

CAPÍTULO UNDÉCIMO
LOS LÍMITES AL TIPO PENAL:
EL DOLO (TIPO PENAL SUBJETIVO) COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL

— I —

**Bases jurídicas acerca del dolo, su evolución y sus implicaciones
en el Derecho Penal Mexicano**

Los tipos penales sólo se pueden integrar si el agente actúa dolosa o culposamente. El artículo 24 del CPC dispone que: (...) *los tipos penales que contempla la ley son dolosos; salvo en los que ella expresamente admita también la culpa. Ello no será óbice para que con relación al tipo penal de cada delito deba existir el dolo en el caso concreto; o la culpa si la ley la admite para aquél.* Con ello se sientan las bases para considerar que por regla general el legislador al diseñar los tipos penales se refiere a una conducta que por su naturaleza es dolosa. Y que se podrá estimar que hay culpa sólo en los tipos penales que la ley la admita expresamente. El dolo y la culpa no se presumen, sino que deben existir y están sujetos a prueba, como luego se verá. La ley vincula al dolo con el tipo penal. En los anteriores extremos el artículo 25 del CPC conceptúa al dolo como: (...) *conocer y decidir realizar un hecho tal como se contempla en el tipo penal de un delito; con independencia de que el agente sepa de su existencia en la ley.* Y en su turno los sendos artículos 8° del CPF y 18-párrafo-primer del CPDF disponen que: (...) *las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.* Al igual que los artículos 9° del CPF y 18-párrafo-segundo del CPDF conceptúan a la conducta dolosa disponiendo, respectivamente, que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.* Y que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.*

La voluntad como elemento del dolo se implica en la expresión “*decide*” que emplea el artículo 25 del CPC. Lo mismo que en los sendos artículos 9° del CPF y 18-párrafo-segundo del CPDF que aluden a “*quiere o acepta*”. Pues tanto el “*decidir*”, “*querer*” o “*aceptar*” suponen a esa voluntad en la que se engloba un fin. La que junto con el “*conocimiento*” se deben referir a la realización del hecho que enmarca el tipo penal con todos los elementos que lo integren según el delito de que se trate. Y no podría ser de otro modo, pues tanto el dolo como su contraparte que es el llamado error de tipo, se han de referir al hecho que atrapa el tipo, pero no al tipo mismo, el cual tiene vida en el mundo normativo y dado que casi nadie podría conocer todos los tipos penales de los delitos según se describen en la ley. De aquí que el conocimiento del hecho —tal como se contempla en el tipo penal de un delito— sea “*con independencia de que el agente sepa de su existencia en la ley*” —como lo señala el CPC—; o deba referirse al “*hecho típico*” —tal como lo puntualiza el CPDF—. Más ello tampoco apareja que al realizar el hecho la persona no deba captar el sentido de los elementos típicos normativos, ya que el dolo debe referirse a todos los elementos típicos del hecho con inclusión de los normativos. Se podría pensar que con relación al CPDF y el CPC es inexacto el último aserto —de que el conocimiento en el dolo abarca al hecho según «*todos*» los elementos del tipo penal—. En tanto que si se

atiende al contenido literal de los artículos 18-segundo-párrafo del CPDF y 25 del CPC éstos se refieren al dolo con relación al conocimiento del "... «hecho» típico de que se trate", o del "... «hecho» tal como se contempla en el tipo penal...".⁶⁷⁹ Por lo que cabría deducir entonces que es el «hecho» el que se debe abarcar por el dolo sin que éste incluya el conocimiento de los elementos "normativos" del tipo. Los cuales se refieren a la "valoración" de alguna(s) de las circunstancias fácticas, pero no al "hecho" mismo. Sin embargo, la impresión se diluye cuando el mismo artículo 18-párrafo-segundo del CPDF alude al "hecho «típico»" y no sólo al "hecho" y el artículo 25 del CPC no sólo se refiere al "hecho" sino a él "tal como se contempla en el tipo penal"; además, la sensación termina por desvanecerse cuando en el CPDF y el CPC se examina la contra parte del dolo que es el error de tipo. Y por el cual, precisamente falta el dolo. En tanto que el artículo 29-VIII-a) del CPDF dispone que se excluye el delito cuando la acción u omisión se realicen bajo un error invencible, respecto de: (...) alguno de los «elementos objetivos» que integran la descripción legal del delito de que se trate; mientras que el artículo 42-II del CPC prevé que la falsa «representación» proveniente de circunstancias objetivas que excluye al dolo puede incidir sobre «cualquier» elemento del tipo penal de un delito. De aquí que si el dolo se excluye cuando el error incide en alguno de los «elementos objetivos» que integran la descripción legal del delito o en «cualquier» elemento del tipo penal, por ende, el conocimiento como elemento del dolo deberá comprender también la representación de los elementos «normativos» del hecho —que son tan «objetivos» como los materiales o descriptivos— que contenga el tipo penal, sin que sea suficiente que tal conocimiento sólo incida en los elementos fácticos —materiales o descriptivos— que prevea o involucre el tipo. Tal y cómo se abundará más adelante. Todo lo anterior permite concluir que las posturas del CPF, el CPDF y el CPC ya se apartan sustancialmente del causalismo. Pues está claro que el CPF, el CPDF y el CPC pasaron de una conducta típica que era «ciega» y «artificial», a una «vidente» e incluso —como ya se perfiló y se corroborará enseguida— matizada por el conocimiento —en la esfera del profano— de los mencionados elementos normativos del tipo penal.

Al respecto, Moisés Moreno apunta: (...) para la determinación legal del dolo o de la culpa —como elementos del tipo penal— habrá que estar necesariamente a lo previsto por el artículo 9° del código penal, que es el que nos señala los datos constitutivos de los mismos.⁶⁸⁰ Y más adelante agrega: (...) El aspecto cognoscitivo —del dolo— debe referirse a todos los elementos del tipo penal; debiéndose entender que tales elementos que han de ser abarcados por el conocimiento son fundamentalmente los de carácter «objetivo».⁶⁸¹ Ahora bien, es obvio que los elementos materiales o descriptivos del tipo penal son elementos "objetivos", pero también lo es que tienen tal carácter los elementos «normativos», y ello implica a mi entender que el dolo abarca tan el conocimiento de las «circunstancias fácticas» que les dan origen, como la representación del sentido normativo del hecho en la esfera del profano. Por ende, el error sobre cualquiera de esos extremos motiva que se excluya el dolo y el carácter típico de la conducta. De esta manera cuando la falsa representación verse sobre algún elemento típico normativo de desvalor no cabe el error de prohibición —que dejaría intacto al dolo— sino el error de tipo. Ya sea que el error recayere en el daño o el peligro al bien jurídico tutelado; así como cuando

⁶⁷⁹ El corchete es mío.

⁶⁸⁰ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, pp. 238 y 239.

⁶⁸¹ *Idem*.

incidiere en las circunstancias fácticas en las que descansa algún elemento normativo «específico» de desvalor. Por ejemplo: “ilegalmente”, “sin derecho”, etc. Pero, asimismo, no habrá dolo cuando haya error que consista en una falsa representación del agente respecto de un elemento típico de especial valoración jurídica o cultural que le impida a aquél captar en la esfera paralela del profano el significado del hecho que realiza, salvo cuando en el agente se dé el llamado error de subsunción como más adelante se verá. Todo ello se deriva en verdad del texto mismo de los artículos 9° del CPF con relación al 15-VIII de ese código, 18-párrafo-segundo del CPDF con relación al 29-VIII-a) de ese código y del 25 del CPC con relación al 42-II del mismo ordenamiento.

De lo cual se sigue que el dolo es la voluntad y el conocimiento de contenido típico. Y que no habrá dolo en la conducta cuando en ella falte voluntad o conocimiento de contenido típico.

Las definiciones legales del dolo no suponen que el sujeto conozca y sepa el texto gramatical de los tipos penales. Lo cual es casi imposible. Incluso para el jurista. Tampoco implican que aquél sepa si es punible el hecho que realiza. Pues la conciencia de la ilicitud penal pertenece a un elemento distinto del delito, cual es la culpabilidad. E incluso es innecesario que el sujeto capte la ilicitud de su conducta si es que ese elemento no se consigna de manera expresa en el tipo penal. Pero lo que los conceptos sí exigen es que el sujeto activo obre con plena conciencia de los hechos y las circunstancias fácticas —con inclusión de aquellas que den motivo a los elementos normativos— del tipo penal del delito de que se trate, así como de la significación social de lo que hace en el sentido que involucren los elementos normativos del tipo. Esto es, con comprensión de las circunstancias fácticas y de su sentido de valoración en la esfera del profano, que en un momento dado resultan relevantes para integrar el tipo penal de un delito en particular. De esa manera, cuando el sujeto mata debe decidir y saber que mata. Cuando roba, debe decidir y saber que se apropia de cosa ajena y sin derecho..., etc.

Ahora bien, la corriente doctrinal del “finalismo” proclamó con bastante sensatez lógica y ontológica —de contenido humanista en el ámbito jurídico penal— que el elemento subjetivo del delito —cual es el dolo— es propio del tipo penal (y que, por ende, el juicio de tipicidad debe también atender a aquél elemento subjetivo.) Y, por lo tanto, que tal elemento subjetivo es ajeno a la culpabilidad.⁹⁸² Pues mientras la culpabilidad se integra con la valoración de la “posibilidad de conciencia de la ilicitud” del hecho y la “exigibilidad” de otra conducta. El dolo —denominado también «tipo penal subjetivo»— se ubica en el ámbito del tipo penal y de la tipicidad. Y ello es así, porque cuando se estudia a los tipos penales y su integración fáctica, —y por tanto, a la «conducta típica»— es absurdo desligar de ella el sentido de fin que toda conducta humana conlleva y la cual a la vez implica el conocimiento de lo que se hace o deja de hacer. El tipo penal no se compone solo de elementos objetivos, ya sean de naturaleza material, descriptiva y normativa. Porque el tipo penal es siempre la descripción de una conducta que realiza tales elementos. Y es el caso que las acciones u omisiones subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales impregnados de valoración y regidos por una voluntad con sentido de fin que involucra conocimiento. Es ese sentido de fin y este conocimiento los que también deben tenerse en cuenta en el juicio de tipicidad. Pues a la conducta típica

⁹⁸² Ver al respecto el CAPÍTULO QUINTO, núm. V: La conducta vidente, y este CAPÍTULO, el núm. II: Las nociones finalista y funcionalista del dolo.

se le desnaturaliza cuando se le saca el elemento subjetivo —conocimiento y fin— que aquella misma apareja. Desatendiéndose así que el dolo también constituye un límite al poder punitivo del Estado, límite que surge tan de la naturaleza de las conductas humanas que por lo general son objeto de prohibición mediante su descripción en los tipos penales cuando estos son dolosos, como también se impone como un motivo racional que evite manifestaciones irracionales intolerables de ese poder punitivo. Y sin que ello cambie en el tipo penal culposo, porque saber el sentido de la conducta es imprescindible para saber de qué conducta se trata y así, precisamente por discrepar el fin de la misma del resultado que produce, ya no poder estimarla como dolosa como precondition para luego examinar su contrariedad con el cuidado debido que también debió motivar el resultado típico.

La desnaturalización de la conducta cuando se le saca el elemento subjetivo —conocimiento y fin— que la misma involucra es lo que precisamente hace el causalismo. Ya que el causalismo quita de la conducta típica a ese elemento subjetivo —en cuanto a su contenido de conocimiento y fin de actuar en el ámbito fáctico de prohibición descrito en el tipo— y así cercena a la conducta misma y al tipo penal que ella informa.⁶⁸³ Ese artificio causalista, en el fondo, dificultó resolver en el marco de un estado de derecho los problemas jurídicos que plantea la regulación penal de la conducta humana. Por la sencilla razón de que aquella concepción simulada de la «conducta» y de la misma «conducta típica» en realidad no regulaba ninguna conducta humana —tal cual como ésta es y se debe dar en el ámbito de prohibición delimitado por el tipo—, sino a un mal remedo de ella. La doctrina causalista sustentó la idea de que el dolo pertenecía a la culpabilidad y no al tipo penal. La conducta y su manifestación típica eran tan solo la expresión objetiva de la voluntad. Pero para que la conducta existiera no importaba el contenido de conocimiento y el de fin de la voluntad. Menos aún habría que tomar en cuenta esos ingredientes al decidir la adecuación típica. El tipo sólo regiría la subsunción objetiva de la conducta al supuesto legal del hecho punible. Igualmente, el causalismo estimó en un principio que el dolo —como una de las formas de la culpabilidad— consistía en la conexión psicológica del acto a la voluntad del agente de causar un daño antijurídicamente. Pasando por alto a la voluntad y conocimiento de los demás elementos típicos. Luego la doctrina causalista evolucionó a una posición «normativista» del dolo. Pues aceptó que la culpabilidad se integraba con el dolo en el sentido de la voluntad final del hecho y, además, con la “conciencia de la ilicitud” de ese hecho y la “exigibilidad” de otra conducta”. Enrique Díaz Aranda en su excelente monografía “*El dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*”, muestra un buen número de ejecutorias donde al dolo se le ubica con tal contenido en la culpabilidad.⁶⁸⁴ Al respecto, ya en 1980 podemos ver una tesis jurisprudencial de la SCJN que en una postura con orientación normativista estima a los errores de tipo y de prohibición como elementos negativos de la culpabilidad. El primero que incide sobre el dolo y el segundo sobre la conciencia de ilicitud. Así:

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE: Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable,

⁶⁸³ Ídem, CAPÍTULO. QUINTO, núm. IV, y este CAPÍTULO, en este núm. y el núm. II.

⁶⁸⁴ Enrique Díaz Aranda, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, pp. 171 a 178.

pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata.⁶⁸⁵

Pero de todas suertes, el causalismo siguió haciendo el análisis de la conducta, del tipo penal y de su integración fáctica, de manera puramente objetiva causal e impersonal y, por lo tanto, artificial. Además, hasta 1983 el CPF y la mayoría de los códigos penales en la república —entre ellos el CPC hasta 1991— complementaron el causalismo implícito que se contenía en ellos, con un tratamiento de la culpabilidad que pervertía más aún lo que es el delito en un estado de derecho. Pues consideraron que esa culpabilidad se colmaba con la intención o la imprudencia; pero legalmente presumían la «intención» en todos los casos. Presunción que se sostuvo ineluctablemente por la jurisprudencia. Además, de que el error de prohibición —o error de derecho como se le llamó— era irrelevante para excluir al dolo o a la culpa y, por tanto, a la culpabilidad. Salvo algunos casos excepcionales de extrema ignorancia y aislamiento social que luego se aceptaron en el CPF en la década de los ochenta. Da cuenta de esto último el criterio siguiente de 1991:

ERROR O IGNORANCIA INVENCIBLE. CASO EN QUE PROCEDE LA PENA ATENUADA. El beneficio o atenuante, estatuida en el artículo 59 bis del Código Penal Federal no procede con base sólo en la extrema necesidad económica, sino que es menester la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el hecho delictuoso se hubiere producido por error o ignorancia invencible del activo del delito sobre la existencia o alcance de la Ley Penal; y b) Que este error o ignorancia tenga lugar como consecuencia del extremo atraso cultural o aislamiento social en que se halle el citado sujeto. Así pues, por la connotación "ignorancia", a que se refiere la norma jurídica en cuestión, debe entenderse el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción respecto de alguna cosa, que haga nula la capacidad de discernimiento para actuar o dejar de actuar en determinado sentido, en tanto, que el vocablo error es la distorsión de una idea, con relación a la realidad de un hecho, de una cosa o su esencia, añadiendo a que, el error de que se trata debe ser invencible o insuperable para suponer la distorsión total del carácter típico del hecho o de un elemento de un tipo penal, de modo que no se está en posibilidad de distinguir si una conducta es o no punible y así censurarla o repudiarla; siendo además de agregar, que ambas circunstancias, es decir, la ignorancia y error, deben ser propiciadas por la incultura del agente del delito y por la segregación social en que se ha desarrollado, pues es claro que bajo estas condiciones es factible concluir la falta de conocimiento o la distorsión que se tenga sobre un hecho antijurídico.⁶⁸⁶

Pero con las reformas de los años de 1983-84-93 al CPF y de 1993-94 al CPC se dieron pasos adelante en el camino a un estado de derecho en esos órdenes, los que ahora se mantienen en el nuevo CPDF. Por un lado, en aquellas reformas se reubicó al dolo en el tipo penal —al referir aquél al conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo penal— y, además, se derogó la presunción legal de su existencia. El dolo dejó así de pertenecer y de colmar a la culpabilidad. La cual de hecho y jurídicamente, antes se vaciaba con aquella presunción legal del dolo. Por el otro, la culpabilidad adquirió un contenido nuevo, sobre el cual poco se ha reparado en la doctrina y la práctica forense y judicial mexicanas. Respecto de aquella y de la misma conducta típica-penal, las reformas de 1993-94 incluyeron y regularon también con dimensión moderna al error de prohibición y al error de tipo. Lo cual ahora se reitera en el nuevo CPDF. El error de tipo como contra parte del dolo en su papel de elemento del tipo penal, mismo que debe probarse. Y el error de prohibición como el elemento negativo de la conciencia de ilicitud que es una de las condiciones de la culpabilidad.⁶⁸⁷ Todo ello significó un redimensionamiento profundo de la concepción de los presupuestos de la punibilidad; o, como igual se les conoce en México, de los elementos del delito. Pues de entrada se trazó la posibilidad de cancelar

⁶⁸⁵ Séptima Época. Primera Sala, S. J. F., 139-144, Segunda Parte, p. 88. Amparo directo 7884/79, Raúl Hurtado Hernández, 13 de octubre de 1980, 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna. Esta tesis también aparece en: *Informe de 1980, S. J. F., Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 39, p. 23.*

⁶⁸⁶ S. J. F., Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 19/91. Albina Olivos Martínez y otro. 5 de marzo de 1991, unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: César Flores Rodríguez.

⁶⁸⁷ Ver al respecto, Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 226 a 307. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...*, op. cit., pp. 342 a 411; y a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 332 a 440.

la visión deformada de la conducta que se derivó del causalismo. Y desde entonces se plantearon nuevos límites racionales al ejercicio del poder punitivo del Estado, con base en el respeto que éste debe tener en el entendimiento de su objeto de regulación, cual es la conducta humana. Lo cual, a su vez, es posible complementar con la visión metodológica funcionalista y reductora del poder punitivo, al concebir cada uno de los presupuestos de la punibilidad en función de los principios rectores de una política criminal ajustada a los límites de un estado de derecho para evitar las manifestaciones irracionales más intolerables del poder punitivo preventivo.

El diseño de los nuevos contenidos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, de acuerdo con la redimensión legislativa de la conducta, del dolo, de la culpa, del tipo penal, de la misma conducta típica y antijurídica, al igual que de la culpabilidad en el ámbito del delito, implicó a la vez y de manera necesaria un nuevo contenido jurídico conceptual del propio delito. En suma, los cambios que se introdujeron, más que dirigirse a cuáles debían ser los presupuestos de la punibilidad, se cifraron en los contenidos «sustanciales» de esos presupuestos y bosquejaron nuevas relaciones entre ellos. Por lo que atañe al dolo, ahora el CPF, el CPDF y el CPC no acceden a que se le defina de manera indiferenciada: *dolus malus* genérico. Sino en forma específica, según cada tipo penal: *dolus malus* específico. Y esto es así porque al implicar todo tipo penal el daño o peligro (lesivos) a un bien jurídico, ésta lesividad de la conducta de por sí ya tiñe al dolo en el sentido de que la voluntad y conocimiento del sujeto debe referirse a la lesión del bien o bienes jurídicos protegidos, además de los restantes elementos del tipo penal del delito de que se trate.

Por lo tanto, el único contenido de voluntad y conocimiento relevantes en la acción u omisión para determinar la existencia del dolo, es el referido a los elementos objetivos —materiales o descriptivos y normativos— del tipo penal del delito en particular al que se dirija la acción u omisión. Con abstracción de que el sujeto sepa de su perspectiva legal. O en otras palabras dicho, para que exista dolo será necesario que el sujeto se decida a actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal de un delito, con independencia de que conozca de su existencia en la ley penal.

— II —

Los elementos del dolo

Como se podrá observar, las definiciones que se dan del dolo en el CPF, el CPDF y el CPC hacen referencia al “querer”, al “aceptar” o al “decidir” (elemento volitivo) como voluntad del agente de realizar el hecho. Y al “conocimiento”, como la noción de representación y significación intelectual de la acción del sujeto que capta el tipo penal (elemento cognoscitivo o intelectual.) La «voluntad» y el «conocimiento» referidos al tipo penal entran así en juego para formar el concepto del dolo.

El requisito “intelectivo” es el «conocimiento» del sujeto activo —al momento de realizar la conducta— acerca del hecho típico y sus circunstancias, con inclusión de las que originen el carácter normativo de algún elemento y la comprensión de éste en la esfera paralela del profano, según se prevea en el tipo penal. Es decir, tal como los elementos se describan o impliquen en el tipo penal del delito y con independencia de que el agente supiere de su previsión en la ley penal. En el dolo, como primera condición de él, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace. Y tal «conocimiento» debe versar sobre todos los elementos del tipo esenciales para

la punibilidad del hecho. Es decir, en el caso concreto se debe actuar con conocimiento de todos los elementos que caracterizan a la conducta como típicamente punible. De este modo en el homicidio es necesario que el agente sepa que la víctima es otra persona y no un animal. O en el robo que la cosa es ajena y no que crea que es propia. Y asimismo, que no tiene derecho a ella. Y no que estime que tiene un derecho o un deber jurídico para tomarla. E incluso que toma la cosa sin consentimiento de quién pueda disponer de ella, como elemento típico normativo de carácter negativo en el caso del robo. Mas por otra parte, es innecesario para los efectos del dolo, que el sujeto sepa todas las particularidades concretas o individualizadas del hecho que el tipo penal capta. Así, no es preciso que conozca a quién mata, en el homicidio. O a quién pertenece la cosa ajena o quién puede disponer de ella, en el robo. O la calidad de la misma en el robo simple. O la edad exacta del menor de doce años, sino sólo la idea de que sea menor de tal edad, en la violación equiparada. Etc.

Para los efectos de la integración del dolo y del juicio de tipicidad es suficiente con que el conocimiento del sujeto abarque las circunstancias del hecho típico y la significación en la esfera del profano de que daña a un bien jurídico o de que lo pone en peligro y, en su caso, la comprensión profana del carácter normativo específico de los elementos de tal clase que prevea el tipo penal y, en su caso, de sus modalidades.

Sin embargo, en el último aspecto la tipicidad no se excluirá cuando el error incida sobre alguna modalidad atenuante o agravante o acerca de las que convierten a un tipo básico en uno complementado o privilegiado. Pues en tales casos permanece intocado el dolo sobre el tipo básico —figura típica— y éste subsiste. Aun cuando el error sobre la circunstancia atenuante sí pueda beneficiar al sujeto en cuanto a una menor punibilidad de su conducta. Por otra parte, será irrelevante —por no pertenecer al tipo penal— el conocimiento de los hechos que fundamentan la edad penal o la imputabilidad del agente. Por ejemplo: el sujeto activo no necesita saber que ya cumplió 16 o 18 años de edad o que tiene capacidad para comprender y decidir de acuerdo con esa comprensión. Tampoco afecta al dolo, por ser cuestión de culpabilidad, que el sujeto activo ignore o no haya podido conocer la ilicitud de su conducta. Salvo que tal circunstancia se consigne expresamente en el tipo penal como elemento «normativo» de desvalor (“ilegalmente”, “sin derecho”, etc.) Casos en los que aquella ignorancia o error si podrán afectar al dolo. Pero éste no se excluirá cuando el sujeto sepa de esa ilicitud y aún así él crea que su conducta es “justa” en atención a sus particulares creencias o valoraciones muy personales o incluso porque concurra alguna causa de justificación real o putativa, porque en el último caso el error podrá influir sobre la culpabilidad pero no sobre el dolo y en el penúltimo supuesto ese conocimiento es irrelevante para decidir la excluyente, por la sencilla razón de que las causas de justificación implican siempre el ejercicio de un derecho y éste no depende del conocimiento o la voluntad para su existencia. La ignorancia o el error acerca del carácter normativo del elemento típico debe obedecer a circunstancias objetivas —que como tales se pueden corresponder con accidentes materiales que hacen caer al sujeto en confusión de la realidad o con aquellas otras circunstancias personales y del caso concreto que determinen que el sujeto no sepa de ese carácter— y no a apreciaciones del individuo que —aun captando el carácter del elemento— lo juzgue inadecuado o de manera diferente conforme a su conciencia o a su muy privativa estimación. Es en este terreno donde se dan en parte los errores de subsunción que no integran error de tipo ni excluyen el dolo (y sobre los cuales me referiré en su oportunidad.) Asimismo, el conocimiento de realizar el hecho sobre ciertos elementos que el tipo prevé genéricamente aparece la futilidad del error en la

identidad de la cosa o de la persona (*error en el objeto*) por confundirlos con otros de igual naturaleza o especie a los que contempla el tipo penal. Ejemplo, se lesiona a Juan a quién se le confunde con Pedro. O se cree que se roba a Pedro, cuando en realidad se roba a Juan. O se piensa que se roba una gema cuando en realidad se apodera de una joya de fantasía. Lo anterior opera aun en el caso de error en el objeto o en la persona en los llamados tipos complementados o privilegiados. En tanto el conocimiento y la voluntad del activo tengan el contenido del hecho que describe el tipo penal básico. Aunque todo esto exige ciertas precisiones que más adelante se harán respecto al error «en el golpe», el error sobre «calidades de los sujetos» y el error sobre «modalidades» del tipo penal. Por último, si bien la representación del resultado es relevante para configurar el dolo, ello no implica necesariamente la previsión de todas las consecuencias futuras que determinan la ubicación de la punibilidad. Por ejemplo, el tiempo que tarda en sanar la herida. Asimismo, serán intrascendentes las condiciones objetivas de punibilidad que alteren a ésta pero no la excluyan; o que no modifiquen la especie del objeto material contemplado en el tipo penal, conocido y querido por el sujeto activo. Por ejemplo el valor de la cosa ajena en el robo.

Se discute si el conocimiento del sujeto de los elementos del tipo penal debe ser siempre *actual* —al momento de la conducta—; o si para ello es suficiente que sea *actualizable*. Zaffaroni dice que: (...) el hombre que es autor de un estupro, en el momento consumativo no piensa en la edad de la mujer, como tampoco piensa en su castidad u honestidad. Al menos, no necesariamente. No obstante, los dos son conocimientos actualizables.⁶⁸⁸ Así se pronuncia también Roxin.⁶⁸⁹ Y tal es la postura de los artículos 9° del CPF, 18-párrafo-primero del CPDF y 25 del CPC, pues todos hablan de «conocimiento» pero no de que la representación de todos los elementos del hecho típicos se tenga presente al realizar la acción. En tal línea de pensamiento, para que el dolo se dé es innecesario que el sujeto activo tenga presentes los elementos del tipo. Sino que solo es necesario que los «conozca», lo cual es diferente a que los tenga en mente durante el curso de su conducta típica. Con ello queda sin sustento aducir que como se exige que el dolo abarque a los elementos normativos expresos, habría impunidad cuando al darse la conducta falte la actualidad del conocimiento de aquellos. Esto es, cuando el sujeto no tenga presentes esos elementos normativos al momento de realizar la conducta. En tal sentido pareciere pensar el distinguido autor ibérico Muñoz Conde cuando crítica a la teoría estricta del dolo.⁶⁹⁰ Mas esa objeción en nuestro Derecho vigente, pasaría por alto que una cosa es el conocimiento y otra la es la actual representación de lo que se conoce. La ley exige el primero, pero no la segunda. De seguir tal línea de pensamiento entonces sí se llegaría a la impunidad de muchos otros casos, incluso en los que durante la ejecución el sujeto no tiene presentes a elementos materiales o simplemente descriptivos del tipo penal. Al iniciar la cópula en el estupro del artículo 394 del CPC, es dudoso que en todas las veces el sujeto se esté representando que la realiza con una persona menor de 16 años de edad, por ejemplo.

Pero en cualquier caso sí será necesario que al iniciar la ejecución del delito, el sujeto sí sepa de los elementos típicos, si es que no supo de ellos antes de la misma. En otras palabras, que los haya tenido presentes antes o cuando ejecutó la conducta.

⁶⁸⁸ E. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, T. III, p. 303. Nota. Los corchetes son míos.

⁶⁸⁹ Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, pp. 234 y ss.

⁶⁹⁰ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 26 a 30.

En tal línea de pensamiento, también son interesantes las distinciones que hizo Malo Camacho en el sentido de que: (...) el dolo requiere que el conocimiento efectivo observe siempre un cierto grado de actualización; requiere un conocimiento actual respecto del ámbito medular de la conducta, pero a la vez puede ser actualizable respecto de los aspectos circundantes de la misma y sobre los cuales si bien la persona no está pensando de manera específica son ámbitos que no escapan a su conocimiento general.⁶⁹¹ Sin embargo, discrepo en parte de la opinión del bien recordado penalista mexicano en el sentido de que se tipifica la violación de un oligofrénico o de un menor de edad, aunque: (...) el autor desconozca que su víctima es una menor de edad o un enfermo mental, el sujeto activo seguirá respondiendo frente a la ley como responsable del delito de violación calificada en los términos del tipo respectivo que previene la ley penal.⁶⁹² Lo cual Malo Camacho relaciona antes con el dato de que en tal caso es preciso que el sujeto quiera violar a la víctima, de tal suerte que no escape al conocimiento del sujeto de que está violando el bien jurídico de su libertad sexual. Quizá la discrepancia se deba a una falta de precisión del autor mexicano, porque sin duda que en las situaciones anteriores el sujeto sabe que copula con la víctima mediante violencia y sin la voluntad de ella, pero tal dolo en el caso concreto se adecua al tipo penal de violación y no al tipo penal de violación agravada —o calificada— de oligofrénico o de menor de edad —que en el CPC se contemplan como modalidades agravantes de la violación—, el cual requiere —además de aquel conocimiento— por lo menos la idea de que el pasivo es menor de edad o que por su estado mental no estará en condiciones de comprender la naturaleza de la copula que se le impone o de decidir de acuerdo con esa comprensión.

Ello trae a colación que a veces los tipos penales exigen de manera específica el conocimiento acerca de alguno de sus restantes elementos, como por ejemplo, la locución “a sabiendas” en la receptación de cosas o de ganado robados en el CPC, o esa misma exigencia se da en el parricidio con relación al ascendiente tan en el CPF y el CPDF como en el CPC. De ello se ha sostenido, correctamente, que es insuficiente para que se configure el dolo del primer tipo penal referido, que el sujeto adquiera la cosa o el ganado representándose sólo la posibilidad de su origen ilícito —con lo cual cabría un dolo eventual—, sino que será necesario que sepa realmente que la cosa o el ganado que adquiere son robados. Todo ello es correcto, sin embargo, no debe llevar a la falsa idea de que sería innecesario exigir el conocimiento del sujeto acerca de los elementos sobre los que no se refleje algún elemento subjetivo específico en el mismo tipo. Porque de todas suertes esa exigencia subsiste, por cuanto que el contenido del dolo no depende del elemento subjetivo específico, sino del contenido de los elementos objetivos del propio tipo penal. Además, desde aquella perspectiva, en algunos casos podrá ser innecesaria de lege ferenda la inclusión en el tipo de ciertos elementos específicos, pero en muchos otros tipos penales no sucede así, en cuanto el elemento subjetivo específico alude a un motivo o finalidad distintos de los se deducirían respecto a los restantes elementos típicos objetivos sobre los cuales se proyecta el fin la conducta. En efecto, dichas expresiones que se caracterizan como elementos subjetivos específicos en ocasiones se conectan directamente con el mismo dolo, pero otras veces las expresiones aluden al injusto propósito o a la finalidad ilegal de la conducta, o bien a un móvil o ánimo especial y sin que en

⁶⁹¹ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, p. 360.

⁶⁹² *Idem*.

el mismo tipo haya alguna otra expresión de la que se deduzca que ese móvil o ánimo deban existir. Y aunque por ello a las expresiones que aluden a una injusta finalidad se les vincule entonces a la conciencia de licitud como elemento de la culpabilidad, de todas suertes forman parte del tipo penal y van paralelas al dolo que las ha de captar. En el anterior orden de ideas, son elementos subjetivos que se asocian con la conciencia de la antijuridicidad, las expresiones “para tomar medidas contrarias a la ley”, “con el fin de comerciar ilícitamente con ellos”, “con el fin de causar daño”, etc.

Contra la opinión aquí sostenida, Gustavo Malo Camacho previene que debe evitarse la confusión entre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, con otros elementos subjetivos también diferentes al dolo que en realidad son componentes de la culpabilidad. Para ello el distinguido autor recurre a la separación entre los motivos y las finalidades de la conducta y estima que (...) los motivos —por referirse a la cuestión ¿de dónde?— son siempre un aspecto de la culpabilidad, mientras que las finalidades —por referirse a la cuestión ¿a dónde?, atañen al dolo.⁶⁹³ La opinión del distinguido autor parece provenir de Welzel quien distinguió entre motivos o móviles y finalidad⁶⁹⁴; sin embargo en esos casos discrepo del criterio de Malo, porque si bien es verdad que la motivación es distinta al fin, igual lo es que si el tipo penal refiere algún “motivo”, éste será un elemento del tipo de carácter subjetivo —positivo o negativo— que, junto con el dolo, también se deber dar para la conducta se tipifique penalmente. Lo cual nos lleva al segundo elemento del dolo.

El segundo requisito del dolo es la *voluntad con sentido de fin* del sujeto activo: al «decidir» realizar el hecho tal como se contemple en el tipo penal del delito de que se trate. Con independencia de que supiere de su existencia en la ley. (Requisito “volitivo”).⁶⁹⁵

Hay que tener presente que el sujeto activo debe decidir realizar tan la acción como también —en los casos de tipos penales de resultado— el resultado que aquella produce. Así como realizar del tipo lo que de él es realizable a través de la acción. Porque hay elementos del tipo que sólo son aprehensibles por el conocimiento pero que no se “realizan”. Esto es, son “realizables” la acción, los medios, el modo y el resultado, pero el objeto y las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión no lo son; como tampoco lo son las calidades del sujeto pasivo y los elementos normativos que se refieran a calidades o situaciones externas cuya actualización no depende de la voluntad del sujeto, aunque sí dependa de él adecuar su conducta a las mismas según el ámbito de prohibición del tipo penal —cuya realización sí obedece a aquella— y sin que se desatienda que, en ocasiones, algunos elementos normativos sí son realizables por virtud de las características que el autor imprime a su conducta, como sucede con las propias exhibiciones “obscenas” por ejemplo. En suma, el sujeto activo debe “conocer” los elementos típicos no realizables por él mismo para así “realizar” su conducta dentro del marco típico penal que abarque a aquellos.

Por otra parte, no habrá causa de exclusión del tipo penal doloso y la «voluntad» existirá para los efectos del dolo, aun cuando medie «coacción» para que el sujeto realice el hecho típico. Pues de ser así, de todas suertes «decide» realizarlo. Aun cuando dicha «coacción» puede obrar como excluyente de delito por causa

⁶⁹³ Ver Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 370.

⁶⁹⁴ Ver el número VII del Capítulo SÉPTIMO.

⁶⁹⁵ El concepto de la voluntad que da el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es el siguiente: “La voluntad consiste en la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa”. Ver op. cit., Real Academia Española, Tomos I y II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.

justificante o de inculpabilidad con motivo de temor fundado o como atenuante al graduarse judicialmente la punibilidad. De aquí entonces que el dolo no se excluye cuando el sujeto estima que por las circunstancias del caso no tiene otra alternativa más razonable que la de realizar el hecho típico. Pues dicha cuestión también podría afectar a la culpabilidad del agente, pero no invalida a la tipicidad del hecho. Por otro lado, el dolo puede ser compatible con las causas que excluyen al delito por faltar la ofensa al Derecho. Así el dolo de matar (como elemento del tipo penal de homicidio) es compatible con la voluntad de defenderse y con el fin de enfrentar la agresión. Porque la decisión de privar de la vida a otro no se excluye porque alguien, al disparar su arma con tal contenido típico de voluntad, a la vez lo haga para defenderse. Ni tampoco a la inversa, la decisión de defenderse no excluye que el sujeto decida matar. (Postura que se identifica con la llamada teoría estricta de la culpabilidad.) Además, el sujeto sabe que mata y lo hace con el fin de privar de la vida, como daño al bien jurídico que se protege. Sin que el tipo penal de homicidio describa algún otro elemento normativo. Y ya se verá porqué la lesión al bien jurídico es incluso diferente a la antijuridicidad misma de la acción. Que son cuestiones que —al igual que la culpabilidad— competen más al cómo se valora la conducta típica. En otro orden de ideas:

La "voluntad" de realizar el hecho típico —al depender de la "decisión" del sujeto activo— supone una voluntad incondicionada. En la que medie ya la determinación de realizar la acción típica cuando la lleva a cabo.

Si el sujeto activo aún no decide realizar el hecho típico o la acción que lo origina, no habrá dolo, porque el sujeto todavía no quiere o aún no acepta cometer la acción típica. Por ejemplo: el activo aun no se decide a matar y espera la reacción o agresión del otro. (Dolo «condicionado»). Lo que tiene particular importancia en el homicidio con premeditación. Pues ésta presupone el dolo de matar o de lesionar no condicionado; es decir, el que ya se decidió en forma serena desde un tiempo antes, más o menos largo el matar o lesionar. De tal suerte que el llamado dolo condicionado es incompatible con la premeditación como calificativa del homicidio y las lesiones.

Asimismo, del principio de que el sujeto activo debe decidir realizar tan la acción como el resultado que aquella produce —en los casos de tipos penales de resultado— se deriva que el dolo —como voluntad de contenido típico— deber motivar a la acción ejecutiva «cuando» ésta se da. De tal modo que al momento de realizar la conducta, ésta surja con la precisa voluntad de llevarla a cabo concretando los elementos del tipo penal del delito que se trate, entre ellos, el resultado material o externo y la lesión al bien jurídico.

Vienen a cuentas aquí el dolo «antecedente» y el dolo «subsecuente» a la conducta ejecutiva. Pues salvo para la premeditación y otras calificativas en el homicidio y de algunos pocos tipos penales que lo requieran expresamente, tan el dolo «antecedente» como el dolo «subsecuente» a la conducta ejecutiva son irrelevantes para configurar el tipo penal, si es que la voluntad de contenido típico no motiva precisamente la acción que resulta objetivamente típica. Porque si el tipo penal del delito no exige un dolo «antecedente» —que de ordinario no lo requiere— lo que importa es que el dolo del sujeto exista al momento de la acción u omisión ejecutivas y que aquél motive a éstas a efecto de que ellas causen o no eviten el resultado. En el sentido que unas y otro se lleven a cabo por virtud del contenido de voluntad que integre el dolo. Es decir, que la acción u omisión que realicen el tipo —y en él al resultado— se deban precisamente a la voluntad dolosa. Si alguien al calor de una discusión decide matar a otro y saca un rifle para ello, pero tropieza cuando apenas prepara con

premura el arma y se le va un disparo que lesiona al enemigo u a otra persona, es claro que cuando se le escapó el tiro, el sujeto realizaba la acción de preparar el arma pero en esa acción específica faltaba la voluntad de disparar para matar. Por lo tanto, las lesiones le son atribuibles a título de culpa. El dolo «antecedente» en la fase preparatoria será pues irrelevante cuando al momento de realizar la acción que deviene objetivamente típica, el agente no tuvo la voluntad de ejecutarla para producir el resultado ni a través de aquella aceptó la realización del mismo actualizando todos los elementos del tipo penal. Por regla general entonces, el único dolo relevante es el que motiva a la conducta «ejecutiva» para cometer el delito y que coexiste con esa fase al menos cuando ella se inicia. Porque tampoco será necesario que el dolo subsista durante toda la fase ejecutiva. Si alguien inicia la acción de matar al activar una bomba para que detone después de cierto tiempo es intrascendente para eliminar el dolo el que se arrepienta antes de que explote la bomba; o incluso que se olvide del asunto antes del momento de la explosión. Mas por otra parte, también es posible que el sujeto decida perfeccionar su delito como periplo de la realización del mismo, por ejemplo, escondiendo en el agua el cadáver de la persona que mató, para así encubrir su homicidio. Y luego resulte que la persona no había muerto, pero que ya inconsciente sí pereció de asfixia por ahogamiento. En tal caso se podría discutir si sólo hay homicidio en grado de tentativa con relación a la acción de matar y con la cual no se consiguió el fin, junto con un homicidio culposo con relación a la diversa acción de aventar el cuerpo al río. O bien, si hay un acontecer unitario de la acción como "homicidio encubierto". Solución a la cual se acoge Welzel, porque considera que este último delito ya engloba a las dos acciones.⁶⁹⁶ La solución de Welzel quizá podrá ser válida en el Derecho Alemán, pero no en el Derecho Mexicano, porque éste no tipifica al homicidio encubierto, esto es, la ley no lo prevé ni como tipo complementado ni como modalidad agravante para el tipo penal de homicidio, para que así fuese posible la subsunción del hecho en un tipo con ese contenido. Por lo tanto, parece que la solución más plausible sería la de que al faltar el dolo de matar en la acción de sumergimiento en el agua o algún líquido del cuerpo de la persona de la cual se creó es su cadáver, prevalecería la primera solución, en la cual la tentativa se funda en la acción que sí se dirigió a matar y no en la de esconder el supuesto cadáver y con relación a la segunda acción de aventar al agua al herido que se cree muerto es planteable, además, el homicidio culposo. (Aunque esta última solución es dudosa, como también la es la de sostener el dolo eventual, porque aun cuando el no verificar si la persona inconsciente está viva y echarla al río en esas condiciones aparejaría ya no sólo un actuar culposo ni un dolo eventual, sino un dolo directo de consecuencias necesarias, el hecho es que precisamente en la acción del sujeto no solo falta el conocimiento de que la persona está viva, sino que, además, hay la creencia errónea de que se trata de un cadáver.)

Más clara es la irrelevancia del dolo «subsecuente» para que se actualice el tipo penal. Como sucede cuando alguien mata por descuido a su enemigo y después se alegra de ello. O cuando alguien atropella culposamente a una persona y después le surge la idea de dejarla morir sin brindarle auxilio. En todo caso, en este último evento se podrá fundar el homicidio doloso a partir de la omisión. Pero el atropello no se podrá cimentar como doloso.

⁶⁹⁶ Han Welzel, *Derecho Penal Alemán...*, op. cit. pp.122 y 123.

Dolo directo, dolo eventual, dolo múltiple y dolo alternativo

Se debe puntualizar que se conduce con dolo: 1. Quien «quiere» una conducta y, en su caso, el resultado de ella, en las circunstancias que describa el tipo penal de un delito (**dolo directo**) con la voluntad de lesionar el o los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal. Pero también significa que obra con dolo: Quien al realizar su acción «acepta» ese resultado y la lesión jurídica, habiéndoles previsto como posibles consecuencias de su conducta (**dolo eventual**.) Lo anterior se prevé en las fórmulas que contienen los artículos 9° del CPF y 18 del nuevo CPDF: *“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”*. Y que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización*. Así, se estará frente a un **dolo directo** cuando el agente, conociendo los elementos del tipo penal, “quiere” la realización del hecho descrito por la ley. Y se estará frente a un **dolo eventual** cuando el agente, previendo como posible el resultado típico, “acepta” su realización o la del mismo hecho típico. Por su parte, el concepto del dolo del artículo 25 del CPC es más neutral y no parece distinguir entre dichas clases de dolo. El artículo 25 del CPC prevé, en lo conducente, que: *“Dolo es conocer y decidir realizar un hecho tal como se contemple en el tipo penal de un delito...”*. Sin embargo, el dolo eventual se deduce de igual forma, porque bien se puede asumir que el sujeto actuó con tal clase de dolo cuando conociendo las circunstancias en las que se decidió actuar, se constata que aquél aceptó el resultado típico.

De este modo habrá dolo cuando el agente quiere el hecho. O como también se dice, cuando al realizar la conducta hay intención o propósito de que ella produzca el resultado de contenido típico (**dolo directo de primer grado**.) Más igual lo habrá cuando el agente decida realizar una conducta cuyas consecuencias sabe que se darán con cierta seguridad al realizar su conducta (**dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias**.) Mismo que se puede evidenciar cuando las consecuencias de la conducta —según las particularidades de la misma— se ocasionan de ordinario, a menos que se dé una contingencia fuera del dominio de la voluntad del autor. El caso es distinto en su esencia al de falta de imputación objetiva del resultado al agente cuando aquél es causa del azar. Como en el ejemplo de quien manda a su enemigo a cumplir una tarea durante la tormenta, con la esperanza que lo mate un rayo. Lo que sucede. Porque en este caso el resultado sólo se puede dar en virtud del mismo azar. En tanto que en el dolo directo de segundo grado es sólo el azar el que puede impedir el resultado. Por último, el sujeto actúa con **dolo eventual** cuando prevé y «acepta» las consecuencias que no desea pero sabe que se pueden producir al realizar su conducta.

La diferencia del **dolo eventual** con la **culpa conciente** es clara aunque sutil: pues mientras que en la culpa conciente se prevé un resultado posible que «no» se acepta, en el dolo eventual se prevé un resultado posible que «sí» se acepta. Ahora bien, existen múltiples teorías sobre el cómo decidir la existencia del dolo eventual a falta de prueba directa. E igualmente, para distinguirlo de la culpa conciente, en la cual el resultado se prevé pero no se acepta. Partiendo que la ley ya da un concepto de dolo eventual (artículos 9° del CPF, 28 del CPDF y 25 con relación al 26 del CPC), un buen punto de inicio para resolver el cómo se evidencia aquél es cuando

en un juicio ex-ante el sentido de la conducta conlleve en sí ir contra el bien jurídico lesionado. Y tal sentido conllevará ese fin cuando de ordinario y según las circunstancias del caso concreto la conducta producirá el resultado que origina el daño (dado que de acuerdo con el tenor de la ley el dolo sólo se puede plantear en delitos de resultado.) La orientación de la conducta en tal juicio ex-ante se hace así en contra del bien a través del resultado que le daña y no así contra la norma, lo cual es distinto. De ahí que también haya dolo eventual cuando el sujeto acepta que los efectos de su conducta, ordinariamente lesivos con relación a quién la dirige, también lo sean para otros que, coyunturalmente, se les puede perjudicar con aquellos efectos. Ejemplo: el agente coloca una bomba en determinado lugar con el fin de matar a la víctima, esperando que ésta llegue sola ahí, pero sin importarle si otros también acudan con ella o se hallen ahí cuando detone el explosivo, no obstante que el lugar es en ocasiones concurrido por otras personas. Pues es claro que hay dolo directo con relación a la persona que el agente quiere matar, como igual existe su dolo eventual con relación a las demás personas, pues aunque no desea su muerte, sí acepta ese resultado cuya verificación estuvo bajo el dominio de su acción prohibida.

Por otra parte, puede suceder que el agente al actuar lo haga con un dolo múltiple o alternativo. *El **dolo múltiple** supone una acción que comprende la realización de varios resultados típicos.* Así, obra con tal clase de dolo quién decide matar a otro de un disparo (homicidio), conociendo que el proyectil dañará primero un cristal (daño en propiedad ajena) y enseguida lesionará mortalmente a la persona que se encuentra detrás. En su turno, *el **dolo alternativo** implica la voluntad de realizar un resultado típico y, a la vez, aceptar la posibilidad de que se dé otro típico o atípico.* Las situaciones donde se discute el dolo alternativo se pueden englobar en **tres grupos**. En **el primer grupo** el sujeto quiere realizar un resultado típico que se representa y de cuya realización no está seguro porque la misma acción podría dar pie a otro que carecería de relevancia típica. Ejemplo: El cazador que duda si lo que percibe en la maleza es una pieza de caza o bien se trata de una persona y no obstante dispara lesionando a otro (lesiones no queridas pero aceptadas.) En **el segundo grupo** el sujeto percibe que con su acción causará un resultado típico determinado y, asimismo, también acepta la posibilidad de que en vez de aquél se produzca otro con relevancia típica. La diferencia con el grupo anterior —en el que el agente no sabe a ciencia cierta cuál resultado se dará, si el penalmente irrelevante o el que tiene trascendencia típica—, estriba en que en éste segundo grupo el sujeto sí sabe que se dará un resultado típico pero no está seguro de que el otro se realice. El agente dispara para dañar una cosa pero cuenta seriamente con que también pueda lesionar a una persona que se encuentra cerca (y que al disparar aquél no resulta lesionada.) Ahora bien, en este grupo de casos se sostiene que hay delito doloso consumado respecto al resultado que sí se produjo, pero que habrá tentativa respecto al que dejó de realizarse. Sin embargo, esa opinión no se puede compartir plenamente, porque sólo sería tentativa si el delito que se inconsuma es aquél cuyo resultado se quería, pero no cuando dicho resultado se alcance y el otro no, dado que la tentativa —según su redacción típica— exige un dolo directo y no admite el eventual. **El tercer grupo** se configura cuando el sujeto se representa el sentido de valor o desvalor que requiere algún elemento normativo del tipo, pero también está inseguro de si su representación es correcta y aún así se decide a realizar la acción. En realidad

en esos eventos no hay dos clases de dolo, sino sólo uno que sí se representa el sujeto y debido a que actúa sin descartarlo, aquél sí se ajusta al tipo penal.

— IV —

El dolo respecto a los elementos normativos del tipo penal (mención especial)

El dolo debe abarcar el conocimiento de las circunstancias fácticas que impliquen los elementos normativos del tipo —bien sean específicos o con raíz normativa—, así como la significación de estos —en la esfera del profano—, al igual que el daño o peligro lesivos al bien jurídico protegido.

En efecto, del texto de los artículos 9° del CPF con relación al 15-VIII del mismo código, 18-párrafo-segundo del CPDF con relación al 29-VIII-a) de ese código y 25 del CPC con relación al 42-II del mismo ordenamiento, se obtiene que parte del conocimiento relevante para el dolo ha de versar sobre los elementos normativos que contenga el tipo penal, mismos a los que el CPDF correctamente se refiere como los de carácter objetivo. Y tan son objetivos los elementos materiales o descriptivos como los normativos. Es importante reparar en lo dicho, porque con ello la ley no distingue entre el conocer las circunstancias fácticas que impliquen los elementos normativos del tipo penal como parte del dolo y el conocer o captar en la esfera del profano el sentido jurídico o social del elemento normativo o el carácter de desvalor de mismo. Por ende, si la ley no diferencia no cabe hacer esa distinción y también son errores de tipo los que aparejen una apreciación errónea del carácter «formal» del elemento normativo que incluya el tipo penal. Ello indica entonces que el dolo envuelve tan el saber las circunstancias fácticas que dan origen al elemento típico normativo que enuncie o suponga el tipo penal, como el captar el significado de su carácter «formal», esto es, el sentido del mismo como proveniente de una prohibición jurídica cuando el elemento expreso sea de desvalor, o percibir el sentido social o jurídico —en el primero como en el tercer caso en la esfera del profano— del elemento normativo de especial valoración cultural o jurídica. Lo expresado es correcto en gran parte, porque en materia penal se trata de la concepción legal de la conducta que es base para el injusto y no sólo de un concepto de acción anterior a los tipos penales. Pues en los fenómenos jurídicos penales que recogen los tipos hay contenidos de significación social que van más allá del simple control final avalorado de factores causales por parte de la acción. En tal sentido, el concepto de dolo en la acción incluirá en él a la dimensión del sentido normativo de los elementos de tal clase que describa y en su caso implique el tipo penal como necesarios para dar relevancia típica a la conducta. Y lo cual sólo tiene salvedad en los errores de subsunción y en Coahuila, además, respecto a la violación del deber jurídico de actuar, como más adelante se verá. De aquí que no actúe dolosamente el sujeto que no capte la ajeneidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta.

En consecuencia, para que alguien actúe con dolo —además de que él determine el acontecimiento externo y de que capte en toda su extensión las circunstancias de esa clase del tipo penal de un delito— en el caso concreto debe tener claros los factores de sentido social-valorativo que implique y en su caso describa el mismo tipo penal. Desde esta perspectiva, el dolo comprende el conocimiento del hecho y sus circunstancias, según se contemplen o involucren en el tipo penal, con inclusión de captar el sentido de los elementos «normativos» que contenga y en su caso describa la figura típica. Esto es, **1)** con conocimiento de las circunstancias fácticas que dan origen a los elementos normativos del tipo penal y, asimismo, **2)** con la comprensión profana de su sentido de valoración; **3)** así como el de dañar o poner en peligro de manera lesiva —en el mismo enfoque del lego— el bien jurídico que se protege.

El entendimiento por el agente de los elementos «normativos» como parte del dolo no significa una adecuación jurídica exacta del intelecto con esos elementos según su precisa concepción jurídica. Sino que es suficiente con que el agente capte el significado social de aquellos elementos —normativos— al conocer las circunstancias que les dan origen. Se habla así de una *"comprensión paralela en la esfera del profano"*. Porque quizá el lego no sepa las distinciones entre cosa mueble e inmueble y menos aún las clasificaciones que hace el Derecho Civil de esos bienes. Pero, por ejemplo en el robo, el agente sí debe saber que el objeto tiene las características de cosa que no le pertenece a él sino a otro y decidir que la toma en circunstancias por las que él capta que no tiene derecho para apoderarse de ella. En el robo calificado de un "documento público", el sujeto debe captar las particularidades del documento por las que la ley le da el carácter de "público" y al menos saber por aquellos rasgos que se trata de un documento "oficial", tal como a él se le suele entender en la esfera del profano y no nada más captar el carácter gráfico documental de la cosa como en un tiempo lo estimó Welzel.⁶⁹⁷ Y en la privación ilegal de la libertad, el sujeto debe saber que actúa contra la ley —aunque desconozca su texto o incluso de qué ley se trata— al privar de su libertad a otro. De todo ello se desprenden las ideas siguientes: cuando el legislador pune una conducta puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido social de la acción por parte del autor para que éste merezca pena. Es decir, el legislador es libre de determinar en el tipo penal qué dosis del sentido del suceso tiene que llegar a la conciencia del autor. La limitación del legislador —y del intérprete y por lo tanto del juez— es la de no reducir la conducta en los tipos penales a un fenómeno diferente de lo que la conducta es realmente. Pero si el legislador respeta dicho límite cuando describe la conducta punible (tipo penal.): El juez deberá —en cuanto fiel intérprete de la ley— estimar relevantes al dolo circunstancias que en el tipo «acoten normativamente» a la conducta sin desnaturalizarla. Ello significa que a efectos de emitir el juicio de tipicidad, el juez debe tomar en consideración si cuando el sujeto realizó su conducta conoció las circunstancias constitutivas de la expresión normativa de que se trate y captó el sentido de las mismas de manera coincidente al que le dé la ley, aunque dicho sujeto ignore el concepto jurídico del elemento. Además del límite anterior, para los efectos penales al legislador no le interesa cualesquier conducta, sino sólo aquellas que al lesionar bienes jurídicos se deban sancionar penalmente por reunir las características que acuña en el tipo penal. Ello implica entonces que al estampar en los tipos penales a la conducta y el ámbito de prohibición en el que aquella se realiza, aquél implica que el sujeto que lo actualice capta que lesiona o pone en peligro de lesión a un bien jurídico, esto es, que afecta la relación de disponibilidad que debe haber entre el titular y el bien que se protege.

Lo anterior es como se indica porque el imperativo ontológico-valorativo de la conducta típica viene dado por los mismos mandamientos y razones en los que se basa el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal. Esto es, en cuanto la persona debe captar los contenidos de significación jurídica, cultural y dañosidad social que el mismo legislador introduce en el tipo penal a través de los elementos normativos. La última consideración es válida. Porque incluso quien sostenga que las verdades eternas condicionan al legislador en la materia de su regulación, cual es la conducta humana, y que, por ende, la conducta que regula el legislador penal se debe entender en su sentido óntico; esto es, con su contenido de

⁶⁹⁷ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit.: pp. 110 a 114. Ver el CAPÍTULO QUINTO, núms. V y VI, así como la Nota 493.

«fin»; difícilmente podrá soslayar que esa vinculación en nada impide que el legislador acompañe a la conducta en el tipo —que es su objeto de regulación y sin desnaturalizarla— de ciertos elementos normativos que aparejen su comprensión por el agente; es decir, que la persona capte el sentido de los elementos normativos del tipo que aparejen una especial valoración jurídica o cultural. Como tampoco podrá negar que si el legislador tipifica penalmente una conducta al estimar que lesiona o pone en peligro uno o más bienes jurídicos de forma tal que es preciso sancionarla con pena, por ende, al ser la lesión del bien jurídico un elemento del tipo penal, el dolo del sujeto deba abarcar la comprensión de la lesividad de la conducta que aquél realiza.

De aquí que las mismas razones por las que surge el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal, devengan sostenibles para que el sujeto —al cual en el tipo penal se dirige esa valoración— capte también el significado de valor y desvalor de los elementos de tal clase que el mismo legislador introduzca en el tipo con relación a la conducta. Esto es, lo que es objeto de valoración por el legislador en el tipo penal, debe ser a la vez objeto de aprehensión por el sujeto al que la norma se dirige.

Ya se verá al estudiar el error de tipo que incide sobre algún elemento normativo, en qué medida excluye tal error al dolo y qué salvedades deben hacerse al respecto. Más sí se debe poner de relieve que en el Derecho Penal vigente el dolo no se configura nunca por el mero conocimiento y la voluntad «genéricos» de actuar contra Derecho cuando el sujeto realiza la acción típica. En tanto que el conocimiento de actuar ilícitamente es —por lo general— extraño al dolo, salvo que ese extremo se contenga como elemento normativo expreso en el tipo penal de un delito y, por ende, el conocimiento del mismo sería apenas parte del dolo respecto a ese tipo penal en particular, porque ese sólo dato intelectual no le llenaría. Como tampoco dicho conocimiento sería suficiente para conformar la culpabilidad, en cuanto ella requiere para configurarse de varias condiciones dentro de las cuales se encuentra que el sujeto conozca o haya podido conocer la ilicitud “penal” de la conducta que realiza. Y una cosa es que el sujeto conozca que su actuar es ilícito y otra la es que sepa de la trascendencia penal de su acción ilícita. En tal línea de pensamiento hay que insistir que el dolo tampoco se nutre sólo del conocimiento y la voluntad de realizar los elementos materiales o descriptivos del tipo penal; esto es, sin que abarque el sentido social o jurídico de valor o desvalor de los normativos. Porque tan de los artículos 9° y 15-VIII-a) del CPF y 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, como de los artículos 16, 25 y 42-II del CPC, se desprende que el dolo debe abarcar a «todos» los elementos objetivos del tipo penal. Y es el caso que los elementos normativos del tipo pertenecen como elementos objetivos al mismo tipo penal, como lo son el daño o el peligro al bien jurídico y los elementos normativos específicos o con raíz normativa. Por lo tanto, para que la persona actúe con dolo, además del conocimiento y voluntad de los elementos típicos de carácter material o descriptivo, será necesario que —en la esfera paralela del profano— sepa y tenga la voluntad de dañar el bien jurídico y conocer —en la misma esfera del profano— que actúa en el sentido del elemento «normativo» que llegue a prever el tipo penal. Lo cual de por sí se asemeja bastante con el conocimiento de conducirse antijurídicamente en el plano material. De aquí que en el supuesto de que el tipo penal contenga elementos «normativos» expresos —tan de desvalor como de especial valoración jurídica o cultural—, para que el sujeto actúe dolosamente él deberá captar las circunstancias fácticas que den pie a esos elementos al igual que el sentido de los mismos y, además, las circunstancias y el sentido por las que daña o pone el peligro al bien jurídico protegido. Pues el dolo pertenece al tipo y —de acuerdo con la propia

ley— aquel requiere para su concreción que la persona conozca y decida conforme a «todos» los elementos objetivos del tipo penal delictivo en particular que resulten esenciales para la punibilidad del hecho. (Artículos 9° y 15-VIII del CPF, 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, 25 y 42-II del CPC.)

No es óbice a lo anterior que el artículo 25 del CPC señale que ese dolo se debe apreciar con abstracción de que el sujeto sepa de su existencia en la ley. Porque es diferente —como ya lo apunté— que alguien sepa que su conducta es antijurídica y con relevancia penal, a que sepa que con su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico y de que, en su caso, actué con conocimiento —al menos en la esfera paralela del profano— de los elementos normativos que lleguen a contener el tipo penal. Esto es, es distinto saber que se daña o pone en peligro a un bien jurídico y, en su caso —si se trata de elementos de desvalor— saber que se actúa ilegalmente, a saber que se incurre en una conducta antijurídica penalmente relevante o a saber que aquellos están inmersos en la ley penal que tipifica la conducta.

Ello tiene la mayor importancia práctica, pues si el tipo penal contiene elementos normativos, las circunstancias que en el caso concreto les den origen sí se deberán comprender por el conocimiento del sujeto como parte del dolo. Y precisamente por ello, la simple ignorancia y el error sobre las mismas, cuando se trate de un tipo penal necesariamente doloso, determinarán la ausencia del dolo y, por ende, excluirán al delito. (Pero igual actuará sin dolo cuando la persona no sepa que actúa en el sentido normativo del elemento, aún cuando no se equivoque acerca de las circunstancias fácticas que lo constituyan, como lo fundamento más adelante en éste mismo capítulo.)

Por ejemplo pensemos en los elementos normativos del robo: La persona toma la cosa ajena al confundirla con la propia. Es claro que en ese caso se actualizan objetivamente los elementos del tipo penal del robo. Pero igual lo es, que el sujeto tomó la cosa con la creencia que era suya y de que podía disponer de ella conforme a la ley. Por lo tanto, faltó en él la voluntad y el conocimiento de apoderarse de una cosa "ajena", "sin derecho" y de "dañar el patrimonio de otro". Por lo tanto, el sujeto actuó sin dolo. Mas igual sucede si el vendedor le arrebató la cosa al comprador que instantes antes se la adquirió, al ver que éste no le paga el precio en ese momento según lo acordado, con la creencia que la cosa aún le pertenece porque se estima engañado por el comprador. Pero vayamos a otro ejemplo relacionado con el daño al bien jurídico que protege el tipo penal: El caso del reportero en Nuevo León, que para probar que se podía obtener sin dificultad una credencial de elector con datos falsos, los proporcionó al registro nacional de electores y así obtuvo aquella. Lo que probablemente habría sido inadvertido de no publicarse el reportaje del periodista mucho antes del día de la elección. El cual luego le motivó denuncia por el delito de falsificar el padrón electoral federal. Sin embargo, se señaló que en ese caso a la conducta le faltaba el dolo aunque era antijurídica. Y con independencia de que la exactitud de la última afirmación estaría aún por verse en el plano del injusto típico, la consideración de que el periodista actuó sin dolo sólo se podría fundamentar de esa manera si es que al menos se entiende que el dolo también comprende la voluntad de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo penal. Pues en tal asunto el reportero sabía que daba datos falsos, pero, asimismo, tan es cierto que la voluntad del periodista estuvo lejos de afectar la seguridad de fe pública en el uso del padrón electoral, que fue él quien procuró y logró la publicación del hecho mucho antes del día de la votación, fecha en la que sólo él —con su credencial de elector con datos falsos— podría efectivamente haber lesionado de esa manera la fe pública del padrón electoral. En suma, de esos datos se infiere que el periodista actuó sin dolo porque al dar datos falsos no se

propuso lesionar —o poner en peligro— la seguridad del padrón electoral, sino el verificar esa seguridad y así alertar sobre aspectos que podrían tomar incierto el padrón precisamente para su debida fe pública.

De aquí entonces que en tal contexto sí pueda ser válida en cierto sentido la expresión de que el dolo deba ser “dolus malus”. Pero así como es inadmisibles un dolo «neutro», también lo es un dolo malo «genérico» de conducirse contra la ley o simplemente de lesionar los bienes jurídicos de otros, sino que sólo es plausible el dolo «específico» de lesionar o poner en peligro de lesión al bien jurídico tutelado por el tipo al realizar la conducta y con conocimiento y voluntad de los demás elementos del tipo penal del delito en particular de que se trate. *Así, el dolo malo es aceptable sólo en el sentido concreto de afectar el o los bienes jurídicos que proteja el tipo penal de un delito en particular y, en su caso, de tener conciencia en la esfera paralela del profano de los elementos de valor y desvalor delimitados por el mismo tipo penal del delito que los llegue a describir o implicar. Además de la voluntad y el conocimiento de los restantes elementos típicos de ese delito.* Como única excepción a lo anterior, en el CPC no será parte del dolo el conocimiento de los deberes jurídicos de actuar que sustentan a los tipos penales de simple omisión y de comisión por omisión. Y ello sólo es así, en tanto el artículo 37 del CPC dispone que: *“se considera cuestión de tipicidad, la posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y, en su caso, la objetiva posibilidad material de evitar el resultado de ajustarse el agente al deber jurídico”.* Mas el mismo artículo 37 precisa que: *“se consideran cuestiones de culpabilidad, las posibilidades que el agente tiene de conocer y ajustarse al deber jurídico según sus condiciones personales y las circunstancias del caso”.* Por lo tanto, en Coahuila el dolo relevante en los tipos penales de comisión por omisión, es el conocimiento de las circunstancias de hecho que originen el deber y la posibilidad de actuar y evitar el resultado y la lesión o el peligro al bien protegido, así como el sentido social de esto último. Pero en cuanto a la comprensión de que con ello se viola un deber jurídico de actuar, ella será materia ajena a ese dolo y, por lo tanto, será innecesaria para integrar el tipo penal de esos delitos. Aunque la «posibilidad» de esa comprensión y de su trascendencia penal en el ámbito del hecho típico realizado sí será ineludible para decidir la culpabilidad del agente.

En síntesis, lo que sí es inaceptable es un dolo genérico de “obrar contra la ley” o “contra derecho”. Como por igual es inadmisibles un simple dolo “neutro”, esto es, que para estimar que hay dolo se pase por alto a los elementos normativos del tipo penal, con inclusión de los bienes jurídicos que se quiere afectar y los cuales se deben corresponder con los bienes jurídicos que realmente se afecten.

Sólo pueden existir dolos específicos: de matar, de lesionar, de robar; etc., según el fin o los fines y el conocimiento específicos del sujeto al actuar en el caso concreto y que tengan relevancia típica en el sentido conductual del tipo penal de un delito en particular. El único contenido de voluntad y conocimiento relevantes en la acción u omisión, es el referido al tipo. En cuanto que el sujeto sepa y se decida actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal. Con independencia de que conozca de su existencia en la ley.⁶⁹⁸ De aquí entonces que para los efectos del CPF, el CPDF y el CPC:

⁶⁹⁸ Ver en este trabajo los temas relacionados siguientes: CAPÍTULO QUINTO, núm. V: “La conducta «evidente»”; núm. VI: “La conducta con «comprensión del significado social del fin»”, y núm. VII: “Las nuevas posturas del CPF y el CPC sobre la conducta”. CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO, núm. IV: “Conducta antijurídica y su relevancia penal”, y núm. V: “Conducta antijurídica y conducta típica”. CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO, núm. III: “No hay delito sin culpabilidad”.

Tan en lo que atañe al daño o al peligro lesivos al bien jurídico, como en los casos donde un elemento *normativo* del tipo penal de un delito tiña a la acción de tal modo que implique el conocimiento de la ilicitud del hecho, o bien con una especial valoración jurídica o cultural, el elemento normativo cultural, de desvalor o jurídico atraparé para el dolo a dicho segmento —que de otra manera podría considerarse de la culpabilidad—, para el efecto de que el sujeto conozca las circunstancias fácticas de las que se deriva el elemento «normativo» y capte el significado o sentido jurídico, cultural o de desvalor del tipo —en la esfera paralela del profano— de la conducta que realiza.

Ello incumbe igualmente a cualquier “*forma activa de intervención típica*”, con relación a las que el CPC de manera expresa se acoge a un criterio en parte «funcionalista» como el aquí sostenido, cuando parafraseando a Roxin, en la propia *Exposición de Motivos* se puntualiza:

(...) por lo que respecta a la participación: ésta con seguridad presupone una acción, en la cual se toma parte. Pero esto no se deriva de la esencia de la acción. Sino del contenido del «significado» del concepto de participación. Y, asimismo, de la esencia de la acción tampoco se puede deducir de qué clase ha de ser la conducta del autor. Porque el concepto de acción, aunque se le entienda de modo final, no tiene un contenido preexistente ontológicamente. Antes bien, sólo se puede averiguar qué requisitos son exigibles en cuanto a cualidades del hecho principal». Es decir, a partir de los preceptos relativos a la participación y de las particularidades del correspondiente tipo penal de cada delito en particular.

Las consecuencias de tales concepciones van mucho más allá de meras cuestiones metodológicas. Pues no se trata nada más de saber si el conocimiento de los elementos «normativos» que contenga el tipo penal se deban abarcar por el dolo o sólo por la culpabilidad. En éste último caso, porque no pertenecerían al dolo el conocimiento de algunos elementos «normativos», sino a la culpabilidad. Porque de ubicarse el discernimiento de esos elementos «normativos» en la culpabilidad: **1)** Sería suficiente con que el agente tenga la «*posibilidad*» razonable de conocer el sentido normativo de su conducta para que, en tal aspecto, pudiera ser culpable. Y sin que para ello sea preciso que aquél haya conocido —como parte del dolo— las circunstancias de significado normativo —aunque fuere en la esfera del profano—. **2)** En tanto que si esa comprensión como parte del dolo se refiere al mismo tipo penal: Entonces sí será necesario que el agente conozca la circunstancia fáctica que motiva el carácter normativo del elemento típico penal y, además, que capte el significado del elemento aunque sea en la esfera paralela del profano. Y por lo tanto, será insuficiente la mera «*posibilidad*» de conocerlos. Lo cual limita más al poder punitivo del Estado y procura mayor seguridad jurídica, dadas las amplias formulas legales para decidir la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta que arbitran los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48-I, 49, 51-I y 52 del CPC.⁷⁰⁰

Lo mismo se debe concluir con relación a la «omisión» en los “*tipos penales omisivos dolosos*” sean de simple conducta o de resultado, y con inclusión de aquellas formas de intervención típica que admitan a la «omisión» —con la salvedad a la que me referí—. En efecto, en el ámbito típico, a la omisión dolosa (que implica conocer y decidir omitir) siempre se le debe primero conectar con el conocimiento de las circunstancias del caso concreto que motivan el deber de actuar y con aquellas que hacían posible realizar la acción debida y, en su caso, evitar el resultado o la lesión jurídica. Así se estimado ya en la tesis siguiente:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO, PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la

⁶⁹⁹ *Exposición de Motivos del CPC*, p. 275

⁷⁰⁰ Al respecto, hay una corriente actual que discrepa escrupulosamente con estas consecuencias. Uno de sus principales exponentes es Francisco Muñoz Conde en España. Me ocupo de sus argumentos principales en los CAPÍTULOS NOVENO Y DÉCIMO, relativos al dolo y la culpa como elementos del tipo penal.

posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.⁷⁰¹

Mas con la limitación de que el «conocimiento» del «deber jurídico» que se viola es ámbito que el CPC deja a la culpabilidad. No así respecto al CPF y al CPDF que omiten esa salvedad. Así se deriva del artículo 37 del CPC, el cual a su vez se conecta con la fracción I del artículo 49 del CPC. Donde con relación a la «culpabilidad» en los delitos dolosos se exige que el sujeto tenga o pueda tener conciencia de la ilicitud penal de su conducta. La cual entonces implicará, tan a la conciencia de quebrantar el deber de actuar, como a la conciencia de la relevancia penal de ese quebrantamiento respecto al hecho concreto. Sin embargo, cabe reiterar de nuevo que esas consideraciones no deben llevar a la falsa creencia de que para el dolo será innecesario que el sujeto conozca las circunstancias fácticas de las que surge su deber jurídico de actuar en los tipos de omisión. Pues estas circunstancias fácticas *sí se deben abarcar por el dolo*. Ello es así porque el conocimiento y voluntad sí se deben referir a “la situación concreta que motiva el deber de actuar y la posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y, en su caso, la objetiva posibilidad material de evitar el resultado de ajustarse el agente al deber jurídico”; según se deriva del propio artículo 37 del CPC, con relación al artículo 16 y la ubicación sistemática de ese «deber jurídico» dentro del capítulo del tipo penal en el mismo CPC. Por ejemplo, para que se tipifique el delito de omisión de auxilio necesario, es preciso que el agente perciba las circunstancias y el peligro de los cuales deriva la necesidad del auxilio para el necesitado y aquellas que le permiten brindarlo. Lo que para los efectos del dolo será innecesario, es que el agente sepa que con su omisión viola su deber jurídico de asistencia y menos la trascendencia penal de esa trasgresión, pues ese conocimiento o la posibilidad del mismo ya será parte de su culpabilidad. De este modo, la *Exposición de Motivos del CPC* explica:

(...) por lo que respecta a las omisiones sólo será conduyente la afirmación de que no hay omisiones dolosas porque falta una causalidad que el omitente pudiera controlar. Pero ¿es eso cierto? Si alguien mata a otro con pistola, el apretar el gatillo; es decir, el proceso material como tal; sólo fundamenta la causalidad. Pero el dolo no se encuentra en su dedo. Sino en su cabeza. Consiste en el cálculo previo y en la aprehensión del sentido social de ese suceso precisamente. Y sólo en ello. Ahora bien, ambas cosas son posibles también por parte del omitente. Si alguien deja voluntariamente ahogarse a un niño que cae a la bañera, aunque no sepa que estaría obligado jurídicamente a salvarle de la muerte, en ese caso ha calculado previamente el resultado y ha comprendido su significado social. El dolo está constituido en este caso exactamente igual que en los hechos comisivos; sólo que su objeto inmediato es distinto, en vez de hacer algo debido, deja de hacerlo cuando podía actuar evitando el daño del bien.⁷⁰²

Por lo que en los tipos penales de «omisión» dolosa —sean de simple conducta o de resultado (comisión por omisión) — importará examinar como parte de la omisión típicamente relevante: Si la persona se percató **1)** de las circunstancias de hecho de las que surge su deber de actuar. Además, **2)** La objetiva posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y que el sujeto perciba esa posibilidad. **3)** Y, en caso de figura típica de resultado: la objetiva posibilidad material de evitar aquél, de ajustarse el agente al deber jurídico, así como que

⁷⁰¹ Materia: Penal. Clave: I.2o.P. , Núm.: 48 p. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 582/2000. 15 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza.

⁷⁰² *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. V, secc. 10, p. 321.

éste capte esa posibilidad. **4)** Asimismo, tan en el CPC como en el CPF y el CPDF: la voluntad y el conocimiento de los demás elementos que contenga el tipo penal del delito en particular, con inclusión de otros normativos, en su caso; los que, además, se deberán concretar objetivamente. Y una vez que en la esfera típica se verifique lo anterior, en la culpabilidad se examinará si la persona: **1)** Pudo conocer su deber de actuar —si se trata del CPC— y en cualquier caso, que igual pudo saber la trascendencia penal de su omisión. Y, además, **2)** Pudo ajustarse a Derecho.

Ya se volverá al respecto cuando se trate el error acerca de los elementos normativos del tipo y los llamados errores de subsunción.

— V —

Los elementos subjetivos específicos del tipo penal

También pertenecen al tipo subjetivo las palabras o expresiones de la figura típica que refieran o impliquen un «especial» *conocimiento* del sujeto o de su *contenido de voluntad*. A estas expresiones se les llaman elementos "subjetivos específicos" del tipo penal.

Así, son ejemplos de tipos penales delictivos que hacen referencia a un *conocimiento específico*: el presentar en juicio un acto jurídico apócrifo "*conociendo*" de su falsedad en la simulación en procedimientos judiciales. Usar un documento falsificado con "*conocimiento*" de su falsificación en el uso de documentos falsos. Ayudar al delincuente con "*conocimiento de esta circunstancia*" a eludir a la autoridad en la obstrucción a la justicia por encubrimiento. En su turno, son ejemplos de tipos penales delictivos que refieren o implican un *especial contenido de voluntad*: el de obstrucción a la justicia por servidor público, en cuanto requiere que el servidor público "*deliberada y maliciosamente*" impida, retarde o dificulte una determinación judicial. El de fraude de acreedores, en cuanto que el colocarse en estado de insolvencia debe ser "*con el objeto*" de eludir las obligaciones respecto a los acreedores. El falso testimonio, en cuanto es necesario que el testigo falte a la verdad "*maliciosamente*"; etc. Asimismo, ciertos verbos que describe la figura típica —al igual que ciertos medios y circunstancias de modo y ocasión que se contemplan en ella, o en sus modalidades atenuantes o agravantes— a veces tienen una *raíz subjetiva que se haya implícita*. Es decir, requieren de un conocimiento o animo específicos que el tipo no contiene de manera expresa, pero que se deducen de su interpretación contextual. Por ejemplo en el robo del CPF. Pues aunque el tipo penal de ese código no lo menciona, el "apoderamiento" de la cosa ajena mueble se debe realizar con "*ánimo de apropiación*"; esto es, *de comportarse con la cosa como si se fuere su dueño*, porque de otra manera faltaría un criterio claro de distinción entre el robo propiamente hablando y el robo de uso. El "*engaño*" en el fraude lleva implícita la *voluntad de obtener la cosa o el lucro por medios falaces*. El acto *erótico* conlleva el *ánimo lúbrico* en el atentado al pudor. En su turno, no bastará que se robe en un lugar que se incendia, sino que se "*aproveche*" el incendio para ello. (Ocasión.) O que se utilice la violencia en la cópula, sino que la violencia (medio) se realice "*para*" imponer la relación carnal contra la voluntad del pasivo, en la violación.

Por otra parte, la doctrina distingue entre los elementos subjetivos específicos y los elementos de actitud interna trascendente. Estos se caracterizan por un talante, motivo o móvil que deben presidir o impulsar al

sujeto al momento de su conducta y toda vez que no implican el conocimiento sobre alguna circunstancia ni algún especial contenido de voluntad, se sostiene que su estudio pertenece a la culpabilidad. Como sería el caso de los motivos depravados en el homicidio. Empero, no resulta tan claro cuándo se trataría de un simple motivo y cuando de un fin voluntario. Por supuesto que la voluntad final que importa para el dolo es la que se refiere a los demás elementos del tipo penal. Pero es por igual nítido que un elemento interno trascendente apareja cierto contenido en la voluntad de acción que se debe reflejar en la realización del tipo o en la modalidad típica que los contenga. Y en tal sentido ellos son elementos del tipo penal. Por lo tanto, como la ley aparte del dolo se refiere genéricamente a elementos subjetivos como componentes del tipo penal, como tales se deben valorar aquellos que aparejen una actitud interna trascendente y que se lleguen a contemplar en los tipos penales o en sus modalidades agravantes o atenuantes. A esta postura se le podría criticar que impide que esos elementos internos trascendentes jueguen su congruo papel junto con los móviles para valorar la gravedad de la culpabilidad, ya que se violaría el principio non bis in idem al estimar dichos datos respecto de aquella, ya apreciados para decidir la tipicidad. Pero la crítica pasaría por alto que precisamente por eso tales datos ya no pueden tomarse en cuenta a efectos de la gravedad de la culpabilidad, en tanto que el mismo legislador ya los tomó en consideración para fijar la gravedad del hecho descrito en el tipo y, por ende, para decidir su punibilidad legal.

Asimismo, el fin de la acción típica (dolo) se debe diferenciar del móvil del delito, salvo que éste se contenga en el mismo tipo y que, como elemento subjetivo específico, forme filas junto con el dolo. El fin se identifica con "lo que quiso" el agente típicamente, mientras que el móvil se relaciona con el "porqué lo quiso". Es decir, el "móvil" es la razón por la que el agente decide actuar típicamente. En tanto que el "fin" de la acción u omisión típica-penal, es el dolo en sí. Entendido como la voluntad consciente de realizar el contenido descrito en el tipo penal de un delito, con independencia de que el agente sepa de su previsión en la ley penal. Aquél móvil puede referirse a una razón precedente a la acción o a conseguir algo después de la acción, pero no se confunde con el contenido de "fin" de la acción típica. Así, el "fin" en el robo será el apoderarse de una cosa ajena en las circunstancias que describe el tipo penal del robo. Pero el "móvil" del robo podría consistir en la enfermedad propia o de seres queridos, o en la limitada suficiencia del ingreso para satisfacer las necesidades básicas o simplemente por el afán de lucrar o enriquecerse como "propósito posterior" al contenido de "fin" de la acción típica. Pero jurídicamente es incorrecto afirmar que "querer robar" (fin) es "móvil" del propio robo. Ya que además de ser un contrasentido, se confunde al contenido "final" de la acción típica de robar, con el motivo que le pueda dar origen ("móvil"). Que es diferente. De ordinario el móvil no juega un papel dentro del tipo, aunque aquél tiene influencia para ponderar la gravedad de la culpabilidad. Pero si acaso una figura típica o sus modalidades prevén dicho móvil, éste también debe estimarse como un elemento subjetivo específico del tipo penal. Por último:

Es posible distinguir al *elemento* subjetivo específico del dolo.

En ocasiones coinciden parcialmente. Como sucede en el parricidio o en otros homicidios donde a los sujetos activos y pasivos se les cualifica por el parentesco o relación y que exigen el "*conocimiento*" de ese parentesco o relación por parte del activo. Al igual que existe tal coincidencia en todos los ejemplos mencionados en el

primer párrafo de este apartado relativos a un conocimiento específico y en algunos de los relativos a un especial contenido de voluntad. Otras veces la diferencia es más amplia. Por ejemplo, en el robo el elemento «subjctivo específico» es el *“ánimo de apropiarse”* de la cosa ajena (Insito en el apoderamiento.) Y el «dolo» es la *“voluntad y conocimiento de apoderarse sin derecho de aquella y sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley”*. En las injurias el «dolo» consiste en la voluntad y el conocimiento de realizar una conducta que «manifieste desprecio a otro»; según el tipo penal en cuestión. Y su elemento «subjctivo específico» será el *“ánimo de ofender”*. En el atentado al pudor violento del CPC, el dolo consistirá en el *“conocimiento y voluntad de emplear la violencia física o moral para la ejecución del acto erótico-sexual”*. Y su elemento subjctivo específico será que se ejerza *“para intimidar de manera suficiente a la víctima y cometer el delito”*, etc.

No obstante esas diferencias, es claro que junto al conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo penal (dolo), para que la conducta sea típica ella deberá involucrar también a los elementos subjctivos específicos que prevea el mismo tipo penal. La ausencia del elemento “subjctivo específico” —en caso de que se implique de manera necesaria o se contemple en la figura típica— es causa de atipicidad por faltar un elemento esencial del tipo penal. Y con ello se excluye al delito. Y en caso que tal ausencia se dé respecto de una modalidad —atenuante o agravante—, ésta no podrá considerarse dentro de la tipicidad de la conducta.

— VI —

La prueba del dolo y de los elementos subjctivos específicos

Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales de Coahuila adopta de manera expresa el sistema de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba. Mismo que recoge de manera implícita y defectuosa —lo que facilita la arbitrariedad— el Código Federal de Procedimientos Penales. Y el cual sólo parecería estar ausente en el CPPDF y el cual parece que sólo podría salvarse por la jurisprudencia.⁷⁰³ De acuerdo con tal sistema es admisible que cuando se acredita que una persona realiza una conducta que por su desarrollo e incidentes permita inferir sin forzamiento que aquella decidió realizarla con conocimiento de las circunstancias que prevé el tipo penal; al igual que cuando se acredita que una persona realiza una conducta que, conforme a la experiencia corriente, produce cierto resultado típico penal, quepa entender en sana crítica —por la forma y dinámica de su acción— que la persona quiso o aceptó el evento y, en su caso, la producción del resultado típicos (dolo.) *Salvo que uno o más datos generen duda razonable de que el contenido de la voluntad o del conocimiento discrepe del dolo que requiere el tipo. En cuyos casos se deberá atender si se dio la culpa (si es que el tipo penal la admite), o en su defecto, por virtud de la duda, estarse al principio in dubio pro reo.*⁷⁰⁴

⁷⁰³ El Capítulo XIV del Título Segundo del CPPDF, relativo a la *“Valoración Jurídica de la Prueba”* no tasa los medios de prueba, salvo a la inspección y la documental pública, de lo que se seguiría que el CPPDF se orienta al sistema de sana crítica, lo que parece confirmarse en el artículo 261 de ese Capítulo, al disponer que: *“El Ministerio Público, los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca...”*. Pero enseguida ese artículo añade: *“...apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena”*. Y ciertamente que un sistema que se base en la “conciencia” más que en la razón, se aleja de la “sana crítica”. Por lo que cabría paliar esa expresión con base en la garantía de motivación de todo acto de autoridad que implique molestia o privación de derechos, a efecto de que aquél deba exponer el raciocinio por el que, de acuerdo a los mismos parámetros que da el artículo 261, llega a la conclusión de que hay prueba plena.

⁷⁰⁴ El artículo 49 del CPC dice: *“Para resolver si el agente se condujo culpablemente, se atenderá a sus condiciones personales y a las circunstancias del caso concreto”*. Por su parte el artículo 448 del CPPC dispone que: *“La existencia del dolo como elemento del tipo penal, o de los elementos subjctivos específicos de éste, a falta de prueba directa, se inferirá cuando, según el hecho que se realizó, en sana crítica se entienda que el inculpaado lo conoció y decidió y, en su caso, actuó con el elemento subjctivo específico. Así como que quiso o aceptó el resultado, si la figura típica es de resultado. A menos que en*

Posición análoga se puede predicar con relación a ciertos elementos subjetivos específicos expresos o de raíz subjetiva que impliquen cierto fin. Por ejemplo, en el estupro, porque, de entrada, no sería lo mismo una nalgada que sobar o acariciar el glúteo de otra persona sin su consentimiento. Y bien se puede inferir el propósito ofensivo o de menosprecio —y por ende, su carácter injurioso— de muchas palabras malsonantes que con frecuencia se usan en el diálogo en ciertos grupos sociales, según sea el contexto y la dinámica de los hechos en que aquellas se pronuncien.

De todo ello se sigue que es admisible inferir que la conducta y, en su caso, la causación del resultado son dolosos, cuando otro entendimiento diverso al dolo —del conocimiento y del fin típicos de la persona al realizar su conducta objetivamente típica— sea violatorio de la sana crítica según las circunstancias, el contexto y dinámica de la acción acreditada.

Pero lo que sí es inaceptable es llevar la inferencia del dolo a cualquier caso de prueba de los meros datos externos de un comportamiento o del puro curso físico-causal entre aquella y el resultado, si es que según su contexto, dinámica o circunstancias del caso impiden asumir sin forzamiento alguno la existencia del dolo. El pretender una sentencia de condena por delito doloso en esos eventos, importa un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica como sistema de valoración racional de las pruebas. Además, apareja una solución que vulnera la garantía de presunción de inocencia, pues sólo se debe condenar e imponer penas cuando en el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona —y precisamente para que una conducta sea delito es necesario que ella sea dolosa o culposa—.

Y si en cualquier caso la sentencia de condena pasa por alto la prueba del dolo y los principios de la sana crítica que animan la valoración probatoria de su existencia; es decir, suponiendo el dolo aunque haya una o más circunstancias o motivos que indiquen su ausencia y ellos no se puedan descartar conforme a Derecho, se estará actuando contra las exigencias de un estado de derecho al pretender condenas o imponer penas a las personas sin auténtica prueba del delito que sólo presuntamente cometieron. Un somero examen de los expedientes y sus sentencias en las causas penales es suficiente para que se advierta la insidiosa y persistente frecuencia con la que se desatienden las consideraciones anteriores. Es patente la ausencia de motivación de los datos que permitan establecer el dolo; así como la falta de razonamientos válidos para descartar los datos conraindicantes. Pareciera que con relación al dolo todavía estuviere vigente el inconstitucional apotegma que perduró en el Derecho Penal Mexicano durante décadas (1931-84), de que el dolo se presume, sin que importe motivar los datos fácticos probados de los que el mismo se pueda deducir racionalmente y de manera unívoca sin forzamientos, menos aún sin que interese examinar los que pudiere haber en contra. Y por igual es notorio el abandono de agravios contra esas graves formas de proceder en los recursos de apelación que interponen los defensores. ¿Será falta de formación? ¿O será simple resignación ante la pernicioso consistencia de tales pseudo juicios deslegítimos? A lo que se le pueden sumar los escasos defensores públicos y su excesiva carga de trabajo.

cualquiera de los casos anteriores se oponga duda razonable." Y a su vez, con relación a la culpabilidad, el artículo 449 prevé que: "A falta de prueba directa, el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta o del hecho; o la posibilidad razonable de conocer tal ilicitud o el deber jurídico de cuidado y de conducirse conforme a derecho, se inferirá en sana crítica de las circunstancias personales del inculpado y del caso concreto que sean conducentes, a menos que se oponga duda razonable. Las que el juzgador motivará en la culpabilidad, como parte del contenido de la responsabilidad penal. Los datos del hecho, de las circunstancias personales y del caso concreto en los que se base el juzgador para inferir el dolo, la culpa y la culpabilidad, reunirán al menos las condiciones de la prueba indiciaria." En tanto que las condiciones de la prueba indiciaria las señala el artículo 446 del mismo CPPC.

El error de tipo como excluyente del dolo

A. La concepción del error de tipo y su tratamiento en el CPF, el CPDF y el CPC. La fracción VIII-a) del artículo 15 del CPF dispone que el delito se excluye cuando: *“Se realice la acción u omisión bajo error «invencible» sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”*. En tanto que el último párrafo de ese artículo con relación al 66 del mismo CPF, prevén que: *“... si ese error es «vencible» se aplicará la pena del delito «culposo», si el delito admite esa forma de realización”*.⁷⁰⁶ A su vez, el artículo 29-VIII-a) del CPDF preceptúa que el delito se excluye cuando: *“Se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate. Mientras que el último párrafo de ese artículo con relación al 83 del mismo CPDF, prevén que: “... si ese error es «vencible» se aplicará la pena del delito «culposo», si el delito admite esa forma de realización”*. Por último, la fracción II del artículo 42 del CPC señala que hay atipicidad: *“Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error «invencible» de tipo penal que admita la culpa”*. Además, agrega que: *“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”*. Asimismo, precisa que: *“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”*. Finalmente prevé que: *“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 de acuerdo con la pena del tipo penal culposo del delito que corresponda”*.

Ahora bien, de nuevo se podría ver en el CPC un exceso de dogmatismo al regular el error de tipo. Ya que — se afirmaría— la dogmática no es tarea del legislador. Y también se podría argumentar que se cancela la tarea de aquella dogmática cuando la regulación legal es profusa. En ese sentido parece pronunciarse el insigne penalista y buen amigo, Moisés Moreno Hernández, cuando se refiere ya no precisamente al problema que aquí se plantea, sino a la sistematización que adopta el CPC para el desarrollo de los elementos del delito y las causas que les excluyen. Así, al referirse al proyecto del nuevo CPDF, Moisés Moreno observó que ese código: (...) al no plantear una definición del delito, consecuentemente tampoco adopta una específica sistematización para el desarrollo del contenido de sus elementos, pues ello es tarea de la dogmática; y al seguir en este particular el criterio del código vigente, permite con ello un auténtico e intenso desarrollo de la dogmática penal en torno al delito. Criterio análogo se sigue en relación con las causas de exclusión del delito, al englobarlas en un solo capítulo y no separarlas según su naturaleza, es decir, según el elemento del delito que excluyen, como lo hacen algunos códigos penales estatales que en capítulos separados se refieren a las causas de atipicidad, a las causas de justificación, a las de inimputabilidad y a las que excluyen la culpabilidad

⁷⁰⁶ Los corchetes son míos.

[como el de Coahuila —que Moreno Hernández cita a pie de página—]; es un criterio adecuado, porque, además de permitir la discusión dogmática y el desarrollo de la jurisprudencia, propicia una más libre actuación del juzgador para señalar en cada caso concreto el aspecto negativo que concorra según el criterio teórico más adecuado, y no hacerlo de manera mecánica y sin reflexionar sobre su verdadera naturaleza.⁷⁰⁶ Sin embargo, con independencia de que la primera afirmación del docto penalista sería algo exagerada, pues la dogmática penal en México ha sido tan buena como escasa en los últimos años. Cabe señalar que las formulas del CPC orientan a esa dogmática pero no la anulan. Porque no agotan —ni podrían hacerlo— todos los planteamientos, problemas, incidencias y soluciones que aporta la doctrina del error de tipo al tratamiento del delito y en el mismo tenor con relación a muchas otras categorías y contenidos de la teoría del delito. Por lo demás, es cierto que el CPC puntualiza ciertas posturas que al menos a primera impresión podrían disminuir una evolución del Derecho Penal por la vía de la doctrina y la sana interpretación judicial. Pero también es verdad que el CPC proporciona mayor seguridad jurídica al adoptar definiciones respecto a cuestiones que podrían deducirse en diversos sentidos. Y en tal sentido es preferible el dogmatismo legislativo al voluntarismo judicial. El primero significa seguridad jurídica, mientras que el segundo apareja precisamente lo contrario. Y basta leer las sentencias penales de cualquier parte de la república para percatarse lo muy poco que se plantean o examinan los problemas relativos al dolo y al error de tipo, así como de muchísimos otros problemas dogmáticos. Paradójicamente, con aquellas precisiones el CPC puede propiciar, además, la evolución de la dogmática y la jurisprudencia, dado el pobre estado actual de la mayor parte de la práctica forense y judicial en tal aspecto y del exiguo desarrollo de la misma dogmática penal mexicana. Creo que en el estadio presente de progreso de la dogmática mexicana y en especial por su escasa aplicación en la práctica, es preferible la solución legislativa a determinados puntos que de otra forma quedarían oscuros —aunque la misma pudiese ser superada por otras formulas mejores que aparejen la necesidad de modificar la ley— y más aún, cuando el mismo silencio de ésta favorece la arbitrariedad.

B. La vencibilidad y la invencibilidad del error de tipo. Porque lo que más importa destacar, es que también constituye una falta al principio de legalidad, el que en el CPF y el CPDF se omite regular uno de los relieves principales del error de tipo. Pues el CPF y el CPDF no señalan cuándo el error es "invencible" y cuándo es "vencible" y si acaso esa clasificación es o no es admisible aún tratándose de un error que incida en un tipo necesariamente doloso. Ello es imperativo de seguridad jurídica. Porque cuando la ley concede al Estado el poder punitivo para los hechos que describe como punibles y respecto de éstos la propia ley admite que con ciertas condiciones tal poder punitivo se mantiene o se excluye. Entonces, el que la propia ley regule con la mayor claridad posible en qué consisten las condiciones que fundamentan la punición y cuáles hacen viable alguna causa que excluya al delito, no es más que hacer «eficaz» la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas a través del principio de certeza legal que se deriva de aquella. En vez de dejar en la oscuridad la condición de la punición o de la excluyente —que en el caso consiste en saber en qué consiste la «invencibilidad» o «vencibilidad» del error de tipo— lo que favorece la discrecionalidad judicial. Pues eso es lo

⁷⁰⁶ Moisés Moreno Hernández, *Algunos comentarios sobre el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales, Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 84.

que se propicia por la carencia de una fórmula legal que diga en qué se hace consistir dicha invencibilidad y todavía más preocupante, la vencibilidad del error. Las expresiones “invencible” y “vencible” son así alocuciones “abiertas” en el CPF y el CPDF cuyo contenido conceptual hay que precisar. De todas suertes, coincido con el Doctor Moreno Hernández en que se puede hacer labor dogmática, racional y coherente con base en las normas legales, la que al menos sí es posible de acuerdo con las pautas que regulan al error de tipo en el CPF y el CPDF. En efecto, tratándose de error de tipo en el que el dolo está ausente, cabe ya anticipar lo siguiente:

Cuando objetivamente se actualiza el tipo penal de un delito, la ausencia del dolo por razón del error es insuficiente en todos los casos para predeterminar la atipicidad del hecho. Ello depende de si: A) el tipo penal que objetivamente se realiza admite la culpa o si B) es un tipo necesariamente doloso. (Artículos 15-VIII-a) y 66 del CPF, 29-VIII-a) y 83 del CPDF.) Y ello es como se indica, porque en el primer caso y según aquellos artículos: **1)** Cuando el tipo penal admite la culpa y el error es invencible habrá causa de atipicidad. Pero si el error es vencible la conducta será típicamente relevante a título de culpa. Lo cual implica necesariamente acudir a la fundamentación de la conducta como culposa. De lo cual se deduce que en los delitos que admiten la culpa, la invencibilidad del error de tipo estriba en la imprevisibilidad del resultado en el caso concreto; al igual que la vencibilidad del mismo radica en la previsibilidad de ese resultado. Mientras que en el segundo caso: **2)** Cuando el tipo penal es necesariamente doloso, el simple error determinará su invencibilidad y, por ende, la causa excluyente de delito.

¿Cómo es posible esto último? Es decir: ¿Cómo es viable que el simple error determine su «invencibilidad» cuando ese error incida sobre alguno de los elementos de un tipo penal necesariamente doloso? Por las razones siguientes:

Primera. De acuerdo con los artículos 66 del CPF y 83 del CPDF la «vencibilidad» del error de tipo tiene su fundamento sancionatorio a título «culposo» sólo si el delito admite esa forma de realización. Por lo que si en el error de tipo la «vencibilidad» del error se debe sustentar en la «previsibilidad» del resultado en el caso concreto y por ende en la «culpa» del sujeto sólo si el delito admite esa forma de realización. Por lo tanto, carece de sentido hablar de fundamentar la vencibilidad de un error con base en la culpa, cuando se trata de un tipo penal necesariamente doloso.

Segunda. Porque sería un despropósito sancionar como «culposo» a un delito necesariamente doloso, lo que no permite la ley. Pues sólo se pueden sancionar como culposos los delitos que de manera expresa señala el artículo 60-párrafo-segundo del CPF y los artículos 19 y 76 del CPDF. Esto es, para los delitos culposos rige el principio de número cerrado (*numerus clausus*.) Principio que establecen dichos artículos en respeto a la garantía de legalidad y al principio de intervención mínima del poder punitivo.

Tercera. Pero aún sería más absurdo sancionar como doloso el hecho típico que se realizó con error, si precisamente por tal error el dolo fue inexistente en ese evento, el cual conforme a la ley debe ser necesariamente doloso.

Cuarta. Porque no se debe pasar por alto que —de acuerdo con los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF— el dolo y la culpa son elementos esenciales del tipo penal y del delito. Y si no hay dolo ni culpa, no se pueden integrar el tipo penal ni el delito.

Quinta. Porque cuando el error versa sobre un tipo penal necesariamente doloso, el «simple» error respecto a los elementos objetivos de aquél hace imposible la configuración del dolo y la calidad necesariamente dolosa del tipo penal de ese delito impide juzgar a la conducta como culposa. Dado que si se admitiese que aun sin la fundamentación del dolo ni de la culpa se sancionara a un delito necesariamente doloso “como” si fuere «culposo» —sin serlo— y sólo por virtud del error que habría de estimarse «vencible», se construiría entonces una nueva categoría de tipos penales ya no previstos por la ley ni fundados en la culpa ni en el dolo.

Sexta. Porque de sostener la existencia de un delito necesariamente doloso —y, por ende, que no admite la culpa— cuando falta dolo pero porque habría un error “vencible”: se propugnaría una clase de tipicidad sustentada en la vencibilidad de un error cuyos patrones difusos —y que incluso son inexistentes en la misma ley penal— muy bien propiciarían caer en el castigo por el resultado o en un mero criterio objetivista de desvalor de la acción, pero desatendiendo a ésta como objeto de regulación de las normas penales. Ejemplo: El sujeto paga la cosa con un cheque del que cree por error que tiene fondos. ¿En qué se basaría la “vencibilidad” del error de lo que objetivamente es la obtención de la cosa mediante un engaño —y que según esto sería fraude—? ¿Y en qué habría de respaldarse esa “vencibilidad” cuando el sujeto confunde la cosa ajena con la propia y por ello la toma? Pero aún cuando se encontrasen algunos motivos: ¿Real y jurídico-penalmente que acaso cabría sostener de manera sensata que puede haber fraudes, peculados, administraciones fraudulentas y robos no dolosos? Por ende, si el hecho —de acuerdo con la misma ley— no se puede cometer culposamente —por ejemplo falsedad o desacato (además de los señalados y muchos otros más)— y en virtud de una falsa representación hay discrepancia entre lo que la persona cree conocer y decidir y los demás elementos del tipo penal delictivo de ese hecho, el simple error será motivo para que no se aplique sanción, pues sería un disparate e ir contra Derecho castigar penalmente una prevaricación, un peculado, un desacato, una falsedad, un fraude o un robo como “culposos”, lo cual, además, no permite la ley; y más aún absurdo sería sancionarlos con base en un supuesto error “vencible”, pero sin que respecto a ellos se pueda afirmar que hubo dolo o culpa, los cuales la ley exige como imprescindibles para que una conducta pueda ser delito. (Artículos 8° del CPF, 18-párrafo-primer del CPDF y 24 del CPC.) Por lo tanto, si el tipo penal es necesariamente doloso; esto es, que no admite la culpa, el simple error determina su «invencibilidad» y excluye tan el juicio de tipicidad como el delito, los que requieren, necesariamente, que haya existido el dolo o la culpa.

Así, como contrapartida del dolo se debe contemplar al error de tipo en tres supuestos distintos. En dos como causa de atipicidad y en uno como causa de atenuación punible a título culposo. 1) El primer supuesto de atipicidad se da cuando el error sea «invencible» y recaiga sobre un tipo penal delictivo que admita la culpa. En tal caso, la «invencibilidad» del error ha de residir en la «imprevisibilidad» del resultado en el caso concreto. Por lo tanto, el error excluye al delito si el resultado no aceptado es “imprevisible”. 2) El segundo supuesto de atipicidad se da cuando el tipo penal que se realiza bajo error es «necesariamente doloso», pues el simple error sobre un delito doloso determina la «invencibilidad» de aquél —que no puede juzgarse con los patrones de un delito culposo— y dicho error excluye al delito. 3) El tercer supuesto ya no de de atipicidad sino de tipicidad se da cuando hay error «vencible» sobre un tipo penal que admita la culpa. En tal caso, la «vencibilidad» del error reside en que el resultado no aceptado que se causa es «previsible» en el caso concreto. Dicho de otro modo, si en un delito que admite la culpa el error es «vencible», aun cuando se elimina el dolo, aquel deja un remanente de culpa que permitirá castigar el hecho a tal título si es que, precisamente, el resultado era previsible.

C. La ignorancia y el error de tipo y su diferencia con el error de prohibición. Dentro del error de tipo se comprende a la ignorancia y al error en sentido estricto. Y aunque una y otro son diferenciables, la distinción no produce efectos jurídicos prácticos en materia de error de tipo —salvo las precisiones que más adelante se harán tratándose de la ignorancia y el error propiamente hablando que incida en elementos normativos del tipo penal—. De aquí que el CPF, el CPDF y el CPC los engloben indistintamente bajo el rubro genérico de “error”. Dicho error o ignorancia deben implicar una falsa apreciación o desconocimiento de las condiciones en que actúa el agente, que apareje una discrepancia entre el hecho realizado y su representación por el agente. En tal orden de ideas:

Existirá error de tipo tan cuando el sujeto en el caso concreto y en virtud de circunstancias objetivas no se percate de la existencia del elemento típico penal de un delito (ignorancia); como cuando por circunstancias objetivas aquél aprecie de manera equivocada el hecho que realiza; percepción que es discrepante con el hecho que contempla el tipo penal (error en sentido estricto.)

Como ejemplos de equivocada percepción de la realidad que incide sobre algún elemento típico se pueden citar el del cazador que dispara contra otro cazador porque lo confundió con un venado (homicidio.) El que cree que firma un esqueleto de su propia chequera cuando en realidad lo hace en la de otro (falsificación.) El que ignora que la cosa es producto de un robo y la adquiere para sí (receptación dolosa.)

De esta manera, si el dolo es el conocimiento de las circunstancias objetivas constitutivas del tipo penal, el error de tipo viene a ser su contrario. En esencia consiste en la ignorancia o la representación equivocada del agente acerca de las características del hecho que aparte del dolo dan relevancia típica a su conducta.

Como consecuencia de esta clase de error, el dolo desaparece. Porque en la conducta falta la voluntad y el conocimiento típicos a pesar de producir un evento objetivamente típico. En el error de tipo no hay congruencia entre el fin y el hecho que se realiza. Pues si bien el hecho se capta objetivamente por un tipo penal, el fin es atípico o al menos típicamente diverso.

El error de tipo se debe diferenciar del error de prohibición y del error de exigibilidad. Los tres tienen como género común la discrepancia entre lo que se realiza y su representación por el agente. Pero la diferencia específica estriba en que en el error de tipo la divergencia se da porque la apreciación del hecho objetivamente típico realizado no se corresponde con él, afectando al dolo, al ignorarse algunas de las características del hecho que son relevantes al tipo o por percepción equivocada de ellas. En tanto que en los errores de prohibición o de exigibilidad, lo que se ignora o aprecia equivocadamente no es el hecho típico en sí, sino su ilicitud o alcance penal; o bien porque se percibe equivocadamente la circunstancia por la que se cree existe una causa de justificación o de inexigibilidad —que en realidad no se da— afectando a la culpabilidad. La salvedad está en los tipos penales dolosos que contengan elementos «normativos» que impliquen el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Pues en tales casos el error o ignorancia sobre las circunstancias fácticas en que descansan los elementos normativos o sobre la valoración misma de tal clase de elementos elimina al dolo y, por lo tanto, evita que la conducta sea típica; aunque para ello atrape parte de lo que sería un error de prohibición y, por ende, de la inculpabilidad del sujeto. Mas igualmente esta clase de error de tipo (que incide sobre elementos normativos) tiene su salvedad en los llamados errores de subsunción y, en Coahuila, además, respecto al deber jurídico de actuar, según se verá más adelante. Pues hay que

recordar que el «dolo» debe abarcar al hecho tal como lo describa el tipo penal de un delito en particular, con inclusión del conocimiento de las circunstancias que fundamentan a sus elementos normativos. Y como ya se vio, en esos casos la ignorancia que verse sobre el elemento normativo tampoco cabe como «error de prohibición».⁷⁰⁷ Pues tal clase de ignorancia ya deja fuera al dolo. Es decir, cuando conociendo el sujeto la circunstancia fáctica de la que deriva el carácter «normativo» de valor o desvalor del elemento típico, aquél no se represente su alcance jurídico o cultural. Pero no cuando tiene una idea aproximada del mismo —en la esfera paralela del profano— aunque ella no sea exacta, porque la inexactitud en la comprensión del significado del elemento normativo apareja un mero error de subsunción que es irrelevante para excluir el dolo y en tal caso sí podrá estimarse como error de prohibición. (Tema que aclararé y sobre el cual abundaré más adelante.)⁷⁰⁸ Otra diferencia importante estriba en la fundamentación de la vencibilidad del error según sea error de tipo o error de prohibición. La vencibilidad del error de tipo se fundamenta en la previsibilidad del resultado y sólo cabe preguntarse de si existe tal vencibilidad en virtud de la previsibilidad del resultado si el tipo penal admite la culpa. Pues en los tipos penales necesariamente dolosos la mera existencia del error acerca de sus elementos fundamenta la invencibilidad de aquél. No sucede lo mismo con el error de prohibición, ya que la invencibilidad o vencibilidad del error se plantea para cualquier clase de delito y aquella se fundamenta en la razonable conocibilidad o inconocibilidad del carácter penalmente ilícito de la conducta o en la valoración de las circunstancias por las que el sujeto creyó actuar al amparo de la causa de justificación o de inexigibilidad que equivocadamente se representó.

Por lo pronto, el error de tipo excluye al dolo pero deja la posibilidad de la imputación penal cuando dicho error versa sobre un tipo penal que admite la culpa, pues el error vencible permite la imputación a título culposo cuando el resultado es previsible y con la punibilidad que se asigna a la culpa. O bien, si el error de tipo es invencible, excluirá la posibilidad de que se dé el mismo tipo y, por ende, excluye a la tipicidad del hecho y su punibilidad como delito. Por último, los errores de prohibición y de exigibilidad afectan a la culpabilidad, pero dejan intacto al dolo y a la tipicidad. Así, dichos errores excluirán a la culpabilidad cuando sean “invencibles”, pero ella se mantendrá cuando aquellos sean “vencibles”.

C. Los presupuestos para examinar el error. Ahora bien:

Se deberá examinar como presupuestos necesarios de cualquier error: La existencia «objetiva» de todos los elementos de tal clase que contemple el tipo penal de un delito y que son distintos al dolo. (Ello de por sí ya queda claro en el tenor de los artículos 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, en cuanto que el error debe incidir en cualquiera de los elementos objetivos del tipo penal.)

Así antes que ver si hubo dolo o error siempre es preciso examinar que se dio: **1)** La existencia «objetiva» de la forma externa de acción específica o de las circunstancias fácticas que fundamenten a la omisión de la acción debida. **2)** La existencia «objetiva» de todos los demás elementos de tal clase —descriptivos, materiales y normativos— que contemple la figura típica del delito y que son distintos al dolo. **3)** En su caso, de la forma de intervención en su aspecto objetivo, distinta del autor, como condición de realización de la figura típica. **4)**

⁷⁰⁷ Ver Capítulo QUINTO, núm. VI: La conducta con comprensión del significado social, y el número VII. Las nuevas posturas del CPF y el CPC sobre la conducta.

⁷⁰⁸ Ver en este mismo número, el apartado F inciso 6): El error sobre los elementos normativos del tipo penal.

La preexistencia objetiva del bien jurídico y de la lesión o del peligro real de lesión que se originó. Ello es así, en tanto que resultaría ocioso examinar los errores que afectan al dolo como elemento del tipo penal y en su turno a los errores que afectan la culpabilidad como elemento del delito si en el mundo de relación no se dieron los antedichos elementos objetivos del tipo penal. Por ejemplo, será necesario que objetivamente aparezca que el sujeto mató a otro en el homicidio. O que existió apoderamiento de cosa ajena, sin derecho ni consentimiento de quien puede disponer legalmente de ella, en el robo. O que existió cópula mediante engaño con mujer casta y honesta menor de 16 años en el estupro en Coahuila. Etc. Así mismo, será preciso que se dé cierta forma objetiva de intervención típica del sujeto activo que realiza la figura típica y, por ende, condicionada a la verificación de los demás elementos del tipo penal. Así como, en su caso, verificar que se dio la diversa forma objetiva de intervención distinta a la del sujeto activo primario, pues si ésta falta ya sería de sobra entrar a examinar si existió o no existió dolo en el partícipe, como también cuando con relación a éste falte la exteriorización material de su conducta que objetivamente se ajusta a alguna de las formas típicas de intervención distintas a las de los autores. Por último, sería superfluo entrar a examinar el "error", cuando en el caso concreto el bien jurídico protegido fue inexistente o faltó que se le lesionara o se le pusiere en peligro de lesión o está no fuere penalmente significativa. En el primer caso, la falta del bien jurídico predetermina la imposibilidad del daño o del peligro, lesivos, como elemento del tipo penal (Delito imposible.) Y la falta de aquellos o de cualquiera de los demás elementos objetivos del tipo predetermina la atipicidad.

También cabe puntualizar que no todos los elementos del tipo penal distintos al dolo son compatibles con el error de tipo, debido a que la naturaleza misma del elemento lo vuelve inconciliable con aquél. Esos elementos son los de naturaleza subjetiva específica con un especial contenido o dirección de la voluntad. Pero no así aquellos elementos subjetivos específicos que impliquen una motivación o un conocimiento especial con base en una circunstancia fáctica, también llamados de naturaleza mixta, porque en ellos siempre hay un soporte objetivo —como lo puede ser el motivo objetivo que da lugar al móvil o el objeto de especial conocimiento— en el cual puede incidir el error y fungir como razón relevante para inconfigurarlos en ciertos eventos. El error de tipo es también inconciliable con la naturaleza misma de la "inducción", pues la descripción legal de esta forma de intervención excluye la hipótesis de que el sujeto pudiese ignorar o tener una percepción falsa del carácter con el que "determina" a otro "para" que cometa el delito. En tanto que en la *inducción* "culposa" que prevé el artículo 20-III del CPC, aunque puede faltar la representación del resultado si se exige que el inductor culposo "conozca" las condiciones en que se realiza la conducta culposa que lo causa. Por otra parte en Coahuila está la *omisión fundada en principios de convivencia social en un tipo penal de resultado* (artículo 36-párrafo-tercero del CPC.) Pues de acuerdo con ese precepto la omisión sólo será penalmente relevante: "...si el resultado es inminente y seguro, el sujeto lo «*advierde*» y lo puede evitar sin riesgo para él u otros". Ello implica que el sujeto activo necesariamente «*advierta*» la situación de hecho que origina la inminencia y certeza del resultado —de la cual surge el deber jurídico de actuar— y decida no evitarlo cuando puede hacerlo. De tal suerte que si el sujeto no se percató de la situación de inminencia, faltaría esa condición para que nazca el deber jurídico de actuar que configura a la "omisión" como típicamente relevante en esos casos. Más cabe precisar que de haber una percepción equivocada del agente respecto a la situación de "inminencia", ese error debe derivar de una circunstancia objetiva. Pues no bastaría una pura consideración subjetiva ajena a los principios de la sana

crítica. Por ejemplo, sería insuficiente para excluir a la omisión como típicamente relevante, cuando un niño de escasos meses de edad cae a una pila de agua con muy poca profundidad y el agente, no obstante que ve cuando el menor cae y yace en el fondo, permanece en el lugar y omite ayudarlo porque cree que alguien más lo podría hacer. Empero, si el agente no percibe el resultado como inminente, porque no ve al menor cuando cae y luego, por lo turbio del agua, sólo alcanza ver la silueta de alguien en el fondo, a quien confunde con la de un niño mayor que podría estar buceando, sin dar importancia al hecho; ello basta para excluir a la omisión como típicamente relevante. Iguales consideraciones cabe hacer con relación a las situaciones de "garante" y todas aquellas que según las fuentes jurídicas del deber de actuar se han de dar en la realidad para que exista un omisión penalmente relevante (artículos 7°-párrafo-segundo del CPF, 16 del CPDF y 34 y 36 del CPC.) De todas suertes, a lo largo del apartado siguiente se mencionarán ejemplos de elementos mixtos con preponderancia subjetiva en los que es posible que se dé el error.

En efecto, ahora corresponde examinar los supuestos en que la falsa apreciación es compatible con la existencia objetiva de los restantes elementos esenciales para la punibilidad del tipo que se realiza. Al respecto, cabe tener presente que será elemento "esencial" del tipo penal todo aquel que sea necesario para atribuir punibilidad al hecho, según el delito de que se trate. Por lo tanto, serán esenciales los elementos «*permanentes*» y, además, los «*contingentes*» en la medida en que éstos últimos se describan o impliquen de manera necesaria en la figura típica o en los dispositivos que la amplifican. Por lo tanto —con excepción de los casos en que el error es incompatible con la naturaleza del elemento del tipo penal, según se examinó en este apartado— el error de tipo del sujeto activo puede incidir: **1)** En la naturaleza de su acción u omisión. **2)** En cualesquiera de los elementos descritos en la "figura típica" que no sean subjetivos específicos de especial contenido o dirección de la voluntad; o en sus "modalidades" (en este último supuesto para decidir de qué forma influye el error respecto al incremento o disminución de la punibilidad legal y no para su exclusión.) **3)** En el daño o peligro jurídico. **4)** En la existencia misma de las formas típicas de intervención. Y del cual nos ocuparemos luego al examinar esas formas de intervención.

E. El error sobre la naturaleza de la acción u omisión. Aunque en la mayoría de los casos la acción deja de tener sentido típico doloso desde el momento en que hay una representación equivocada del agente acerca de las características del hecho que dan relevancia típica a su conducta, de tal modo que cuando hay error de tipo en muchos de los eventos ya no puede hablarse realmente que hay una "acción" en el sentido de un tipo determinado, bien sea de matar en el homicidio, de engañar en el fraude, de apoderarse de la cosa ajena sin derecho en el robo; aún así es posible hablar convencionalmente de un error que incida sobre la misma acción que describa o implique el tipo penal y que, por consecuencia, se proyecte a los demás elementos típicos o a parte de ellos. Como también puede enfatizarse el error según él incida de manera más específica en otro elemento del tipo penal excluyendo al delito. Ya que el error puede recaer sobre cualquier elemento esencial que integre el tipo penal, según se desprende los artículos 15-VII-A) del CPF, 29-VIII-a) del CPDF y 42-II del CPC. Así, cabe distinguir en un primer momento, los supuestos de error en la "acción", de cuando aquél caiga en una "omisión". En la primera hipótesis puede haber error respecto a la naturaleza material misma de la acción o de su potencialidad causal. En estos casos, el sujeto cree hacer algo, cuando en realidad su hacer es

diverso a su representación. Lo que puede consistir en una creencia falsa acerca de la naturaleza material de su acción o en la ignorancia de la potencialidad causal de ella (lo cual no es sino una variación del caso anterior.) Por ejemplo: el sujeto cree que encenderá la luz, cuando en realidad activa el detonador de una bomba colocada lejos de él, que explota y causa daños. (Error sobre la naturaleza material de la acción.) El sujeto cree que dispara una pistola con cartuchos de salva, cuando en realidad contiene proyectiles que causan la muerte de otro. (Error sobre la potencialidad causal de la acción.) En esos ejemplos, falta el dolo en las "acciones" de daños y de homicidio, como elementos del tipo penal. Mas igualmente es posible que el sujeto erre sobre la naturaleza misma de su acción que objetivamente aparezca de manera diferente a su representación como sucede cuando el sujeto libe un cheque sin fondos suficientes creyendo que los hay por error de cálculo en el saldo de la chequera (artículos 387-XXI del CPF y 233-XIII del CPDF.)

En los diversos supuestos de errores respecto a la omisión, el sujeto activo ignora o percibe de manera diversa el hecho del cual surge su deber de actuar. Y que objetivamente viola con su omisión. Por ejemplo el sujeto activo al no tener conocimiento del citatorio (error por ignorancia), omite comparecer ante la autoridad que lo citó (desacato.) O el sujeto que deja de prestar el auxilio posible cuando de noche transita por un solar sin alumbrado y por ser sordo no oye las peticiones de ayuda del necesitado (omisión de auxilio.) Así mismo, en estricta técnica es admisible hablar de un error en tipos penales de resultado por "omisión", cuando el sujeto debido a circunstancias fácticas no se representa el resultado material descrito en el tipo. Mas al faltar la representación del resultado, el error sobre el deber jurídico de actuar implicará que el caso se pueda tratar como un delito culposo y bajo las reglas legales que definen la existencia de la culpa, si es que el tipo penal la admite y el resultado es previsible. Por otra parte, en Coahuila y conforme al artículo 36 del CPC, el conocimiento del deber jurídico de actuar no puede estimarse como materia del dolo, ni por ende, el desconocimiento de tal deber puede ser materia de un error de tipo. Empero, ello no impide que pueda haber error de prohibición cuando el sujeto se representa el resultado típico, pero desconozca la existencia del deber jurídico de actuar y por ello omite realizar la acción debida. Por ejemplo, conforme al artículo 36 del CPC, si el sujeto es dueño de una barda que por su deterioro puede causar daños al derrumbarse y omite repararla por creer equivocadamente que sólo estaría obligado a hacerlo si un juez lo condena a ello. En tanto la barda se derrumba por aquella avería y daña la propiedad de un tercero. Cabe puntualizar empero, que tratándose de la omisión aparentemente violatoria de un deber jurídico de actuar fundada en un hacer precedente que determinó el riesgo, el error deberá recaer sobre la existencia del riesgo creado por el omitente. O de la entidad de dicho riesgo que es la fuente del deber. Es decir, no percibiendo el riesgo o percibiéndolo como menor de lo que es y omitiendo por ello realizar la acción debida. Imaginemos que el sujeto cierra con llave la puerta de un cuarto que carece de otra salida y después oye que alguien está dentro pero omite abrirle y se va sin dar importancia al hecho, porque confunde al cercado con un conocido del cual sabe trae llave y cree que bromea.

F. El error sobre otros elementos descritos en la figura típica o circunstancias típicas que se conecten a ella. Asimismo, es posible distinguir otros supuestos de error de tipo según los demás elementos objetivos sobre el que él incide, como son los siguientes:

1. El error sobre la calidad del sujeto activo o pasivo. En estos casos el sujeto activo ignora o percibe falsamente su "calidad" o la "calidad" del sujeto pasivo que señala la figura típica. Por ejemplo: los hermanos que tienen relación sexual sin saber de su parentesco, pues desde su nacimiento se les dio en adopción a distintos adoptantes. (Incesto en los artículos 272 del CPF, 181 del CPDF y 326 del CPC.) Cuando el error recae en un sujeto a quien la ley caracteriza por alguna circunstancia destacada que aparece como determinante para la lesión jurídica o la punibilidad del hecho, el error del sujeto activo será relevante para excluir el dolo. Por ejemplo, el sujeto que yace con una mujer en el domicilio conyugal de ésta, ignorando que es casada. (Adulterio en los artículos 273 del CPF y 327 del CPC.) El sujeto que mediante engaño tiene cópula con una persona que —por sus características físicas y porque ella y las amigas de ella se lo dijeron— la cree de 18 años de edad o más, cuando en realidad tiene menos de 18. (Estupro en los artículos 262 del CPF y 180 del CPDF.)

El error sobre el sujeto "cualificado" también puede recaer en alguna circunstancia destacada, cuya lesión jurídica aparece como determinante para disminuir la punibilidad del hecho o para incrementarla, con relación a la que prevé el tipo penal "básico". Así cuando el sujeto actúa con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo penal básico pero ignora la circunstancia por la cual se agrava la punibilidad del tipo, de todas suertes se concretan los elementos para punir por el tipo básico aunque faltarán los necesarios para incrementar la pena con base en la modalidad agravante. Ejemplo la violación de un incapaz mental sin saber de esta particularidad no impide la realización del tipo del artículo 384 del CPC pero sí imposibilita la agravante del mismo que prevé el artículo 387 del mismo código. Ahora bien, el error sobre alguna "calidad" del sujeto u objeto que sea determinante para la reducción penal, podrá ser relevante para excluir el dolo del tipo penal "básico" y sancionar el hecho con la punibilidad del tipo penal "privilegiado". Ejemplo: el padre que informado erróneamente del día del nacimiento de su hijo, mata al pequeño por padecer graves deformaciones, creyendo que tiene menos de 72 horas de nacido, cuando en realidad tiene más de ese tiempo. (Infanticidio en el 356 del CPC.) Supuesto en el que el dolo de infanticidio absorbe al de homicidio, circunstancia que beneficiará al sujeto con la penalidad correspondiente (solución que expresamente se adopta en la fracción II del artículo 46 del CPC.) Nótese que el error en sentido inverso sería irrelevante para excluir el dolo del tipo "básico". Es decir, cuando recaiga sobre una "calidad" inexistente del sujeto pasivo u objeto material que sería determinante para convertir al tipo "básico" en uno "complementado" (agravado.) Por ejemplo, el sujeto activo cree matar a su padre sin que éste lo sea. En éste caso, objetivamente faltaría la "calidad" del sujeto pasivo que es a la vez "objeto material" y presupuesto necesario para la tipicidad del parricidio. Sin embargo, subsiste el tipo penal doloso de homicidio. Al respecto cabe mencionar que no hay paz en la doctrina en cuanto el caso anterior se deba tratar como homicidio. Se afirma que lo importante es el desvalor de la acción y no el desvalor del resultado. Por lo tanto, habría parricidio en grado de tentativa. Ahora bien, esa postura desatiende la realidad objetiva del tipo penal; a la cual primero se deben ajustar la conducta y el hecho típicos. Igualmente, que el aumento de la pena se da no sólo en atención al desvalor de la acción desligada de la situación en la que aquella ha de tener lugar, porque el mismo desvalor específico de la acción de parricidio depende de que alguien prive de la vida a su padre o al menos lo coloque en peligro de morir. Mismo desvalor que falta en el caso. La postura de que sólo importa el desvalor de la acción sin atender a las demás condiciones de las que

surge la tipicidad, conlleva, además, tendencia al autoritarismo. Porque entonces se puniría por lo que el Estado considere desvalioso aunque no dañe ni ponga en peligro (lesivamente) a un bien jurídico. La siguiente tesis del TSJC resume las consideraciones que se expusieron:

ERROR DE TIPO. ES RELEVANTE PARA EXCLUIR AL DOLO, SIEMPRE Y CUANDO RECAIGA EN ALGUNO O ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS "ESENCIALES" DEL TIPO PENAL. El dolo es por "regla general" un elemento "constante" requerido para la tipificación punible de toda figura delictiva. Pues de la propia ley se desprende que todos los delitos son dolosos y sólo por excepción legal expresa (sistema de "numero cerrado") pueden ser culposos. En el anterior orden de ideas, conforme a la ley, el dolo debe abarcar a todos los restantes elementos del tipo penal. Y mientras el dolo (como elemento del tipo penal): consiste en conocer y decidir realizar las circunstancias constitutivas del tipo penal de un delito en particular. Con independencia de que el sujeto conozca o no de su existencia en la ley. O de la ilicitud penal de la conducta que realiza. Cuestiones estas que por lo general atañen a la culpabilidad. El error de tipo viene a ser el equivalente contrario al dolo. Su elemento negativo. Pues en el error de tipo el agente tiene una representación falsa de las características del hecho que objetivamente realiza. Hecho que, en el mismo sentido objetivo, se adecua al tipo penal de un delito en particular. La falsa representación puede versar sobre cualesquiera de los elementos o circunstancias y modalidades del tipo penal contemplado en el Código Penal. Siempre y cuando en el caso concreto resulten "esenciales" en la previsión legal del hecho para configurar a la conducta como punible. En tal línea de pensamiento: el error puede versar exclusivamente sobre algunos elementos del tipo penal básico. Lo que originaría la atipicidad de la conducta. O bien puede discurrir sobre algunas circunstancias agravantes. O sobre las que convierten a un tipo penal en complementado. Pero sin que él exista respecto a los elementos del tipo penal básico de ese delito. Tal clase de "error de tipo sobre circunstancias agravantes", al eliminar al dolo respecto a la circunstancia agravante o a la que complementa al tipo penal básico: impedirá la actualización de la agravante o del tipo penal complementado. Pero al permanecer intocado el dolo sobre los elementos del tipo penal básico: ello será suficiente para la punibilidad del hecho, conforme a la asignada por la ley para dicho tipo penal básico delictivo. Es decir, el dolo sobre la circunstancia agravante o sobre alguna de las que "complementan" al básico (agravándolo), será "esencial" sólo respecto a no sancionar el hecho con la punibilidad agravada. Pero es "inesencial" para que opere la del tipo penal básico. Pues respecto de éste el dolo quedó intocado. Mas, como se dijo inicialmente, si el error incide sobre un elemento descrito en el tipo penal básico del delito en particular, el hecho deja de tener relevancia penal. Pues el error versa sobre un elemento que por ser "constante", o siendo "variable", sí está descrito en la previsión legal de la figura delictiva en particular y sin el cual el hecho dejaría de tener relevancia penal. Por lo tanto, dicho elemento, sea "permanente" o sea "contingente", si deviene "esencial" para la punibilidad legal del hecho. De aquí entonces que existiendo error sobre una circunstancia agravante, pero permaneciendo intocado el dolo sobre los elementos típicos "esenciales" para la punibilidad del hecho de un tipo penal básico, éste aún continúa siendo típico y, por tanto, punible.⁷⁰⁹

2. El error sobre el objeto material. (Error en el objeto [en sentido estricto].) En el error sobre el objeto, el sujeto tiene una percepción equivocada de la cosa sobre la que recae su conducta como "objeto material" que describe o implica el tipo penal del delito. Es importante diferenciar los siguientes casos de error en el objeto material:

En el primer caso, el error recae sobre la «naturaleza» del objeto material: El sujeto activo puede confundir al objeto material que el tipo describe de forma genérica, con otro objeto esencialmente diferente. Ello elimina el dolo de aquél. Ejemplos: el sujeto activo cree que le dispara a un venado, cuando en realidad le tira a una persona, causándole la muerte (homicidio.) El sujeto, con el fin de que se expongan públicamente, transporta en un paquete cerrado retratos de actos obscenos, creyendo que se trata de fotos de paisajes porque así se le informó. (Ultrajes a la moral pública en su modalidad de transportación de fotografías obscenas con el fin de exponerlas públicamente en el artículo 298 del CPC.)

En el segundo caso, el error incide sobre la «identidad» del objeto material: El sujeto activo no se desorienta acerca de la naturaleza del objeto material, sino que confunde su identidad. Lo cual no elimina al dolo, porque el error no altera la voluntad y el conocimiento del sujeto activo acerca del "objeto material" sobre el que recae su conducta y que sí describe el tipo penal de manera genérica. Ejemplos: el sujeto activo mata a Pedro, al creer que es Juan (error en identidad de la persona.) El sujeto activo se apodera de un collar

⁷⁰⁹ TSJC, Sala Penal, T P., 790/95, sentencia 205/96, 9 de mayo de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, Editorial U. A. de C., Saltillo, Coah., México, 1998, T. I., pp. 322 a 324.

creyendo que es de diamantes, cuando en realidad son cuentas de vidrio (error en la identidad del objeto en sentido estricto.) Así se desprende también de la siguiente tesis del TSJC:

ERROR EN EL OBJETO. CUÁNDO EL ERROR SÍ EXCLUYE AL DOLO Y CUÁNDO ES IRRELEVANTE TÍPICAMENTE. Si para que exista dolo es necesario que el sujeto se decida a actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal de un delito. Con independencia de que conozca de su existencia en la ley. Se impone entonces la necesidad de diferenciar los efectos jurídicos que produce el error cuando: 1. Recae sobre un "objeto" (error en el objeto) diferente al individualmente querido o aceptado, pero típicamente equivalentes. De cuando: 2. Recae en objetos o resultados sustancialmente diferentes (inequivalentes) a los queridos o aceptados. En el primer caso, el error es irrelevante para excluir al dolo. Porque permaneció inalterado el conocimiento y la voluntad del sujeto de incidir sobre una cosa o sujeto ("objeto") de igual naturaleza que el previsto en el tipo penal del delito. Es decir, la falsa apreciación no implicó que variara el objeto y resultado queridos con los previstos en el tipo; o bien no recayó sobre la identidad específica o particular de aquellos que tuviese relevancia en el plano típico. Así, en vez de matar a Pedro se mata a Juan por confusión. En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de privar de la vida a otra persona ("objeto" y "resultado" previstos en el tipo penal de homicidio); con el "objeto" sobre el que objetivamente incidió la conducta ("persona") y con el "resultado" objetivamente producido ("muerte" de la persona). O el sujeto cree apoderarse de dólares cuando en realidad se apodera de pesos. En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de apoderarse de cosa ajena mueble (objeto previsto en el tipo penal de robo) con el objeto realmente apoderado. En el segundo caso. Es decir, cuando el error versa sobre un objeto o resultado sustancialmente diferente —inequivalente— al contemplado en el tipo penal de que se trate, el error sí excluye al dolo de esa figura típica: En vez de lesionar a Pedro se da muerte a un animal. En este caso, la voluntad de lesionar a otra persona (objeto y resultado previstos en el tipo penal de lesiones) es sustancialmente discrepante con el objeto en el que incidió la acción y con el resultado que produjo. Pues en vez de recaer sobre una persona, incidió sobre un animal. Y en vez de inferir lesiones se produjo la muerte.⁷¹⁰

En el tercer caso, el error recae sobre la «calidad» del objeto material. Por ejemplo: El sujeto se apodera de cosa "ajena", confundiéndola con la propia (robo.) Con relación a la "calidad" del sujeto ya se vieron ejemplos del error sobre la calidad del sujeto pasivo. Y respecto a la "calidad" personal o de la cosa que sea de carácter «normativo», el error sobre la misma se verá más adelante. Respecto a todo lo dicho también son ilustrativas las siguientes tesis del TSJC:

ERROR DE TIPO EN EL ROBO: EXCLUYE AL DOLO DE ROBAR. El apoderamiento material de un objeto será inconstitutivo del tipo penal de robo, no obstante que recayó en cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de quien legítimamente podía disponer de ella, si precisamente el sujeto carecía del dolo de robar. Elemento éste que es necesario para la punibilidad del hecho. De tal suerte que la conducta es atípica si en virtud de un error que recayó sobre el objeto material, el inculpaado creía que la cosa le pertenecía, al tomarla.⁷¹¹

ERROR DE TIPO SOBRE OBJETO INEQUIVALENTE: ES RELEVANTE PARA EXCLUIR EL DOLO. Para que el error sobre el objeto o el resultado tengan trascendencia para excluir al dolo, aquél debe versar sobre el carácter esencial del objeto material o el resultado, referidos expresa o implícitamente en el tipo penal. En caso contrario, el error es intrascendente para excluir al dolo, porque la voluntad y decisión del sujeto permanece sin tocar respecto a la calidad o naturaleza del objeto previsto en el tipo penal delictivo. En otras palabras, será necesario que falte equivalencia entre el dolo y algún elemento esencial del tipo. Lo que no sucede cuando se mata a Juan al confundirlo con Pedro. Así, es preciso que se yerre sobre la naturaleza o calidad del objeto o resultado previstos en el tipo penal, en tanto que tal divergencia sí tendrá relevancia para excluir al dolo. Porque en este supuesto el sujeto activo confunde al objeto material o el resultado descrito en el tipo, con otro «esencialmente» diferente. En tales casos, existe inequivalencia de objetos o resultados. Por ejemplo, como errores sobre el objeto que son trascendentes para excluir al dolo: El sujeto creyó que disparaba a un animal ajeno, cuando en realidad lo hacía respecto de una persona, causándole la muerte. (Homicidio.) O el sujeto se apodera de cosa "ajena" confundiéndola con la propia. (Robo.) O una persona yace con otra que es casada en la casa de ésta, creyendo que es soltera. (Adulterio.)⁷¹²

3. El error sobre el curso causal en un tipo penal de resultado. (Error en el golpe.) Mientras que el error en el objeto implica una confusión del sujeto activo que incide sobre la naturaleza, la identidad o la calidad de la persona o cosa (objeto material) que describe el tipo penal y sobre las que recae la conducta; en el error en el golpe tal confusión no existe.

⁷¹⁰ TSJC, Sala Penal, T. P., 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. I, pp. 327 y 328.

⁷¹¹ TSJC, Sala Penal, T. P., 251/96, sentencia 05/97, 14 de enero de 1997, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. I, p. 332.

⁷¹² TSJC, Sala Penal, T. P., 79/95, sentencia 205/96, 9 de mayo de 1996, unanimidad de votos. Ídem, op. cit., T II, I, p. 329.

En el error en el «golpe» si bien es verdad que la discrepancia se relaciona con el objeto y/o con el *resultado* querido o aceptado, el cual es diverso al objeto sobre el que recae la acción o al resultado que ella produce; también lo es, que dicho error se da en virtud de una *desviación del curso causal de la acción y no de una confusión acerca del objeto*.

Es decir, se trata de un «extravío» de la acción que recae en un objeto material diferente al que se dirige —aunque éste no sea esencialmente distinto al que prevé el tipo penal—, o que causa un resultado distinto al querido o aceptado —donde éste puede ser esencial o inesencialmente disímil al resultado que prevé el tipo penal—. Por ejemplo el sujeto activo quiere lesionar a Pedro y dispara en contra de él; pero el proyectil lesiona a otra persona. O el sujeto quiere lesionar a Pedro pero lo mata. O el sujeto quiere matar a Pedro pero mata a su perro que se interpone entre ellos.

Por consecuencia, en el “error en el golpe” el resultado o resultados no queridos ni aceptados se producen en virtud de un «descarrío» no querido ni aceptado del curso de la acción. Pero sin que al realizar la conducta exista confusión del activo respecto a la naturaleza, la identidad o la calidad del objeto material. En tal sentido, el error en realidad incide sobre el nexo causal y no sobre el objeto o no nada más en el resultado. De aquí entonces que —para inicio de cuentas— tales casos de error en el golpe no se deben tratar como un evento de «confusión» acerca de la identidad o de equivocación acerca de la naturaleza o de la calidad del objeto. (“Error en el objeto”).

Por otra parte, el error por *desviación causal* (error en el golpe) se debe también distinguir de los casos en los que hay una *interrupción real o aparente del nexo causal*, no querida ni aceptada. En estas hipótesis en realidad hay dolo en tanto que no hay discrepancia de la voluntad con el resultado querido que se produce, ni tampoco con la dirección de los medios que se emplean y el curso de los mismos, aunque lo que sí podría estar en tela de juicio es la existencia misma del nexo causal como elemento objetivo del tipo penal. Ejemplo: La interrupción del nexo causal será aparente cuando el agente deseando que su víctima se ahogue la avienta al mar, la cual se mata antes de llegar al agua, al golpearse el cráneo con los riscos que se encuentran en la pendiente. Toda vez que los peñones no operaron por sí mismos para excluir el nexo causal, sino que fue la misma fuerza del impacto que se originó porque el agente aventó a la víctima. Distinta es la estimación en el caso que relata Malo Camacho: (...) si una persona quiere causar la muerte de otra y, a dicho efecto, intentando envenenarlo, se propone darle arsénico, pero al hacerlo equivoca los frascos y en lugar del arsénico le administra un antibiótico que genera la muerte de la persona en la medida que ésta última es alérgica a ellos, en tal caso se está frente a una desviación relevante del curso causal que sí destruye el dolo.⁷¹³ El aserto de que falta el dolo es correcto, aunque creo que la falta de dolo por error en tal evento se podría fundar mejor porque aquél incidió sobre la naturaleza objetiva de la conducta que se realiza, la cual en los delitos de resultado implica siempre el empleo de medios para producirlo, con independencia de que estén o no estén descritos en el tipo penal. El error sí existe, pero incide sobre el nexo causal sólo de manera indirecta porque el extravío del curso causal se debe al yerro sobre la naturaleza del medio concreto que se elige desde antes, esto es, cuando se da la acción —y que después origina el curso causal—: (el sujeto eligió equivocadamente el antibiótico que luego suministra.)

⁷¹³ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 362.

Ahora bien, en los casos que realmente se conocen como error en el golpe —y que cierto sector de la doctrina llama “*error en el proceso de ejecución de la voluntad*” en vez de “*error por desviación causal*”— se distinguen principalmente dos situaciones, según se trate de: **a) Error en el golpe con resultado equivalente**. Y, **b) Error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo**.

a) El error en el golpe con resultado equivalente. En el error en el golpe con resultado equivalente, el resultado querido se produce en un objeto de igual especie del aquél al que se dirige la acción, más debido al descarrío de la acción ese resultado no se da en el objeto que realmente se quería y sin que éste se haya confundido por el autor. Por ejemplo, el sujeto activo dispara en contra de Juan, pero yerra en la puntería y lesiona a Pedro que se encuentra a un lado de Juan. En tal caso no existe divergencia entre el resultado producido y el querido; el cual es el mismo que contempla la figura típica. Como tampoco la existe entre el objeto sobre el que recayó la conducta y el objeto querido. Y, además, la discrepancia de ningún modo es de identidad por confusión de personas. Todo lo cual en tal caso sería irrelevante para excluir el dolo. Sino que: *En tales eventos la discordancia estriba en la desviación no aceptada de la «dirección» de la acción. Esto es, el error incide en el nexa causal.*

El supuesto anterior se podría tratar de solucionar de dos formas: **La primera solución parte de la postura dualista**. Ella sostiene que en tales casos existirá una tentativa con relación a la persona o cosa respecto a la que falló el golpe y un tipo penal culposo con relación a la persona o cosa en la que el golpe se produjo, si es que el resultado no aceptado era previsible. Se aduce que la solución dualista presenta como deficiencia que cuando el resultado producido fuere imprevisible quedaría impune el evento. Crítica con la que surge **la segunda solución —de carácter monista—**. Ésta sostiene que el dolo del autor no se altera por la divergencia de sujetos u objetos, en virtud de ser un error en el golpe con objeto y resultado equivalentes. Es decir, que el golpe se produce en un mismo objeto material que el tipo penal contempla genéricamente. Como también el resultado querido o aceptado por el agente es el mismo descrito en el tipo penal. Por lo tanto, según la postura monista, se configura sólo un tipo penal doloso consumado. A la solución monista se le critica que incurre en contradicción al subordinar el carácter doloso al resultado y, sin embargo, no se haría así cuando el error produzca varios resultados equivalentes y el sujeto activo se representó sólo uno. Mas la postura unitaria replica que el carácter doloso de la acción no se hace depender del resultado; sino de lo que el sujeto activo quiso o aceptó. Sin embargo, la postura dualista a su vez objeta a la unitaria con las tres duplicas siguientes:

Primera. La postura dualista destaca que cuando hay varios resultados —un querido o aceptado y otro no—: resulta congruente con la doctrina del dolo que al activo sólo se le deba atribuir como doloso el hecho querido o aceptado y no el diverso resultado producido, que no quiso ni aceptó. Mismo que sólo se le podría atribuir a título culposo, si hubiere sido previsible. Sin embargo, ésta duplica deja subsistente la réplica de que si el tipo no cualifica al resultado, homicidio por ejemplo, no hay discrepancia entre el resultado que prevé el tipo y el que se produce, para de ahí sostener la falta del dolo y asentar así el error vencible como punto del cual se partiría hacia la culpa. Segunda. Pero otra objeción que plantea la postura dualista a la postura monista—y que la versión «monista» es incapaz de responder— consiste en que la tesis monista pasa por alto que *en los*

casos de error en el golpe no se trata de una discrepancia entre el resultado querido o aceptado y el producido, sino de una «desviación del curso causal» que motiva una divergencia «esencial» en la «dirección» de la voluntad. Pues hay que recordar que la voluntad no solo implica a un fin. Sino que «para llegar a ese fin», la voluntad también aparece una «dirección» u «orientación» de la conducta. Por ende, si el error de tipo puede incidir en cualquiera de los elementos del tipo penal y el «nexo causal» es uno de esos elementos, el error que incida en tal aspecto, «desviándose el curso de la acción» a un resultado no querido ni aceptado, la acción no se puede reputar como dolosa. Podrá ser culposa, si aquel error fue vencible. Porque la vencibilidad del error de tipo reside en la previsibilidad del resultado, de tal manera que si éste es previsible en el caso concreto, la conducta será culposa. Tercera. Por último, la postura dualista sostiene que es falso que la conducta del sujeto activo quede impune si se sigue su solución dual. Porque la conducta sólo quedaría como tal en casos excepcionales. Habida cuenta que, además de que sería extraordinario que se dé la imprevisibilidad del resultado; más aun lo sería la posibilidad de la alegada impunidad, porque también se tendría que dar la ausencia de la tentativa punible. Y si así fuere, ello no es más que ajustarse a los principios limitadores que se derivan de la tipicidad y la legalidad en el delito en un estado de derecho. En otras palabras, el error en el golpe por «desviación de la acción» incide sobre el nexo causal el cual sí es elemento del tipo penal cuando se trata de figura típica de resultado. De aquí que en el ejemplo de que se mate a una persona cuando se dirigió el golpe contra otra cercana a ella, haya un homicidio en grado de tentativa —respecto del resultado querido o aceptado que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente—. Y un homicidio culposo, respecto al resultado no querido ni aceptado que sí se produce que en el caso concreto era previsible causar.

No obstante, —aunque se trata de un criterio anterior al nuevo CPC en el que ya se colocó al error de tipo dentro de las causas de atipicidad y se le reguló de manera más clara—, en la siguiente tesis del TSJC se adoptó la solución «unitaria» —aunque en ella incorrectamente se implicó que el nexo causal no sería un elemento objetivo del tipo penal de homicidio; o que siéndolo, el error que incida sobre aquél sería irrelevante para excluir al dolo—. ⁷¹⁴

ERROR EN LA IDENTIDAD DEL OBJETO O DE LA PERSONA QUE SEAN DE LA MISMA ESPECIE ("EQUIVALENTES") ES IRRELEVANTE PARA EXCLUIR AL DOLO: SÍ EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE EL SUJETO Y EL OBJETO MATERIAL SON INDIFERENCIADOS O SIN CUALIFICAR. Si el agente en el caso concreto quiso robar dinero, cuando en realidad se apoderó de documentos, esta confusión sobre el "objeto" es irrelevante para excluir al robo como hecho típico doloso. Porque en la tipificación punible del robo la ley se abstiene de distinguir la calidad de la cosa mueble ajena (objeto) sobre la que recae el apoderamiento. Igual conclusión se obtiene si el agente desea matar a una persona y priva de la vida a otra. Bien sea por confusión en la identidad del objeto (error en el objeto.) O por desviación no querida del curso causal de la acción (error en el golpe.) Si de todas suertes la relación causal subsiste. Pues el tipo penal de homicidio sólo requiere de la privación de la vida humana por otro, con independencia de la desviación causal o de la identidad o calidad del objeto, sea cosa o persona (sujeto pasivo de la acción.) En suma, los casos de error en la identidad que recae en un "objeto equivalente" (de la misma especie), o de error en el golpe con objeto o "resultado equivalente" (de la misma especie); sin que el tipo penal cualifique al objeto o al resultado; o cualificándolo, el error no incida sobre la cualidad típica; son irrelevantes para excluir al dolo.⁷¹⁵

b) El error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo. La segunda situación: en la que el resultado querido o aceptado no se da y el que se da —sin que se quisiera ni se aceptara

⁷¹⁴ Debo señalar que participé —como magistrado ponente en la Sala Penal— en la tesis que transcribo. Así mismo, debo admitir que hasta ahora advierto lo que creo fue un error de juicio: El no distinguir entre el error en el objeto por «confusión de la identidad» y el error en el golpe con objeto y resultado equivalente pero por «desviación causal» de la acción y considerando que aquél afecta a un elemento del tipo penal, cual es el nexo causal y la voluntad final.

⁷¹⁵ TSJC, Sala Penal, T. P. 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Ídem, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., pp. 328 y 329. Ídem. op. cit. p. 329

según se desprenda en sana crítica— resulta ser sustancialmente inequivalente. Por ejemplo, el sujeto dispara en contra de Juan, pero da muerte al perro de Juan, que en ese momento se interpone entre ellos. En ese escenario el resultado típico producido —el daño al perro ajeno— se podrá atribuir culposamente al sujeto activo si el error era “vencible” y, asimismo, habrá homicidio en grado de tentativa con relación al dueño del can. En ésta situación, además del delito culposo se puede configurar la tentativa punible respecto al resultado querido y no producido (homicidio de Juan en el ejemplo): siempre y cuando en el evento concreto se den los elementos típicos de aquella.

4. El error en el resultado. Paso ahora al error con resultados inequivalentes donde no necesariamente hay desviación del curso de la acción, aunque también podría haberla en algunos casos. Ahora bien, cuando se produce un resultado típico sustancialmente diferente al que se quiso o se aceptó, habrá que distinguir tres situaciones, dos de ellas con soluciones distintas.

a) El error en el resultado mayor al querido. La primera: cuando el sujeto activo decida realizar un hecho que capta un tipo penal que admita la culpa, pero produce un resultado típico “mayor” al que desea o acepta y aquel es previsible para el agente. En cuyo caso el resultado mayor devendrá culposo.

En ese supuesto, si acaso hay identidad del titular del bien protegido no sería correcto sostener que también habría un delito en grado de tentativa con relación al resultado menor que no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente. Ello es así porque el concurso de la tentativa con otro delito de resultado depende de la relación que guarden entre sí los bienes jurídicos posibles de lesionar y sus titulares de tal modo que puedan co-existir. Pues sólo habrá un concurso “aparente” de —tipos— delitos, pero sin que en realidad concursen —ni puedan concursar— cuando el aparente delito de peligro —tentativa— queda ya de por sí excluido si en vez de darse tal peligro para el bien a éste se le daña y se trata del mismo titular. Por ejemplo: El sujeto activo decide lesionar a Juan que se encuentra borracho, propinándole un golpe en la cara, que motiva que Juan caiga y muera al fracturarse el cráneo. (El resultado típico querido fue una lesión y el que se produce es más grave y sustancialmente diferente: la muerte.) De aquí que si sólo se quiere o acepta lesionar a Juan pero en vez de ello se le mata: no podría afirmarse que, además del homicidio, hubo un delito de lesiones en grado de tentativa, porque se incurriría en el desatino de aplicar la ley penal inexactamente por falta del peligro al bien jurídico, en virtud de que en el caso concreto se originó un daño (privar de la vida), sin que se quedara en mero peligro de dañar la salud. Estos casos los trató el CPF y el CPC hasta 1988 bajo la denominación de delitos “preterintencionales”. Y algunos códigos estatales —como el de Nuevo León— aún continúan tratándolos con esa denominación. Sin embargo, de acuerdo con los lineamientos que se esbozaron, respecto al CPF, el CPDF y el CPC habrá en realidad un delito culposo y sólo si el resultado no aceptado era previsible según las condiciones en que se actuó.

b) El error irrelevante con resultado menor al querido (delito en grado de tentativa.) La segunda situación se da cuando el sujeto activo causa un resultado típico menor al deseado. Caso en el que el delito queda en grado de tentativa. Por ejemplo el sujeto quiere matar a otro pero sólo lo logra lesionar. Evento en el

que el desvalor típico de la acción reside, además, en el peligro a la vida del lesionado en el que la acción lo colocó (y a quien se le quería matar.) Aún así, en esos eventos en realidad el error es irrelevante, toda vez que quien al realizar su acción quiere el daño de un bien acepta el necesario peligro del mismo.

c) El error con pluralidad de resultados típicos. Hipótesis en las que el sujeto activo no se representa ni acepta todos los resultados. Por ejemplo: el sujeto activo dispara en contra de Juan a quien lesiona, pero el mismo proyectil también lesiona a Pedro. El sujeto activo dispara al perro del vecino, pero el proyectil, además de herir al tuso, lesiona al vecino. En tales eventos, además del tipo doloso consumado con relación al resultado querido o aceptado; el o los resultados no queridos ni aceptados podrían ser culposos si el error hubiere sido "vencible". O atípicos si el error hubiere sido "invencible". Mas también ambos resultados podrían ser dolosos (sin que haya error), como cuando el sujeto sabía de la potencia del proyectil y la posición del primer objeto con relación al segundo, de tal modo que dadas aquellas circunstancias y aunque el sujeto no hubiere querido causar el segundo resultado, en sana crítica se deduzca de manera inequívoca que aquél sí lo aceptó (dolo eventual.) Con relación a esos supuestos es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

ERROR EN EL GOLPE CON RESULTADO INEQUIVALENTE (DE DIFERENTE ESPECIE AL RESULTADO QUERIDO O ACEPTADO): EXCLUYE AL DOLO RESPECTO AL RESULTADO PRODUCIDO. Y SI EL ERROR ES VENCIBLE Y SE TRATA DE TIPO PENAL QUE ADMITA LA CULPA, EL RESULTADO TÍPICO DEBE SANCIONARSE COMO DELITO CULPOSO. En los supuestos de error en el golpe con resultado inequivalente o de distinta especie, al realizar la acción el sujeto se propone un resultado típico diferente al que produce. Como acontece en el caso, en que el inculpaado realizaba su acción con dolo de homicidio en contra del pasivo, cuando el hijo del inculpaado trató de desviar dicha acción para impedir que privara de la vida al ahora occiso. Lo que motivó que el activo errara y lesionara a su propio hijo, para enseguida con una acción diversa matar a su enemigo. Pues es claro que el inculpaado al realizar su acción tenía dolo de matar y no simplemente de lesionar. Y, no obstante, con relación a su hijo produjo un resultado típico (lesiones) sustancialmente menor y diferente al deseado y aceptado (homicidio) Por lo tanto, la acción errónea que produce un resultado contemplado en un tipo penal que objetivamente se configura, diverso al querido y que también tenía significación típica, puede o no ser punible. Será punible, como acontece en el caso, si el tipo penal objetivamente realizado admite la culpa y el error es vencible. Porque según las circunstancias y dinámica de la acción que se juzga, el resultado producido resultaba previsible al autor de la conducta, toda vez que sabía que su hijo tal vez intentara interponerse y, por ende, era previsible que en tales condiciones podría errar el golpe en perjuicio de su hijo y no obstante decidió actuar esperando que aquél no lo hiciera. Por lo que las lesiones se deben sancionar como culposas.⁷¹⁶

5. El error sobre los medios utilizados o acerca del modo. La utilización del "medio" de ejecución o del "modo" para realizar la acción que describe la figura típica, implica que el sujeto activo sepa que se vale específicamente del "medio" o que emplea el "modo" que el tipo penal del delito señale, para así imprimir a la acción la especial dirección o potencia causal que aquél apareja. Esto es, a través del «medio» de ejecución o con el "modo" que se describa. O dicho de otra manera, es necesario que en la acción exista el especial contenido de voluntad de realizarla con el "medio" que describa la figura típica del delito. Por ejemplo: la "violencia" en la cópula, tratándose de violación; o el "engaño", "furtividad" o "violencia" en la ocupación, tratándose de despojo. En el anterior orden de ideas, si el sujeto ignora o percibe equivocadamente las circunstancias de hecho por las que no se percata de que utiliza el "medio" descrito en la figura típica en el sentido que esta le asigne, la equivocada percepción le hará perder la significación típica que el "medio" imprime a la acción. Por ejemplo el sujeto activo *ocupa* ("acción") un lote de terreno, diciendo al vigilante que el poseedor del lote le dio permiso, cuando en realidad dicho consentimiento lo recibió de otra persona quien falsamente se hizo pasar por el poseedor (despojo por engaño.) Aquí, se podría suponer que quien "ocupó" el

⁷¹⁶ TSJC, Sala Penal, T. P., 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchermann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., p. 330.

lote (“acción” del tipo penal de despojo) objetivamente lo hizo a través de un planteamiento falso de la realidad (“medio” para la acción típica de despojo). Pero en realidad el sujeto activo no realizó la acción de “engañar” al vigilante según lo que él había percibido. Por ende, no se condujo con voluntad mendaz sino que él mismo fue objeto de ella la cual le hizo incurrir en una creencia falsa. De lo que se sigue, que cualquier error respecto al “medio” impedirá la configuración del dolo como elemento del tipo penal, constituyéndose en causa de atipicidad.

6. El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión. El agente puede tener una percepción equivocada del “lugar” o del “tiempo” en que realiza su conducta y que se captan por el tipo penal. Por ejemplo: el sujeto activo se introduce sin permiso a la dependencia de una casa que cree sin habitar, pero en la que vive el mismo vigilante de ella. (Allanamiento de morada, con error respecto a circunstancia de “lugar”.) El agente del Ministerio Público que sustituye en turno a otro y prolonga por más de 48 horas la retención de un indiciado, en virtud de creer —según el informe del agente del Ministerio Público del turno anterior— que el indiciado tiene menos de aquél tiempo en retención. (Abuso de autoridad, con error respecto a *circunstancia* de “tiempo”.) En su turno, las circunstancias de “ocasión” son situaciones que el autor aprovecha como motivo para realizar su acción típica. De tal suerte que el “error” del agente que incida sobre una circunstancia que pudiera aparecer como “ocasión”, debido a su naturaleza mixta —objetiva-subjetiva— en realidad impedirá la configuración misma de ese elemento del tipo penal. Constituyéndose en causa de atipicidad.

7. El error respecto a las modalidades y complementos de la figura típica penal. Ya se vio como el “error” puede incidir sobre una circunstancia atenuante o agravante. En el mismo sentido, se vio como el “error” puede incidir sobre una circunstancia que la ley toma como determinante para configurar a un tipo penal “complementado” o “privilegiado”. Sentado lo anterior, es necesario distinguir ahora los casos siguientes:

El primero. El error sobre circunstancias que aumentan la punibilidad o que configuran a un tipo complementado (agravado.) El error sobre su existencia es relevante para excluirlas, en virtud de que el conocimiento de dichas circunstancias es exigencia del actuar doloso. Por ende, dicho error impide el aumento de penalidad que de aquellas circunstancias se deriva. Ejemplo: Al sujeto activo que ignora que es su descendiente a quien viola, no se le puede aplicar el aumento de penalidad por “violación prepotente o incestuosa”. Quien ignora que el documento ajeno del que se apodera forma parte de un protocolo público, no podrá aplicársele la penalidad del robo agravado por esa circunstancia.

El segundo. El error sobre circunstancias que excluyan o atenúen la punibilidad, o que configuran un tipo penal privilegiado (atenuado). En el que se deberá distinguir si se trata de “condiciones personales” o de “modalidades” atenuantes. Pues las causas “personales” de exclusión o disminución de la pena operan con independencia del conocimiento o del error del sujeto a quien benefician. Basta que la persona tenga la calidad que la ley contempla como necesaria, para excluirla de la penalidad asignada al tipo o para que opere a su favor la disminución punible. Ello es así, porque en las condiciones personales de exclusión o disminución de la pena, no decide el conocimiento del sujeto activo, sino exclusivamente la

existencia o inexistencia de ellas. Ejemplo. La circunstancia atenuante que se deriva del hecho de ser menor de dieciocho años de edad al cometer el delito que prevé el artículo 9° del CPC. Por tanto, será irrelevante que el sujeto activo ignore que tiene menos de 18 años, para que opere a su favor la reducción penal con base en dicho artículo. Si el hijo roba a su padre, creyendo equivocadamente que la cosa pertenece a otro, de todas suertes sería aplicable la causa legal de excusa si así la previese la ley.

El tercero. El error sobre una circunstancia mixta —objetiva-subjetiva— atenuante. El mismo se podrá dar cuando la circunstancia de la última clase se describa o se implique en la ley como “razón” de la atenuación. De tal forma que la representación del autor de su concurrencia es determinante para que se disminuya la pena, bien sea como simple “modalidad” atenuante de la figura típica de un delito o como tipo penal privilegiado (atenuado.) Ahora bien, bastará con que el sujeto tenga dicha representación aunque sea falsa para que opere la atenuación. Ello es así, porque aun cuando se yerre sobre la circunstancia que origina su “motivación”, ésta —que es real— es la determinante para la disminución penal. Por ejemplo, el aborto consentido atenuado sólo se configura como tal cuando concurren los “motivos graves” que la ley señala. El sujeto activo puede causar el aborto en virtud de creer que el producto sufre graves deformaciones genéticas o congénitas, debido a que padece antecedentes hereditarios ciertos que las provocan y hay indicios médicos de que el nonato las padezca. Y es irrelevante si luego aparece que el producto no presenta dichas alteraciones. En otras palabras, si el sujeto se representa una circunstancia que en la “modalidad” típica se contempla de manera preponderantemente subjetiva, para que la misma opere basta su representación por el autor para que se le reconozca. Sin ser necesaria su existencia objetiva. Mas en sentido contrario no sucede así. Es decir, cuando el sujeto realiza un hecho que se puede captar dentro del marco objetivo de una modalidad atenuante, pero sin que se represente su aspecto subjetivo, tal ignorancia no lo beneficia. Por ejemplo, el sujeto activo da muerte al hijo cuando nace, sin saber que es fruto de un acceso carnal violentamente impuesto, caso en el que habrá homicidio y no un infanticidio de acuerdo con el CPC.

En el error sobre circunstancias “mixtas” atenuantes (objetivas-subjetivas), es insuficiente la simple creencia de obrar por los «motivos» que la ley señala para disminuir la punibilidad. Sino que es necesario que dichos motivos tengan realmente la significación social y cultural que la ley tome como razón para que opere la atenuación. Por ejemplo, no basta que el sujeto activo repunte como suficiente motivo de “emoción violenta” el observar a su cónyuge en relación carnal con otro, cuando sabe que en ese momento el cónyuge es objeto de una violación; lesionándole o privándole de la vida. Pero si el sujeto activo ignora que media la imposición violenta en la relación carnal —de la que recién se entera— y priva de la vida al cónyuge, se puede estimar que la ira está respaldada por el proceder grave e injusto del cónyuge en la perspectiva errónea del sujeto activo. En otros casos de error sobre circunstancias atenuantes de carácter mixto, como lo es la riña, son ilustrativas las tesis siguientes de la SCJN y del TSJC:

ERROR EN EL GOLPE. NO EXCLUYE LA RIÑA. (ABERRATIO ICTUS). Si en la especie resultó muerta una persona que no participaba en la riña. Además, resultó con lesiones leves otra persona que no participó en ella; con motivo de los disparos efectuados por el acusado. Tales hipótesis no excluyen el estado de ilicitud y de ánimo de la riña en que se encontraba el sujeto al realizar con

voluntad el hecho descrito en la norma penal, toda vez que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el error en el golpe producido en riña no modifica la situación jurídica del activo.⁷¹⁷

HOMICIDIO EN RIÑA, ERROR EN LA PERSONA A QUIEN SE QUERÍA DAÑAR. Aunque la contienda no se haya establecido entre el homicida y su víctima, por haber cometido un error el delincuente, respecto a la persona a quien quería dañar, el delito debe ser considerado a través de todas y cada una de las circunstancias en que se desenvolvieron los hechos que llevaron al reo a delinquir, de manera que si la riña existió entre el delincuente y aquél a quien quería dañar y se causó la muerte de un tercero, completamente ajeno a la contienda, este error en el golpe no quita al homicidio su característica de homicidio en riña y sancionarlo como homicidio simple, importa una violación de garantías.⁷¹⁸

7. El error sobre los elementos normativos de la figura típica. Acerca del error que incide sobre los elementos normativos existen múltiples puntos de vista. En tal virtud primero precisaré mi postura y enseguida expondré las opiniones más relevantes al respecto,

a. La postura que aquí se mantiene. El dolo no se limita al conocimiento del hecho y sus circunstancias fácticas, según se contemplen en el tipo penal, porque cuando el legislador pune una conducta puede requerir el conocimiento del sentido normativo de la acción por parte del autor para que éste merezca la pena. El legislador puede estimar así en el tipo circunstancias «normativas» que acoten a la conducta sin desnaturalizarla y, asimismo, en realidad el legislador siempre involucra en el tipo al menos un elemento normativo cual es la lesión o el riesgo de lesión al bien jurídico que protege. Así, no se trata de cualesquier conducta la que le interese al legislador para los efectos típico-penales. Sino sólo aquellas que, por reunir las características que acuña en el tipo penal, se deban sancionar penalmente.

Si esto es así, entonces lo único que tiene sentido denominar dolo es a aquél grado de conocimiento y decisión del sujeto según la significación que el legislador presuponga como mínimo para incurrir en pena, de acuerdo con la redacción del tipo penal de cada delito. En consecuencia, si el tipo penal incluye algún elemento normativo, las circunstancias que le den motivo y su significación —en la esfera del profano— se deberán comprender dentro del dolo en la acción de la persona que realice el tipo o intervenga en su realización. Y si respecto de ellas existe error, en prelación lógica antes que la inculpabilidad faltará la tipicidad por ausencia de dolo.

El sentido jurídico-social que el legislador emplea con relación a los tipos penales se debe vincular con la captación del sentido del tipo por el sujeto al que la norma se dirige. Ello significa que *los contenidos de significación especial del hecho según los elementos normativos del tipo deben formar parte de la comprensión del agente y del sentido de su conducta*. Sin embargo, la afirmación anterior no debe llevar a la confusión tan frecuente de estimar que falta el dolo —y, por ende, que hay error de tipo— cuando el sujeto tenga una noción acerca de algún elemento normativo que sea discrepante con la que se desprende realmente de la ley o de la interpretación jurisprudencial del concepto, si es que en el caso concreto el sujeto no yerra sobre las circunstancias fácticas que le dan origen y capta el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza conforme al elemento normativo que contenga el tipo penal. A tal fenómeno se le llama por la doctrina “**error de subsunción**”. Dicho error podrá ser de prohibición —debiendo tratarse como tal y no como error de tipo— en la medida que la idea falsa se traduzca en que el sujeto crea que su conducta es lícita o que no está penalmente prohibida. Mas la equivalencia exacta del concepto jurídico o cultural del elemento normativo con el que capta la persona es innecesaria para que se configure su dolo con relación a tal elemento normativo del tipo, si es

⁷¹⁷ TSJC, Sala Penal. T. P., 117/96, sentencia 366/96, junio 20 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchermann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I...*, op. cit., T. I, pp. 325 y 326.

⁷¹⁸ S. J. F., Quinta época, Tomo LXXXI, p. 1794.

que aquella al realizar su acción conoce las circunstancias constitutivas de aquél y aprehende el sentido de valor o desvalor de tal elemento típico.

No es ocioso destacar que no es infrecuente que el legislador mismo refiera en la figura típica expresiones que de ordinario se estiman como descriptivas o materiales y que, por ende, no serían normativas. Lo cual a veces es inexacto, porque la interpretación de muchos de esos elementos típicos depende del sentido de su regulación legal. En ello tiene toda la razón Jakobs, cuando observa que ya desde Binding y Mezger (...) es algo fuera de discusión que el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización del tipo no basta para el dolo (el conocimiento de que sobre el papel se ha escrito con tinta no implica ya el conocimiento de que se trata de un documento), pero que también es necesaria una subsunción en la ley de lo sucedido...⁷¹⁹ El autor puede no conocer la definición de documento en su sentido jurídico —que en Coahuila se da en el artículo 415 del CPPC— sin que obste a la existencia del dolo si el autor conoce las características del objeto por las cuales precisamente la ley le estima como documento y, además, capta el sentido del mismo en cuanto contiene una imagen o idea con sentido de comunicación en el tráfico jurídico, es decir, en tanto aquél sirva para evidenciar ante otros la idea declarativa o representativa que contiene. La ignorancia de la definición legal del elemento normativo o una idea errónea respecto de su alcance conceptual por lo general es intrascendente para el dolo aunque ello sí pueda serlo respecto a la culpabilidad. Si el autor cree que un cerdo no es una cosa mueble en el sentido jurídico de lo que la ley concibe como tal, basta con que sepa que se apodera de la bestia para que el dolo se cumpla con relación a ese elemento. Incluso puede existir un error de subsunción por el cual el sujeto discrepe con alguna noción que la misma ley haga del elemento típico que de ordinario se estima como meramente material o descriptivo. Caso en el cual se está ante un elemento material de raíz normativa. Y sin embargo, cuando se saben en el caso concreto las circunstancias por las que el dato objeto de ese conocimiento llene ya la noción legal que exista acerca de ese elemento aparentemente material, aquél error será irrelevante para impedir el dolo con relación a ese elemento. Piénsese por ejemplo en el homicidio que se suele estimar como un tipo cuya descripción es eminentemente material. El matar a otro —según se conceptúa a la figura típica de homicidio en Coahuila— podría caracterizarse en su “resultado” —verificable— por la muerte de ese otro, misma que sólo consistiría en la cesación definitiva e irreversible de todas las funciones vitales —cardiovascular, respiratoria y cerebral—. De tal forma que el autor piensa que no matará a su víctima porque sólo le lesionará de modo tal que ella quedará en estado vegetativo por cesación irreversible de sus funciones cerebrales. Lo que sucede. No obstante, aunque la primera noción se corresponde con uno de los conceptos de muerte que da el artículo 239 del CPPC, éste artículo igualmente considera como muerte “para todos los efectos legales” el hecho de la muerte cerebral en virtud de la cesación definitiva e irreversible de las funciones cerebrales. En el caso señalado —de no ser porque falta la pérdida de la vida como lesión jurídica que impide la tipicidad del homicidio— no podría darse relevancia al error, por ser el mismo un falencia de subsunción respecto al resultado material “muerte” del tipo de homicidio, dado que el sujeto conoció y quiso las circunstancias que objetivamente llenan la última definición legal de muerte y, asimismo, aquél captó el significado social de su acción —dejar muerto en vida al pasivo—.

⁷¹⁹ Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, p. 347.

Conforme a lo dicho es preciso precaverse de estimar que falta el dolo cuando la persona incurra en una errónea concepción del elemento normativo, aún cuando en el caso concreto aprecie las circunstancias que el mismo Derecho estima para estimarlo configurado —y las cuales sí se dan en el caso concreto—, captando también aquella —en la esfera del profano— el sentido social de valor o desvalor de esas circunstancias según se desprenda de la noción jurídica. La doctrina conoce ese fenómeno como *“error de subsunción”* y el mismo no excluye al dolo. Por ejemplo: cuando la persona cree que la manzana que desprende del árbol no es mueble, pero se apodera de ella conociendo sus características fácticas —y por las cuales la ley les da el carácter de cosas muebles—, además, lo hace sabiendo que la poma es ajena y que no tiene derecho a ella. Como también la persona incurrirá en error de subsunción respecto a falsificación de documentos si aquella adultera una cinta magnética en la que él sabe se guarda una declaración que se presentará en juicio, pero cree que la cinta no es un documento, sino que sólo puede serlo el papel donde se contenga la reproducción de una idea. Caso en el que la persona captó de todas suertes el sentido social de desvalor de su conducta típica y las circunstancias fácticas que dan sustento a la noción de documento como elemento normativo. Asimismo, si el ladrón se percató de las características de un legajo por las que sabe que es un documento oficial poco importa que ignore o no se represente el nombre técnico de aquél como “documento público” o ignore cuál es su concepto legal. Otro ejemplo: El abogado incurre en error de tipo si con motivo de una audiencia civil inminente, un cliente potencial le apremia con urgencia a que lo asista en ella, quien por esa razón acepta brindarle ese servicio sin conocer bien al cliente y sin reparar hasta la audiencia que en esa causa él ya es abogado de la contraparte junto con otros abogados que pertenecen al despacho que contrató la contraparte. En ese supuesto el abogado ignoraba las circunstancias fácticas que incidían en el elemento normativo de “asistencia dual contradictoria” del tipo penal correspondiente. Pero el abogado no incurriría en error de tipo, sino en uno de subsunción, si cree que la figura típica no le es aplicable, porque con esa asistencia dual que sí conoce estima que no él llegará a «dañar» concretamente los intereses jurídicos de los que sí sabe que asiste como contrapartes, aunque sí sabe que hay peligro de ello, si acaso aquella figura típica protege el bien de la administración de justicia del peligro de que se le afecte. Esto es, si según la redacción de la figura típica ésta no protege del daño que la asistencia dual cause a los intereses jurídicos de las partes, sino del peligro de que suceda así en virtud del mero hecho de la asistencia dual contradictoria. Un ejemplo más: en una causa penal incurre en error de tipo quien bajo protesta de decir verdad declara falsamente, creyendo que quien recibe su declaración es un funcionario ajeno a la procuración de justicia que carece de facultades para recibir su testimonio, cuando en realidad se trata de un agente del Ministerio Público. Pero el sujeto estaría en error de subsunción si declara falsamente ante un agente del Ministerio Público —del cual no confunde su carácter— creyendo erróneamente que ese funcionario carece de facultades para recibir declaraciones que sólo podría recibir el juez y aunque aquél funcionario le tomó protesta de conducirse con verdad.

En realidad los errores de subsunción se pueden presentar en muchos casos, dado que normalmente quién realiza el tipo es profano en Derecho o incluso, siendo letrado, puede carecer de los conocimientos especiales sobre cierta materia para saber el significado exacto del elemento normativo que se asocia con aquella materia

jurídica en particular. Sin embargo, lo que importa es que conociendo las circunstancias fácticas que dan origen al elemento normativo, la persona capte el sentido social de valor y desvalor de aquél según el contenido del tipo, aunque no se represente el concepto de manera jurídicamente exacta. Pero todo lo dicho tampoco debe llevar a estimar que cualquier error sobre el significado del elemento normativo deba estimarse error de subsunción si acaso tal error sobre el significado el elemento típico impide al sujeto captar el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza. Para ilustrar mejor lo dicho, pongo como ejemplo algunos casos. La persona incurre en error del tipo de robo de bienes nacionales cuando se apodera de un ropero ignorando que adentro hay una cosa de tal calidad. Pero también incurrirá en tal error de tipo si aquella ve el bien pero no sabe que tiene tal calidad. Una circunstancia parecida al primer ejemplo de error de tipo se puede dar cuando el juez inicia una causa y hasta después sabe que está impedido para conocer de ella por tener relación de amistad estrecha con el abogado de una de las partes y de cuya asistencia legal no se había percatado. Así, el juez ignoraba tal circunstancia fáctica cuando inició el conocimiento de la causa. Lo cual da motivo al error de tipo. Pero lo mismo sucederá cuando el juez considera erróneamente que una circunstancia fáctica que él conoce no se ajusta a las causales de excusa o impedimento que la ley prevé de manera confusa, sin que al respecto haya aclaración jurisprudencial y aquél estima que el dato concreto no le impedirá conocer y resolver con imparcialidad, porque en éste caso el juez actúa sin el sentido de desvalor respecto al bien protegido que implican los tipos de los artículos 225-I del CPF, 291-I del CPDF y 230-I del CPC. El error así es de tipo y no de subsunción. Así mismo, si alguien toma la cosa ajena que confunde con la propia incide en un error de tipo. Pero también el sujeto incurre en tal error de tipo si acuerda vender su reloj a un precio cierto y se lo entrega al comprador, pero enseguida se lo arrebatada creyendo que aún le pertenece al ver que aquél no le paga en ese momento. Como se podrá advertir, en algunos de los ejemplos arriba citados, el sujeto tuvo una falsa creencia de la realidad del hecho que se representa y que incide sobre un elemento «normativo» del tipo penal. En tanto que en otros ejemplos, el sujeto no confundió las circunstancias fácticas que dan motivo al elemento «normativo»; es decir, el sujeto tuvo una correcta representación de ellas, pero no sabía o apreció erróneamente el alcance legal del elemento «normativo» típico con relación a su propia conducta objetivamente típica. Siendo lo decisivo para la existencia del error de tipo en esos casos que el sujeto no haya comprendido el significado de desvalor de su conducta que el elemento típico normativo implique. Pues de lo contrario, la persona se halla en un mero error de subsunción que no excluye al error de tipo, aunque eventualmente puede configurar un error de prohibición que incida sobre la culpabilidad excluyéndola o atenuándola según el error haya sido invencible o vencible.

La idea de que la conducta penalmente relevante debe abarcar a las circunstancias y el sentido que impliquen los elementos normativos del tipo penal, se refuerza en virtud de que la SCJN reconoció como elementos del tipo penal la existencia del «daño o el peligro al bien jurídico» —que son de carácter normativo— y a los elementos “normativos específicos”.⁷²⁰ Por lo demás, sería absurdo que al ser el daño o peligro al bien jurídico

⁷²⁰ Novena Época, Instancia: Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis 1a. J. 6/97, p. 197, Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia; misma que resolvió la contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román

la razón esencial para que se creara legislativamente el tipo y luego se tipifique la conducta, no obstante se hiciera abstracción de esa circunstancia cuando se estudie precisamente la conducta típica. De aquel modo, la persona que confunde la cosa ajena con la propia y la toma incurre en error de tipo, porque en ese supuesto, aunque el error incide en el objeto, también falta la voluntad de dañar el patrimonio ajeno. Igualmente, si alguien creó sin vida a su antes enemigo, de quien piensa que otro le dio muerte y para profanar el cuerpo clava un puñal al que creó es su cadáver, el error incide en el daño al bien jurídico protegido. Así mismo, el error puede versar sobre la significancia de la lesión. Ejemplo: La persona se apodera de un simple listoncillo de plástico de los muchos que tiene su compañero de clase para usarse con liberalidad como marcadores de páginas, sin saber que en ese caso concreto se trata de un microfilm. Como también puede ser que haya ignorancia del deber jurídico que le incumba observar directa y personalmente al agente si es que ese deber se incluye como elemento del tipo doloso ya sea en virtud de la calidad personal del sujeto activo o como otro elemento normativo específico del tipo. Por ejemplo: el incumplir deberes tales como los de depositario o los de parentesco por ignorarse tal calidad, respecto a los tipos que se equiparan al abuso de confianza cometidos por depositarios (artículos 383 del CPF y 422 del CPC) y los de incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar (artículos 193-último-párrafo del CPDF y 314 del CPC.)

Así pues, aunque queda claro que el desconocimiento o la falsa apreciación de cualquier circunstancia fáctica y en su caso del sentido que motive el carácter «normativo» del elemento descrito en la figura típica de un delito, aparejará error de tipo. Tampoco debe obstar a ello cuando la circunstancia «típicamente descrita» pudiera tener implicación respecto al juicio de la antijuridicidad del hecho o al de la culpabilidad del agente. Esto es, el error de tipo de todas suertes se configura cuando el sujeto actúa sin saber la significación del elemento «normativo» de desvalor o si ignora su alcance jurídico en la esfera paralela del profano, en la medida en que esa significación o alcance se impliquen de manera necesaria en el tipo penal en sentido estricto. Sin que a tales casos se le deba considerar como un error de prohibición. Y en sentido contrario, el error será de prohibición que puede incidir en la culpabilidad, cuando sin recaer sobre una circunstancia descrita o necesariamente implícita en el tipo, consista en una apreciación incorrecta de la antijuridicidad de la conducta. Por ejemplo, será error de tipo de adulterio —en las legislaciones penales que así lo prevean— si el sujeto activo cree que yace con el o la amante ocasional en su domicilio, pero ignora que la persona es casada y, por lo tanto, que además se encuentra en el domicilio “conyugal” de ella. Más no cabría decir lo mismo cuando el sujeto sabe que realiza la cópula con su amante que es casada y en el domicilio conyugal de ella, pero pensando que solo daría motivo a una causal de divorcio sin saber la relevancia penal de su conducta, el cual es un error de prohibición con relación al delito de adulterio en Coahuila. Pues en tal caso el sujeto apreció las circunstancias fácticas y el sentido de desvalor de su conducta que el tipo penal describe e implica y, además, el tipo penal de adulterio —en Coahuila— no requiere del conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Habrá error de tipo, cuando el sujeto activo contrae nuevo matrimonio porque cree estar divorciado, ya que después de que presentó demanda de divorcio por mutuo consentimiento su abogado le informó que ya se le había dado trámite a su divorcio. Confundiendo lo de “ya se le había dado trámite” con que ya había

resolución judicial —sin que existiere—. Como igual lo será si al sujeto se le informa correctamente que ya hay sentencia de divorcio y contrae nuevas nupcias sin saber que él todavía sigue casado hasta en tanto la sentencia no cause ejecutoria. Más será un error de prohibición cuando una joven extranjera se practique un aborto con la creencia de que no es delito dado que en su país no lo es.

b. Otras posturas con relación al error sobre los elementos normativos del tipo penal y el error sobre los mismos y crítica a esas posturas. Es en el punto anterior, donde empieza a perfilarse una total divergencia entre la tesis aquí mantenida y ciertas posturas de orientación finalista por un lado y, por el otro, con la teoría de los elementos negativos del tipo.

En efecto mientras que algunas posiciones finalistas consideran al tipo penal con todos sus elementos, materiales, descriptivos, normativos y subjetivos, involucrando en él al daño o peligro al bien jurídico. Cierta corriente no lo hace así con relación a la conducta típica. A la que estima sólo en su aspecto ontológico según la describa el tipo penal pero sin incluir en el dolo el daño o peligro al bien jurídico, ni la significación social de los demás elementos normativos que pueda tener el tipo penal. Por lo tanto, tal orientación concibe a la conducta típica y por ende, al dolo, con abstracción de que el agente sepa que actualiza los aspectos normativos —de valor y de desvalor— que indiciariamente vuelven socialmente desvaliosa a la conducta. Pues sólo importaría que el sujeto sepa que actualiza las circunstancias fácticas que contiene el tipo —elementos materiales o descriptivos—. La valoración que el agente pueda hacer del carácter lesivo de su conducta y, en su caso, de los demás elementos normativos que contenga el tipo, ya no corresponde al aspecto ontológico de la conducta en el tipo ni por ende al dolo, sino que la violación de la norma de determinación que surge del tipo compete valorarla en la culpabilidad. Sin embargo, es obvia la inconsecuencia de esa postura. En el Derecho Penal mexicano vigente es inadmisibles un dolo “neutro”,⁷²¹ el cual sólo abarcaría al hecho que el tipo penal describe sin incluir los elementos normativos. Admitir esa postura aparejaría aceptar por igual que el dolo encerraría sólo a una parte del tipo penal. Es decir, en tanto que el tipo penal tiene elementos «normativos», éstos no se comprenderían por el dolo. Por lo tanto, tendríamos *un dolo que no es igual al contenido objetivo del tipo penal*. Así mismo, si se quiere razonar que en realidad los elementos normativos no forman parte del tipo penal, entonces se tendría que alterar el contenido del tipo objetivo y del tipo penal mismo. (El que incluye tan a los elementos materiales o descriptivos como a los normativos.) Lo que también nos llevaría a un tipo penal «abierto» y siempre neutro o avalorado.

De aquí que en el ámbito del tipo penal al que la conducta se conecta, si se desea saber si alguien actuó finalmente, no sólo se necesita preguntar si el sujeto controló «finalmente» los factores causales o del hecho sólo en su aspecto fáctico. Lo que se podría constatar prejuristicamente. Sino que, además, según la descripción y regulación legal del tipo penal, se tiene que examinar si la persona entendió *el «sentido social de las circunstancias del hecho» según los elementos normativos que informen al tipo penal*. Y en este aspecto es

⁷²¹ Ver al respecto la postura posterior de Weizel. *Infra*, en el CAPÍTULO QUINTO, núms. V y VI.

nadie más que el legislador quien selecciona en el tipo penal los elementos de significado jurídicamente relevantes.

Por ende, para que alguien actúe típicamente también debe tener claro las circunstancias fácticas con el sentido de valor que implique el legislador en el tipo penal delictivo en particular. Desde esta perspectiva y en un plano típico, el dolo comprende el conocimiento de las circunstancias fácticas de significación normativa y el sentido de valoración de las mismas —en la esfera paralela del profano— según se contemplen en el tipo penal o se desprendan de su regulación legal.

En el otro extremo está la tesis de los elementos negativos del tipo, con la cual se asume que el tipo penal encierra a la antijuridicidad de la conducta. Con base en esto, para cierto sector del funcionalismo todos los tipos —y no solo los que contienen elementos normativos expresos de desvalor— encierran el carácter materialmente antijurídico de la conducta y, además, la ausencia de causas de justificación, lo cual a su vez debe captarse por el dolo. Con todo ello se revive en cierta medida la última elaboración del tipo penal que hizo Beling —la cual poco se comprendió en su tiempo— de incluir a la antijuridicidad en la imagen de un tipo rector.⁷²² Pero ahora, a la elaboración objetiva Beligniana se le redescubre y redimensiona. Por una parte, Roxin lo hace con el aserto de que el dolo atrae al sentido social de los tipos penales, para lo cual toma, además, la innovación del finalismo, el cual incluye al dolo dentro del tipo penal, pero adicionándolo con la comprensión del sentido social del tipo. Y el que, por lo tanto, capta el sentido de los elementos normativos del tipo penal. Postura con la cual se coincide en este trabajo. Pero con una orientación menos moderada está la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual, como ya se dijo, además de los elementos normativos de la figura típica, también concibe dentro del tipo a la ausencia de faltas de justificación. Esto es, la teoría de los elementos negativos del tipo adopta la tesis bipartita del delito: éste es un injusto culpable. Dentro del injusto está el tipo que engloba a la antijuridicidad. Por lo tanto, si el dolo se comprende en el tipo que englobaría a la antijuridicidad y aquél cumple la tarea de ser el objeto sobre el cual se refiere el dolo, éste incluirá también a los componentes «positivos» y «negativos» de la antijuridicidad. No actuaría típicamente —según esto— quien con conocimiento y voluntad mata; sino para que actúe de manera típica al matar, es necesario que el sujeto capte, además, las circunstancias por las que lesiona «sin derecho» la vida de otro. Con ello se borra una distinción importante entre error de tipo y error de prohibición; al menos cuando éste se refiere a la falsa representación de circunstancias por las que el sujeto cree que actúa bajo el amparo de una causa de justificación. Pues esa clase de error sería error de tipo; o —a lo menos— excluyente del dolo por faltar éste en el sentido antes dicho. En suma, para esta postura, el dolo abarca no sólo a la voluntad y el conocimiento de conducirse en el sentido de la descripción legal de la conducta punible, sino que implica, además, la decisión y conocimiento por parte del agente de conducirse en las circunstancias fácticas por las que la conducta es contra Derecho.⁷²³

Para sustentar la postura de los elementos negativos del tipo hay que señalar —como ya se vio también— que ella parte de la idea que la razón esencial del tipo penal es la antijuridicidad. En cuanto que el legislador crea los tipos penales de los delitos porque considera que las conductas que en ellos describe son de tal intensidad

⁷²² Ver al respecto Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 25 a 27.

⁷²³ Ver temas relacionados en los Capítulos Sexto, número III y Décimo Tercero, número IV.

antijurídica, que se hace necesario sancionarla a través de la pena. ¿Porqué entonces no incluir en el tipo penal como elemento de él a la antijuridicidad de la conducta? Es claro es que en un plano óntico, apreciar la conducta humana no incluye su “valoración”. Mas también es nítido que el legislador puede condicionar la relevancia típica de la conducta sin alterar su naturaleza y, por lo tanto, exigir para el dolo no sólo el conocimiento de los elementos objetivos expresamente descritos, sino, además, el carácter injusto de lo que se hace o se deja de hacer. Sin que ello importe desnaturalizar la base ontológica de la conducta, sino tan sólo agregarle condiciones perfectamente posibles en el campo de las valoraciones humanas y, por lo tanto, susceptibles de captarse por el intelecto de las personas. Ese dimensionamiento de la conducta en el ámbito del tipo penal, depende pues de la razón fundamental por la cual el legislador considera la punibilidad de una conducta en el tipo penal, cual es la antijuridicidad intensa que la misma representa. Y si el interprete y el aplicador de la ley desean ser congruentes con las razones de la pena, en el sentido que se sancione a la persona porque motivó su conducta con conocimiento de su antijuridicidad, cabría reflexionar entonces en la coherencia metodológica de incluir tal ingrediente dentro de las exigencias del tipo penal —el cual hoy por hoy no se incluye en tanto no se comprende como elemento negativo del tipo a la ausencia de causas de justificación—. En suma, en los contenidos subjetivos del dolo incluir a los elementos positivos del injusto que ya involucra el tipo penal, como también el conocimiento de que no concurren las circunstancias negativas del mismo injusto que le puedan excluir.

¿Es o no es admisible esa visión de la teoría de los elementos negativos del tipo respecto al contenido del dolo en el Derecho Penal Mexicano? Y con independencia de lo anterior: ¿Es esa posición más cercana a los ideales de estado de derecho? Ya antes se vio⁷²⁴ que la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que las normas prohibitivas que involucran los tipos penales no alcanzan a todos los casos en que se dé la figura típica. Por ejemplo, que alguien prive de la vida a otra persona—. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción —matar en legítima defensa por ejemplo—. De aquí también que de ello se derive —según esa teoría— que el tipo penal no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que aquél comprende lo antijurídico del hecho. Y como la antijuridicidad de una conducta en el ámbito penal sólo se puede delimitar cuando se realiza una conducta típica sin causa que la justifique. Por ende, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que uno de los elementos de dicho tipo sería siempre de carácter negativo, que se integraría por la ausencia de las causas de justificación. De aquí entonces —según esta teoría— que las causas de justificación se las conciba como excluyentes ya no de la antijuridicidad, sino del mismo tipo. Cuya consecuencia metodológica importante es que los errores de prohibición basados en la falsa creencia de que concurre una causa de justificación serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da. Pero las razones que apuntan al rechazo metodológico y dogmático de la tesis ya fueron expuestas, dentro de las cuales destaca la siguiente: Las circunstancias que caracterizan a cada uno de los tipos penales según el delito de que se trate, fundamentan el merecimiento de pena precisamente para esa clase de delito. Por lo tanto, mientras que el tipo penal tiene una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se

⁷²⁴ Ver CAPÍTULO SEXTO número III.

pueden estimar punibles (lo cual se decide con relación a cada figura típica y sus dispositivos amplificadores). Tal situación no acontece con el juicio del injusto —mismo que alcanza no sólo a la conducta típica, sino a la conducta típica que es antijurídica— Donde hay conflictos de lesividades a bienes jurídicos cuya solución —a través de las causas de justificación— depende de materias del Derecho diversas a la penal. Estas diferencias quedan igualadas en la teoría de los elementos negativos del tipo, con la consecuencia que el dolo —que sí se puede delimitar con base en el cerrado mundo de las figuras típicas— se difuminaría en el amplio universo de las demás materias del Derecho. Más ese y otros contrastes se soslayan por la teoría de los elementos negativos del tipo.

La actual orientación del CPF, el CPDF y el CPC en el tema que se analiza es congruente con los ideales de un estado de derecho —la cual de por sí se modificó en la ley sustancialmente para ese efecto—. Y ello es así, porque está claro que los códigos penales federal, distrital y coahuilense pasaron de una conducta «ciega» a una «evidente y con comprensión del significado social de los elementos normativos» en el ámbito de la propia «conducta típica», respetando así el objeto de regulación de las normas penales, cual es la conducta humana. Es por igual evidente que las formulas sobre el dolo y el error de tipo de dichos códigos son límites racionales a un poder punitivo irracional que permiten asumir que el dolo debe abarcar el sentido social de los elementos normativos que lleguen a configurar al tipo penal con inclusión del daño o peligro al bien jurídico. Sin embargo, es dudoso que se cumpliera mejor con el espíritu de un estado democrático, si en el Derecho Penal mexicano se adoptara en su plenitud la tesis de los elementos negativos del tipo, pero que no se adopta, al menos en toda su extensión. Lo primero es así —en cuanto a la duda de que se cumpliera mejor con las aspiraciones a un estado de derecho— por las razones siguientes: Porque ya que no se trata nada más de saber si el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad se debe abarcar por el tipo y por consecuencia en el dolo o sólo por la culpabilidad, sino de pensar si la tesis de un dolo omnicompreensivo del juicio de antijuridicidad cumple mejor con las exigencias político-criminales del estado de derecho; o por el contrario, le son oponibles reparos difíciles de sortear.

1) En efecto, a favor de la postura que se deriva de las implicaciones de la teoría que se comenta se podría sostener:

Primero. Que el Derecho vigente, —al ubicar en la culpabilidad la posibilidad de la conciencia de la ilicitud penal de la conducta— permite que exista la culpabilidad humana con la mera «posibilidad» razonable que haya tenido la persona de conocer esa ilicitud. Es decir, sin que para ello sea preciso que la persona hubiere «realmente» conocido el significado íntegro de desvalor de su conducta —aunque sea en la esfera paralela del profano—. Una concepción de esa naturaleza, no deja de ser una presunción. Una «presunción» que reside en el juez y no en la conducta de la persona que se juzga.

Segundo. Si esa comprensión tocara al mismo tipo penal como parte del dolo, esto es, al menos referida a las circunstancias fácticas de las que se deriva la antijuridicidad con inclusión del sentido de ésta, para que aquél existiera sí sería entonces necesario que el agente haya tenido presente ese aspecto al realizar el mismo tipo

penal; sin que bastara la mera «posibilidad» de conocer ese carácter. Los límites al poder punitivo del Estado que se derivan de esa tesis que se sostendría de lege ferenda, aparejarían así mayor seguridad jurídica.

Tercero. Pero, además, implicarían una visión más justa del Derecho Penal: Al suprimir respecto de él, el mito dogmático de que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”. Sin que ello aparejara negar la antijuridicidad del hecho si ese fuere el caso; sino el evitar poner a cargo de las personas la privación de su libertad y la tacha de delincuentes, cuando no motivaron su conducta contra la prohibición por ignorar en el caso concreto el carácter lesivo y ofensivo al Derecho de la conducta.

2) Pero contra esos argumentos bien se puede razonar lo siguiente:

Primero. El sostener que la culpabilidad se valora de manera presuncional es incurrir en el equívoco de confundir cuestiones de prueba y cuestiones de valoración de lo que es objeto de prueba. Las que se dan en campos diversos. La prueba se da en el ámbito procesal. La valoración de lo que se probó ya es en sí un juicio acerca del ámbito sustantivo probado. Por lo demás, a falta de prueba directa —confesión con relación al conocimiento de la ilicitud— lo que si puede ser materia de prueba para la culpabilidad son las circunstancias personales y las del hecho. Ellas sí son susceptibles de prueba. Y de ellas se puede deducir en sana crítica, si el sujeto conoció o estuvo en posibilidad razonable de conocer la ilicitud penal de su conducta. Todo ello sin que se desconozca que lo que la ley penal sustantiva exige para la culpabilidad es esa mera posibilidad razonable con base en aquellas circunstancias. Aunque ello no deja sin sentido sino que por el contrario reafirma que el juicio acerca de esa posibilidad razonable se debe basar en las circunstancias personales y las del hecho que se prueben.

Segundo. Es cierto que la seguridad jurídica es valor indispensable en un estado de derecho. Pero también es verdad que el defecto de la noción de culpabilidad no estriba principalmente en el concepto elástico de “posibilidad razonable de actuar conforme a la norma”, sino en la ausencia de baremos legales que fijen el criterio entre vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición de manera más precisa que la formula de “posibilidad razonable”. Porque es entre esa invencibilidad y la posibilidad razonable de actuar de otro modo donde se centra uno de los aspectos más discutibles de la noción de culpabilidad con todas las consecuencias penales que ello implica. Esta cuestión la abordaré en el capítulo de la culpabilidad.⁷²⁶

Tercero. El suprimir de tajo la máxima “ignorantia jure non excusat” al concebir los errores de prohibición como errores de tipo, implicaría tratar de igual manera al ciudadano que alarmado por una ola reciente de robos violentos de domicilios en su colonia, dentro de su casa, en la oscuridad de la noche y después de gritos de advertencia sin respuesta, mata a su hijo que anda en el techo con un gancho que empleó para trepar, al confundirlo con un ladrón armado, cuando aquél en realidad regresaba al hogar después de irse de pinta sin el permiso ni el conocimiento paterno; que al particular que dispara y mata al niño que se roba manzanas del huerto propiedad de aquél, al creer que con ello defiende legítimamente su propiedad. Y ello sería así porque

⁷²⁶ Ver Capítulo Décimo Cuarto.

en el primer caso habría error invencible, pero en el segundo no hay ningún error acerca de las circunstancias objetivas del hecho, sino sólo un error vencible de mera apreciación formal y aún así, dado que el error recae sobre un tipo penal que admite la culpa, ésta ya no se podría fundamentar, dado que el dueño de la huerta quiso el resultado que produjo; esto es, la vencibilidad del error ya no se podría fundamentar en la previsibilidad del resultado y, por lo tanto, se tendría que absolver al homicida. La injusticia de una solución igualitaria salta a la vista, como igual es prístina la impunidad irracional a que da pie.

Cuarto. Ciertamente se podría replicar que en el error de tipo no se comprenderían aquellas situaciones que implican una creencia falsa acerca del carácter prohibido de la conducta, sino sólo cuando se trate de una representación equivocada de las situaciones objetivas, como en el caso del homicidio del hijo al confundirlo con un agresor. Sin embargo, aún en esos eventos, si acaso se trata de uno donde el error sea vencible —por ejemplo lesionar a quien de improviso se acerca con un arma en la mano, sin advertir que es un velador vecino que quiere avisar de un intento de robo—: ¿Cómo sería posible fundar el error en la culpa cuando el sujeto sí quiso realmente el resultado que produjo? Como Muñoz Conde lo deja entrever: es en esta última solución donde sí hay una incongruencia metodológica y político-criminal. Porque no parecería lo más indicado sancionar como culposo el error, ya que no se trata en realidad de que el resultado de muerte fuere previsible dadas las condiciones en las que actuó el putativo defensor. Ni de que éste violó un deber de cuidado determinante en la producción de un resultado no aceptado. Ya que aquél quiso y logró el resultado en virtud de aquel fin.⁷²⁶ Por lo que en tal caso la fundamentación del error vencible —que en el fondo radica en la culpa— simplemente no se podría dar. ¿Absolución e impunidad en este último evento? Y en ello Muñoz Conde tiene una innegable razón de peso para que no se incluya a la antijuridicidad en su plenitud dentro del tipo penal. Y por ello a mi entender deviene aceptable que en nuestro Derecho Penal Mexicano no se contengan dentro del tipo penal a todos los presupuestos del injusto. De aquí que queden como parte del tipo penal sólo el daño o el peligro al bien jurídico y, en su caso, los elementos normativos que de manera expresa consigne el mismo tipo penal.

Vienen a cuenta de nuevo otras reflexiones de Muñoz Conde. Pues dado que el simple error de tipo aparece excluir el dolo cuando se trate de tipos necesariamente dolosos. Respecto de los que no cabe la distinción entre error vencible e invencible. Por lo tanto, ¿qué acaso, —se pregunta el gran autor español— merecerá la misma consideración quien con ligereza actúa oficiosamente en un negocio en el que cree que su gestión beneficiará a otro, malbaratando los bienes de éste?; que el caso que el mismo Muñoz Conde expone: “del médico que realiza una operación esterilizadora, aprovechando una intervención ginecológica de otra índole, sin recabar el permiso de la mujer, porque observa que ésta tiene un tumor maligno de trompas y, de todos modos, la operación tendrá que realizarse inevitablemente en un futuro inmediato y luego resulta que la mujer no está de acuerdo con ella”.⁷²⁷ Porque de ser así, se evidencia una patente desigualdad que no justifica el que se dé un trato igual a esas disímiles situaciones. Consideración que es válida porque el Derecho Penal Mexicano no adopta todas las implicaciones de la tesis que sostiene que la antijuridicidad es parte del tipo

⁷²⁶ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 56.

⁷²⁷ Francisco Muñoz Conde, *El error...*, op. cit., 1989, p. 56.

penal y que, por ende, el dolo debe abarcar esa antijuridicidad. Porque el error en el primer supuesto recaería en un delito necesariamente doloso, con lo cual sería suficiente el simple error para excluir el dolo. Y respecto del segundo evento hay un error de prohibición, toda vez de que se trata de un error en la valoración del consentimiento presunto como causa de justificación. Por ende —como ya lo razoné⁷²⁸— el CPF, el CPDF y el CPC no asumen aquella postura; sino que se limitan a incluir dentro del tipo penal a la lesión jurídica y los elementos normativos que expresamente refiera el tipo. Y las hipótesis mencionadas tendrían que tratarse a la luz del error de prohibición con motivo de una causa de justificación putativa. Asimismo, bajo la perspectiva del error de prohibición cabe señalar que el primer caso sería punible aunque atenuadamente; mientras que el segundo más que implicar un error invencible que ameritaría excluir el delito, habrá ya en sí una causa de justificación por consentimiento presunto, según se verá en su oportunidad.⁷²⁹ Y todo ello sin desconocer que es harto difícil de imaginar como viable la posibilidad de que en el primer evento se pudiere realmente tipificar de manera objetiva una administración fraudulenta, porque no se trataría de que el sujeto presente gastos inexistentes o simule contratos o adeudos inexistentes que él paga como administrador; e igual de difícil es pensar que si se trató de una cosa dada en tenencia y sin mayores facultades, pudiera hablarse propiamente de una gestión oficiosa errónea (sic) porque se “malbarataron” los bienes.

Quinto. Pero también se debe reconocer que la SCJN no incluyó en el tipo penal la presencia de los «elementos negativos» de la antijuridicidad, como son las causas de justificación. Además, el CPF, el CPDF y el CPC distinguen con claridad el error de tipo y el error de prohibición. Y el artículo 53-I del CPC expresamente prevé al error de prohibición como causa de inculpabilidad, cuando: “...*circunstancias objetivas... le originan la creencia falsa que concurre causa que permite la lesión jurídica*”.

A los argumentos expuestos se intentan añadir otros. Así, se aduce que son evidentes las inconveniencias de incluir en el tipo penal —y por tanto en el dolo— a los presupuestos positivos y negativos de la antijuridicidad cuando se trata de resolver la actuación o posición de quien resiente el daño con motivo de causas de justificación putativas. Porque si a la antijuridicidad material se le hace formar parte del tipo penal en sentido estricto y en él está el dolo que, a la vez, se debe proyectar sobre los demás elementos de ese tipo penal, se tendría que tratar igual a quien actúa en legítima defensa que a quien obra en defensa legítima putativa. Por ende: ¿Por qué tendría que soportar el daño quien lo resiente con motivo de una agresión injusta debido al error del real agresor? Sin embargo, esos argumentos son infundados aún en la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo, porque el hecho de que alguien actúe con error lesionando a otro, sólo excluiría su dolo, pero no cancelaría el carácter objetivamente antijurídico de su proceder si ese fuere el caso. En ese sentido, también en el Derecho Mexicano serían parcialmente infundadas las críticas de Muñoz Conde, cuando sostiene que: “... la subjetivización de la antijuridicidad se produce a costa de negar, a su vez, la posibilidad de legítima defensa (esta si real) a las víctimas de las acciones realizadas en situación de justificación putativa, con lo que se produce una indeseable desprotección de personas, en todo caso inocentes, que no tienen por

⁷²⁸ Ver núms. II, III y IV de este Capítulo.

⁷²⁹ Al respecto ver el número XII del Capítulo Décimo Quinto.

qué soportar los errores ajenos, por fundados que sean⁷³⁰. Porque si se parte del hecho de que quien se defiende putativamente tan puede actuar antijurídicamente como conforme a Derecho, lo cual depende del juicio ex-ante acerca de las condiciones en las que se manifiesta la aparente agresión y aún si quien se ve precisado a repeler racionalmente este proceder lo hace en legítima defensa: No es entonces cierto que en tal aspecto se deba hablar de víctimas que queden sin protección y que no tuvieren que soportar los errores de quienes actúen en situación de justificación putativa que en el juicio ex-ante se valora como real, porque ciertamente cuando la misma víctima con su actuar intencional o culposo origina la apariencia de una agresión real —sin serlo— tampoco aquella tiene luego derecho a reclamar una indemnización por el daño que en gran medida se derivó de su modo doloso o imprudente de actuar —su agresión aparente—, dado que si de acuerdo con los códigos civiles no se da la obligación de reparar cuando se causa el daño debido a la imprudencia o negligencia inexcusable de quien lo sufre, a mayoría de razón menos habrá tal obligación cuando el daño se deba al actuar doloso de la propia víctima: por ejemplo, intentar robar amenazando con una pistola simulada.

Sin embargo, todo lo dicho no es obstáculo para que con base en el finalismo y los aportes de la tesis funcionalista de Roxin, el dolo en el CPF, el CPDF y el CPC deba consistir —además de captar el hecho sobre el cual se refleja la voluntad—, en el conocimiento y la comprensión de que se daña o pone en peligro el bien jurídico y, en su caso, de que se actualizan los elementos normativos expresos que el tipo penal de un delito llegue a contener.

c. Conclusiones respecto a las diversas posturas del dolo y el error con relación a los elementos normativos del tipo penal. 1) La SCJN ya precisó cuáles son los elementos del tipo penal⁷³¹ y dentro de esos elementos la SCJN no incluyó a los elementos de la antijuridicidad en el sentido antes dicho. **2)** Asimismo, de los mismos tipos penales por sí no se pueden extraer todas las implicaciones de la tesis de los elementos negativos del tipo —a menos que se conciba al tipo penal como un tipo penal «global»—. **3)** Es el caso que el CPF, el CPDF y el CPC no consideran dentro del tipo penal a las causas de justificación. Pues así se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 9° y 15-VIII-a)-b), del CPF; así como de los artículos 4, 18 y 29-VIII-a)-b) del CPDF y 16, 17, 18, 25, 42 fracción II, 44 y 48-I del CPC. **4)** En efecto, los conceptos legales del dolo sólo se refieren a los elementos objetivos de la descripción legal del delito de que se trate y las causas de justificación no son elementos de la descripción legal, por más que se puedan asociar a la misma para poder deducir la existencia o inexistencia de la antijuridicidad. **5)** Asimismo, el artículo 15-VIII-a)-b) del CPF y el artículo 29-VIII-a)-b) del CPDF distinguen entre el error de tipo y el error de prohibición como dos clases distintas de error que afectan presupuestos diferentes de la punibilidad o elementos del delito. Y relacionándolas con el concepto legal del dolo de los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF, se desprende que el error de tipo excluye al delito por falta del mismo dolo. En tanto que el error de prohibición, en el que en Coahuila se incluye de manera expresa al error acerca de causas de justificación, afecta a la culpabilidad, excluyendo a ésta. **6)** Por otra parte, porque con independencia de que la SCJN reconoció sólo la existencia del «daño o el peligro al bien jurídico» como elemento del tipo penal, así como también consideró a los

⁷³⁰ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 57.

⁷³¹ Ver el apartado III del Capítulo Noveno de este trabajo.

elementos «normativos específicos» como parte del mismo tipo penal cuando éste los describa; y de que es verdad que la razón de la creación de los tipos penales es la protección de bienes jurídicos, de ello sí se puede necesariamente deducir que el daño o el peligro lesivos a los mismos es elemento esencial del tipo penal de los delitos. Más no se deriva de igual modo que toda la antijuridicidad tuviere que serlo, a menos que al tipo penal se le conciba de manera distinta al dársele el enfoque sistemático de injusto de la doctrina, mismo que puede ser desde la visión funcionalista de Roxin hasta la de la tesis de los elementos negativos del tipo. **7)** Por último, estarían los inconvenientes que presentaría el tratamiento de las causas putativas de justificación cuando se trate de error vencible que incida sobre delito que admita la culpa, ya que al excluirse el dolo, esos casos de error vencible no podrían fundamentarse en la propia culpa y habrían de quedar impunes. De no ser así y se insistiera en la postura que nos ocupa, se tendría entonces que admitir una nueva sustentación del tipo penal subjetivo, distinta al dolo o la culpa. Porque aún reconociendo que el tipo penal culposo es prevalentemente normativo por consistir en la generación de un riesgo no permitido sujeto al dominio de la acción, de todas suertes no se puede desconocer —en mi opinión— que la acción tiene en todos esos casos una condición subjetiva insoslayable y que consiste en que el fin de la acción discrepe del resultado, situación que no se da en muchos eventos de causas putativas de justificación, toda vez que en muchos de ellos la voluntad que preside la acción coincide con el resultado que produce.

