

brados juristas creyeron que se había refundido en el Artículo 12 del instituto múltiple consignado en los diversos 18 a 26 del Código Penal de 71, y en particular el delito imposible del Artículo 25 y que, como sostuvo don Francisco González de la Vega, "dentro del Artículo 12, además del antiguo grado de frustración caben... también ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen"; A (Código Penal Anotado, 2a. p. 83), y en seguida conceptuó como tentativa "una persona dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y penado dentro del grado de tentativa"; y "los delitos imposibles por medios absolutamente inidóneos (*sustancias inocuas* lo cual hemos repetido ampliamente en aquel libro) no deben penarse como tentativa, pues de modo racional no es dable clasificarlos como hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito porque su ejecución a nada conduce". Y la doctrina italiana quisiera, a pesar del párrafo 1o. del Artículo 49 del Código Penal vigente, que la falta de objeto o que la imposibilidad surgida del medio inidóneo viniesen por el camino de la analogía. Sin embargo, si el delito es una conducta humana que produce un resultado material o jurídico contrario al derecho y bajo la amenaza de una pena; y la tentativa no es sino comenzar a ejecutar un delito, se concluye que como no se puede matar a un muerto, tampoco se puede comenzar a matar a un muerto y al venir a menos uno de los elementos del delito no se integra la tipicidad. Este concepto basta, sin refugiarse en la analogía, para fundamentar la exculpación de estas y otras modalidades, que tantos problemas han causado a nuestra doctrina unánime.

Lo mismo puede decirse en cuanto al nexo causal, que hemos estudiado en otra ocasión y toda ruptura de éste destruye la culpabilidad, pues el resultado debe ser atribuible a la conducta y en faltando el ligamen, el evento es extraño al sujeto. Los casos límite (homicidio preterintencional, y

causalidad del Artículo 304 C. P. Federal), cabalmente reafirman este criterio y nada tiene que hacer la analogía en este capítulo.

Las desviaciones del curso causal a que se refirieron Carrara y Mezger, no producen en nuestro derecho vigente la exculpación, porque el dolo concuerda con el resultado y la aberración (Bettioli, *Acercas del delito aberrante*, Escritti, Napoli, 1938, pp. 199 a 209.) es un factor accidental. Así la conceptúa la F. II del Artículo 9 del C. P. e igual trato acordó para el error en la persona y el error en el golpe. (F. V. del mismo Artículo 9 C. P.).

Pocas sentencias tan desafortunadas como ésta de la Primera Salade la Honorable Suprema Corte:

"ERROR EN EL GOLPE DURANTE LA RIÑA. (DELITO DE IMPRUDENCIA).—Aun cuando las lesiones que se infirieron el acusado y su contrario, entre sí, lo fueron en riña no puede decirse que el homicidio habido, que resultó cometido por alguno de ellos, esté matizado con la estimativa de riña, dado que requiere diverso tratamiento jurídico, si fue producido *in aberratio ictus*, esto es, *por error en el golpe o, en otros términos, por error en la persona*; pues no puede haber duda alguna respecto a que el conocimiento que el dolo exige ha de referirse también a la causalidad entre el acto de voluntad y el resultado último, supuesto que no está plenamente comprobado que el acusado o su rival hubieran estado determinados en su conducta por el propósito criminoso de privar de la vida a la víctima, no obstante que estuvieron en posibilidad de preverlo. Y si subsiste el estado de duda sobre cual de los dos coacusados fue el que hizo el disparo que lesionó y produjo la muerte, se debe imputar la causación material a ambos, y concluir en que el homicidio quedó comprendido dentro del tipo de la culpabilidad culposa o por imprudencia. (Toca Número 138 de 1953, p. 1086, T. CXXI S. J. de la F.)".

Nuestra respetuosa disidencia es total. En la motivación y en la conclusión:

a).—Son modalidades distintas la *aberratio ictus*, la *aberratio delicti* y la *aberratio causae*. La primera comprende el error en la persona y el *error en el golpe*; el de la persona supone un falso entendimiento del que va a ser sujeto pasivo —u —objeto— del delito: *A* confunde a *B* con *C* y mata a éste; y el error en el golpe es porque se marra la acción, se equivoca en el proceder; dispara sobre *B* y mata a *C*.

b).—En la segunda hay un delito no querido, distinto del doloso querido; aquél en exceso y éste consumado o inconsumado (homicidio, parricidio, etc.).

c).—La aberración causal se produce cuando hay coincidencia entre el delito querido y el delito realizado, sólo que el curso, el nexo causal es distinto del tenido *in mente*. El ejemplo de Carrara y aun el de Mezger a los que aludimos en otro modesto trabajo nuestro, los hemos resuelto años después como funcionario judicial. El sujeto *A* golpea a *B* en el cráneo y creyéndolo muerto lo arroja por el puente al río; *B* muere de asfixia por inmersión en el agua.

Pues bien: la Honorable Suprema Corte toma en calidad de sinónimo figuras como el error en la persona y el error en el golpe. Inexacto. La Honorable Suprema Corte califica de culposo el homicidio producido por uno de los dos rijosos. Inexacto.

I.—Este homicidio con riña o sin ella es siempre doloso. La Ley protege, en el tipo, no la persona *A*; sino a todos los hombres. El error en el golpe es accidental al tenor del texto expreso citado y pervive la presunción (Artículo 9 F. V. C. Penal) de dolo. (Fernández Doblado, *Culpabilidad y Error*, México, 1950, pp. 88 y 103).

II.—De ser homicidio culposo entraría en concurso

ideal con un homicidio doloso tentado y se castigaría éste por la penalidad más grave (Artículos 19 y 58 del C. P.).

III.—La riña, como atenuación subjetiva —objetiva, da colorido no solamente al delito querido y verificado, sino también al aberrante. El delito consumado contra tercero, en la riña de dos, es rijoso. No sería premeditado, v.gr., porque es circunstancia subjetiva y faltaría la concordancia entre la voluntad y el resultado. (Vannini, *il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, pp. 128 a 130; nuestro librito *La Tentativa*, pp. 239 y ss. No. 57).

Se considera que cualquier curso causal, distinto del querido, pero sin interrumpirse, es para los efectos penales, de análoga cualificación, equivalente.

IV.—La última solución estaría también muy distante del criterio de la Corte, pues habría que aplicar la responsabilidad correspectiva de la F. I segunda hipótesis, Artículo 309 C. P., por ignorarse quién de los dos contendientes produjo la lesión letal. No homicidio culposo. ¿O qué hacemos con el dolo inicial?

(Porte Petit, *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, p. 315).

V.—Pero la Corte había ido más lejos de nuestra tesis, pues en la ejecutoria del T. CXX, 3 votos Sres. Ministros Mercado A., Chico Goerne y Corona, contra Olea y Leyva y Ruiz de Chávez, se sostuvo que si por *error en el golpe* los rijosos matan a un tercero, el homicidio no es atenuado por riña, porque riña no había con el después ociso, sino simple intencionalidad porque el error (Artículo 15 F. IV) *no destruye la presunción del dolo*.

¿No será esta teoría más coherente y legítima? (Pannain, *Gli Elementi Essenziale e accidentale del Reato*, Roma 1936, pp. 174 y ss.).

En el segundo elemento del delito (voluntad), también cabría la invocación a la analogía, pues así como el C. P. italiano prevé expresamente en calidad de exculpan- te el caso fortuito y la fuerza mayor (Artículo 45); el ser constreñido físicamente (Artículo 46); el error de hecho decisivo, esencial e inculpable (Artículo 50. y 47), el ex- ceso en la repelición —y otros— (Artículo 55); la errónea convicción de no delinquir (Artículo 59), también estarían amparadas ciertas conductas como el delito cometido du- rante el sueño (Vasalli, *Op. cit.* p. 100, n. 1), en que la analogía inequívoca e irrenunciable para la comprensión unitaria del delito, las haría impunes sin reclamo explícito de la legislación.

Nosotros podríamos aducir, bajo el mismo orden de ideas, que como no poseemos un precepto semejante al del Artículo 47 del C. P. italiano, en que los casos de ese error esencial e inculpable se excluye (Franco Sodi piensa que el error es causa de JUSTIFICACION; Carrancá y Trujillo y González de la Vega, que es causa de INIMPUTABILIDAD. *Nociones de Derecho Penal*, p. 24 *Derecho penal me- xicano*, I, p. 340. *El código penal comentado*, p. 95). Sen- timos nuevamente disentir del criterio de los maestros; ya ha mucho habíamos externado nuestra modestísima posi- ción, que se adhiere a la de Jiménez de Asúa, Soler, Nú- ñez y Peco, aseverando que es causa de INCULPABILIDAD. (Ver nuestra CONFERENCIA SOBRE EL ANTE- PROYECTO DE CODIGO PENAL FEDERAL, Opiniones, México, 1950, pp. 21 y ss.), ya que como acota Fernán- dez Doblado (*Op. cit.* p. 102), el error de derecho está en- claustrado malamente en la fracción IV del Artículo 9 del C. P. de 1931, y el de la F. III es la hipótesis del “error por convicción” y malamente añadimos, porque si ese error decisivo, esencial e inculpable de derecho no destruye la presunción de dolo, éste pervive con la simple tipicidad, y refuerza el desvalor de la conducta el texto clarísimo de las Disposiciones Preliminares del Código Civil, eficaces para todo el ordenamiento positivo, que rehúsan carácter excusante a la ignorancia de las leyes de interés público

—Artículo 21—, ocluyendo la posibilidad de dar asidero al error de derecho y decimos que como el error sólo es recibido parcialmente en el Artículo 11 F. VII del C. P. referido a la persona víctima del delito, —cualidades apre- ciadas como objeto del delito— dejando fuera el error so- bre el núcleo del injusto tipificado y el que versa sobre el objeto, habríamos de concluir que esa causa de inculpabili- dad cuando se presenta bajo formas diversas, —ministrar al paciente el medicamento prescrito por el médico y sur- tido por el farmacéutico, que es veneno en lugar de me- dicina: delito doloso o culposo del farmacéutico; tomar la cosa ajena creyéndola fundadamente como propia—, serían hipótesis alojadas en la aplicación por subsidio analógico, de la coja, bizca y torpe fracción VI del Artículo 15 C. P. de 1931, ¡todavía vigente!

En lo atañadero a las causas de exclusión de la anti- juridicidad, Vasalli arguye, bajo el mismo signo, que el Ordenamiento jurídico solamente es ejemplificativo (*positio unius non est exclusio alterius*) y que la legítima defensa, el consentimiento del titular del derecho (Delogu, *Teoría del consenso dell' avente diritto*, 1936, n. 31), el estado de necesidad, (sic), etc., no son sino parte de un elenco incluso cuyos últimos casos aunque inexpresos, se obtienen de la aplicación del subsidio analógico. De donde apunta, si ¿no de la licitud extrapenal “impuesta por la autoridad o por una norma jurídica”, puede detraerse la juridicidad sin precep- to concreto de la norma penal? Las lesiones deportivas, el tratamiento médico quirúrgico, los experimentos cientí- ficos, las informaciones comerciales, “exigen imperiosa- mente el recurso a la analogía”.

Hay una licitud normal, insiste con Arturo Rocco, y una licitud excepcional; ésta se afianza inequívocamente en el suplemento analógico.

Antes hemos dado cuenta brevisima del pensamiento de tres distinguidísimos escritores hispanos; y el de la rec- tificación del ilustre Jiménez de Asúa; ahora bastará in-