

EL ERROR INculpABLE EN LA LEY PENAL

Francisco PAVÓN VASCONCELOS¹

El examen del *error inculpable*, en la vigente legislación penal, resulta ser coto virgen en la doctrina mexicana, porque nueva resulta ser su integral previsión legal. Aunque de alguna manera el Código Penal de 1931, en sus textos originales, recogió dos específicos casos del ahora denominado *error de tipo*, en la *obediencia jerárquico legítima* prevista en la fracción VII del artículo 15, al considerar *circunstancia excluyente de responsabilidad* el “*obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico*” cuando su mandato constituya un delito, “*si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía*”, así como la *inculpable ignorancia*, a la que se refirió la fracción VI del mencionado artículo 15, de aquel entonces a la fecha la situación ha variado sustancialmente en el tratamiento dado en la ley penal al error esencial, en sus conocidas formas.

En primer término, la reforma penal de 1983, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984, dio pasos gigantescos en el tratamiento del *error inculpable* al insertar, en la fracción XI del artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, el *error invencible de tipo* por recaer, dicho error, al realizar el agente la acción o la omisión, “*sobre alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal*”, así como el denominado *error de permisión* o *error de prohibición indirecto*, el cual se presenta cuando el sujeto, bajo su estado de *error invencible* “*estima que es lícita su conducta*”. Dicha reforma penal mereció el reconocimiento de los juristas mexicanos, por cuanto, además, si bien no como causa inculpable, dio tratamiento privilegiado en razón de la pena al *error de prohibición directo* o *error de derecho* en el artículo 59 *bis*, al expresar este dispositivo que

¹ Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

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

Al comentar el contenido de la citada fracción XI del artículo 15 del Código Penal, Gustavo Malo Camacho consideró incorporada a la ley positiva mexicana la figura del *error de hecho invencible*, que la doctrina finalista mencionó, con razón, como un *error de tipo* y que antes de la reforma de 1983 constituía en su opinión una lamentable laguna, aclarando que, con anterioridad a la citada reforma, la ley sólo se ocupó de dicha forma de error en el confuso y equívoco texto de la antigua fracción VI del propio artículo 15, el cual aludía a las *circunstancias del defendido* cuando al concurrir en el hecho le daban carácter delictivo, excluyendo la responsabilidad si el agente las *ignoraba inculpadamente* en el momento de obrar, así como también por las fracciones III y IV del derogado artículo 9o., interpretado en sentido contrario, en los cuales se afirmó la irrelevancia del *error de derecho*.

Por nuestra parte, al ocuparnos de las citadas reformas en el ensayo *Las reformas penales (análisis crítico de la parte general)* y particularmente en relación a las disposiciones antes mencionadas, afirmamos que la fracción XI del artículo 15 regulaba tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición*, con la limitación que precisaremos adelante, permitiéndonos aclarar que, si bien en un principio la doctrina penal había considerado que el *conocimiento de la ilicitud* debía consistir en la captación por el sujeto de la circunstancia de que el hecho ejecutado era típico, lo que introducía en dicho error la concepción de la tipicidad, hicimos notar que dicho criterio había sido ya abandonado; que, como Mezger señala, el *acto de voluntad* del autor debe significar un injusto interno, anímicamente enraizado, de manera que la responsabilidad *dolosa* surge cuanto el agente actúa con pleno *conocimiento* de las circunstancias del hecho y de la *significación* de la acción realizada, admitiendo en su *voluntad* el resultado, circunstancias que pertenecen al tipo penal y al que éste le otorga una determinada “significación” que es captada por el *dolo del autor*.

Esto equivale a afirmar que éste comprende el *conocimiento de los hechos*, así como el *conocimiento de su significación* jurídica, lo cual nos

lleva de la mano a considerar que no existe el referido dolo cuando el agente yerra sobre el conocimiento de los hechos o respecto al conocimiento de su significación. Surge así, en el primer caso, el *error de tipo*, y en el segundo, el *error de prohibición*. De todo ello advertimos, en esa oportunidad, que el agente al actuar debe *conocer* el hecho, pero además *debe captar su significación injusta*: el error que recae sobre las circunstancias del hecho típico, cuando tiene carácter de insuperable (*invencible*) tiene la virtud de eliminar el dolo, y se le conoce como *error de tipo* (*Tatbestand Sirttum*). Pero si el error es vencible (no insuperable), el autor del hecho debe responder del mismo a título de culpa, cuando la particular figura delictiva admita dicha forma de culpabilidad. Cuando el error en cambio no recae sobre las circunstancias del hecho perteneciente al tipo penal, sino sobre la *ilicitud* de su realización, se habla de un *error de prohibición*: en él, el sujeto *no ignora* los elementos del hecho típico, pero el error incide sobre la *ilicitud* de la conducta que realiza.

Aquí estimamos prudente hacer un paréntesis para recordar la opinión de Zaffaroni, en el sentido de que el error de prohibición “no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella”, por tratarse de un problema de *culpabilidad*. El error de prohibición, afirma el jurista argentino, es el que recae sobre la *comprensión de la antijuricidad* de la conducta cuando es invencible, esto es, “cuando la debida diligencia el sujeto no hubiera podido comprender la antijuricidad de su injusto”. Por otra parte, agrega Zaffaroni, el error *vencible* en nada afecta a la tipicidad doloso o culposa, teniendo únicamente la virtud de disminuir la reprochabilidad (culpabilidad), lo cual se traduce en la cuantía de la pena hasta donde la ley lo permite.²

Conclusivamente estimamos, en el trabajo aludido, que la fracción XI del artículo 15, en los términos concebidos en la reforma de 1983, precisó como circunstancias *excluyentes* de responsabilidad tanto el *error de tipo*, que recae respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, cuando el error es *invencible*, como el *error de prohibición indirecto* o *error de permisón*, cuando el sujeto estime que su conducta es lícita, si tal error es igualmente invencible. En realidad, el *error de prohibición* comprende a) el *error invencible*, por estimarse que el hecho típico ejecutado *no está prohibido*; b) el *error invencible*, por estimarse que siendo el hecho en general *prohibido*, en el caso particular

² Zaffaroni, *Manual*, 3a. reimp. Cárdenas editor, 1997, p. 577.

se encuentra *justificado* por la concurrencia de una circunstancia que *carece de esa eficacia*, y c) el *error invencible*, por estimarse que el hecho, si bien está en general *prohibido*, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica *causa de justificación* que *no concurre en la especie*. Hemos de aclarar que la multicitada fracción XI del artículo 15 no recogió el denominado *error de prohibición directo* como una causa de inculpabilidad, pues se limitó a consignar el *error de prohibición indirecto* que recae, como ha destacado fundamentalmente la doctrina alemana, sobre la *permisión del hecho*, ya porque el sujeto crea erradamente que está autorizado por la ley a actuar o porque considere que actúa bajo el amparo de un justificante que no concurre en la realidad (eximentes putativas).

El error de prohibición directo o error de derecho no mereció, en la reforma de 1983, tratamiento de causa *excluyente de la culpabilidad* y así lo hicimos notar en el estudio que mencionamos anteriormente, pues el artículo 59 *bis* creado en la referida reforma, si bien se concretó a dicho error, no le dió el alcance de causa de inculpabilidad, sino de causa de reducción de pena. En efecto, el precepto en cuestión declaró:

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

Del texto se advierte la limitación de su funcionamiento a los sujetos aludidos.

Con posterioridad a las reformas de 1983, que insistimos mereció nuestro reconocimiento, al igual que el de otros distinguidos juristas especializados en la materia, se produjo otra nueva, que comprendió adiciones, modificaciones y derogaciones de distinguidos preceptos del Código Penal, realizada por decreto del Congreso de la Unión de 21 de diciembre de 1993, promulgado por el titular del Poder Ejecutivo federal, el 23 del mismo mes y año, y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994. Se reestructuraron las normas referentes al *error inculpable* para referirse a él, en sus diversas especies, en el artículo 15, fracción VIII, el cual quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 15. El delito se excluye cuando: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o B) Respecto a 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 [...].

El examen comparativo de los textos citados, correspondientes a las reformas de 1983 y 1993, nos pone de relieve lo siguiente:

a) Las fórmulas comprendidas en la fracción XI del artículo 15, ahora derogado, y la fracción VIII del propio artículo, en su inciso A), actualmente en vigor, son en lo fundamental idénticas. En efecto, ambas se refieren, como causa motivadora de la inexistencia del delito, por exclusión del elemento culpabilidad, al llamado *error de tipo*, porque el error invencible del sujeto recae *sobre alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal* (fracción XI del artículo 15, derogada) o *sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal* (fracción VIII, inciso A) del artículo 15 vigente).

Si recordamos que la doctrina penal ha destacado que la teoría del error de tipo no puede divorciarse de la teoría del dolo, dado que un error de esa índole constituye la forma negativa de la representación del hecho necesaria para integrar el dolo, es fácil deducir que, cuando no se conocen los elementos objetivos del tipo (descripción objetiva legal del hecho) o de cualquier otro de los elementos esenciales de otra índole pertenecientes al propio tipo (elementos normativos, por ejemplo) está ausente la indispensable correspondencia, como dice H. H. Jescheck, entre la *conciencia* del sujeto y el hecho que realiza.

Los elementos del tipo, como es comprensible, condicionan el mandato de la norma; pero, si el agente desconoce dichos elementos, hay imposibilidad de la integración del dolo, siempre que dicho desconocimiento sea *invencible*. Lo antes expuesto es importante para diferenciar el error de tipo del error de prohibición, según la consecuencia penal que la ley atribuya a este último.

b) La posición adoptada en la reforma de 1983, estampada en el texto del artículo 59 *bis*, referente al error de prohibición, nos confirma lo dicho en la parte final del inciso anterior. El precepto mencionado establece clara distinción dogmática entre el error de prohibición y el error de tipo; pues, mientras el invencible error que recae sobre alguno de los elementos esenciales del tipo impide el nacimiento del dolo, no ocurre lo mismo

respecto al error de prohibición en que el dolo está presente. Y tan es así que la ley penal, en el artículo 59 *bis* ahora derogado, estableció una *atenuación de la pena* correspondiente al hecho cometido. Con estricta referencia al artículo 60. *bis* a) del Código Penal español, Enrique Bacigalupo declara que no es una disposición afortunada, ya que en principio quiere distinguir el *error de tipo* (sobre las circunstancias del tipo penal) del *error de licitud* (sobre la antijuricidad). El primero de tales errores, dice Bacigalupo,

excluye la responsabilidad por el delito doloso si es *invencible* [inevitable] y deja subsistente la culposa si fuere *vencible* [evitable]. Por su parte, el error sobre la licitud excluye la responsabilidad criminal *si es invencible* y determina una atenuación de la pena del delito doloso según el artículo 66 del Código Penal español, si es vencible. De aquí se deduce —sigue diciendo Bacigalupo— que el error sobre la licitud (sobre la antijuricidad) no excluye el dolo, pues el hecho se castiga con la pena del delito doloso, aunque atenuada, y no con la del delito culposo, como ocurre en el error de tipo. Por lo tanto —concluye el autor mencionado— *el dolo no incluye la conciencia de la antijuricidad en el Código Penal español*.³

Pensamos que esta afirmación es en parte válida respecto a la postura adoptada por el legislador de 1989; pues, mientras excluye el delito cuando el sujeto realiza el hecho sin conocimiento de los elementos esenciales del tipo penal, no procede de igual manera respecto al error que recae sobre la *ilicitud* del mismo hecho, como lo prueba la circunstancia de que el error de prohibición merece la pena del delito doloso aunque atenuada “*hasta a cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según naturaleza del caso*”, como lo prescribió el artículo 59 *bis* derogado.

La cuestión del conocimiento de la antijuricidad, como un elemento del dolo, ha sido cuestionado en la doctrina, ya que en un hecho concreto el sujeto puede tener conocimiento de la ilicitud del mismo o no tenerlo, sin que por esto el dolo de su actuación desaparezca. El dolo, se ha dicho con frecuencia, requiere del conocimiento de los elementos del tipo penal y voluntad de realizar el resultado; esto es, mover la voluntad hacia la finalidad perseguida y previamente representada. De allí que se piense que el conocimiento del hecho típico no requiere *comprender* la antiju-

ricidad del mismo; basta la simple *posibilidad* de dicha comprensión para configurar el dolo.

Sin entrar en mayores investigaciones, creemos que el legislador de 1993, al ocuparse del *error inculpable* en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, aceptó el criterio de que la *comprensión* de la antijuricidad del hecho no constituye necesariamente un elemento del dolo, aunque sí la *probabilidad* de la captación del mismo. En efecto, en el *error de tipo*, a que se contrae el inciso A) de la citada fracción, el error *invencible* sobre los elementos esenciales constitutivos del tipo penal impiden la formación del dolo y por ello del delito: el sujeto *ignora* que el hecho realizado es antijurídico, y dicho error es invencible por insuperable (o inevitable). En el *error de prohibición*, conforme a la fórmula adoptada en el inciso B) de la fracción VIII del artículo 15, se ha partido de la idea del desconocimiento por el agente de la antijuricidad de su actuar, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma (*error de prohibición directo* o *error de derecho*), o bien porque crea que su conducta *se encuentra justificada* (error de permisión). No obstante, en ambos casos, la ley se apoya en el supuesto de la *probabilidad* de que el sujeto capte dicha ilicitud, y tan cierto es esto que la parte final del artículo y fracción mencionados precisan que “*si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de este Código*”, estatuyendo este precepto lo siguiente:

En caso de que el error que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

En este punto, es preciso hacer algunas reflexiones. El sujeto actúa en *error de prohibición*, afirma Maurach,⁴

cuando no conoce lo “ilícito” de su hacer [...]: el autor actúa en desconocimiento de la *prohibición*. Su error se refiere a la *norma* situada tras el proceso penal, no a la conminación penal —y agrega de inmediato que, para el conocimiento del injusto—, basta el juicio profano de que, conforme a la voluntad

4 Maurach, *Tratado*, Barcelona, Ariel, 1962, t. II, p. 151.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

del ordenamiento jurídico, el hacer “no debe tener lugar”. Con ello —afirma el autor alemán— se ha alcanzado la medida máxima de lo exigible.

En el error de prohibición *directo* o *error de derecho*, el agente actúa bajo un estado de error sobre la *existencia* de la norma que *prohíbe*. La ley penal se refiere al error invencible respecto a la *ilicitud* de la conducta “*porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma*”, según reza la fracción VIII del artículo 15, en su primera parte. Maurach ejemplifica: un italiano que proviene de Roma, realiza en Alemania actos homosexuales por creer que en este país, al igual que en su patria, esas acciones son indiferentes para el derecho. En el error de prohibición *indirecto* el sujeto inmerso en error invencible cree que está *justificada* su conducta, según la fracción VIII, parte final, del artículo 15; aquí el agente “supone” una situación “cuya real concurrencia justificaría su actuar” y su error radica en la “existencia de una causa de justificación no reconocida, o reconocida de un modo distinto por el Derecho”.⁵

El más importante error, por su incidencia en la vida forense, es el referente a una *justificante*. El sujeto actúa inmerso en un *error* sobre la concurrencia de una situación que se refiere a la *existencia* o *extensión* de una causa de justificación, ya reconocida por el derecho o reconocida de distinto modo. Se ocupa de esta clase de error la parte final del inciso B) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal y se sintetiza en la creencia, por parte del sujeto, de que *está justificada su conducta*, destacando en dicho error la llamada *legítima defensa putativa*. En ella el autor del hecho supone falsamente que su acción constituye una defensa indispensable para suponer el peligro de una agresión injusta. Dentro de ella es común incluir el *exceso* “extensivo” en la legítima defensa y esta defensa putativa comprende, según afirmación de Maurach, “el error sobre la presencia de una agresión, sobre su actualidad, sobre su antijuricidad, y sobre la especie y extensión de la acción defensiva, sin que interese distinguir entre error de hecho y de valoración”.⁶

Para Maurach, se suprime la culpabilidad en el *caso del exceso en la legítima defensa putativa* “si las erróneas representaciones del autor eran inevitables”, aduciendo que “si el autor yerra, de modo inevitable, tanto sobre la agresión como sobre la medida de defensa lícita, debe ser ab-

⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁶ *Ibidem*, p. 153.

suelto”, en tanto si las representaciones defectuosas, sobre agresión y defensa, eran evitables, resultará culpable de la lesión dolosa del supuesto agresor.

El error de prohibición (indirecto) es inculpable tratándose igualmente del cumplimiento de un *deber jurídico* o del *ejercicio de un derecho* putativo del *estado de necesidad putativo*, si en dichos casos el error es inevitable (*invencible*). En cuanto a la *obediencia jerárquica putativa*, de ordinario se distingue dicha obediencia tratándose del ámbito *civil* y del *militar*; en el primero, rigen los principios de la *teoría de la culpabilidad*, pues ésta se excluye si el error sobre la ilicitud de la orden es *invencible*, pero si fuera *evitable* procedería, en nuestro derecho, la *atenuación de pena* señalada en la segunda parte del artículo 66 del Código Penal. En el ámbito *militar* rige, en nuestro derecho, el criterio de la culpabilidad conforme a las normas especiales del derecho castrense.

Por primera vez en el derecho positivo penal mexicano se ha dado el error invencible de derecho el alcance de una *causa excluyente* de la culpabilidad y del delito, ello con independencia de otras innovaciones dignas de ser examinadas. Si la reforma es acertada, el tiempo y la interpretación jurisprudencial lo dirá.