

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Seminario de Derecho Penal.

" LA DEFENSA PUTATIVA "

T E S I S

que para obtener el grado de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

JUAN LOPEZ SANCHEZ.

MEXICO, D. F.

— 1 9 5 5 —



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mis padres:
JACINTO T. LOPEZ († 1944)

y

NATIVIDAD SANCHEZ († 1949)
dedico este pequeño Ensayo que constituye
apenas un ápice del fruto de sus desvelos....

A mi amada esposa:

MARIA ELENA,

que en los tiempos desventurados supo
brindarme consuelo y amor, hoy se ci-
ñe conmigo la corona del triunfo...

A mis hijitos:

MARTIS,
JUDITH, y
JUAN MANUEL,
con amor entrañable.

A mis hermanos:

WILFRIDO,
CLOTILDE,
ANTONINA, y
SERAFINA,
con todo cariño.

A mis tíos políticos:

**ANTONIO,
ENRIQUE,
DELFINA, y
AURORA,**

como testimonio del reconocimiento de la
deuda de gratitud que con ellos he contraí-
do.

Al Licenciado:
LUIS FLORES ESPINOSA,
con el aprecio de amigo y compañero de
lucha...

A MIS MAESTROS:
con cariño y respeto.

A mis amigos.

PROLOGO.

El tema que nos proponemos desarrollar no es nada novedoso en la literatura jurídico-penal, pues su estudio ya ha sido enfocado, con diversa fortuna, por autores de la talla de Giloramo Penso, José Peco, José Agustín Martínez, Luis Jiménez de Asúa y Celestino Porte Petit, entre los más connotados.

Así que al emprender nuestra incursión por terreno ya explorado no pretendemos en manera alguna multiplicar inútilmente los conceptos ya emitidos por los autores nombrados sobre la defensa putativa, tampoco nos adherimos incondicionalmente a determinada postura doctrinaria; sino mediante un análisis conveniente de este instituto propendemos a su sistematización en consonancia con los postulados de la dogmática penal de nuestros días y del Derecho Penal mexicano.

De aquí que para una debida comprensión de la defensa putativa sea necesario un conocimiento cabal sobre dogmática penal y de la parte especial; pues es obvio que no podrá abordarse ningún estudio serio sobre los delitos en particular si no se tiene un conocimiento profundo de la teoría del delito en general. Y viceversa, hablar de la defensa putativa como una causa de inculpabilidad sin trascendencia práctica sería una labor inútil e infecunda. De esta manera llegamos a corroborar nuestro anterior aserto en el sentido de que no es posible abordar un solo tema de derecho penal sin tenerlo que referir al conjunto del sistema en virtud de que, como enseña el maestro González Bustamante, "las cuestiones penales forman una estructura armónica, y existe una sindéresis jurídica inflexible que gobierna el edificio de la dogmática penal".

Todo nuestro empeño, pues, irá hacia el logro del fin que nos hemos propuesto, mas si la suerte resulta adversa, justifíquese por nuestra pequeñez ante tamaña tarea y permítasenos la oportunidad postrera de enmendar los yerros en que incurramos en el presente.

De antemano reconocemos que la solución del problema que nos ha inquietado no lo habremos de hallar en la "sola lectura del Código, ni en la exégesis empobrecida, ni en la incondicional adhesión a una determinada Escuela, sino también y primordialmente contemplando el asunto desde el ángulo de nuestra propia filosofía política".

INTRODUCCION.

Por razones de método dividiremos nuestro trabajo en dos partes. En la primera, trataremos de fijar el concepto técnico del delito, y en la segunda, procuraremos delimitar el instituto de la defensa putativa en su esencia, contorno y proyecciones.

Para dejar establecido el concepto técnico del delito fácil resultaría a nuestro propósito reproducir al azar alguna de las múltiples definiciones dadas por los tratadistas para después ocuparnos del análisis de sus elementos; pero advertimos desde luego, las serias dificultades y los graves peligros que tal método entraña en razón de que, si ya de por sí el definir es una de las más complicadas operaciones del intelecto humano, la definición aparte de resultar tendenciosa o inexacta nos obligaría más o menos conscientemente a sostener una posición determinada frente al problema que apenas nos planteamos.

Prescindiendo, pues, con toda intención de una definición previa del delito, que, por otra parte, como enseña Jiménez de Asúa, "nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos", iniciaremos la primera parte con una breve consideración de la evolución del concepto del delito para establecer en su cóngruo lugar su construcción técnica desentrañando para este efecto los diversas disposiciones legales del Código Penal vigente.

Por lo que respecta a la segunda parte, que es el tema que denomina nuestra tesis, la iniciaremos con el estudio de la culpabilidad, proseguiremos con el de las causas de inculpabilidad, entre las que situamos las eximentes putativas en general y, finalmente, abordaremos el estudio de la defensa putativa estableciendo su concepto esencial y su técnica legal.

PRIMERA PARTE

TITULO UNICO

TEORIA DEL DELITO.

CAPITULO PRIMERO.

EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL DELITO.

EL DELITO COMO VALORACION JURIDICA.—En una rápida mirada hacia el pasado podemos contemplar cómo fué evolucionando el concepto del delito, a partir de los primeros tiempos, desde una contraposición a las leyes divinas, al mandato personal de los monarcas y de los detentadores del poder hasta la concepción moderna que la finca en la infracción de las normas de cultura (Mayer).

En el Derecho de los pueblos más antiguos (Persia, Israel, Grecia, Roma, etc.,) existió la responsabilidad por el resultado antijurídico. En la Edad Media se incriminaba a los animales, siendo famoso en el caso de algunos abogados (como Chassané) que se especializaron en la defensa de las bestias. Esto obedece a que la valoración jurídica no tomaba en cuenta los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas por ser a la sazón la hechicería el delito más tremendo.

LA DOGMÁTICA.—La historia del delito considerado en su estructura moderna arranca de épocas relativamente recientes. Podemos afirmar que al advenimiento de la Revolución Francesa y de los ideales liberales y democráticos, la piedra en bruto que era el ilícito sancionado se fue pulimentando y precisando sus aristas y facetas. Apuntó entonces el deseo del dolor popular de que los delitos estuviesen expresamente señalados en leyes especiales, y no se dejara la punición de los actos antijurídicos al ánimo abyecto de los jueces de entonces (?) que tantas arbitrariedades habían justificado.

PRECURSORES.—La aportación del jusnaturalismo en pro de la humanización del Derecho Penal es por demás decisiva a través de las ideas de Groccio, Hobs, Spinoza, Lock, Pufendorff, Christian Tomassius y Christian Wolf. Sin embargo, dentro del campo propiamente jurídico penal suelen mencionarse muy meritoriamente como precursores a Beccaria, John Howard y Marat. (2)

En la segunda mitad del siglo XVIII se iniciaba en Italia, Alemania e Inglaterra la creación de una doctrina penal liberal, con Romagnosi, Feuerbach y Bentham que luego se construiría con caracteres al parecer definitivos por Carmignani y Carrara y por los penalistas alemanes desde el gran bávaro citado hasta Binding y Beling para citar con Jiménez de Asúa tan solo a los dogmáticos puros. (3)

CLASICISMO Y POSITIVISMO.—Sabemos que para la Escuela Clásica el delito era considerado como un ente jurídico y consistía en “la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”; de donde podemos inferir que para el clasicismo existe una coincidencia entre la Ley del Estado y la ley moral. El resultado de esta concepción del delito fue la indiferencia con que se le estudió en su contenido real. El optimista juicio de Carrara de

(1).—Véase Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Ed. Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945, pp. 249-250.

(2) y (3).—Vid. Jiménez de Asúa, op. cit. pp. 32 y ss.

que con él se había llegado a la perfección del derecho penal dejó de oírse con la aparición del positivismo. Garófalo en su posición antropológica y Ferri en la sociológica sostuvieron esta nueva corriente doctrinaria que considera al delito como un "fenómeno natural consistente en una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la medida media en que se encuentran las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad" (Garófalo).

El fundamento fisiológico esencial del clasicismo es el libre arbitrio que permite al individuo autodeterminarse y por tanto responsabilizarse de sus actos; para los positivistas, los actos humanos están regidos por leyes inexorables y el delito es una consecuencia fatal de la convivencia humana; el fundamento fisiológico del positivismo es el determinismo.

LA DOGMÁTICA ACTUAL.—De la Escuela Clásica se conservaron los pilares decisivos y de la Positiva la inclusión cada vez mayor del delincuente en la ciencia penal. Deshecha la confusión que engendró el positivismo y restablecido el valor de la dogmática ha resurgido en Europa como en Hispanoamérica la teoría jurídica del delito como veremos en seguida.

I.—ALEMANIA.—Feuerbach en Alemania inicia la construcción dogmática moderna con su teoría penal preventiva de la coacción psicológica que subraya cada vez más hacia la necesidad de que las conductas punibles se encontrarán sólo en la ley. Los dogmas *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* pertenecen al fecundo pensamiento de Feuerbach. Aquí hallamos la cuna de la teoría moderna del delito basado en la tipicidad que después recogiera con tan buenos auspicios el genial Ernest Von Beling.

Carlos Binding (citado por Franco Guzmán), desenvuelve las ideas penales básicas y empieza a distinguir el mandato jurídico de la ley positiva, con lo cual siembra fecundas inquietudes en la ciencia penal; pues para él la norma o mandato jurídico fundamenta el derecho del Estado a ser obedecido y su lesión constituye el presu-

puesto fundamental de la pena. Por lo que respecta a la estructura del delito, lo entiende como un "acto antijurídico y culpable que, tiene como consecuencia una pena".

Ernest Von Beling, uno de los más fecundos discípulos de Binding, en su inquieta juventud da a luz su **Die Lehre vom Verbrechen** en la que conceptúa el delito como "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". Por primera vez se incluye en la definición la característica de tipicidad, que para Beling desempeña un papel preponderante, así como la adecuada sanción penal y las condiciones objetivas de punibilidad. Pero ya en la última edición de su **Grundzüge** y en su **Die Lehre vom Tothestand** Beling une el requisito de la tipicidad al de antijuricidad y así reconoce, debido a las críticas de Mezger y de Mayer, que el delito "es la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable" siempre que no se dé una causa legal (objetiva) de exclusión de pena". El propio Beling había considerado la posibilidad de que desapareciese la "amenaza penal adecuada" que tanto preocupó a Mezger y a Mayer pero, como se ve la hizo aparecer en una forma negativa.

Mezger, a su vez, define el delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable". De aquí se desprende claramente que, concordando con Mayer, para Mezger la inclusión de la pena en el concepto de la definición del delito supone una construcción pleonástica. Sin embargo, años más tarde, se coloca tíbiamente en la situación que tantos años había criticado a Beling. (4)

II.—**ITALIA.**—Por lo que respecta a Italia, ya vimos (al referirnos a la Escuela Clásica) que el gran Carrara, su máximo representante, conceptuaba el delito como un ente jurídico, al que agregaba que para existir necesita de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye la unidad. Pe-

-
- (4).—Confróntese Ricardo Franco Guzmán, *El Delito e Injusto*, Tesis, *Anales de Jurisprudencia*, t.LXVII, pp. 130 y ss.
(5).—Carrara, *Programma*, párrafo 35.

ro lo que completa su ser es la contradicción de aquellos preceptos con la ley jurídica. (5) Esta definición se apoyaba en los elementos objetivos y subjetivos o sea en los elementos materiales y morales.

Los alemanes en su afán de minuciosa investigación, a fines del siglo pasado y principios del presente, variaron la concepción dicotómica del delito que sostuvieron por mucho tiempo los penalistas italianos e introdujeron nuevos elementos entre los que figuran principalmente la antijuridicidad, la tipicidad y la punibilidad. Esta nueva teoría del delito fué acogida, en parte, en Italia, sobre todo por Delitala, Magiore, Petrocelli, Santoro, etc., pero también hubo opositores como Carnelutti y Antolisei.

III.—**ESPAÑA.**—Por lo que toca a España, merece especial mención Jiménez de Asúa, como uno de los más sagaces difundidores de la dogmática del delito, considerando la teoría del delito-tipo en unión de la antijuridicidad las piedras angulares de la dogmática jurídico-penal. La influencia de la doctrina alemana se refleja también en los autores hispanos José Antón Oneca, José Arturo Rodríguez Muñoz, Emilio González López, Eugenio Cuello Calón, Mariano Jiménez Huerta y Francisco Blasco, entre los más connotados.

IV.—**HISPANOAMERICA.**—En Latinomérica, tierra de promisión para los penalistas, como se expresa don Constancio Bernaldo de Quiroz, encontramos verdaderos corifeos de la concepción dogmática del delito en gran parte influidos por los autores tudescos, pudiendo citar a Sebastián Selser, Ricardo C. Núñez, José Peco y José Frías Caballero en la Argentina; a Rafael Fontecilla, Pedro Ortiz, Abraham Drapkin y Luis Cousiño Mac Iver en la república de Chile; Guillermo Fontecilla, Ramón Hernández Figueroa y Francisco Carone en la Habana. (6)

México cuenta con una larga lista de prominentes penalistas. Jiménez de Asúa cita, en el t. I de su recentísimo Tratado de Derecho Penal, los nombres de Antonio Martínez de Castro, Manuel S. Macedo, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Raúl Carrancá y Trujillo, Francisco González de la Vega, Carlos Franco Sodi, Juan José González Bustamante, Emilio Pardo Aspe,

(6).—Vid. Jiménez de Asúa, op. cit. p. 254.

Javier Piña Palacios, Celestino Porte Petit y Rafael Matos Escobedo.

Nuestros códigos han sido influidos por las diversas escuelas penales que hemos señalado con antelación. El código penal de 1871 se inspiró fundamentalmente en la Escuela Clásica. El c.p. de 1929 quiso aplicar con toda su pureza la doctrina del estado peligroso de la Escuela Positiva italiana. El c.p. de 1931 si bien no mantuvo como base de la responsabilidad el estado peligroso por oponerse a ellos las garantías individuales que la Constitución consigna, se inspiró, sin embargo, en la defensa social reconociendo en la peligrosidad un elemento fundamental aprovechable para la fijación de la pena o medida de seguridad, en vista de las tendencias antisociales reveladas por el delincuente mediante el delito mismo. El legislador de 1931 inspirado en preceptos del c.p. de 1871, pero a la vez creando fórmulas nuevas hubo de configurar como delitos especiales estados excepcionales de peligrosidad; así p.e. el artículo 255 del c.p.v. establece que "se aplicará sanción de... a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tenga malos antecedentes. Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, taur o mendigo simulador o sin licencia".

La influencia alemana en la dogmática del delito se refleja en diversos autores mexicanos. Así, p.e., para el maestro Carrancá y Trujillo el delito es "una acción, la que es antijurídica, culpable, típica y punible según ciertas condiciones objetivas o sea conminada con la amenaza de una pena". Y explica: "acción porque es acto u omisión humana, antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica, porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable, porque debe corresponder subjetivamente a una persona, y punible porque la norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción". (7)

(7).—Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Ed. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, 1941, p. 191.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONCEPTUACION TECNICA DEL DELITO

GENERALIDADES.—De acuerdo con las diversas disposiciones del c.p. para que un hecho determinado se repunte como condicionante de una consecuencia jurídica de carácter punitivo, debe estar integrado, en primer término, por una conducta humana que mediante acción u omisión (art. 7 c.p.) modifique o deje de modificar el mundo exterior en alguna de las formas prescritas previamente en el Código Penal; esto es, que se adecúe exactamente a alguno de los tipos (privar de la vida, apoderarse de cosa ajena mueble, etc.) de antemano establecidos en el Código, y que pueda imputarse a un sujeto penalmente capaz (Art. 15 Fr. II c.p. a contrario sensu). Dadas estas condiciones habrá que ver si la conducta en cuestión es lesiva de los bienes jurídicamente protegidos y de los ideales valorativos de la comunidad, es decir, si es antijurídica (Art. 15 Fr. III c.p. a contrario sensu) y, además, culpable (dolosa o culposa, Art. 8 Fr. I y II c.p.), a efecto que mediante la constatación de cada uno de estos elementos el tribunal correspondiente determine la responsabilidad y, consecuentemente, la pena, también previamente establecida en el Código penal, a que se hace acreedor el agente activo de la comisión del acto (Art. 7 c.p.).

EL CONCEPTO TECNICO DEL DELITO.—Visto el delito en su unidad como un bloque monolítico, según la metáfora que se ha hecho usual en nuestros días, descartamos de la precedente enumeración los elementos imputabilidad y punibilidad en virtud de que el primero no concierne a un hacer u omitir, a una conducta humana, sino a una situación o modo de ser del delincuente, lo cual, en

consonancia con los postulados del Derecho Penal moderno no es punible; y el segundo elemento, o sea la punibilidad, porque dentro de la lógica interna del Derecho Penal la punibilidad es una consecuencia del acto punible y no un elemento constitutivo del mismo; pues aceptar lo contrario sería tanto como aceptar también que las excusas absolutorias, de tan variado contenido, constituyen elementos negativos del delito y no causas de remisión de pena como sostienen unánimemente los tratadistas.

Por consiguiente, y en mérito de lo que acabamos de exponer, podemos afirmar que el delito en su conceptualización técnica es la **conducta humana típicamente antijurídica y culpable.**

A continuación pasamos a exponer esquemáticamente cada uno de los elementos integrantes del delito, refiriéndonos de paso y suscintamente a la imputabilidad por constituir ésta el nexo psicológico entre el sujeto y la acción punible.

I.—LA IMPUTABILIDAD.—La imputabilidad como condición previa para la incriminación de una conducta típicamente antijurídica y culpable ha sido elaborada según diversos sistemas de interpretación que podemos resumir con Jiménez de Asúa como sigue:

a).—El que negando la responsabilidad moral del individuo la reemplaza por la responsabilidad social (Escuela Positiva).

b).—El que admitiendo la responsabilidad subjetiva del agente, diversa de la responsabilidad objetiva, inherente al estado social intenta explicarla sin el libre albedrío (doctrinas ecléticas).

c).—El que absteniéndose de discutir el problema filosófico de la voluntad libre, y sin negarla ni afirmarla, al apreciar la delincuencia fija su atención en el peligro que el delincuente supone: estado peligroso (Prins).

(8).—Se citan como doctrinas ecléticas la de la Identidad individual y de la Semejanza Social de Tarde, la de la Normalidad de Von Liszt, la de la Intimidabilidad de Alimena, la de la Capacidad Penal de Manzini y la de la Voluntariedad que sostienen diversos autores.

d).—El que sin abominar de la peligrosidad, que será en el futuro la base de la intervención del Estado en los actos contrarios a la norma, proclama la imputabilidad psicológica como carácter del delito y base de la culpabilidad (Alexander y Staub).

De acuerdo con la fórmula adoptada por el legislador mexicano (Art. 15 Fr. II c.p.) conceptuamos la imputabilidad como el nexo psicológico entre el sujeto y su acción o como la facultad de conocer y valorar le deber y determinarse espontáneamente dadas ciertas condiciones de desarrollo físico y salud mental del agente.

LA ACTIO LIBERAE IN CAUSA.—La imputabilidad debe existir en el momento de la comisión del delito. El caso de excepción lo ofrece el individuo que se coloca voluntariamente en estado de inimputabilidad para cometer el delito. “En este supuesto, dice Fontán Balestra siguiendo a Von Liszt y a Jiménez de Asúa, por aplicación del principio *Actio liberae in causa* se supone cometido el acto en el momento de tomar la decisión”. Los ejemplos son conocidos: El guardaagujas que se embriaga para olvidarse de efectuar el cambio al paso del tren expreso; o la madre que a pesar de saber que su sueño es inquieto, coloca a su hijo pequeño a su lado y lo mata.

II.—LA CONDUCTA HUMANA.—La conducta humana debe entenderse como un comportamiento corporal (acción u omisión) voluntario que modifica o deja de modificar el mundo exterior. Los elementos de la conducta son: a) un movimiento corporal (tensión o distensión de los músculos), b) una voluntad psicológica (de mover el cuerpo o dejarlo quieto) referida a la acción u omisión, c) un resultado típico y d) una relación causal entre la conducta humana y el resultado producido. (9)

Entendemos que la terminología “conducta humana” es técnicamente comprensiva de los conceptos acción y omisión, como formas en que puede manifestarse aquélla, dando origen a la conocida clasificación de los delitos en delitos de acción (o comisivos) u omi-

(9).—Vid. Beling, Esquema de Derecho Penal, Trad. de Sebastián Soler, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 19.

sión (omisivos), de omisión simple (omisión propia) y de comisión por omisión (omisión impropia).

III.—LA TIPICIDAD.—De la inmensa diversidad de conductas humanas al técnico del delito sólo deben interesar aquellas que correspondan a las especiales figuras delictivas hipotéticamente establecidas en la ley penal.

Sin embargo, este elemento del delito sólo puede hallarse en un Derecho penal avanzado; pues “la común práctica jurídico-penal de los tiempos anteriores a la adopción del principio *nullum crimen sine lege* había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba; a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible”. (10)

a).—**El delito tipo.**—De suma importancia para la consagración definitiva del postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, sello característico del Derecho Penal de los pueblos civilizados es la “teoría del tipo” expuesta por Beling primeramente en el año de 1906 en su obra *Die Lehre Von Verbrechen* y reformado en el año de 1930 debido a la crítica de varios autores, principalmente de Sauer, Mayer y Dohna. Se encuentran en aquella obra los lineamientos esenciales de la teoría del delito-tipo o tatbestand.

Desde un principio el tatbestand fue considerado por Beling como una figura rectora, simplemente descriptiva, desligada de los restantes elementos, o sea de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Se sostiene la tesis de limitar el concepto del tatbestand al tipo firmemente delimitado de la singular especie delictiva, considerándolo, por tanto, como mera figura abstracta.

(10).—Beling, Op. cit. pp. 36 y ss.

Posteriormente, en su obra *Die Lehre Von Tatbestand* vemos más desarrollada esta doctrina del "delito-Tipo", y en donde su autor trata de resolver todos los problemas señalados por la crítica.

b).—**El Tipo y los Subtipos.**—A pesar de que resulta muy difícil comprender exactamente el pensamiento de Beling y dado que se trata de un instituto propio del Derecho Penal alemán creemos, no obstante, poder resumir la doctrina del tatbestand y de las figuras adyacentes como sigue:

1.—En primer lugar se trata de una figura rectora o tatbestand legal (*leitbild*) que es, en suma, el "delito-tipo", es un esquema de índole descriptiva y objetiva, como el **apoderamiento de cosa ajena mueble** en el robo.

2.—Un tipo de delito (*deliktstypus*) que es el esquema legal en donde se señala la naturaleza meramente regulativa del delito-tipo o tatbestand; es decir, la descripción que se encuentra en la ley cuando dice: "**comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble...**".

3.—El tipo de lo injusto (*unrechtstypus*), que es lo que otros autores llaman antijuridicidad típica y Beling tipo de lo injusto o tipo de ilicitud; es la antijuridicidad en cuanto se halla referida a un tipo específico, como el **apoderamiento de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento...**

4.—El tipo de culpabilidad, que se da en unión de la ilicitud típica para formar el *leitbild*, es la culpabilidad típica especialmente referida a un tipo, como la **intención dirigida a la apropiación de la cosa ajena mueble.**

5.—La tipicidad (*tipyzitat*) que es el elemento esencial del delito es la **conducta humana adecuada a la descriminación legal.**

c).—**Juicio Crítico.**—Sin menoscabo del mérito de la obra de Beling respecto de la teoría del tipo, es peligroso aceptar del todo estas construcciones dogmáticas, ya que su aplicación está siempre condicionada al examen de nuestro derecho penal positivo. Con la inclusión los diversos tipos penales formalmente se borra la fronte-

ra que limita la parte general de la parte especial del Derecho Penal. Por otra parte, la creación de diversos tipos y subtipos penales lejos de conducirnos a la concepción unitaria del delito, como principio universal nos conduce al planteamiento de nuevos problemas.

Podemos aceptar, sin embargo, como concepto esencial del delito tipo la función de los distintos contenidos de cada figura autónoma como esquema para la figura delictiva correspondiente. El contenido de cualquier delito tipo traza una línea delimitativa alrededor del hecho configurado. Su sello característico lo recibe del verbo en él contenido, como privar de la vida, apoderarse de cosa ajena mueble, etc. .

d).—Los elementos del tipo.—En todos los casos, la ley para describir modos de conducta se vale de una serie de datos o referencias que constituyen los elementos de cada delito en particular. La necesidad de su mejor conocimiento ha dado origen a la teoría de los elementos del tipo. La mayoría de los autores sostiene la clasificación de los elementos del tipo en objetivos, subjetivos y normativos.

1.—Los elementos objetivos constituyen la descripción objetiva que la ley hace, refiriéndose a conceptos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos y que han de ser apreciados por el juez mediante la simple actividad del conocimiento (Mezger). Así, la muerte de un hombre en el homicidio; la cosa mueble en el robo, etc.

2.—Los elementos subjetivos se refieren a la intención, propósito o móvil del agente. Diferencia muy sutil que se establece entre los elementos subjetivos que integran la culpabilidad y los que se refieren al tipo especialmente. El tipo determina un propósito, un móvil o estado de ánimo, que es el único con relevancia para constituir la acción en delito o cuando menos para considerarla comprendida en el tipo que contiene la exigencia del elemento subjetivo. Quien sustrae o retiene a una mujer por medio de la fuerza o intimidación podrá estar cometiendo el delito de privación ilegal de la libertad si lo hace con propósitos de lucro o de venganza; pero para que se dé el delito de rapto son necesarias las miras deshonestas.

3.—Los elementos normativos implican una valoración jurídica o cultural; que las legislaciones suelen manifestar con los calificativos de ilegítimo o ilegítimamente, sin autorización, etc. (11)

e).—**Función de la Tipicidad.**—El problema atinente a la función de la tipicidad se ha tratado de resolver bajo tres aspectos distintos:

1.—**Independencia.**—En su primera fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

2.—**Ratio Cognoscendi.**—Posición adoptada por Max Ernesto Mayer, para quien la tipicidad no es ya una mera descripción, atribuyéndole un carácter indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma, que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuridicidad.

3.—**Ratio Essendi.**—La tercera fase, extremadamente opuesta a la concepción de Beling, se halla representada por Edmundo Mezger cuyo pensamiento ya se advierte en su definición del delito como “una acción típicamente antijurídica y culpable” y no simplemente una acción típica, antijurídica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye en primer término una conducta típicamente antijurídica; el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluyen en la antijuridicidad, primero como injusto objetivo y después como injusto tipificado. En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad llegando a constituir la base real de ésta; es decir, su ratio essendi.

(11).—Confróntose Jiménez de Asúa, Op. cit. pp. 319 y ss.

Idem.—Fontán Balestra, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 289 y ss.

Idem.—Beling, Esquema de Derecho Penal y Doctrina del Delito Tipo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 52 y ss.

f).—**Referencia.**—La distinta interpretación que han dado los autores a la función que debe desempeñar la tipicidad en la dogmática del delito se debe por una parte a influencias políticas, y por otra, a una exagerada abstracción que se ha pretendido hacer de los elementos del delito. Por eso debemos reconocer, con Jiménez de Asúa, que la tipicidad no puede ser absolutamente independizada de los restantes caracteres del delito; pero sería también erróneo hacer con todos los caracteres de la infracción un todo indisoluble, precedido por una parte de la voluntad criminal, y de otra, por el resultado lesivo de los intereses de la comunidad o del pueblo. Por lo demás, es evidente que al establecerse, por el legislador, los diversos tipos de ilicitud punibles se coloca en la hipótesis de que con ellos se vulneran los intereses jurídicamente protegidos o se ofenden los ideales valorativos de la comunidad. Por tanto, nos adherimos a la opinión de Mayer que sostiene el carácter indiciario de la tipicidad. (12)

IV.—LA ANTIJURIDICIDAD.— NOCION GENERAL.— No obstante que, como acabamos de ver, la tipicidad implica un indicio de antijuridicidad, es necesario que este segundo elemento quede comprobado plenamente para que una conducta típica sea punible.

No pudiendo profundizar en el estudio de las diversas teorías tan numerosas como contradictorias que se han elaborado en torno a la antijuridicidad, por impedirnoslo la índole de este trabajo, haremos de hacer tan solo una breve referencia de las mismas para después establecer el concepto que a nuestro juicio es el más aceptable de acuerdo con el pensamiento jurídico predominante.

Los principales problemas que se suscitan en torno a la antijuridicidad son los siguientes:

a).—En primer término se discute sobre si deben usarse como sinónimos de lo **antijurídico** tanto lo **injusto** como lo **ilícito** y hasta simplemente lo **ajurídico** (no derecho). Dado que no existen en nuestra lengua palabras tan sinónimas que las unas signifiquen exactamente lo que las otras, dentro de una técnica jurídica depurada

(12).—Vid. Jiménez de Asúa, Op. cit. pp. 296 y ss.

no se podrá aceptar mas que convencionalmente la sinonimia de los términos aludidos de injusto, ilícito y antijurídico.

b).—En segundo lugar, trátase de determinar si lo antijurídico es lo opuesto tan solo al Derecho Penal, mejor dicho, a las normas de Derecho Penal o también a las normas de las demás ramas jurídicas que integran todo el sistema. Sobre este punto opinamos que debe prevalecer el concepto de la antijuridicidad comprensiva de todo el orden jurídico en general, o sea la teoría unitaria de la antijuridicidad, puesto que este carácter del delito no se deduce únicamente del Derecho Penal sino, más bien, o mejor dicho también de las restantes ramas del Derecho.

c).—El tercer problema, por cierto el más intrincado, es el atinente a la consideración de si lo antijurídico debe o no incluirse dentro de los elementos integrantes del delito. Todo depende del concepto que uno se forje de este instituto; pues si tomamos en cuenta que los autores aún no se ponen de acuerdo sobre el concepto esencial de lo jurídico, menos podríamos coincidir en el concepto opuesto que es lo antijurídico. Para Kelsen, p.e. "Lo determinante para el concepto de lo antijurídico no es el motivo del legislador, no es la circunstancia de que un hecho sea contrario a los deseos de la autoridad que establece las normas, de que sea socialmente nocivo; sino única y exclusivamente, la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica: el ser la condición para la reacción específica del derecho, para el acto coactivo (que es la acción del Estado)... Mediante este modo de consideración, lo antijurídico se convierte, de negación del Derecho que parece ser desde un punto de vista jurídico-político, en condición específica del Derecho, y sólo entonces en un objeto posible del conocimiento jurídico..." El maestro Julio Klein opina que "la idea de antijuridicidad fue elaborada por la doctrina a modo de concepto que abarca la totalidad de los casos de ausencia de facultad o deber, jurídicamente establecidos, para conducirse en el sentido de determinado delito; así, el verdugo que priva de la vida al reo de muerte, no comete el delito de homicidio porque cumple con un deber jurídico; o el funcionario judicial que al realizar un embargo se apodera de

cosa ajena mueble sin consentimiento de quien puede disponer de ella conforme a la ley, no comete el delito de robo, por cumplir, con un deber jurídico... La idea de antijuridicidad se nos presenta, pues, (concluye el maestro Klein) como una innecesaria y pernicioso sustantivación y reduplicación de las facultades y deberes, jurídicamente establecidos, para conducirse en el sentido de un delito determinado". De todo esto se desprende que los autores acabados de mencionar niegan a la antijuridicidad el carácter de pieza dogmática del delito. (13)

Para los autores que reconocen que la antijuridicidad constituye un elemento integrante del delito la conceptúan ante todo como un juicio valorativo. El tipo es la descripción; la antijuridicidad es la estimativa del acto —ha dicho Jiménez de Asúa—. Así el homicidio definido objetivamente por la ley se castiga por ser antijurídico, salvo si la legítima defensa, p.e., transforma en jurídica la acción.

a).—**Objeto Sobre que Recae.**—El juicio de valoración aludido debe recaer tanto en la conducta humana como en el resultado típicos. La conducta humana, dice el maestro Jiménez Huerta, es un acontecimiento o suceso externo que unas veces adquiere por sí sola valor ante el orden jurídico y otras, se plasma en un resultado material. El orden jurídico valora, según las exigencias de la propia vida, tanto las conductas como los resultados... Tan antijurídica es la acción del que pone en ejecución actos externos con el fin de matar a otro, como el estado de muerte producido como efecto de la conducta. En el primer caso se pone en peligro de lesión el bien jurídico de la vida; en el segundo, este bien jurídico es real y efectivamente lesionado. La valoración jurídica debe proyectar,

(13).—Vid. más ampliamente, Mezger, Tratado, t. I p. 360.

Idem.—Beling, Esquema, pp. 21 y ss.

Idem.—Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, p. 227.

Idem.—Julio Klein Quintana, Ensayo de Una Teoría Jurídica del Derecho Penal, Ed. Librería de Manuel Porrúa, México, 1951, pp. 71 y 72.

Idem.—Kelsen, La Teoría Pura del Derecho, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 53 y ss.

pues, sus rectilíneos rayos tanto sobre la dinámica como sobre la estática del acaecimiento o suceder humano. (14)

b).—**La Antijuridicidad formal y material.**—Para los sostenedores de la teoría dualista de la antijuridicidad si la estimativa jurídica se circunscribe a la verificación de una conducta contradictoria con un precepto jurídico positivo determinado, a las normas establecidas por el Estado, tenemos la antijuridicidad formal; si se toma en cuenta la oposición de la conducta humana a los intereses tutelados por la norma tratase entonces de una antijuridicidad material. Esta teoría dualista de la antijuridicidad sostenida principalmente por Von Liszt es acremente criticada por Jiménez de Asúa al decir que: "el más leve ensayo de crítica arruina esta concepción dualista... Obsérvese, en primer término, que esta teoría tan aparentemente nueva es de abolengo viejísimo y se fundamenta en el dualismo entre el Derecho natural y el Derecho positivo...". (15)

Por nuestra parte, rechazamos también esta teoría dualista y nos adherimos a la teoría unitaria de la antijuridicidad, por la razón de que para emitir un juicio valorativo sobre una conducta, ésta debe hallarse en relación de contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico; pero, por otra parte, sería erróneo limitar el concepto de antijuridicidad a esta mera relación formal, puesto que, bien mirado el problema es obvio que lo que contradice dicho orden ha de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico. (16)

c).—**La Antijuridicidad Objetiva y la Antijuridicidad Subjetiva.**—Se discute apasionadamente también sobre si la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada o si debe hacerse en función del autor. El hecho de reconocer el carácter unitario del delito en genreal y de la antijuridicidad en particular no debe impedirnos delimitar con

(14).—Jiménez Huerta, *La Antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 25.

(15).—Jiménez de Asúa, *Op. cit.* pp. 349 y ss.

(16).—Vid. Jiménez Huerta, *op. cit.* 31 y 32.

la debida pulcritud esta distinción so pena de caer en lamentables confusiones. Conviene, pues, reconocer el carácter objetivo de la antijuridicidad en el sentido de que es antijurídico todo comportamiento que, objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento jurídico, o mejor dicho, con el derecho objetivo en su función de valoración de los hechos; pues de lo contrario se borraría toda distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad así como entre las causas que excluyen a la una y a la otra.

d).—**Concepto Esencial de la Antijuridicidad.**—En vista de que los conceptos de antijuridicidad formal y material, objetiva y subjetiva son insuficientes para establecer la tónica esencial de esta institución como pieza dogmática del delito preferimos conceptualarla, de acuerdo con el maestro Jiménez Huerta, como "la conducta lesiva de los bienes jurídicamente protegidos y que ofenden los ideales valorativos de la comunidad".

V.—LA CULPABILIDAD. CONCEPTO GENERAL.— Para que la conducta típica y antijurídica del imputable se repunte como hecho condicionante de una pena se requiere que sea además culpable (dolosa o culposa, art. 8 fr I y II c.p). La acción voluntaria encuadrada en la especial figura delictiva que sea lesiva de intereses jurídicamente protegidos y ofensiva de los ideales valorativos de la comunidad para ser punible necesita, además, serle reprochable personalmente al autor.

Desde un punto de vista muy general, la culpabilidad ha sido conceptualada como el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto (Jiménez de Asúa) o como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (Mezger). La reprochabilidad de la conducta obedece a que el sujeto de la acción no obró conforme a la norma imperativa o prohibitiva que sustenta un determinado precepto legal.

La antijuridicidad, dijimos, es de carácter eminentemente objetivo, en tanto que la culpabilidad implica el análisis de determinada situación subjetiva ante el hecho, fundamentalmente psicológica, que ha de enfrentarse con la ley, por ser un elemento indis-

pensable para que una conducta humana acarree como consecuencia una pena.

La Culpabilidad Como Elemento Constitutivo del Delito.—La culpabilidad sólo podrá establecerse en razón de una conducta típicamente antijurídica. No puede admitirse la culpabilidad cuando la relación del sujeto con el resultado de su acción (u omisión) se encuentra fuera de su dominio, como el caso fortuito que está por debajo del límite mínimo de la culpabilidad que es la culpa (17)

A pesar de que en el Derecho penal moderno se adopta la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal, su contenido y estructura siguen siendo objeto de las más vivas controversias.

(17).—El principio *no hay pena sin culpabilidad* es también una conquista del Derecho Penal moderno. Son excepciones de él "la responsabilidad por el resultado", el "versari in re illicita". "Los delitos calificados por el resultado", que los autores tudescos califican de "baldón ignominioso de nuestra época", y la "peligrosidad".

SEGUNDA PARTE.

LA DEFENSA PUTATIVA.

CAPITULO PRIMERO

LA CULPABILIDAD EN PARTICULAR

I.—LA CULPABILIDAD EN LA DOGMATICA MODERNA.—

Es natural que la culpabilidad sea conceptuada, desde un punto de vista dogmático, de diversa manera por las distintas "escuelas penales", desde la Clásica y la Positiva hasta las que sustentan nuevas tendencias contemporáneamente. Sin embargo, las doctrinas más sobresalientes que merecen especial mención son tres: La doctrina de las "fuerzas" de Carrara, la doctrina "psicológica" de Soler y la doctrina "normativa" de Mezger.

a).—Teoría de las Fuerzas de Carrara.—En la conceptualización dicotómica del delito, desarrollada principalmente por Carrara, la culpabilidad no aparece aún con autonomía nominal; ésta sólo se logra a través de la labor incansable de los juristas alemanes del presente siglo.

En la teoría de Carrara la culpabilidad es la fuerza moral subjetiva del delito, la fuerza moral de la acción. el contenido psicológico de la culpabilidad es la intención cuyos elementos son el intelecto y la voluntad, los que a su turno tienen como elementos respectivamente el conocimiento de la ley y la previsión de los efectos, la libertad de elegir y la voluntad de actuar. (18) Distingue dos especies de

intención: la directa y la indirecta. Sobre esta distinción apoya la de dolo y culpa. La finalidad de esta teoría de las fuerzas unifica el elemento moral del delito como lo hace con el material; el criterio sobre que se asienta la teoría de la fuerza moral subjetiva del delito no admite la distinción clasificatoria de imputabilidad y culpabilidad, y, en consecuencia, tampoco de las causas que excluyen a la una y a la otra. A pesar de todo, es meritoria esta teoría por haber permitido la apertura de nuevos cauces en la dogmática penal para la consagración del postulado "no hay pena sin culpabilidad".

b).—**Teoría Psicológica de Soler.**—Para la doctrina psicológica, la culpabilidad tiene por contenido únicamente lo relativo a la relación del hecho ilícito con su autor.

De esta manera su contenido se reduce a un solo elemento, el hecho psicológico representativo de esa relación, quedando fuera de ella todo lo que no corresponda a tal situación de hecho. Se explica que quede fuera de la culpabilidad lo atinente a la capacidad de las personas para ser culpables (la imputabilidad) porque el estado de salud o de desarrollo mental o el estado de conciencia que la ley exige en el autor para que su vinculación psicológica con el hecho ilícito lo haga responsable del mismo, no representa esta vinculación sino que constituye un presupuesto de ella. Tampoco entran como componentes de la culpabilidad las causas que excluyen la imputabilidad y, desde luego, tampoco las que excluyen la culpabilidad. Según esta teoría, la culpabilidad propiamente dicha queda reducida a las dos formas de vinculación que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito a efecto de que aquél sea jurídicamente responsable del delito. Esas dos formas de vinculación son el dolo y la culpa, que representan las dos especies de la culpabilidad, dos maneras en que puede vincularse psicológicamente el autor a su hecho ilícito y que agota la totalidad del contenido psíquico de ella. (19)

c).—**Teoría Normativa de Mezger.**—La doctrina normativa re-

(18).—Carrara, *Programma*, párrafos 59 a 63.

(19).—Soler, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, t. II p. 67.

presentada por Mezger (20) ve en la culpabilidad no una situación de hecho psicológica, sino una situación de hecho valorizada normativamente. La culpabilidad tiene, según Mezger, como punto de referencia una situación de hecho, de ordinario psicológica, que yace en el sujeto. Pero esta situación de hecho no se eleva a la categoría de culpabilidad sino mediante un juicio valorativo del que juzga. La realidad de hecho se eleva al concepto de culpabilidad sólo si el que juzga lo considera como un proceso reprochable al autor. El juicio de culpabilidad dice Mezger es, ciertamente, un juicio en referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, un juicio de referencia como se ha denominado en la bibliografía; pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una valoración de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino esa situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra, culpabilidad es reprochabilidad. (21)

d).—**Nuestro Punto de Vista.**—La teoría de la culpabilidad está parcialmente resuelta por la doctrina psicológica en el punto que la considera como una situación de hecho predominantemente psicológica. Pero como con este único criterio quedarían sin solución muchos casos en los que a pesar de darse esta situación fáctica no podría, sin embargo, incriminarse al agente, pongamos por caso, por no podersele exigir otra conducta, concordamos con Mezger en que el concepto de culpabilidad sólo se integra cuando esa situación de hecho funja como objeto de un juicio valorativo ((desvalorativo) del que juzga; sin que para desvirtuar esta opinión valga el argumento de que no puede estar la culpabilidad de un sujeto en la cabeza de otro; porque se entiende que el que juzga habrá de sujetarse a la pauta que le imponen las normas de cultura que en un momento dado rigen en un determinado medio social. De otro modo, resulta-

(20).—Vid. Mezger, op. cit. t. II párrafo 19.—Goldschmith, La Concepción Normativa de la Culpabilidad, Ed. Depalma, Bs. Aires 1943, Núm. I.

(21).—Mezger, Tratado, t. II. Párrafo 33.

ría absurdo subordinar el establecimiento de la escala de valores a la individual estimativa de los destinatarios de la norma penal. Pues, en todo caso, así como sucede con el tatbestand legal en el que no se puede exigir al autor su conocimiento técnico, sino tan solo vulgar, tampoco sería prudente exigirle un conocimiento especial de Estimativa Jurídica cuando o en el momento que se encuentre en presencia de un conflicto de valores jurídicos.

II.—GRADOS DE LA CULPABILIDAD.—La reprobación personal de la conducta antijurídica puede hacerse a título de dolo o a título de culpa. Aún cuando la communis opinio reconoce estas dos formas de vinculación del autor con el resultado típico de su acción, sin embargo de ello, reina gran anarquía por lo que respecta a la determinación de la naturaleza de uno y otra. Algunos autores como Beling (22) les atribuye el carácter de grados de la culpabilidad; otros, como Cuello Calón y Fontán Balestra (23) dicen que se trata de formas en que la culpabilidad puede manifestarse; para Mezger, (24) el dolo y la culpa son características legales de la culpabilidad. Finalmente, para otro grupo de autores, como Jiménez de Asúa (25), Binding y Grossman, el dolo y la culpa constituyen auténticas especies en las cuales encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Todos los anteriores conceptos dependen de la teoría de la culpabilidad que se adopte. Dentro de un normativismo puro debe conservarse el carácter de grados de la culpabilidad al dolo y a la culpa.

El Dolo.—Teorías.—Actúa dolosamente —dice Mezger— el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado. A efecto de una mejor comprensión de los elementos que encierra esta noción general del dolo, conviene recordar las principales teorías que tratan de explicarlo.

a).—**Teoría de la Voluntad.**—Esta es la primera en el tiempo

(22).—Esquema, pp. 35 y 36.

(23).—Fontán Balestra, Op. cit. p. 246.

(24).—Tratado, t. II, párrafos 33 y ss.

(25).—La Ley y el Delito, p. 451.

y que fue aceptada por los clásicos para quienes "el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley". Para los partidarios de esta teoría son requisitos necesarios: 1o.) el conocimiento de los hechos y su significación; el conocimiento de los hechos importa el conocimiento de la relación que existe entre el hecho que se realiza y su lógica o posible consecuencia; la significación ha de referirse a la naturaleza delictuosa de la acción; 2o.) que el autor se haya propuesto ocasionar intencionalmente el resultado; la representación del resultado debe ser el móvil del acto.

b).—**Teoría de la Representación.**—Los sostenedores de esta teoría consideran que la voluntariedad contiene demasiadas exigencias subjetivas y que no puede abarcar todas las modalidades del dolo. Además el elemento subjetivo es de difícil comprobación si no se toman en cuenta circunstancias externas del hecho que sirvan de referencia. Por tanto, en la doctrina de la representación se reemplaza el concepto de voluntad por el de representación o previsión del resultado.

Es sobremanca ilustrativo un ejemplo que cita Fontán Balestra para establecer el parangón entre las dos doctrinas acabadas de citar. Así, dice, si un individuo apunta su arma cargada contra otro y aprieta la cola del disparador, es evidente que tuvo la intención de matarlo (doctrina de la voluntad) y lo es, también, que debió forzosamente prever que lo mataría (doctrina de la representación). Interrogado el autor del disparo, podrá negar, sin embargo, haber querido ocasionar la muerte de su víctima; pero la teoría de la representación presume que, habiéndolo previsto, lo ha querido.

c).—**Teoría del Asentimiento.**—Dado que los conceptos penales se encuentran en un continuo devenir de elaboración, las teorías de la voluntad y de la representación no han bastado para resolver los distintos casos que la realidad ofrece, por lo que ha sido necesario agregar a las precedentes una nueva teoría que trata de explicar el dolo y que se conoce en la bibliografía como teoría del asentimiento. Según esta teoría, para la existencia del dolo, se requiere como elemento indispensable la previsión o representación de un

resultado como cierto, probable o posible, pero no se exige la intención o voluntad del resultado, sino que resulta suficiente con la aceptación o asentimiento. Si la representación del resultado no depende al autor en su acción, entonces es evidente que lo acepta. (26)

III.—ELEMENTOS DEL DOLO.—A nuestro modo de ver el concepto cabal del dolo puede obtenerse mediante una conveniente combinación de la teoría de la voluntad y la de la representación. De esta manera podemos advertir que consta fundamentalmente de dos clases de elementos, a saber: los intelectuales y los afectivos (emocionales).

a).—**Elementos intelectuales.**—Los elementos intelectuales suponen una operación cognoscitiva, una función intelectual, un conocimiento de determinados hechos actos o conductas que integran el elemento naturalístico del delito. Hay discrepancia de opiniones entre los autores respecto de la naturaleza específica del hecho cuyo conocimiento debe exigirse al autor. Según Beling, se requiere el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al delito tipo. Franz Von Liszt opina que debe exigirse la conciencia de las circunstancias de hecho, pero no la conciencia de lo injusto; y Binding, exigió la conciencia de la antijuridicidad como elemento ético del dolo. Nosotros opinamos, con Jiménez de Asúa, que para la integración del elemento intelectual del dolo se debe exigir la conciencia de violar el deber; pero es útil reconocer con los autores alemanes la exigencia del conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, no en el sentido del *tatbestand* técnico, sino más bien, en el sentido de un conocimiento vulgar, profano. (27)

b).—**Elementos Afectivos.**—Para construir el dolo no basta la constatación de la conciencia de violar el deber o del conocimiento de las circunstancias de hecho y de su significación jurídica, sino que es necesario, además, la voluntad, la intención y el fin del agente. La voluntad es la acción en sí misma y el fin es el resultado querido. Se quiso el disparo —dice Ferri— (voluntad del acto en

(26).—Véase Fontán Balestra, Op. cit. pp. 247 y 248.

(27).—Consúltese Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 455.

sí) para matar por odio (intención que corresponde al fin inmediato del acto), privando así de la vida a un hombre (motivo psicológico o determinante.) lo que se sabe está prohibido por el derecho (conciencia del ilícito jurídico). (28)

IV.—CLASES DE DOLO.—La literatura jurídica contiene páginas interminables destinadas a la clasificación del dolo. “Los clásicos —dice Jiménez de Asúa— acostumbraron a distinguir el dolo por su intensidad y duración, en **dolo de ímpetu o pasional, o lo repentino, dolo con simple deliberación y dolo premeditado...**” “Los italianos distinguieron el dolo en **directo, indirecto, alternativo y eventual**”. Para el autor hispano en la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de dolo: a) **dolus directus**, b) **dolo con intención ulterior**, mal llamado **dolo específico**, c) **dolo de consecuencias necesarias** y d) **dolo eventual**. (29)

V.—EL DOLO EN NUESTRA LEGISLACION.—En el Derecho Penal mexicano no se hace expresa mención de las distintas denominaciones del dolo, pero de acuerdo con la fórmula adoptada por el Código penal de 1931 podemos distinguir el **dolo genérico**, el **dolo con intención ulterior o específico**, el **dolo de consecuencias necesarias**, el **indirecto** y el **eventual**. En efecto, el Art. 9 c.p. preceptúa que “la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... I.—Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño (**dolo genérico**); II.—Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito (**dolo de consecuencias necesarias**); o si el imputado previo (**dolo eventual**) o pudo prever (**dolo indirecto**) esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes...” El **dolo con intención ulterior o específico** se da implícitamente en cada uno de los delitos tipificados en el Código Penal y es el que, como vimos con antelación, unido a la manifestación externa de la voluntad constituye el delito-ti-

(28).—Ferri, Principios de Derecho Criminal, Ed. Reus, Madrid, 1933, p. 591.

(29).—Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 460.

VI.—LA CULPA.—CONCEPTO Y DEFINICION.—Se define la culpa como el obrar sin la inteligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que a uno le incumbe personalmente, pudiendo prever la aparición del resultado (Mezger).

En opinión del tratadista Jiménez de Asúa, deben unirse los elementos afectivos de voluntad y representación, más el elemento intelectual del deber que se desconoce para poder conceptuar la culpa como "la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de **previsión** del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido el fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".

a).—**Naturaleza de la Culpa.**—Las discusiones en torno a la determinación de la naturaleza de la culpa así como con respecto a la fundamentación de su punibilidad han dado lugar a la elaboración de diversas teorías.

En los últimos años surgen cuatro interesantes doctrinas sobre la culpa: a) **la orgánica** de Von Liszt (que concilia la clásica doctrina de la previsibilidad y vicio de la voluntad con las opiniones de los autores que hablan de una falta de atención... o falta de sentido social); b) **la del acto de voluntad** de Binding (que rechaza Jiménez de Asúa por no ser aplicable en los casos de culpa inconsciente); c) **la psicoanalítica** de Alexander y Staub (consistente en la acción defectuosa, en la que a causa de motivos varios se abre paso una tendencia criminal inconsciente, y que también es rechazada por indemostrable); y, d) **la teoría de Mezger** (que apoya su doctrina de la culpa en la tesis de la **referencia anímica** al resultado por lo menos establecida de manera general).

Por todo lo anterior, y de acuerdo con el concepto general de la culpabilidad podemos atribuirle el carácter de excepcional, y la punibilidad de los actos culposos se establece para evitar los resultados

luctuosos de los actos que siendo previsibles no fueron previstos por el agente.

b).—**Los Elementos de la Culpa.**—De acuerdo con la teoría orgánica de Von Liszt y que, en opinión del maestro Carrancá y Trujillo, es la que se encuentra consagrada en el Derecho Penal mexicano, los elementos de la culpa son los siguientes:

1.—**Falta de precaución en la manifestación de la voluntad**, es decir desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por las circunstancias y medido, en general, por la naturaleza objetiva de la acción; la no aplicación de la atención, el no cumplimiento debido, es lo que se llama falta de voluntad;

2.—**Falta de previsión**, o sea que el agente haya podido prever el resultado como efecto del acto y reconocer sus elementos esenciales; todo ello dadas las facultades mentales del sujeto en general y en el momento de la acción, es decir, según una medida subjetiva especial, pues a lo que se atiende es a la falta de previsión y no a la falta de inteligencia; y

3.—**Falta de sentido de la significación del acto**, es decir, no haber reconocido, siendo posible hacerlo, la significación antisocial del acto, a causa de la indiferencia del agente frente a la exigencia de la vida social.

Por tanto, los delitos culposos o por imprudencia en nuestro Derecho se integran con los siguientes elementos: Primero.—**Una conducta humana** (positiva o negativa) que produzca (directa o indirectamente) un daño igual que un delito intencional (típico). Segundo.—La existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o falta de cuidado. Tercero.—Imputación legal del daño sobre quien por su estado subjetivo de culposidad (imputabilidad) produce el acto u omisión causal, (Art. 8 Fr. II c.p.) (30)

c).—**Clases de Culpa.**—Haciendo a un lado las vicjas especies

(30).—Ver Carrancá y Trujillo, op. cit. p. 264.

de culpa (culpa lata, leve y levisima) ahora se prefiere emplear las denominaciones: culpa consciente y culpa inconsciente.

1.—**Culpa Consciente.**—Esta consiste en un saber dudoso de las circunstancias del hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiormente de acuerdo, pues él espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la inconsciencia de la llamada antijuridicidad material del hecho y el querer de la actividad causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se presentará descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad.

2.—**Culpa Inconsciente.**—La culpa inconsciente, en cambio, estriba en la ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de provisión del resultado. Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer o de omitir, pero también puede descansar en una mera inconsciencia de la voluntad (olvido).

VII.—La CULPA EN LA LEGISLACION MEXICANA.—En nuestro Derecho Penal podemos distinguir entre culpa leve y grave, dejando su calificación al prudente arbitrio del juez, para lo cual deberá tomar en cuenta, especialmente, la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño, si para esto bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia; si el acusado delinquirió anteriormente en circunstancias semejantes y si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios (Art. 60 c.p.). Puede encontrarse también una especie de culpa levisima en los delitos por imprudencia que no produzcan lesiones o que causen solamente daño en propiedad ajena por un valor menor de veinticinco pesos (art. 62 c.p.). (31)

(31).—Lo preceptuado por este artículo y por otros diversos del c.p.v. atinentes a los delitos contra las personas en su patrimonio, especialmente, es censurable a la luz de los postulados del Derecho Penal moderno que detestan la calificación de los delitos por el resultado.

En concreto, en nuestro Derecho Penal los delitos culposos se denominan genéricamente no intencionales o de imprudencia y se cometen por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado (art. 8 Fr. II c.p.). De esta enumeración legal, enseña el maestro Carrancá y Trujillo, (32) sólo quedan con propia sustantividad la negligencia y la impericia, una y otra por imprevisión, falta de reflexión o de cuidado.

LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES.—Habiendo ya expuesto el concepto de la culpabilidad en sus grados de dolo y culpa y considerando, en síntesis, al primero como la conciencia de violar el deber y a la segunda como la producción del resultado previsto y debido prever, debemos analizar determinados casos en que concurren a la vez el dolo y la culpa. Para algunos autores (33) existen en estos casos una forma de dolus (dolo preterintencional); para otros (34) no hay más que un concurso de dolo y culpa; y, finalmente, para otro grupo de autores (35) los delitos que en estos casos suelen llamarse preterintencionales no son más que los de nominados delitos calificados por el resultado.

Desde luego, descartamos la teoría del dolo preterintencional por su contraditio in terminis (dolo más allá de la intención) y la teoría de los delitos calificados por el resultado, por oponerse ésta al principio: **no hay pena sin culpabilidad** y nos adherimos a la teoría más aceptable que es aquella que ve en los delitos preterintencionales una mixtura de dolo y culpa; dolo respecto de la lesión y culpa respecto de la muerte. En nuestro Derecho positivo se reconocen sólo los delitos intencionales (dolosos) y los no intencionales o de imprudencia (culposos) y se incluye dentro de los primeros a los delitos denominados preterintencionales; pues de acuerdo con la fracción II del Art. 9 c.p. la presunción de intencionalidad no se destruirá aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

(32).—Der. Penal. Mex. p. 268.

(33).—Como Florian, Alimena, E. Gómez, etc.

(34).—Así Marcelo Finzi, José Urureta Goyena, Vanini, Tabío, etc.

(35).—En número muy reducido.

CAPITULO SEGUNDO

LA INCULPABILIDAD.

I.—LA INCULPABILIDAD. CONCEPTO Y DEFINICION.—

Por inculpabilidad se entiende el conjunto de las causas o circunstancias que excluyen la culpabilidad, o la ausencia de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Definiciones estas evidentemente tautológicas, dice Jiménez de Asúa, que deben sustituirse por la de "causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche".

II.—LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD Y LAS DEMAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA INCRIMINACION.—Las causas de inculpabilidad, las que excluyen el injusto, así como la atipicidad y la falta de acción (o de omisión penalmente relevante) son impositivas de la integración del delito o hecho condicionante de la pena.

La denominación genérica de todos estos aspectos negativos del delito así como su clasificación son objeto de hondo debate que encuentran sus raíces en la diversa fundamentación filosófica de las escuelas penales. El maestro Carrancá y Trujillo después de criticar las distintas denominaciones de los autores tanto europeos como latinoamericanos propone la terminología "**causas que excluyen la incriminación**" por ser la que gramatical y técnicamente comprende todas las excluyentes. En lo que atañe a la clasificación dice que la opinión dominante de los tratadistas modernos coincide en el punto a reconocer tan solo tres grupos de excluyentes, a saber: causas de inimputabilidad (que comprende las de inculpabilidad), causas de justificación y causas de impunidad o excusas absolutorias.

Sin embargo, a la altura del desarrollo actual de la dogmática penal esta clasificación resulta por demás simplista y expuesta a lamentables confusiones; por lo que es necesario limitar los alcances de la conocida fórmula de Jiménez de Asúa en que trata de resumir las excluyentes cuando dice que "en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena".

En términos generales podemos decir que el efecto común de todas las causas de inincriminación consiste en despojar de relevancia jurídico-penal la conducta humana que de lo contrario sería delictuosa.

En atención a que, de acuerdo con nuestro particular punto de vista, la inimputabilidad no es elemento integrante del delito o hecho condicionante de la pena, sino un tributo personal del sujeto, lo mismo que la peligrosidad, que en todo caso originan una medida de seguridad y no una pena stricto sensu, juzgamos pertinente determinar, grosso modo, la diferencia fundamental entre las causas de inimputabilidad y las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

III.—DIFERENCIA ENTRE LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.—Dentro de la teoría psicológica de la culpabilidad es fácil distinguir las causas de inimputabilidad de aquellas que excluyen la culpabilidad, no así dentro de la teoría normativa proclamada por Mezger en la que se engloban en un solo grupo de excluyentes tanto las que conciernen propiamente a la inimputabilidad como las que corresponden a la inculpabilidad. Por tanto, es conveniente establecer, de acuerdo con Jiménez de Asúa, que el **inimputable es psicológicamente incapaz**; y lo es para toda clase de acciones, ya de una manera permanente como el enajenado; ya transitoriamente, pero durante todo el tiempo de su trastorno en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. En cambio, el **inculpable es completamente capaz** y si no le es reprochada su conducta es porque a causa de error o ignorancia insuperables, por miedo grave, por no podersele exigir otro modo de obrar, etc., en

el juicio de culpabilidad se le absuelve; más para todas otras clases de acciones su capacidad es plena.

IV.—DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.—No es fácil conciliar las distintas teorías sobre la inculpabilidad en vista de que cada autor trata de sostener su punto de vista especial en detrimento de la lucidez y de la solución uniforme del problema.

Cuello Calón, p.e., distingue entre causas que excluyen el dolo, por una parte, y las que excluyen la culpabilidad, por otra. Entre las primeras comprende: I.—La ignorancia y el error de hecho; II.—El error en la persona y en el objeto y la aberratio ictus; III.—La ignorancia o el error de derecho; y IV.—La ignorancia o error penal y extrapenal. Y como causas de exclusión de la culpabilidad considera: I.—La violencia física; II.—La violencia moral; III.—El caso fortuito, y IV.—La no exigibilidad (36). La legislación alemana, según Mezger, reconoce como causas especiales de exclusión de la culpabilidad las siguientes: I) el exceso en la legítima defensa; II) el estado de coacción; III) el estado de necesidad; IV) el mandato jurídico obligatorio y, como causa supralegal, la no exigibilidad de otra conducta. (37)

Y, finalmente, Jiménez de Asúa con mejor técnica, clasifica las causas de inculpabilidad de la siguiente manera: a) el error, con sus especies y variedades; b) las eximentes putativas; c) la obediencia jerárquica; d) la violencia moral; e) omisión insuperable; f) no exigibilidad de otra conducta y g) autoinculpación falsa de un delito para salvar parientes, amigos o bienhechores. (38)

Un somero análisis de las diversas clasificaciones de las causas de inculpabilidad nos permite establecer la siguiente conclusión: Mientras unos autores estudian el error como causa excluyente de dolo, otros creen más exacto considerarlo como causa de inculpabi-

(36).—Cuello Calón, Der. Penal, t. I. Ed. Nal. S. A. México, 1951, pp. 383 y ss.

(37).—Mezger, op. cit. t. II pp. 172 y ss.

(38).—La Ley y el Delito, pp. 489 y ss.

lidad en general, lo que a nuestro juicio representa el enfoque más correcto del problema; pues si bien es cierto que la consecuencia más frecuente del error es eliminar la culpabilidad a título de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en forma culposa, es de admitirse, por otra parte, que también puede destruir la culpabilidad en sus dos grados de dolo y culpa.

V.—LA INCULPABILIDAD EN LA LEGISLACION MEXICANA.—En el Derecho positivo mexicano, influido por la escuela positiva italiana y por la teoría alemana que ve en la culpabilidad dos únicos elementos: la imputabilidad y el dolo o la culpa, se discute si, ciertamente, puede hablarse de la culpabilidad como juicio al que concurren la imputabilidad y la responsabilidad, alegándose que la culpabilidad se forma por la concurrencia de la imputabilidad y el dolo o la culpa. Esta posición, dice el maestro Carrancá y Trujillo, se confronta con la constante jurisprudencia de nuestros tribunales penales, la que enseña que la sentencia de nuestras jurisdicciones concluyen estableciendo la responsabilidad o irresponsabilidad de los sentenciados (procesados) y no su culpabilidad o inculpabilidad. No obstante esta crítica —prosigue el catedrático de nuestra Facultad— entendemos que los tres juicios a que hemos venido refiriéndonos (imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad) se mantiene en nuestro sistema, y que lo que hacen nuestras jurisdicciones no es otra cosa que un juicio de culpabilidad, si bien incorrectamente denominado. En el proceso penal se investiga primeramente si en el acusado existen ciertas condiciones psíquicas que lo hagan imputable. Luego se juzga sobre la existencia o ausencia de una relación de causalidad psíquica entre el inculparable y la acción que en concreto se le imputa (responsabilidad). Por último, la autoridad jurisdiccional resuelve que la acción concretamente imputada se ajusta a la hipótesis prevista por la ley penal, y declara todo esto en los puntos resolutivos de la sentencia definitiva que dicta. Cualquiera que sea la terminología rutinariamente empleada en los documentos, procedentes de nuestros tribunales cuya reiteración por sí sola no acredita ningún consenso teórico el proceso lógico del juicio se funda siempre en el nexo entre una capacidad en abstracto (imputabilidad) seguida de una capacidad en concreto (responsabilidad) declarada por la respectiva ju.

jurisdicción. Y así nuestras sentencias en sus puntos resolutivos resuelven la relación existente entre un sujeto de capacidad penal, una acción concreta, un daño o resultado penal y una ley positiva que rige todos estos elementos. (39)

Si bien es cierto que esta es la realidad de la práctica forense mexicana y que el maestro Carrancá y Trujillo en sus conclusiones sólo trata de interpretar esa realidad, nosotros discrepamos de las opiniones emitidas con respecto a la determinación de los conceptos de responsabilidad y culpabilidad. Por lo que concierne al proceso lógico del juicio estimamos que si bien el uso inveterado de nuestros tribunales en el proceso penal consiste en investigar primeramente si el acusado es imputable, luego si es responsable (si existe una relación de causalidad psíquica entre el inculparable y la acción que en concreto se le imputa), y por último resolver si la acción concretamente imputada se ajusta a determinada hipótesis prevista en la ley penal (tipicidad), declarando todo esto en la sentencia definitiva; también es cierto que este sistema procesal anticuado y caduco no se compagina con los principios que gobiernan la dogmática penal de nuestros días; por lo que, sin pretender ser insuperables, pero sí consecuentes con el moderno desarrollo del Derecho penal proponemos las siguientes conclusiones:

Desde luego, reconocemos que la imputabilidad es una capacidad penal en abstracto que funge como presupuesto de la inculparción del acto.

Discrepamos en lo que toca a la capacidad en concreto, porque ésta no debe identificarse con la responsabilidad.

Tampoco estamos de acuerdo en que la inculparción con base legal declarada por la respectiva jurisdicción sea la propia culpabilidad.

(39).—Raúl Carrancá y Trujillo, *Las Causas que Excluyen la Inculparción*, Derecho Mexicano y Extranjero, MEXICO, 1941, pp. 78 y ss.

El desarrollo lógico de estos conceptos debe ser el siguiente: La **imputabilidad** como capacidad penal en abstracto debe ser el presupuesto del acto inculparable que, por no haberse ejecutado en el sentido de la exigencia de determinada norma legal, puede **reprocharse a título de dolo o de culpa** (culpabilidad) al sujeto activo del delito por el tribunal correspondiente, declarando la **responsabilidad** del acusado.

La terminología rutinariamente empleada en los documentos procesales procedentes de nuestros tribunales deben corresponder exactamente a los conceptos que se tratan de indicar en obvio de deplorables confusiones técnico jurídicas.

Las causas de inculpabilidad, cuando existan, se deben constatar en los puntos resolutivos de las sentencias que pronuncian los tribunales penales, las que a su vez suponen el examen de todos y cada uno de los elementos integrantes del delito; pues aun cuando exista una conducta humana típicamente antijurídica, si el acusado probó haber obrado inculpablemente deberá dictarse sentencia absolutoria.

Por tanto, de acuerdo con el Código Penal Vigente, podemos establecer como causas de inculpabilidad las siguientes:

a).—La violencia moral (vis compulsiva (Art. 15 Fr. IV. c.p.);

b).—La Ignorancia o el Error Insuperable, dentro del que comprendemos las eximentes putativas (Art. 15 Fr. VI. c.p.);

c).—La obediencia jerárquica (Art. 15 Fr. VII); y,

d).—La no exigibilidad de otra conducta (Art. 15 Fr. IX Incisos a, b, c.).

CAPITULO TERCERO

EL ERROR

I.—EL ERROR. SU CONCEPTO.—Tradicionalmente suele distinguirse entre ignorancia y error. La primera supone ausencia absoluta de conocimiento sobre un objeto determinado, en tanto que el error implica un conocimiento que se tiene como verdadero, siendo falso. En otras palabras, la ignorancia consiste en falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.

Aun cuando doctrinariamente se establece esta diferencia entre ignorancia y error, la misma carece de interés práctico ya que es difícil imaginar un puro no saber en el que obra, como porque las legislaciones, en general, suelen equiparar los efectos jurídicos del error y de la ignorancia.

Así es como los autores contemporáneos, dice Jiménez de Asúa, coinciden entre sí en el resultado práctico unificador de que la ignorancia y el error suscitan, en materia de responsabilidad criminal, un solo problema y que por ello deben ser tratados según los mismos principios. Algunos de los tratadistas más eminentes, como Manzini y Florian, afirman que la ignorancia comprende el error. Alimena, por su parte, destruye con más energía las diferencias existentes entre ignorancia y error diciendo que "tanto es éste ignorancia como aquella error". Y Carlos Binding afirma que todo conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento y, a su vez, todo no conocimiento es un conocimiento erróneo.

II.—CLASES DE ERROR.—Antes de abordar el estudio del error según la clasificación tradicional (error facti et error juris y el error in person avel in objecto y la aberratio ictus) conviene establecer una primera clasificación del error en **error esencial** en contraposición al **error accidental** y el **error insuperable o invencible** frente al **error vencible o salvable**, ya que cuando nos hallemos en presencia de un error esencial e insuperable a la vez estaremos frente a una causa que excluye totalmente la culpabilidad.

a).—**El Error Esencial y el Error Accidental.**—El error es esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminalosa del acto que realiza, lo cual puede consistir en una falsa apreciación de las circunstancias o de los hechos que cambian la valoración jurídica de ellos. Hay error esencial (excluyente de dolo), dice Beling, cuando al autor por fuerza del error, se le representó el estado real de hecho de tal modo que de éste no se habría originado el delito tipo (objetivamente por él producido)... y cuando el error del autor ocultó la ilicitud objetivamente producida y éste consideró inobjetable su conducta... bien porque el desconocimiento de la situación de hecho (que funda la antijuricidad) no le pareció al autor que fuese ilícito su proceder... o... porque el autor pensó que el orden jurídico no se oponía a un proceder como el suyo. (40).

El error accidental, en contraposición al error esencial, no impide comprender la criminalidad del acto y, por tanto, carece de efectos exculpantes. Quien mata a **A** tomándolo por **B** no podrá decir que su error le impidió comprender la criminalidad de su acto; pues tan delictiva es la conducta encaminada a producir la muerte de **A** como la de **B**.

b).—**El Error Insuperable y el Error Vencible.**—El error es insuperable cuando es invencible, es decir, cuando se ha incurrido en él no obstante haberse conducido el autor diligentemente según las exigencias normales de la naturaleza de los

(40).—Beling, Esquema, pp. 82 y ss.

hechos; no puede exigirse una minuciosidad y una diligencia que no sean comunes. En otras palabras: siempre que el error no sea consecuencia de la imprudencia o negligencia del autor, será insuperable; pues en el caso contrario, o sea en el caso de un error vencible o salvable, podrá eliminarse el dolo pero no la culpa.

En conclusión, cuando el error es esencial e insuperable excluye totalmente la culpabilidad; si es esencial, pero no insuperable subsistirá la culpabilidad en grado culposo, y cuando no sea ni esencial ni insuperable, las consecuencias serán idénticas a las que atribuimos al error accidental. (41)

c).—**El Error de Hecho y el Error de Derecho.**—La tradición jurídico-penal establece, desde el derecho romano, la distinción entre el error de hecho y el error de derecho, entendiéndose que el primero recae sobre los hechos jurídicos, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica, en tanto que el segundo versa sobre una regla de derecho. Modernamente, según explica Jiménez de Asúa, no faltan tratadistas que mantengan la distinción tradicional. La sustentan, en primer término, la inmensa mayoría de los criminalistas italianos y franceses e incluso (a pesar de que en Alemania parece predominar la teoría unificadora) algunos penalistas alemanes de nombradía.

La utilidad práctica que nos proporciona esta clasificación no debe llevarnos, sin embargo, al extremo de despojar de relevancia jurídico-penal al error de derecho, según el principio **ignorantia vel error juris non excusat**, sino que, por el contrario, encuadrándolo dentro de la clasificación fundamental del error que expusimos en los incisos a y b precedentes, reconocer que cuando aquél sea esencial e insuperable (como cuando el agente piensa que el orden jurídico no se oponía a un proceder como el suyo) debe producir efectos totalmente exculpantes, o dejar subsis-

(41).—Vid. Jiménez de Asúa, op. cit. p. 500.
Idem. Beling, Esquema, p. 82.

tente la culpabilidad en grado de culpa cuando el error *juris* sea esencial pero no insuperable.

d).—**Teoría Unitaria del Error.**—Frente a la teoría bipartita del error ha surgido modernamente una corriente doctrinaria que se opone a esta rigurosa separación. Binding, citado en la bibliografía, que es quien ha atacado más enérgicamente la posición separatista dice que con el enfoque del derecho, sólo interesa el error que verse sobre un hecho de trascendencia jurídica; el error sobre los hechos de la vida que no tengan significación para el derecho no tienen relevancia alguna. Así ocurre, p.e., con el conocimiento que alguien puede tener de que el Sol gira alrededor de la Tierra. En cambio, los hechos con significación jurídica se componen tanto de normas como de hechos; es el conjunto lo que constituyen los hechos con esa significación. Por eso el error sobre la vida de un hombre, sobre la existencia de una norma, sobre la determinación de pena, etc., son todos errores jurídicamente relevantes. De ello, concluye Binding, se deduce que todo error que ofrezca interés jurídico, que sea jurídicamente relevante, es un error de derecho; y el error que verse sobre los hechos desnudos no puede tomarse en consideración. (42).

Estas conclusiones a que llega la teoría unitaria del error son perfectamente compatibles con las que expusimos en la clasificación fundamental (del error esencial y accidental), puesto que si bien es cierto que no puede imaginarse un error exclusivamente de hecho, no lo es menos que cuando aquél es accidental carece de efectos exculpantes, y que cuando se trata de un error de hecho jurídico esencial pero superable subsiste la culpabilidad en grado culposo y, finalmente, cuando el error de hecho jurídico es esencial e insuperable el sujeto que en tal hipótesis se halle será absuelto totalmente en el juicio de reproche.

(42).—En este mismo sentido Finger, Liszt, Mayer y Hippel, entre otros, citados por Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 494.

o).—El Error en la Persona y el Error en el Golpe.—Otra de las clasificaciones que consagra la tradición jurídico-penal es aquella que establece una distinción entre el error en la persona o en el objeto (error in persona vel in objecto) y el error en el golpe (aberratio ictus), como cuando **A** creyendo matar a **B** mata a **C** (error en la persona o en el objeto), o cuando el disparo dirigido por **A** contra **B** mata a **C** (aberratio ictus). El error en la persona o en el objeto es un caso de error accidental y, por tanto, no aprovecha al acusado. Esta observación se funda en que el Derecho no protege a determinado individuo en particular, sino a la persona humana en general, y el hecho de que ésta sea Pedro o Francisco es puramente accidental y, en consecuencia, carece de relevancia para los efectos de la exculpación.

Mientras en el caso anterior el agente yerra respecto a la identidad del ofendido, en el caso de error en el golpe (aberratio ictus) el error obedece a la relación causal de los hechos. Con otras palabras, podemos decir que, en tanto que en el caso de error en la persona o en el objeto se da una situación meramente subjetiva del agente, en el caso de error en el golpe se trata de una situación de carácter objetivo, o, como dice el maestro Javier Alba, que el error en la persona es un verdadero error y el error en el golpe no es sino un yerro.

El error en el golpe se configura, pues, cuando el curso causal de los hechos toma un giro distinto del esperado por el autor, de modo que el resultado ocurra en otro objeto, como cuando el autor dispara contra **X** pero alcanza a **Y**. Como esta situación es un caso de error accidental puesto que no evita que se integre el delito tipo (matar a un (otro) hombre) la intención criminal subsiste y, por tanto, no excluye la culpabilidad. (43)

III.—El Error en Nuestra Legislación.—“En nuestro Derecho —dice el maestro Raúl Carrancá y Trujillo— se mantiene la presunción de dolo, salvo prueba en contrario, para los ca

(43).—Véase Beling, Esquema, pp. 84 y ss.

sos de error facti. . . En efecto, prosigue el autor mexicano, no se destruye la presunción de intencionalidad aunque el acusado pruebe que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño (Art. 9 Fr. I c.p.)”

“Expresamente se mantiene dicha presunción para el error juris, pues se presume también el dolo aunque se pruebe que el acusado creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla (Art. 9 Fr. III c.p.). Este precepto tiene su antecedente en el c.p. 1871 que mantiene tal presunción aunque el acusado probara “que ignoraba la ley” (Art. 10 Fr. III), lo que el Código penal de 1929 trasladó a la fórmula adoptada por nuestro Derecho vigente; y todo ello con apoyo en la sentencia **ignorantia legis non excusat**. Con fundamento en los principios sociales (Carrara) o en la necesidad política (Alimena), se presume juris et de jure el conocimiento de la ley penal. (44)

IV.—CRITICA A LA TEORIA DEL ERROR ADOPTADA POR EL DERECHO PENAL MEXICANO.—La solución dada al problema del error de derecho por las legislaciones que, como la nuestra, le niegan el carácter de excluyente de responsabilidad (culpabilidad) debe considerarse como un trasunto de las viejas instituciones que, como los delitos calificados por el resultado, ya van perdiendo vigencia dentro de la dogmática moderna.

Diversos autores (45) han esgrimido fundadamente sus argumentos en contra de la teoría dualista del error (de hecho y de derecho) que juzgamos de sumo interés desde los puntos de vista teórico y práctico, por lo que nos permitimos transcribir algunos de ellos.

Así, Cuello Calón dice: “Durante largo tiempo los autores de Derecho Penal sentaron como verdad inconcusa el principio de que la ignorancia o el error de derecho no excluían la pu-

(44).—Véase Carrancá y Trujillo, Der. Penal Mex. Ed. cit. pp. 258 y ss.

(45).—Entre otros, Ferri, op. cit. pp. 611 y ss.

nibilidad del hecho, y consagraron con la fuerza de un axioma las viejas máximas: **error juris nocet, ignorantia legis non excusat**; principios que fueron completados con otro no menos difundido: **se presume que todo el mundo conoce las leyes.** (46). Bien sabido es que esta presunción no corresponde a la realidad. Por el contrario, la mayoría de los ciudadanos desconocen las leyes, así que sería más justo formularlo inversamente (47). Y si está en la conciencia de todos que la mayor parte de los individuos desconocen las leyes ¿por qué se han formulado y aceptado tan unánimemente los mencionados principios? Por la razón, se ha

(46).—“El derecho romano declaró, en principio, que la *ignorantia juris* a diferencia de la *ignorantia facti* no constituían causa de excusa, *Regula est juris quidem ignorantiam quique nocere facti vero ignorantiam non nocere*, l. 9. De *juris et facti ignorantia*, 22, 6. Se presumía, pues, el conocimiento de la ley, pero de tal presunción se exceptuaba a los menores, a las mujeres, los idiotas, los milites y los rústicos.—Vid. Ferrini, *Diritto Penale romano*, pp. 144 y ss; Palazzo, *L'ignorantia juris et facti nel diritto romano e nel diritto odierno*, en *Scuola Positiva*, 1921, pp. 301 y ss; Sandulli, *Ignoranza della legge penales en Giustizia Penale*, 1937, 2/o, p. 1458 y ss...” citados por Cuello Calón, *Op. cit.*, pp. 387 y 388, Nota 4.

(47).—¿Cómo es posible suponer, dice Dorado Montero, fundadamente que todo el mundo conoce las leyes, cuando no puede afirmarse este conocimiento ni siquiera en aquellos que hacen profesión del estudio y aplicación de las mismas, en los abogados, en los jueces, etc.,? Luego el número de estas leyes ha aumentado de un modo enorme en nuestro siglo, en el cual se ha desarrollado con movimiento verdaderamente febril el afán de regularlo y regimentarlo todo. Así que en los países modernos existe un párrafo inmenso de leyes, de reglamentos, de disposiciones de toda clase, derogatorias las unas de las otras, a veces totalmente, a veces en parte, de dudosa vigencia, caídas en ocasión en desuso mas no expresamente derogadas, complicadísimas, no siempre coherentes, de cuando en cuando contradictorias... Y no es posible que salte a la vista de los estudiosos el absurdo que entrañan los aforismos arriba mencionados, y que no se diga que la presunción contenida en los mismos es tan solo una ficción ridícula”. Dorado Montero, “Sobre la Ignorancia de la Ley” en *Problemas de Derecho Penal*, 1/o., pp. 397 y ss, citado por Cuello Calón, en su obra citada p. 388.

dicho, de que si partiendo de lo que sucede en el mundo de la realidad se presumiera el desconocimiento de la ley penal y se autorizara como medida de exculpación, la prueba de su ignorancia, surgirían graves dificultades para el rápido y eficaz ejercicio de la función represiva; pues todos los delincuentes invocarían el desconocimiento de la ley que violaron. Los principios sociales, dice Carrara (Programma, párrafo 258), exigen que se presuma en el ciudadano el conocimiento de la ley penal. La ciencia, dice Alimena (principii di Diritto Penales, 1/o, p. 451), ha enseñado constantemente que el conocimiento de la ley constituye una presunción absoluta, casi un dogma impuesto por la necesidad política..., presunción y dogma justificadas por la obligación que todos tienen de conocerla. Otra razón que alegan además los autores es que las leyes penales constituyen actos intrínsecamente inmorales, actos cuya criminalidad comprenden todos, pues todos poseen el discernimiento para distinguir lo bueno de lo malo. Sin embargo, a pesar de estos argumentos, el principio tan sólidamente arraigado de que todo el mundo conoce las leyes no es más que una ficción que no corresponde a la realidad de las cosas”.

“Contra esta opinión, que le niega el carácter de excusante al error de derecho se ha reaccionado con gran vigor y actualmente va tomando considerable difusión el criterio favorable a no establecer distinción alguna entre el error de hecho y el error de derecho, pues en ambos casos se trata de error que recae sobre su significación antijurídica. Por tanto, conforme con esta idea... debería admitirse la prueba del error o ignorancia del derecho y, si realmente hubo ignorancia o error y no son imputables al agente deberían reputarse como causas de exclusión de dolo, y cuando concurrieran a causa de su descuido o negligencia podría exigirse al agente responsabilidad a base de culpa o atenuar la pena prescrita”. (48)

En todo caso, bien conservando la clasificación tradicional del error de hecho y de derecho o que se adopte esta nueva corriente de la teoría unificante, siguen teniendo validez las reglas que dejamos asentadas a propósito del error esencial o accidental, insuperable o salvable.

(48).—Cuello Calón, Op. cit. pp. 383 y ss.

CAPITULO CUARTO

LAS EXIMENTES PUTATIVAS

I.—LAS EXIMENTES PUTATIVAS.—SU CONCEPTO.—

En términos generales podemos decir que las eximentes putativas se presentan en aquellos casos en que un sujeto cree, por error, actuar de modo legítimo, suponiéndose protegido por alguna causa legal de inincriminación. Así puede suceder que alguien cree hallarse en estado de coacción, en estado de necesidad o de legítima defensa, de obediencia jerárquica, etc., sin que en realidad lo esté. (49)

En todos estos casos habrá que atenerse a las normas generales que hemos dado para el error: si es esencial e insuperable, el agente quedará exento de toda responsabilidad, dolosa y culposa; si es substancial, pero no insuperable podrá quedar un remanente de responsabilidad culposa; el error accidental en este caso también carece de efectos exculpantes. (50)

II.—CARACTER DE LAS EXIMENTES PUTATIVAS.—

Las eximentes putativas tienen el carácter de causas suprale-gales de inincriminación y según la dogmática actual su estudio debe situarse dentro de la teoría general del error. Dentro de la teoría dualista del error (de hecho y de derecho) las eximentes putativas se conceptualizarían como determinadas especies de error de hecho, puesto que el error de derecho carece de efectos ex-

(49).—En este sentido Mayer, Schmith,... citados por Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, p. 320.

(50).—Vid. Fontán Balestra, Op. cit. p. 275.

culpantes. Sin embargo, existe la opinión contraria en el sentido de considerar las eximentes putativas como verdaderos errores de derecho, puesto que en estos casos, se dice, el individuo cree precisamente que se encuentra protegido por alguna causa legal de inincriminación, sin que en realidad lo esté.

Por tanto, el error en las eximentes putativas puede ser de hecho o de derecho, y de acuerdo con la teoría unitaria del error, más bien sería un caso de error de hecho jurídico. Más exactamente podríamos concluir que en los casos de eximentes putativas el error puede recaer preponderantemente en los hechos o en las normas jurídicas. Así, p.e., en los casos de estado de necesidad o de defensa putativas, lo más común es que el sujeto ignore que haya alguna causa legal que lo exculpe y obra tan solo por una falsa apreciación de las circunstancias de hecho; en cambio, en otros casos, como el citado por Jiménez de Asúa, "del fraile mendicante que, creyendo que su orden se hallaba reconocida, pide limosna, cuando, en realidad, no se ha expedido todavía por el gobierno la correspondiente licencia para que los mendigos de su orden se establezcan en el país", caso este en que existe preponderantemente un error de derecho, pues el sujeto cree que le ampara una inexistente causa de justificación. (51)

III.—¿DEBE HABER EXIMENTES PUTATIVAS?.— Reconocido el carácter de las eximentes putativas como causas supralegales de inincriminación basadas en el error esencial de un determinado hecho jurídico, surge el problema relativo a si deben o no aceptarse en nuestro sistema penal positivo. En caso afirmativo habrá que buscar, se ha dicho, por cima del derecho positivo otro derecho en el que ocurramos en busca de la sustancia delictiva. En caso negativo, todo nuestro empeño por erigir la defensa putativa en excluyente de inincriminación (exculpante) resultaría un vano intento, un trabajo careciente de utilidad práctica.

(51).—Ver Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Cap. XXXIV, Núm. 254.

a).—**Opinión de Mezger.**—A propósito de las causas supra-legales de justificación es significativa la opinión de Mezger al afirmar que “ninguna ley agota la totalidad del derecho. La teoría de la lógica plenitud hermética del orden jurídico legal no es más que una fábula seductora...”; por lo que la determinación de un bien jurídico se deduce de la ley como línea directriz pero al mismo tiempo, y necesariamente, del derecho supralegal. (52)

b).—**Opinión de Soler.**—La antítesis de la teoría de Mezger la encontramos en Soler para quien “la teoría de las causas supra-legales... formuladas por algunos alemanes está motivada en graves deficiencias del Código penal alemán...”, pero que en orden al derecho argentino, dada la redacción de los artículos 18 y 19 de su Constitución Política. “no es lícito buscar por encima de tales preceptos nuevas justificantes, y si para los alemanes es una triste necesidad la construcción de las causas supra-legales de justificación, para los juristas argentinos sería pura ingenuidad naturalística”. (53)

c).—**Opinión de Jiménez de Asúa.**—Para este autor, que mediante un camino diverso llega a la misma posición de Mezger, “la argumentación de Soler no es científica, sino política. Bastará que pensemos que el Código penal no sólo no es tan perfecto como quiere Soler, sino que es defectuosísimo, como alega Peco, para que sea posible construir sobre tal imperfección las causas supra-legales de lo lícito. Más aún, agrega el autor hispano, será suficiente que el tiempo pase y que el Código penal argentino envejezca para que lo innecesario hoy sea preciso mañana. (54)

IV.—LAS EXIMENTES PUTATIVAS EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.—De acuerdo con el artículo 9, parte primera del c.p. la presunción de la culpabilidad en grado de do-

(52).—Mezger, Tratado, II. p. 102.

(53).—Soler, Las Causas Supra-legales de Justificación en Criminalia Núm. 9. 1943.

(54).—Ver Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 405.

lo es *juris tantum*, lo cual nos indica que el acusado puede demostrar la ausencia de la intencionalidad o de la conciencia de violar el deber. Pero la demostración de la inculpabilidad parece punto menos que imposible si se toma en cuenta que en la segunda parte del precepto penal citado se establece que la presunción de que un delito es intencional (doloso) no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes: "...que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla...; que creía que era legítimo el fin que se propuso...; que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito..." es decir, que la presunción de intencionalidad no podrá destruirse aunque el acusado alegue haber obrado por ignorancia o error respecto de las circunstancias de hecho que determinaron su conducta.

Sin embargo, si recordamos que las eximentes putativas se presentan en aquellos casos en que un sujeto cree, por error, actuar de modo legítimo, suponiéndose protegido por alguna causa legal de inincriminación, debemos concluir que a pesar de lo estipulado por los párrafos transcritos del art. 9. c.p. la presunción de que un delito es intencional podrá destruirse cuando el acusado pruebe, según los casos, que obró por ignorancia o por error esencial e insuperable.

Como las eximentes putativas no se hallan establecidas expresamente en el Código penal como causas excluyentes de responsabilidad penal se les atribuye el carácter de supraleales (lo que no debe interpretarse como suprajurídico) y su aceptación es perfectamente compatible con los postulados del derecho penal moderno y muy especialmente con la técnica del delito proclamada por Sauer, en tanto veamos en cada elemento integrante del delito su aspecto negativo.

CAPITULO QUINTO

“LA DEFENSA PUTATIVA”

I.—LA DEFENSA PUTATIVA. SU CONCEPTO.—“La defensa putativa, como lo indica la palabra —dice Jiménez de Asúa— es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa”. Esto es, que “existe defensa putativa si el sujeto que reacciona lo hace en la creencia de que existe un ataque injusto, cuando propiamente se halla ante un mero simulacro”. (55) Y Soler se expresa que “cuando el error versa en modo inculpable (insuperable) a cerca de la existencia de un peligro, producido por algo que, erradamente también se cree una agresión injusta, prodúcese una situación llamada defensa putativa” (56).

Nosotros al abordar el estudio correspondiente a la inculpabilidad dijimos que una de las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche es la ignorancia o error insuperable. Ahora bien, si para que exista la defensa putativa se requiere que el acusado al obrar se haya encontrado en la creencia de que era objeto de una agresión injusta, como afirma Jiménez de Asúa, o que el agente se halló en la creencia errónea de modo inculpable (insuperable), a cerca de la existencia de un peligro como sostiene Soler, es fácil concluir que la situación de defensa putativa consiste esencialmente en un estado de error insuperable respecto de las circunstancias de hecho determinantes de la conducta humana en

(55).—Jiménez de Asúa, op. cit. pp. 378 y 506.

(56).—Soler, Tratado de Derecho Penal Arg. t. I. pp. 418 y ss.

el caso especial de una supuesta agresión injusta y que subjetivamente nos hace pensar que es necesaria la defensa. Por tanto descartamos la posibilidad de que el sujeto haya obrado, en el caso de la defensa putativa, bajo la creencia errónea de que lo amparaba alguna causa de justificación en particular o alguna causa de inincriminación en general; pues sería ilógico y absurdo exigir en el agente como tipo medio del hombre el conocimiento de la existencia ya no de todas las excluyentes sino ni siquiera de algunas que, en muchas ocasiones ni aún los letrados poseen. El sujeto que obra repeliendo una supuesta agresión injusta en todo piensa, menos en que exista algún precepto legal que lo excluya de incriminación.

En conclusión, la defensa putativa es una causa específica de inculpabilidad por error de hecho (jurídicamente relevante) insuperable, consistente en la repelición por parte del acusado de un supuesto ataque antijurídico, que le hace pensar que es necesaria la defensa.

II.—LA LLAMADA DEFENSA SUBJETIVA.—En virtud de que en la defensa putativa interviene relevantemente el aspecto subjetivo, algunos autores y algunas legislaciones han dado en llamarla “defensa subjetiva” (57). Por ejemplo, el Código de Defensa Social cubano establece: Art. 36: “Esté exento de responsabilidad por causa de justificación: A) El que obre en defensa de su persona o derechos siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1a) agresión injusta no provocada ni buscada de propósito por el que se defiende; 2a) necesidad racional objetiva o subjetiva del medio empleado para impedir la o repelerla”.

III.—CRITICA DE JIMENEZ DE ASUA.—A propósito de la excluyente consagrada en el Código de Defensa Social de Cuba el autor de La Ley y el Delito, con todo acierto objeta que dicho Ordenamiento “reconoce esta especie híbrida y dogmáti-

(57).—En este sentido, José Rafael Mendoza, Curso de Derecho Penal Venezolano, 2a. Ed. pp. 357 y ss.

camente inexistente, al hablar de la necesidad, al considerar que ésta ha de ser a más de racional objetiva o subjetiva. Hay aquí, dice, una gran confusión. Lo subjetivo, en caso de defensa putativa no es la necesidad sino la creencia en el ataque". (68)

IV.—PROYECTO DEL CODIGO DE VERACRUZ.—CRITICA.—“El proyecto del Código de Veracruz —dice el licenciado José Almaraz— admite la defensa subjetiva, pero en la forma en que la expresa nos parece inaceptable: “que no hubo necesidad racional, objetiva o subjetiva, del medio empleado en la defensa”. ¿Racional para quién? ¿Para el juzgador? Porque para el sujeto la necesidad en este caso es independiente del calificativo “racional o irracional” que presume un juicio, una comparación, imposible de hacerla en el estado emotivo en que se encuentra. En la mayoría de los casos, esa necesidad tiene que parecerle irracional al juzgador. Por lo demás, si lo subjetivo es propio del sujeto, fenómeno psicológico interno de él, ¿cuáles pueden ser los medios de prueba, como no sea la afirmación del mismo sujeto? Y si rechaza esta afirmación, ¿cómo probar su no existencia? Porque el juzgador no puede sino rechazarla de plano, sin motivo, ni apreciarla por sí mismo, pues entonces dejaría de ser la propia del sujeto. Con posterioridad hemos visto, con gusto, que estas palabras desaparecieron en la edición oficial del Código de 1944.” (59)

Contra el proyecto en cuestión Jiménez de Asúa, por su parte, manifiesta que “ el proyecto veracruzano, creyendo hacer con ello obra de justicia, ha añadido en el inciso c de la fracción III del artículo 15 las palabras que subrayo al transcribir uno de esos requisitos que en indebida forma negativa imponen los códigos a la legítima defensa: “que no hubo necesidad racional, objetiva o subjetiva del medio empleado en la defensa”. No ignoro que el Código de Defensa Social de Cuba adoptó idéntico criterio, pero si no queremos engendrar un caos en las ca-

(58).—Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 377.

(59).—José Almaraz, Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal, t. II. pag. 538.

racterísticas del delito, tenemos que proclamar que la antijuricidad es objetiva. He aquí una condición del Derecho penal liberal, contra la que ahora se ha pronunciado el nacional socialismo tudesco. Si es objetiva la característica de la antijuricidad, objetiva ha de ser su negación; es decir que constituya una auténtica causa de justificación. Si un sujeto se cree agredido cuando en realidad es objeto de una broma de quienes simulan una agresión, ejerce, si reacciona violentamente, una defensa putativa o, si se quiere emplear un término menos exacto, subjetiva, pero jamás una legítima defensa propiamente dicha. En buena técnica la defensa putativa no es una causa de justificación, precisamente porque su carácter no es objetivo, sino una causa de inculpabilidad, por su índole subjetiva”.

V.—LA DEFENSA PUTATIVA EN LA LEGISLACION MEXICANA.—La legislación mexicana no hace mención expresa de la defensa putativa. El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, al igual que el Anteproyecto de 1949 se refiere únicamente a la defensa real o legítima defensa (art. 15 fr. III. c.p.v. y 15 del Anteproyecto).

Dijimos que el efecto común de las causas que excluyen la incriminación es despojar de relevancia jurídico penal la conducta humana que de otro modo sería delictuosa. Ahora debemos agregar que en la hipótesis de una causa de inculpabilidad no es necesaria la expresa determinación de la ley en cada caso concreto, sino que bastará demostrar la existencia de una causa de inculpabilidad, para concluir que el delito no se ha integrado y que, por tanto, debe absolverse al sujeto en el juicio de reproche.

José Almaraz (60) y Carrancá Trujillo (61) se pronuncian en el sentido de que en el caso de la defensa putativa la creencia errónea de que existen los presupuestos de la legítima defensa excluye el dolo ya que versa sobre el conocimiento de

(60).—Tratado, t. II, p. 541.

(61).—Derecho Penal Mexicano, Ed. cit. p. 320.

los hechos que fundan la pena y sobre su significado antijurídico. Y concluyen que por determinación expresa del c.p. 1931 esta tesis es insostenible en virtud de que el error no destruye la intencionalidad y que la presunción de dolo se mantiene en el delito putativo.

Fernando Arilla Bas (62) por su parte afirma: "Dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad que acepta el Código Penal no puede decirse que en la legítima defensa putativa no existe dolo, pues el sujeto que se defiende creyéndose erróneamente agredido, se representa el resultado de su acción defensiva, y además quiere causarlo. El error en esta clase de defensa recae no sobre el tipo, pues no impide la representación de sus elementos constitutivos, sino sobre la licitud de la conducta realizada por el sujeto. Este cree ejecutar una conducta lícita desde el momento en que se defiende contra una supuesta agresión, pero en realidad ejecuta otra objetivamente ilícita".

Como se ve, los autores mexicanos antes mencionados están contestes en sostener mediante diversos argumentos que la defensa putativa carece de efectos eximentes.

Sin embargo, nosotros discrepamos de esta opinión por las siguientes razones: Al hablar del dolo en el Derecho penal mexicano dijimos que la ley no hace expresa mención de los delitos dolosos y culposos como grados de la culpabilidad, pero que es deducible esta clasificación del texto del art. 8 c.p. que preceptúa que "los delitos pueden ser: I.—Intencionales (dolosos), y II.—No intencionales o de imprudencia (culposos), por tanto, no hay diferencia de significado entre intención y dolo. Por otra parte, vimos que entre las causas de inculpabilidad tenemos el error esencial e insuperable. Ahora bien, si, como también dejamos sentado, la defensa putativa es una causa específica de inculpabilidad por error de hecho jurídicamente relevante e insuperable, lógicamente estamos admitiendo que esta clase de error

(62).—Anteproyecto del Código Penal para el Dto. y Territorios Federales 1949.

tiene efectos exculpantes. Cosa distinta es averiguar si la exculpación es total o parcial; es decir, si la defensa putativa excluye la culpabilidad en sus dos grados de dolo y culpa o si solamente destruye uno de estos elementos.

Partiendo del concepto de error esencial dado por Beling en el sentido de que existe esta clase de error (excluyente de dolo) cuando el autor, por fuerza del mismo, se representó el estado real de hecho de tal modo que de éste no se habría originado el delito tipo (privar de la vida, apoderarse de cosa ajena mueble...), podemos advertir que en el caso de la defensa putativa si se constata la existencia de un error esencial toda vez que la repelición de un supuesto ataque antijurídico que puede tener como resultado la lesión o muerte del hipotético atacante fue determinado precisamente por la falsa apreciación de las circunstancias. Pero si la falsa apreciación de las circunstancias obedece a la imprudencia o negligencia del autor, por ser éste un error superable o vencible quedará un remanente de culpabilidad en grado culposo.

Por otra parte, no es necesario establecer expresamente en un Código penal la inculpabilidad del que obra ante un caso de defensa putativa en virtud de que la dogmática del delito nos da la solución de la misma manera que se pueden resolver los casos de falta de acción, de tipicidad o de antijuridicidad: pues demostrado en un caso concreto la existencia de la defensa putativa, habrá que concluir que estamos frente a una hipótesis de inculpabilidad, sin esperar, por innecesario, que expresamente el legislador lo determine en el texto legal como una causa de inculpabilidad, dentro del rubro de excluyentes de responsabilidad. (63)

VI.—LA DEFENSA PUTATIVA Y EL DELITO PUTATIVO.—Aparentemente no existe dificultad para distinguir entre defensa putativa y delito putativo. Sin embargo, a menudo sue-

(63).—Ver Gregorio Varela Franyutti, Breve Ensayo Sobre la Legítima Defensa Real y Putativa, Tesis, México, 1950.

len confundirse ambos conceptos. Así, p.e., algunos autores mexicanos al tratar el tema de la defensa putativa afirman que en nuestro derecho... "la presunción de dolo se mantiene en el delito putativo..." (64); o sea que queriéndose, tal vez, dar a entender que en la defensa putativa subsiste el dolo se dice que éste existe en el delito putativo, lo cual nos parece desconcertante; pues si bien es cierto que los dos casos tienen como denominador común el error, debemos insistir en que la defensa putativa el error recae esencialmente sobre las circunstancias de hecho, en tanto que en el delito putativo el error es fundamentalmente de derecho, ya que en tales condiciones el sujeto cree erróneamente que su conducta se encuentra tipificada por el legislador como punible.

"En el llamado delito putativo, sostiene Jiménez de Asúa, (65) hay actos externos no constitutivos de preparación ni de tentativa que expresan una resolución, pero que son ininclinables, sin embargo, por no corresponder a un tipo. El delito putativo es, pues, el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo, o sin objeto, o siendo falsa o simulada la propia ejecución. Se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la fase externa, con falta de referencia a un tipo, o de inidoneidad para la ejecución".

Los ejemplos de delitos putativos tomados de las sentencias de la Corte de Cassazione que cita el propio autor hispano son los del sujeto que yace con la mujer propia creyendo yacer con la de un amigo. En los países en que se incrimina el adulterio faltaría la ajenidad del coito... o cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente, provocado por la policía, escribe al juez que se supone venal, ofreciéndole dinero y citándole a cierta hora y en cierto sitio, donde se descubre todo por medio de los consabidos billetes marcados.

Pero el verdadero delito putativo —concluye Jiménez de Asúa— es el que Binding llamó error al revés. Esta especie de

(64).—Como sostiene Carrancá y Trujillo y Almaraz.

(65).—La Ley y el Delito, p. 588.

error presupone la sospecha o creencia de que el acto está incriminado en la ley, tipificado; como en el caso del español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas por serlo en España; o como en el caso de los muchachos que creen que el estrupo consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad, aunque mayor de 16 años y, en consecuencia, cada vez que yacen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. En estos casos se trata de auténticos delitos putativos en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable.

VII.—EL DELITO PUTATIVO Y EL DELITO IMPOSIBLE.—Hemos visto que en ocasiones el delito no se integra por falta de tipo o por inidoneidad de los medios empleados en su ejecución, lo cual nos permite hacer el distingo entre el delito putativo y el delito imposible. El delito imposible es, ciertamente, “aquel que por inidoneidad de los medios empleados para cometerlo o por falta de objeto del mismo, no es susceptible de llegar a consumarse” (66).

En efecto, la imposibilidad puede radicar en los medios como cuando se pretende disparar un arma descargada o se dispara a una distancia a la cual no puede alcanzar el proyectil; bien cuando se suministra una substancia inofensiva creyéndola veneno. Otras veces radica en el sujeto pasivo, que no es idóneo, como cuando se quiere hacer abortar a una mujer que no está embarazada; cuando se apuñala un cadáver, etc., y finalmente, puede ocurrir que no exista el sujeto pasivo, p.e., disparar contra un maniquí tomándolo por un hombre. (67).

Sintéticamente podemos afirmar que en el delito putativo hace falta el tipo aun cuando los medios empleados para la producción del resultado previsto sean idóneos, y en el delito imposible, no obstante existir el tipo, o más bien, el tipo de delito, éste no se integra por inidoneidad de los medios o del objeto pa-

(66).—Eusebio Gómez, Derecho Penal Argentino, p. 475.

(67).—Jiménez de Asúa, op. cit. p. 612.

sivo del delito.

VIII.—LA LEGITIMA DEFENSA Y LA DEFENSA PUTATIVA.—El problema fundamental que surge al establecerse el parangón entre la legítima defensa y la defensa putativa es el atinente a la determinación de si ambas pueden existir simultáneamente. El enfoque del problema, desde luego, supone el conocimiento de la legítima defensa. De acuerdo con la interpretación legal y doctrinaria de la legítima defensa ésta existe cuando el acusado obra en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual e injusta y de la que resulte un peligro inminente, siempre que no haya podido ser evitado, exista necesidad racional del medio empleado en la defensa y falte provocación suficiente por parte del que se defiende (Art. 15 Fr. III c.p.).

Atentos todos estos elementos que configuran la legítima defensa estimamos que es lógicamente concebible su coexistencia con la defensa putativa. Esto es, que en la hipótesis planteada el hipotético agresor puede repeler el contraataque del supuesto agredido amparándose en la excluyente de legítima defensa. Pues, como afirma el maestro Porte Petit (68): "puede suceder que un individuo se crea injustamente atacado y, como consecuencia, actúe en contra de la persona que cree su injusto agresor. Éste, al repeler dicha agresión, se encuentra en realidad ante un caso de legítima defensa... , puesto que, siendo la defensa real de carácter objetivo, puede ampararse en ésta quien repele la agresión del que se considera injustamente agredido".

IX.—LA DEFENSA PUTATIVA RECÍPROCA.— En opinión del maestro Porte Petit (69) puede haber legítima defensa putativa recíproca cuando existe un ataque y un contraataque entre dos individuos que se creen agredidos entre sí injustamente, ya que en este caso el ataque y el contraataque son de

(68).—Apuntes Taquígrafos de Derecho Penal impartido en la Escuela Libre de Derecho, MEXICO.

(69).—Apuntes Taquígrafos de Derecho Penal.

bidos no a una agresión real sino a un error de carácter esencial de ambos al creer encontrarse ante una agresión injusta.

Lamentamos no contar con un ejemplo ilustrativo que nos ayude a comprender la veracidad de esta hipótesis señalada por el catedrático de nuestra Facultad. Sin embargo, con las reservas que el caso amerita nos atrevemos identificar este pensamiento con el citado por Enrique Ferri a propósito de la legítima defensa recíproca cuando alude al caso del ciudadano pacífico que al entrar en su casa por la noche ve parado al fondo del pasillo casi oscuro a un sujeto y, pensando que es un ladrón, saca el revólver; a consecuencia de ello, el otro que tal vez estaba allí con propósitos amorosos, viéndose en peligro se apercibe a la defensa y si el equívoco no se elimina rápidamente uno u otro pueden disparar y uno u otro encontrarse en estado subjetivo de... defensa. (70)

Hasta donde nosotros podemos penetrar no podemos llegar a concebir la coexistencia de la defensa putativa recíproca. Si seguimos el ejemplo tomado de Ferri podemos advertir que necesariamente alguno de los contendientes, (en el caso del propio ejemplo, el ciudadano pacífico) erróneamente creyó hallarse en una situación de legítima defensa... por lo que sacó el revólver... Pero la repelición del ataque por el intruso que... quizás, se hallaba allí con propósitos amorosos, ya no obedeció a una falsa apreciación de las circunstancias de hecho, ni a un mero simulacro, sino, todo lo contrario, a una situación real de legítima defensa.

Por tanto, en todo caso, el problema se resuelve con la hipótesis de la coexistencia de la legítima defensa con la defensa putativa que, como sabemos, ambas son excluyentes de incriminación; en ambos casos se absuelve a los contendientes: al uno por causa de justificación y al otro por causa de inculpabilidad.

X.—LA DEFENSA PUTATIVA Y LA RIÑA.— Es incompatible la coexistencia de la defensa putativa y la riña; se exclu-

(70).—E. Ferri, Principios de Derecho Criminal, Ed. Reus, Madrid, 1933.

yen recíprocamente. Dado que la riña se considera como la contienda de obra con la intención de dañarse recíprocamente, resulta fácil concluir que en el caso que nos ocupa ninguno de los contendientes puede alegar válidamente en su favor la excluyente de la defensa putativa, toda vez que para que ésta sea operante el agente debe hallarse de modo necesario en un caso de error esencial, y es evidente que en la riña los rijosos aceptan con pleno conocimiento de causa los efectos de su actividad antijurídica cual es la de dañarse mutuamente, sin derecho, por lo que sería absurdo conceder que alguno de ellos creyó que era atacado injustamente.

XI.—EL ERROR EN EL GOLPE Y EL ERROR EN LA PERSONA EN LA DEFENSA DEFENSA PUTATIVA.—

Dentro de la clasificación general del error vimos que tanto el error en el golpe como el error en la persona carecen de efectos eximentes por constituir ambos casos errores accidentales. Siendo la defensa putativa un caso de error esencial, un error respecto de las circunstancias de los hechos que determinan la conducta humana ¿Podrá darse el caso de que coexistan errores de distinta naturaleza como lo son los esenciales y los accidentales? O por el contrario, ¿se excluirán recíprocamente? En caso de ser factible su coexistencia, ¿cómo y en qué forma influyen en la exculpación del acto? Si son incompatibles, ¿cuál de los dos debe subsistir?

Tratemos de dilucidar estas cuestiones a la luz de los conceptos establecidos para ambas clases de errores.

Lógicamente lo esencial se opone a lo accidental; por tanto, un error no puede ser esencial y accidental a la vez, lo que no excluye la posibilidad de la coexistencia de ambos respecto de distintos objetos. Así, un sujeto puede creer erróneamente que es objeto de una agresión injusta y al repeler el supuesto ataque, por mala puntería, lesiona o mata a una persona distinta del hipotético agresor, o, bien, hallándose también en situación de defensa putativa lesiona o mata al que supone su atacante confundiendo su identidad. En uno y otro caso, podría argumentarse, la

lesión o muerte de terceras personas causadas con motivo de la defensa putativa no quedarían cubiertas por ésta en virtud de que ambas constituyen errores accidentales.

Sin embargo, nosotros creemos que la solución contraria es la correcta, es decir, que en ambos casos al agente le favorece la excluyente de inculpabilidad, pero con la condición de que el error sea además insuperable. Pongamos por caso que el agente obrando en situación de defensa putativa dispara su revólver y hiere o priva de la vida a un transeunte. El supuesto agredido estará excluido de incriminación por lo que hace a la lesión o muerte del tercero, ya que al disparar lo hizo inculpablemente; esto es, al repeler la supuesta agresión injusta de que se creyó ser víctima yéndole a tocar la bala accidentalmente a otra persona contra quien no iba designado el disparo. Y si todo esto se debió a un acto inculpable por definición, no debe considerarse culpable una de las consecuencias que tal acto produjo.

Ante estas mismas conclusiones podemos llegar respecto del caso de error en la persona o en el objeto en la defensa putativa. Puede suceder en efecto, que un individuo al creerse injustamente atacado lesione o mate a su supuesto agresor pensando que era X y no Y. Si en el caso confundió la identidad de su hipotético agresor y alega que lo confundió con un antiguo rival sin saber que se trataba de un amigo, subiste en favor del agente la excluyente de culpabilidad; pues en esta hipótesis, su conducta que con respecto al resultado principal es inculpable no puede transformarse en culpable por el error en el objeto.

XIII.—LA PARTICIPACION Y LA DEFENSA PUTATIVA.—El Código Penal vigente establece que son responsables de los delitos los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; los que inducen o compelen a otro a cometerlos; los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y, los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes una vez que éstos efectuaron su acción delictiva.

sa (Art. 13 c.p.). Este precepto por sí solo amerita un amplio y concienzudo análisis de su diverso contenido. Pero como esto rebasaría los límites de nuestro estudio nos concretaremos a extraer de esta disposición legal sólo los conceptos atinentes a la participación y ver en seguida si es factible su coexistencia con la defensa putativa y en este caso determinar también si subsiste la responsabilidad del copartícipe o se encuentra amparado por la exculpante de defensa putativa.

Desde luego, cabe advertir, que la responsabilidad penal puede ser en concepto de autor, por una parte, y de partícipe, por otra. Genéricamente podemos decir que son responsables en concepto de autores los que intervienen en la realización del iter criminis hasta llegar a su ejecución o consumación y los que inducen o compelen a otro a cometerlo (por coacción física o moral), y son responsables de los delitos en concepto de partícipes o de complicidad los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución. Los que auxilian a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa no son responsables ni en concepto de autores ni en el de partícipes o cómplices del delito que se persigue, sino que, en todo caso, podrán ser inculcados por el delito específico de encubrimiento. Hay responsabilidad por participación en la comisión de un delito, pero no puede haber un delito de participación. (71)

Doctrinariamente, autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo; partícipe es el que toma parte en la ejecución de esa acción. Cuando son dos o más los que llevan a cabo la acción denotada por el verbo que caracteriza la especial figura delictiva tenemos la coautoría y cada quien recibe el nombre de coautor, y cuando son varios los que auxilian o cooperan a la realización del delito en cualquiera de sus fases se da la coparticipación. (72)

La estructuración técnica de la participación exige ciertos principios generales en orden a la identidad del tipo, al comienzo

(71).—Véase Arts. 13 y 400 c.p.

(72).—Consúltese Jiménez de Asúa, op. cit. p. 629.

de ejecución, al límite de lo injusto y a la coincidencia de la culpabilidad.

a).—**La identidad del tipo** exige la coincidencia de un tipo de ilicitud y un tipo de culpabilidad, el tatbestand legal o leitbild de Belin, como cuando se dispara contra el adversario para privarle de la vida en el homicidio.

b).—**El comienzo de ejecución** debe referirse a hechos encaminados directamente y de un modo necesario a la realización del tipo; por lo que puede darse la participación en la tentativa cuando se procura el arma en connivencia con el autor para matar al adversario.

c).—**Por virtud del principio del límite de lo injusto** se dice que la complicidad es real y no personal. Por tanto, el auxiliador de legítima defensa esta exento de incriminación (por causa de justificación) puesto que coopera a un acto justo, no así el que facilita al hijo para que se apodere de los muebles de su padre.

d).—**En cuanto a la coincidencia de la culpabilidad**, no debe llevarse al extremo de creer que todos los partícipes han de estar de acuerdo en sus papeles respectivos y conocer los ajenos porque sería imposible construir la codelincuencia en muchos casos que la vida real abunda en ejemplos.

“Efecto de la identidad del tipo y de la coincidencia de la culpabilidad es la comunicabilidad de la responsabilidad. Pero, precisamente, la convergencia fáctica y la individualización de la intención hacen que la responsabilidad esté guiada por el conocimiento que cada uno tiene de la naturaleza del hecho y de las circunstancias”. “La accesoriadad también se deduce de la identidad del tipo y de la cooperación en un mismo injusto, que sirve de límite, pero sin olvidar que la culpabilidad es individual... La participación es accesoria de un acto principal; pero se es sólo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena”.

En conclusión, tenemos dos reglas de extraordinaria trascendencia para la configuración de la participación: **La comunicabilidad, y la accesoriedad.** (73).

Conceptuando sintéticamente la defensa putativa como la realización del tipo por fuerza del error esencial en que se hallaba el agente, y la participación como el auxilio o cooperación para la realización del tipo estimamos que es posible lógicamente y jurídicamente la coexistencia de ambas figuras en la hipótesis en que dos o más personas erróneamente creen ser objeto de una agresión injusta y que en la repulción del supuesto ataque alguien de los supuestos agredidos auxilie a otro en la realización del tipo, como lesionar o matar. Sólo que como la inculpabilidad es individual cada quien está obligado a demostrar la situación del error en que se hallaba para los efectos de la exculpación total o parcial.

(73).—Para mayor información, Véase Jiménez de Asúa, Op. cit. p. 632.

BIBLIOGRAFIA

- ALMARAZ José**, Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal, t. II, México, 1948.
- ARILLA Bas Fernando**, Breve Ensayo Crítico del Anteproyecto de Reformas del Código Penal, México, 1949.
- BECCARIA**, De los Delitos y de las Penas, Trad. española, 1879.
- CARRARA Francisco**, Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Gral. t. I y II.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl**, Derecho Penal Mexicano, Un tomo. Ed. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, México, 1941.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl**, Las Causas que Excluyen la Incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero, México, 1941.
- CUELLO CALON Eugenio**, Derecho Penal, Parte General, t. I. Editora Nacional, S. A., México, 1951.
- FERRI Enrique**, Principios de Derecho Criminal, Ed. Reus, Madrid, 1933.
- FONTAN BALESTRA Carlos**, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- FRANCO GUZMAN Ricardo**, El Delito e Injusto, Anales de Jurisprudencia, t. LXVII, 1950.
- FRANCO SODI Carlos**, Nociones de Derecho Penal, Parte General 2a. Edición Editorial Botas, México, 1950.
- FRANYUTTI VERELA Gregorio**, Breve Ensayo Sobre la Legítima Defensa Real y Putativa, Tesis, México, 1950.
- GOLDSCHMIDT JAMES**, La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Trad. de Ricardo C. Núñez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

- GOMEZ EUSEBIO**, Derecho Penal Argentino.
- GRISPIGNI FILIPO**, Derecho Penal Italiano, Vol. 1o. Trad. de Isidoro de eBnedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.
- JIMENEZ DE ASUA Luis**, La Ley y el Delito, Ed. Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945.
- JIMENEZ HUERTA Mariano**, La Antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- JIMENEZ HUERTA Mariano**, Panorama del Delito, Imprenta Universitaria, México, 1950.
- KLEIN QUINTANA Julio**, Ensayo de Una Teoría Jurídica del Derecho Penal, Librería de Manuel Purrúa, México, 1951.
- KELSEN Hans**, La Teoría Pura del Derecho, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1946.
- MEZGER Edmundo**, Tratado de Derecho Penal, dos tomos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- PECO José**, Proyecto de Código Penal, Buenos Aires, 1942.
- PORTE PETIT Celestino**, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos Contra la Integridad Corporal.
- PORTE PETIT Celestino**, Apuntes Taquigráficos de Derecho Penal, Escuela Libre de Derecho. México.
- SOLER Sebastián**, Tratado de Derecho Penal Argentino.
- VON BELING Ernesto**, Esquema de Derecho Penal y Doctrina del Delito-Tipo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- VON LISZT Franz**, Tratado de Derecho Penal, Ed. Reus, Madrid, 1927.

INDICE

	Pág.
Dedicatorias	
Prólogo	1
Introducción	3

PRIMERA PARTE

Título Unico

TEORIA DEL DELITO

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL DELITO

El Delito Como Valoración Jurídica	4
La Dógmatica	5
Precursores	5
Clasicismo y Positivismo	5
La Dogmática Actual	6

CAPITULO SEGUNDO

LA CONCEPTUACION TECNICA DEL DELITO

Generalidades	10
El Concepto Técnico del Delito	10
La Imputabilidad	11
La Conducta Humana	12
La Tipicidad	13
La Antijuridicidad	17
La Culpabilidad	21

SEGUNDA PARTE

Título Unico.

LA DEFENSA PUTATIVA

CAPITULO PRIMERO

LA CULPABILIDAD EN PARTICULAR

La Culpabilidad en la Dogmática Moderna	23
Grados de la Culpabilidad	26
El Dolo. Teorías	



BIBLIOTECA
CENTRAL

Elementos del Dolo	28
Clases de Dolo	29
El Dolo en nuestra Legislación	29
La Culpa . Concepto y Definición	30
Naturaleza de la Culpa	30
Elementos de la Culpa	31
Clases de Culpa	31
La Culpa en la Legislación Mexicana	32
Los Delitos Preterintencionales	33

CAPITULO SEGUNDO

LA INculpABILIDAD

La Inculpabilidad. Definiciones	34
Las Causas de Inculpabilidad y las Demás Causas que Ex- cluyen la Incriminación	34
Las Causas de Inculpabilidad y las Causas de Inimputabi- lidad	35
Diversas Clasificaciones de las Causas de Inculpabilidad ..	36
La Inculpabilidad en la Legislación Mexicana	37

CAPITULO TERCERO

EL ERROR

El Error. Su Concepto	40
Clases de Error	41
El Error Esencial y el Error Accidental	41
El Error Insuperable y el Error Vencible	41
El Error de Hecho y el Error de Derecho	42
Teoría Unitaria del Error	43
El Error en la Persona y el Error en el Golpe	44
El Error en Nuestra Legislación	44
Crítica a la Teoría del Error Adoptada por Nuestro Derecho.	45

CAPITULO CUARTO

LAS EXIMENTES PUTATIVAS

Las Eximentes Putativas.— Su concepto,	48
----------------------------------------------	----

Carácter de las Eximentes Putativas	48
¿Debe Haber Eximentes Putativas?	49
Las eximentes Putativas en el Derecho Penal Mexicano ..	50

CAPITULO QUINTO

LA DEFENSA PUTATIVA

La Defensa Putativa.— Su Concepto	52
La Llamada Defensa Subjetiva	53
Crítica de Jiménez de Asúa	53
Proyecto del Código de Veracruz. Crítica	54
La Defensa Putativa en la Legislación Mexicana	55
La Defensa Putativa y el Delito Putativo	57
El Delito Putativo y el Delito Imposible	59
La Legítima Defensa y la Defensa Putativa	60
La Defensa Putativa Recíproca	60
La Defensa Putativa y la Riña	61
El Error en el Golpe y el Error en la Persona en la Defensa Putativa	62
La Participación y la Defensa Putativa	63
Bibliografía	67
Indice	69

ERRATAS NOTABLES.

Página	Renglón	Dice:	Debe decir:
1	3	Giloramo	Girolamo
4	14	responsabilidad	responsabilidad
4	16	en el caso	el caso
6	10	fisiológico	filosófico
6	14	fisiológico	filosófico
6	26	noena	poena
7	12	Die Lehre vom Tothestand	Die Lehre vom Tatbestand
14	28	descriminación	descripción
14	33	los diversos Tipos	de los diversos Tipos
46	31	párrafo	fárrago
60	3	fudamental	fundamental
63	18	Ante estas mismas	A estas mismas
63	24	subiste	subsiste
64	29	uxilian	auxilian
68	3	Isidoro de eBnedetti	Isidoro de Benedetti.