

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 rioso. 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 exculpante 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 exceso en la repelición —y otros— (Artículo 55); la errónea convicción de no delinquir (Artículo 59), también estarían amparadas ciertas conductas como el delito cometido durante 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 mexicano*, I, p. 340. *El código penal comentado*, p. 95). Sentimos nuevamente disentir del criterio de los maestros; ya ha mucho habíamos externado nuestra modestísima posición, que se adhiere a la de Jiménez de Asúa, Soler, Núñez y Peco, aseverando que es causa de INCULPABILIDAD. (Ver nuestra CONFERENCIA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL FEDERAL, Opiniones, México, 1950, pp. 21 y ss.), ya que como acota Fernández Doblado (*Op. cit.* p. 102), el error de derecho está enclaustrado 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 apreciadas como objeto del delito— dejando fuera el error sobre el núcleo del injusto tipificado y el que versa sobre el objeto, habríamos de concluir que esa causa de inculpabilidad cuando se presenta bajo formas diversas, —ministrar al paciente el medicamento prescrito por el médico y surtido por el farmacéutico, que es veneno en lugar de medicina: 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 precepto concreto de la norma penal? Las lesiones deportivas, el tratamiento médico quirúrgico, los experimentos científicos, las informaciones comerciales, “exigen imperiosamente 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 brevísima del pensamiento de tres distinguidísimos escritores hispanos; y el de la rectificación del ilustre Jiménez de Asúa; ahora bastará in-

dicar que el mismo Vassalli se ve forzado a concluir, que la concepción sistematizada del delito trae consigo inevitable y certera, las causas de exclusión del tipo, de la inimputabilidad, de la inculpabilidad y de la antijuridicidad, aunque eventualmente quedasen fuera de la enumeración de las exculpantes labradas en el Código represivo.

Hay más aún: la Fracción V del Artículo 15 del C. P. de 31 —copiado del inciso 14 del Artículo 36 del Código de 1871 de Antonio Martínez de Castro— colma todas las formas de la *ilicitud excepcional*.

Si algún temor se pudiese abrigar de que conductas jurídicas se fugasen de la exculpación —a pesar del aspecto negativo del delito: de la antijuridicidad material— es suficiente invocar la legitimidad de toda conducta que aún adecuada al tipo permanece lícita, porque otro precepto legal la obliga o la autoriza.

Finalmente, la no exigibilidad de otra conducta, con el ejemplo harto conocido del conductor de vehículo de pasajeros, que denuncia el mal estado de los frenos y el patrón se niega a repararlos y exige al trabajador desarrolle su tarea, en la cual y precisamente por esa falla mecánica se produce un resultado punible, es delictiva porque sin acudir a un argumento *ad terrorem*, de los muertos y heridos que claman venganza, se inclina la desaprobación, no ya por la valoración de intereses al ser de mayor entidad la vida y la integridad corporal que la pérdida del trabajo de chofer, sino por la sencilla razón de que es un delito de culpa simple para éste y de dolo eventual para el patrón; porque el trabajador no tiene el *deber* de matar a nadie para conservar su empleo; ni las leyes del trabajo lo autorizan a matar a fin de conservar su empleo y acrecer el patrimonio del empresario.

Todo el sistema adoptado por el legislador en las exculpantes, al enunciarlo “se abre” con el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho y a la licitud normal

(de las exculpantes enumeradas: Artículos 333 y 334 C. P. vg.) se agrega la licitud excepcional (de la juridicidad venida del total orden jurídico) que opera en las situaciones no expresamente contempladas por el Código Penal pero amparadas por las normas legales vigentes. Nunca en las causas supraleales (no exigibilidad).

A la analogía le corresponde desempeñar una misión principalísima en el Derecho Judicial y si nuestro constituyente no paró mientes en ello, ni los autores del Código Civil, del de Comercio, de la Ley de Títulos, del Código Penal, del Procesal Penal; ello destaca, o un neblinoso concepto del instituto o un total desconocimiento del mismo. Sólo la docta Comisión que redactó el Código Civil del D. F. de 1870 —Puebla, 1871, pp. 9 y 10—, compuesta por los ilustres juristas Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte, Rafael Dondé— creyó, sin fundamento por cierto, que la supletoriedad de la analogía (“se apelara a la que se hubiere dictado para otro semejante”), después la de las normas legales españolas, la de las demás extranjeras, la de la tradición de los tribunales (jurisprudencia) y por fin: la doctrina de los jurisconsultos, “está comprendido en gran parte en las reglas generales de interpretación, que siendo de derecho común, están reconocidas por todas las legislaciones”. En cambio, la Comisión que redactó el Código Civil de 1928 —vigente— no tuvo a bien referirse a este capítulo; ni creyó necesario justificar los Artículos 19 y 21, que vuelven, respectivamente, a la aplicación de la letra de la ley, condenada por Martínez de Castro y por los nombrados comisionados del 70, a la interpretación de la ley y por último a los principios generales de derecho; a continuación se creó el error de derecho inexcusable, creando una causa absolutoria al arbitrio judicial con vista y conformidad del Ministerio Público, salvo leyes de interés público. Tampoco la Comisión encargada de redactar el Código procesal civil federal en vigencia tomóse el atrevimiento de hacer la menor alusión a la analogía.

Ya está claro que ni los preceptos legales, ni las magnas exposiciones de motivos se preocuparon de la analogía y que nuestra Constitución le confinó a las penas y delitos exactamente previstos en las normas secundarias, y dejó el legislador común sin previsión las leyes penales restrictivas de derechos o excepcionales, ya de derecho sustancial, ya de derecho procesal.

La elevada misión casacionista de nuestra Honorable Suprema Corte se ha visto menguada desde su inicio por indudable culpa de este silencio codificado, y si en Italia se suscitaron y suscitan interminables controversias a pesar de sus textos explícitos, qué no podríamos esperar de un régimen jurídico trunco, estrábico y mudo como el nuestro, que orilla a los Tribunales, no siempre muy cautos, a ir creando los cuerpos de doctrina en tan añejo como perenne tema.

Si a esto añadimos la poca fortuna en que se encuentran concebidos en lo general, los códigos penal, de procedimientos penales, y una marcada inclinación por la sabiduría sin estudio, habremos alcanzado la explicación de la postura muy a la época, que rehúye la íntegra solución del problema de la analogía.

Más allá de la analogía están los principios generales de derecho, nudo también de polémicas filosófico-jurídicas y último asilo de la ley penal y procesal penal, según la más reciente doctrina italiana.

Nos alienta la ilusión, sin asidero alguno, de que estas páginas pudieran ser guía informativa con destino, por indeclinable vocación, a los estudiantes de Derecho de mi Provincia o de mi País.

N O T A S

- (1).—De Ruggiero, *Instituzioni di dir. priv.* Vol. único, Messina 1937, pp. 37 y 38.
- (2).—Nicola Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*. Traduc. de Don Felipe de J. Tena, México 1938, p. 83.
- (3).—Azzariti Giuseppe, Azzariti Saverio F. Martínez Giovanni, *Diritto civ. italiano*. T. I. Padova, 1934. p. 95.
- (4).—Manzini, *Tratado de derecho penal italiano*. B. Aires, 1948, Vol. I., 145 pp. 402 y ss.
- (5).—Messari, "Le dottrine generali di diritto penale". Napoli, 1930, pp. 24-24; Florián *Derecho penal* La Habana, 1929, Vol. I, p. 202.; Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano*. Vol. I, aboga por la interpretación de la Ley de acuerdo con su sentido, pero si éste es dudoso, "debe ser aplicada extensivamente en lo favorable y restrictivamente en lo desfavorable, mirando primero al mayor interés lesionado y a la mayor peligrosidad acreditada, y . . . "Cabe la analogía en" tratándose de excluyentes de incriminación, siempre que se tratara de las causas EXTRALEGALES DE JUSTIFICACION y por cuanto en éstas no hay antijuridicidad". Ver Jiménez Huerta. *La tipicidad*, México, 1955, pp. 235, in n. 34, donde se refiere al contenido del Artículo 59 del Código penal federal vigente, que es el segundo apoyo de la interpretación, según Carrancá y Trujillo, rebatiéndole Jiménez Huerta. El ejemplo de Don Raúl Carrancá y Trujillo no es a nuestro modesto entender, hipótesis del Artículo 59 C. P. porque el adulterio es un delito necesariamente bilateral, que exige la intención concurrente de los protagonistas; en cambio, la violación es un delito a voluntad única y *contra* (o *sin*) la voluntad de la víctima no hay tampoco en la hipótesis incesto-violación ningún nexo con el desafortunado Artículo 59 y menos con la interpretación puesto que ésta no puede ser sino cierta o falsa.
- (6).—Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y de Don Santiago Senties Melendo, B. Aires, 1944, Vol. I pp. 123, 129 y ss.
- (7).—Alfredo Rocco, *La sentencia civil-La interpretación de las leyes procesales*; traducciones, respectivamente, de Ovejero; Romero Sánchez y López de la Cerda; México sí. pp. 337 y ss.
- (8).—Francesco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma 1931, Vol. Único, pp. 227 y ss. Bobbio *L'analogía nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 139; en que la analogía es interpretación extensiva (su segundo grado diría Martínez de Castro). En contra además del texto donde son citados Vannini, *Manuale de dir. pen.* Vol. I. 1948 p. 40. Vid. la estupenda y abrumadora monografía de Mauro Cappelletti, *L'attività . . .* Padova, 1957, pp. 40 y ss. ns. 70 a 77. Para la distinción entre los poderes, incluyendo en el de la aplicación analógica, del Juez constitucional y del Juez ordinario; también Pierandrei, *L'interpretazione . . .* Milano, 1925, p. 480, 485 y ss. Es altamente sugestiva la construcción de la interpretación evolutiva, por la amplia discrecionalidad en el proceso intelectual y volitivo —de valor— para alcanzar el núcleo central del motivo legislativo, saturado de fines de la más alta política protectora del bienestar colectivo. No creemos que nuestros constitucionalistas hayan parado mientes en la fecundísima labor doctrinaria y jurisprudencial italiana, nacidas a partir de la integración de la Corte Constitucional de la República italiana. Al profundo estudio de Calamandrei —el último de su vida fértil— elaborado sobre el tema y en el claustro de la Corte, nos referimos en un modestísimo Ensayo de ha mucho. Zitelman, *Las Lagunas del derecho*. Información jurídica, n. 133. Madrid. Véase el infantilismo jurídico del filósofo García Máynez, en su conocidísimo libro de texto *Introducción al estudio del derecho*, p. 362. O el sistema es a *numerus apertus* —como en el proceso civil o el derecho civil nuestros, y el penal en tipo y penas soviético: o a *numerus clausus*, como en tipos y penas de nuestra Constitución en su Artículo 14 y 7 del Código Penal Federal, en que lo no tipificado es lícito; lo no penado es lícito penal, que pudieran ser ilícitos civiles, mercantiles, etc. Su ejemplo ha sido resuelto en Alemania hace más de cincuenta años, y es y ha sido siempre una modalidad de la interpretación progresiva, aceptada por la doctrina unánime. "Vana tentativa de la soberbia, la de llegar a descubrir otra vez el paraguas", diría Carlos Cossio. Ver la elogiada tesis de Pavón Aparicio, *Ensayo sobre la integración de la Ley penal*, México, 1955. Es clásico en el tema, el brevísimo pero bri-

llante estudio de Giacomo Delitala, *Analogía in bonam partem*, en Estudios en memoria de Eduardo Massari. La interpretación restrictiva a favor del culpado, Chauveau y Helie, *Teoría*, . . . I, pp. 41, 42. La confutación en Manzini, *Op. cit.* I, p. 399.

#### PROYECTO DE CONSTITUCION DE 1857

ARTICULO 4o.—"No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto, o que altere la naturaleza de los contratos".

ARTICULO 26.—"Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad, sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso".

#### CONSTITUCION VIGENTE DE 1917

ARTICULO 14.—"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho".

#### CODIGO PENAL FEDERAL DE 1871

##### ARTICULO 181

No podrán los jueces aumentar ni disminuir las penas traspasando el máximo o el mínimo de ellas, ni agravarlas ni atenuarlas sustituyéndolas con otras, o añadiéndoles alguna circunstancia; sino en los términos y casos en que las leyes los autoricen para hacerlo, o lo prevengan así.

##### ARTICULO 182

Se prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, anterior a él y vigente cuando éste se cometa. Pero se exceptúan en favor del reo los casos siguientes:

I.—Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la pena establecida en otra ley vigente al cometerse el delito, o la sustituyan con otra menor; se aplicará la nueva ley; si lo pidiere el reo:

II.—Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto una pena corporal que no sea la de muerte, se dictare una ley que, dejando subsistente la pena señalada al delito, sólo disminuya su duración; si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la pena impuesta, en la misma proporción en que estén el máximo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior.

III.—Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto la pena capital, se dictare una ley que varíe la pena; se procederá con arreglo a los Artículos 241 y 242.

IV.—Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior les daba; se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando, y aun a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en adelante.

## CADUCIDAD Y SOBRESEIMIENTO\*

Por el Lic. RAMON PALACIOS  
*Magistrado del Tribunal Colegiado de Circuito en Puebla.*

La caducidad y el sobreseimiento no guardan parentesco alguno; por el contrario, podríamos decir que son institutos antagónicos, tanto por la naturaleza de los procesos en que son dictados, como por sus causas y sus efectos, así como por la tradición legislativa.

Sin embargo, y aquí se inicia la originalidad, el sobreseimiento, en cuanto a sus efectos, es introducido en el proceso constitucional de garantías y acude en su origen a los presupuestos de la caducidad.

La caducidad "es un modo de extinguirse la relación procesal, que tiene lugar al transcurrir un cierto período de tiempo en estado de inactividad. No extingue la acción, sino que hace nulo todo procedimiento . . . La inactividad consiste en no realizar actos de procedimiento . . . la inactividad debe ser inactividad de parte (voluntaria o involuntaria, no importa), no de juez, puesto que si la simple inactividad del juez pudiera producir la caducidad, sería remitir al arbitrio de los órganos del Estado la cesación del proceso"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*. Madrid, 1941, T. II, Vol. I, par. 74; Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. IV, ns. 763 y ss.

\* Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. *Problemas Jurídicos de México*. Editorial JUS. México. 1953.