, la educación, la ilustración y las condiciones sociales y económicas del acusado y si perteneciere a un grupo étnico indígena se tomará en cuenta, además, el grado de su atraso cultural y su aislamiento social, así como sus usos y costumbres.

En la legislación federal, debido a las veleidosas y constantes reformas que carecen de justificación y que afectan la estabilidad jurídica, satisfaciendo sólo la vanidad de los émulos de Justiniano, por decreto de 30 de diciembre de 1983 se creó el artículo 59 bis del Código Penal, el cual fue derogado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 enero de 1994. Dicho precepto decía:

"Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

Respecto a dicho precepto legal, en el Código Penal Comentado de Francisco González de la Vega, se hacía el siguiente comentario: "Este precepto, de nuevo ingreso a nuestra legislación penal, va dirigido fundamentalmente por el legislador a realizar, rana mayor justicia del principio de equidad.

Se da un trato diferente a los desiguales y toma conciencia de que el atraso económico y el aislamiento de aquellos grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional de infinidad de comunidades aisladas socialmente, es el hecho verdaderamente punible.

Con este artículo, se evita que en las comunidades aisladas donde con frecuencia se producen hechos ilícitos por ignorancia, sean víctimas, en casos extremos de una doble injusticia, la marginación y la represión legal.

No se trata de abrir la puerta a indebidas impunidades, sino de que el juzgador conociendo la personalidad del infractor y las circunstancias en que éste se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita, pueda imponer una pena atenuada o inclusive, aplicar la sustitución de tratamiento en libertad."

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.

Mezger: Desde el momento en que el error sobre hechos de trascendencia jurídica desemboca en uno relativo a la prohibición, resulta caduca la oposición basada en la distinción mal comprendida del Derecho romano entre la ignorancia de hecho y la de Derecho, actualmente insostenible por falta de una clara limitación. A la inversa, ha expresado Maggiore que no se concibe un error de Derecho que no se resuelva, en última instancia, en uno de hecho. En todo caso, el desconocimiento de un elemento normativo se puede traducir, en muchos supuestos, en un error sobre el hecho.

La dogmática penal alemana actual ha superado la distinción entre error de hecho y de Derecho, desconocimiento jurídico penal y extrapenal, sentando la necesidad de separar el error del tipo del de la prohibición, sin que se deba incurrir en la errónea suposición de que es clara y precisa la limitación de una y otra especie de

desconocimiento. Como, con acierto ha indicado Mezger, mientras el del tipo se refiere a un defecto en la consideración de un elemento particular de éste, el de la prohibición afecta a la valoración conjunta del acto, sin que la circunstancia de que el error sobre un elemento particular tenga por consecuencia un desconocimiento de la prohibición, lo convierta en ignorancia relativa a la prohibición.

Karl Von Binding dice que es evidente que un error con relevancia para el Derecho sólo puede estribar en un hecho de trascendencia jurídica. Aquello que no existe en la vida del Derecho no tiene importancia alguna en esta cuestión, y es, por tanto indiferente para el orden jurídico que en el espíritu del hombre se dé una representación correcta o equivocada. La expresión error jurídicamente relevante caracteriza lo que en el orden jurídico es error de lo que se deduce la imposibilidad de sostener dogmáticamente la división del error jurídicamente relevante, en error de hecho y de Derecho, puesto que todo error jurídicamente relevante es necesariamente error de Derecho y un error relevante sobre hechos desnudos no puede ser tomado en consideración. Llama hechos desnudos a los que no tienen trascendencia jurídica y el error sobre esos hechos carece de importancia, como sería si alguien estuviere convencido de que el Sol gira en torno de la Tierra, o de que la nieve no es cristalina.

ERROR ESENCIAL Y ERROR ACCIDENTAL.

El primero es el que recae sobre elementos constitutivos (esenciales) del tipo que el sujeto realiza o sobre la significación antijurídica de la conducta. El segundo el que versa sobre elementos no constitutivos del tipo (accidentales). Las circunstancias modificativas de la medida de la pena, que no son constitutivas de tipos cualificados o privilegiados o de tipos, *sui generis*, son elementos accidentales. El conocimiento de ellas debe exigirse para agravar o atenuar la pena, por lo que el error sobre las mismas, que será un error accidental, debe excluir la posibilidad de apreciarlas.

Rossi: Las circunstancias esenciales del hecho son las que le habían dado el carácter de delito, o de un crimen más grave o de otra especie distinta, si el agente las hubiese conocido. Asúa: podríamos decir que en los delitos por culpa, el error es esencial cuando recae sobre los elementos o circunstancias que le dan el carácter de negligente. Todo error sobre hechos esenciales y sobre la antijuricidad material del obrar excluye el dolo.

ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICION.

Alexander Graff Zu Dohna inició la terminología de error sobre el tipo y error sobre la prohibición en lugar de error de hecho y de derecho; error de hecho (sobre los caracteres del tipo) y error sobre la prohibición (error de Derecho)."

El error sobre el tipo, consiste en el desconocimiento o equivocada creencia sobre las circunstancias objetivas pertenecientes al tipo legal. Excluyente, claro está, del dolo. Ejemplo: el cazador que dispara contra un objeto negro, creyéndolo una pieza, cuando en realidad se trata de una leñadora. Será punido como actor de un delito

culpable. Error de prohibición, que es el que recae sobre la antijuricidad del hecho en el conocimiento completo de la realización del tipo (por consiguiente, en el absoluto dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero yerra en cuanto a si es permitido o no. Este error excluye la reprochabilidad; es inculpable. La diferencia entre ambos errores se halla condicionada históricamente por los pares de conceptos *error facti* y *error iuris*.

Híppel: El llamado error de hecho (una breve expresión, usual hoy, pero de fácil mala inteligencia) es no sólo error sobre los hechos, sino desconocimiento de las características del tipo legal del concreto concepto del delito (siendo indiferente si esta especie es fáctica o jurídica). Es usual contraponer con las frases hechas de error de hecho *error facti* y error de Derecho *error iuris*, el error sobre las características del tipo y el error sobre la antijuricidad. Pero la palabra error de hecho conduce fácilmente a la representación de que necesariamente debe tratarse aquí de un error sobre los hechos. Esto es completamente desacertado. No excluye el dolo el error sobre los hechos, sino el desconocimiento de las situaciones de hecho que pertenecen al tipo legal o que aumentan la penalidad; es decir, el desconocimiento de las características del tipo que fundamentan o elevan la pena. Y esto no es una redacción casual, sino la consecuencia lógica de la esencia del dolo como ejecución querida del tipo de delito.

Muy frecuentemente el legislador se ve obligado a usar de conceptos jurídicos en concretos tipos de delito (por ejemplo, "funcionario", "cosa ajena", "acción punible", etc.); en tales casos la penalidad del acto "se basa sobre la apreciación jurídica correcta de esa particularidad. Puesto que entonces el concepto jurídico es una característica del tipo, como cualquier otra, el error sobre ella excluye el dolo. El error de hecho se refiere, pues, al error sobre las características del tipo, igual si es de especie fáctica que jurídica, y el error de Derecho, al error sobre la prohibición jurídica del tipo dolosamente ejecutado. Asúa: Es obvio que el *error facti* (hoy error de tipo) y el *error iuris* (ahora error de prohibición), producen el mismo resultado de eliminar toda especie de culpabilidad.

Sin duda fueron las corrientes finalistas las que más hicieron por superar o, mejor dicho, desplazar la distinción de error de hecho y de Derecho, introduciendo la de error de tipo y de prohibición, como un adecuado complemento de sus ideas sobre la conformación del tipo y la estructura elemental del delito (aunque tal distinción pasó a ser patrimonio común de la doctrina penal). El primero es el que recae sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad (el tipo objetivo de los finalistas), sean ellos de hecho (fácticos) o de Derecho; el finalismo desarrolla su teoría en consideración al tipo subjetivo, como negación de él.

El segundo recae sobre el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisividad jurídica de la conducta formalmente típica (justificaciones), y se trata como parte de la teoría de la culpabilidad cuya negación implica. En otras palabras, para el finalismo el error de tipo, al eliminar el dolo, hace desaparecer la tipicidad de la conducta al neutralizar el tipo subjetivo; el error de prohibición puede llegar a convertir la conducta en no reprochable al neutralizar la posibilidad de exigir la comprensión de la antijuricidad en un caso dado, aunque aquélla sea típica y antijurídica; es, pues, una

cuestión atinente a la culpabilidad.

Parece urgente deslindar las fronteras del error de tipo y del error de prohibición, cosa imposible cuando se habla de *error facti* y de *error iuris*. El error de tipo consiste en el desconocimiento de una o varias circunstancias objetivas, que la figura típica contiene, ora pertenezcan a la propia descripción, ora a los elementos normativos. Por tanto, podemos decir que no sólo es error de tipo el que recae sobre la materialidad del objeto o de los sujetos, la cosa, la víctima, etc., sino también sobre las calidades jurídicas que en el tipo se expresan: la ajenidad de la cosa hurtada, la calidad de juez en la prevaricación. En efecto, basta en estos casos el conocimiento paralelo de la persona lega (el delincuente no es abogado) para que el dolo exista.

La diferencia decisiva del error de tipo y del error de prohibición, como dice Hans Welzel "no se refiere a la oposición: hecho-concepto jurídico, sino a la diferencia: tipo-antijuricidad. Los ejemplos que nos ofrece el profesor de Bonn, nos parecen hartos demostrativos: quien se apodera de una cosa de otro que considera erróneamente que es suya, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena).

Pero el que cree tener derecho a tomarse la justicia por su mano y se apodera de una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente), se halla en error sobre la antijuricidad de su hacer. Quien no sabe que la cosa de que dispone está embargada, yerra sobre una característica del tipo; pero quien, sabiéndolo, cree erróneamente tener un derecho a disponer de ella, se encuentra en error de prohibición.

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DOLO

- a) La ignorancia o error acerca de las circunstancias objetivas esenciales integrantes del delito (el que se apodera de una cosa ajena creyéndola propia)
- b) La ignorancia o error sobre la significación antijurídica del hecho (defensa putativa).
- c) La ignorancia o error sobre el resultado del hecho (el que dispara una pistola contra alguien creyéndola descargada).

La ignorancia o el error deben ser invencibles, esenciales y seriamente fundados, pues si son imputables a título de culpa, el agente será punible.

El error de hecho no esencial deja subsistente el dolo:

- a) En el objeto, error en el golpe ,*aberratio ictus*, A dispara a B, pero mata a C
- b) El error en la persona, el agente yerra respecto de la identidad del ofendido.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISION. 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 Peral Federal, ya que para que cualquiera de estos conceptos se actualice se requiere que el error sea de carácter

invencible o insuperable.

ERROR EN EL GOLPE, NO DESTRUYE EL DOLO CON QUE ACTUÓ EL AGENTE HOMICIDA. En el sumario se probó plenamente que el ahora demandante del amparo disparó su arma de fuego con el propósito de causar daño en diversa persona de la que resultó muerta, lo cual constituye un error de carácter accidental, conocido bajo el nombre de "error en el golpe", mismo que como es sabido resulta ineficaz para destruir la culpabilidad; y como acertadamente lo razonó la responsable, el homicidio debe considerarse como doloso, toda vez que el resultado producido fue típicamente equivalente al querido, o sea, el activo, al querer causar un daño a otra persona, lo produjo en la persona del pasivo, lo cual no varía el sentido doloso de su conducta.

ERROR POR COMISION DE UN DELITO, CREYENDO COMETER OTRO, NO ENTRAÑA INCULPABLE IGNORANCIA. Una interpretación armónica de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal Federal, permite establecer que el legislador, si bien reconoce como excluyente de responsabilidad delictiva el hecho de "realizar acción u omisión bajo error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal (error de tipo) o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta" (error de prohibición) siempre y cuando el error sea invencible; no menos verdadero resulta que tal eximente no abarca ni puede abarcar a aquellos casos en los que el actor del delito, creyendo cometer un ilícito (introducción ilegal al país de mercancías de procedencia extranjera) comete otro distinto (introducción ilegal al país de estupefacientes), pues el error que prevé el dispositivo legal en cita, se refiere a la tipicidad de la conducta en abstracto al actuar contra derecho, sea cual fuere su posible encuadramiento, ya dentro de una u otra figura delictiva, caso en que la voluntad del activo es de todas suertes la de violar la ley.

EXIMENTES PUTATIVAS

Se ha discutido mucho, y aún se discute, sobre la ubicación de las llamadas eximentes putativas. En concreto, son los clásicos casos de error sobre la justificación de la conducta. Se cree, erróneamente, que se tiene derecho a obrar, cuando en realidad no se lo tiene. En este aspecto juzgamos que estamos frente al error de prohibición, y que debe ser tratado, en consecuencia, al tocar el tema de la culpabilidad. Las eximentes putativas no son más que causas de inculpabilidad. El hecho será reprobable si el error no es esencial e inevitable.

Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo. Un delito imaginario, es decir, una acción solo putativamente punible, no es, en verdad, delito alguno; sólo existe porque el autor considera erróneamente como conducta punible lo que proyecta o realiza. El delito imaginario (delito putativo) jamás es punible, pues el autor no tiene el poder de fundamentar mediante su error, esa punibilidad. El delito putativo no radica en el campo del tipo sino que descansa en la esfera normativa."

Carrara en la defensa putativa dice: existirá una legitimidad opinativa, que cuando es razonable se equipara a la verdadera. He caído en un error invencible y no he tenido conciencia de violar la ley. La justa credulidad tiene mucho valor, siempre que sea razonable, me priva de la conciencia de delinquir. Cabe legítima defensa contra defensa putativa; el autor de una defensa putativa debe responder civilmente en toda la extensión de las indemnizaciones y reparaciones por daños y perjuicios, puesto que el acto es objetivamente injusto.

Giuseppe Bettiol sostiene que el estado de necesidad puede ser también putativo cuando en la realidad objetiva no se dan todos los requisitos exigidos por la ley, pero el agente, por error excusable los cree presentes. En tales casos de necesidad putativa, no cabe duda alguna acerca de su naturaleza jurídica. Se trata de una circunstancia que incide sobre la culpabilidad de la acción, dejando inalterada su ilicitud, entendida objetivamente.

Vincenzo Manzini admite la exención en las eximentes putativas porque si el sujeto hubiese apreciado la verdad de la relación o de la situación en que estaba, no se hubiera conducido como se condujo. Las eximentes se fundan en hechos externos apreciados por el agente y esta apreciación puede ser errónea.

ANALOGÍA IN BONAM PARTEM

En cuanto la analogía in *bonam partem* existen opiniones y argumentos dignos de respeto tanto en sentido positivo como negativo. Han defendido su aplicación Francesco Carrara, Karl Binding, Edmundo Mezger, Giuseppe Bettiol, Arturo Rocco entre otros. En contra se pronuncian Luis Jiménez de Asúa, Eduardo Massari, Filippo Grispigni, Biagio Petrocelli.

Respecto al Derecho suprallegal, Sebastián Soler dice: "rechazamos decididamente toda doctrina en la cual la justificación o la ilicitud de un hecho vaya a buscarse en principios trascendentes al Derecho, pues aquí no se trata de la antisocialidad de la acción, sino de su antijuricidad. Claro está que el Derecho reprime acciones realmente antisociales. Con el rechazo de aquellas doctrinas sólo queremos destacar el carácter estrictamente jurídico de esta operación: el hecho debe ser confrontado con el Derecho vigente; los eventuales conflictos entre el Derecho y las normas de cultura no los resuelve la dogmática, sino la política. Una dogmática no puede construirse admitiendo, aunque sea marginalmente, la eventual negación del Derecho".

Los que abogan por las justificaciones supralegales, dice Remo Pannain "olvidan la exigencia realmente necesaria de la certidumbre del Derecho y que no consideran que el juez se vería forzado a arrogarse poderes de legislador".

Luis Jiménez de Asúa dice que "es urgente no abroquelarnos en el positivismo legal y no empeñarnos en hacer del Derecho una lógica jurídica sólo, como Kelsen"; "el

mérito mayor de Edmundo Mezger ha sido abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal. Sobre la ley, lo que no quiere decir por cima del Derecho, ha construido en las causas de justificación un estado de necesidad supralegal, que yo llamaría más bien causa general y supralegal de justificación por conformidad teleológica con la norma de cultura, donde pueden alojarse casos de evidente ausencia de lo injusto que no tienen riguroso acomodo en las concretas disposiciones del Código Penal; y en las causas de inculpabilidad, esta otra, general y supralegal también denominada no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho.”

“De este modo, los dos grandes caracteres del delito, la antijuricidad y la culpabilidad, tienen en sus faces negativas: causas de justificación y causas de inculpabilidad, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta no antijurídica o no culpable, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el Derecho”; "el Derecho abarca también las vivencias del pueblo en que rige".