

312627

TH  
KI  
FDYC  
2003  
.B4  
V.5



FONDO  
TESIS

penalmente prohibida. Asimismo, si el dolo pertenecía a la culpabilidad, desde ese punto de vista era inadecuado estimar que quien mataba en legítima defensa lo hacía con dolo, porque el tipo penal sólo habría de analizarse objetivamente, salvo los elementos subjetivos específicos del tipo que solo después de cierto tiempo se admitieron por la SCJN como una excepción con relación al tipo objetivo con el cual se identificaba al cuerpo del delito. El objeto de regulación del Derecho Penal, que es la conducta humana, pasó así a último plano y aún así, desfigurado y anulado con la aludida presunción de intencionalidad, con la cual en realidad se cancelaba la significación íntegra de la conducta que interesa regular al Derecho Penal. Se debe también reconocer que parte de esos desvíos se corrigen con la concepción «normativista» de la culpabilidad que luego enarboló el causalismo y que se reflejó en parte con las reformas al CPF de 1983. Sergio Vela Treviño dio buena cuenta de esa postura en México a través de su monografía *“Culpabilidad e inculpabilidad”*.<sup>906</sup> Aunque esta corriente sigue adoleciendo la falla de concebir a la conducta, al tipo penal y al injusto como categorías objetivas; con lo cual al «normativismo» causalista le siguen siendo aplicables las críticas de imaginar a la conducta de manera artificial en el ámbito de ella misma, de la tipicidad y de la antijuridicidad, con muchas de las consecuencias indeseables a que se aludió en capítulos anteriores. Sin embargo, a partir de 1983 es cuando se observa un gran impulso innovador en el CPF y el CPC. Las reformas a la Parte General del CPF y del CPC de los años de 1983 hasta 1993-94, con relación a la teoría del delito, dan como saldo claros perfiles del finalismo. El que ya se asumió en la reforma del CPF de 1993-94 —e incluso desde 1991—, con algunos atisbos del funcionalismo. Los que en el nuevo CPC de 1999 y el nuevo CPDF de 2002 se intentan mejorar y clarificar para más seguridad jurídica, ajustados a la realidad y a la experiencia propia.

Así, no hay que olvidar que el psicologismo y el normativismo causalistas —al analizar el contenido de los elementos del delito— estiman de naturaleza objetiva a la acción, a la tipicidad y a la antijuridicidad. Y mientras el psicologismo causalista le asigna a la culpabilidad un carácter puramente subjetivo. Es decir, de si el sujeto quiso el acto u omisión. A su vez el normativismo pasa a darle un contenido subjetivo-normativo, de si el sujeto tuvo el fin que implica el tipo penal o actuó culposamente y con la conciencia de la antijuridicidad de su conducta y pudo actuar de otro modo. De esta manera, tan el psicologismo como el normativismo causalistas establecen que la acción —como primer elemento del delito— es sólo acto causal. En el que la voluntad sólo entra en juego (en este primer momento), para el puro efecto de determinar el movimiento corporal. Mismo que adquiere su carácter típico cuando se ajusta objetivamente a los elementos del tipo. En tanto que la intención o la imprudencia nutren a la culpabilidad. A la cual se le hace consistir en la conexión psicológica del autor con su acción. El normativismo le añade a la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. Mas la actual regulación del CPF, del nuevo CPDF y del nuevo CPC permite replantear ahora de otra manera el estudio del delito. Para que a la conducta se le considere y analice con sus datos ónticos reales que tienen sentido para el Derecho Penal y, por ende, con su auténtica carga de voluntad. La que no se queda en pura determinación psíquica de impulsar un movimiento del cuerpo o detenerlo. Sino que la acción, con su contenido de voluntad, encierra a la vez una dirección consciente de la actividad hacia un objetivo propuesto. Escogiendo los medios, su modo de emplearlos y la

---

<sup>906</sup> Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e inculpabilidad*, primera edición, Editorial Trillas, México, 1987, en especial, pp 202 y ss.

oportunidad para aplicarlos a efecto de obtener o cumplir el fin previamente anticipado. Ese "contenido" de la voluntad le da sentido a la acción y forma entonces parte integrante de ella para los efectos jurídico-penales de las demás categorías o elementos del delito, aunque estas mismas categorías también dejen su propia impronta en la conducta como objeto de valoración. Y, por ende, es indebido deformar la significación de la acción y endosar su aforo de fin nada más a la culpabilidad como último elemento o estrato en el análisis jurídico del delito. Éste marco conceptual trasciende necesariamente a los contenidos de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad en la estructura del delito. De entrada, el dolo y la culpa se trasladan al tipo y se deja a la culpabilidad con un contenido nuevo. Y, además, esta visión se complementa en la esfera del tipo penal con la consideración funcionalista de que el Derecho Penal, al describir en los tipos penales a las conductas punibles, supone en ellas a los elementos de valor y desvalor que él describe y/o implica en el mismo tipo penal. Esa concepción apareja, en consecuencia, que se amplíe el espacio del tipo penal —y se reduzca el del poder punitivo— al incluir en aquél al dolo que consiste en el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias que integran los elementos objetivos del tipo, apreciando la significación social de lo que se hace. A diferencia del finalismo, para el cual el dolo sólo alcanzaría los elementos materiales del tipo y que deja una zona gris respecto al conocimiento de los elementos normativos de valor o desvalor del mismo tipo penal. La conducta no es —según la tesis finalista— la manifestación ciega de la voluntad, sino la manifestación de una voluntad vidente con contenido de fin. Y —según la tesis funcionalista— como el Derecho Penal recoge conductas que juzga especialmente injustas que ameritan su punición; por ende, la conducta típica tampoco es sólo la exteriorización de aquella voluntad con un fin de contenido típico pero avalorado; sino que aquella, además, involucra la comprensión del significado social de la acción u omisión que se realiza según los elementos normativos que el legislador introduce en el tipo penal, en el cual se incluye a la misma antijuridicidad material de la conducta. Por lo tanto, según estas tesis y de acuerdo con los artículos 7°, 9° y 15-VIII-a) del CPF, para que exista conducta típica es insuficiente que la manifestación exterior de la conducta se arregle —en forma objetiva— a los elementos de la descripción legal (tipo objetivo.) Sino que, además, es necesario que exista el conocimiento de lo que se realiza. Y, asimismo, que el contenido de voluntad sea el de colmar el contenido de la descripción legal del hecho punible. Tipo penal doloso. O en su caso, que al realizar la acción el sujeto tenga diverso contenido de voluntad del hecho que realiza y describe el tipo penal, pero con la que objetivamente contraría un deber de cuidado que genera un riesgo no permitido sujeto al dominio de la acción y por el que al menos resulta previsible la causación del resultado que se viene a producir por aquel quebrantamiento riesgoso y que el tipo penal capta. Tipo penal culposo.

Cabe mencionar también, que la nueva estructura que se esboza se refuerza con la derogación de la presunción legal del dolo y la cancelación del criterio de "peligrosidad" como fundamento de la pena. Poniéndose igualmente en evidencia un contenido diferente del juicio de reproche. Así, mientras el finalismo concibe a la culpabilidad como el poder conocer tan la antijuridicidad material como la formal de la conducta y el poder conducirse conforme a Derecho; para el funcionalismo la culpabilidad se halla tan sólo en la conciencia de la ilicitud formal, además de nuevas condiciones para la punibilidad, a las que les llama "responsabilidad". Esto último ocurre así —como se verá más adelante— por la diversa consideración de que la culpabilidad en sí es insuficiente para fundar la pena. Pues aun cuando la culpabilidad exista, la pena sólo

se debe imponer cuando —y en la medida que— sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico. Por lo tanto, en los casos que aún habiéndose obrado con culpabilidad sea innecesaria la pena a aquellos efectos, o su aplicación o ejecución sea irracional, se debe prescindir de ella o buscar medidas alternas que sean suficientes a los fines preventivos de la misma. En suma:

La culpabilidad ya no es en sí la conducta dolosa o culposa. Pues estas formas subjetivas o normativas son elementos del tipo penal. Y sólo serán unas de las bases alternas sobre las que dicho juicio se formule. Y de acuerdo con los artículos 7º y 15-VII-VIII-IX del CPF, 18 y 29-VII-VIII-IX del CPDF y 12, 48, 49, 51 y 52 del CPC, a la culpabilidad ahora se le puede concebir cuando conociendo las circunstancias fácticas de las que se deriva la antijuridicidad material de la conducta, *la persona obra con la razonable posibilidad de conocer la ilicitud penal de aquella conducta (conciencia del injusto penal); y, además, porque pudo conducirse conforme a Derecho (exigibilidad de otra conducta.)* La posibilidad de conciencia del injusto penal y la exigibilidad jurídica de otra conducta se inscriben así como condiciones de la culpabilidad para una tesis finalista. En tanto que según las implicaciones que se desprenden del funcionalismo y de acuerdo también con las disposiciones citadas: la conciencia de la ilicitud sólo se referirá a la apreciación normativa de la ilicitud, en tanto que la captación de las circunstancias fácticas de las que surge la antijuridicidad material ya se reservan al llamado injusto subjetivo. A su vez, en dicha concepción funcionalista, a la exigibilidad de otra conducta como contenido de la culpabilidad, se le sustituye por la función de la necesidad estricta de prevención especial o general en el caso concreto —que Roxin llama “responsabilidad”<sup>906</sup>—. Ésta condición nueva estribaría en la estricta necesidad social de la pena, esto es, la “responsabilidad”.<sup>907</sup>

En cualquier caso, el carácter de la culpabilidad es prevalentemente normativo. En ella se deberá examinar si el agente pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, pudo, racionalmente, conducirse de otro modo —según la postura finalista—. O bien, si la conducta que aquel eligió amerita la necesidad social de la pena de acuerdo con las circunstancias en que actuó —según el «funcionalismo—. Pues de otra forma, según la primera postura, no podría existir el “ánimo de contradicción del comportamiento con el exigido por la ley” como antes decía el CPC de 1983; o bien, según la segunda orientación, faltaría la responsabilidad del sujeto como un punto esencial de la culpabilidad.

La culpabilidad penal —en esencia y en última instancia—, viene a ser el juicio de reproche porque el sujeto «pudo ajustar» su conducta conforme a Derecho o —como también se dice— porque «pudo actuar de otro modo». Al cual se le añadiría un plus, por el cual se podría hablar ya no de culpabilidad, sino de «responsabilidad», en cuanto el sujeto ha de responder por su inajuste a la norma sólo si en el caso concreto la pena se revela socio-jurídicamente indispensable según el marco funcional jurídico que la Constitución asigna a aquella con relación a los fines del sistema penal.

No obstante todo lo dicho y contra lo que ya se desprende de la ley penal, en buena parte de la práctica y la jurisprudencia mexicanas todavía imperan nociones causalistas. Es decir, en ellas prevalece —como dice Moisés Moreno—: (...) tanto el concepto causal de acción como el concepto mixto de culpabilidad; por lo que hasta ahora sigue siendo dominante la opinión de que el dolo y la culpa son partes integrantes de la culpabilidad.<sup>908</sup> En estas últimas líneas de pensamiento se inscribieron en su tiempo ilustres penalistas mexicanos, como Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos, Sergio García Ramírez y Sergio Vela Treviño.<sup>909</sup> Más en épocas

<sup>906</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., pp. 790 a 813 y 896 y ss.

<sup>907</sup> Según se examina al final de este CAPÍTULO y en el siguiente.

<sup>908</sup> Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, Centro de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999, pp. 216.

<sup>909</sup> Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 233 y ss. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pp. 425 y ss. Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México,

recientes, Olga Islas, Elpidio Ramírez, Gustavo Malo Camacho, Arturo Villarreal Palos, Octavio Orellana Wiarco, Enrique Díaz-Aranda y Moisés Moreno Hernández<sup>910</sup> orientan su estudio del Derecho Penal Mexicano por senderos finalistas y —en ciertos sentidos— funcionalistas. Por ende: ¿cuál de esas posturas respecto a la culpabilidad se corresponde en realidad con el derecho vigente? Y ¿cuál es —a la vez— compatible con la aspiración a un estado de derecho?

Ya di parte de la respuesta a la segunda pregunta cuando me ocupé de los conceptos de conducta, de tipo y de conducta típica.<sup>911</sup> Y en gran medida también ya contesté la primera interrogante cuando me ocupé de esos tópicos en la fundamentación de las conminaciones penales.<sup>912</sup> Pero abundaré ahora con relación a la culpabilidad, de la cual ya en este primer punto afirmo que de acuerdo con los actuales contenidos de la ley penal mexicana, bien se puede sostener su posición finalista —e incluso funcionalista— con un enfoque mejor orientado a un estado de derecho, como lo fundaré más adelante.

## — II —

### La fundamentación de la culpabilidad

El artículo 1° de nuestra Constitución concibe libres a todas las personas y es en ejercicio de nuestra libertad que podemos elegir entre una conducta conforme a Derecho o la que se acomode al hecho punible y, por tanto, contraria a la llamada de la norma penal. Por ello se debe reconocer que la punición es admisible sólo si la persona tuvo un margen racional de elegir y de autodeterminarse en sentido contrario a la conducta penalmente prohibida; esto es, de optar conforme a la llamada de la norma penal en el caso concreto al estar en un contexto de comunicación con ella y poder conducirse de otro modo. La culpabilidad así entendida se erige como límite a la potestad estatal de punir. La ley penal y los jueces deben reconocer ese imperativo y ese límite, si es que se desea discurrir por los cauces de un estado democrático. Y es indudable que la ley ya admite y consigna esa exigencia. En efecto, el artículo 12 del CPC prevé que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales. Y el artículo 48 del CPC prevé que: *“se conduce culpablemente, quién conoce o puede conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, se puede conducir conforme a Derecho”*. De esta manera, la definición vigente del CPC establece que para que la conducta que se enjuicia sea delito, además de ser típica y antijurídica, debe ser culpable. Y que ésta existe sólo cuando el sujeto decidió en el caso concreto realizar una conducta típica que resultó antijurídica, cuya ilicitud penal “conocía o pudo conocer” y no obstante que “podía actuar conforme a Derecho”.

¿Es posible obtener la misma conclusión del CPF y del CPDF? Sí lo es. Pues aunque el CPF y el CPDF no conceptúan a la «culpabilidad», ésta sí se puede deducir claramente con aquel contenido al reconstruir

---

1983, pp. 292 y ss. Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 431 y ss. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 375 y ss. Sergio García Ramírez, *Derecho Penal*, UNAM, México, 1990, pp. 65 y ss.; Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, op. cit., pp. 202 y ss.

<sup>910</sup> Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 65 y ss.; Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1997, pp. 354 y ss.; Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 116 y ss.; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994; Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y, además, *Dofo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

Moisés Moreno Hernández, op. cit., pp. 216 y ss.

<sup>911</sup> Ver el CAPÍTULO QUINTO de este trabajo.

<sup>912</sup> Ver el CAPÍTULO TERCERO de este trabajo.

dogmáticamente y en sentido contrario las excluyentes de delito que se refieren a ella en los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. Así, la regulación de la inimputabilidad como excluyente de delito permite forjar una noción de culpabilidad como la que se señaló. En efecto, las sendas fracciones VII de los artículos antes dichos (15 del CPF y 29 del CPDF), disponen que el delito se excluye cuando: (...) *Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.* Por lo tanto, si el delito se excluye porque el sujeto al realizar su conducta carece de capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, de ello se deriva que para que una persona sea culpable es preciso que al realizar su conducta sea capaz de comprender su ilicitud y de determinarse conforme a Derecho. Y de que si ello es así, entonces, además, será necesario que el sujeto que realiza el injusto esté en un contexto de comunicación con la norma motivadora que se desprende la norma prohibitiva del tipo penal, bien sea porque al realizar su conducta conoce o puede conocer la ilicitud penal de la misma y puede asimismo conducirse de otro modo. De no deducirse esta consecuencia carecería de sentido la excluyente apuntada. La derivación anterior se confirma y complementa con los sendas fracciones VIII-b) de los citados artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, que excluyen el delito por «error de prohibición» cuando: (...) *Se realice la acción o la omisión bajo un error «invencible» respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.* Porque en verdad esas eximentes carecerían de sentido si para cometer delito fuese irrelevante que el sujeto conociese o no supiere de la ilicitud penal de su conducta o hubiere o no hubiere estado en posibilidad razonable de conocerla en caso de que el error hubiere sido «vencible» de acuerdo con los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF. Y, por último, la noción que se ha dado de la culpabilidad también se corrobora y completa con las sendas fracciones IX de los citados artículos 15 del CPF y 29 del CPDF que regulan la «inexigibilidad de otra conducta» para excluir el delito, si: (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.* Porque, asimismo, estas excluyentes de delito quedarían huecas si acaso para determinar el delito no importase examinar si en el caso concreto era o no era razonable que la persona se condujere de otro modo.

La conducta «culpable» —de acuerdo con las mismas disposiciones vigentes de la ley penal mexicana— no estriba pues en saber qué es lo que se hace, lo cual atañe al dolo. Sino en «saber» o «poder saber» que «lo que se hace es penalmente ilícito» y «poder ajustar la conducta a Derecho».

Si ello es así, únicamente se podrá emitir un juicio de reproche acerca de la conducta de la persona cuando en el caso concreto a ella le era exigible realizar un comportamiento conforme a la norma en virtud de que pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y actuar de otro modo. ¿Pero es o no es correcto el anterior concepto de culpabilidad? Primero hay que aclarar que la «culpabilidad» es un juicio de reproche que se formula sobre la «conducta culpable», la cual es el «objeto de valoración» de ese juicio. Y en realidad el concepto que ya se perfiló es más el de conducta culpable que el de culpabilidad. Pero para formular éste juicio son decisivas las

circunstancias en las que se funde el carácter culpable de una conducta. Y ellas involucran, necesariamente, elementos subjetivos y normativos acerca de la conducta, de las condiciones de la persona que la realiza y de las circunstancias en las que la despliega. De aquí que por más que se insista en que la «culpabilidad» es puramente «normativa» o puramente «subjetiva», la reprochabilidad de la conducta ha de surgir tan de las «condiciones del sujeto» como de las «circunstancias del hecho» que sean «conocidas por él» o por las cuales él pudo saber la ilicitud penal de su conducta y conducirse de otro modo.

Ahora bien, el punto toral del juicio de culpabilidad —tan en el CPF y el CPDF como en el CPC— incide en última instancia en "poder actuar de otro modo". Lo cual apareja un reproche al sujeto porque actuó contra la norma en vez de que pudo elegir a favor de ella. Lo que a la vez tendría su sustento en el libre albedrío. ¿Pero se puede fundar la culpabilidad en el libre albedrío? Porque en el fondo el «poder actuar de otro modo» parecería ser el sustrato material último de la culpabilidad. En cuanto el reproche personal contra el sujeto se fundamenta en que transgredió la norma prohibitiva porque no omitió la acción antijurídica u omitió antijurídicamente la acción debida, aunque pudo ajustarse a Derecho. En suma, a la persona se le reprocha el que no se haya comportado conforme a Derecho cuando se pudo decidir de acuerdo con él. Con ello, la base interna de la conducta culpable reside en que el ser humano esta revestido de autodeterminación moral libre y responsable y es por ello que en un caso concreto habrá de reprocharse su conducta cuando al realizarla el «podía» decidirse por el Derecho y contra el injusto. Contra esto se aduce que el libre albedrío es indemostrable. Que no está sujeto a verificación empírica. Además de que el libre albedrío no se condice con la hipótesis de que todos estamos determinados por nuestro medio y nuestras circunstancias. De la cual se seguiría que en realidad ninguna decisión es libre. Sin embargo, si bien es verdad que el libre albedrío es indemostrable. Igual lo es que el determinismo estricto tampoco es empíricamente verificable y —como dice Roxin—es, además, "prácticamente inviable".<sup>913</sup> Empero, ello no excluye la crítica que el libre albedrío presupone un fenómeno que científicamente no se puede constatar y que, por ende, ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio "in dubio pro reo". Lo cual haría imposible un Derecho Penal de la culpabilidad. Se intenta salir al paso de esta consecuencia diciendo que el «poder actuar de otro modo» no se decide de acuerdo con el poder individual del sujeto, sino conforme al poder de la persona media y según la experiencia corriente. Pero ello apareja una reformulación del concepto en el sentido de que el sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en que él se encontraba, porque «otro en su lugar» habría actuado de ese otro modo. ¿Y qué acaso hemos de reprocharle a una persona por lo que otra pudiera haber hecho y que ella precisamente no pudo hacer, sin caer así en la ilegitimidad esencial de contradecir el punto de partida de que es al propio sujeto —y no a otro— al que le ha de ser posible una decisión libre?

Para enfrentar a estas consecuencias se han formulado las que parten del «carácter» y del «ser» del sujeto. Las que se matizan en el sentido de que él se decide a sí mismo y con ello crea a su propio ser. Por ende, cada cual debe responder por lo que él hace en cuanto es emanación de su personalidad. Empero, aunque es cierto que con tales tácticas se eluden los reparos a la tesis del libre albedrío, a la vez es verdad que con ellas se renuncia totalmente a la retribución, para sustituir la fundamentación de la responsabilidad por necesidades

<sup>913</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General...*, op. cit., T. I, p. 799.

y fines puramente preventivos; acudiéndose, en suma, a una *responsabilidad social del sujeto* «por la conducción de su vida», que prescinde del reproche moral. Pero, además, los reparos a la postura anterior surgen desde el punto de vista de la falta de respeto a un estado de derecho, pues la pena se sustentaría en la conducción de la vida del sujeto y ya no en la acción que él eligió. Y que precisamente es por la cual se le juzga. Por lo demás, es del todo recusable que los afanes de prevención de la pena —sean de prevención general o especial— se introduzcan sin más como motivo para sustentar y agravar el reproche y, por tanto, eventualmente repercutan en la extensión o la intensidad de la pena judicial que ha de sufrir el sentenciado, porque si se quieren respetar los derechos del ser humano no se puede sin más trastocar la culpabilidad del acto por la culpabilidad del autor. Ello aparece un simple cambio de etiquetas, a la peligrosidad del autor se le llamaría ahora culpabilidad del autor. Y a éste ya no sólo se le sancionaría por lo que hizo sino por lo que ha hecho de su vida antes del acto por el se le juzga y condena, que es, precisamente a lo que sólo autoriza nuestra C. sin que ella tolere la retroactuación del juzgamiento penal (con todas sus consecuencias) a lo que la persona ha hecho de su vida. (Artículos 14, 16 y 19 C.) Mas tampoco lo dicho significa que ya en la individualización de la pena con base en la culpabilidad del acto tengan que dejarse de lado los datos personales del autor, sino que estos pueden considerarse sólo si y en la medida que hayan facilitado o dificultado la decisión de actuar contra la norma, dentro de un esquema de respeto a los derechos fundamentales de las personas que sea congruente con los derechos y los deberes expresos o implícitos del ser humano por vivir en sociedad que se desprenden de la C., según se verá en su oportunidad. Como también se verá cuál es el sentido de la previsión de los artículos 51 del CPF, 71 del CPDF y 69 a 75 del CPC, referentes a las pautas para individualizar judicialmente las penas. Asimismo, con base en aquél criterio —de introducir en el juzgamiento penal del delito el reproche por la conducción de la vida— la pena habría de ser entonces indeterminada hasta por el tiempo necesario para que se cambie la personalidad que el sujeto se forjó y por la cuál se determinó al delito, lo cual ciertamente no se condice con nuestro sistema jurídico que exige la certeza en la determinación de las penas cuantificables. Igualmente, aquella tesis daría como consecuencia la culpabilidad de los enfermos mentales y de otros inimputables. Porque, ¿qué acaso ellos no actúan conforme a su modo de ser existente? En la trinchera que evita sustentar la culpabilidad en el libre albedrío se inscribe el funcionalismo de Jakobs. Él entiende a la culpabilidad en un sentido funcional. Su fin —o «función»— es la prevención general y sólo ésta fundamenta la necesidad de la pena. Pero a la prevención general la concibe no con fines intimidatorios, sino como promotora de la “fidelidad al Derecho”. La pena —dice Jakobs—: (...) restablece la confianza que el delito ocasiona como frustración de las expectativas de la comunidad jurídica. El fin de la pena es la estabilización de esa confianza. Y sólo cuando exista la posibilidad de resolver dicha frustración de otra manera, es posible considerar la exculpación.<sup>914</sup> Pero ello, en el fondo es ni más ni menos que pura prevención general con trasfondo positivista adosado con otra terminología. Por ende, no salva la crítica de que se sanciona a la persona ya no en consideración a sí misma, sino de «lo que sería necesario» —lo cual es bastante impreciso— “para promover la fidelidad de los ciudadanos al Derecho”. Por lo tanto, la pena se impondría en consideración a otros. Amén de que esa postura también conlleva una fuerte dosis de prevención especial como fundatoria de la pena. Pues en tanto falten remedios que eviten a la

<sup>914</sup> Günter Jakobs, cit. por Claus Roxin en *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, op. cit., T. I, pp. 234 y ss.



persona su "tendencia a frustrar la fidelidad al Derecho", aquella habría de continuar bajo el imperio de la sanción. Con todo ello se irrumpe contra el estado democrático. Pues a la persona se le convierte en instrumento de "los intereses sociales de estabilización", con lo que se le trueca en un simple objeto para lograr los fines de otros, lo que atenta contra la dignidad humana protegida por la C.

Ante los problemas que apareja el libre albedrío, ya Arturo Villarreal Palos —en su completo estudio sobre "*culpabilidad y pena*"— da cuenta del desencanto acerca de un concepto de culpabilidad que se base en la retribución, a grado tal que se tiende a sustituirlo con otros contenidos enfocados estrictamente a la necesidad social de la pena según consideraciones de prevención social positiva. Así Villarreal Palos señala con precisión que son tres los puntos fundamentales en que converge el movimiento de reforma del Derecho Penal: (...) 1. El abandono absoluto de la retribución como fin de la pena y su conceptualización exclusiva como instrumento de prevención. 2. El serio cuestionamiento al fundamento de la pena en el libre albedrío y la búsqueda inacabada de nuevos fundamentos de la sanción, acordes con la idea preventiva del Derecho Penal. 3. La necesidad de que la pena preventiva no rebase el grado que derive de los hechos del autor, con lo que se busca evitar cualquier exceso en la intervención punitiva estatal. Aquí el acuerdo parece unánime, se trata de afirmar un principio garantista fundamental del Estado Democrático de Derecho.<sup>915</sup> Más precisamente por lo expuesto, se puede insistir en lo que destacaré al ocuparme de la fundamentación político-criminal de la medida de la pena en el ámbito de la culpabilidad. La cuestión de si: ¿La culpabilidad da derecho al Estado al reproche? O si más bien: ¿Es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual? La respuesta sólo puede ser en el sentido de la segunda alternativa. Porque la libertad y dignidad de las personas que se deriva de la Constitución son derechos de protección de las personas frente al Estado. Sin que a la culpabilidad se le pueda trastocar en una facultad de injerencia estatal contra las personas como si fuesen ajenas a esos derechos. De ello se sigue que la culpabilidad es siempre *un juicio sobre un acto humano libre acerca del cual al sujeto le era conocible su ilicitud penal y asimismo le era racionalmente posible conducirse de otro modo*; por lo que —como lo señala Roxin— (...) que para la justificación de la pena, en tanto se pueda imputar su hacer culpable al delincuente, éste tendrá la obligación en atención a la comunidad de cargar con la pena. Ello es justo y legítimo, porque aquél, como miembro de la comunidad, tiene que responder por sus hechos hasta la medida de su culpabilidad en ellos, para la salvaguardia del orden de aquélla. De ese modo, a la persona no se le utiliza como medio para los fines de otros. Sino que al asumir su responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena, tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y misión del Estado.<sup>916</sup>

Más si ello es así, ello igualmente aparejará entonces la necesidad de armonizar los derechos de libertad, dignidad, igualdad, socialización, seguridad jurídica y proporcionalidad que protegen los artículos 2º, 3º, 14, 17, 18 y 22 C, con la misma garantía de responsabilidad penal de los artículos 16 y 19 C. Lo que conduce a que la culpabilidad hay que concebirla dentro de los límites que se derivan de un estado de derecho y que se sustenten en la Constitución. Planteamiento que es indispensable cuando será por su misma culpabilidad que se privará a la persona de sus derechos y dentro de los que se incluye normalmente la privación de su libertad.

<sup>915</sup> Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, op. cit. p. 111

<sup>916</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 96 y ss...

Todo ello tiene importancia porque entonces hay que reconocer con sencillez que:

Sólo puede haber culpabilidad en la medida en que la persona al realizar la conducta esté en condiciones de poder elegir libremente de acuerdo con la norma penal, la cual se debe apreciar con ciertos parámetros que —ajustados a los criterios de conocimiento posible de la ilicitud penal de su conducta, de proporcionalidad e igualdad— respeten a la vez la dignidad, el marco de libertad para decidir y el derecho a socializar o no socializar en cualquiera de los ámbitos y medios no ilícitos de la misma sociedad que la Constitución reconoce al particular.

Y, por lo tanto, aunque la pena siempre tenga un ingrediente inseparable de castigo que se basa en el reproche que se formula por elegir contra Derecho cuando era racionalmente posible ajustarse al mismo: a aquél se le debe limitar dialécticamente por los mismos derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica, proporcionalidad, socialización o no-socialización y dignidad humanas, y en el mismo sentido oponérsele, además, los fines que el artículo 18 C. asigna al "sistema penal", esto es, sólo para buscar y admitir penas que se limiten por la racionalidad y sean las estrictamente indispensables para procurar la resocialización de la persona (como inclusión responsable del individuo libre en sociedad.)

Como ya se advierte en esas ideas, al castigo y a la prevención que surgen de los afanes del poder punitivo se les retira en virtud de un entendimiento sano de la culpabilidad, mismo que parte del ejercicio libre y responsable de la propia conducta. En tanto que si el reproche fundamenta la pena, a la vez él mismo está limitado porque la pretensión no puede ser la de punir siempre que se estime que la persona pudo actuar conforme a Derecho sin más, sino sólo y nada más cuando ese «pudo» se dé en condiciones que aparejen respetar los marcos de igualdad y dignidad de la persona y de libertad en las que ella se puede desenvolver según su situación de vulnerabilidad sin afectar antijurídicamente los bienes de los demás, de tal manera que el caso concreto se haga indispensable la necesidad social de imponerle cierta pena, con la cuál siempre se ha de buscar en lo posible la reinserción social del sentenciado.

De lo que se sigue, que tampoco la culpabilidad fundamenta en sí misma cualquier pena ni cualquier entidad de ella. Sino sólo la podrá tolerar dentro de los límites que señale la ley, en tanto la entidad de la pena se ajuste sólo hasta la medida de la culpabilidad concreta por el acto y que aún así, dicha pena habrá de ajustarse a la que en su calidad y cantidad (de acuerdo con los cauces legales) sea indispensable para la paz, la resocialización del responsable y que evite en lo posible el no-beneficio social. La culpabilidad así entendida funciona más que como fundamento de la pena, como un límite adicional al poder punitivo del Estado, esto es, como razón para excluir en ciertos casos el deber de responder con la pena o para disminuir su intensidad e incluso para sustituirla en su calidad, en respeto del individuo y en aras de promover su socialización.

En tal contexto, lejos de suprimir el concepto de culpabilidad hay que acotarlo. A efecto de que funcione como una noción que protege al individuo de excesos del poder punitivo estatal y de las nociones que atenten contra sus derechos y garantías no excluidos por su propia responsabilidad.

La idea de una culpabilidad que se basa en la libertad de elegir es —y debe ser— congruente con los derechos de igualdad y dignidad humana y autonomía de las personas que protege nuestra ley fundamental; la cual presupone al hombre y a la mujer como seres libres y capaces de responsabilidad y con derecho a vivir de ese modo en la sociedad. Lo que tiene su fundamento en las garantías de igualdad, de libertad y de dignidad y las ideas de responsabilidad y readaptación social que consagran los artículos 1° y 3° C<sup>97</sup>, con relación a los artículos 16, 18 y 19 C. Y si como se argumenta, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del ser humano acierta con arreglo a las ciencias del ser, ello en nada cambia el hecho —según ya lo afirmó con acierto Roxin— (...) de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y de responsabilidad. Lo que no se puede probar que sea "correcto" con los métodos de las ciencias naturales. Pero

---

<sup>97</sup> El artículo 3°- fracción II-inciso c) de la C., recoge la idea de «dignidad de la persona» que se debe inculcar como uno de los fines de la educación que contribuya a la mejor convivencia humana.

que tiene, con total independencia de ello, su legitimación, en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme a un estado de derecho.<sup>818</sup> Con ello se evita el emplear a la culpabilidad para justificar medidas meramente retributivas. O meramente preventivas. Porque un concepto de culpabilidad que se dirija a coartar el poder de la autoridad y que por tanto actúe a favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento, es porque se ajusta a los derechos humanos de igualdad, libertad, socialización y dignidad del responsable (entre otros) —y a los que se refieren las garantías de los artículos 1º, 2º, 1º, 2º, 4º, 12, 13 y 18 de la carta fundamental— y las cuales deben correlacionarse con la idea de «responsabilidad penal» que se enmarca en los artículos 16 y 19 C. Sin que quepa así trastocar esa responsabilidad penal en la mera expresión de una potestad ilimitada del Estado en contra de la personas cuando ejerza el poder punitivo en la aplicación de la ley penal. La culpabilidad-responsabilidad debe así concebirse como un límite jurídico y racional de la pena fundado en bases constitucionales, más que en fundamento de ésta. Pero lo anterior tampoco debe llevar a pensar que la culpabilidad es mera ficción jurídica que carece de realidad y que sólo operaría como un principio regulativo de ficción necesaria que limita los afanes de la prevención general y especial. A lo cual parece tender Roxin,<sup>819</sup> porque sobre esa postura se impone el mismo punto de partida del propio Roxin y que Zaffaroni demarca magistralmente: "...considerar la libertad y la responsabilidad del hombre como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es procedente de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de Derechos Humanos, es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia sería resultado de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también en una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría".<sup>820</sup>

### — III —

#### **La presunción de inocencia como deber de probar que se conocía la ilicitud**

##### **o las condiciones razonables por las que se pudo conocer aquella y actuar conforme a la norma**

*La culpabilidad como elemento del delito o presupuesto de la pena no puede sustraerse a la exigencia de que se le debe demostrar. Porque se debe acreditar que se tuvo conocimiento de la ilicitud penal de la conducta al realizarla o bien que ese carácter de relevancia penal se le pudo conocer con facilidad según las "circunstancias que concurrieron" y los "datos personales", de los que también se evidencie que en el caso concreto existió un margen razonable para actuar conforme a la norma.*

Es claro que ningún problema representa la existencia del conocimiento de la ilicitud penal del comportamiento típico cuando el inculpado admita de manera expresa que tenía ese conocimiento cuando ejecutó su conducta. Y difícilmente lo aparejará cuando se trate de un delito "natural" sin que medie una circunstancia extraordinaria que explique algún desconocimiento por el inculpado de la prohibición penal de su conducta. Pero aun en ese último evento y en todos los demás casos se debe insistir que sólo se debe responsabilizar con base en datos

<sup>818</sup> Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., pp. 35 y ss

<sup>819</sup> Claus Roxin, *idem.*, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., pp. 83 y ss., y, además, en *Derecho Penal, Fundamentos...*, op. cit., p. 798.

<sup>820</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 638.

probados y no de acuerdo con meros argumentos sin asidero fáctico demostrado. Ahora bien, 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 recogen de manera implícita, aunque defectuosamente —lo que facilita la arbitrariedad— el Código Federal de Procedimientos Penales y (dudosamente) el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Y el cual normalmente conllevará a la prueba de indicios que conduzca a la conclusión unívoca e inequívoca de la culpabilidad. El artículo 449 del CPPC lo prevé así expresamente al disponer 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”*.

Conforme a aquella premisa, será admisible inferir la culpabilidad si ella se soporta en datos probados del autor y del hecho que permitan inferir de manera inequívoca el conocimiento de la ilicitud penal o la posibilidad de ese conocimiento dentro de un ámbito razonable de elección para actuar de otro modo: es decir, para ajustar la conducta a derecho; de tal manera que dado ese ámbito razonable, se excluya la inexigibilidad de otra conducta y porque otro entendimiento sea violatorio de la sana crítica. O lo que es lo mismo, la culpabilidad se podrá afirmar: **1)** Sólo y cuando de los indicios se desprenda una conclusión unívoca e inequívoca del conocimiento del injusto penal y de que según las circunstancias del hecho y personales del imputado, acreditadas, aquél tuvo un ámbito razonable de elegir conforme a la norma. **2)** O bien cuando —en defecto de aquel conocimiento— con base en aquellos datos probados se pueda sostener del mismo modo la posibilidad razonable —o fácil posibilidad— que en el caso concreto tuvo el autor de conocer la prohibición penal de su conducta y ajustar su conducta conforme a la norma. La anterior no es mera afirmación sin sostén, porque la autodeterminación de una persona no es sólo un dato jurídico, sino un dato de la realidad que jurídicamente se reconoce por las mismas constituciones orientadas a los ideales de un estado de derecho. Tal autodeterminación es la base de la coexistencia social de la que —dice Zaffaroni—: (...) el derecho no puede hacer otra cosa que reconocer empíricamente cómo se desarrollan las relaciones sociales y cómo se formulan reproches y cargas a los seres humanos. Pero ello no quiere decir —como enseguida lo estima el ilustre penalista argentino— que (...) Por ello el derecho no puede menos que reconocer que la autodeterminación es la esencia de la personalidad y, por ende, no requiere prueba, en tanto que debe ser siempre materia a probar es la dimensión de su ámbito en cada circunstancia.<sup>821</sup> Porque —agrego por mi parte— aunque es bien cierto que la autodeterminación es la esencia de la personalidad y de que siempre ha de suponerse un ámbito dentro del cual el sujeto puede elegir —y que en tal sentido ese ámbito no requiere prueba—: lo que importa realmente es que ese ámbito haya estado dentro de los parámetros que se infieren de la misma ley para elegir un conducta acorde con la norma; es decir, haber estado en *condiciones razonables de elegir conforme a*

<sup>821</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 643.

*aquella*. Y para que se pueda afirmar que se dieron esas "condiciones razonables", primero será preciso que se acredite cierto ámbito que las permitan inferir, mismo que se define por *las circunstancias en las que realizó su conducta la misma persona a la que se juzga. Y por las cuales se valora que aquella estuvo en condiciones razonables de elegir. Así pues, lo que está sujeto a prueba es el conocimiento del injusto y aquellas circunstancias personales y del hecho que permitan valorar que la persona estuvo en condiciones razonables de ajustar su conducta a la norma a efecto de poder emitir el juicio de una culpabilidad plena.* (Y sin perjuicio de que luego se tenga que valorar la intensidad de tal culpabilidad a los efectos de la medición de la pena, según los datos —también acreditados— que indiquen el mayor o menor margen de elegir dentro de aquel ámbito.) **Mas en caso de que falte prueba acerca del conocimiento del injusto penal, de todos modos será preciso que se acrediten aquellas circunstancias personales y del hecho que permitan valorar que la persona estuvo en condiciones razonables de conocer el carácter penalmente injusto y de ajustar su conducta a la norma,** (caso en el que subsiste la culpabilidad, aunque ella será disminuida por faltar el conocimiento efectivo del carácter penalmente ilícito de la conducta, lo que conforme a la misma ley penal amerita una reducción legal de los márgenes de la pena de prisión aplicables al delito.) Con base en ello podemos estar de acuerdo con Zaffaroni en que la idea de culpabilidad así entendida (...) es consecuencia ineludible del concepto antropológico que presupone el derecho, es decir, de la antropología jurídica o concepto jurídico de lo humano: la ley internacional, la Constitución y la ley nacional presuponen autonomía personal de decisión siempre en un ámbito.<sup>422</sup> Pero lo cual no excluye sino que por el contrario exige que se tengan que probar el conocimiento del injusto y los ámbitos de autodeterminación según las condiciones de hecho y personales del imputado, por las cuales se pueda sostener que él tuvo un margen "razonable" para ajustarse a la norma. Como igual deberá acreditarse en qué medida tales ámbitos fueron menores o mayores respecto a la exigibilidad del propio imputado de conducirse conforme a la norma, lo cual —empero— ya es materia de la individualización de la pena respecto de una conducta culpable. Pero respecto de ésta, la ley penal no deja su juicio librado al voluntarismo judicial, ya que, además la misma conciencia del injusto, la exigibilidad de otra conducta en virtud del ámbito razonable que se tuvo para elegir conforme a la norma están por igual sujetas a los límites de cuando el ámbito de autodeterminación no alcanza un umbral mínimo según los propios criterios de la ley, lo que sucede si acaso —como dicen los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF—: *"atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*.

Ello obliga al juez a motivar en cada caso las condiciones personales y circunstancias del hecho por las que estime que el inculpado al actuar conocía la ilicitud penal de su conducta o bien que tuvo un margen razonable para poder conocer tal ilicitud, así como para actuar de otro modo. Lo cual podrá ser evidente en muchos casos, pero en otros al menos esas circunstancias le deberán llevar a cuestionarse de sí en realidad la persona tuvo aquél margen razonable para actuar de otro modo. De aquí que sea inaceptable llevar la inferencia de la culpabilidad a cualquier caso de prueba del aspecto objetivo de la conducta aislada de las circunstancias en las

---

<sup>422</sup> Idem.

que el sujeto la llevó al cabo, aun cuando según su contexto, dinámica o circunstancias del caso, de la norma infringida en particular y las de la de la persona, impidan inferir sin forzamiento alguno la existencia de un margen razonable para elegir conforme a la norma. En tales eventos faltará la univocidad o a la conclusión se le opondrán otros argumentos basados en datos que no se puedan descartar —y que evitan la inequívocidad de la conclusión— acerca de la conciencia del injusto y del ámbito razonable para elegir. Por lo que pretender una sentencia de condena en esos últimos casos, importa un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica vigente en el Derecho federal, el distrital federal y el coahuilense como sistema de valoración de las pruebas. Además, apareja una solución que vulnera la garantía de presunción de inocencia. Pues sólo se debe condenar e imponer penas si en el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona. Y en cualquier caso:

Si la sentencia de condena pasa por alto la prueba de la culpabilidad y los principios de la sana crítica que animan la valoración probatoria de su existencia; es decir, suponiendo aquella 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 condenar e imponer penas a las personas sin auténtica prueba del delito que sólo presuntamente cometieron.

Cabe volver a señalar que basta un somero examen de los expedientes y sus sentencias en las causas penales para que se advierta la frecuencia con la que se desatienden las consideraciones anteriores. Es patente la ausencia de motivación de los datos y la prueba misma de éstos que permitan establecer la culpabilidad; así como la falta de razonamientos válidos para descartar datos contraindicantes. Y por igual es notoria la omisión de agravios contra esas graves formas de proceder en los recursos de apelación que interponen los defensores. Quizá en medida mucho mayor que el dolo, creo que la culpabilidad y todas sus implicaciones están aún por descubrirse por la judicatura y el foro mexicanos. Un indicador de ello es la casi inexistencia de criterios jurisprudenciales o tesis relevantes en el orden federal con relación al actual concepto de culpabilidad que se deduce de la ley penal mexicana y acerca de los problemas y soluciones que aquí se esbozaron apenas. Empero, un indicio de que la judicatura está conciente de que la culpabilidad se debe sustentar en datos probados se observa en la tesis siguiente del TSJC:

**RESPONSABILIDAD PENAL. REQUISITOS QUE LA CONFIGURAN: AUSENCIA DE CAUSA QUE IMPIDA LA ANTIJURIDICIDAD, CONCIENCIA DE ILICITUD Y EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA CONFORME A DERECHO.** De acuerdo con el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales, la *responsabilidad penal* de los inculcados en la comisión del tipo penal de los delitos de que se trate, debe fundarse en los artículos 43 y 44 del Código Penal, con relación al segundo párrafo del artículo 364 Bis del Código de Procedimientos Penales. Es decir, en la inexistencia de causas que excluyan la ilicitud de la conducta y en datos suficientes que acrediten la culpabilidad del agente. Por lo tanto, en el caso, la responsabilidad penal de los inculcados sí se configura. Pues por una parte: No aparece causa que según el artículo 37 del Código Penal, excluya la antijuridicidad de la conducta típica. Y por la otra, aparece que ambos inculcados son originarios y vecinos de Torreón, donde tenían ocupación lícita e ingreso fijo. Que cuando cometieron la conducta típica, el primero tenía dieciocho años de edad y el segundo diecinueve. Que al primero se le habían instaurado diversos procesos penales, uno por los delitos de homicidio calificado y portación de armas. Y otro por el delito de robo. Lo que aunado a la propia naturaleza del robo violento materia de este proceso, en sana crítica revela que al cometerlo conocían la ilicitud penal de su conducta. Sin que aparezca demostrada causa que les hiciera inexigible conducirse como lo hicieron, por lo que sí pudieron proceder conforme a Derecho. Datos que en su conjunto conllevan a declarar su culpabilidad en la comisión típico-penal del delito o delitos de que se trata. Y, por ende, su responsabilidad penal en aquellos.<sup>423</sup>

<sup>423</sup> TSJC, Primer Sala, T P 557/96, sentencia 706/96, 8 de octubre de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchermann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tests Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 727 y 728.

### El presupuesto y los dos componentes de la culpabilidad

De acuerdo con lo expuesto, ahora lo que realmente importa saber es: ¿Cómo ha de operar en la práctica jurídica el contenido conceptual de la culpabilidad que se deriva de la ley penal, misma que sea congruente con las aspiraciones a un estado de derecho? ¿De qué manera confiable se puede saber cuándo alguien se conduce con culpabilidad penal? ¿Con base en qué criterios concretos ajustados a un estado de derecho se puede sostener que una persona es culpable penalmente, porque, según esto, «pudo» conocer la licitud penal de su conducta y, además, «pudo» ajustarla a derecho? Ahora bien, *si a la conducta culpable se le concibe como la motivación contra la norma penal o la desatención sobre ella aun cuando en el caso concreto se “podía” —y, por ende, jurídicamente se debía— actuar de acuerdo con la misma.* En consecuencia, la «posibilidad de conocer el injusto penal» y la «exigibilidad-responsabilidad» convierten a la culpabilidad en un concepto prevalentemente normativo. Pero ello no debe llevar a estimar que la culpabilidad, por ser normativa, es un puro juicio racional de valor; sino que aquella implica éste juicio racional de valor ajustado a las circunstancias del caso concreto en las que actuó la persona y conciliando aquél juicio con las pautas de la C. El ajuste al caso concreto según las pautas de la C. apareja a su vez atender a las circunstancias de la conducta y de la persona que la realiza según aquellas pautas, mismas que en su conjunto constituyen la “unidad de valoración” según la llama Roxin.<sup>824</sup> O dicho de otro modo, los límites de la culpabilidad se fijan no sólo en la exigibilidad-responsabilidad de actuar conforme a Derecho de acuerdo con las condiciones del individuo y las del hecho concreto, sino *de acuerdo con éstas, según la motivación contra la norma penal o la desatención inexcusable de ella.* Ello conlleva al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad que propicia que se pongan ciegamente a cargo del sujeto todas las consecuencias penales sin mayores discriminaciones. Por ello, esos elementos de la unidad que es objeto de valoración —en parte subjetiva y en parte objetiva— y el mismo reproche que se haga de la conducta, también se deben someter a criterios que se concilien con los derechos y garantías que emanan de un estado de derecho. Para tal efecto, en mi opinión se debe partir del análisis de un presupuesto y dos componentes o categorías esenciales que en orden de prelación integran a la culpabilidad de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC. Ellos son:

- La capacidad de entender y decidir (conocida como imputabilidad.)
- El conocimiento del injusto penal o la posibilidad razonable de conocerlo.
- La exigibilidad-responsabilidad de conducirse conforme a Derecho.

Comienzo con el presupuesto o condición «necesaria» de la misma culpabilidad: la imputabilidad. A la cual también se le llama “capacidad de culpabilidad”.<sup>825</sup> Para después ocuparme del conocimiento del injusto penal o la posibilidad razonable de conocerlo y, por último, de la exigibilidad-responsabilidad de ajustarse conforme a la norma.

<sup>824</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...*, op. cit., p. 797.

<sup>825</sup> Ver, por ejemplo, Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 819 y ss.

## La capacidad de culpabilidad: Imputabilidad

Carecería de todo sentido prohibir penalmente conductas de las que el sujeto debe y puede abstenerse de realizar para en su lugar actuar conforme a Derecho, si es que el sujeto fuere incapaz de comprender las alternativas o de decidirse según esa comprensión.

Esto significa que es preciso que el sujeto tenga capacidad para comprender la naturaleza penalmente prohibida de su conducta y de autodeterminarse en consecuencia. De aquí que la capacidad de motivarse de acuerdo con la norma (o de manera adecuada a Derecho) se deba tomar en consideración como presupuesto del juicio de reproche, pues sólo de los que tienen capacidad de comprender lo injusto de su obrar y de decidir de acuerdo con esa comprensión, es respecto de los que luego se podría ver si actuaron con culpabilidad. De lo cual se colige que la imputabilidad (psicológica) del sujeto es presupuesto para poder integrar las dos categorías que conforman a la culpabilidad. De acuerdo con lo dicho, antes de analizar esas dos categorías de la culpabilidad, es preciso decir unas palabras sobre la imputabilidad. A la imputabilidad se le concibe como: *La «capacidad» del sujeto de comprender la ilicitud de su conducta y de decidirse de acuerdo con esa comprensión.* Así se desprende de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF; los cuales excluyen al delito cuando: (...) *al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.* Por su parte, el artículo 9° del CPC dice que (...) *es penalmente imputable quién tenga capacidad para comprender la naturaleza de la conducta que realiza y su carácter ilícito, así como para determinarse en razón de esa comprensión.* Cabe señalar que en la perspectiva del artículo 9° del CPC, la imputabilidad fundamenta tanto al dolo como a la culpabilidad. Ello es como se indica, porque sería absurdo conminar con penas y más aún aplicarlas a las personas que al realizar el hecho fueren incapaces de comprender la naturaleza misma de su conducta y, por lo tanto, menos aptas aún para entender su ilicitud penal. O bien fueren incapaces de decidir de acuerdo con ese entendimiento. El hecho que así se realice —con incapacidad de dolo o de culpabilidad— podrá dar motivo a una medida de seguridad curativa, pero de ningún modo a una pena.

También es dable subrayar que para determinar la imputabilidad penal, es preciso que «en el momento del hecho» la persona tenga la capacidad de comprender y de decidir. Salvo que con tal «capacidad» antes se haya procurado dolosa o culposamente su inimputabilidad (conductas libres en su causa.)<sup>426</sup> La «capacidad de comprender» se conceptúa como la aptitud de tener conciencia de la naturaleza de la conducta y de su ilicitud. En otras palabras, como la facultad de «entender» el hecho y las prohibiciones implícitas en las normas penales con relación a ese hecho. Por su parte, la «capacidad de decidir» se conceptúa como la facultad para determinarse de acuerdo con la comprensión del hecho y de su carácter ilícito. Ya que es insuficiente la capacidad de comprender lo injusto de una conducta para que funcione la motivación de la norma. Pues es posible que la persona comprenda que es indebido lo que hace, pero que lo realice por compulsión patológica. El cleptómano por ejemplo. De esta manera, la fórmula de la imputabilidad encaja en un sistema mixto. Es

---

<sup>426</sup> Ver el número IX del Capítulo Quinto



decir, psicológico-jurídico. Este sistema se adoptó en el proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>527</sup> y rige en el actual Código Penal de la República Federal Alemana.<sup>528</sup> Asimismo, en su esencia se encuentra vigente en México a partir de 1987 y en Coahuila desde 1983.

No resulta ocioso destacar que aun cuando la imputabilidad es condición de la culpabilidad, en la práctica se les confunde con frecuencia. Sin embargo, la confusión se debe evitar. En efecto, de acuerdo con nuestro Derecho la imputabilidad tiene una base psicológica. Esa base —que es condición de la culpabilidad—, consiste en la "capacidad de comprender y de determinarse con relación a las normas penales". Sólo las personas que tienen dicha «capacidad de comprensión y de determinación» (imputabilidad), podrán tener «conciencia» de la ilicitud penal de la conducta que realicen y serles posible no decidir conforme a Derecho (culpabilidad.) Como contrapartidas de la imputabilidad entran los trastornos psíquicos patológicos, como son las psicosis exógenas que se deben a perturbaciones cerebrales demostrables: psicosis traumáticas por lesiones cerebrales, psicosis por intoxicación, las psicosis por infección, la epilepsia, la arteriosclerosis o atrofia cerebrales, la meningitis, los tumores cerebrales con afección conductual, etc.; mismas que el artículo 10-I del CPC las engloba con la expresión "enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia"; hasta la oligofrenia a que alude la fracción II de ese artículo con las expresiones de "desarrollo psíquico retardado o incompleto". Pero también caben los trastornos psicológicos no patológicos o no somáticos, como son ciertos estados pasionales muy intensos, el miedo grave, las psicopatías o neurosis graves y ciertos estados de ebriedad crónica. Todos ellos en la medida que incapaciten al sujeto comprender la naturaleza del hecho o su ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Cuando el trastorno no procurado que apareje aquellas consecuencias es solamente transitorio da motivo a la absolución. Cuando el trastorno es permanente da lugar a una medida de seguridad curativa. Todo lo cual requiere de la prueba pericial siquiátrica-sicológica que debe referirse, por un lado, a si el sujeto actuó en esa condición de incapacidad de comprensión o de determinación y, por el otro, al carácter transitorio o permanente del trastorno y, en este último caso, a la prognosis del riesgo para los bienes jurídicos de otros a efecto de determinar tan el internamiento preventivo como la clase de medida curativa aplicable según sea el caso. (Ver el número V-C del Capítulo Quinto.)

Ahora bien, aunque las condiciones para que haya imputabilidad se vinculan de manera íntima con las condiciones de las que depende la "culpabilidad". Es importante tener presentes sus diferencias. Pues una cosa es que en el caso concreto el sujeto tenga la *capacidad de comprender la ilicitud* de su conducta. Que es la primera condición para la "imputabilidad". Y otra la es, que el sujeto *sepa o pueda saber* de la ilicitud penal con la que actúa. Que es la primera condición de la "culpabilidad" y que se identifica en la doctrina como "conciencia de antijuridicidad o del injusto". Es decir, el que el sujeto tenga «capacidad» para entender una prohibición (condición de imputabilidad) es diferente a que él «sepa» o «pueda saber» que determinada prohibición existe (condición de culpabilidad.) O dicho en otras palabras, es distinta la "capacidad de

---

<sup>527</sup> Procuraduría General de Justicia de la República, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, p. 494

<sup>528</sup> Ver a Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, op cit., pp. 20 y ss., y a Hans-Heinrich Jescheck, *Reforma del Derecho Penal en Alemania, Parte General*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, pp. 42 y ss

*conciencia*" a que *"se tenga conciencia"*. En este caso, del carácter penalmente ilícito del propio actuar. También es diferente que el sujeto tenga la *«capacidad» de decidir de acuerdo con la norma penal que comprende»* —que es la segunda condición para la imputabilidad—; a que al sujeto le *"sea razonablemente posible» decidir conforme a Derecho"* —que es la segunda condición para la culpabilidad—. De todo ello se sigue que sólo pueden ser culpables los que son imputables al momento de la conducta. La posibilidad de que la persona sea culpable se cancela si aquella es "inimputable" al realizar la conducta prohibida por la ley penal; es decir, si aquella es *«incapaz» de comprender la ilicitud de su conducta y/o de determinarse conforme a esa comprensión*. Pues por esa *«incapacidad»* la persona no podrá tener conciencia de la ilicitud penal de la conducta que realiza; o bien carecerá de la aptitud de poder determinarse conforme a Derecho. Mas es factible que una persona sea "imputable" cuando realice la acción u omisión; es decir, que tenga capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y la aptitud de determinarse conforme a ello, y, sin embargo, que aquella persona se conduzca con "inculpabilidad". Así sucede cuando en el caso concreto faltan las condiciones razonables que le permitan al sujeto conocer con facilidad que actúa con ilicitud penal, lo cual da pie al error invencible de prohibición. O para conducirse conforme a Derecho, bien sea por estado de necesidad inculpable, temor fundado inculpable o error sobre la existencia de alguna de estas dos causales.

En suma, sólo los imputables pueden ser culpables. Mas el "imputable" al realizar una conducta típica puede actuar "inculpablemente". Lo imposible es que el "inimputable" al actuar sea "culpable".

## — VI —

### **La conciencia del injusto penal**

La esencia de la culpabilidad se reduce a poder actuar de otro modo. Pero ese poder actuar de otro modo se puede separar en dos categorías que se desprenden de la misma ley penal. La primera categoría o componente de la culpabilidad es la llamada conciencia del injusto y consiste alternamente en conocer la ilicitud penal de la conducta o en la posibilidad razonable de conocer la ilicitud penal de esa conducta. La cual en sentido estricto es diferente a poder comportarse de otro modo según otras circunstancias, que viene a ser la segunda categoría o componente de la culpabilidad según se verá más adelante. Asimismo, cabe advertir que el empleo de la expresión "conciencia del injusto penal" demanda una precisión de su sentido, debido a su equívocidad; porque aquella se le usa para referirse tan al efectivo conocimiento y comprensión de la ilicitud penal, como también a la propia posibilidad exigible de conocimiento y comprensión de tal ilicitud penal (donde en sentido estricto no habría "conciencia del injusto") no obstante que, a final de cuentas, en realidad aquella viene siendo parte del sustrato último de la culpabilidad. Sin embargo, teniendo en cuenta aquella diferencia y el ámbito comprensivo de la expresión, esta debe aceptarse dado su uso difundido.

**A. El objeto de conciencia del injusto.** Con base en los artículos 15-VIII-IX y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-IX y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48-I, 51-I y 52 del CPC se desprende que:

La ley exige como primera condición alterna de la culpabilidad el *«conocimiento de la ilicitud penal»* o la *«posibilidad razonable de conocerla»*. Tan la una como la otra pueden ser el objeto de la conciencia del injusto a efecto de que se puna la conducta. Y esta exigencia apareja un replanteamiento del dogma de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.

En efecto, este axioma podrá ser válido —discutiblemente— en el Derecho Civil o Administrativo pero sin mayor fundamento se le trasladó al Derecho Penal. Con ello se pasó por alto que el poder punitivo es la más drástica reacción del Estado en contra de las personas que “deciden” actuar contra sus prohibiciones. Por ello, al imponerse una sanción penal, se debe partir del presupuesto racional —acreditado— de que la persona que realizó la acción prohibida conocía esa prohibición penal o que —en el caso concreto— estuvo razonablemente en condiciones de conocerla y de conducirse conforme a derecho. El no admitir lo anterior, en la práctica ha significado que la sanción penal se convierta en una ciega reacción estatal por cualquier acción ilícita de carácter penal: sin importar si la persona conoció o estuvo en posibilidad razonable de conocer la ilicitud de su conducta al realizarla y, en su caso, su trascendencia penal. Lo que se agrava más, si se toma en consideración que dicha reacción penal en la esfera estadística y en países subdesarrollados como el nuestro aumenta sensiblemente en las clases sociales más vulnerables en el ámbito económico y cultural. Con lo que a la ley penal se le convierte en un instrumento de desigualdad. Sin que pueda ser justo un Estado que castiga con cárcel la ignorancia invencible y la racional imposibilidad de una persona para conducirse conforme a Derecho; esto es, cuando aquella ni siquiera estuvo en condiciones razonables de conocer que su conducta es penalmente relevante en el caso concreto, ni tampoco de obrar de otro modo. Menos aún puede serlo el Estado que sanciona la ignorancia de quienes la padezcan por el rezago social imputable a la omisión de las prestaciones que la C. impone al propio Estado como garantías o para satisfacer ciertos derechos colectivos y sociales. Como tampoco es justo aquél Estado que a los efectos de la pena desconozca la innegable diferencia entre conocer la ilicitud penal de la conducta que se realiza y el sólo poderla conocer. En el anterior contexto, si en la idea misma de culpabilidad se entiende que se agrupan un conjunto de garantías que se deben respetar para formularla, se puede avanzar con ella en la ruta hacia un estado de derecho. Porque si en nuestro orden constitucional y legislativo esa culpabilidad se construye con base en la idea del hombre como ser libre, ésta concepción antropológica descansa a su vez en la imagen de un hombre capaz de autodeterminarse y con dominio de sus actos. Y precisamente por ello sería opuesto a esa concepción cualquier reproche que se sustente en la consideración implícita de las personas como objetos y no como sujetos libres y capaces. De aquí que desde la concepción misma de la acción penalmente relevante que parte de aquella idea, sea que se excluye de la materia de imputación penal a cualquier noción de la acción humana que la degrade a mero factor causal, y más aun, que puna al autor sólo con base en ello, sin tomar en cuenta, entre otras condiciones, cuando la persona no sabía ni pudo conocer las consecuencias penales de su conducta. (...) *De ahí lo inaceptable, a la luz de la Constitución —dice Adán Nieto Martín— de los sistemas de responsabilidad objetiva.*<sup>229</sup>

Pues bien, esas mismas ideas son aplicables a la noción de una culpabilidad penal que se sustente en la posibilidad razonable de motivarse conforme a la norma, precisamente, de acuerdo con la «norma de motivación» prohibitiva ínsita en el tipo porque el sujeto al realizar su conducta conocía o pudo conocer su ilicitud penal.

**B. El tiempo de la conciencia del injusto.** Ahora bien, antes de continuar es importante responder la pregunta siguiente: ¿Cuándo debe existir la conciencia del injusto penal? O dicho de otro modo: ¿En qué

---

<sup>229</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error*, Editorial Atelier, penal, Barcelona, España, 1999, p. 34.

momento debe la persona tener la conciencia o la posibilidad razonable de conciencia del injusto penal? La conciencia del injusto penal o la posibilidad de tal conciencia deben existir «cuando se realiza la conducta típica». Y ello es como se indica por las razones siguientes: **1)** Porque así se desprende de la interpretación en sentido contrario de la regulación del error de prohibición invencible —como contrapartida de la conciencia del injusto— que impide la culpabilidad del agente, en los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF, en tanto esos preceptos aluden a (...) *al momento de realizar el hecho típico...*; y cuando se (...) *realice la acción o la omisión...* Por su lado, el artículo 48 del CPC dispone que la conducta del agente es culpable si, (...) *al realizarla... conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente.* **2)** Porque con base en los citados preceptos y ante la interrogante de si ¿debe ser «actual» la conciencia del injusto penal?, es decir, ¿debe estar presente al momento de la conducta? ¿O es suficiente con que aquella sea «actualizable»? caben consideraciones análogas a las que se hicieron con relación al dolo. Pues si para darse la conciencia del injusto es suficiente con que el mismo se “pueda conocer”, por ende, para la punibilidad de la conducta será innecesario que el sujeto tenga presente la ilicitud penal de aquella cuando la realiza. **3)** Porque lo anterior es válido por igual desde la perspectiva del simple conocimiento. Ya que una cosa es que el sujeto tenga presente el carácter penalmente injusto de su conducta cuando la realiza y otra la es, que tal conocimiento exista al realizarla. Esto decir, se puede saber que una conducta está penalmente prohibida sin que se tenga en mente la prohibición penal durante el curso de la conducta típica. Y lo que se deduce de los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48 del CPC es que aquel conocimiento se tenga —o se pueda tener— al realizar la conducta y no que el sujeto esté pensando en la prohibición penal cuando ejecute la acción.

Se habla así de conocimiento «actual» cuando el sujeto sabe de la prohibición penal al momento en el que realiza su conducta y de conocimiento «actualizable» cuando la persona razonablemente se halla en condiciones de saber que está prohibida penalmente la conducta que lleva a cabo aunque en ese momento no sepa de la prohibición. Pero tan en uno como en otro caso al realizar la conducta hay conocimiento de la prohibición penal o la razonable posibilidad del mismo, como primeros componentes alternos de la culpabilidad.

Con ello, además, queda sin sustento el argumento de que si la ley exige que se conozca el carácter prohibido de la conducta cuando ésta se realiza, esa pretensión aparejará la impunidad cuando falte la actualidad del conocimiento del injusto penal. Esto es, cuando el sujeto no lo tenga presente en aquél momento. Pues con ello se confunde el conocimiento de la prohibición penal o la posibilidad del mismo con la actual representación de lo que se conoce. La ley exige el primero o la segunda, pero no la tercera. Lo que si será necesario es que al iniciar la ejecución del delito, el sujeto sí sepa de la prohibición penal o si la “haya podido conocer”. Pero sin que sea forzoso que esté pensando en ella. Con base en ello no debe entonces significar ningún problema el sostener la conciencia del injusto penal cuando el delito se dé en estados pasionales o de alteración emocional que no anulen la capacidad de comprender y decidir. Porque si esa capacidad se mantiene, es posible atribuir al autor la conciencia del injusto cuando actúa típicamente afectado por la pasión, la ira o por otro estado emocional y sin que en ese momento tenga presente la prohibición de la conducta que realiza. Pues lo que interesa es que el sujeto al realizar la acción haya tenido o podido tener el conocimiento del carácter penalmente prohibido de la clase de conducta como la que ejecutó. Por lo demás, esos estados

emocionales reducen más la capacidad de decidir (para poder actuar de otro modo) que la de comprender el carácter ilícito de la conducta. Y es por aquél motivo (la afectación a la capacidad de actuar de otro modo) que aquellos arrebatos podrán dar pie a una imputabilidad disminuida de acuerdo con los artículos 15-VII-párrafo-segundo del CPF y 29-VII-párrafo-segundo del CPDF; la cual atenúa la pena pero no excluye la culpabilidad ni el delito. Supuesto en el que la atenuación se funda en la disminución de la imputabilidad por afectar la capacidad de autodeterminación pero no en un error de prohibición por imposibilidad de conocer el carácter del injusto y su relevancia penal o simplemente por no conocerlo al realizar la acción no obstante que se le podía conocer. Por su parte, los casos de imputabilidad disminuida no motivan en el CPC una atenuación de la punibilidad legal, pero aquella sí se considera por el artículo 72-I-5) como circunstancia especial atenuante del grado de punibilidad judicial. Sin que tampoco se deba pasar por alto que aunque aquellos estados pasionales en el caso concreto no configuraren una imputabilidad disminuida, ellos sí se deben tomar en cuenta en la medición de la pena judicial en virtud de que los mismos reducen el margen para decidir conforme a Derecho.

Por último puede suceder que el sujeto realice el injusto sin capacidad de entender o decidir de acuerdo con ese entendimiento en virtud de que él mismo se procuró dolosa o culposamente tal estado, en cuyo caso se está frente al fenómeno de acciones libres en su causa, mismo que se resuelve de acuerdo con los artículos 15-VII-in-fine del CPF, 29-VII-in-fine del CPDF y 11 del CPC, para el efecto de atender al momento en el cual el sujeto se procuró dolosa o culposamente tal estado, no solo para de esa manera sostener la imputabilidad del agente, sino para decidir si actuó con conciencia del injusto. (Ver al respecto el número VIII del Capítulo Séptimo.)

**C. Los presupuestos de la conciencia del injusto penal.** Para que haya conciencia de lo penalmente injusto de la conducta que se realice es necesario que el individuo: **1.** Conozca las circunstancias en que realiza el injusto. **2.** Así como también aprecie o pueda apreciar el carácter penalmente injusto de su conducta. Dicho en sentido parcialmente negativo: para que el sujeto pueda actuar con conciencia del injusto penal es preciso que no yere invenciblemente acerca de las circunstancias fácticas que le dan origen, como así mismo sepa o pueda conocer la ilicitud penal de lo que hace. En el primer contexto, como contrapartida al conocimiento de las circunstancias en que realiza el injusto y dado que el dolo como conocimiento de las circunstancias del hecho constitutivas de los elementos del tipo se resuelve al decidir la tipicidad de la conducta: restarían los casos de las llamadas causas de justificación putativas como motivos por los que la persona podría no saber que realiza una conducta penalmente ilícita, esto es, porque las circunstancias fácticas le originen la equivocación de que hay pie para una causa de justificación que se prevea por la ley. En el segundo tenor, como contrapartida de que se sepa o pueda saber el carácter penalmente injusto de la conducta, están los errores de prohibición que sin incidir en esas circunstancias fácticas que darían pie a una causa de justificación, sí aparejan que no se aprecie el carácter injusto de la conducta o bien se ignore acerca de su alcance penal. Así pues, habrá que diferenciar esas dos grandes clases de errores de prohibición y que impactan a la conciencia del injusto.

**1. Los errores de prohibición motivados por circunstancias fácticas que originen la apariencia de una causa de justificación (causas de justificación putativas.)** Ciertamente hay que evitar la confusión entre delito putativo y causas de justificación putativas. En el delito putativo se da el fenómeno de que la persona creé estar realizando una conducta que la ley prevé como delito cuando en realidad la ley no la tipifica como punible. La imposibilidad de que pueda haber delito es evidente: ya que en esos casos siempre faltarán los elementos del tipo por la sencilla razón de que en la ley no hay tal tipo. Mientras que en las causas de justificación putativas se inscriben los casos en los que las circunstancias fácticas le originan al sujeto la equivocación de que actúa al amparo de una causa de justificación que prevé la ley. Las que a su vez se deben distinguir de las causas putativas de justificación, porque en éstas —a diferencia de las causas de justificación putativas— el sujeto no yerra acerca de las circunstancias fácticas sino que creé que su conducta la justifica la ley sin que en realidad la ley prevea alguna causal en ese sentido. Tales errores se relacionan más con los que versan sobre el alcance de la norma, pero que no deben entrar en el análisis de este apartado. Entre los errores de prohibición motivados por circunstancias fácticas que originan la apariencia de una causa de justificación se pueden mencionar como ejemplos: quien mata a otro cuando éste —con quien había tenido serias rencillas— saca de improviso su pistola a la vez que le dice que lo va a matar y en realidad el arma no contiene proyectiles. La persona que al ver el humo que escapa de una casa y escuchar el grito de fuego, daña los bienes ajenos para salvar la vida de un bebé que oye está adentro, con la creencia de un incendio que resulta falso. El auxilio que brinda un policía a la ejecución de una orden de cateo que él ignora que es simulada.

Empero, cuando los errores de prohibición se motivan por circunstancias fácticas que den la apariencia de una causa de justificación, habrá que apartar aquellos casos donde habría error "invencible" acerca de las circunstancias que dieron pie a la conducta amparable por la causal de justificación, pues de ordinario estos supuestos antes que disculpar la conducta excluyen su carácter antijurídico. En efecto, con base en los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF y 51-I-párrafo-segundo del CPC, se podría sostener que las causas de justificación llamadas putativas no excluirían la antijuridicidad de la conducta sino que la disculparían cuando le originen al sujeto la creencia equivocada e insuperable de que actúa al amparo de las mismas. En tal evento habría un error que es invencible que como tal excluiría al delito por falta de culpabilidad. Y en caso de que el error fuese vencible, éste motivará que se atenúe la pena sin que el mismo necesariamente excluya la culpabilidad. Sin embargo, cuando se habla de error que se motive por circunstancias fácticas que den la apariencia insuperable de una causa de justificación, (ya sea que se trate de circunstancias que dan motivo para la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o alguna otra causa de justificación), habrá que tener presente que el conocimiento acerca de las mismas devendrá irrelevante en las mayoría de los casos; pues ya desde la antijuridicidad —y para decidir si ésta existe o falta— los motivos que dan pie a esas causas de justificación se aprecian *ex-ante*, lo cual apareja que *se dé un juicio objetivo acerca de que las circunstancias fácticas que motiven la acción sean de por sí suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. De tal modo que a cualquiera que se imagine en las mismas circunstancias le sea intolerable que su conducta se estimara antijurídica aunque después —ex-post— resulte que esas circunstancias constituyan una situación ajena a la realidad de la*

que en sí mismas indicaban. Esta postura conlleva a decidir la antijuridicidad de la conducta típica según las circunstancias que concurrieron al momento en el que la misma se realizó, tal como las mismas se aprecien por un observador imparcial, con independencia de lo que sabía el autor salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo que dio pie a la excluyente; pero que, asimismo, operan con autonomía de que ex-post resulte que el motivo no era real. (Ver al respecto el número VII del Capítulo Décimo Quinto.) *Todo lo cual hace que decaiga la posibilidad de que en esos casos se tenga que examinar un error de prohibición invencible que excluya la culpabilidad: ya que en vez de excluir el delito por un error de prohibición que impida tal culpabilidad, antes se tendrá que declarar dicha exención porque la conducta no fue antijurídica.* Pero sin que ello apareje que en razón de lo anterior ya no pudiese darse un error invencible de prohibición por apreciación errónea de las circunstancias fácticas que le den pie: toda vez que aquel cabrá en ciertos pero limitados casos aun si ex-ante hubiere sido posible reconocer la innecesariedad de actuar al amparo de una supuesta causa justificante, como sucede cuando la innecesariedad de actuar no se hubiese reconocido en razón de un verdadero yerro provocado por la perturbación del ánimo —como sería el causado por la agresión en la legítima defensa putativa por ejemplo—, donde de todas suertes habrá un error invencible de prohibición que excluirá culpabilidad. Así pues habrá que tener presente en esos casos que: **1)** Habrá causa de justificación cuando ex-ante se pueda afirmar que existe el motivo que da pie a la conducta que la ley justifica en las respectivas causales. O dicho de otro modo: cuando se den circunstancias por las que nadie que se imagine en las condiciones objetivas del sujeto, podría haberse supuesto otra cosa sino la de que había motivo suficiente para dar pie a la conducta que la ley justifica. **2)** Mientras que habrá causa de inculpabilidad cuando aunque ex-ante se valore el motivo como insuficiente para dar pie a la conducta que habría amparado la causa legal de justificación, de todos modos el agente en su situación concreta no podía haber salido de su error (error de prohibición invencible propiamente hablando que se motiva por circunstancias fácticas acerca de la existencia de una causal de justificación.) **3)** Mas en todos los demás casos en lo que aquél error sea vencible no sólo subsistirá la antijuridicidad, sino que también la culpabilidad se podrá mantener, aunque de manera atenuada, debido precisamente al error vencible. Por lo tanto, el examen de ese error vencible de prohibición forma parte de la culpabilidad —aunque atenuada— del agente (sólo y nada más) si es que en un juicio ex-ante se decidió la insuficiencia del motivo que habría justificado su conducta y no se hubiere dado excepcionalmente un error invencible de prohibición.

*Asimismo, habrá que apartar los casos de una falsa apreciación por la que se crea que no se actúa antijurídicamente, cuando la antinormatividad de la conducta o la lesión jurídica ya sean elemento del tipo, lo que apareja que el yerro constituya un error de tipo. (Excluyéndose así el error de prohibición.)* En efecto, dentro éste grupo de yerros se hallan aquellos errores que aunque incidan sobre algún elemento de la antijuridicidad, el mismo ya esté atrapado por el elemento de un tipo necesariamente doloso y que, por ende, se deban tratar como errores de tipo y no como yerros de prohibición; como son los casos siguientes: **a)** Cuando el error incida sobre el consentimiento —expreso o tácito— del titular del bien que le sea disponible, para dañar el bien, casos que impedirán que se dé el dolo como elemento del tipo. **b)** De igual modo cuando el yerro verse 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. Zaffaroni estima que en estos supuestos habría un error de prohibición y no un error de tipo<sup>630</sup>; cuando en realidad no es lo mismo el caso de quien para asegurar un trozo de paño se apodera de un afiler ajeno que luego resulta ser de plata, de cuando alguien creó apoderarse de pesos en billetes que en realidad son dólares, porque en el primer caso se creyó actuar sobre un bien cuya lesión carecería de significancia (y, por ende, de relevancia típica), mientras que en el segundo evento el sujeto no padeció de un error acerca de la significancia de la lesión al bien, sino de la entidad o valor, en cualquier caso significativo, del bien mismo; por lo que si según la postura que aquí se sostuvo, la lesión jurídica y su significancia son elementos del tipo, resulta claro entonces que esos yerros deban tratarse como errores de tipo, toda vez que faltará el dolo al haber error acerca de alguno de sus elementos objetivos. (Ver al respecto el número VIII del Capítulo Décimo y el número VII del Capítulo Undécimo.) c) Cuando haya ignorancia acerca del deber jurídico o potestad que le incumba observar o ejercer al agente, cuando la trasgresión de ese deber o potestad esté ya expresa o implícitamente comprendida como elemento de un 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.) d) Cuando el tipo contenga expresiones tales como "ilegalmente", "ilícitamente", etc., en la medida que el error sobre el carácter ilegal o ilícito de la conducta motiva la falta del dolo con relación a ese elemento típico, como cuando el agente en una situación de delito flagrante confunde en la detención al indiciado con otro o yerra en las circunstancias mismas que habrían legitimado la detención por flagrancia con relación al tipo de abuso de autoridad por privación ilegal de la libertad. Y (dudosamente) e) Cuando haya una colisión de deberes previstos en tipos penales contradictorios cuya ilegalidad el agente no puede resolver ni controlar: como cuando el médico dé datos (o se niegue a darlos) para la investigación de un delito después de ser requerido por la autoridad competente, cuyas circunstancias se enteró con motivo de la consulta siquiátrica del paciente con el cual está obligado al secreto profesional. (Encubrimiento por auxilio del artículo 320-IV del CPDF y revelación de secretos del artículo 213 del mismo CPDF con relación al artículo 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal.) Este último subgrupo es dudoso, porque si en esos casos falta un criterio que resuelva el concurso aparente de tipos, bien sea con base en el principio de especialidad o en el del fin del agente, ni tampoco dicha contradicción haya sido resuelta por la jurisprudencia, en realidad no se puede establecer cuál deber prevalece y si ese es el caso, se estará ya no ante un error de tipo sino de prohibición.

**2. Los errores sobre el alcance de la norma.** Por otra parte están los errores de prohibición —vencibles o invencibles— que sin incidir en circunstancias fácticas que constituyan yerros acerca de causas de justificación, ni tampoco constituyan errores de tipo, sí aparejan que no se aprecie el carácter injusto de la conducta o bien se ignore su alcance penal. Dentro de los cuales están los grupos siguientes:

---

<sup>630</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 703.



1) Cuando haya ignorancia de la persona acerca del deber que le incumbe y sin que ese deber sea elemento de un tipo penal doloso. Dentro de los cuales está también el incumplimiento del deber de cuidado en los delitos culposos, donde la persona omite cumplir un deber de cuidado creyendo que está dentro del marco de riesgo permitido, cuando en realidad objetivamente su conducta fue contraria al riesgo aprobado o al cuidado debido. Ejemplos: Dentro de los primeros, está el policía que cree auxiliar en la realización de un cateo que en realidad está simulado. Dentro de los segundos están el conductor que causa daños cuando creía que conducía a la velocidad permitida debido a una falla no conocible en el indicador electrónico de velocidad, cuando en realidad excedía la permitida por pocos kilómetros de más. El albacea que omite sustituir el cableado eléctrico de uno de los edificios del acervo hereditario, no obstante que expiró la vida útil reglamentaria de los cables —estableciendo la norma la obligación de que aquéllos se repusieran— cuando unas horas después de asumir el cargo ocurre un incendio con motivo de una falla de aquel tendido eléctrico que daña edificios vecinos.

2) Asimismo, cuando hay una falsa suposición, ya no de que hay un consentimiento válido, "expreso" o "tácito", de afectar la disponibilidad del bien y que excluye al tipo por falta de dolo, sino acerca de las condiciones en las que la ley permite la conducta por consentimiento "presunto". (Para las diferencias entre consentimiento "expreso", "tácito" y "presunto" ver el número VIII-E del Capítulo Décimo y el número XIII del Capítulo Décimo Quinto.) Por ejemplo: tan habrá error de tipo que incide sobre la lesión jurídica cuando el sujeto inicia un tatuaje creyendo que la persona consintió en él, porque así se lo informó falsamente el ayudante, cuando en realidad el tatuado creó someterse a un mero tratamiento de su piel, como también lo habrá cuando se creó que a quien se le tatuó sabe todas sus consecuencias, pues el autor piensa que su auxiliar se las explicó antes a aquél. Pero habrá error de prohibición cuando el médico al examinar el útero de la paciente inconsciente le practica un histerectomía con motivo de unos quistes que aparentan —y resultan— ser benignos, creyendo que aquella operación se justifica por la mera posibilidad de que la paciente contraiga luego cáncer y porque asume que ella estará de acuerdo con dicha extirpación dada su edad madura y su infertilidad. Lo mismo sucede en el caso del médico que al realizar una laparotomía de urgencia, le halla una hernia al accidentado que recibe inconsciente, cuya operación no era forzosa pero la cual también le corrige con la presunción de que en esas condiciones el titular hubiere consentido la injerencia. Y aunque en estos supuestos se está ante una causa de justificación putativa, toda vez que el error no incide sobre una apreciación distinta de las circunstancias fácticas, sino tan solo que éstas (sobre las que no hay error) dan pie a la permisión de la conducta que se creó lícita, no obstante que es injusta, es que al mismo se le hace formar filas junto a los errores de prohibición acerca de la ilicitud penal de la conducta que se realiza. Contra la postura que aquí se mantiene, Zaffaroni considera que los errores acerca del consentimiento válido, "expreso" o "tácito" y no solo acerca de las condiciones que dan pie al consentimiento "presunto", son yerros de prohibición, a menos que la ausencia de los primeros se exija o implique en el tenor del tipo penal del delito que se trate.<sup>931</sup> Sin embargo, la postura de Zaffaroni es consecuencia de su orientación "dualista" respecto al

---

<sup>931</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sloskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 702.

consentimiento como elemento del tipo y como excluyente de antijuridicidad, donde aquél sólo se da como causa de insubsunción típica en aquellos tipos penales en los que en su texto se exige o se deriva la falta del consentimiento del titular del bien jurídico o que la conducta se realice contra su voluntad. A diferencia de la postura "unitaria" que aquí se sostuvo, en el sentido de que cualquier caso de consentimiento válido del titular para que a su bien jurídico se le disponga por otro es causa de atipicidad por falta de lesión jurídica. (Ver al respecto el número VIII-D del Capítulo Décimo.)

**3)** Cuando el agente cree estar realizando una conducta fomentada por el derecho que en realidad éste prohíbe. Como el ejemplo que expone Zaffaroni: el exportar armas a favor del gobierno de un país que luego resulta que las usa en actos de terrorismo.<sup>932</sup> En éste caso, desde la perspectiva que aquí se sostuvo, el error no sería de tipo —aunque de lege ferenda debería serlo—, toda vez que ni la traición ni el terrorismo son delitos de resultado, en los que de haber sido realmente un riesgo permitido faltaría la imputación objetiva del resultado a la conducta.

**4)** Cuando se trate de un error de subsunción que incida sobre algún elemento normativo del tipo que aun cuando no excluye la conducta típica a la vez influya sobre una creencia equivocada del carácter penalmente injusto de la conducta que se realiza. Ejemplo: La persona creé que sólo tendría consecuencias penales la falsedad de lo que declare ante un juez y no así lo que diga ante un agente del Ministerio Público, si acaso prueba que éste en realidad no le hizo saber de aquellos efectos ni ella reparó en esa circunstancia al firmar el acta donde se hizo constar lo contrario.

**5)** Cuando se crea que se actúa en circunstancias que justificarían legalmente la conducta sin que en realidad la ley las prevea como causas de justificación (causas putativas de justificación.)

**6)** Y, finalmente, cuando por cualquier otra circunstancia la persona ignore o yerre sobre el carácter ilícito o penalmente ilícito de la conducta que realiza.

Sentadas esas premisas, cabe reiterar que habrá base para la culpabilidad tan cuando la persona conozca la ilicitud penal de su conducta, como cuando sin conocerla estuvo en condiciones de poderla conocer; de lo que se sigue que sólo se excluirá tal culpabilidad y el delito mismo cuando la persona no hubiere estado en condiciones razonables de poder conocer la ilicitud penal de su conducta (error invencible de prohibición) ni, por ende, le resultara exigible que hubiese actuado de otro modo. O dicho de otra manera: la culpabilidad en el última instancia consistirá en la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta y poderse conducir de otro modo.

Por lo que con base en lo anterior, ahora habrá que responder a estas preguntas: **Primera:** ¿Hay o no hay consecuencias jurídicas diversas cuando la persona sabe de la ilicitud penal de la conducta que realiza, de cuando no la sabe pero tiene posibilidad de conocerla? **Segunda:** ¿Será necesario —a los efectos de la culpabilidad penal— que el sujeto pueda conocer la relevancia penal de la conducta ilícita que realiza o bastaría

<sup>932</sup> Idem., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 703.

con que aquél pueda saber de su ilicitud, esto es, con independencia del relieve penal de tal conducta? Y por último **Tercera:** ¿Cuándo se puede afirmar que hay conocimiento efectivo o eventual de la ilicitud penal de la conducta? y en los casos donde falte dicho conocimiento ¿cuándo se puede sostener que a una persona le era razonablemente posible conocer tal ilicitud? Y con base en ello, ¿cuáles son entonces los parámetros con los que —ya conociendo la persona el hecho que realiza— se puede asumir si ella conoció o pudo conocer la ilicitud penal de su conducta?

**D. Los grados de la conciencia del injusto.** Respecto a la primera interrogante es conveniente destacar que es posible establecer grados de conciencia del injusto. Y ello es así porque la ley penal prevé consecuencias penales distintas cuando la persona actuó con conocimiento de la ilicitud penal de su conducta, de cuando no sabiendo de ella podía conocerla. De aquí que quepa hablar de dos grados de conciencia del injusto —relativos al carácter penalmente ilícito de la conducta— como primera categoría de la culpabilidad.

**1) El primer grado de conciencia del injusto** es el conocer la ilicitud penal de la conducta o el deber de cuidado que se infringe o representarse aquella ilicitud y actuar sin descartarla y sin que al respecto haya duda.

**2) El segundo grado de conciencia del injusto** es actuar cuando en el caso concreto no se conozca ni haya representación de la ilicitud penal —o deber de cuidado— pero sí haya la posibilidad razonable —en el CPF y el CPDF— o la fácil posibilidad —en el CPC— de conocer la prohibición penal o el deber de cuidado que se transgrede.

Lo anterior es como se indica porque así se desprende de la regulación del error de prohibición en los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF con relación, respectivamente, a los artículos 15-VIII-b)-IX y 29-VIII-b)-IX de los mismos ordenamientos, interpretados en sentido contrario; así como de los artículos 48, 49 y 51-I del CPC —por supuesto ajustando la interpretación de todos esos artículos al contexto de las garantías constitucionales como más adelante se verá—.

En efecto, los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF excluyen al delito cuando (...) *se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.* En tanto que los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF disponen en lo conducente que (...) *si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.* Y aunque esos artículos no definen cuándo es “vencible” el error, una pauta para ello se deduce de los mismos artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF que excluyen al delito cuando (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.* Por lo que, interpretadas esas fracciones en sentido contrario, se obtiene que habrá error vencible de prohibición *cuando había condiciones que racionalmente permitían al agente que conociera la ilicitud penal de su conducta.*

El CPC adopta postura similar aunque más completa. Así, además de prever la exigibilidad de una conducta conforme a la norma según otras circunstancias, el artículo 48-I del CPC señala que (...) *La conducta del agente es culpable si al realizarla: I. Conoce o existen condiciones razonables para que conozca con facilidad*

*la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete, o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente. Mientras que el artículo 51-I del CPC prevé que (...) La conducta es inculpable: Cuando se realiza bajo error invencible de prohibición. Existe error de prohibición cuando hay discrepancia entre el hecho y su representación por el agente, con relación a la ilicitud penal de su conducta; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es punible; o porque circunstancias objetivas lo motivan a creer que no es penal la ilicitud de su conducta; o le originan la creencia falsa que concurre causa que impide la lesión jurídica o que la permite. El error de prohibición es invencible cuando las condiciones personales del agente y circunstancias del caso, le impiden o dificultan superar su ignorancia o que advierta su falsa apreciación. Por último, el artículo 52 del CPC prevé el error vencible de prohibición, mismo que —al igual que en los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF— no excluye la culpabilidad pero sí la atenúa y, por lo tanto, da motivo a la reducción de la punibilidad legal del delito que se cometa, al disponer que (...) el error de prohibición —a que se refiere la fracción I del artículo 48— “será vencible si las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación, según corresponda. En tales casos, al agente se le impondrá desde tres días, hasta la mitad del máximo de prisión y multa, según el delito que cometa.*

De todo ello se colige —según el CPF, el CPDF y el CPC— que para que se configure la conciencia del injusto como primera categoría de la culpabilidad es preciso que la persona realice la acción u omisión conociendo o razonablemente pudiendo conocer la ilicitud penal de su conducta. Pero asimismo se desprende que la ley contempla una necesaria atenuación de la pena cuando el sujeto no sabía acerca de la ilicitud penal de su conducta pero cuya ilicitud penal sí pudo conocer en virtud de condiciones que racionalmente le permitían actuar con ese saber.

Conforme a lo visto, es necesario entonces que haga una precisión metodológica. Porque, según señala Nieto Martín,<sup>933</sup> en la mayoría de la doctrina alemana se considera a la llamada conciencia del injusto como un concepto incompatible con el error de prohibición vencible. Es decir, que en tanto se pueda afirmar que hay conciencia del injusto se configura la primera categoría de la culpabilidad sin que esta categoría se deba apoyar en un error de prohibición *aunque sea vencible. La cual es una cuestión que pertenece más a la exigibilidad que a la conciencia del injusto.* Esta solución obedece a un método lógico correcto, pues no parecería razonable hablar de conciencia del injusto en los casos en que no se conoce tal injusto aunque pudiese conocerse. Sin embargo esa objeción se salva si se tiene presente que la expresión “conciencia del injusto” se emplea convencionalmente tan para cuando se sabe de la ilicitud penal de la conducta como cuando a ella se le pudo conocer. Y, además, porque a final de cuentas para que exista la culpabilidad es suficiente con que haya la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta y de conducirse de otro modo, sin que sea necesario que aquella se conozca. Asimismo, de seguir aquella idea lógica (1) tampoco cabría hablar realmente de conciencia del injusto cuando al actuar exista representación del mismo sin realmente conocerlo y haya duda disipable, no obstante que la mayoría de la doctrina alemana se inclina a sostener que sí hay conciencia del injusto cuando la duda era superable. Y asimismo (2) tal postura pareciera pasar por alto que en todos los casos en que se discute un error de prohibición que fue *vencible* el tópico no es nada más que el sujeto se pudo conducir conforme a la norma, sino que se pudo conducir conforme a la norma

<sup>933</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho, un estudio sobre la vencibilidad del error*, op. cit., pp. 60 y ss.

precisamente «porque *pudo conocer la prohibición penal*». Así la concepción alemana que sin duda obedece a un método lógico correcto conlleva a que en los casos de error vencible de prohibición donde la conducta es culpable y punible no se pueda hablar de conciencia del injusto sino nada más de exigibilidad de otra conducta (la cual se corresponde con la segunda categoría de la culpabilidad.) Y al parecer tal postura también obedece a que en el Derecho Penal Alemán es potestativo no solo estimar que hay error de prohibición vencible, sino que también es potestativa la misma atenuación de pena por ese motivo. Igualmente, porque la doctrina alemana dominante estima suficiente con que se pueda conocer el carácter prohibido de la conducta que se realiza —con independencia de su relevancia penal— para que se excluya cualquier error de prohibición —vencible o invencible—. Reservando así los casos de error de prohibición a los supuestos negativos de la segunda categoría de la culpabilidad; esto es, a las causas de inexigibilidad o de no-responsabilidad por razones de prevención (temor fundado e inexigibilidad de otra conducta.) Y en este aspecto sí es innegable que el error vencible de prohibición atañe en última instancia a la exigibilidad de la conducta; esto es, al sustrato último de la culpabilidad que es “poder actuar de otro modo”. Más con ello se corre el riesgo de pasar por alto dos aspectos importantes cuando se trata de error vencible de prohibición: 1) Que en el error de prohibición que es “vencible” el poder actuar de otro modo depende precisamente de haber estado en condiciones razonables de conocer la ilicitud penal de la conducta. 2) Y, además, que aún en el caso de un error vencible de prohibición todavía es posible que no se haya estado en condiciones razonables de poder actuar de otro modo según otras circunstancias, como sucedería en virtud de un temor fundado inculpaible, por ejemplo.

Ahora bien, más allá de la conceptualización metodológica, ya se ha visto que las soluciones de la regulación legal alemana no se condicen en toda su extensión con las del Derecho Penal Mexicano. Al menos con la ordenación del error de prohibición en los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF y 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF; como tampoco con la de los artículos 48-I, 49, 51-I y 52 del CPC. *Toda vez que de esos artículos es de donde se desprende la “necesaria” atenuación de la pena cuando haya error vencible de prohibición —precisamente porque el agente no conocía de la ilicitud penal de la conducta que realizó, pero que sí pudo conocer en virtud de ciertas circunstancias que racionalmente se lo permitían, y donde de todas suertes puede haber culpabilidad.* Por lo que, asimismo, de aquellos artículos se deduce que la primera categoría de la culpabilidad —conciencia del injusto— puede tener dos grados: Donde el objeto del juicio de esos dos grados es precisamente el conocimiento del injusto. En el primero como conocimiento o representación efectiva. Y en el segundo como posible. **1) En el primer grado** —respecto del que se puede decir que existe una culpabilidad plena en su primera categoría—: ***el sujeto conoce o se representa el carácter penalmente prohibido de su conducta y actúa sin descartar tal representación y sin que al respecto exista duda.*** Y es claro que este grado de la primera categoría de la culpabilidad es incompatible con el error de prohibición y no admite la atenuación legal de la pena. **2) Pero en el segundo grado** de conciencia del injusto —en el cual se puede hablar de culpabilidad disminuida— ***se trata precisamente de un error vencible de prohibición:*** justamente porque dentro de sus supuestos se halla ***el que sujeto no hubiere conocido el carácter penalmente prohibido —o incluso la prohibición misma— de la conducta***

**que ejecutó, aunque si estuvo en condiciones de poderla conocer; o bien cuando sin conocerla sí se la representó con duda que pudo disipar fácilmente.** Casos en los que se mantiene la culpabilidad pero que a la vez motivan **necesariamente la atenuación punible de la conducta por aquél error vencible de prohibición** —artículos 66-in-fine del CPF, 83-párrafo-segundo del CPDF y 52 del CPC—. Y sin que aquél juicio amerite que ya se deba forzosamente punir a la persona, porque todavía resta por ver si acaso faltan o concurren otras circunstancias para decidir si al sujeto le era o no le era exigible conducirse de otro modo.

Y es que se debe tener presente que las desiguales consecuencias penales según **1)** el sujeto conozca la ilicitud penal de su conducta o se la represente sin que le surja duda, de cuando **2)** el sujeto no conozca tal ilicitud penal ni se la represente o representándosele le surja duda disipable, aparejan una diferencia sustancial en una punibilidad legal cuyo marco de referencia no es la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta, sino el conocimiento efectivo o la representación efectiva sin que haya habido duda acerca del carácter penalmente ilícito de la conducta realizada. Esto es, **los márgenes legales de la sanción privativa de la libertad para los delitos a los que el legislador les asigna esa clase de pena (que son la gran mayoría), parten del supuesto de que tales extremos de penalidad serán los aplicables porque la persona conocía la ilicitud penal de su conducta o se la representó sin que al respecto tuviera duda y pudo obrar de otro modo —y no porque simplemente la persona haya sido culpable en virtud de que “pudo” conocer la ilicitud penal de su conducta y obrar de otro modo—. Pues si la persona no sabía de la ilicitud penal de su conducta, pero pudo conocerla y obrar de otro modo, será a partir de la pauta de punibilidad señalada para quienes conocían de la ilicitud penal de su conducta o se la representaron sin tener duda, de la que se habrán de reducir forzosamente sus márgenes en la medida que la misma ley ya señala. De todo lo cual se desprende que la culpabilidad que el legislador tuvo en cuenta para asignar los márgenes legales de la pena de prisión para cada delito, no fue la de una culpabilidad “disminuida” en cuanto a la conciencia del injusto como su primera categoría, sino para una culpabilidad “plena” en esa primera categoría. De todo ello se desprende lo siguiente:**

Mientras que el conocimiento directo del injusto penal (al igual que el conocimiento eventual del mismo en cuanto una representación de su ilicitud penal sin que haya surgido duda —según se aclarará más adelante—) se enmarca dentro del primer grado de la culpabilidad en su primera categoría.

En el segundo grado de esa conciencia del injusto penal —y el cual también se enmarca en la primera categoría de la culpabilidad— la persona no sabe del injusto penal o sin saber a ciencia cierta de él sí se lo representa pero le surge duda y en cualquier caso que le era posible conocer con facilidad tal ilicitud —que son casos de error de prohibición vencible y, por ende, de una conducta que puede ser punible aunque de manera atenuada—.

Y aún así, tan el primero como en el segundo grado de conciencia del injusto no agotan todavía el objeto de la culpabilidad, ya que aún falta verificar si a la persona le era exigible actuar de otro modo según falten o concurren otras circunstancias.

En uno y otro grado de conciencia del injusto se cumple la primera categoría de la culpabilidad. Pero en tanto que en el primer grado se satisface plenamente la culpabilidad en su primera categoría. A su vez en el segundo grado esa categoría apareja a lo sumo un error de prohibición vencible y, por tanto, una culpabilidad disminuida y una pena legal atenuada. O dicho de otro modo: habrá error vencible —y por ende una culpabilidad disminuida, que amerita una atenuación legal de la pena— siempre que una persona no sepa de

la ilicitud penal de su conducta o no disipe la duda que al respecto le suscite su proceder, pudiendo hacerlo con facilidad o del mismo modo conocer tal ilicitud. El común denominador de todos los extremos de conciencia penal del injusto por error vencible —segundo grado— es que el sujeto al realizar la conducta *no sabía de su prohibición penal pero pudo con facilidad saber de ella*.

**E. El conocimiento de la trascendencia penal de la conducta.** Por lo que atañe al conocimiento efectivo o posible de la ilicitud penal de la conducta es irrelevante que el sujeto sepa o pueda saber que su conducta viola cierto orden religioso, moral o social. Las concepciones religiosas, morales o sociales del individuo acerca de su conducta son intrascendentes para decidir acerca de la conciencia del injusto, pues con independencia de ellas:

Lo que interesa es que la persona habiendo conocido las circunstancias fácticas —y valorativas en su caso— de la conducta típica que ejecutó, además, sabía o podía saber de su prohibición penal.

La libertad de creencia religiosa y de practicar los actos del culto respectivo está garantizada por el artículo 24 de nuestra Constitución, más sólo en la medida que los últimos “no se traduzcan en un delito o falta penados por la ley”. Lo que se confirma por el artículo 1º-párrafo-segundo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que dispone: *“Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”*. De esto surge el tema del delito de conciencia por convicción religiosa que dificulte actuar conforme con la ley; empero, este tópico se revela más bien como propio de la segunda categoría de la culpabilidad: la exigibilidad-responsabilidad, donde será tratado con más amplitud. Ejemplo: Se conduce con conocimiento del injusto quien sabe de su deber de asistencia y de las consecuencias penales de su omisión si deja morir al pequeño hijo lesionado por un animal bravo, aunque obre en acato a su fe religiosa de no interferir con los designios de Dios. Mas si concomitantemente a la conducta que realiza conforme a su fe religiosa, la persona ignora la trascendencia penal de aquella y no está en posibilidad razonable de conocer esa ilicitud: el problema ya no estribará en si la persona puede cometer delito cuando actúa en acato a su conciencia, sino en si es o no disculpable la conducta por la ignorancia de su ilicitud penal. O bien si la persona sabe o se representa la ilicitud de su conducta, pero ignora de su relevancia penal que pudo fácilmente conocer, ¿podrá al menos ser atenuable su conducta en razón de un error vencible de prohibición basado en aquel motivo? Por lo que cabe preguntar de todos modos:

¿Será necesario para la conciencia del injusto que el sujeto conozca o pueda conocer el carácter punible de su comportamiento? ¿O por el contrario, será suficiente con que sepa o pueda saber de su oposición al orden jurídico en general? O dicho de otro modo: ¿Merece el mismo marco de punición la persona que sabe o está en condiciones razonables de saber que su conducta es ilícita, civil o administrativamente, que aquella que sabe o puede conocer que su conducta está penalmente prohibida?

Nieto Martín observa que el conocimiento de la punibilidad carece de importancia práctica en el ordenamiento penal alemán. Ello se debe a que conforme a aquél es potestativa la atenuación de pena y la evitabilidad misma del error, aun dado éste. Pero Nieto Martín aduce con relación a España: (...) *la discusión es mucho más relevante para nuestro derecho penal, ya que los errores sobre la punibilidad, dan lugar siempre a*

alguna atenuación.<sup>834</sup> Lo mismo que sucede en el Derecho Penal Mexicano según ya se vio. Aún así Nieto Martín matiza su postura en el sentido de que: (...) *la diferencia valorativa esencial a efectos de merecimiento y necesidad de pena no se encuentra en la contraposición pena-resto de sanciones del ordenamiento jurídico, sino en las sanciones aflictivas-reparadoras. (...) sólo en el supuesto de sanciones aflictivas la norma jurídica está verdaderamente interesada en impedir a toda costa ese tipo de conductas antijurídicas. Por el contrario, en el supuesto de sanciones reparadoras, la pretensión de la norma es devolver la situación a su estado original.*<sup>835</sup> Con base en ello Nieto Martín niega que el error sobre la relevancia penal de la conducta pueda tener trascendencia para excluir la pena cuando el sujeto conozca que su conducta está conminada con una sanción aflictiva no penal, lo que sólo motivaría la atenuación de la pena. En otras palabras, Nieto Martín parece dar mérito a la ignorancia de la punibilidad de una conducta que se sabe está sancionada aflictivamente, sólo para que se atenúe la pena pero no para excluirla. A diferencia de Roxin quien asume una postura punitiva más amplia al conceder relevancia al error sólo cuando no se sabe que la conducta está prohibida, pues en caso contrario, es decir, cuando el sujeto sepa que su conducta está prohibida, aunque no supiese su índole penal se configuraría ya su conciencia del injusto y no habría error de prohibición ni siquiera vencible.<sup>836</sup> En efecto, Roxin se sitúa en la trinchera de quienes estiman que el error o ignorancia sobre el carácter penal de la prohibición es irrelevante cuando el sujeto sabe que su conducta está prohibida, para lo cual da dos razones. Porque —según él— (...) *el ciudadano corriente identifica casi siempre prohibición con prohibición penal y porque una vez que se conoce la prohibición de un comportamiento, ello debe ser suficiente para motivarse conforme a Derecho, en tanto que si aquello es conocido, el resto sólo son especulaciones sobre la mera impunidad que no merecen ninguna atenuación.*<sup>837</sup> A lo sumo, tan Roxin como Newman —según David Felip i Saborní— (...) *requieren sólo la valoración del hecho como merecedor de cualquier sanción legal, por lo que —según esto— sería intrascendente que el autor sólo estime que su conducta ameritará sanción civil para que se estime que se satisface la conciencia del injusto.*<sup>838</sup>

Ciertamente que, contra lo expuesto, está la opinión contraria —a la que me adhiero— en el sentido de que el juicio debe versar no solo con relación a la ilicitud de la conducta, sino, además, en función de su relevancia penal. En otras palabras, lo que el sujeto debe conocer o poder conocer es la prohibición penal de la conducta que realiza y no nada más que está prohibida. Y ello es así por las razones siguientes:

**Primera.** La misión del poder punitivo no es prevenir y castigar con pena todas las conductas ilícitas. Sino sólo y nada más la de prohibir conductas cuya ilicitud sea de tal gravedad que por ello se haga necesario conminarlas con penas. La conminación y el castigo de conductas ilícitas de otro orden se logran mediante la amenaza y la imposición de sanciones diversas a las penales. De no ser así se pasaría por alto el carácter subsidiario del poder punitivo y, por ende, el fin de la necesidad social de la pena, ampliándose sin medida su función preventiva. Ya que si la conminación penal se formula precisamente para motivar de manera enérgica

<sup>834</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*, op. cit., p. 101.

<sup>835</sup> *Idem.*, p. 102

<sup>836</sup> Adán Nieto Martín, *Idem.*, p. 103

<sup>837</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos*, op. cit. pp. 866 y ss

<sup>838</sup> A Newman y al propio Roxin los cita David Felip i Saborní, *Error iuris, el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Editorial Atefier, Barcelona, España, 2000, pp. 116 y ss., al igual que Adán Nieto Martín, en op. cit., pp. 98 y ss



al sujeto para que se conduzca conforme a Derecho ante lesiones especialmente graves a bienes jurídicos. Por ende, la norma prohibitiva penal, aunque válida aun cuando no se le conozca cuando ella se le desdobra en norma de "determinación-valoración", también tiene su restante función de ser una "norma motivadora": porque siempre tiene la misión de promover de manera especial que la conducta se ajuste a esa conminación penal, esto es, que el sujeto ajuste su conducta a la llamada de la "norma". Y a tal grado interesa al Derecho esa especial llamada de ajuste, que precisamente la enfatiza mediante la amenaza de pena sólo a quienes deban actuar para que se conformen a la conminación penal si es que conocían esa prohibición o pudieron conocerla. De aquí que devendría un contrasentido que luego se hiciera caso omiso de esa llamada de especial motivación de la norma penal, para sólo atender al conocimiento de la mera prohibición de la conducta, sin importar si la persona no sabía o no pudo saber acerca de su relevancia penal.

**Segunda.** El hecho de que es importante analizar la posibilidad de conocer esa relevancia penal se corrobora con la exigencia constitucional de la estricta legalidad de los delitos y de las penas que correspondan a esos delitos, por la que se deriva la exigencia de certeza de sus normas que radica en la claridad y precisión posibles de sus contenidos. A la cual también se le restaría parte de su sentido si luego para nada importara el conocimiento efectivo o posible del carácter punible del hecho; porque con ello se abatiría la función de motivación de la norma penal, la cual solo puede funcionar si el individuo está en condiciones de saber con certeza qué conductas se sancionan con pena, más aún cuando se trata del gobierno de la esfera de libertad de las personas, misma que sólo y nada más se les restringe si infringen específicamente la norma penal insita en el tipo y no alguna otra aunque sea prohibida por normas no-penales.

**Tercera.** A ello se le añade el consecuente argumento de que si las personas tienen un amplio marco de libertad dentro del cual se han de comportar responsablemente, sea precisamente por el carácter penal de la norma por el que las personas se motiven a actuar conforme a ella. En otras palabras, *las razones especiales que tuvo el legislador para prohibir penalmente una conducta, esto es, la especial cualificación del injusto penal hace necesario el conocimiento del injusto penal o al menos poderlo conocer.*

En el sentido apuntado, Adán Nieto Martín menciona a Schroeder como principal defensor de esa tesis en Alemania, quien sostiene que (...) *la pena no es una consecuencia jurídica más, sino que expresa un especial juicio de desaprobación sobre la conducta del sujeto, respecto del cual el sujeto ha de conocer o poder conocer, más aún cuando desde el punto de vista preventivo la pena carece de sentido para quien no conocía la punibilidad de su conducta.*<sup>239</sup> Postura a la que se afilia David Felip i Saborit en España, en tanto él sostiene, entre otros argumentos, que: (...) *La definición como delito de un hecho tiene un grave efecto estigmatizador de dicha conducta —y del propio autor— y abre las puertas a una intervención estatal de gran intensidad y de carácter altamente personal —no sólo mediante la pena sino también mediante el proceso—. Desde una perspectiva motivacional, todo ello no es un simple aditivo, un aspecto secundario, puramente accesorio que refuerza el carácter prohibido del hecho. Privar a la prohibición de todo ese contenido de sentido cuando un sujeto debe administrar racional y responsablemente su esfera de libertad personal es empobrecer la función*

---

<sup>239</sup> Schroeder citado por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*,..., op. cit.,

de motivación de la norma penal.<sup>940</sup> En igual línea de pensamiento se cita a Bacigalupo en la misma España. Adán Nieto Martín apunta que Bacigalupo menciona que a Hegel y a Kant les era suficiente el conocimiento de la ilicitud de la conducta, en virtud de que esa idea era oriunda del idealismo alemán que se asumió por el positivismo jurídico. Para ambos autores —dice Bacigalupo, según Nieto Martín—: (...) el saber que el hecho estaba castigado no podía tomarse en cuenta para fundar la obligación de acatar la norma. El simple conocimiento del deber es lo que determina su acatamiento por parte del hombre racional. El requerir el conocimiento de la amenaza de la pena —vendría a decir Hegel— supone equiparar al hombre como un perro al que se le asusta con un bastón. El ser racional no actúa de una forma determinada por miedo a la amenaza, sino simplemente porque conoce el deber. Mas este rechazo al conocimiento de la punibilidad que proviene de las teorías absolutas de la pena, supone para Bacigalupo una confusión entre Derecho y moral. Quizá en tiempos de Hegel y Kant, orden jurídico y moral se solapaban, por lo que podía derivarse el deber de cumplir con el Derecho del deber moral. Sin embargo este planteamiento no tiene cabida en la sociedad actual moralmente plural.<sup>941</sup> Pero Bacigalupo da un argumento más: el principio de legalidad. (...) El individuo no sólo debe saber desde el principio lo que está prohibido penalmente, sino también con qué pena se le amenaza. Lo que implica que el principio de legalidad requiere del conocimiento de la punibilidad para poder afirmar la culpabilidad.<sup>942</sup> Para concluir con el diverso argumento de prevención especial en el sentido de que: (...) Sólo se justificaría la intervención preventivo-especial del Estado frente a un autor que no sea capaz de reaccionar ante la amenaza de una pena.<sup>943</sup>

¿Más cuál es la solución correcta con apoyo en la legislación penal mexicana? Los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF disponen que el delito se excluye: (...) *Cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto «desconozca» la existencia de la ley o «el alcance de la misma».*<sup>944</sup> Por lo que es claro que el CPF y el CPDF para excluir el delito dan relevancia al error acerca del carácter de la conducta no sólo cuando al realizarla se ignore la existencia de la ley, sino también cuando se desconozca su "alcance". Ello significa que si un individuo cree que su conducta sólo motiva a que se le sancione civilmente cuando, además, su conducta merece pena, es evidente que el sujeto no sabe el verdadero "alcance" de su infracción y, sin embargo, conforme a la misma ley el sujeto ya se halla en un error de prohibición. E incluso que si tal error fue invencible ello dará motivo a que se excluya el delito. Por lo tanto, el hecho de que el CPF y el CPDF incluyan el no saber el alcance de la ley como un problema que apareja un error de prohibición que incluso puede ser invencible y que, por lo tanto, excluye al delito, es indicador cierto de que los mismos CPF y CPDF otorgan trascendencia al conocimiento del carácter "penal" de la prohibición para decidir la primera condición de la culpabilidad y sus efectos jurídicos.

Lo que conlleva a afirmar —de acuerdo con el CPF y el CPDF— que si el sujeto no sabe ni se representa sin duda que la conducta que realiza le merece pena, aunque sí sepa que le depara consecuencias jurídicas adversas de otro orden —no penales— de entrada amerita la existencia de un error de prohibición que se habrá tomar en cuenta y

<sup>940</sup> David Feip i Saborit, *Error iuris, el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Editorial Atefier, Barcelona, España, 2000, p. 116.

<sup>941</sup> Enrique Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, pp. 160-163, citado por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*, op. cit., p. 97.

<sup>942</sup> Enrique Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, pp. 168, citado por Adán Nieto Martín, op. cit., p. 97.

<sup>943</sup> Idem, op. cit., pp. 97 y 98.

<sup>944</sup> Las cursivas y los corchetes son míos.

frente al cual habrá que decidir si él fue invencible. Porque en caso contrario de todas suertes el error se mantiene y por ende será vencible y por lo tanto, aunque hay culpabilidad, la pena será atenuada.

Y sin que quepa excluir al error de prohibición con el argumento de que si hay conocimiento de la prohibición ya no puede haber confusión acerca de esa prohibición y menos cabría considerar si ella fue vencible o invencible. Porque con ello se elude el aspecto toral: el de saber acerca del alcance penal de la prohibición. Aquél criterio metodológico podrá ser válido de acuerdo al Derecho Penal Alemán, en el que la reducción de la pena por un error evitable es potestativa. Pero no lo es en el Derecho Penal Mexicano, *en el que desconocer el «alcance» de la ley se concibe precisamente en la propia ley penal dentro del mismo error de prohibición "invencible"*. De aquí que en el Derecho Penal Mexicano si el individuo desconoce el alcance penal de la conducta que realiza y él sabe prohibida, sin que tampoco él se represente sin duda ese carácter penal, a lo sumo se hace acreedor a una punibilidad atenuada si es que en el caso concreto el error fue "vencible" según lo prevén los artículos 66-in-fine del CPF y 83-párrafo-segundo del CPDF. *Pues si en el caso concreto el desconocimiento del alcance penal de la infracción es "invencible", aunque se conozca la prohibición, tal error opera como excluyente de delito.* A la misma conclusión se llega en el artículo 51-I del CPC, pues éste prevé que (...) *La conducta es inculpable por error invencible de prohibición...con relación a la ilicitud «penal»...; siempre y cuando la discrepancia obedezca a que el agente ignore que su conducta es «punible».*<sup>945</sup> Lo que se confirma con el artículo 48 del mismo CPC. Ya que ese artículo señala como primera condición para que la conducta del sujeto sea culpable: *que al realizarla aquél (...) conozca o existan condiciones razonables para que conozca con facilidad la ilicitud «penal» de la conducta o hecho que comete; o el deber de cuidado que transgrede al conducirse culposamente.*<sup>946</sup>

Por lo que la única excepción que hasta aquí cabría afirmar respecto a lo dicho, es cuando —con relación al CPC de manera expresa— el error se refiera a la trasgresión del deber de cuidado tratándose de delitos culposos. En los que no será necesario que el individuo sepa o pueda saber acerca de la relevancia penal de su conducta, sino sólo acerca de la trasgresión al deber de cuidado que motiva el daño. De la cual si no le es posible percatarse motiva la invencibilidad del error. Ejemplo: el forastero que por la noche y sin otros vehículos a la vista, conduce en un libramiento con exceso de velocidad sólo por pasar un área especial de velocidad restringida, volcándose su vehículo por aquel motivo originando daños a la carpeta asfáltica, más sin que aquél pudiera ver las señales que le indicaran la restricción de velocidad al estar derribadas y él mantenía en realidad la velocidad que se permite para el libramiento en general. Al respecto ya antes se señaló que la "culpa" como elemento «normativo» del "tipo penal culposo" se informa de la violación de un deber de cuidado a través de juicio ex-ante, que se formula de manera objetiva e imparcial de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y los demás baremos de la «culposidad» de ese tipo.<sup>947</sup> Lo cual es distinto a que el incumplimiento le sea reprochable al agente. Porque la culpabilidad en la realización de un tipo penal culposo se decide mediante un juicio "ex-post". Es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto «conocidas» por el autor o que él "pudo fácilmente conocer".

<sup>945</sup> Los corchetes son míos.

<sup>946</sup> Los corchetes son míos.

<sup>947</sup> Ver CAPÍTULO DÉCIMO, núm. III-D. La distinción entre la previsibilidad como indicador del tipo penal culposo y la previsibilidad como indicador de la culpabilidad.

Dicho en otras palabras, es diferente realizar una conducta por la cual «es previsible» un resultado, a realizarla cuando ese resultado «le» es fácilmente previsible al sujeto. Una cosa es, pues, que el resultado «sea previsible», lo cual se decide ex-ante; y otra la es, que «le sea fácilmente previsible» a quien lo causa, lo cual se decide ex-post. Por ejemplo, en un juicio «ex-ante» son normalmente «previsibles» los daños que se deriven mediante un alcance si el agente hace alto cuando maneja un coche sin sus luces preventivas traseras y por una vía pública. Sin embargo, si las luces fallan durante la marcha y sin que el sistema dé aviso alguno al conductor, lo que motiva el alcance cuando aquel frena, es claro que faltan las condiciones para que el agente se percate del desperfecto y, por ende, es obvio que en un juicio «ex-post» al agente no «le era fácilmente previsible» causar el daño que originó por aquél motivo. De esa forma, el agente habrá actuado culposamente y, sin embargo, inculpablemente. Así mismo, es normalmente «previsible» que se cause un daño a terceros si no se respeta la señal de alto de un cruceo cuya vía tangente es libre y preferente. Y si por ese motivo el agente causa daños que en ese caso eran «previsibles» se integrará el tipo penal culposo. Pero ello es distinto a que el agente se encuentre en condiciones de conocer el deber de cuidado al existir por su camil una señal visible de alto en el cruceo, colocada en lugar adecuado. Pues si así fuere, es claro que esas condiciones tan «le» hacían previsible causar daños si las desatendió, como «le» hacían posible evitarlos observando aquellas. El primer aspecto de la valoración constituye así fundamento para configurar el tipo penal culposo. El segundo es decisivo para sostener la «culpabilidad» del sujeto en el tipo penal culposo. Ya que si el sujeto no se encontró en condiciones de conocer el deber de cuidado o aquellas le dificultaban ese conocimiento porque un reflejo solar obstruyó de momento su visibilidad y le impidió percatarse de la señal de alto en el cruceo y transitaba por una arteria que era de libre circulación en las cuerdas anteriores, por ser foráneo no sabía que la tangente era dominante y ninguna otra circunstancia le indicara esa preferencia, aunque el tipo penal culposo se integre por ser normalmente «previsible» el resultado; de todas suertes la conducta se debe estimar «inculpable» dado que en el caso concreto al sujeto no «le» fue fácilmente previsible el resultado, y, por ende, ha de excluirse el delito. Así las cosas, en los delitos culposos será materia de la culpabilidad las circunstancias «conocidas» por el agente en el evento concreto o que en ese lance él «pudo fácilmente conocer» para derivar el deber de cuidado que viola, dentro de la cual está la de que aquél pueda prever el resultado dañoso por la forma en que actúa en el caso concreto. Porque sólo si en el caso concreto él conoció o él pudo conocer con facilidad el deber de cuidado, se le puede reprochar que no se ajustó a él para tratar de evitar el resultado dañoso que causó.

Por lo demás, a la luz del CPF, el CPDF y el CPC, no convencen las razones de Roxin para desestimar la necesidad de que el objeto del conocimiento del injusto en los delitos dolosos debiere ser la prohibición penal de la conducta y que para aquellos baste que el sujeto conozca o pueda conocer la mera prohibición de lo que hace o deja de hacer. En efecto, es evidente que si la persona sabe que su conducta está prohibida, ésta circunstancia le debiere motivar indagar acerca de la posible relevancia penal de su conducta, lo cual reduce el margen para que haya un error de prohibición invencible. Pero lo que no parece nada claro, es que el mero hecho de que una persona sepa que su conducta está prohibida implique «necesariamente» que sepa que está «penalmente» prohibida. Ni menos cabe sostener que el decidir lo contrario fuesen meras meditaciones

sin base real y sin que cupiera en lo absoluto el error ni la invencibilidad del mismo. Tampoco persuade el diverso criterio de Martín Nieto en el sentido de que si una persona sabe que su conducta amerita una sanción aflictiva pero ignora su relevancia penal, ello sea bastante para que se estime que aquella se encuentra en error de prohibición vencible. Con lo que se llegaría a la conclusión de que aquél dato a su vez imposibilitaría la invencibilidad del error y con ello predeterminaría necesariamente la punición, aunque atenuada.

Ello es como se indica, porque si bien es cierto que tan de los artículos 15-fracción VIII-inciso b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF con relación a los respectivos artículos 66-in-fine y 83-párrafo-segundo de los mismos códigos; así como del artículo 51-I del CPC con relación al artículo 52 del mismo código, se desprende que la ignorancia de la prohibición o de su relevancia penal, predetermina a lo sumo una pena atenuada, en virtud de que con ello ya se está dentro del supuesto legal del error de prohibición. Igual es verdad que el mero hecho de que se conozca la prohibición de la conducta no predetermina que el error siempre sea vencible y que nunca quepa la invencibilidad. *Porque es posible que el sujeto incurra en error de prohibición invencible cuando sepa la ilicitud de su conducta e ignore su relevancia penal. Ello sucederá así cuando la persona no haya estado en condiciones razonables de conocer esa relevancia penal. Sin que a este criterio se oponga —sino que más bien lo apoye— el tenor de la ley, tan del CPF y el CPDF, como del CPC, ya que estos códigos en los citados artículos conciben la posibilidad de un error invencible de prohibición cuando se conoce la prohibición pero se yerra en su "alcance".* Ejemplos: La madre con nula o insuficiente instrucción escolar y de muy escasos recursos económicos que por el consejo indebido de su abogado "pro-bono" o por la desatención del defensor de oficio, ignorante aquella de la trascendencia penal de su conducta y creyendo que sólo incumple una resolución judicial que dará origen a que se le multe y a que se use en su contra la fuerza pública que ella cree inminente, se lleva a sus menores hijos después de que se le notifica la sentencia ejecutoriada de divorcio que se pronunció en su contra como cónyuge culpable, condenándola a la pérdida de la patria potestad y conminándola para que entregue los chiquillos al actor quien provisionalmente se los había entregado el día y por el tiempo acordado por el juez (artículo 319 del CPC.) Los adúlteros que acuden, se divierten y pernactan en la misma habitación de un hotel concurrido por el medio social del cónyuge ofendido, previa la petición de éste, quién se halla en otro Estado del cual es originario. Haciéndoles acudir el ofendido con la falsa promesa de que firmará la demanda de divorcio voluntario y creyendo el infiel que con aquella conducta solo da lugar a una causal de divorcio, pues siempre ha vivido en diverso Estado donde el adulterio no es delito —según se lo había dicho su abogado al pedirle asesoría para el divorcio— y en el cual aquél contrajo matrimonio. La madre de la divorciada que vive en condiciones socio-culturales y económicas de marginación y roba dinero al cónyuge de su hija, con el objeto de cubrir las obligaciones alimentarias de él para con sus nietos, creyendo que tal conducta deja de ser delito porque hace posible el cumplimiento de obligaciones familiares, cuando el otro no las ha satisfecho por negligencia o mala fe. Esos casos son perfectamente posibles. Y en ellos es claro que los sujetos activos tenían conciencia cierta de la prohibición o de la ilicitud de su conducta, como también lo es que creían que no era punible. ¿Qué acaso por ese sólo hecho habría de desecharse la invencibilidad del error y punirse su conducta necesariamente aunque de manera atenuada, sin importar otras consideraciones?

No en mi concepto. Pues aunque es cierto que a ello se podría responder —de acuerdo con los argumentos de Nieto Martín y de los que en similar trinchera exponen Roxin y Newman— que al menos en el caso del cónyuge infiel no podría haber conciencia de una prohibición cuya infracción ameritara una sanción aflictiva sino sólo una reparadora —el divorcio necesario—, por lo que por ese motivo se podría admitir que hay error de prohibición. Y, asimismo, que en cualquiera de los casos apuntados falta todavía la diversa categoría de la exigibilidad-responsabilidad de la conducta para configurar la culpabilidad. Y que, por tanto, sería en esa categoría donde se examinarían los extremos de aquellos eventos, en la cual se podrían resolver algunos de ellos excluyendo al delito porque revelarían la falta de necesidad social de la pena. También lo es, que el decidir si la persona «pudo o no pudo conocer la prohibición penal» de la conducta es materia reservada —en el CPF, el CPDF y el CPC— a la primera categoría de la culpabilidad —conciencia del injusto penal— en tanto la valoración se hace respecto a si el sujeto conoció o pudo conocer la relevancia penal de su proceder (y no con relación a si pudo o no actuar de otro modo según otras circunstancias); sin perjuicio de que si esa categoría se afirma, ella no obste para enseguida examinar si por diversas consideraciones de exigibilidad-responsabilidad la persona deba o no deba responder con pena. Esto es, por ser la sanción racionalmente innecesaria por inexigibilidad de la conducta conforme a Derecho, según hayan faltado las condiciones razonables —diversas a la conciencia posible del injusto penal— para que el sujeto se condujese conforme a Derecho. Dígalo si no, cuando una persona realiza la conducta típica que sabe penalmente prohibida pero bajo la coacción de un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta de ver lesionado un bien propio de igual valor si no se allana a la conminación (artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-V del CPC.)

De todo ello se sigue que en el Derecho Penal mexicano es posible que la persona incurra en un error de prohibición invencible que excluya el delito aunque aquella sepa de la prohibición de su conducta si es que ignora o yerra acerca de su alcance penal por faltar las condiciones razonables para que se percatara de su error (que así deviene “invencible”.)

Tal como sucede en los dos primeros casos planteados, aunque quizás no en el último del robo del dinero para la alimentación de los nietos, sin que en éste evento se excluya la posibilidad de la exculpante por inexigibilidad según otras circunstancias y en la cual, además, la culpabilidad ya se halla de por sí atenuada debido al error vencible de prohibición. Ya que tan el conocimiento efectivo de la prohibición penal como la vencibilidad de un error de prohibición en ese caso —que reside en las condiciones razonables que hagan posible conocer la prohibición penal— fundan la primera categoría de la culpabilidad. La conciencia del injusto no solo se apoya pues en el conocimiento efectivo de la relevancia penal de la conducta, sino que también se puede apuntalar —aunque con una punibilidad legal atenuada— cuando el sujeto actúa sin saber de la ilicitud penal si es que razonablemente pudo conocer de la misma; aunque cabe todavía examinar si hubo la exigibilidad-responsabilidad del sujeto como segunda categoría de la culpabilidad, la que de faltar excluiría el delito. En tanto que la culpabilidad se conforma de ambas categorías y no sólo con una de ellas. Por lo que en el tercer caso enunciado, aunque fuese un error vencible de la prohibición penal, sí quedaría por verse si las condiciones del caso le hacían exigible otra conducta al autor y hay la necesidad racional de punirlo por robo.

En suma, de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC, la ignorancia de la relevancia penal de la conducta aunque se sepa ilícita o prohibida determina la existencia del error de prohibición y, por lo tanto, dentro de él hay que ver si tal error es o no es invencible. Más si dicho error es vencible sólo podrá fundar la punibilidad atenuada de acuerdo con los artículos 66-in-fine del CPF, 83-párrafo-segundo del CPDF y 52 del CPC, si es que, además, se cumple la diversa categoría de exigibilidad-responsabilidad de la culpabilidad.

Pues en el supuesto de error de prohibición invencible el delito se excluye de acuerdo con los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VIII-b) del CPDF y 51-I del CPC. Y sin que por ello se tenga que acudir a la diversa categoría de exigibilidad-responsabilidad para fundar la excluyente en la fracción IX —y no ya en la fracción VIII— de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF. Así como en la fracción VII —y no ya en la fracción I— del artículo 51 del CPC. Con lo cual cabe concluir que:

El «conocer» o «poder conocer» la «ilicitud penal» de la conducta es campo reservado a la conciencia del injusto penal como primera categoría de la culpabilidad. El conocer la ilicitud penal de la conducta conformará el primer grado de esa categoría de la culpabilidad. Mientras que el segundo grado de la misma categoría se conformará cuando no se conocía esa ilicitud penal pero se pudo conocer. Cuando el sujeto no conoce la relevancia penal de la conducta que realiza, aunque la sepa ilícita, el error de prohibición ya existe, mismo que puede ser vencible o invencible. Ello depende de las circunstancias razonables del caso por las que el sujeto pueda o no pueda conocer la prohibición penal. Tal error de prohibición será invencible cuando en el caso concreto faltan las condiciones razonables para enterarse de la relevancia penal de la conducta. Pero aún en el caso de que el error sea vencible, él no predetermina por sí la culpabilidad, pues falta por examinar si hay exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la misma culpabilidad penal. Por lo tanto, el yerro acerca de la relevancia penal de la conducta al configurar un error de prohibición sí predetermina al menos una atenuación de la punibilidad en virtud de tal yerro y sin perjuicio de que —aún si había las condiciones razonables por las que el sujeto podía conocer la ilicitud penal de su conducta— ello amerite la vencibilidad del error mas no necesariamente la culpabilidad del sujeto, para la cual se ha de examinar, además, la exigibilidad-responsabilidad de la conducta como una segunda categoría de la misma culpabilidad.

De todas suertes hay que tener presente los casos de errores de prohibición por ignorarse la simple ilicitud o prohibición de la conducta. En tales casos el sujeto no sabe siquiera que su conducta es ilícita o que está prohibida. Ello determina la existencia del error con mayor razón que cuando se sabe de esa ilicitud o prohibición pero se desconoce su alcance penal. Pero respecto de cualquier yerro también habrá que distinguir los eventos de aparentes errores de prohibición que en realidad son errores de tipo. En efecto:

La regla general parece ser que la ignorancia o el yerro acerca de la ilicitud de la conducta es un error de prohibición que afecta a la culpabilidad excluyendo al delito o atenuando la pena según la equivocación sea invencible o vencible. Pero las excepciones —que pueden ser muchas— se dan cuando el error incide en un elemento normativo específico de especial valoración o de desvalor del tipo penal o en el daño o el peligro al bien jurídico como elementos del mismo tipo penal, lo que convertirá al yerro en error de tipo, el cual si es necesariamente doloso el simple error ya excluirá el delito.

Ejemplo: será error de tipo y no un error de prohibición cuando el sujeto activo se apodere de la cosa que recién entregó al comprador, por creer que tiene "derecho" a ella, al considerarla todavía suya por no recibir, conforme a lo acordado, el pago inmediato del precio. Y ello es así, en virtud de que hay un motivo objetivo del error que es el impago que genera la creencia falsa de que todavía se conserva la propiedad de la cosa y uno de los aspectos en los que se yerra es un elemento normativo expreso en el tipo penal del robo ("sin derecho".) Como igual será error de tipo si una persona soltera yace con la amante ocasional en el domicilio de ésta, sin saber que es persona "casada" y, por lo tanto, desconociendo igualmente que 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 casada y en el domicilio conyugal de ella, sabiendo que da motivo a una causal de divorcio y

desconociendo la relevancia penal de su conducta, lo cual sería un error de prohibición con relación al delito de adulterio en Coahuila, pues en tal caso, el tipo penal de adulterio conforme al 327 del CPC no requiere de manera expresa del conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Lo expuesto se puede sintetizar diciendo que:

En los tipos penales dolosos que contengan elementos «normativos» expresos, el dolo se elimina por el error o la ignorancia sobre las circunstancias fácticas que dan lugar a aquellos elementos normativos o sobre la valoración misma de esos elementos, y, por lo tanto, evitan que la conducta sea típica; aunque para ello se atrape parte de lo que sería un error de prohibición y, por ende, a aspectos que de otro modo concernirían a la culpabilidad del sujeto.

No es ocioso recordar que el error de "prohibición" y el "error de tipo" tienen como género común que aparejan una discrepancia entre lo que se realiza y su representación por el agente. Pero su diferencia específica estriba en que en el "error de tipo" la divergencia se da porque la apreciación del hecho no corresponde con el que se realiza según la descripción legal del tipo, afectando al dolo. En tanto que en los errores de "prohibición" lo que se ignora o aprecia equivocadamente es el carácter "ilícito" o "prohibido" del hecho o su "alcance penal" y sin que esos caracteres estén incluidos en el mismo tipo, o la circunstancia por la que se cree erróneamente se deriva causa de justificación, afectando a la culpabilidad. Por lo tanto, el "error de tipo" excluye al dolo porque incide en alguno de los elementos del tipo, pero deja la posibilidad de la imputación penal cuando dicho error es vencible y el tipo admita la culpa. Pero si aquel error es invencible, excluirá la tipicidad del hecho. A su vez, el error de "prohibición" afecta a la culpabilidad. Pero deja intacto al dolo o a la culpa y —por ende— a la tipicidad. Así, dicho error de prohibición excluirá a la culpabilidad cuando sea "invencible". Pero ella se podrá mantener cuando aquel sea "vencible" y, además, haya exigibilidad-responsabilidad.

Tampoco está de más apuntar que para que se satisfaga el conocimiento del injusto penal como primera categoría de culpabilidad plena es preciso que el conocimiento por el autor del injusto penal se extienda a la totalidad de las normas que en el caso concreto viole.

Ello tiene importancia en tanto el sujeto debe saber la relevancia penal de las diversas normas que trasgrede en virtud de concurso ideal de delitos. Pues si el individuo sólo puede captar la relevancia penal de su conducta con relación a uno de los delitos concursantes, pero no así respecto del diverso hecho penalmente prohibido que la misma conducta origina, con relación a ese último hecho hay error de prohibición sobre el cual habrá de plantearse si fue o no fue vencible.

**F. Los parámetros para decidir la conciencia del injusto.** ¿Con base en qué se ha de establecer que el sujeto «conoció» o «pudo» saber de la prohibición penal (cuestión ésta última que de por sí ya apareja que hay error de prohibición?)

1) La naturaleza del delito por una parte, y por la otra, 2) las circunstancias que hayan concurrido en la realización del hecho y las condiciones personales del autor serán en tales casos —y en general en cualquier caso de error de prohibición— las fuentes a donde se habrá de acudir para resolver la cuestión planteada.

El artículo 52 del CPC —que regula al error de prohibición vencible— preceptúa que para ello se atenderá: ...a si (...) las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce le permiten advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación. Lo que se relaciona directamente con el artículo 48-I del mismo



código, el cual prevé que hay conciencia del injusto penal cuando al realizar la conducta: *“existen condiciones razonables para que el sujeto conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete”*. De esa manera el CPC incluye expresamente en el conocimiento del injusto a las normas que regulan el error de prohibición vencible, señalando con qué criterio se debe estimar que es vencible tal error: esto es, con base en *las condiciones personales del agente y circunstancias en que se conduce que le permitan advertir con facilidad su ignorancia o falsa apreciación*. En mi concepto tal regulación del CPC satisface mejor el principio de legalidad del artículo 14 C que la del CPF y el CPDF. Pues aquél pareciera quedar en entredicho en el CPF y el CPDF respecto a la regulación de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición. En efecto, mientras que los artículos 15-VIII-b) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF aluden al error de prohibición “invencible” y los artículos 66-in-fine y 83-párrafo-segundo de esos códigos se refieren al error de prohibición “vencible” que determina la atenuación de la pena; sin embargo, ningún artículo señala en qué consiste la *vencibilidad o invencibilidad* del error de prohibición. Ahora bien, ese vacío aparente se puede resolver acudiendo a los criterios de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF. Los cuales regulan la inexigibilidad o no-responsabilidad. Éstos dicen que el delito se excluye cuando (...) *atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho*. Por lo tanto, aunque la vencibilidad e invencibilidad de un error de prohibición corresponda decidirla dentro del examen de la primera categoría de la culpabilidad, dejando aparte otras condiciones que tuvieren que resolverse acerca de la exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la culpabilidad. Ello no obsta para que los indicadores con los que en el CPF y el CPDF se regule la falta de la segunda categoría de la culpabilidad, sirvan antes para decidir acerca de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición y, por ende, si existe o falta la primera categoría de la culpabilidad.

Y ello es así, porque una vez que se resuelve que hay error de prohibición por ignorarse la ilicitud penal de la conducta o sin conocerla se le representó, el quid estriba en decidir si el sujeto «pudo» o «no pudo» conocer de aquella según ciertas condiciones. En caso negativo el error es invencible y el delito se excluye. En caso afirmativo hay conciencia del injusto pero sólo en su segundo grado por error de prohibición vencible, donde a lo sumo la punibilidad será atenuada. *En estos extremos la invencibilidad y vencibilidad del error de prohibición son límites a la culpabilidad: La vencibilidad del error la atenúa, mientras que la invencibilidad la impide y excluye al delito.*

Ahora bien, a aquella «posibilidad» se le debe analizar en el caso concreto, de acuerdo con las circunstancias que concurren en la realización de la conducta ilícita a efecto de decidir tal realización. Mismas que han de colocar al sujeto en la posibilidad de que él conciere con facilidad el carácter penalmente prohibido de su conducta, para que así su error sea vencible y haya culpabilidad en su primera categoría aunque disminuida —segundo grado— pues de lo contrario —su error será invencible y— habrá inculpabilidad.

Todo ello apareja que en el análisis de las «condiciones razonables» por las que se asume que el individuo «conoció» o «pudo» conocer la prohibición penal de la conducta que realizó se debe hacer de acuerdo con ciertos parámetros que sean acordes con los principios de un estado de derecho. Lo cual implica, aunque parezca evidente, examinar el *“contexto de comunicación” de la norma prohibitiva penal en el caso concreto con la persona que le permitiera conducirse conforme a ella*. Por ende, tal “contexto de comunicación” conlleva atender: **1)** Por una parte, a la comunicabilidad de la norma penal según la «naturaleza» del delito e igualmente, en su caso, a la «claridad de la misma norma penal» concreta para ver la medida de su

comunicabilidad y poder resolver los eventos de cuando hubo duda de parte de la persona. 2) Y por la otra, a las condiciones de la persona y circunstancias del caso.

1) Toca primero resolver las cuestiones que se relacionan con la comunicabilidad de la norma. Así, Welzel destacó que en la mayor parte de las normas penales los comportamientos prohibidos representaban violaciones intolerables que se aprenden por la simple convivencia en sociedad y que todo el mundo conoce.<sup>948</sup> Por lo que solo cabría suponer su desconocimiento —según un expresivo término de Jakobs— (...) si el individuo proviene de una cultura "exótica".<sup>949</sup> La jurisprudencia española llama "delitos naturales" a esa constelación de normas penales, según lo relata Adán Nieto Martín.<sup>950</sup> Frente a los que se les contrapondría los que se denominarían "delitos artificiales". En esta línea de pensamiento —prosigue Welzel— hay otros tipos penales (...) *en los que la administración, el orden y la eficacia de la actividad del Estado constituyen el interés protegido. El merecimiento de pena es —en estos casos— obra exclusiva del Derecho.* En tales ámbitos, quién no conoce previamente la antijuricidad de su comportamiento sólo puede llegar a conocerla por medio de la información. (...) *sólo existirá un error evitable como consecuencia de la falta de información, si las concretas circunstancias del hecho proporcionaban al autor alguna razón para informarse.*<sup>951</sup>

En tal orden de ideas cabe preguntar ahora: ¿Hay otros criterios para decidir cuáles son los delitos artificiales y que Welzel llamó convencionales en contraposición a los no convencionales o "naturales"? Felip i Sabornit y Nieto Martín dan buena cuenta de los diferentes criterios que al respecto hay en la doctrina.<sup>952</sup> Ellos van desde aquella clasificación de delitos "naturales" y "artificiales", hasta la de Derecho Penal «nuclear» —en vez de delitos "naturales" o no convencionales— y Derecho Penal «accesorio» —en vez de delitos "artificiales o convencionales"—: encuadrando dentro del primero a los delitos que prevé el código penal y dentro del segundo a los que prevén las leyes especiales. Pasando por aquellos otros que también excluyen del Derecho Penal «nuclear» a los delitos de los códigos penales que tengan alguna estructura típica complicada o su conocimiento no esté bien difundido en el público. O sólo incluyendo como delitos "naturales" o de Derecho Penal «nuclear» a los delitos contra los bienes de las personas en lo individual y a aquellas otras normas penales cuya razón de ser cualquier persona bien intencionada comprende. O bien se trate de ciertos comportamientos que se correspondan con los que todo el mundo conoce como estereotipos de injustos penales. Esto es, que se trate de comportamientos estereotipados como penalmente injustos, fácilmente identificables como tales en un caso concreto. Quedando como delitos "artificiales o convencionales" o como parte del Derecho Penal «accesorio» todos lo que no enmarquen en aquellas concepciones.

No hay pues un criterio definitivo y quizá no tendría porque haberlo. Pero lo que si parece claro es que hay ciertos delitos que todo mundo identifica como tales —homicidio, lesiones, robo, secuestro, violación, etc.— no solo en su nombre sino por su forma y materia de realización en un caso concreto ordinario y en los que para

---

<sup>948</sup> Cit. por Adán Nieto Martín, en *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., pp. 116 y ss.

<sup>949</sup> Cit. por Adán Nieto Martín, *Idem*.

<sup>950</sup> Adán Nieto Martín, op. cit., pp. 80 y ss.

<sup>951</sup> Welzel, cit. por Adán Nieto Martín, en op. cit., p. 117.

<sup>952</sup> David Felip i Sabornit, *Error iuris, el conocimiento de la antijuricidad...*, op. cit., pp. 110 y ss., y Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho...*, op. cit., pp. 98 y ss.

cualquier persona resulta evidente que la conducta ya es en sí gravemente lesiva de bienes jurídicos y la cual se sanciona penalmente. Mientras que hay otros delitos cuya regulación legal es abierta e indeterminada o bien es opaca o embrollada, o bien su aplicación es poco común o su conocimiento poco difundido o muy especializado o sin que en los casos concretos sea evidente en qué ha de consistir la conducta lesiva al bien jurídico cuya consecuencia se aprecie como forzosamente penal, esto es, que conlleve a la afectación de la libertad personal de quien los realiza; o bien aquellos en los que falta un criterio que clarifique su redacción típica laxa, o incluso respecto de los que hay criterios contradictorios. Y en los que a veces también se incluyen a ciertos delitos «naturales» en circunstancias extraordinarias. Y es que un signo distintivo del poder punitivo en la actualidad es la profusión de supuestos legales punibles donde el recurso a la banalidad en la descripción de las conductas que se estiman punibles es nota casi constante. Con este fenómeno de multiplicación de tipos penales difusos, no por azar la ley penal ha ganado una gran cuota de falta de transparencia. Hace tiempo que quedó atrás el paradigma del iluminismo que abogó por una ley penal tan clara en la descripción de los delitos que cualquiera pudiese conocerlos, para dar paso a normas punitivas que no sólo muy pocos conocen, sino que incluso los técnicos en Derecho Penal tienen serias dificultades para desentrañar su exacto contenido. Por ende:

En el primer grupo de delitos llamados "naturales", "no convencionales" o del Derecho Penal "nuclear" o con un claro estereotipo social del injusto penal, que estén bien difundidos o donde sea evidente e indiscutible la gravedad de la conducta y de la lesión jurídica por la realización de la conducta en sí, será difícil aceptar siquiera un error de prohibición que resida en la ignorancia de la trascendencia penal de la conducta, salvo los casos en que la situación fáctica aparente una causa de justificación o concurra una circunstancia extraordinaria en la situación particular que favorezca confusión.

La problemática de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición por déficit de comunicación de la norma se centra así en el segundo grupo de delitos cuando ellos mismos o las circunstancias en que se den generen confusión acerca de su contenido real o presionen motivacionalmente a tomar una decisión. Frente a estos casos se alza precisamente una teoría del error que en respeto al principio de culpabilidad se erige en valladar ante pretensiones irracionales del poder punitivo, especialmente cuando éste hace inextricable o difícilmente conocible la normación penal legislativa. Ahora bien, respecto de ese grupo y según el criterio de Welzel, si en el caso concreto falta algún motivo razonable por el cual el autor habría de informarse acerca de su conducta a realizar, habrá error de prohibición invencible. Ese criterio parece aportar una respuesta satisfactoria. Y sin embargo, no lo es del todo. Pues deja sin contestación las interrogantes siguientes:

¿Con qué criterio de debe fijar aquel motivo? Es decir, en cuanto a que si falta un motivo razonable por el cual el autor habría de informarse acerca de su conducta a realizar se daría un error de prohibición invencible. ¿Será desde el punto de vista de que el motivo sea reconocido por el autor o será suficiente que sea identificable objetivamente? De ser así, ¿con qué baremos objetivos se ha de establecer dicho motivo?

Welzel pretendió resolver estos planteamientos atendiendo a la medida de apreciación ético-social de la persona. A la cual se le criticó su confusión entre Derecho y moral y a que en muchas ocasiones la conciencia del ser humano puede ser la precisa fuente del error. Lo que llevaría o bien a la impunidad o bien a castigar al sujeto por no compartir el sano sentimiento del pueblo, esto es, por no pensar como los demás. Lo cual atenta contra las aspiraciones de un estado de derecho. Asimismo, es claro que un criterio puramente psicológico parecería conllevar el riesgo de favorecer a los despreocupados que ni siquiera se representaren la posibilidad

de actuar contra Derecho, frente aquellas personas escrupulosas por conocer el Derecho respecto al caso concreto. Más por otra parte, un criterio normativo puro que se funde sólo en razones de necesidad de prevención —aunque ayuda a resolver los defectos de la postura psicologista— entra al terreno de lo puramente conceptual y pasa por alto que la motivación personal y las condiciones del autor en el caso concreto son decisivas para evitar las generalizaciones a que puede conducir el análisis estrictamente objetivo-normativo-general y que atentaría contra el principio mismo de igualdad. Por ende, en mi opinión:

Se debe atender a un criterio mixto que conduzca a un juicio heterónomo para decidir acerca de la vencibilidad o invencibilidad del error. Para ello sigo en parte los pasos que aconseja Rudolphi —según los menciona Nieto Martín—, quien se basa en la capacidad individual del autor y en su concreta capacidad de conocer la ilicitud penal de su conducta, a los cuales yo complementaré con los baremos de si aquella es posible de conocer según la situación personal del autor y la del caso concreto.

Por lo que aquellos pasos consisten en los siguientes:

**a) El primer paso** es atender a la complejidad misma de la norma de prohibición en el caso concreto con relación a la formación del autor, su ambiente familiar, posición social, etc., a efecto de saber la capacidad de aquél para auto-deducir la ilicitud penal de su conducta en esa situación específica. Si de acuerdo con ello se llega a la conclusión que no le era posible al autor aprehender la prohibición penal de su conducta, habrá que darse el paso siguiente.

**b) El segundo paso:** Que consiste en atender a si el agente tuvo motivo para captar la seria posibilidad de aquella prohibición penal y resolver la conducta conforme a la norma a través de la información adecuada, salvo que aún habiendo ese motivo para informarse (duda no descartada acerca de la punibilidad de la conducta) de todos modos la situación particular en que se encontraba el autor le impidiera o dificultara recabar esa información antes de realizar la conducta.

Un ejemplo de situaciones particulares que dificultaban recabar información adecuada antes de realizar la conducta, fueron los errores al tomar los carriles para declarar impuestos en los puentes internacionales México-E.U.A. (Y sólo en el supuesto que ello no diere lugar a un error de tipo en caso de que éste contemple o implique necesariamente al elemento normativo.) En efecto, fue de sobra conocida —debido a la información visible pero ambigua al menos hasta el año de 2000— la ignorancia o la confusión frecuente que se daba en los viajeros respecto a los carriles vehiculares terrestres de no-declaración y de declaración de impuestos al llegar a algunas garitas aduanales, inmediatamente después de cruzar los puentes internacionales en la frontera E.U.A.-México, más aún cuando —todavía ahora— esa información al venir de E.U.A. no se advierte en algunas de ellas sino pocos metros antes de poder saber cuál carril tomar en un vehículo en movimiento necesario, a menos que el conductor se detuviese y paralizara el mismo flujo vehicular —lo que de hecho sucede para poder tomar el carril correcto—.

Pero hay que insistir en que, además de esas causas que impiden o dificultan recabar información suficiente —antes de la acción— para la "vencibilidad del error" también es parvo sostener la posibilidad genérica y objetiva del autor para informarse, *sino que es preciso que haya un motivo para ello*. Esto es, por el que al autor le surja una duda que él mismo no descarte. *Toda vez que no hay porque atribuirle culpabilidad a la persona si ella y según su situación personal —y no según la persona "promedio" a menos que se intente responsabilizar por la conducta de otros— no tuvo algún motivo especial por el que evaluara que su conducta sería penalmente ilícita*. Si se desestima este punto de vista, entonces se estaría fundando la culpabilidad en el azar y no ya en una decisión responsable en virtud de un motivo especial que le hiciera surgir duda acerca de la eventual punibilidad de su conducta y que debió haberle impulsado a recabar información en virtud —precisamente— de la trascendencia penal que podría tener su conducta.

Y ello es así, en virtud de que todo individuo posee en todo momento la posibilidad para actuar en una o en otra dirección. Por lo que si no hay un motivo serio por el que al autor le asalte la duda de lo penalmente antijurídico de su actuar, no hay porque entrar a examinar luego si esa duda era disipable. Ante esto cabría argüir el riesgo de favorecer al apático frente aquellas personas diligentes para conocer el Derecho. Sin embargo, ese argumento también tiene su coste de libertad. Dice Nieto Martín citando a Rudolphi, que ese criterio: (...) *exige del ciudadano gastar gran parte de sus energías en comprobar que absolutamente todos sus comportamientos son conformes con el ordenamiento jurídico.*<sup>953</sup> Por lo que si en el caso concreto no resulta evidente la gravedad en sí de la conducta, un criterio preventivo de aquella naturaleza se construiría a cargo de la libertad de las personas y de la máxima de que aquellas, a diferencia de la autoridad, pueden hacer todo lo que no está expresamente prohibido, si es que precisamente la prohibición no es clara en el evento particular; dándose así prevalencia al principio *error juris nocet y no al de culpabilidad que rige en el Derecho Penal y que se basa en el derecho general de libertad de acción reconocido por nuestra C.* Sin que quepa hablar aquí —metodológicamente— que el hecho mismo de que previamente se afirme la existencia del dolo en sede del tipo penal, indicaría ya el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta. Porque un criterio así pasaría por alto que el dolo solo alcanza al daño o al peligro al bien jurídico y no la ofensa al Derecho y menos el de que esa ofensa sea penalmente relevante. Por ende, es el tipo que indica «objetivamente» la antijuridicidad, pero el dolo no tiene porque comprender a aquella necesariamente en toda su extensión, menos cuando para la conciencia de la antijuridicidad como relevante para la culpabilidad es preciso que aquella sea de un injusto penal y no nada más de un injusto.

**3) El tercer paso** consiste en la posible y fácil disipabilidad de la duda si acaso hubo algún motivo que hiciere dudar a la persona acerca de la relevancia penal que podría tener su conducta. Tal examen debe hacerse primero a la luz del principio de certeza que se deriva de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C. Porque el error será invencible si la normación legal es incierta y hubo duda acerca de su contenido y ella fue descartada por el sujeto a favor de una conducta no punible en virtud de una razón atendible —por ejemplo el consejo erróneo del abogado sin que hubiere opiniones contrarias autorizadas que se le hubieren dado preventivamente—. Como también será invencible cuando a la persona no le hubiere sido posible disiparla aún con la información adecuada, dada la complejidad e imprecisión de la norma y no haya criterios judiciales definidos por autoridad competente o incluso porque habiendo ya criterios autorizados —aunque fuese de órganos judiciales de primera instancia— éstos no se hubieren difundido en vías al fácil alcance del sujeto o aquellos fueren contradictorios.

En efecto, se violaría el ámbito de libertad de las personas en cuanto a su posibilidad de autodeterminarse responsablemente en la esfera social, si se les atribuyese culpabilidad cuando en un caso concreto no tengan siquiera posibilidades razonables dentro de su ámbito de libertad de conocer la norma prohibitiva del injusto penal. Si esto es así, entonces se ha de atender a las posibilidades reales y efectivas de comunicación que haya entre el autor y la norma. Y si no fuere así, entonces el Estado que se manifiesta a través de su poder punitivo, ¿qué acaso no sería un Estado indigno de propugnar la resocialización, cuando impusiera la pena para una educación de qué? ¿De su propia incapacidad de comunicar la norma, por la cual ahora educa a través de un juego sucio o al menos injusto por su implícita contradicción? Asimismo, se pasaría por alto el principio de certeza que deriva de la garantía de legalidad y a las mismas exigencias constitucionales de seguridad jurídica si no se diera relevancia alguna a las opiniones judiciales; a la difusión de las normas en

---

<sup>953</sup> Citado por Adán Nieto Martín, op. cit., p. 134.

delitos no estereotipados socialmente; o cuando aquellas sean difíciles de determinar en el caso concreto debido al carácter abierto y eminentemente normativo del supuesto legal del hecho punible, así como a las opiniones de los abogados —como sujetos autorizados por el Estado para ejercer el Derecho— cuando estas instancias fueren incapaces de resolver con facilidad el déficit de comunicación de la norma confusa e incluso, más allá de ello, cuando el mismo Estado no difunde bien la norma penal artificial o tolera conductas que él mismo no persigue pero que pune de aquella manera. Ejemplos: La tolerancia y posterior legalización de la tenencia de los famosos carros "chocolate" —importados sin pagar impuestos o poseídos sin regularizar su tenencia— en México, es clara muestra de una permisividad estatal que fácilmente conduce al error de prohibición. El carácter eminentemente normativo y abierto del tipo penal de peculado que dificulta sobremanera determinar en muchos casos la relevancia típica-penal de la conducta, como sucedió en el caso PEMEX donde aún cuando la acusación admitió la legalidad de los convenios en que hace consistir la conducta de peculado, aquella alegó que supuestamente habría faltado su ajuste a ciertas normas imprecisas y también abiertas ínsitas en manuales y lineamientos relativos al presupuesto e incluso a otros aspectos internos de carácter administrativo distintos al objeto del presupuesto. Bien señala Nieto Martín, (...) que la pena se imponga en un contexto de comunicación entre Estado y ciudadano, consigue, además, que no sea percibida como acto caprichoso y arbitrario del más fuerte. Lo que, a su vez, es imprescindible para que tenga sentido el fin resocializador de la pena. La respuesta punitiva debe operar únicamente sobre sujetos que se encuentren en condiciones de advertir el desvalor del hecho realizado, pues de otro modo, se menoscabaría el grado de confianza necesaria ante ciudadano y poder punitivo, que constituye una premisa de la disponibilidad del interno a aceptar un procedimiento reeducativo. Si el Estado no «juega limpio» en la imposición de la pena, decrece indudablemente su autoridad y credibilidad para exigir del recluso que lleve una vida sin delito.<sup>654</sup>

Roxin dice que la culpabilidad hay que entenderla cuando al sujeto en el momento del hecho (...) le eran «asequibles» posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma.<sup>655</sup> Las cuales a la vez sustentan en la capacidad psíquica de control del sujeto según el momento y las condiciones del hecho. Para ello, aun cuando Roxin se declara agnóstico del libre albedrío porque no se puede probar, declara: (...) la libertad es una aserción normativa respecto de la cual no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas —dice Roxin— no sienta la absurda máxima de que todas las personas son realmente iguales, sino que ordena que todos los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.<sup>656</sup> Ello sólo se puede lograr sanamente en mi opinión, si la misma ley y luego el juez atienden precisamente no sólo a las circunstancias del caso, sino, además, a las condiciones personales, por y ante las que actuó el sujeto. Y reconocen las inherentes desiguales condiciones entre cada persona y las disímiles circunstancias de cada caso. A efecto de decidir la actitud del sujeto frente a la prohibición penal de la conducta que realizó sólo si con «facilidad» según sus condiciones personales y circunstancias del caso, el sujeto podía saber la prohibición penal de su conducta que él se representó; y, por lo tanto, que le era «asequible» conducirse conforme a derecho. Caso en el que la culpabilidad del mismo se

---

<sup>654</sup> Adán Nieto Martín, op. cit., p. 36

<sup>655</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, op. cit., p. 807.

<sup>656</sup> *Idem*, p. 808

debe afirmar aunque sea en el segundo grado de la primera categoría de aquella, es decir, por error de prohibición vencible si es que aquél no sabía de la ilicitud penal de su conducta.

**G. Los modos de la conciencia de lo injusto: La conciencia directa y eventual del injusto y su coincidencia y diferencias con el primer y el segundo grado de conciencia del injusto.** La conciencia del injusto penal puede ser directa o eventual. El primer modo es claro que se corresponde con el primer grado de conciencia del injusto y se da cuando se sabe del injusto penal al realizar la conducta. Y es importante precisar que es innecesario que haya una correspondencia intelectual exacta entre el conocimiento de la prohibición penal de la conducta y la clase y medida legal de la pena. Sucede aquí lo mismo que con el dolo, en tanto que es suficiente un conocimiento en la esfera paralelo del profano. El individuo debe saber que esa clase de conducta le apareja consecuencias adversas de orden penal, esto es, que su conducta le depara la exigencia de que se le restrinja o prive de su libertad con una pena. Pero para que sea plena la primera categoría o componente de la culpabilidad también se habla que es suficiente el conocimiento eventual del injusto, como segundo modo de la conciencia plena del injusto. A primera impresión se podría decir que ese conocimiento eventual que satisfaga el primer grado de conciencia del injusto sin que se pueda hablar de error de prohibición existiría cuando el sujeto actúe representándose la prohibición penal de su conducta pero sin saber a ciencia cierta si está prohibida penalmente. Empero, tal noción amerita acotaciones. Porque es claro que habrá conciencia eventual del injusto penal cuando sin saber de la prohibición penal a ciencia cierta el sujeto actúa bajo esa representación sin que tenga duda de ella o teniéndola no haya algún motivo especial por el que la haga a un lado, ni dé preponderancia a la situación contraria ni se vea impulsado a actuar. Pero —en mi opinión— *sería incorrecto también estimar que hay conciencia eventual del injusto penal en los cuatro casos siguientes:*

- a) Cuando el sujeto por algún motivo especial desecha la representación del carácter penal de su conducta.
- b) Cuando el sujeto da preponderancia a la situación contraria, esto es, de que su conducta es lícita.
- c) Cuando el sujeto tenga duda y ésta sea irresoluble.
- d) Y cuando sin que la duda sea irresoluble, el sujeto no la disipe por presiones motivacionales de la situación concreta.

La diferencia es trascendente en cuanto a los distintos efectos jurídico-penales que apareja. Porque en el primer grupo de casos —conciencia eventual del injusto penal que el sujeto no descarta o descarta sin motivo— se estará ante una culpabilidad plena en su primera categoría (primer grado de conciencia del injusto.) Sin que por ello se amerite una atenuación legal de la pena. Mientras que en el segundo grupo de cuatro supuestos —(a) conciencia eventual del injusto penal que el sujeto razonablemente descarta (b) o de manera razonable asume la posición contraria (c) o cuando la duda es irresoluble (d) o las presiones del caso le dificulten disiparla antes de su acción—: se estará de ordinario ante un error de prohibición invencible y sólo en ciertos casos ante una culpabilidad disminuida (segundo grado de conciencia del injusto) en esa primera categoría, debido a que hay error vencible o evitable de prohibición, mismo que amerita punibilidad atenuada.

En efecto, no cabe hablar de conocimiento eventual del injusto penal ni, por tanto, menos aún de conciencia plena de ese injusto en los supuestos en que **a)** la persona actúa sin saber la relevancia penal de su conducta, o bien no la sabe a ciencia cierta y descarta esa relevancia penal por algún motivo especial y razonable (opinión de un abogado por ejemplo.) **b)** Como tampoco cabe hablar de aquella conciencia plena sin más, cuando la persona actúe sin apartar la duda pero estimando razonablemente que lo más posible es que su conducta no tenga relevancia penal, **c)** o bien la duda sea irresoluble. Ello sin contar las diversas situaciones **d)** en las que al sujeto no le sea posible disipar la incertidumbre dadas las circunstancias del caso; o mejor dicho, no le sea posible desecharla por presiones motivacionales derivadas de la situación concreta que den lugar al error de prohibición invencible debido a esa presión.

Justamente, la doctrina coincide en sostener que las normas penales siempre tienen una pretensión motivadora: La de orientar las conductas de las personas conforme a la norma. Por ende, tal pretensión motivadora presupone la claridad de la norma debido al principio de certeza que se deriva de la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas. Y es que sería insostenible la postura de que en cualquier caso debiere regir la máxima "ante la duda abstente", apoyada en el argumento de que la norma obliga una vez que se publica. De esta manera, el criterio formal podría aducir que desde el momento que el Estado publica la norma penal en su órgano oficial de información y aquella inicia su vigencia, la misma obliga y ya debe suponerse su conocimiento.

Mas si así fuere, surgen de inmediato los reparos siguientes:

**1)** Ningún sentido tuviese hablar de un error de prohibición desde la perspectiva de la posibilidad de comunicación de la norma, pues la mera publicación de la norma evitaría por sí un error de prohibición por suponerse siempre conocida. **2)** De sostenerse una posición así se estaría pasando por alto a la misma ley penal, debido a que es ésta la que prevé al error de prohibición invencible en los artículos 15-VIII-b) del CPF, 29-VII-b) del CPDF y 51-I del CPC bien sea porque se desconozca la existencia de la ley o bien porque se *yerra sobre el alcance de la misma*. **3)** Y la solución no es así de sencilla y arbitraria, que, de sostenerse, implicaría el inicio de un «juego sucio» por parte del Estado. Porque no se trata nada más de los casos de ignorancia de la ley penal, dentro de los que caben diversas situaciones, sino que también se trata de los eventos de equivocación de la relevancia penal de la situación por la imprecisión misma de la norma penal, la cual de por sí ya se aparta de las exigencias de seguridad jurídica del artículo 14 C., bien sea porque el supuesto de hecho de la norma sea —indebidamente— "abierto" o estando en "blanco" se completa con otras regulaciones confusas o que admiten múltiples interpretaciones y que inciden en que el mismo hecho podría ser lícito o ilícito o tener o no tener relieve penal según cada interpretación. Lo que puede empeorar cuando ninguna de esas interpretaciones esté definida como la correcta por el órgano facultado para ello. Y más todavía, cuando de haberse definido una interpretación jurisprudencial, es posible que el mismo órgano cambie luego su criterio y que en medio de uno y otro criterio el sujeto se decide de acuerdo con la primera interpretación y según la cual su conducta no habría tenido alcance penal. **4)** En todos esos casos en realidad ya no se trata —apunta Zaffaroni—: (...) de supuestos de duda del autor del hecho, sino [de] supuestos de duda del derecho mismo, o mejor aún, no son [meras] dudas del agente sino de sus jueces<sup>957</sup> [y que se originan por la falta de certeza de la misma ley penal]. **5)** Por lo demás, el pretender fundar la inevitabilidad del error de

---

<sup>957</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 897.



prohibición en la obligación de conocer la ley, lo que se presume por su publicación, como apuntó con certeza Armin Kauffmann: (...) en realidad, al autor se le está formulando un reproche no por el injusto que ha cometido (la realización del hecho típico), sino por la violación de la obligación de informarse para conocer la conformidad de su comportamiento con el Derecho.<sup>958</sup> 6) A esa objeción se le añade la que formula Nieto Marín, en el sentido de que: (...) En el plano político criminal la existencia de una obligación general de conocer las normas jurídicas podría criticársele que no es conforme con el espíritu pro libertate que informa al Estado de derecho, en cuanto forma de gobierno donde los ciudadanos han de tener el máximo de libertad posible y donde la prohibición de una conducta constituye una excepción y no la regla.<sup>959</sup> 7) Y es que en realidad, como Zaffaroni señala con acierto: (...) Si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de sus conductas antes de su realización, el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia, al imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no puede ejercerse poder punitivo. Una vez descartada la regla error juris nocet —por su abierta violación al principio de culpabilidad— nada altera estas premisas generales de la culpabilidad cuando la inexigibilidad corresponde a error, lo que da lugar a los errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes.<sup>960</sup> De esa manera el criterio formal hay que contrastarlo con los límites que se derivan del estado de derecho y según cada caso concreto.

Así, la duda en sí misma puede ser indisipable en virtud de una vulneración del principio de legalidad. Es decir, por infracción legislativa del principio de certeza debido a un tipo penal en blanco o abierto de tal modo que el déficit comunicacional de la norma imposibilite saber con precisión —aun con la asesoría jurídica— si determinada conducta lo actualiza.

Por otra parte, así como es nítido que hay error de tipo cuando existe aparente claridad en el tipo si es que sus elementos normativos conducen a situaciones confusas y difíciles de delimitar en el caso concreto que den lugar a que el sujeto yerre con relación a la valoración de alguno de ellos. Ejemplo: La calidad del "domicilio conyugal" de la habitación del hotel donde vacacionan los casados si uno de ellos yace ahí con otra persona que no es su cónyuge creyendo que aquella habitación no es un "domicilio conyugal". También es igual de claro que cuando el error no verse sobre la apreciación de los mismos elementos normativos del tipo penal, sino que aquél consista en que —aun con la consulta jurídica— no se pueda saber con certeza si la concreta conducta está penalmente prohibida porque el tipo penal es confuso o abierto y sin criterios judiciales definidos que lo aclaren o ellos son contradictorios. ¿Qué acaso en esos supuestos a la persona se le debe hacer responsable de la existencia de la duda y sin que ello signifique trastocar la garantía de legalidad estricta que está a cargo del legislador, para imponerle una parálisis conductual al sujeto que también atenta contra su garantía de libertad general de acción que se deriva de la misma C.? ¿Con qué fundamento se le habría de hacer responsable a la persona de la situación de incertidumbre que el mismo legislador origina? Se podría decir que si existen dudas es porque hay indicios suficientes de antijuridicidad, que darían lugar a un supuesto deber de abstención. Esto puede ser cierto y aún así, de existir suficientes indicios de antijuridicidad

<sup>958</sup> Armin Kauffmann, cit., por Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*,..., op. cit., p. 110.

<sup>959</sup> Adán Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho*,..., op. cit., p. 111.

<sup>960</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 693.

advertibles por el sujeto, no por ello ya habría una culpabilidad plena en su primera categoría y sólo podría fundarse a lo sumo un error vencible de prohibición, mismo que también está condicionado a que la duda hubiese sido realmente disipable, porque —como señala Zaffaroni— (...) *no hay nada que justifique el reproche para el que no hizo algún esfuerzo, cuando de haberlo realizado hubiese sido igualmente inútil.*

Esto es, la misma incertidumbre de la norma que da pie a la duda no fácilmente disipable excluye el conocimiento eventual del injusto penal y funda el error de prohibición invencible, pues sólo será vencible si acaso esa duda —basada en indicios de antijuridicidad— pudo ser expeditamente disipada por la persona. Mas es el caso que en éste último evento ya no se está ante una culpabilidad plena en su primera categoría, sino se está ante grado menor de esa primera categoría, en el que sólo podrá fundarse a lo sumo una culpabilidad disminuida por error de prohibición vencible.

De tal suerte que sólo es factible la conciencia eventual del injusto penal que se ajuste al grado de culpabilidad plena en su primera categoría, cuando sin presiones motivacionales el sujeto actúa sin conocer la prohibición penal que sí se representa y sin que exista un contexto de déficit comunicacional de la norma ni haya descartado la duda por un motivo razonable. Esto es, cuando el sujeto la podía resolver con la consulta adecuada y racionalmente posible de obtener por el sujeto según sus circunstancias y las del caso concreto, debido a que (a) faltaren circunstancias presionantes de la conducta que eligió, (2) al igual que a la certeza objetiva que legalmente brinde la norma o su interpretación ya definida por órgano competente.

Más en los casos en que el sujeto en realidad no sepa a ciencia cierta de la relevancia penal de su conducta ni esta se pueda resolver con facilidad debido a una falta u oquedad del legislador, el ponerlas a cargo del particular implicaría trastocar sus garantías de legalidad y libertad y a la vez dejarlas al arbitrio del Estado. Por esos motivos, entre otros, en esos casos la culpabilidad en su primera categoría sólo podría ser a lo sumo disminuida por error de prohibición vencible si acaso la duda era fácilmente disipable con una opinión experta a la cual el sujeto podía acudir sin mayor problema. Como igualmente se estará ante un error de prohibición invencible, si acaso el sujeto actuó desechando razonablemente la representación o sin desecharla dio preponderancia a la posibilidad contraria (como sería el caso de haber acudido al consejo de abogados que le orientaron en tal sentido o no le orientaron de manera completa); o bien sin aún disipar la duda actuó por factores circunstanciales de presión en el caso concreto (como en el caso de la madre marginada que se lleva a sus menores hijos creyendo que sólo desatiende la sentencia civil de divorcio que la condena a la pérdida de la patria potestad, si acaso cree inminente el uso de la fuerza pública para que entregue de los menores y por ser fin de semana no puede acudir a la consulta del defensor público y de quien de hecho recibió casi nula asistencia durante el juicio.) O de quien por la premura del tráfico rodado y cerrado que impulsa al sujeto continuar por el carril que antes equivocó en algún puente internacional, pensando que tal error sólo motivará la aclaración al aduanal con relación a artículos que lleva a la vista o en la cajuela del carro y de los que él iba a pagar el impuesto cuyas notas de compra trae a la mano. En suma:

Sólo se estará ante una culpabilidad plena en su primera categoría, cuando al actuar el sujeto sabe de la prohibición penal de su conducta o sin tener noticia exacta de aquella sí se la representa sin descartarla y sin que exista un contexto de déficit comunicacional de la norma. Pues cuando el sujeto actúe sin saber de la prohibición, o habiéndosela representado por algún motivo atendible no la pudo disipar o bien la hubiere excluido o le hubiere dado preponderancia a la situación contraria, aquél habrá actuado bajo un error de prohibición del cual restará por ver si fue invencible o vencible.

Normalmente el error será invencible cuando exista un contexto de déficit comunicacional de la norma que sea irresoluble o cuando sin ser ese el caso, es razonable el motivo por el que la persona descartó la duda o bien es

razonable la motivación situacional que, a la vez que le impulsa a actuar, igual le dificulta disipar la duda o aún sin esos motivos de presión le hubiere sido muy difícil disiparla.

Como se ha visto hasta aquí, en el Derecho Penal Mexicano:

El juicio sobre la conciencia del injusto penal de la conducta para una culpabilidad disminuida en su primera categoría, en última instancia descansa: En las circunstancias que concurran en la realización de la conducta que razonablemente le hagan posible al sujeto conocer la prohibición penal —o le facilitaban ese conocimiento—.

Y ello es así conforme se deduce de los sendos artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF interpretados en sentido contrario con relación a la fracción VIII-b) de esos artículos. Tal como se consigna de manera expresa en el artículo 48 del CPC que alude a si *"...existen condiciones razonables para que el sujeto conozca con facilidad la ilicitud penal de la conducta o hecho que comete"*.

## — VII —

### **La exigibilidad-responsabilidad y las causas que la excluyen**

Para afirmar que alguien se motivó contra Derecho pudiendo actuar de otro modo es insuficiente con que se establezca que conocía o pudo fácilmente conocer la ilicitud penal de su conducta. Es preciso, además, que en el caso concreto y según sus condiciones personales al agente le fuere racionalmente exigible actuar de otro modo, esto es, se hubiere podido determinar conforme a la norma.

El criterio para formular lo anterior es eminentemente —pero no solo— normativo y funda a la exigibilidad-responsabilidad como segunda categoría de la culpabilidad. *Sin embargo, en tanto no concurra alguna causa que haga jurídicamente inexigible la conducta o por la que sea evidente que falta la necesidad social de la pena y asentada la primera categoría de la culpabilidad, ésta se deberá afirmar según el ámbito de autodeterminación que se presupone para cada persona, con base en las circunstancias del caso y de la misma persona que permitan valorar que aquella tuvo margen razonable de elegir. De aquí que no se tenga que probar la inexistencia de esas causas de inexigibilidad como condición para sostener la culpabilidad. Porque una vez acreditadas las condiciones objetivas y subjetivas para afirmar la conciencia del injusto y en las que se realizó ese injusto, es suficiente con que falten las demás causas de inexigibilidad para que se emita el juicio de la culpabilidad del agente o bien no concurra alguna causa que opere como excusa absolutoria por faltar en el caso concreto la necesidad racional de punir. (Ver al respecto el número III de este capítulo, relativo a la prueba de la culpabilidad.)*

**A. Las causas de inexigibilidad de otra conducta.** Ciertamente el error invencible de prohibición es causa de inexigibilidad de otra conducta por falta de conciencia del injusto. Pero asimismo, entre otras causas, se cuentan el estado de necesidad inculpable y el temor fundado inculpable, que son excluyentes de delito que se manifiestan como contrapartes de la exigibilidad-responsabilidad. Mas también caben muchas otras causas, desde el estado de necesidad y el temor fundado putativos, hasta todos aquellos casos en los que —como dicen los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF—: *"atentas las circunstancias que concurran en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho."* Por lo que ya habiéndonos ocupado del error invencible de prohibición, cabe ocuparse en su orden de las restantes.

**1. El estado de necesidad y el temor fundado disculpantes.** Cabe señalar que el artículo 51-IV del CPC prevé el estado de necesidad inculpable para los casos en que es imperioso que se lesione un bien jurídico para salvar otro con igual valor de un peligro real y que sea actual o inminente, sin que se pueda exigir razonablemente otra conducta, salvo cuando el agente ocasiona con dolo el peligro o que el mismo sea evitable por otros medios. Los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF prevén esa causa de inculpabilidad junto con el estado de necesidad justificante y agregan la condición —genérica— de que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro. Mientras que el indicado artículo 51-IV del CPC la prevé sin dicha condición y aparte de dicho estado de necesidad justificante. (Ver al respecto el número X-A del capítulo anterior.)

Ahora bien, la situación de peligro puede obedecer a un hecho natural o humano e incluso puede deberse al mismo sujeto que obra al amparo de la eximente; sin embargo, para que la misma opere en favor del agente que realiza la acción salvadora es necesario que él no haya dado pie de manera dolosa a la situación por la que peligra el bien; por lo tanto y según esto: ¿sería posible que aquél hubiese originado el peligro en forma culposa y ampararse en el estado de necesidad disculpante?. La respuesta afirmativa parece sugerirla el mismo texto legal de las eximentes en el CPF, el CPDF y el CPC, que sólo limitan la necesidad cuando el peligro se hubiere causado dolosamente; empero, a esa solución cabría reparar respecto al CPF y el CPDF que si el mismo agente originó el riesgo, le surgiría entonces el deber de actuar para salvar el bien que él colocó en peligro y no la mera opción para preferir, por ejemplo, el propio bien en detrimento del otro. Aún así, la solución no es tan sencilla, porque en el estado de necesidad inculpable operan motivos —no acepados ni queridos— que constriñen la voluntad del sujeto y le restan libertad de autodeterminación. Lo que conlleva que aún en esos casos haya un límite a la exigibilidad de actuar en cierto sentido (y que incluso va más allá de los casos en los que el agente origina con culpa el riesgo), como se verá más adelante.

Igualmente, la ley no limita la calidad de quien actúe para la salvaguarda del bien, por lo que es innecesario que aquél sea el titular del bien que se salva. Asimismo, cualquier bien jurídico puede estar en peligro y ser objeto de la acción salvadora; al igual que cualquier bien jurídico puede ser lesionado para aquél efecto, ya que la ley no tasa los bienes jurídicos que estén amenazados ni aquellos que se lesionan para evitar el daño. La única condición al respecto es la igualdad ponderada de la valía de los bienes. Las condiciones son, pues, la necesidad de la acción salvadora en virtud de que no haya otro medio menos perjudicial y que el daño se irroque a un bien con igual ponderación valorativa que el que se salva, además de que al peligro no se le dé pie dolosamente. Dentro de tales extremos, las condiciones del estado de necesidad disculpante parecen incluir en esencia los mismos límites que se prevén para el estado de necesidad justificante. Los que en sustancia se circunscriben a la "necesidad razonable" de suprimir un bien jurídico para salvaguardar otro que se decide proteger. Los contrastes principales estriban en (1) el conocimiento efectivo del mal que realmente amenace y en (2) el valor jurídico del bien. En efecto, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde el peligro se decide ex-ante y con independencia del conocimiento del mismo por parte del agente, en el de carácter disculpante es preciso tanto que el agente conozca el peligro para el bien, como que éste sea real. Ello conlleva a que se inconfigure el estado de necesidad disculpante tan cuando el agente actúe sin saber del peligro, como cuando el peligro resulte ser irreal, mas sin que esto último obste para que se disculpe la

conducta si acaso hubo un error invencible acerca del mal que la motivó, evento en el se estará ante un estado de necesidad putativo aunque también disculpante. Por otra parte, mientras que en el estado de necesidad justificante se suprime a un bien de menor valor ponderativo que el que se salva, en el estado de necesidad inculpable se suprime un bien de igual valía y para ponderar el valor de los bienes son válidos los parámetros que ya se señalaron para el estado de necesidad justificante. La razón de que cuando existe igual valía de los bienes no se justifique la conducta que daña a uno para salvar el otro, estriba precisamente en que si para Derecho los bienes tienen igual peso no hay argumento para preferir uno en detrimento del otro; empero, el Derecho sí exculpa la conducta, ya que —salvo un deber especial— en esos casos no se le puede exigir al sujeto que se abstenga de intervenir o que prefiera alguno de los bienes en especial en demérito del otro. Se trata de una decisión estrictamente personal, que sólo el sujeto puede tomar y acerca de la que el Derecho no le puede exigir al sujeto que la tome en un sentido o en otro o que no la tome.

Más de ello también se sigue que es inexacto que el estado de necesidad disculpante no pueda amparar nunca a quien tenga un deber especial de afrontar el peligro. Ello queda claro en el artículo 51-IV del CPC que regula a dicho estado de necesidad sin incluir tal condición, a diferencia de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF que la consignan genéricamente sin distinguir entre los estados de necesidad justificante y disculpante. Sin embargo, a diferencia del estado de necesidad justificante, donde a quien le incumbe un deber jurídico expreso para afrontar el peligro no puede ampararse en la necesidad de actuar contra el deber para salvar el bien de menor valía o simplemente no actuar, en el estado de necesidad disculpante —como bien señala Zaffaroni—: "...nadie queda fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, pues siempre hay un límite a la exigibilidad de afrontar un riesgo".<sup>961</sup> Lo anterior se explica porque la razón de fondo para la exculpación reside en que el estado de peligro que amenaza a bienes de igual valor reduce el ámbito de libre autodeterminación del sujeto a grado tal que torna inexigible otra conducta. Por ello, aún para quienes —con base en la letra de los artículos 15-VIII del CPF y 29-VIII del CPDF— sostengan que el estado de necesidad disculpante no ampara a quien tenga el deber de afrontar el peligro, han de reconocer —de acuerdo con la razón especial para la exculpación en esa eximente y tomando el ejemplo que da Zaffaroni—: que aunque en la epidemia de una enfermedad contagiosa y peligrosa para la vida, a cualquier ciudadano le bastará justificar su abstención de ayudar a atender a los enfermos con base en su miedo al contagio, y que aún cuando el mero temor sería insuficiente para disculpar la inhibición de un médico que labore en un hospital público, si acaso es casi segura su muerte de brindar la asistencia al tratarse de un virus desconocido que da pie a esas consecuencias, el mismo galeno puede entonces plantear validamente ese dilema para su exculpación, o la disyuntiva de auxiliar a los demás o dejar que su esposa y sus hijos mueran por falta de ayuda. Y todo ello aún cuando él mismo hubiere manejado con descuido la probeta donde se aislaba el virus, dando lugar a que éste escapara hacia el contagio. La solución en estos casos de deberes especiales es de toda suerte dudosa como casos de estados de necesidad disculpantes, como también en muchos eventos penderá de la meticulosa ponderación el determinar la valía de los bienes que pudiesen estar en peligro a efecto de determinar si se está ante un estado de necesidad justificante o

---

<sup>961</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 716.

inculpable. Sin embargo, aún en el supuesto de que en aquellos eventos no se configurase un estado de necesidad inculpable con base en las fracciones VIII de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, de todos modos cabe sostener la inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta con base en la diversa eximente de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF, que excluyen el delito si: *"atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*.

En su turno, el artículo 51-fracción V del CPC prevé el caso de la inexigibilidad de otra conducta por temor fundado, al disponer que la conducta es inculpable *"cuando el agente se allana a ejecutar una conducta típica bajo el influjo de temor, que se funde en un mal real y grave que sea actual o inminente, o de realización razonablemente cierta"*. Hipótesis de la que se deriva que el constreñimiento psicológico afecta los elementos volitivos y axiológicos de la culpabilidad; esto es, el estado coactivo constriñe el ámbito de libre autodeterminación del sujeto que vuelve inexigible su conducta. Por lo tanto, la reprochabilidad de la conducta desaparece por la coacción o amenaza de un peligro grave que obliga al sujeto a allanarse a ejecutar el injusto. Dicho peligro ha de ser grave y puede ser actual, inminente o de realización razonablemente cierta. Debiéndose aclarar aquí que en realidad el temor fundado no es sino un caso especial de estado de necesidad que bien puede justificar la conducta o bien sólo disculparla: lo cual depende de la ponderación de los bienes, pues si el bien que se pretende salvar en virtud de la amenaza es de mayor valor ponderativo que el que se lesiona con el allanamiento típico forzado, se estará ante una causa que justifica la conducta por estado de necesidad, más si el que se daña es de igual valía que el que peligra en virtud de la coacción, se estará ante un temor fundado inculpable, donde la misma ley asume que es razonablemente inexigible una conducta conforme a derecho, toda vez que las mismas condiciones de coacción impiden hablar de una decisión libre. Y aunque el referido temor fundado no aparece ya en el CPF ni el CPDF, ello no debe causar extrañeza, porque esos casos de todas suertes se comprenden por los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al disponer que el delito se excluye cuando: *"atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*. Por último, es posible la autoría o complicidad inculpable por estado de necesidad coactivo. Esto es, las causas de inculpabilidad sólo benefician en quien concurren, pero ello no quitan la posibilidad —de acuerdo con la tesis de la accesoriadad limitada— que se dé una autoría típica y antijurídica pero disculpante, donde continúan siendo punibles las conductas de los cómplices, o bien donde el autor realice el injusto de manera culpable, mientras que los cómplices —o algunos de ellos— actúen inculpablemente. Sin pasar por alto que el coaccionado por otro en realidad actúa como mero instrumento inculpable al no elegir libremente. Y sin embargo, él actúa típicamente como autor que puede cometer la conducta de manera antijurídica, pero inculpable. Aún así, el único autor —mediato— cuya conducta es punible, es el sujeto de detrás que coacciona.

**2. El error acerca del estado de necesidad y el temor fundado disculpantes.** En el terreno de las causas de inexigibilidad también entran en juego los errores sobre la existencia del estado de necesidad y los motivos del temor fundado. Ya que se debe recordar que a diferencia de las causas de justificación, en esas eximentes tan es necesario que el agente conozca el peligro que amenaza, como igualmente es menester que

dicho peligro sea real. De tal manera que si acaso el agente actúa dentro de los márgenes de la exculpante, pero sin darse cuenta del peligro, la lesión que cause aquél no quedará amparada por la eximente. Mas cuando el agente actúe con una falsa representación del peligro que amenaza y el yerro es invencible, el mismo motiva la exculpación, ya no por el estado de necesidad o temor fundados exculpantes, sino por el error invencible acerca de los motivos de esas causales. Son ejemplos de errores sobre circunstancias expresas de inexigibilidad jurídica de la conducta (por estado de necesidad y temor fundado disculpantes): el de quien al advertir humo y escuchar el grito de fuego, daña la puerta ajena para salvar un objeto de su propiedad de igual valla ponderativa que se encuentra en la casa que cree se incendia en una de sus habitaciones, debido a una falsa alarma. El médico que practica un aborto para salvar a la madre, en virtud de los síntomas de la paciente y que luego confirma una computadora, cuando en realidad la madre no corría peligro de muerte y el error se motivó principalmente por una falla del programa computacional. Quien se allana a la coacción de que es objeto con una pistola simulada para que dé muerte a otro porque en su defecto el mismo coaccionado morirá. En estos casos de errores de inexigibilidad —los que de manera expresa regula el CPC— al igual que en las causas reales de temor fundado inculpable y estado de necesidad inculpable, el sujeto puede saber que la conducta que realiza es de ordinario penalmente ilícita. Su conducta es, además, típica y objetivamente antijurídica. Pero el sujeto cree errónea e invenciblemente actuar en circunstancias que le vuelven inexigible otra conducta. Y en las que la propia ley estima en sus artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC, que no se le puede exigir a aquél que actué conforme a Derecho. Por ende, su conducta es inculpable de acuerdo con esos artículos.

**3. Otras causas de inexigibilidad (referencia especial a la objeción de conciencia.)** Sin embargo, hay otra categoría difusa —diversa a las anteriores—: en las que conforme al Derecho Penal vigente puede considerarse innecesaria la pena. Esto es, aun sin que haya temor fundado, ni estado de necesidad inculpable, ni error invencible sobre la existencia de esas causas o acerca de alguna causa de justificación. Ello es así, debido a los amplios márgenes de las fracciones IX de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF, así como de la fracción V del artículo 51 del CPC —y los que en última instancia motivan una excusa absolutoria “inespecífica” por faltar en el caso concreto la necesidad racional de la pena según se verá en el apartado siguiente—. Pero que también pueden considerarse dentro de la causal de inexigibilidad que prevén los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC. ¿Cómo cuáles? Pensemos en el exceso minúsculo en la defensa con base justificante, donde la repulsión de la agresión se extiende unos instantes después de que ésta cesa. O bien en los casos de quienes se defiendan actúen también por el miedo originado por la agresión injusta, mismo que no les impide su imputabilidad pero que sí la disminuye e impulsa su acción de repulsa apenas más allá de la estrictamente necesaria o cuando debido al estado emocional en que se encuentra el atacado ilegalmente, confunde como agresor a un tercero ajeno a la agresión o cuando se ve precisado a rechazar la agresión del primero sabiendo que también es muy posible que lesione —como lo hace— al rehén que es sujetado por el agresor. Imaginemos, asimismo, los daños que se causan en virtud de una reacción de miedo ante una catástrofe y sin que aquél miedo llegue a convertirse en pánico que impida la imputabilidad. Pensemos también en las conductas omisivas derivadas de motivos de profunda conciencia religiosa —garantizada en la Constitución con la libertad de credos— que penetra a la total personalidad del autor que no brinda auxilio al

pequeño hijo para que se le pueda intervenir quirúrgicamente porque las intervenciones quirúrgicas son contrarias a la religión del omiso; o cuando ese individuo por iguales motivos de profunda conciencia religiosa se niega a prestar un servicio público que la ley le impone como obligatorio y cuya omisión prohíbe con pena. El chofer asalariado, con poca instrucción escolar, en condiciones económicas apremiantes, con una esposa enferma y con muchos hijos dependientes de él que apenas les alcanza el jornal para comer y comprar algunas de las medicinas, que causa daños sabiendo de los defectos mecánicos del vehículo que motivaron aquellos; pero quien con la esperanza de que el desperfecto —que era leve— no originara algún percance, toda vez que se vio obligado a trabajar con motivo de la amenaza del patrón de su despido inmediato si no lo hacía aún en esas condiciones.

En esta mirada es preciso detenernos un momento en aquellos casos de objeción de conciencia, especialmente por motivos religiosos. En efecto, la regla general es que las concepciones religiosas, morales o sociales del individuo acerca de su conducta, por sí son intrascendentes para excluir la conciencia del injusto, pues con independencia de aquellas, lo que interesa es que la persona habiendo conocido las circunstancias fácticas —y en su caso valorativas— del injusto que cometió, sabía o podía saber de su prohibición penal. La libertad de creencia religiosa y de practicar los actos del culto respectivo se garantiza por el artículo 24 de nuestra Constitución, más sólo en la medida que los últimos *“no se traduzcan en un delito o falta penados por la ley”*. Lo que se confirma por el artículo 1º-párrafo-segundo de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que dispone: *“Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”*. Sin embargo para los efectos penales no sólo interesa a efectos de la culpabilidad el que el sujeto conociese el carácter penal de su injusto, sino además importa y con mucho que el sujeto hubiere estado en condiciones razonables de actuar de otro modo según se regula en las mismas leyes del país como lo es la causal de inculpabilidad de los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al disponer que el delito se excluye cuando: *“atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”*. De esto surge el tema del delito de conciencia por convicción religiosa que dificulte actuar conforme con la ley, de tal manera que no pueda sostenerse la culpabilidad en virtud de que en ciertos casos la convicción religiosa vuelva inexigible actuar de otro modo aunque se pueda conocer la norma penal prohibitiva que se infringe. (En caso contrario —cuando no se sabe de la norma— sería error de prohibición.)

En efecto, Zaffaroni apunta que: (...) Cuando se lleva a cabo una conducta típica y antijurídica, la culpabilidad no requiere que el individuo haya introyectado esos valores, porque las más de las veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano que conoce la antijuridicidad de su conducta esté en condiciones de comprenderla [en aquél sentido de introyectarla]. Esta sería una ficción tan tremenda como la que implicaba el *error juris nocet*. Un derecho penal antropológicamente fundado y elaborado conforme a principios reductores del poder punitivo no puede menos que tomar en cuenta la efectiva posibilidad de comprensión que el ser humano haya tenido.



La exigencia de internalización de las pautas jurídicas (señalización de las conductas jurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva.<sup>982</sup> Pues bien, con esa orientación puede suceder que el autor por conciencia religiosa que actúe en función de un sistema cerrado de valoraciones de esa índole distintas a ciertas pautas jurídicas, deberá realizar un esfuerzo extraordinario y mucho mayor que el objetor de conciencia que se base en meras valoraciones éticas o bien políticas, a efecto de evitar el injusto, el que al menos puede motivar fundadamente una disminución de su culpabilidad. E incluso, si acaso ese sistema cerrado de valoración religiosa le ha sido culturalmente inculcado al autor de conciencia de tal manera que, por provenir de otra cultura donde así fue formado, le motive la incompreensión (difícil posibilidad de introyección) —que no falta de conocimiento— de la norma jurídica a la que recién se viere sometido, resulta obvio que deba considerarse en serio la exculpación por inexigibilidad de otra conducta. Ejemplos: Se conduce con falta de comprensión (difícil introyección) del injusto —en el sentido antes apuntado— el ministro religioso que está de paso por el país y deja morir al pequeño hijo lesionado por un animal bravo, al obrar en acato a los mandatos de su ministerio y fe religiosa de no interferir con los designios de Dios. Igualmente el ministro religioso que en la averiguación de un delito se niega a revelar el secreto de la confesión al que lo obligan sus mandamientos eclesiásticos y de convicción esencial para su religión, no obstante que el Ministerio Público le requiera de tal información en el testimonio que ante él rinde dicho ministro religioso. Por su parte, Fátima Flores Mendoza hace un minucioso y completo análisis de todos los casos de “la objeción de conciencia en el Derecho Penal”, como intitula su muy valioso estudio monográfico. Y respecto a los casos de objeción de conciencia religiosa que afectan la culpabilidad, aquella sostiene que existe una doble disminución de la culpabilidad. Así Flores Mendoza apunta que en esos casos se da esa doble disminución de la culpabilidad que se basa (...) en la presión síquica que vive el objetor... [y a la vez]...plantea en el objetor un conflicto de tal intensidad que puede conducir a la destrucción personal [de la personalidad]...del mismo.<sup>983</sup> Eventos en los que cabe fundar la inculpabilidad en la inexigibilidad de otra conducta en los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC.

**B. Las causas disculpantes por excusa absoluta que hace racionalmente innecesaria la pena.** Por otra parte, también pensemos en las circunstancias de no punibilidad del aborto con motivo de una violación; o por creer que el producto padece de graves defectos congénitos, creencia que se puede corresponder con la realidad o bien ser errónea y basarse tan solo en que se ingirió un producto nocivo para la normal gestación del producto, casos que la misma SCJN ya ha estimado como excusas absolutorias.<sup>984</sup> Asimismo, los casos de exculpación legal de pena para ciertos parientes por omitir su deber de rendir testimonio. Pues en esos supuestos, la ley asume de manera expresa o permite asumir a través de la excluyente de la inexigibilidad racional de otra conducta, la falta de necesidad de la pena. Aun cuando ninguno de ellos constituye causa de temor fundado inculpable o estado de necesidad inculpable, ni hay error acerca de esas causales y sí hay conciencia del injusto penal aunque en algunos con culpabilidad atenuada en su primera categoría en virtud de

---

<sup>982</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, op cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 705

<sup>983</sup> Fátima Flores Mendoza, *“La objeción de conciencia en derecho penal”*, Editorial Comares, España, Granada, 2001, pp 267 y 268

<sup>984</sup> La SCJN sostiene que hay una excusa absoluta en ciertos casos de los señalados —excusas que en el fondo se apoyan en la irracionalidad de la pena que en los términos de Roxin equivale a la falta de “necesidad social de la pena”—, según se evidencia de la tesis ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA que se cita en el número II-E del Capítulo Tercero.

imputabilidad disminuida o error vencible. Estos supuestos son los que dan margen a Roxin para afirmar que aun cuando hay culpabilidad, se prescinde de la pena porque ésta deviene socialmente intolerable. Por ende, Roxin estima que la ley, además de la culpabilidad, exige la «responsabilidad» como condición de punibilidad. La cual se fundamenta en la necesidad social de la pena. Y que tiene su fuente en el principio de proporcionalidad y de que sólo se pueden imponer las penas estricta y racionalmente necesarias. De tal manera que si las condiciones en que se realizó el hecho revelan lo obviamente inútil o irracional de la aplicación de la pena en el caso concreto, ello conlleva a la falta de "responsabilidad" del sujeto que le excluye de la pena.<sup>965</sup>

En efecto, Roxin señala como punto de partida de su consideración la distinción doctrinal entre causas que excluyen la culpabilidad y las causas exculpatorias, para incluso ir más allá, al estimar que fuera de los supuestos de inimputabilidad y error invencible, siempre hay un remanente de culpabilidad en virtud de que el sujeto "podía actuar de otro modo". Dice Roxin respecto a las causas de inimputabilidad y las de errores de prohibición invencibles que (...) en ellas faltaría desde un principio la culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el contrario, en las causas de exculpación, que se corresponden con el temor fundado y el estado de necesidad disculpante, quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador sólo renuncia en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad.<sup>966</sup> Con base en esas consideraciones Roxin estima que "en las causas de «exculpación» se trata no sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista". Las que él llama (...) causas de exclusión de la responsabilidad por falta de la necesidad preventiva de la punición.<sup>967</sup>

Empero, ello también se puede asumir dentro del concepto finalista de la culpabilidad. Zaffaroni, el principal y más ilustre teórico del finalismo nuevo en Ibero América, da un concepto general de la culpabilidad: (...) Es la reprochabilidad del injusto al autor, y reflexiona preguntándose: "¿qué se reprocha?, el injusto; ¿por qué se le reprocha?, porque no se motivó con la norma; ¿porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma?, porque le era exigible que se motivase en ella."<sup>968</sup> Así pues, si la culpabilidad es poder conocer con facilidad la ilicitud penal del hecho que se realiza y, además, no nada más *poder conducirse conforme a Derecho, sino sólo en cuanto las circunstancias hagan razonablemente exigible esa conducta*. Por tanto, aquella se conforma en su esencia con la exigibilidad racional de una conducta conforme a Derecho. Misma que no se determina abstractamente sino de acuerdo con las condiciones del hecho y del sujeto en el caso concreto, por las que "racionalmente" le fuere posible con facilidad conducirse de otro modo. No se trata pues, nada más, de "poder conducirse de otro modo", sino, además, de que las circunstancias del autor y del caso le "faciliten" o le hagan "racionalmente" exigible actuar conforme a la norma. En sentido contrario, como señalan los artículos 15-IX del CPF y 29-IX del CPDF al regular dicha excluyente de delito: el sujeto será inculpable en todos aquellos casos en los que "...*atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.*" O bien, ello se cumple en los artículos 48 y 51-VII del CPC. El

<sup>965</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp.797, 814 y ss.

<sup>966</sup> Claus Roxin, *idem.*, op. cit., p. 815.

<sup>967</sup> *Idem.*, pp. 815 y ss

<sup>968</sup> Raúl E. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Cárdenas Editores, 1ª edición, México, 1986, p. 543.

primero, interpretado en sentido contrario, diría: *No se conduce culpablemente, quién no conoce o no puede conocer la ilicitud penal de su conducta y, además, no se puede conducir conforme a Derecho*". La segunda dispone que no hay culpabilidad en: *"Cualesquier otra (situación), en que por las circunstancias del caso y las condiciones personales del agente, le impidan razonablemente (al agente) que se conduzca conforme a Derecho"*.

En el contexto de la pura letra de la ley penal no parece encontrar asidero la expresión "responsabilidad" como casi sustituta de "culpabilidad" que emplea Roxin. Aunque la expresión "responsabilidad" es precisamente la que se emplea por los artículos 16 y 19 de la C. para aludir a la categoría procesal dentro de la cual se halla, necesariamente, la culpabilidad como categoría sustantiva que se instrumenta por aquella categoría adjetiva. Además, la mera razón semántica e incluso epistemológica no quita para nada la validez intrínseca del argumento de Roxin, en el sentido de que la pena se debiere excluir con base en consideraciones de su irracionalidad en el caso concreto, que él llama de no-responsabilidad y que en México se engloban bajo la excluyente de los artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 51-VII del CPC. Porque la idea de exigibilidad por poder actuar de otro modo sólo cobra su pleno sentido en virtud de la estricta necesidad racional de la pena en el caso concreto. Toda vez que si en casi todos los casos en realidad se "puede actuar de otro modo", lo que más interesará es que no concurren circunstancias extraordinarias que precisamente hagan intolerable que se deba imponer una pena —debido a su irracionalidad—, mismas que, precisamente, vuelven inexigible la conducta conforme a la norma y las que se deben fundar como excluyentes de delito, de acuerdo con lo que prevén los artículos 15-fracción IX del CPF, 29-IV del CPDF y 51-VII del CPC. Esto es, cuando de acuerdo con las circunstancias del caso al sujeto no le era racionalmente exigible que ajustara a Derecho su conducta.

Lo cual se ha de ponderar conforme a las pautas y criterios que ya se esbozaron sustentados en los límites que devienen de un estado de derecho.

## — VIII —

### **Consideraciones finales respecto de la culpabilidad**

En la imperfección natural de las instituciones humanas estriba quizá el que las actuales formulas legales de la culpabilidad —o inculpabilidad— penal sigan siendo defectuosas. En ellas subsiste un ingrediente de inseguridad jurídica. En cuanto compete al juez, a final de cuentas, el ponderar si la persona pudo —con facilidad, según el CPC (lo que significa un avance frente al CPF y el CPDF)— ajustar su conducta a Derecho según las circunstancias que concurren en el caso concreto y que racionalmente le hicieren exigible tal ajuste. Situación que se extiende a la individualización judicial de la pena como se verá. Empero, no se podrá negar el progreso de la Parte General del Derecho Penal Mexicano —al menos en su ámbito legislativo— que le aproxima a la aspiración de estado democrático a través de un concepto de culpabilidad que tiene muy poco que ver con el dolo y la culpa, a los que se les dio un contenido y una ubicación sistemática nuevos y distintos a la idea tradicional de los mismos como fundantes en sí de aquella. Sin que se deba olvidar que la eficacia protectora del concepto consiste en que el ser humano es para el orden jurídico la medida de todas las cosas. En cuanto tiene que responder con su persona. Pero sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable. Responsabilidad por el injusto que la persona realizó, conociendo o pudiendo conocer la ilicitud penal de aquél o el deber de cuidado que infringió cuando razonablemente le era posible y exigible conducirse conforme a Derecho. Ahora bien, ¿hasta qué medida se fundamenta la imposición de la pena por una conducta típica, antijurídica y culpable? Ello lleva a la aplicación de la pena y su ejecución, que son los dos momentos restantes en los que se manifiesta la potestad punitiva del Estado.