

318509

8

20j.

DOCUI ET DOCTI



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
1985 - 1990

**"LA FALTA DE VALIDEZ CONSTITUCIONAL
DE LAS EXIMENTES PUTATIVAS"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ALFREDO GENIS GONZALEZ MENDEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. GUILLERMO DE LA ROSA PACHECO.

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1990



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 está 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.

I N T R O D U C C I O N

Todos los individuos que estamos en el territorio mexicano, gozamos de garantías constitucionales, las cuales no podrán ser violadas por ninguna autoridad.

Dichas garantías existen en materia penal, para personas que están sujetas a un proceso criminal, ya sea para agravar o eximir su responsabilidad.

La presente tesis es un estudio constitucional de las creaciones doctrinarias, basadas en el dogmatismo que al través de la razón pura, aplican los dictados del error esencial e invencible, a figuras como la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, creando de esta forma a las eximentes putativas.

Tales eximentes doctrinarias, son realizadas por nuestro Más Alto Tribunal de Justicia, creando defensas putativas fuera de toda realidad jurídica.

CAPITULO I

LA CONSTITUCION

La Constitución del 5 de febrero de 1917, es - la cúspide del drama histórico persuadido por la lucha del pueblo, por-- conquistar la justicia social y vivir bajo un régimen de estado de dere- cho.

Conforme al espíritu de los artículos 39, 40 y 41 Constitucionales se desprende que el Poder Público dimana del pueblo, quien tiene en todo tiempo el derecho de modificar la forma de su gobier- no (República Representativa, Democrata y Federal), porque la soberanía- nacional reside esencial y originalmente en el pueblo.

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los- Poderes de la Unión, que son el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, volun- tad nacional creadora de nuestra Constitución, es decir, el pueblo mexi- cano es el titular de la soberanía nacional y su voluntad se transcribe- en la Carta Magna.

Nuestro Código Político establece las faculta- des de cada Poder Público del Gobierno Federal, del de los Estados y del Distrito Federal, y todos estos unidos dentro de una misma Federación y- que por consiguiente en ningún caso podrán contravenir al espíritu del -

Pacto Federal.

Nótese como se determina el origen del Poder — Público, la forma en que se divide su ejercicio y la estructura de las — atribuciones de los Poderes Públicos del Gobierno Nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha — interpretado a la Constitución y dice que la Carta Magna es el ordena — miento que da vida y que unifica con validez nacional al sistema jurídi — co mexicano:

"CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN — SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. Las reformas a los artículos 49 y 131 de — la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de — inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni — puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus precep — tos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por — lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse — por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la — norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que — constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, — la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el — cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisa — mente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que — componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la ley Supre — ma de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de — acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se — contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto — de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificacio — nes o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal co — mo el juicio de amparo es apto para modificarla" (1).

Por otro lado nos dice nuestro más alto Tribu — hal, que por consagrarse preceptos de orden público constituye ésta la — cima del ordenamiento jurídico nacional:

(1) Ejecutoria visible en el Volumen 39, Primera Parte, Pág. 22, bajo el rubro: Amparo en revisión 8165/62, Salvador Piña Mendoza, de fecha 22 de marzo de 1972, unanimidad de 16 votos.

"CONSTITUCION, VIOLACIONES A LA. NO SON CONVALIDABLES BAJO NINGUN SUPUESTO. El artículo 16 constitucional ordena que todos los actos dictados por las autoridades del país, se emitan dentro de los catálogos de atribuciones o facultades expresamente establecidos por la Constitución y las leyes. Es bien sabido que las autoridades solamente pueden hacer lo que expresamente les está permitido por la Constitución y demás ordenamientos, por lo que si actúan fuera de sus atribuciones, estarán realizando actos viciados de incompetencia y violatorios del artículo 16 constitucional. Por otra parte, la Constitución Federal y especialmente las garantías individuales del gobernado son preceptos de orden público por excelencia, que constituyen la cima del sistema jurídico mexicano, razón por la cual, los derechos consignados a favor de los gobernados son "irrenunciables", y los actos de autoridad que se digten en contravención a tales garantías no son convalidables bajo ningún supuesto. Si un acto administrativo fué dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, está viciado de incompetencia y es violatorio del artículo 16 constitucional; por lo tanto, si contra dicho acto se promueve un medio de impugnación argumentándose además precisamente el citado vicio, la autoridad que conozca del mismo está obligada a estudiar la violación y de ser fundada, a hacer la declaración respectiva, dejando sin efecto el citado acto. No es posible que el vicio de incompetencia se subsane o convalide por el simple hecho de que la autoridad que resuelve el medio de defensa, sea también la competente para emitir el acto impugnado, puesto que lo técnico y jurídicamente correcto en ese caso, es que la autoridad resolutora declare fundado el agravio hecho valer por la incompetencia de quien emitió el acto impugnado, dejándolo sin efecto, sin embargo debe hacerse notar, que la autoridad en el primer caso actuará como la substanciadora y resolutora del medio de defensa de que se trata, y en el segundo, como la emisora de un acto administrativo en perjuicio del particular, en ambos supuestos dentro de sus atribuciones, pero utilizando facultades distintas según la hipótesis jurídica que se presente" (2).

1.- CLASES DE CONSTITUCIONES.

Analizaremos los diversos aspectos, formas y tipos de Constituciones, que los diversos doctrinarios han realizado para desentrañar y entender mejor el contenido de éstas.

Empezaremos con los juristas no nacionales, por tratarse de los primeros en el trato del tema que nos ocupa.

(2) Ejecutoria visible en el Volumen 175-180, Sexta Parte, Pág. 55, bajo el rubro Amparo directo 976/81, Comisión Federal de Electricidad, 9 de agosto de 1983, Primer Circuito, tercero administrativo.

A).- AUTORES EXTRANJEROS

Carl Schmitt en su obra Teoría de la Constitución nos marca cuatro clases de constituciones a saber: El absoluto, el relativo, el positivo y el ideal.

Dentro del carácter absoluto significa "la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente" - (3).

Es decir: "la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: Unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente en el caso crítica de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución" (4).

Asimismo a dicho carácter absoluto le da un segundo enfoque como "una manera especial de ordenación política y social. Constitución significa aquí el modo concreto de la supra- y subordinación, puesto que en la realidad social no se da ninguna ordenación-- sin supra- y subordinación. Aquí la Constitución es la forma especial -- del dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: Monarquía, Aristocracia o Democracia, o como se quieran dividir las formas de gobierno. Constitución es aquí forma de gobierno" (5).

Continuando con el carácter absoluto, la tercera significación de Constitución es, "el principio del devenir dinámico-

(3) Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Editorial Nacional, México, 1981, Pág. 4.

(4) Ob. Cit., Pág. 4.

(5) Ob. Cit., Pág. 5.

de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada forma -
ción y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u -
operante en la base... De los distintos intereses contrapuestos, opinio -
nes y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política "integrar -
se", según la expresión de Rodolfo Saed" (6).

También le da el sentido absoluto, un signifi -
cado importante como una regulación legal fundamental, es decir el sis -
tema de normas supremas y últimas. Se equiparía al decir Constitución --
con norma de normas.

Carl Schmitt profundiza en esta clase y nos di -
ce: "Aquí, constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un deve -
nir dinámico, sino algo normativo, un simple "deber-ser"... El Estado --
se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución -
como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas... -
La Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un deber -
ser normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación -
"jurídica", que no tiene una existencia del Ser, sino que vale como de -
ber, porque no obstante -puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, -
sistemática, de normas y se equipara con el Estado sirve para fundar el -
concepto absoluto de Constitución" (7).

La segunda clase de Constitución Schmitt la es -
tudia desde un punto de vista relativo o particular.

La Constitución en "sentido relativo, significa
pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de
contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución -
única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente

(6) Ob. Cit., Pág. 6.

(7) Ob. Cit., Pág. 8.

iguales. Para este concepto "formal" es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser "fundamental"... Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una "Constitución", igualmente relativo" (8).

Aquí únicamente se atiende a un criterio formal, ya que no interesa la importancia de las normas que se consagren en la Carta Magna, sino que por el hecho de encontrarse en un Código Supremo, dichos preceptos tienen la categoría de constitucionales.

Dentro de este sentido relativo de la Constitución las clasifica dicho doctrinario en Constituciones rígidas y flexibles.

Diciendo que una Constitución "absolutamente rígida necesitaría prohibir todo cambio de cualquiera de sus prescripciones. En este sentido absoluto no habría ya ninguna Constitución rígida. Pero sí ocurre que haya prohibición constitucional de reforma para algunas prescripciones constitucionales aisladas. Así, una ley francesa de 14 de agosto de 1884, prohíbe hacer objeto de una propuesta de reforma constitucional la forma de gobierno republicana" (9).

Clasificándolas, sin embargo, "de Constituciones rígidas aquellas en que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a supuestos o procedimientos especiales de mayor dificultad" (10).

La tercera clasificación la realiza dicho jurista

(8) Ob. Cit., Pág. 13

(9) Ob. Cit., Págs. 19 y 20.

(10) Ob. Cit., Pág. 20.

ta como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política. - Esto es el sentido positivo de la Constitución.

Apunta al respecto Schmitt: "La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, - y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia" (11). Es decir, son las decisiones que afectan al mismo ser social, son las bases fundamentales del orden jurídico.

La razón de este sentido positivo sirve de base para la distinción entre Constitución y Ley Constitucional, ya que la -- esencia de la primera no emana de la ley, sino por resoluciones políticas.

A manera de ejemplo podemos hablar de la intangibilidad de la Constitución, mientras que las leyes que nacieron de -- esa, pueden ser violadas tanto por gobernantes como por gobernados, así como el ser suspendidas durante cierto tiempo, según se desprende de la propia Constitución.

La cuarta y última clasificación que hace Carl-Schmitt de la Constitución desde un sentido ideal.

"La terminología de lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo -- aquella que se corresponda con sus postulados políticos" (12).

Son las ideas que sostienen los partidos políticos al través de la lucha, por conquistar el reconocimiento de sus metas.

(11) Ob. Cit., Pág. 24.

(12) Ob. Cit., Pág. 41.

El Doctor Hans Kelsen en su obra de Teoría General del Estado, clasifica a la Constitución en diversos sentidos como veremos:

El primero es el sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo; ya que función estatal equivale a función jurídica para dicho tratadista.

Dice que la "estructura jerárquica desemboca en una (norma fundamental) en la que se basa la unidad del orden jurídico - en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la 'Constitución', esto, es el hecho de constituir una orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado Constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho Positivo" (13).

Continua apuntando Kelsen; "Considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto, puede afirmarse lo siguiente: lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es un hecho, mirando hacia arriba) y el puro hecho (que tampoco es ya norma, mirando hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada" (14).

(13) Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Décima Quinta Edición, Editorial Nacional, México, 1979, Págs. 325 y 326.

(14) Ob. Cit., Págs. 326 y 327.

En la segunda clasificación el vienes le da un sentido formal y material a la Constitución. "La tendencia individualista del derecho natural —que en lugar de una norma fundamental pone el — hecho de un contrato—, motiva ulteriores desviaciones de la línea de una teoría positiva del Derecho. La norma fundamental hipotética en cuya — identidad se basa la identidad del orden jurídico ((estatal)), tradúcese— (algo ingenuamente) en la idea de la invariabilidad del contrato prim— tivo... Sólo las normas jurídico-positivas, no las hipotéticas pueden — ser ((reformadas)) en sentido jurídico... Por Constitución en sentido — material se entiende, pues, aquellas normas que se refieren a los órga— nos superiores (constitución en sentido estricto) y a las relaciones de— los súbditos con el poder estatal (constitución en sentido amplio)... Se habla de Constitución en sentido formal cuando se hace la distinción en— tre las leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos— especiales para su creación y reforma" (15).

B).- AUTORES NACIONALES.

Rolando Tamayo y Salmorán en su libro titulado— Introducción al Estudio de la Constitución selecciona a la Constitución— en diversos aspectos dentro del marco de la historia.

En la antigüedad clasifica a la Constitución — como distribución de funciones, como esquema o patrón ideal, como gobier— no, como legislación y legislación especial, y como regla de competen— cia.

La Constitución como distribución de funciones— es la forma en que la polis está organizada. "Todo ciudadano e, incluso, cualquier individuo realiza una función en la polis y en ese sentido es—

(15) Ob. Cit., Págs. 329 y 330.

un funcionario de la polis. Es la Constitución (politeia), la que determina las funciones de los ciudadanos y por ese hecho establece la organización de la polis... En este sentido y de acuerdo con Aristóteles, la Constitución (politeia) puede ser caracterizada no únicamente como una estructura de funciones de la polis, sino como el esquema que determina la finalidad de la comunidad política... De ahí pues que la comparación de poleis sea, en todo caso, una comparación de diferentes constituciones" (16).

Como esquema o patrón ideal, 'politeia' parece significar 'el esquema gubernamental ideal' esto es, "un modelo para la polis". Influenciados por los pensamientos de Platón que decía: "Toda — nuestra polis es una imitación de la vida mejor y más notable". Asimismo, Sócrates expresaba: "que la politeia es el 'alma de la polis' sobre la cual tiene poder como el alma sobre el cuerpo" (17).

Constitución como gobierno, se entiende como — "administración" o 'gobierno'; de manera a entender que el gobierno o — la administración de la polis devino más favorable al pueblo... En este sentido 'constitución' quiere decir el régimen o administración que dirige o gobierna la polis" (18).

Constitución como legislación; "Aristóteles, observa claramente que politeia tiene las características típicas de una ley... (La constitución votada en 411 a de C) es algo muy similar a una legislación; por lo menos, el hecho de decir 'redacción', así como 'ratificación del pueblo', hace pensar en un procedimiento legislativo conocido en Atenas... Y en efecto en la Constitución de Atenas, nos percatamos que todas las reformas de Solón no son, sino un conjunto de leyes a-

(16) Tamayo y Salmorán, Introducción al Estudio de la Constitución, Editorial UNAM, México, 1986, Págs. 28-29.

(17) Ob. Cit., Págs. 29-30.

(18) Ob. Cit., Págs. 30-31.

las cuales Aristóteles denomina 'constitución'. Así, por ejemplo, dice: "Cuando Solón hubo establecido la Constitución tal como lo he dicho", haciendo referencia a todo el conjunto de reformas de Solón. Reformas que fueron introducidas por medio de legislación. ¿No acaso Solón es un legislador? ... El conjunto de su constitución no puede ser otra cosa más que el conjunto de leyes que dicta Solón"(19).

La Constitución como legislación especial. — Aquí se encuentra la posibilidad de diferenciar a la Constitución de otras leyes publicadas, ejemplo de cuando Solón dividía el reparto del cuerpo de ciudadanos en cuatro clases según su renta gravable. "Pudiendo se entonces entender por 'constitución': la estructura ciudadana de la polis y por "las otras leyes", simplemente: las otras, por las cuales se van a redimir deudas, se va impedir que el deudor sea garantía prendaria" (20).

La Constitución como regla de competencia. Esta comprendía "la distribución de los ciudadanos en tribus obarríosts" y las distintas funciones de los magistrados basada en las diferentes leyes..., así como en las antiguas tradiciones de los ancestros (21).

En la Edad Media las distingue desde dos puntos de vista: como un pacto y como leyes fundamentales del Reino.

Como Pacto. "En Cataluña, por ejemplo, por 'constitución' se entiende, ciertamente, una legislación del monarca pero, la nota distintiva es que ésta se encuentra estrechamente vinculada o relacionada con los estamentos ya sea en su confección o por su objeto ... En los siglos XI y XII, aunque el príncipe usaba, por lo general, de forma unipersonal la facultad de legislar, en no pocas ocasiones lo hace

(19) Ob. Cit., Págs. 31 a 33.

(20) Ob. Cit., Pág. 33.

(21) Ob. Cit., Pág. 34.

en asambleas y parlamentos; ... A las disposiciones del monarca, en Cortes o fuera de éstas, se les dió frecuentemente, el nombre de 'Constitución'... Las constituciones medievales no son sino pactos en forma de — leyes, convenios que deben cumplirse" (22).

"¿No acaso la ley era una sponsio pública como señalaba Papiniano?. Estas cartas o fueros, denominados 'constituciones', son convenios o pactos hechos públicos como lo son las disposiciones — de una legislación y que tiene por objeto establecer las relaciones de — obediencia y de *mando* que existen entre gobernantes y súbditos. De aquí — el nombre de *pactum subjectionis* que le dieron los teólogos de la Edad— Media" (23).

"Como Ley Fundamental, a la Constitución se le — denominaba como 'lex', sin embargo, 'constitutio' va a implicar 'legislación especial', se refiere a algo así como un compromiso básico fundamental" (24).

Y sigue Tamayo describiendo así: "La palabra — 'constitución' aunque perfectamente conocida tiene ya otro significado, — diferente del uso antiguo de 'constitutio'; no es mera legislación sino — ley fundamental" (25). Pareciéndole oportuno señalar que "Las leyes fundamentales del reino son aquellas garantizadas por la jurisdicción y que — se encuentran establecidas por escrito en ciertas cartas... (Carta Magna) y en las costumbres del reino (Common Law)" (26).

Ignacio Burgoa en su obra titulada Teoría de la Constitución, se atreve a sostener que las numerosas y disímiles ideas —

(22) Ob. Cit., Págs. 59 y 60.

(23) Ob. Cit., Pág. 60.

(24) Ob. Cit., Pág. 64.

(25) Ob. Cit., Págs. 65.

(26) Ob. Cit., Págs. 65 y 66.

que se han expuesto sobre dicho concepto pueden subsumirse en dos tipos-généricos que son: La constitución real, ontológica, social y deontológica, por una parte, y la jurídico-positiva, por la otra (27).

A) "El primer tipo implica en el ser y modo de ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, - la cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico); así como en el desideratum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar-dichos aspectos (elemento deontológico o "querer ser"). Este tipo de - constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición sine qua non de su identidad (constitución real), así como en su propia finalidad (constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica- (28).

Continúa hablando Burgoa: "Por lo que concierne a lo que hemos llamado "Constitución Teleológica", ésta no tiene una dimensión óptica como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el - conjunto de aspiraciones o fines que éste se adscriben en sus diferentes aspectos vitales, implicando su querer ser. Desde este punto de vista, - la constitución teleológica responde a lo que el pueblo "quiere" y "de - be" ser o lo que se "quiere" que el pueblo sea o "deba" ser. Este "que- - rer" y "deber" ser no entrañan meras construcciones especulativas o con- - cepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores rea- - les de poder" (29).

B) "La constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas, cuyo conteni-

(27) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1979, Pág. 293.

(28) Ob. Cit., Pág. 295.

(29) Ob. Cit., Págs. 294 y 295.

do puede o no reflejar la constitución real o la teleológica... Por otro lado es indudable, en cuanto que ésta no es sino la forma normativa de la materia normada, que es aquélla (30).

Burgoa sigue apuntando que "conforme a la lógica jurídica, toda constitución positiva debe ser el elemento normativo - en que trascienden las potestades de autodeterminación y auto-limitación de la soberanía popular, mismas que traducen el poder constituyente. En efecto la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia -- de un orden jurídico, que por sí sólo excluye la idea de arbitrariedad -- ... En efecto, el orden jurídico de un Estado, que implica uno de los -- elementos de sustantividad, comprende todo un régimen normativo que suele clasificarse en dos grandes grupos o categorías de disposiciones de derecho, las constitucionales, que formaron un todo preceptivo llamado -- Constitución en sentido jurídico positivo y las secundarias, emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversa -- índole, a saber, sustantivas, orgánicas, adjetivas, locales, etc." (31).

Rafael de Pina las clasifica en tres supuestos:
Como Constitución rígida, escrita y flexible.

Constitución rígida es la constitución escrita- que requiere para su reforma una tramitación especial distinta del procedimiento legislativo ordinario (32).

Al respecto sigue diciendo de Pina: "La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es teóricamente rígida, - pero prácticamente flexible, habiendo permitido hasta ahora una progresiva adaptación del texto original a las necesidades políticas, sociales -

(30) Ob. Cit., Pág. 295.

(31) Ob. Cit., Pág. 296.

(32) Pina, Rafael de, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., -- México, 1984, Pág. 170.

y económicas del país (33).

Constitución escrita: "es aquella cuyo texto -- procede directamente de la voluntad --unánime o mayoría-- de un órgano legislativo (34). Y por último la,

Constitución flexible; que es la Constitución -- escrita cuya reforma puede llevarse a efecto por el procedimiento legislativo ordinario (35).

José Antonio Martínez de la Serna, divide a la Constitución para su mejor estudio en dos ramas que son la material y la formal, diciendo que "Constitución en sentido material es aquella cuyo -- contenido normativo es reflejo de la realidad a la cual se dirige y Constitución en sentido formal a contrario sensu, la que no reúne las características anteriores y sólo se trata de un símbolo necesario para argumentar un estado de Derecho" (36).

Martínez de la Serna clasifica a las Constituciones según su forma jurídica: a) Codificadas y dispersas; b) Según su reformabilidad: rígidas y flexibles; c) Según su nacimiento: otorgadas -- impuestas por acto de soberanía popular, pactadas.

a) Se habla de Constitución codificada y Constitución dispersa. El mismo nombre las explica: codificada porque se contiene en un Código, E.E.U.U. es el prototipo, México un ejemplo nuestro; cuando los preceptos constitucionales no están redactados en un solo -- Código o documento, sino al contrario se encuentran dispersos, entonces--

(33) Ob. Cit., Pág. 170.

(34) Ob. Cit., Pág. 169.

(35) Ob. Cit., Pág. 169.

(36) Martínez de la Serna, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial -- Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 15.

la Constitución es lógicamente dispersa... (37).

"Pensamos que en México en el nacimiento y desarrollo de su constitucionalismo, ha experimentado también la forma dispersa. Así antes de la Constitución de 1824, en relación a su gestación, existieron leyes o decretos con rango verdaderamente constitucional sin tener unidad en su codificación, estando realmente dispersas las leyes - constitucionales" (38).

"Las Constituciones codificadas y dispersas respectivamente se conocen también como escritas y consuetudinarias o no escritas" (39).

b) "En México la Constitución en teoría es rígida. El Poder Legislativo Federal -Congreso de la Unión-, no puede él solo válidamente operar las reformas, necesita la concurrencia de la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas, estos poderes legislativos locales unidos al Legislativo Federal marcan la rigidez constitucional mexicana, que únicamente lo es desde el punto de vista formal -forma exterior, pues materialmente, espejo de la realidad- no existe ninguna rigidez, por el contrario, la Constitución Mexicana puede ser la - del mayor número de enmiendas. Aflora la utopía constitucional" (40).

c) Según su nacimiento: "otorgadas, impuestas - por acto de soberanía popular, pactadas. José Napoleón Bonaparte, en Bayona, graciosamente otorga a España la Constitución llamada: De Bayona. Realmente se trató de un obsequio simbólico, porque todo el pueblo español dió su apoyo a Fernando VII, quien indigna y cobardemente dejó el poder al hermano de Napoleón" (41).

(37) Ob. Cit., Pág. 33.

(38) Ob. Cit., Pág. 33.

(39) Ob. Cit., Pág. 33.

(40) Ob. Cit., Pág. 34.

(41) Ob. Cit., Pág. 35.

Impuestas por un acto de soberanía popular, son aquellas constituciones que como en teoría la nuestra son producto de la expresión popular (42).

Pactadas; se originan por mutua voluntad del gobernado y del gobernante (43).

Ya lo decía Rafael Preciado Hernández, que para estudiar al Derecho esto debe ser "equilibradamente inductivo y deductivo, analítico y sintético, puesto que se trata de un dato vinculado estrechamente con los órdenes normativos, social y ético" (44).

OPINION PERSONAL

Teniendo presente la clasificación de Constituciones, concluyo diciendo: Nuestra Constitución es "Codificada por virtud de estar consagrada en un documento, y rígida por el procedimiento para sus reformas.

II.- CONCEPTOS DE CONSTITUCIONES.

Diversos estudiosos del Derecho, y en especial en la rama de Derecho Constitucional, han definido a la Carta Fundamental desde diferentes puntos de vista, como a continuación demostraremos.

(42) Ob. Cit., Pág. 35.

(43) Ob. Cit., Pág. 35.

(44) Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, - UNAM, Edición 1986, Pág. 52.

Siguiendo el mismo orden anterior, trataremos primero con juristas extranjeros y posteriormente con los nacionales.

1).- AUTORES EXTRANJEROS

Carl Schmitt describe el concepto de Constitución diciendo: "Hay que limitar la palabra "constitución" a constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo... Pero "Constitución" puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal. En ambos casos el concepto de Constitución es absoluto, porque ofrece un todo (verdadero y pensado). Junto a esto, domina una fórmula según la cual se entiende por Constitución una serie de leyes de cierto tipo. Constitución y Ley Constitucional recibirán, según esto, el mismo trato. Así, cada Ley Constitucional puede aparecer como "Constitución" (45).

Hans Kelsen; define a la Constitución como "El principio fundamental de la creación del orden jurídico, y así como el Derecho Constitucional constituye el fundamento de todo el Derecho restante"(46).

Kelsen perfecciona su definición de Constitución diciendo: "Que Constitución es la unidad de validez de todo un determinado orden jurídico, la validez de una norma la determina otra norma y la validez de ésta, a su vez, la determina una tercera norma que está determinada por otra norma, y en esta forma podemos remontarnos a una primera norma, la cual es la base de validez de un todo orden jurídi

(45) Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Editorial Nacional, S. A., México, 1981, (pág. Introducción).

(46) Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, Editorial Nacional, México 1979, Pág. 60.

co, y esto es la Constitución" (47).

Sigue diciendo el autor: "Reconoce este grado superior de Constitución recordando que la característica del derecho — es la de regular su propia creación..., es decir, la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por otra norma positiva general. Esta norma recibe el nombre de ((constitucional)), la Constitución representa por relación a la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se haya determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la — sentencia judicial que él aplica" (48).

Fernando Lasalle, en abril de 1862 pronunció — una conferencia titulada *¿Qué es la Constitución?* y afirmó "Que una Constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen en ese — país. Y con todo acierto distinguió dos constituciones: La real, la efectiva, la cual es la representación de los factores reales del poder, y — la Constitución escrita, a la que le da el nombre de Hoja de papel" (49).

Rafael Bielsa, nos dice que "la Constitución — es una carta de contenido jurídico-político, que establece o reconoce — derechos y garantías, sobre todo en los "derechos fundamentales" concernientes a la libertad individual como libertad de trabajo, de locomoción, de enseñar y de aprender, de opinión (palabra oral y escrita, o — prensa sin cesura previa) y otras formas similares" (50).

Continúa diciendo: "La Constitución es además — de 'Carta de Derechos y Garantías' un 'Instrumento de Gobierno', porque-

(47) Ob. Cit., Pág.

(48) Ob. Cit., Pág.

(49) Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, — 1982, Quinta Edición, Pág. 19.

(50) Bielsa, Rafael, *Tercera Edición aumentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Pág. 1.

ella establece los poderes, determina las atribuciones y limitaciones -- de ellos, y regla los modos de su formación" (51).

Páginas más adelante Bielsa señala que "una -- Constitución es un cuerpo de derecho positivo, un conjunto de normas de aplicación imperativa y concreta en la órbita del Estado, tanto a sus -- poderes como a los habitantes" (52).

B).- AUTORES NACIONALES.

Tamayo y Salmorán desentraña los conceptos de -- Constitución y señala tres, diciendo así: "Una correcta explicación de -- Constitución... presupone un claro entendimiento de los conceptos jurí -- dicos de los cuales el concepto de Constitución es dependiente. El con -- cepto de Constitución no es un concepto primario. Tres, son fundamentalmente, los conceptos que presupone la noción de Constitución: 1) El concepto de orden jurídico; 2) El concepto de norma jurídico; y, 3) El concepto de facultad jurídica" (53).

Continúa aclarando el doctrinario: "Entiendo -- por 'Constitución de un orden jurídico', el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición puede incluir todos los tipos de Constituciones que existen y que es posible que existan" (54).

"De este concepto de Constitución se infiere -- que todo orden jurídico tiene forzosamente una constitución, puesto que si un orden jurídico existe, posee, necesariamente, un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico; normas -- que determinan... las normas y procedimientos de la creación del derecho" (55).

(51) Ob. Cit., Pág. 1.

(52) Ob. Cit., Pág. 74.

(53) Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción al Estudio de la Constitución, Editorial UNAM, 1986, Pág. 279.

(54) Ob. Cit., Pág. 293.

(55) Ob. Cit., Pág. 247.

El maestro Manuel Herrera Lasso, en su libro -- titulado Estudios Políticos y Constitucionales nos dice: "La Constitu -- ción es la ley primaria 'y las que de ella emanen' son leyes secundarias dictadas por el Congreso en ejercicio de facultades específicas sobre -- materia distinta de la Constitución o leyes secundarias que expide el -- Congreso y las legislaturas de los Estados, en sus respectivas juris --- dicciones, sobre preceptos de la Constitución misma" (56).

Rafael de Pina, dice al respecto: "Constitución es el orden jurídico que constituye el Estado, determinando su estructu -- ra política, sus funciones características, los Poderes encargados de -- cumplirlas, los derechos y obligaciones de los ciudadanos y el sistema -- de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad" (57).

Felipe Tena Ramírez define a la Constitución -- de la siguiente forma: "Una vez que el pueblo ejerció su soberanía ésta reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertirlo así es el hallazgo de Kelsen sólo -- un órgano normativo --dice-- puede ser soberano, es decir, autoridad supre ma, o última razón de validez de las normas que un individuo está autori zado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término" (58).

Jorge Alberto Mancilla Ovando la define como: -- "La norma fundamental que unifica y da validez a todas las legislaciones que constituyen un orden jurídico determinado: es decir, unifica la plu -- ralidad de codificaciones que componen el Derecho Positivo de un Estado,

(56) Herrera y Lasso, Manuel, Estudios Políticos y Constitucionales, Edi -- torial Porrúa, S.A., 1986, Pág. 184.

(57) Pina, Rafael de. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., -- México, 1979, Pág. 169.

(58) Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial -- Porrúa, S.A., México, 1980, Pág. 11.

de ahí su calidad de Ley Suprema" (59).

Eduardo García Máynez en su obra titulada *Introducción al Estudio del Derecho*, describe a la Carta Fundamental como: — "Desde el punto de vista formal la palabra Constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado; desde el punto de vista material, en cambio, aplícase a esa misma estructura, es decir, a la organización política, a la competencia de los diversos poderes y a los principios concernientes al status de — las personas" (60).

OPINION PERSONAL

Estudiando y analizando todas y cada una de las posturas, entratándose de desentrañar el concepto de Código Político, — discrepo y coauglo con algunas de ellas, como a continuación mencionaré:

Carl Schmitt, equipara en un primer momento a — la Carta Fundamental como "unidad política de un pueblo", siendo esto — un aspecto meramente político y sociológico, más no jurídico, como lo — que nos interesa al tratar del tema.

Continuando Schmitt, trata de darle un aspecto-jurídico; diciendo, que también puede significar un "sistema cerrado de normas" pero "no en unidad en concreto sino ideal", de estas líneas se — desprende que dicho autor no está conforme con lo que es para nosotros — una Constitución.

(59) Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Las Garantías Individuales y su — Aplicación en el Proceso Penal*, Editorial Porrúa, 1988, Pág. 13.

(60) García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 137.

Todavía se atreve a equiparar a la Constitución con una ley constitucional, esto es falso porque nuestra Constitución — es la "suma" de leyes constitucionales que dan vida a nuestro sistema — de leyes mexicanas.

Hans Kelsen, proclama bien dicho concepto diciendo que es, "el principio fundamental de la creación del orden jurídico" ya que así es como inicia la organización legislativa que regula la conducta de los individuos, tarea propia del Derecho, según dicho autor.

Rolando Tamayo Salmorán, en su primera definición de tres, le atribuye un carácter sociológico y filosófico por tratarse del "orden" jurídico, en cambio en la segunda señala correctamente a la norma jurídica como tal, y en su última definición se refiere a las facultades del Estado, facultades que obviamente derivan de la propia ley.

Herrera y Lasso, se limita al decir que la "Constitución, es la ley primaria" y las que de ésta emanen serán secundarias, es correcto sí, pero muy pobre este concepto.

Rafael de Pina, proyecta sus conocimientos de una forma general, determinando las características de la Carta Federal; como lo son, la estructura política, sus funciones, los poderes federales, derechos y obligaciones de los ciudadanos, el sistema de garantías para mantener la legalidad, toda esta estructura emana del propio sistema fundamental de normas.

Felipe Tena Ramírez, influenciado por el jurista Kelsen, expresó que la Constitución reside esencial y originalmente en el pueblo y no en los órganos ni en los individuos; esto es el "poder constituyente" mismo autor de la Constitución, de ahí la supremacía constitucional.

Fernando Lasalle, erróneamente definió a la

Constitución como la suma de "factores reales de poder", y digo erróneamente porque esto es un estudio jurídico más no sociológico.

Por otra parte trató de mencionar dicho carácter jurídico, limitando a la Carta Magna como "Constitución escrita" a la que le llama tristemente: "Hoja de papel".

Mancilla Ovando, explica a la Constitución como la norma fundamental que da validez al orden jurídico de un Estado, acertadamente así es, ya que nuestra Carta Federal es la que da vida a nuestro sistema normativo.

García Maynez, declara dos tipos de conceptos, el formal y el material, el primero lo aplica a la estructura del Estado y el segundo lo aplica a esa misma estructura como organización política, de competencia de poderes, etc. Esto no deja de ser una definición meramente orgánica, dejando en oscuro lo que es el Pacto Federal.

Rafael Bielsa, muestra el Código Político con un contenido jurídico-político, que reconoce derechos y garantías tales como la libertad individual, de trabajo, de locomoción, de enseñanza, de opinión, etc. Volvemos a la misma descripción de lo que contiene la Carta Magna, sin desentrañar el concepto global de lo que en realidad es.

Posteriormente, dicho doctrinario trata de darle un aspecto jurídico, no tanto ya político, diciendo que "una Constitución es un cuerpo de Derecho Positivo e Imperativo, tanto para gobernantes como para gobernados, aquí muestra lo que sí corresponde a nuestro presente estudio.

Martínez de la Serna, piensa que el contenido normativo, es la realidad material de un Estado y de su organización, lo que define como Constitución, siendo estos conceptos sociológicos y derivativos del contenido que no define.

Ignacio Burgon, en su primer conceptualización-

del Código Político, implica el modo de ser de un pueblo dentro de su propia historia, así como su finalidad, siendo estos aspectos teleológicos, ónticos y deontológicos, esto es únicamente definiciones filosóficas y no jurídicas.

En su segunda aportación, tomamos lo que nos interesa, como el concepto jurídico positivista, es decir; es el conjunto de normas básicas y supremas.

Estudiando la esencia de formación, de su contenido, de sus clases, etc. definiremos lo que en realidad es para nosotros y para nuestro país el misterioso y multicitado concepto de Constitución:

La Constitución Política de los Estados Unidos-Mexicanos es la fuente por excelencia de donde emanan:

A) La norma fundamental que unifica y da validez al orden jurídico nacional.

B) Las facultades del Poder Público del Gobierno Federal y del de los Estados, y todos estos unidos por una Federación.

C) El origen del funcionamiento jurídico mexicano que crea derechos y obligaciones tanto a gobernantes como a gobernados, rigiéndose siempre frente al estado de Derecho igualdad ante el imperio de la ley.

CAPITULO II

FUENTES DE DERECHO

A) FUENTES DEL DERECHO EN LA DOCTRINA.

Citaremos algunas aportaciones de los Catedráticos que han tratado del tema de fuentes del derecho, ya que algunas — de sus obras sirvieron de base al inicio de nuestra carrera como juristas.

I.- Miguel Villoro Toranzo, define las fuentes formales del Derecho, repitiendo a Boonncase; "las fuentes formales son formas externas o procesos de manifestación. ... Estas manifiestan normas jurídicas o preceptos de conducta exterior... Las fuentes formales son medios de control, impuestos por el sistema de derecho, para limitar y regular a los gobernantes en su actividad creadora del derecho" (61).

Villoro Toranzo considera a la costumbre como — fuente formal del derecho diciendo: "La costumbre es la más antigua fuente formal del derecho. Los historiadores, etnólogos y sociólogos tienen

(61) Villoro Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Sexta Edición, Pág. 161.

por hecho bien conocido que la costumbre es la forma que revisten todos los sistemas primitivos del derecho. En cambio en los sistemas modernos, la costumbre ha perdido el lugar preponderante que tenía entre las fuentes formales del derecho y es considerada por la mayor parte de los juristas como una fuente secundaria, subordinada a la legislación... Expli caremos... en que se distinguen las costumbres jurídicas de las no jurídicas (62).

Dicho doctrinario define a la costumbre jurídica como: "Costumbre es derecho fuero que non es escrito, el qual han -- usado los omes luengo tiempo, ayudándose del en las cosas e en las razones sobre que le usaron". Gény, a su vez, la define como "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo" (63).

Continúa Villoro T. expresando que lo que caracteriza a esta fuente de derecho es "su carácter espontáneo y sobre todo inorgánico. Es en verdad la norma que emerge por sí misma en el campo jurídico, so la ayuda de ningún auxilio artificial; es la fuente 'natural' en el sentido pleno de la palabra, formada por precedentes, imitaciones y comportamientos hereditarios" (64).

Sigue apuntando y describe los elementos de la costumbre jurídica diciendo: "En primer lugar, se requiere la inveterata consuetudo, es decir, se requiere que la costumbre haya arraigado durante largo tiempo en el grupo social, lo cual será posible si el sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo no hubiera -- valorado como justo el criterio impuesto por la costumbre. En segundo lugar y esto es lo que distingue a la Costumbre jurídica de la no jurídica, se requiere la convicción de que la costumbre obliga como regla de -

(62) Ob. Cit. Pág. 164.

(63) Ob. Cit. Pág. 164.

(64) Ob. Cit. Pág. 164, 165.

derecho, que puede ser exigida coactivamente al grado de que quien la -- viole incurrirá en alguna sanción. Es la opinio iuris seu necessitatis, -- que brota del sentimiento jurídico del grupo social se impone obligato -- riamente a todos los individuos del grupo. Los usos y convencionalismos -- sociales no se convierten en derecho porque regulan modos de obrar que -- la voluntad del grupo social no ha considerado necesario imponer por me -- dios coactivos y porque dejan a los individuos la libertad de violarlos -- sin que incurran en sanciones jurídicas"(65).

"La costumbre arraigada no sin razón es defini -- da como ocupando el lugar de la ley, y esto es lo que se llama Derecho -- Consuetudinario (ius moribus constitum). Porque, si las leyes no nos -- obligan más que por haber sido recibidas por decisión popular, es justo -- que lo aprobado por el pueblo sin escrito alguno también obligue a to -- dos; pues ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por el sufragio -- que por sus propios hechos" (66).

Villoro Toranzo, se atreve a criticar al posi -- tivismismo jurídico diciendo: "Que es una exageración considerar como única -- fuente del derecho a la ley... En cualquier caso, para que nazca el ver -- dadero Derecho, es necesaria la coincidencia de la voluntad de los gobe -- rnantes con la del grupo social gobernado. La costumbre jurídica da pre -- ponderancia a esta última; la legislación la concede a la voluntad de -- los gobernantes" (67).

Continúa criticando al positivismo escribiendo: "dentro de un orden lógico formal --el único que existe para Kelsen no -- cabe la posibilidad de costumbres jurídicas que vengan a derogar normas -- declaradas obligatorias por las leyes. Pero para un jurista con una mira -- más amplia del Derecho, para quien la norma no llega a ser jurídica sino -- cuando alcanza vigencia y efectividad, sí existe la posibilidad de nor --

(65) Ob. Cit. Pág. 165.

(66) Ob. Cit. Págs. 165, 166.

(67) Ob. Cit. Pág. 167.

mas legales no jurídicas y que, por lo mismo, exigen ser reemplazadas — por otras que están de acuerdo con la realidad de la vida jurídica nacional" (68).

Así como la costumbre, a la jurisprudencia le— considera como fuente formal del derecho.

"Si toda interpretación del Derecho en la jurisprudencia es creadora del Derecho, con mayor razón lo es la operación — integradora de la jurisprudencia. Se da integración del Derecho por parte de los Tribunales cuando éstos dictan sus sentencias en casos no previstos por las leyes" (69).

Villoro T. considera como fuente formal del Derecho al "convenio", Art. 1792 del Código Civil del Distrito Federal, — convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. "Al modificar el orden jurídico, colocando a los sujetos de Derecho en nuevas situaciones jurídicas que norman su conducta futura, el convenio es una fuente formal del derecho... Es fuente "formal" porque el acuerdo debe revestir la forma establecida por la ley, para llegar a ser válido..., pero en uno u otro caso las normas de conducta obligatorias para los contratantes no llegarán a perfeccionarse si no se adaptan a la forma predeterminada por la ley" (70).

"El convenio es, por lo explicado, fuente subordinada a la ley, pero verdadera fuente de Derecho" (71).

"La 'voluntad unilateral' como fuente formal".— La voluntad unilateral es la actuación jurídica de un solo individuo y — sin concurso de otros, por lo cual un sujeto de Derecho establece una —

(68) Ob. Cit., Págs. 170, 171.

(69) Ob. Cit., Pág. 179.

(70) Ob. Cit., Pág. 182.

(71) Ob. Cit., Pág. 182.

regla, crea una nueva norma, ya sea para otro u otros, ya para consigo mismo, y en esta forma modifica el orden jurídico" (72).

También considera a la Doctrina como fuente formal del Derecho, y escribió "Desde Tiberio (42 a.C.- 37d.C.), que el emperador concediera a los jurisconsultos más eminentes el *ius publice populo respondendi*, es decir el derecho de expresar por escrito y selladas sus doctrinas jurídicas de tal suerte que debían ser obligatorias -- para el juez" (73).

Posteriormente se retracta diciendo que la "doctrina como los principios generales del derecho, es una forma de transmisión, de las fuentes materiales que influye en todas las fuentes formales, pero no es una de ellas" (74).

Por último, la Legislación como fuente formal, la analiza desde un punto de vista; "de necesidad de 'ponerlo por escrito' al Derecho, como un proceso predeterminado de elaboración de leyes - que se encomienda a órganos determinados, para garantizar los derechos - de los súbditos..." (75).

II.- Rafael Rojina Villegas, define a las fuentes de derecho como "los diversos procesos a través de los cuales se elaboran las normas jurídicas" (76).

Clasifica a las fuentes formales generalmente en la Doctrina, en tres grandes grupos: 1.- La Legislación; 2.- La Costumbre; y, 3.- La Jurisprudencia (77).

(72) Ob. Cit., Pág. 182.

(73) Ob. Cit., Pág. 186.

(74) Ob. Cit., Pág. 186.

(75) Ob. Cit., Pág. 173.

(76) Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 30.

(77) Ob. Cit., Pág. 31.

Nos dice el doctrinario, que la Costumbre jurídica se forma de dos elementos: "Uno material, consistente en la repetición de un proceder o comportamiento, y el otro espiritual o subjetivo— que se hace radicar en la convicción de obligatoriedad que existe en el ánimo popular respecto al citado proceder o comportamiento" (78).

Continúa pregonando al decir que "podría considerarse que cuando la costumbre es la expresión del derecho justo, y la ley consagra el derecho injusto, debe prevalecer la primera sobre la segunda, así como la justicia debe imperar sobre la injusticia" (79).

"Por último, se resuelve que en contra de la — obligatoriedad del derecho consagrado en la ley, cuando éste se estima — injusto, debe prevalecer la costumbre que se considera justa. O en otras palabras, se faculta para desacatar la regla jurídica en los casos en — que según un punto de vista ideal, se le califica como injusta" (80).

Rojina V. observa desde otro ángulo lo que ha — dicho considerando que para aquellos que el derecho es "siempre una norma jurídica elaborada por un órgano material o formal del Estado, la — costumbre no puede suplir a la ley" (81). Analizaremos más adelante de — manera precisa y concisa lo que se ha dicho.

La Legislación como fuente formal del Derecho — dicho autor opina, "en la norma jurídica se encuentran sin actualizarse las consecuencias del derecho, y este proceso sólo se cumple a través — de un supuesto" (82).

La Jurisprudencia como fuente dice: "Indiscuti— blemente que la jurisprudencia es una fuente formal del Derecho ante las

(78) Ob. Cit., Págs. 31, 32.

(79) Ob. Cit., Pág. 34.

(80) Ob. Cit., Pág. 34.

(81) Ob. Cit., Pág. 34.

(82) Ob. Cit., Págs. 47, 48.

lagunas de la ley" (83).

Nos parece importante lo que pregona más adelante: "La jurisprudencia no es fuente de derecho cuando simplemente interpreta y aplica la ley a través del silogismo jurídico, si el texto de la misma es absolutamente claro. En este caso, la labor de los Tribunales - en rigor no aporta ningún elemento nuevo al ordenamiento jurídico" (84).

Defendiendo su postura Rojina V. apunta que — "cuando el texto legal es oscuro o dudoso, la jurisprudencia sí implica una labor de creación jurídica y, por lo tanto, creemos que es fuente formal del derecho, pues al precisar el sentido y alcance de la ley que puede ser oscura puede admitir diversas interpretaciones, necesariamente introduce nuevos elementos que van a vitalizar y enriquecer el ordenamiento jurídico. Es por esto que los juristas norteamericanos, tanto de la escuela Sociológica como Realista, piensan que fundadamente el derecho se crea mediante interpretación diaria que dan los tribunales a — los casos concretos" (85).

Otro aspecto de suma importancia que analizaremos después es lo que dicho doctrinario expresa así: "Es indiscutible — que ante las lagunas de la ley, la jurisprudencia necesariamente tiene — que ser fuente constante del derecho, en virtud de que la función de los tribunales ya no será de mera interpretación sino la integración del orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial es incompleto, presentándose después como una plenitud hermética. De esta suerte, la Legislación por una parte y la jurisprudencia por otra, vienen a constituir las dos grandes fuentes formales del derecho. Antes de que se lleve a cabo — la obra jurisprudencial, la ley es evidentemente fuente muy incompleta — del ordenamiento jurídico, considerado éste como plenitud hermética, después de la misma, el sistema adquiere las características de un todo com

(83) Ob. Cit., Pág. 59.

(84) Ob. Cit., Pág. 59.

(85) Ob. Cit., Pág. 59.

pleto, pero no cerrado, ya que a través de la jurisprudencia se tendrá - que ir renovando diariamente" (86).

Páginas adelante de dicha obra Rojina V. llega a la conclusión de decir: "que ante las lagunas de la ley, el juez debe convertirse en legislador del caso concreto. Este aserto es especialmente cierto en México para la Suprema Corte de Justicia" (87).

III.- Eduardo García Máynez en su obra titulada Introducción al Estudio del Derecho, en el capítulo referente a las fuentes de derecho, las describe de la siguiente forma: "En la terminología-jurídica tiene la palabra fuente tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla en efecto, de fuentes formales, reales e históricas" (88).

Dicho jurista describe a estas fuentes de la siguiente manera:

"Por fuente formal entendemos los procesos de - creación de las normas jurídicas".

"Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas".

"El término fuente histórica, por último, aplícase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc), que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En este posterior sentido se dice, por ejemplo, que las Instituciones, el Digesto... son fuentes del Derecho Romano" (89).

Cuando nos habla de la legislación como fuente-

(86) Ob. Cit., Pág. 59.

(87) Ob. Cit., Pág. 65.

(88) García Máynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., 1984, México, Pág. 51.

(89) Ob. Cit., Pág. 51.

de Derecho nos dice: "En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes. Al referirse al problema que analizamos, los autores mencionan, en primer término, la ley; pero al hacerlo olvidan que no es fuente de derecho, sino producto de la legislación. Valiéndonos de la metáfora a que alude Du Pasquier, diremos que así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa" (90).

García Maynez, revela el concepto de Costumbres desde dos ángulos:

1) Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y

2) Tales reglas transformándose en Derecho Positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley" (91).

Continúa el doctrinario explicando a la Costumbre así: "El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realizase por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos" (92).

Dentro del Derecho Mexicano, García Maynez hace

(90) Ob. Cit., Pág. 52.

(91) Ob. Cit., Págs. 61, 62.

(92) Ob. Cit., Pág. 63.

una observación interesante: "La costumbre desempeña en nuestro derecho un papel muy secundario. Sólo es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga dicho carácter. No es, por ende, fuente inmediata sino mediana o supletoria del orden positivo" (93).

Opino que el doctrinario está equivocado por -- las siguientes razones: A) La Costumbre podrá ser auxiliar de la interpretación de la ley para desentrañar su contenido y alcance, pero si no se recoge por el legislador, jamás será fuente de derechos y obligaciones; B) La equivocación del doctrinario consiste, en considerar en que -- mediante el transcurso del tiempo y al través de la validez de los usos, sin existir proceso legislativo, la costumbre se puede convertir en ley. Esto significa la expresión supletoriedad de la ley.

Siguiendo con el jurista, y con las fuentes de derecho; describe como tal a la jurisprudencia diciendo: "La palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra, -- sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales" (94).

Por último, apunta a la doctrina como fuente -- formal, describiéndola así: "Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. Como la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por grande que sea el prestigio de aquéllos o profunda -- la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarla" (95).

(93) Ob. Cit., Pág. 66.

(94) Ob. Cit., Pág. 68.

(95) Ob. Cit., Pág. 76.

"La doctrina puede, sin embargo, transformarse en fuente formal del derecho en virtud de una disposición legislativa — que le otorgue tal carácter" (96).

IV.- El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, — al hablar de fuentes del derecho en general nos dice: "La palabra 'fuente' gramaticalmente designa el manantial o lugar donde brota el agua y — al decir de Du Pasquier, crea una metáfora bastante feliz, "pues remontarse a las fuentes del río es llegar al lugar en que sus aguas brotan — de la tierra". No tiene, sin embargo, una connotación idéntica cuando — se le usa para designar las fuentes del derecho, pues la doctrina ha sido distinguido entre fuentes reales, fuentes de producción y fuentes de cognición o conocimiento" (97).

Después de explicar en que consisten cada una — de estas fuentes del derecho en general, se concretiza en la materia de Derecho Penal diciendo: "... que por fuentes de cognición entendemos las formas o modos por los cuales el Derecho se manifiesta. En tal virtud, — la ley constituye la única fuente de conocimiento del Derecho Penal, ella es su exclusiva forma de expresión" (98).

V.- Fernández Doblado, dice es sus cátedras que son fuentes del Derecho Penal: "a) La Ley Penal; b) Los tratados internacionales; y, c) Las Leyes Penales especiales, sin contradecir que la Ley Penal es la única fuente del Derecho Represivo, pues los tratados internacionales, al ser aprobados por el Senado, quedan incorporados al Derecho Nacional, en atención al artículo 133 Constitucional .

VI.- Guillermo Colín Sánchez, en su obra de Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, al tratar las fuentes del dere

(96) Ob. Cit., Pág. 76.

(97) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A, México 1984, Sexta Edición, Pág. 67.

(98) Ob. Cit., pág. 72.

cho expresa: ... "es aquello que: Le da vida, lo hace existir o lo produce" (99).

Dicho tratadista describe las fuentes que según él reconocen los legisladores: "la ley, la costumbre, los usos, la equidad y la jurisprudencia; ..." (100).

Continúa apuntando que "la ley, es la norma jurídica perteneciente al Derecho Público, cuya finalidad es la regulación de los actos del procedimiento, sea en su conjunto, o en los actos particulares que lo gobiernan" (101).

"Al hablar de la ley de Procedimiento Penal, — debemos hacerlo desde un punto de vista genérico, para no hacer alusión-exclusivamente al Código de Procedimientos Penales, sino también a disposiciones esenciales del procedimiento, como la Constitución, y a otras — que en forma trascendente tocan aspectos importantes del mismo, por ejemplo: Las leyes Orgánicas, las Leyes Reglamentarias, las Circulares, etc" (102).

Nos es de importancia lo que más adelante transcribe dicho tratadista: "Conviene jerarquizar la ley reguladora y así — precisar que, en nuestro medio, la Constitución es la fuente principal — del procedimiento, porque marca las directrices esenciales sobre las que deberá actuarse para llegar a actualizar la Norma Penal; es la pauta imperativa de donde se derivan las instituciones del Código de Procedimientos Penales (103).

Colín Sánchez, le da también la calidad de fuen

(99) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A, Décima Edición, México, 1986, Pág. 8.

(100) Ob. Cit., Pág. 8.

(101) Ob. Cit., Pág. 8.

(102) Ob. Cit., Pág. 8.

(103) Ob. Cit., Pág. 9.

tes del Derecho Penal a: "las circulares y a los acuerdos del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, las circulares que para la mejor marcha de las funciones del Ministerio Público dicta el Procurador de Justicia y, algunas otras disposiciones jurídicas, como la ley de extradición, el reglamento para el Tribunal para Menores, etc" (104).

Este tratadista dice que la costumbre no es — fuente del Derecho de Procedimientos Penales, "ya que no obliga a ninguna de las personas intervinientes en el procedimiento; tal vez contribuya a interpretar la ley, pero eso no es base sólida para otorgarle el — carácter de fuente, ..." (105).

Al referirse a la jurisprudencia como fuente — de Derecho, pregona diciendo: "La jurisprudencia ha sido aceptada por algunos autores como fuente del Derecho, otros rechazan esta aseveración, sosteniendo que no es función de los Tribunales legislar, sino aplicar — el Derecho. Este criterio que comparte, en igual forma Abelardo González Blanco, nos parece acertado, aunque no sólo por las razones apuntadas, sino también porque la jurisprudencia ayuda a la interpretación — frente a la oscuridad de las leyes" (106).

Por otro lado al referirse a la doctrina señala: "La doctrina es universal y puede ser contraria a una ley particular por ejemplo, el comentario explicativo de un Código; sin embargo, debe — tomarse en cuenta que, tanto para la formación de un funcionario judicial como también para el legislador, influye considerablemente; razón — por la cual, sirve de complemento a la ley" (107).

La última fuente que analiza Colín Sánchez es — la equidad; definiéndola así: "Como el conocimiento directo que el juez deberá tomar de la víctima, y de las circunstancias del hecho en la medi

(104) Ob. Cit., Pág. 9.

(105) Ob. Cit., Pág. 9.

(106) Ob. Cit., Pág. 10.

(107) Ob. Cit., Pág. 10.

da requerida para cada caso" (108).

B) FUENTES DEL DERECHO
EN LA CONSTITUCION.

La falta de validez del método de estudio dogmático que parte de la premisa equivocada, de ser el derecho creación de la razón pura, origina absurdos que confunde a los estudiosos del Derecho.

Hemos dejado a un lado el estudio, análisis, comprensión y razonamiento de nuestro sistema jurídico nacional, a cambio de repetir lo que se ha estado pregonando equivocadamente por autores extranjeros.

La falta de seriedad en el estudio jurídico, ha traído como consecuencia el tratar primero a las especies olvidándose del género que les dió vida.

Es decir a contrario sensu y correctamente, primero se tiene que estudiar a la Constitución y las Leyes Vigentes, y después deberá analizarse lo que dicen los estudiosos del Derecho, para bien interpretar el contenido y alcance de la ley, estudiar la Ley y brindar aportaciones es ~~hacer~~ ciencia del Derecho.

Dentro de nuestro Código Político y con fundamento en sus numerales 14 y 16, se consagra el sistema de Derecho Positivo Mexicano, mismo que determinan el principio de legalidad en todo el pueblo mexicano.

El principio de legalidad, manda que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, y los gobernados pue-

den hacer todo lo que la ley no les prohíbe por constituir su espacio — jurídico de libertad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al — interpretar dichos numerales 14 y 16 de nuestra Carta Fundamental, ha — asentado jurisprudencia diciendo:

"AUTORIDADES. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite" (109).

Concretando, decimos que la ley es el instrumento que consagra derechos y obligaciones tanto para gobernantes como para gobernados, por lo que le consideramos como única y absoluta fuente de Derecho.

Cuando nuestra Carta Magna, habla de jurisprudencia, en su artículo 94 párrafo séptimo, le crea como instrumento de interpretación obligatoria de la ley, nuestro más alto Tribunal así lo ha resuelto al definir lo que la jurisprudencia es:

"JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION-NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión de un delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal" (110).

Sin embargo, el Ministro Inspector del Semanario Judicial de la Federación ha pronunciado que: "La jurisprudencia sí es fuente de Derecho... y para comprobar su función creadora basta citar, como ejemplo, un caso: La disposición legal referente a que la fal-

(109) Jurisprudencia visible en el Apéndice de 1975, Octava Parte, Pleno y Salas, tesis 46, Pág. 89.

(110) Jurisprudencia Núm. 164, Primera Sala, Segunda Parte, Apéndice de 1917-1975.

ta de promoción por parte del quejoso, en tratándose de la revisión de - amparo, producía como consecuencia el sobreseimiento del juicio, fue superada por criterio establecido en tesis que formaron jurisprudencia en el sentido de que la ausencia de la promoción por el recurrente en los - amparos en revisión, trae como consecuencia la caducidad de la instancia solamente quedando firme la sentencia recurrida" (111).

La función del Poder Judicial de la Federación es la de interpretar y de aplicar correctamente a la ley, según se desprende de la propia Constitución, más no una función creadora de derechos y obligaciones como el Ministro Inspector lo estableció.

La Costumbre es la serie continuada de usos que la sociedad considera obligatorios. Cualquier acto que obligue o faculte derechos debe estar en ley con validez constitucional, nunca adquiere - la costumbre la calidad de fuente de derecho en tanto no esté en ley.

La Doctrina, tampoco es fuente de derecho, por tratarse de actividades científico-jurídicas, realizadas por los doctores del Derecho.

De esta manera concluimos diciendo: Que la ley es la fuente única de Derecho; ya que sin fundamentación en ley cualquier acto de autoridad estará viciado de inconstitucionalidad.

C) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Estudiando el principio de legalidad nacional, - llegamos a la conclusión correcta y fundada, de que la ley es la única - Fuente de Derecho.

Porque al constituirse nuestro régimen de esta-

(111) Dicha afirmación nació del órgano oficial de la Suprema Corte de - Justicia de la Nación.

do de Derecho en la Carta Federal, se plasmó la voluntad del pueblo mexicano al través de la ley, y no de otras instituciones jurídicas.

A la luz de este principio, podemos distinguir dentro de la libertad de los particulares dos garantías del gobernado que son:

- a) Lo que está legislado y,
- b) Lo que no está legislado.

a) Esta primer garantía emana del régimen del Gobierno Federal, permitiendo u obligando a los Poderes Federales, un hacer o un dejar de hacer, facultando o atribuyendo el Código Político.

Entratándose de los particulares existen leyes permisivas o derechos concedidos que son optativos; en tanto, si son -- leyes obligatorias o prohibitivas se estará bajo el imperio del Poder Público.

En el Derecho Romano existió el principio jurídico "Nullum Crimen sine praevia lege poenalli" y "Nulla poena sine praevia lege poenelli", que quiere decir: No hay delito sin ley, ni pena -- aplicable, si no está en ley, esto es reflejo del principio de legalidad.

b) Por otro lado, lo no legislado es libertad de los particulares, ya que no existe norma legislativa que lo regule, -- por lo que los actos de esta naturaleza serán lícitos y válidos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha -- asentado jurisprudencia diciendo al respecto:

"RETROACTIVIDAD. NO SOLAMENTE PUEDE PRESENTARSE COMO CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. CIRCULARES. En aquellos casos en -- que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por -- el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida -- ni válida únicamente cuando ciña a determinadas restricciones, su reali-

zación constituirá el ejercicio de un 'derecho', emanado precisamente -- de la ausencia de una ley reguladora y tutelado por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, el dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para -- obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitativas de la actividad del individuo, configuran un derecho respetado por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya -- vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacerlo que la ley les faculta el gobernado puede hacer todo lo que dicha -- ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas -- configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal -- derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le -- están por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el artículo 14 constitucional, que constituye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si -- en el caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas, -- que fijará el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que 'rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación', vulnera el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitaron o reglamentarán" (112).

De aquí se desprende el espacio jurídico de libertad de los gobernados con lo no legislado como un derecho, limitando la actividad de las autoridades con aquellos.

Es decir, lo no legislado como delito constituye el espacio jurídico de libertad de los particulares.

En el Derecho Penal ya está superado el discutir sobre la calidad de fuente exclusiva de derecho, ya que el mismo legislador prohíbe integrar a la ley como actividad judicial, por analogía

(112) Jurisprudencia visible en el Apéndice de 1975, Tercera Parte, Segunda Sala, Tesis 514, Págs. 852 y 853.

o por mayoría de razón.

Veamos: Juzgar por analogía es integrar la Ley Penal queriendo adecuar o equiparar una conducta delictiva a otra semejante.

Juzgar por mayoría de razón es también integrar, imponiendo sanciones mayores o menores de lo que se prevé en ley.

Ninguna de estas posturas es válida para nuestra Constitución, ya que al integrar la norma penal se viola a la misma Carta Magna.

La prohibición de integrar se encuentra en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional entratándose de la materia penal y que a la letra dice: "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".

Llegamos a concluir que la integración es llenar las lagunas, los vacíos de la ley, mientras que la interpretación es aplicar correctamente lo que el legislador quiere decir al través de la ley.

D) LA OBLIGATORIEDAD DE LA LEY.

Compete el derecho de iniciar las leyes al Presidente de la República, al Congreso de la Unión, y a las Legislaturas de los Estados, según lo manda el artículo 71 constitucional.

Posteriormente el artículo 72 de la Carta Magna señala el procedimiento al que dicha iniciativa se debe sujetar para iniciar la ley.

Después se requiere la promulgación por el titu

lar del Ejecutivo.

En este último párrafo, nuestro más Alto Tribunal ha dictado jurisprudencia diciendo:

"LEYES NO PROMULGADAS. No hay obligación de cumplir las prevenciones de una ley o reglamento no promulgado" (113).

La ley es obligatoria cuando publicada, inicia su vigencia. No se requiere que se conozca materialmente su contenido -- para que tenga operancia.

Su conocimiento se presume legalmente y la hace eficaz.

Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"LEYES, OBLIGATORIEDAD DE LAS. Una ley es obligatoria, cuando es conocida o se presume legalmente que lo es" (114).

Existe a favor del que desconoce la ley, una -- atenuante que marca el artículo 59 bis del Código Penal de la Federación, estando en el supuesto del extremo atraso cultural y el aislamiento social, no significa que deja de ser obligatoria, solo se reduce la sanción hasta la cuarta parte de la penalidad.

(113) Jurisprudencia formulada en la Quinta Epoca, que se integró con -- las siguientes ejecutorias, visibles: Tomo IV, Pág. 871, Landa y Escandón Guillermo de.; Tomo X, Pág. 640, Guerra Higinio; Tomo XVI, Pág. 336, Aguilar José Guadalupe y coagraviados.

(114). Jurisprudencia formulada en la Quinta Epoca integrándose con las -- siguientes ejecutorias: Tomo XVI, Pág. 706, Terán Arturo; Tomo XVIII, -- Pág. 846, Angeles y Velarde; Tomo XVIII, Pág. 1448; Tomo XVIII, Pág. -- 1448, Escudero y Martínez.

Transcribiremos el artículo 59 bis para su mejor comprensión:

"Art. 59 bis. Cuando el hecho que realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso" (115).

C A P I T U L O I I I

EL E R R O R

Delimitaremos que es el error, siguiendo el -- mismo orden que antecede, es decir; señalaremos primero a los juristas -- extranjeros, nacionales, a la propia Suprema Corte y posteriormente daremos nuestra opinión.

A).- AUTORES EXTRANJEROS

Edmundo Mezger, en su obra intitulada Tratado -- de Derecho Penal, nos dice al respecto que "el dolo del autor se refie-- re, en el caso concreto, a estas partes integrantes del tipo legal, y, -- en verdad, en lo que toca a su elemento intelectual, en forma de un cono-- cimiento (previsión) de las mismas. Consiguientemente, se divide este -- conocimiento en conocimiento de los hechos y en conocimiento de su sig-- nificación. Su inversión hace surgir el error del agente sobre los he -- chos y el error respecto a la significación; el contraste entre conoci -- miento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del Derecho (error de Derecho), concierne sólo a un especial caso del contraste que -- aquí concebimos de un modo más general"(116).

(116) Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Re-- vista de Derecho Privado, Madrid, España, 1935, Pág. 89.

Citaremos algunos autores que Edmundo Mezger -- trata en su obra anteriormente citada, por considerarlos importantes.

Engisch Vorsatz und Fahrl "... rechaza de modo expreso estas tentativas de reunir la exigencia del conocimiento de las circunstancias de hecho y la exigencia de la consciencia del injusto, -- y ve en la separación entre el error de hecho y de derecho "uno de los -- más importantes avances en el ámbito de la teoría del dolo..." (117).

Hippel, ... observa que "el término "error de -- hecho" (error facti) no significa exactamente lo mismo que error sobre -- hechos, pues también puede abarcar el error de derecho (error iuris) sobre características típicas legales, no excluye la distinción conceptual ..."(118).

Graf Dohna, dice que "no es posible llevar a -- cabo la distinción entre error de hecho, entendiendo como la falsa representación de las referencias jurídicas: "todo error de hecho es, a la -- vez, un error de derecho"; ... el error de hecho es error de derecho a -- causa del desconocimiento de las circunstancias de hecho...; sobre todo, se oponen una solución del problema los denominados conceptos complejos -- y, en última instancia, radica la perplejidad inmanente al total problema en la existencia de los elementos típicos normativos... todo puro -- error sobre los hechos condiciona y determina la posición jurídica del -- autor respecto a su acto. Pero aunque se reconozca que esta tesis es correcta, siempre resulta posible separar los diferentes elementos del dolo con arreglo al punto de vista de su referencia a un "hecho" o a una -- "significación""(119).

"Olshausen y Frank han indicado con acierto que "error" en el sentido estricto de la palabra, no supone el simple desco-

(117) Ob. Cit., Pág. 89.

(118) Ob. Cit., Pág. 89.

(119) Ob. Cit., Pág. 90.

conocimiento o la sola falta de previsión, sino la representación falsa-positiva; ahora bien, en la teoría jurídico-penal del dolo lo que importa no es esta falsa representación como tal, sino la ausencia del conocimiento correcto necesario, determinado para ella... este conocimiento constituye una exigencia positiva del dolo. Por ello no es recomendable en modo alguno, designar el error como una especial "causa de exculpaación" o de "exclusión de la culpabilidad" (120).

Luis Jiménez de Asúa, predica que "en el área-- de la Psicología hay una distinción fundamental entre la ignorancia y -- el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea-- falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado posi-- tivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conoci-- miento, mientras que en el error hay un conocimiento falso" (121).

Sigue diciendo el mismo autor que: "psicológi-- camente es de superlativa trascendencia, carece de interés en el Derecho Positivo y en la práctica judicial. Las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, porque consignan a una y otro los mismos efectos; y, por ello, los jueces no hallan la necesidad de investigar si el caso concreto que ante ellos se enjuicia, hay error o simple ignorancia" (122).

Carrara: "inspirándose en la psicología- distinguió la ignorancia del error, caracterizando la primera como "un estado-negativo del alma", consistente "en la ausencia de toda noción "relativa a un objeto", y apareciendo el segundo como "un estado positivo" de falso conocimiento..." (123).

Savigni, por el contrario "veía siempre un estg

(120) Ob. Cit., Págs. 90 y 91.

(121) Jiménez de Asúa, Luis, El Error de Derecho en materia Penal, Libre ría, El Ateneo, Editorial, Buenos Aires, 1942, Pág. 15.

(122) Ob. Cit., Pág. 15.

(123) Ob. Cit., Pág. 16.

do de ignorancia, puesto que el error nace en todo caso de ignorar alguna cosa, que no había para que ocuparse en las situaciones negativas,— puesto que no pueden ser causa de acción, y que, en consecuencia, "el — criminalista no tiene para que estudiar la ignorancia, sino solamente el error"" (124).

Manzini y Florián, "afirman que la ignorancia — comprende el error: aquella se reduce siempre en sus efectos al error, — mientras que todo error deriva de la ignorancia" (125).

Carlos Bindig, dice "que todo conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento, y, a su vez, todo no conocimiento un conocimiento erróneo. Falta, por consiguiente, base para — distinguir técnicamente el error y la ignorancia..." (126).

Alberto Frosali, separa los conceptos de ignorancia con el de error, apuntando que "si bien es cierto que el error — presupone siempre un estado de ignorancia, ésta no va siempre acompañada del error — en la pura ignorancia no lo hay—, ni coinciden en todos los casos más que parcialmente, siendo siempre inconsciente el error y, en— cambio, la ignorancia puede no serlo" (127).

Jiménez de Asúa, concluye argumentando "que no negamos que filosófica y psicológicamente, puedan y deban distinguirse — las nociones de ignorancia y error, no hallamos ventajas prácticas para distinguirlos en la esfera técnico-dogmática del Derecho Penal y adoptamos la corriente unificadora que trata del mismo modo el error y la ignorancia" (128).

Dicho autor define en un sólo concepto la igno-

(124) Ob. Cit., Pág. 16.

(125) Ob. Cit., Pág. 17.

(126) Ob. Cit., Págs.17 y 18.

(127) Ob. Cit., Pág. 20.

(128) Ob. Cit., Pág. 20.

rancia y el error, como a continuación se transcribe: "Existe error de derecho, cuando el agente, conociendo bien las características del hecho del acto que ejecuta, desconoce la obligación de respetar la norma por— ignorancia de la antijuricidad de su conducta, basada en el desconoci— miento de la ley penal que prohíbe o que ordena obrar, o sin ignorarla— absolutamente, sólo tiene de ella noticia imperfecta que le conduce a — una apreciación falsa" (129).

Luis Jiménez de Asúa, hace una clasificación — de los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, veamos:

A) El error excluye la culpabilidad del agente y cuando es:

a) Esencial, en orden de los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones, y en referencia a la decisión del autor, pudiendo recaer:

a') Sobre el núcleo del injusto tipificado, como cuando se trata de purgar a un sujeto y se le mata por confundir la substancia laxante con un veneno ("error de hecho"), o cuando se lleva un arma sin autorización en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto ("error de derecho");

b') Sobre la referencia al objeto, como cuando se ignora que la cosa es ajena en el hurto ("error de hecho") o que hay que declarar el tesoro encontrado, que es res nullius ("error de derecho");

c') Sobre la referencia al sujeto pasivo;

d') Sobre las agravantes calificadas, como cuando se da muerte al padre desconociendo que lo es;

e') Sobre la existencia de causas que excluyen la pena, ora se suponga erróneamente que concurren en el hecho los - elementos de una justificación como en la defensa putativa y en el estado de necesidad putativo ("error de hecho"); si bien crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación, como en el caso del - fraile mendicante que pide limosna en un país en que está prohibida la - mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aún legalmente - admitida en los confines del territorio nacional ("error de derecho").

f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando - éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada - obediencia jerárquica en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.

b) Racionalmente invencible, es decir, que no - hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.

Continúa desarrollando su clasificación Jiménez de Asúa.

B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:

a) Si es error de hecho o de derecho,...

b) Si el llamado error de derecho recae en una ley penal o en una ley extrapenal (civil, comercial, política,...) vincu-
lada al contenido de aquella, porque la naturaleza garantizadora del De-
recho Penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable ...

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) Accidental, como en el caso de que afecte — a la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado; problema que — nos llevaría lejísimos y que entronca con los problemas de causalidad...

b) Relativo a las condiciones objetivas de penalidad;

c) In objeto, como cuando Ticio quiere matar— a Marcos, su enemigo, y en las so—bras de la noche le confunde, por un—vago parecido, con César, a quien no conoce, y lo mata. El caso de aberratio ictus se equipara por muchos autores al errir in objeto, pues — es igual que la confusión sea como se ha descrito en el error in perso—na...

E) El error de idoneidad de los medios o del — objeto de nacimiento al delito inidóneo o imposible, como cuando suminis—tramos azúcar a nuestro adversario creyendo que lo propinamos arsénico,— o cuando una comadrona dé un abortivo a requerimiento de una mujer que — se cree embarazada sin estarlo ...

F) No produce, en cambio, efectos punibles del—delito putativo; es decir, no se responsabiliza, a título del dolo ni — de culpa, al autor de una conducta imaginaria o fantásticamente delicti—va, que,... llamó Carlos Binding error al revés.

Este problema necesita ser explicado, pues la—expresión delito putativo puede tener distintas significaciones; nos lo—dice el jurista Jiménez de Asúa.

a) Errónea suposición de que el acto ejecutado es subsumible en un tipo antijurídico, cuando en realidad no está antijurídicamente tipificado en la ley, como el que para forzar a su familia a que consienta el matrimonio, yace con su novia de 16 años de edad, en la creencia de que comete un delito, siendo así que el hecho de cohabitar con una mujer de 15 años no es estupro;

b) Errónea creencia de que el acto, descriptivamente típico, no está amparado por una causa de justificación, como en el caso del maestro que castiga a su alumno, creyendo que su conducta no se halla amparada por el derecho de corrección cuando en realidad lo está por transferencia del que le asiste al padre del muchacho;

c) Erróneo supuesto de la idoneidad típicamente antijurídica de la conducta, eliminada por tratarse de un delito experimental o suscitado por agente provocador, para estudiar, por ejemplo, — las reacciones psíquicas del sujeto en el primer caso, o para detener a un chantagista en la segunda hipótesis;

d) Errónea idea de que el objeto es idóneo, como cuando se hurta la propia casa suponiéndola ajena o se tiene acceso carnal con la mujer propia deseando aparearse con la del prójimo.

Siguiendo con Luis Jiménez de Asúa, subclasifica y dice que sólo los dos primeros casos merecen la denominación de delito putativo. Estamos en presencia de un error de derecho a la inversa o como Von Liszt lo llamó, "delito imaginario"... que no debe confundirse con la "falsa opinión del delincuente"... o "delito por convicción", como hoy se dice.

El tercero y cuarto son en puridad formas más — o menos rigurosas de delito imposible, casos de "delito imposible por causa legal", como dijo Carrara, o de acción "jurídicamente inidónea", — como afirma Soler. El tercero...se trata de verdaderas hipótesis de delitos putativos. Decididamente, el cuarto caso, que es de error en los hechos, entra de lleno en el delito imposible, donde lo sitúan F. Von Liszt, que fundándose en "la equivalencia de las circunstancias que acompa-

ñan al hecho" propugna su penalidad... (130).

Carlos A. Tozzini, piensa que el error es: "la discordancia que se da en un momento dado, y debido a causas objetivas - y subjetivas, entre la realidad del campo geográfico y la configuración que de él hace el sujeto en su campo conductual, del que porvendrá su conducta". Y la ignorancia en cambio: "es la total ausencia de determinado aspecto del campo geográfico en el campo conductual del individuo.- El uno implica conocimiento, en tanto que la otra es falta de conocimiento" (131).

Continúa diciendo "empero, si bien la ignorancia no presupone, de por sí, al error, en todo error subyace, a la vez, una ignorancia de, por lo menos, una parte esencial del campo físico, sin la que el error no sería posible y la conducta no se habría producido" - - (132).

Agrega el tratadista que asimismo la ignorancia no significa: "La probabilidad de un error mientras el sujeto no emita-- un juicio u obre basado en esa ignorancia" (133).

En suma la ignorancia no significa: "error en - tanto no se abra juicio o, de alguna manera, se accione en el mundo circundante; si ella no obstante, o tal vez por esa misma ignorancia, el -- juicio es emitido o el acto es producido y se incurre en error, éste y - la ignorancia se aúnan como la causa el efecto" (134).

Tozzini pregona que el error, para ser tal re--

(130) Toda esta clasificación de los efectos del error, se encuentran en la obra citada, de las Páginas 134 a 143.

(131) Tozzini, Carlos A. Dolo, error y eximentes putativas. Desde punto de vista de la Psicología de la Forma, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1964, Pág. 47.

(132) Ob. Cit., Pág. 48.

(133) Ob. Cit., Pág. 48.

(134) Ob. Cit., Pág. 49.

quiere ser siempre inconsciente. "Si un sujeto sospechase que puede incurrir en error, tendríamos, en realidad, un caso de duda; si conscientemente emitiese un juicio erróneo, estaríamos ante una mentira, y si actuará con pleno conocimiento del error, nos hallaríamos frente a una acción de ocultamiento o inmoral o ilícita, que inclusive podría conducirnos, en caso de instigación por este medio, hasta la autoría mediata" (135).

Sigue apuntando y sin embargo después reconoce que el Derecho Penal sólo maneja acciones humanas u omisiones, acarreado un resultado o cambio en el mundo exterior, es decir que: "la ignorancia por sí sola, aún acompañada de un juicio, y no considerada como causa de un obrar erróneo, carece de importancia como ocasión autónoma de inculpabilidad" (136).

Dicho jurista observó que "tradicionalmente, en el ámbito jurídico, se distinguió entre error de hecho (error facti), -- que "es el que impide al sujeto activo lograr la representación del acontecimiento", y el error de derecho (error iuris), que gravita, no ya sobre las características objetivas esenciales del operar, sino acerca de la inculpabilidad de determinado comportamiento humano" (137).

Carlos A. Tozzini nos dice que:

"El primero debe fundarse en lo que es perceptible por los aparatos sensoriales; el segundo es una idea cultural sobre la reprochabilidad jurídica de un quehacer en coexistencia" (138).

Distingue dentro del error esencial, un error-

(135) Ob. Cit., Pág. 49.

(136) Ob. Cit., Pág. 49.

(137) Ob. Cit., Pág. 50.

(138) Ob. Cit., Pág. 50.

invencible, insalvable o "no imputable" ... que es aquel del que el hombre no puede librarse, aún extremando sus facultades sensitivas y racionales, y que torna impune al acto típico y antijurídico, pero no culpable, y un error vencible, el cual se da cuando el sujeto pudo, con la debida diligencia, reemplazar su ignorancia por conocimiento, dejando -- este error un remanente de culpa, el que se castiga sólo cuando el tipo-culposo del hecho está previsto y sancionado en forma expresa" (139).

Carlos Tozzini hace una reflexión sobre lo que Carrara opinó, diciendo este segundo, que en el error iuris, "el sujeto ejercita libremente su praxia, ... El error es puramente axiológico-jurídico y no es aceptado como eximente de culpabilidad, en virtud de la -- ficción legislativa de que la ley, una vez publicada, es conocida por -- todos los habitantes, a los que, de ese modo, se impone el deber de respetarla"(140). Dicha reflexión consiste en que es "difícil imaginar la -- percepción sensible de una Gestalt que no vaya indisolublemente unida a una violencia que otorgue las fuerzas al campo total, así también es casi imposible sospechar una conducta social teleológica que no lleve, en el ánimo del autor, un juicio valorativo de responsabilidad moral. Y -- aquí es donde se plantea el problema de la separación entre error de hecho y de derecho. Aclaremos lo expuesto mediante un ejemplo: ...de apo dero de una cosa mueble que, en forma previa al acto, juzgué propia y resultó ajena. Perteneciendo los conceptos de "propiedad" y de "ajenidad"-- (o no propiedad) a instituciones de derecho civil, ¿Dónde termina el -- error de hecho y dónde comienza el de derecho?"(141).

Expresa que "este obstáculo se creyó salvado con la creación del concepto de "error extrapenal", esto es, error sobre una ley no punitiva, el que es asimilado al error de hecho, como si en realidad importara a la culpabilidad la rama jurídica que se desconoce. Pero tal sutileza "extrapenal" no ha impedido que actualmente el error di-

(139) Ob. Cit., Pág. 51.

(140) Ob. Cit., Pág. 52.

(141) Ob. Cit., Págs. 52, 53.

cotomizado se vaya borrando de los textos y de la consciencia jurídica"- (142).

Concluye Tozzini al expresar que "Pese a que no aceptamos que el hecho del error pueda admitir, desde el punto de vista - jurídico, distinciones, ya que siempre incide sobre el conocimiento, hemos de reconocer, que, desde el ángulo de mira psicológico, el motivo — de error más frecuente en el llamado "error de prohibición" — y cuya más-exacta denominación sería la de "error en la prohibición"— es el común— a todos los errores: la ignorancia. Empero al tipo de error también puede tener una etiología patológica. Y sería el caso de un psicótico delirante que creyera que tiene el derecho de matar a los que "le hacen daño" (143).

Resume diciendo: "Lógicamente al problema jurídico que aquí se plantea no es de inculpabilidad, sino de inimputabilidad, el que se resuelve excluyendo la pena a cambio de una medida de seguridad""(144).

B).- AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos, promulga que "el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo a un estado positivo. El error como género, comprende como especial al error de hecho y al error de derecho, Se ha abandonado mayoritariamente la distinción italiana entre error de hecho y error de derecho, por la notoria dificultad de establecer una clara frontera, entre ambos errores, ahora se prefiere hablar de error de tipo y error de prohibición" (145).

(142) Ob. Cit., Pág. 53.

(143) Ob. Cit., Pág. 64.

(144) Ob. Cit., Pág. 64.

(145) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano -- Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, Págs. 433, 434 y 435.

Expresa que: "El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (inesencial). El error de hecho esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es vencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito). El error esencial vencible excluye el dolo, pero no la culpa — careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura — del tipo impida esa forma de culpabilidad. El error inesencial o accidental no es causa de inculpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración". El error que recae sobre las circunstancias del hecho típico cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo; a tal error se le conoce como error de hecho (error de tipo), pero si el mismo no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa" (146).

Pavón Vasconcelos, afirma que "el error de derecho o de permisión se realiza cuando: a) Error invencible, por estimar — que el hecho típico ejecutado no está prohibido; b) Error invencible, — por estimarse que el hecho, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en — realidad no tiene eficacia; c) Error invencible al considerarse que el — hecho, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido a una auténtica causa de justificación que en realidad no ocurre" (147).

Sigue diciendo que "cuando la ley, en su artículo 15, fracción XI, precisa como circunstancia excluyentes de responsabilidad, el realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, está consignando el error de hecho o error de tipo, como causa impediti-

(146) Ob. Cit., Págs. 436, 437 y 439.

(147) Ob. Cit., Pág. 436.

va de la integración del delito, y al agregar "o que por el mismo error-estime el sujeto activo que es lícita su conducta", recoge de igual manera el error de prohibición indirecto (error de permisión eximentes - ---putativas), siendo ambas hipótesis de error de naturaleza insuperable y---por ello excluyentes de responsabilidad" (148).

Fernando Castellanos Tena, define al error como "un vicio psicológico, consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente" (149).

Continúa pregonando que "tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y, por lo mismo, con los fines que el mismo se propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es --una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, no errónea --ni certeramente" (150).

Agrega el jurista que "el error se divide de --hecho y de derecho. El error de hecho se clasifica en esencial y acci --dental; el error de derecho no produce efectos de eximente, porque el --equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha . En--el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su con--

(148) Ob. Cit., Pág. 439.

(149) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho --Penal, Editorial Porrúa, S.A., Decimoctava Edición, Pág. 255.

(150) Ob. Cit., Pág. 255.

ducta y, por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo - del elemento intelectual del dolo" (151).

Castellanos Tena:

Esclarece lo anterior con un caso práctico: "El agente copula con una mujer menor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por engaño o seducción, pero cree, fundadamente, -- que la mujer es mayor de dicha edad, en vista del acta de nacimiento falsa o equivocada; tal individuo estima lícito o permitido su proceder, -- pero en realidad se haya prohibido por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuricidad de la conducta, aun cuando se le quiera denominar error de tipo" (152).

Raúl Carrancá y Trujillo, al tratar del tema -- del error esencial señala: "Para que exista dolo se requiere el conocimiento de los elementos componentes del resultado, si éste faltare, aquél podrá estar ausente. Se estará entonces en presencia de una causa de inculpaibilidad. Tal ocurre en los casos de error, entendiendo por él, falso o equivocado conocimiento acerca de algo. Su consecuencia en relación con el elemento intelectual del dolo es la falta de previsión del resultado, por lo que el error viene a ser como inverso al dolo. El error esencial, cuando recae sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría tipicidad" (153).

Sigue diciendo que "si el error versa sobre el resultado es error facti, y si sobre su representación o significación -- según la norma es error iuris. El error facti sólo cuando es sobre circunstancias determinantes del resultado excluye el dolo y la acción in--

(151) Ob. Cit., Págs. 255, 256.

(152) Ob. Cit., Pág. 256.

(153) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Págs. 407 y 408.

criminable por ausencia de voluntariedad" (154).

Jorge Alberto Mancilla Ovando describe a dicha eximente así: "La eximente de responsabilidad opera, cuando la conducta que es delito en ley, se realiza bajo los supuestos de un error invencible, el cual lleva a la convicción al sujeto activo de que su actuar es lícito" (155).

Continúa escribiendo que: "El error de hecho -- nunca será invencible, pues el juicio equivocado dimana del incumplimiento de deberes legales de cuidado del individuo" (156).

Por otro lado nos define al error de derecho: - "El error de derecho es la equivocada interpretación que de la norma jurídica realiza el particular. Este es intrascendente en el Derecho Penal, porque la facultad de interpretar la ley, es propia y exclusiva del Poder Judicial Federal al revisar la constitucionalidad de las resoluciones que dicten los tribunales de la República" (157).

Concluye Mancilla Ovando afirmando: "El error -- de hecho o de derecho en la forma en que se describen, en nuestro régimen jurídico, jamás tendrá la calidad de error invencible" (158).

Sigue pregonando diciendo: "Aparentemente, la -- excluyente de responsabilidad no puede tener vida jurídica. Ello será -- cierto si se niega la trascendencia a las características de la norma de derecho" (159).

Por consiguiente dicho autor considera que "el-

(154) Ob. Cit., Pág. 408.

(155) Mancilla Ovando, Jorge Alberto, Teoría Legalista del Delito, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Pág. 87.

(156) Ob. Cit., Pág. 88.

(157) Ob. Cit., Pág. 88.

(158) Ob. Cit., Pág. 88.

(159) Ob. Cit., Pág. 88.

error invencible, sólo existe en nuestro régimen de derecho, cuando se - hace incurrir en equivocación al particular, en los actos materiales que le permiten consagrar la expectativa de derecho a su favor y convertirle en un derecho adquirido. Por los mismos efectos de la ley. Ser engañado- el particular al materializar su derecho con las seguridades que le da - la ley y cumplimiento con las formalidades exigidas, impide incumplir -- deberes legales. Máxime, cuando las obligaciones que la ley exige para - que se adquiriera el derecho se satisfacen y la norma jurídica no consagra más"(160).

Señala el doctrinario "en conclusión, la exclu- yente de responsabilidad opera: cuando se realiza la acción u omisión,-- cumpliendo con las obligaciones que prevé la ley, siendo objeto de enga- ño al materializar la expectativa de derecho mediante las seguridades -- jurídicas que le permite tenerle como derecho adquirido, realizando una- conducta que es delito, pero por el error en que se le hace incurrir y - que es invencible"(161).

Sergio Vela Treviño, en su obra intitulada "Cul- pabilidad e Inculpabilidad" nos dice que el error es: "un defecto de ori- gen psicológico en la formación de la voluntad; pero no es el único que- puede presentarse en forma que sea interesante para el Derecho Penal, ya que tanto la ignorancia como la duda son causas de defectos psicológi -- cos" (162).

Según su criterio pregona que "la ignorancia -- tiene que entenderse como una forma de error; creemos imposible pensar-- en una total y absoluta ignorancia, que equivaldría a una "mente en blan- co" y en relación con un hecho concreto; en estas condiciones, quien se- encuentra en un estado de ignorancia, en realidad lo está en estado de -

(160) Ob. Cit., Págs. 88, 89.

(161) Ob. Cit., Pág. 89.

(162) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del -- Delito, Editorial Trillas, México, 1977, Pág. 333.

error respecto de ciertas condiciones esenciales para una correcta y normal formación de la voluntad, lo que nos lleva a la negación de la ignorancia dentro del campo del Derecho Penal puesto que no es, ..., sino una forma de error" (163).

Continúa diciendo que "tratándose de la duda, - que es también un defecto en la formación de la voluntad que rige a la conducta, sus efectos en el campo del delito son irrelevantes, o sea que quien estando en duda actúa y produce un resultado típico y antijurídico, podrá igualmente ser objeto de un reproche en orden de culpabilidad" (164).

Vela Treviño, se especializa en tratar con la duda y nos muestra que "la duda es un aspecto positivo en la formación de la voluntad porque quien duda lo hace en razón de haber considerado distintas eventualidades, lo que no ocurre en el estado de ignorancia - donde lo que falta es, precisamente, un análisis mental de todas las circunstancias" (165).

Suma el jurista "la duda es, en cierto grado, - una forma de error, como falsa concepción de la realidad; pero esto proviene de la incertidumbre acerca de las diferentes posibilidades de hecho y de derecho que pueden ocurrir; sin embargo, esta forma del error - debe entenderse como irrelevante ya que el simple hecho de haber considerado varias posibilidades y optando por una equivocadamente, revela una formación de voluntad normal para los fines del Derecho Penal" (166).

Vela Treviño opina que en el "sentido de que -- entre las diversas formas que se puede presentar una defectuosa forma -- ción de la voluntad destacan el error, la ignorancia y la duda; creemos-

(163) Ob. Cit., Pág. 334.

(164) Ob. Cit., Pág. 334.

(165) Ob. Cit., Pág. 334.

(166) Ob. Cit., Pág. 335.

sin embargo, que los dos últimos no son otra cosa que variaciones del -- error, sin dejar de reconocer que psicológica o filosóficamente estos -- estados pueden tener características tan propias que los vuelvan conceptos autónomos. Para el Derecho Penal y en especial referidos los conceptos a la reprochabilidad, insistimos en que son variaciones de grado las que existen, pero como formas del error, lo que equivale a nuestra expresión afiliación a una concepción unitaria de la teoría del error" (167).

Continúa predicando que el error solamente es - "inteligible siempre que se establezca una comparación; así, para entender conceptualmente lo que es la oscuridad es imprescindible saber lo -- que es la luz; tratándose del error, para entender en que consiste es -- menester saber lo que es la verdad, entendida ésta no como concepto filosófico sino como realidad fenoménica; cuando exista discrepancia o dis -- conformidad entre la interpretación y entendimiento de ciertos aspectos conceptuales y la verdadera realidad, puede decirse que aparece un estado de error" (168).

Sergio Vela Treviño clasifica al error en, - -- error de hecho y error de derecho.

Dice el doctrinario, "hay error de hecho cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, basada - en un precepto legal" (169).

Sigue apuntando y considerando que para que el error de tipo tenga fuerza exculpante, "debe ser el motivo real de la -- conducta. Esto resulta de que conforme a nuestra idea del error, hay - -

(167) Ob. Cit., Págs. 335 y 336.

(168) Ob. Cit., Pág. 336.

(169) Ob. Cit., Pág. 337.

siempre un factor que impide una valoración normal de los elementos esenciales de la descripción legal; pero debe ser precisamente esa falsa -- concepción de la realidad fáctica la que determine el sentido que el sujeto le impone a su conducta" (170).

Vela Treviño llama también al error de derecho, error de prohibición, leamos:

"Cuando el error versa sobre la significación - de los hechos, aparece el llamado error de derecho" (171).

Observemos, el análisis que le precede a esta - observación por considerarlo importante: "Se supone, ..., que el simple hecho de ser un imputable le confiere al individuo la capacidad de entendimiento de la antijuricidad y es ésta la premisa única sobre la que puede funcionar la responsabilidad penal, acorde con el principio... que la ignorancia de la ley no es causa exculpante. Igualmente, es el propio -- ordenamiento positivo el que niega a los sujetos el derecho a valorar el contenido de las normas penales, en orden a la antijuricidad, como es -- claramente preceptible en la fracción III del artículo 9º, cuando se establece que no se destruye la presunción dolosa de la conducta aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, ya que de no ser así, cada norma, que ha sido precedida de una valoración por parte del legislador, quedaría supeditada en su validez a la especial valoración que cada sujeto hiciera, situación ésta que por - razones obvias es absolutamente inconsciente... Así, quien dirige su conducta hacia la realización del tipo, en principio ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando el sentido impuesto a ese comportamiento era, precisamente, la concreción del tipo; pero cabe - igualmente la posibilidad de que el sujeto haya impuesto determinada - orientación a la conducta, encaminada a la concreción del tipo, pensando

(170) Ob. Cit., Pág. 339.

(171) Ob. Cit., Pág. 339.

en que esa conducta no era antijurídica porque era permisible la actuación del tipo; este es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa en la cual, con pleno conocimiento, la conducta se dirige hacia la afectación de un interés jurídico del agresor, pero que se realiza ejerciendo un derecho especialmente conferido, como lo es el de preservar lo propio ante una agresión injusta. Vemos entonces, cómo existen casos en los que corresponden al sujeto una valoración en orden a la antijuricidad" (172).

Sergio Vela Treviño, resume el párrafo anterior de esta manera: "Partiendo del supuesto de que los sujetos pueden valorar el contenido de antijuricidad de la conducta, inmediatamente llegamos a las hipótesis en las que esa valoración se realiza bajo falsos supuestos o en forma inadecuada. Estamos nuevamente en las situaciones del error, pero ya no referido al tipo, ..., sino al contenido de antijuricidad de las normas" (173).

Continúa expresando y "en síntesis, podemos afirmar que en determinados casos el individuo tiene una facultad especial para la valoración de los hechos, en cuanto a su contenido y significación en orden a la antijuricidad, y cuando teniendo esa facultad incurre en un error respecto de la naturaleza y alcance de la prohibición contenida en la norma, puede dar motivo a que aparezca una causa de inculpabilidad de la conducta típica y antijurídica que haya realizado motivado por esa falsa valoración. Esto es lo que origina la nota característica del llamado error de prohibición, que puede resumirse como la falsa concepción de la vinculación entre un hecho y una norma, ya que creyendo el sujeto errado que su actuación está inmersa en una causa que hace desaparecer la antijuricidad de la conducta típica, por el amparo de una norma o de su contenido, en realidad la situación es que existe una divergencia entre la norma erróneamente supuesta y los hechos que se

(172) Ob. Cit., Págs. 341 y 342.

(173) Ob. Cit., Pág. 342.

presentaron" (174).

Vela Treviño, opina acerca de la unificación -- entre los dos tipos de error que existen, de esta forma: "La teoría del error debe ser estudiada en forma unitaria, o sea eliminando la separación entre el error de tipo (o de hecho) y el de prohibición (o de derecho)"- (175).

Nos dice el jurista que "importa ahora destacar que existe un elemento común que permite asimilar en una sola posición-- doctrinaria los efectos exculpantes del error... Nos referimos a la conciencia de la antijuricidad, que es la que permite calificar de culpable una conducta... Esta misma argumentación, fundada en el dolo o en la culpa como ingredientes imprescindibles para la culpabilidad, la que permite incluir el error de prohibición (o de derecho) en la legislación mexicana; si pensamos que las únicas formas de presentación de la culpabilidad son el dolo y la culpa (art. 8), es lógico afirmar que en ausencia de una de ellas el delito no podrá integrarse. Contra esta conclusión -- aparece el contenido del artículo 9º, III, que en opinión de algunos comentaristas impide la aparición del error de derecho exculpante, ya que tiene su fundamento, expresan, en el principio de que la ignorancia de la ley no es causa exculpante. Independientemente... el error de prohibición no se funda en la supuesta ignorancia de la ley, sino en el contenido y significación de los hechos en orden a la antijuricidad" (176).

Siguiendo a Vela T. nos señala los casos de la - inculpabilidad e irreprochabilidad del error en los siguientes casos: -- "es menester concretar que el error, sea de tipo o de prohibición, deber ser estudiado como una unidad teórica en el campo relativo a la culpabilidad, como causa que provoca una inculpabilidad, pero siempre teniendo en cuenta que el error de tipo tiene su relación específica con la tipicidad en cuanto a la descripción de los hechos, mientras que el error de

(174) Ob. Cit., Pág. 344.

(175) Ob. Cit., Pág. 344.

(176) Ob. Cit., Pág. 345.

prohibición se vincula con la antijuricidad en lo referente a la significación que en orden a lo injusto (o a lo prohibido) tienen esos hechos - en que se materializa la conducta. Sea de tipo o de prohibición, el error siempre se presentará con la posterioridad lógica a la conducta, - la tipicidad y la antijuricidad, como elementos del delito. Esto tiene - importancia porque los efectos de la conducta en el campo del derecho -- pueden presentarse fuera del ámbito penal; ciertamente, la conducta típica y antijurídica pero no culpable impedirá la integración del delito, -- pero no eliminará, por sí, otra clase de responsabilidad como podría ser la civil, que tiene como origen la realización de actos ilícitos. En todo error hay una conducta ilícita porque es contraria a la norma; porque para el Derecho Penal puede no haber delito cuando se cubren las condiciones necesarias para la irreprochabilidad" (177).

Enseña el maestro que habrá error esencial - -- cuando: "en la mente del sujeto actuante falta, por error, una circunstancia que imprescindiblemente debe haberse presentado para afirmar la existencia del dolo, lo que significa la imposibilidad de aparición de - la culpabilidad" (178).

Sergio Vela, define a la esencialidad en orden al error, manifestando: "que es la anormal formación de la voluntad, de - determinante de la actuación, por la falsa apreciación de la realidad de - los hechos en cuanto son relevantes para la tipicidad o de la significación de los mismos en orden a la antijuricidad. Como es obvio, estamos - incluyendo en esta definición las dos formas relevantes del error, o sea el error de tipo (o de hecho) y el de prohibición (o de derecho). Señala - mos que la definición acorde con nuestro concepto de la culpabilidad, -- donde el elemento intelectual juega un papel preponderantemente y que el error versa siempre sobre esa normal formación de la voluntad" (179).

(177) Ob. Cit., Pág. 347.

(178) Ob. Cit., Pág. 347.

(179) Ob. Cit., Pág. 348.

Prosigue haciendo un desglose de la esencialidad del error así: "Primeramente, que el error como estado psicológico se -- manifiesta en la formación de la voluntad, lo que equivale a afirmar que en una mente normal se produce una anormal formación de la voluntad a -- raíz de elementos indebidamente apreciados que llevan al sujeto a una -- concesión aparentemente normal, pero en realidad integrada anormalmente" (180).

Sigue apuntando en segundo lugar la formación-- anormal de la voluntad tiene: "que ser causa de la manifestación de la - conducta, ya que para que podamos hablar de un error relevante en orden- a la culpabilidad, es necesario que haya sido precisamente el error la-- causa determinante de la conducta; cuando no sea el error lo que motiva- la conducta, no podrá hablarse de error exculpante" (181).

Y finalmente, el error puede referirse: "a los- hechos o a su significación, pero la esencialidad tiene que entenderse - respecto de los primeros en lo que se refiere al núcleo del tipo o de -- sus elementos constitutivos y en el segundo, en cuanto responde a la --- antijuricidad como significación correspondiente a los hechos" (182).

Sergio Vela Treviño, nos dice: "El error además de esencial, necesita ser invencible para poder tener la relevancia que- le atribuimos como causa de irreprochabilidad que produce la inculpabi-- lidad" (183).

Sostiene el jurista que: "toda forma vencible - de error trae como consecuencia la culpabilidad manifestada culposamen-- te" (184).

(180) Ob. Cit., Pág. 348.

(181) Ob. Cit., Pág. 348.

(182) Ob. Cit., Pág. 348.

(183) Ob. Cit., Pág. 356.

(184) Ob. Cit., Pág. 357.

Agrega el jurista que "cuando la causa del -- error no es producto de alguna de las formas de la culpa, el error es in vencible y en consecuencia inculpable si también es esencial; por el con trario, si el error ha sido producto de negligencia, impericia, etc., -- del sujeto autor de la conducta, podrá formularsele reproche por culpa.- Estamos en estas condiciones, afirmando que lo vencible del error radica en los hechos concurrentes con el acontecimiento, que como conjunto de-- factores y circunstancias son causa de la anormal formación intelectual- y, además, en las particulares características de cada sujeto, ya que -- como en diferentes ocasiones hemos afirmado, no es posible establecer un patrón común, válido para todos los sujetos, cuando estamos ocupándonos- de un elemento subjetivo como la culpabilidad; así, el error superable - o vencible para unos, no lo será para otros, de ello que el problema de- lo vencible o invencible del error tenga que remitirse al juez, quien -- con cuidado sumo deberá valorar, en cada caso, las especiales circunstan- cias en que el error se causó y la vencibilidad o invencibilidad del mis mo" (185).

Continuando con el maestro de lo anterior se -- desprende que en los "casos en que el error sea invencible y además -- esencial, habrá inculpabilidad; en la otra situación, o sea cuando se -- esté en presencia de un error vencible, habrá responsabilidad por culpa- o imprudencia siempre que la figura típica permita esta clase de culpabi- lidad y se pruebe plenamente el conjunto de integrantes imprescindibles- para la responsabilidad penal por culpa o imprudencia" (186).

Resumiendo todo lo que ha pregonado el doctrina- rio Sergio Vela Treviño, señala: "un error es vencible cuando la discon- formidad que aparece entre la inteligencia del sujeto actuante y la rea- lidad, se podría superar con el aporte de los elementos necesarios y nor- males que, entendidos en su aspecto positivo, eliminan la culpa; en es -

(185) Ob. Cit., Pág. 358.

(186) Ob. Cit., Pág. 358.

tas condiciones, un sujeto que es víctima de una falsa concepción -- (error), a pesar de haber actuado prudente, previsora, diligente, poniendo la reflexión y cuidados previos normales, está actuando bajo un error que debe ser calificado de invencible. Lo invencible, en consecuencia, -- tiene que entenderse en función de lo vencible, lo que depende totalmente de las formas culposas en que se manifiesta la culpabilidad; esa forma de determinación de lo vencible o invencible corresponde solo al -- juez, como titular que es del reproche que puede formularse contra el -- sujeto a los efectos de la culpabilidad" (187).

Concluye Vela T. afirmando que: "la condición de lo invencible o insuperable es necesaria para la aparición de la fuerza exculpante del error. Tratándose de la imprudencia, ésta es punible precisamente por ser previsible y evitable, es decir, vencible. Es entonces posible afirmar que si en una conducta manifestada culposamente tuvo intervención un error, siempre será un error superable, de donde se concluye la irrelevancia del error en orden a la reprochabilidad. En cambio en las formas intencionales del quehacer típico y antijurídico, el error -- puede ser accidental y vencible, en cuyo caso caemos en el terreno de la culpa; pero, insistimos, cuando la conducta se ha formado anormalmente -- en razón de un error esencial e invencible y ese error es determinante -- en la producción del resultado, la conducta será irreprochable por las -- razones antes señaladas" (188).

C).- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha formado criterios definiendo lo que es el error de hecho y el error de derecho, precisando cuando tiene la calidad de excluyente de responsabilidad penal.

(187) Ob. Cit., Pág. 360.

(188) Ob. Cit., Págs. 361 y 362.

"ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Frente a la ignorancia, que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. Error de prohibición. El error de prohibición, es el error, que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directo. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante en conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisón. El error del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error insidirá respecto a la permisón legal del hecho de homicidio, como consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse, que el llamado error de permisón no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable" (189).

"ERROR ESENCIAL E INVENCIBLE. La culpabilidad como proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del dolo o de la culpa; como el dolo es voluntad del resultado y conciencia de la antijuricidad de la acción, no puede afirmarse que se dé, si es que en el sujeto existe un error invencible que impida la conciencia de la antijuricidad del acto. Cuando, como en el caso particular, la quejosa fue puesta-

en posesión a virtud de orden de autoridad, y con el auxilio de la fuerza pública, debe afirmarse que hubo de su parte un error invencible respecto a la legitimidad del acto y, por lo tanto, faltando la conciencia de la antijuricidad de la acción, no existe el dolo" (190).

Por otro lado, el Segundo Tribunal Colegiado— del Primer Circuito, al interpretar la fracción XI, del artículo 15 del Código Penal Federal, ha resuelto:

"ERROR EN LA COMISION DE UN DELITO. CREYENDO — COMETER OTRO, NO ENTRA A CULPABLE IGNORANCIA. Una interpretación armónica de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal Federal, permite establecer que el legislador, si bien reconoce como excluyente de responsabilidad delictiva, el hecho de realizar la acción y omisión bajo error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal error de tipo o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta error de prohibición siempre y — cuando el error sea invencible, no menos verdadero resulta que tal existe no abarca ni puede abarcar a aquellos casos en los que el activo del delito, creyendo cometer un ilícito introducción ilegal al país de mercancías de procedencia extranjera, comete otro distinto introducción ilegal al país de estupefacientes, pues el error que prevé el dispositivo legal en cita, se refiere a la tipicidad de la conducta en abstracto a actuar contra derecho, sea cual fuere su posible encuadramiento, ya dentro de una u otra figura delictiva, caso en que la voluntad del activo es de todas suertes la de violar la ley" (191).

En los siguientes criterios sustentados por la H. Suprema Corte, podemos apreciar como y en que consiste el aprovechamiento de este citado error.

"CHEQUES SIN FONDOS, LIBRAMIENTO DE Y FRAUDE. — DIFERENCIAS.— No es verdad que la figura penal que contempla el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito corresponda — a una especie en el género de los delitos de fraude, por la sola circunstancia de que la propia ley remita para su sanción al Código Penal. El libramiento de cheques sin fondos no sólo es de naturaleza especial por estar previsto en una ley especial, sino porque el bien jurídico tutelado también lo es. En efecto, la protección penal no tiene como finalidad

(190) Tesis visible en la Sala Penal, con el número de Amparo directo -- 4840/48, Esther Hernández Gallardo.

(191) Tesis visible en la Octava Epoca, Amparo directo 762/88, Alberto-- Hurtado Martínez.

el patrimonio de las personas, sino la seguridad de la circulación del cheque, como instrumento de pago, concepto que requiere que la citada circulación se vea garantizado eficaz y severamente con disposiciones de carácter penal. En esta figura, no es menester demostrar el miedo comisivo, como el aprovechamiento del error o el engaño previos que requiere, en cambio, el delito de fraude o algunas figuras equiparables a él. La hipótesis se surge por la simple expedición del documento, la presentación de éste ante la institución librada dentro de los quince días siguientes, su expedición y su impago por insuficiencia de fondos imputables al librador. El dolo en el delito del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito consiste simplemente en representarse y querer el propio libramiento del documento con conciencia plena del carácter ilícito del hecho. No se trata de un delito patrimonial, porque, por su comisión no procede la condena al pago de la reparación del daño, correspondiendo el cobro de ésta a un procedimiento diverso de carácter mercantil; en cambio, la figura del fraude, por autonomía, es sancionada con la pena corporal relativa, pero además con el pago o devolución de lo defraudado" (192).

"FRAUDE (LEGISLACION DE PUEBLA). El fraude genérico, previsto en la primera parte del artículo 336 del Código de Defensa Social, determina como medios comisivos, tanto el engaño como el aprovechamiento del error, señalados como resultados: "El hacerse ilícitamente de alguna cosa". O bien alcanzar un lucro indebido. Por engaño se entiende la actitud mentirosa, por medio de palabras o actos, que tienden a producir en el sujeto de la relación (que no siempre es el sujeto pasivo), un estado subjetivo de error, o sea un concepto falso sobre una cosa, hecho o realidad el aprovechamiento del error, por lo contrario, supone un estado de error en el sujeto y del cual se vale el agente activo del delito para obtener una cosa ilícitamente o bien un lucro indebido. Establecida tal premisa, precisemos como elementos del hecho: A) La conducta, B) El resultado, y C) El nexo de causalidad que une a una y a otro. Por su parte, la conducta se integra con dos subelementos 1, Uno de carácter físico, que puede consistir en una acción o una comisión -- (comprendiendo ésta las especies de omisión simple y comisión por omisión) y 2, Un elemento psíquico, de naturaleza subjetiva, que no es otro que el querer expresar la conducta concreta. Entre la conducta y el resultado, con independencia del nexo causal, hay un enlace de carácter subjetivo, constituido por la representación que tiene el autor tanto de su propia conducta como del resultado y mediante el cual este último le puede ser atribuido, mediante un proceso valorativo, en un juicio de reproche que es esencia de la culpabilidad, ésta por último, hace nacer la responsabilidad. El nexo causal, entre la conducta y el resultado, debe buscarse siguiendo un criterio naturalístico mismo que expuesto por -- Stuart Mill has sido llevado por Von Buri al campo del Derecho Penal y --

que se expresa en la fórmula "Conditio sine qua non", porque, suprimida - mentalmente la condición causal, el resultado desaparece, lo que demuestra la eficacia causal de tal condición" (193).

"FRAUDE, ELEMENTOS DEL.- Los elementos constitutivos del fraude son: A) Engaño al través de una actividad positivamente mentirosa empleada por el sujeto activo y que hace incurrir en una creencia falsa o error al sujeto pasivo o aprovechándose del error de éste, - mediante una actividad negativa de aquél, que conociendo, el falso concepto en que se encuentra la víctima se abstenga de hacerlo saber para - realizar su finalidad; E) Que mediante tal actividad se haga ilícitamente el sujeto activo de alguna cosa, alcance un lucro indebido, cualquier beneficio ilícito, utilidad o ganancia económica; y C) Que tal engaño o - el error aprovechamiento sea el motivo eficiente de la entrega de la cosa o de la obtención del lucro. Y no se configura el tipo si según la -- propia confesión del acusado, éste se salía de su trabajo durante una o - dos horas para atender asuntos personales, cobrando de todos modos su -- sueldo completo; se trata única y exclusivamente de posibles irregularidades en las relaciones contractuales entre la empresa y su trabajador - el acusado, que en todo caso podrían dar lugar a las sanciones que para - el efecto pudiera señalar el contrato correspondiente de trabajo y en úl - timo caso la ley federal que rige en la materia, pero en ninguna forma - la configuración del delito de fraude" (194).

Es decir, para dicho Tribunal, error es hacer - incurrir en una creencia falsa o del aprovechamiento equivocado del ofen - dido.

"FRAUDE, DELITO DE LEGISLACION DE JALISCO.- Los elementos intrínsecos del delito previsto en el artículo 343, fracción I - del Código Penal del Estado, consisten: en el engaño, o sea la actitud - mentirosa que emplea el delincuente y que hace incurrir en una creencia - falsa al ofendido, o el aprovechamiento del error, esto es el concepto - equivocado o erróneo en que se hace inducir al sujeto pasivo del delito; que el delincuente se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lu - cro indebido, y la relación de causalidad entre esos elementos" (195).

(193) Tesis visible en la Sexta Epoca, bajo el número de amparo 6543/57, Quejoso: Gerónimo Bretón Mena, Tomo 18.

(194) Tesis visible en la Sexta Epoca, amparo directo 1043/60, Quejoso: - Chepperd Romo, Tomo 44 (Pág. 82).

(195) Tesis visible en la Quinta Epoca, Tomo 99, Quejoso: José Mora Pé - rez, Pág. 61.

D).- NUESTRA OPINION.

Antes de pronunciarnos quisiera leer lo que para el Diccionario de la Lengua Española, significan las palabras error - e, invencible.

Error: "Concepto equivocado o juicio falso" - -

(196).

Invencible: "Es aquello que no puede ser vencido" (197).

Es decir, e interpretando conjuntamente a dichas palabras, error invencible es la conducta equivocada jamás superada.

Ahora, independientemente de que algunos juristas, como Edmundo Mezger, Engisch Vorsatz, etc., afirmen que se debe separar tajantemente a los conceptos de error de hecho y error de derecho, por tratarse de situaciones diferentes; como ya anteriormente se explicaron.

Nuestro más alto Tribunal de Justicia, así como Jiménez de Asúa, Graf Dhona y Vela Treviño entre otros; no están conformes con tal separación, ya que frente al imperio de la ley existe la igualdad jurídica y más aún, para los juzgadores tanto vale ignorar como errar, ya que estos términos se usan indistintamente como sinónimos, por consignar los mismos efectos.

Recordando algunas ideas del estudioso Castella

(196) Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, - Décimo novena Edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1970, - - Pág. 552.

(197) Ob. Cit., Pág. 757.

nos Tena, por estar de acuerdo con estos segundos y con nuestra postura afirmamos que el desconocimiento de la ley no beneficia a nadie, en tanto es obligación su conocimiento.

El error jamás podrá tener la categoría de invencible porque la ley es obligatoria para todos, ya que si un individuo realiza una conducta equivocada que nunca pudo ser superada por desconocimiento de la ley, este no le eximirá de responsabilidad, sino sólo la atenuará, esto es lo que llamamos error de derecho.

Existe el error invencible, sólo cuando se hace incurrir en equivocación al particular, creyendo éste que su conducta es lícita, como lo rezó Mancilla Ovando, y es lo que nosotros denominamos error de derecho.

El error de hecho no existe, porque si tuviese vida en el mundo jurídico, sería error de derecho.

CAPITULO IV

EXIMENTES PUTATIVAS

Entremos ahora al estudio de las eximentes -- putativas, ya que éstas se basan en el error esencial e invencible causando la inexistencia del delito, según los dogmáticos del Derecho Penal.

A).- AUTORES EXTRANJEROS.

Carlos A. Tozzini, en su obra intitulada, dolo, error y eximentes putativas, explica éstas últimas como "las leyes gestálticas en las configuraciones conductuales del campo geográfico, produciendo fuerzas tensionales, de atracción o de rechazo, que mueven al hombre hacia un determinado modo de comportamiento que él supone capaz de -- equilibrarlo con el ámbito y de distensionarlo como ser psicofísico; así mismo adelantamos, en la introducción a este estudio, la necesidad de -- ausencia por parte del dolo y de presencia por parte del error" (198).

Es decir, eximentes putativas son para dicho jurista: "Aquellas excusas absolutorias o causas de justificación o de inculpabilidad que el sujeto agente, debido a una estructuración errónea --

del campo físico en su campo conductal, alega que le asistieron en respaldo de su conducta desajustada" (199).

Continúa Tozzini: "El agente solamente ve, verbigracia, el hecho de una agresión inminentemente e injusta, pero putativa, y se defiende indistintamente, cambiando su propia vida o integridad física por las de su supuesto agresor. Generalmente, él se limita a narrar hechos de conocimiento y el alegato acerca de su creída eximente podrá venir más tarde, como consecuencia de exigencias jurídico-procesales. Lo mismo sucede cuando el sujeto activo cree ver el hecho de una determinada situación que pone a su cargo el deber de actuar y obra movido por un error que, como todos, incide sobre lo gnósico, o cuando erróneamente juzga como peligrosa para una cosa valiosa una situación fáctica y actúa, para salvar a aquélla, con fuerza sobre otros bienes jurídicamente menos valiosos en ese momento" (200).

Expresa el tratadista: "evidentemente, si las causales expresadas, por el mismo hecho de ser putativas, no existen más que en la creencia de lo fáctico o de lo jurídico-valorativo del agente, la antijuricidad objetiva del obrar se mantiene, debiéndose valorar el hecho humano solamente en el juicio de culpabilidad. Y en efecto, ...uno de los requisitos sine qua non del dolo es el conocimiento del ilícito-- en que desemboca la acción (elemento intelectual del dolo), obvio es que todo lo que atente contra ese conocimiento tendrá por efecto interferir con el dolo y deberá ser objeto de tratamiento dentro del ámbito de la culpabilidad delictiva" (201).

Tozzini, por último advierte que "el tratamiento jurídico de las eximentes imaginarias, atento a que encierran un error, es similar al que se aplica a éste, o sea, inculpabilidad en caso

(199) Ob. Cit., Pág. 65.

(200) Ob. Cit., Pág. 66.

(201) Ob. Cit., PÁgs.66 y 67.

de error esencial salvable, haciéndose efectiva la punición sólo si está normada la figura también en su forma de reprochabilidad por culpa" -- (202).

Sebastián Soler al tratar del tema dice: "El -- error también será esencial cuando se crea estar en una situación justificada. En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero no determina porque además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, -- si realmente hubiera existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos... de justificación putativa" (203).

B).- AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos, no se pronunció -- definiendo a las eximentes putativas en su libro de Manual de Derecho Penal Mexicano.

Fernando Castellanos define a las eximentes -- putativas de la siguiente manera: "Pueden admitirse eximentes supra-legales..., existen sin duda causas de inculpabilidad aun cuando no estén -- expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; -- esto es, si resulta dable extraerlas del Ordenamiento Positivo" (204).

Continúa apuntando el doctrinario diciendo que -- "Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es a virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa consciencia ejerce una conducta o hecho --

(202) Ob. Cit., Pág. 67.

(203) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 410.

(204) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 259.

con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las eximentes putativas, no reglamentadas en nuestra ley de modo específico, más es posible desprenderlas de los preceptos de la legislación represiva, por encontrarse inmersa en ella" (205).

Castellanos entiende por eximentes putativas: - "Las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo" (206).

Raúl Carrancá y Trujillo, las eximentes putativas reciben también el nombre de excluyentes supralegales o extralegales, "... por cuanto las fórmulas legales de las excluyentes no fueran válidas más que ejemplificadoramente o analógicamente, pudiendo la jurisdicción penal darles elasticidad en presencia de las complejas situaciones de la vida real a que se aplican" (207).

Carrancá y Trujillo continúa apuntando: "...ningún precepto expreso legal obliga a considerar las excluyentes consignadas en nuestro derecho como las únicas pues cosa diferente es que la ley las enumere expresando que ellas causan la inincriminación como lo hace con la fórmula que dice: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... De aquí que pueda hablarse también, entre nosotros, de causas generales y supralegales de justificación, como las llama Jiménez de Asúa, lo que no quiere decir por encima o más allá del derecho, aunque sí por encima o más allá de la ley.

(205) Ob. Cit., Págs. 259 y 260.

(206) Ob. Cit., Pág. 260.

(207) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 443.

Sigue apuntando el estudioso: "Tales causas -- generales y supralegales constituyen la fase negativa de la antijuricidad, denominada por Mezger "estados de necesidad supralegal" (208).

Concluye el maestro Carrancá: ... que allí donde no exista delito, se estará en presencia de una excluyente de incriminación, aún cuando no se encuentre formulada en la ley y ya porque no--- exista la acción o porque ésta no sea imputable, culpable o antijurídica" (209).

Y por último dice que las excluyentes supralegales "permiten que la ley penal se purifique con el aliento de las normas de cultura y responda en todo momento al interés social verdadero, dejando de estar convertida en una rígida estratificación de alcance literal, cuya teoría fuera sólo la glosa de la ley. El Derecho Penal no es la sola ley penal" (210).

Jorge Alberto Mancilla Ovando, nos dice: "En -- las eximentes putativas, los doctrinarios de la Teoría Dogmática, pretenden inferir de la ley derechos eximentes que no se establecen. Señalan: -- "la falta de uno de los elementos esenciales del delito es el origen y -- justificación de las eximentes supra-legales. Precisan que son el acto -- humano, la imputabilidad, o la culpabilidad, que ante su ausencia producen la inexistencia del delito. Ello es erróneo" (211).

Sergio Vela Treviño: Reza que las eximentes -- putativas se presentan ante "una situación especial y determinada, que -- el sujeto que se encuentra frente a ella la valora como si se encontrara bajo el amparo de una causa de inexistencia del delito, cuando en realidad la situación no satisface los requisitos indispensables para la exis

(208) Ob. Cit., Pág. 445.

(209) Ob. Cit., Pág. 447.

(210) Ob. Cit., Pág. 448.

(211) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Teoría Legalista del delito, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Págs. 145 y 146.

tencia de hecho y de derecho de la supuesta causa de inexistencia de delito. De esta valoración, disconforme con la realidad, surge la falsa -- atribución, de ahí el enunciado genérico de putativa a la supuesta existente, que no existe" (212).

Celestino Porte Petit expresa que en las eximentes putativas "el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos -- no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal sino -- porque el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como -- consecuencia de un error de hecho esencial e invencible" (213).

C).- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que la eximente putativa se presenta por una errónea e invencible representación, en el agente, al considerar que obra al amparo de una -- determinada causa de licitud, anulando la culpabilidad como elemento del delito, leamos:

"EXIMENTE PUTATIVA, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER -- CO:AO. La eximente putativa se presenta por una errónea e invencible representación, en el agente, al considerar que obra al amparo de una determinada causa de licitud, anulándose así la culpabilidad como elemento del delito. La excluyente de cumplimiento del deber puede amparar tanto el miedo ejecutado como el ejecutado como el resultado que se produzca y que expresamente autorice la ley. De acuerdo con su naturaleza jurídica, la justificante de cumplimiento de un deber por parte de agentes de la -- autoridad, se presenta cuando el agente actúa, en ejercicio de su función, usando un medio racional a tal fin, por la necesidad imperiosa de superar la violencia que se ejerce contra él o terceros, o bien para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de un mandato de autoridad. -- En tales condiciones, es inexistente, la eximente putativa de cumplimiento de un deber, cuando el error versa tan solo en el hecho de que el agente actúa en cumplimiento de un deber, sin comprender dicho error también la falsa representación sobre la agresión que supuestamente origi-

(212) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial-- Trillas, México, 1977, Pág. 363.

(213) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 411).

na el cumplimiento y que el sujeto estima adecuado para justificar su -- proceder" (214).

D).- OPINION PERSONAL.

Sumando el criterio sustentado por la Suprema - Corte de Justicia de la Nación, y la de los doctrinarios, se dice que -- las eximentes putativas son: Las excluyentes de incriminación, ya que -- por un error de hecho, esencial, invencible e insuperable se "cree", o - "piensa", obrar justificadamente; o bien que se ejecuta una conducta atí pica por falta de culpa.

Por último pasemos a lo que el Diccionario de - la Lengua Española entiende por dichos vocablos que componen el título - del presente trabajo, como lo son eximentes y putativas.

Eximente: "eximir, que exime" (215). Remontán-- donos a la palabra eximir, y

Eximir, proviene del latín eximere, que quiere-- decir: "Libertar, desembrazar de cargar, obligaciones, cuidados, culpas, etc" (216).

Esto es, deslindar o quitar cualquier tipo de - obligación o sanción jurídica.

Putativo: proviene del latín: "Putativus; de -- putare, pensar, reputar. Adjetivo reputanto o tenido por padre, hermano,

(214) Tesis visible en la Séptima Epoca, Segunda Parte, Vols. 181 y 186, Enrique Guzmán Márquez, A. D. 5529/81, Pág. 25.

(215) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, -- Madrid, España, 1970, Pág. 596.

(216) Ob. Cit., Pág. 596.

etc., no siendo" (217).

Lo que nos interesa es que dicha definición nos lleva al verbo pensar, y

Pensar, significa "imaginar considerar y discutir. Reflexionar, examinar con cuidado una cosa para formar un dictamen" (218).

Si combinamos dichos vocablos, llegamos a concluir que éstos, significan para nuestra opinión, "Libertad de Pensamiento".

I.- CLASES EN DONDE OPERAN LAS EXIMENTES PUTATIVAS.

Tales son cuatro, que estudiaremos en forma separada y siguiendo el mismo orden del presente trabajo, dichas eximentes son:

- A) Legítima Defensa Putativa
- B) Estado de Necesidad Putativo
- C) Ejercicio de un Derecho Putativo
- D) Cumplimiento de un Deber Putativo

A) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

(217) Ob. Cit., Pág. 1087.

(218) Ob. Cit., Pág. 1003.

AUTORES EXTRANJEROS.

Carlos A. Tozzini, el estudiar la clasificación de dichas eximentes putativas las define así:

Defensa Putativa: "Hay defensa putativa cuando un sujeto obra contra otro que cree su agresor, el que, en verdad, no lo ataca ilícita, grave o inminentemente, siendo, en consecuencia, el agredido imaginario el verdadero agresor" (219).

Continúa el doctrinario: "incuestionable, es éste un caso de error, originado en una equivocada estructuración de los datos sensibles. El agente configura en su campo conductual una situación que no se da en el campo geográfico y, por ende, su conducta no va a corresponderse con la realidad exterior" (220).

Da un ejemplo de lo anterior planteando que "dos hombres discuten acaloradamente. Interin, uno de ellos lleva la mano hacia la parte trasera del pantalón para sacar un pañuelo y el otro, que cree que aquél va a extraer un arma, empuña la pistola que trae consigo y le mata" (221).

Sigue diciendo: "En efecto es evidente que en el campo geográfico u objetivo había sólo un pañuelo, mientras que para el sujeto activo, en su campo conductual, había un arma. Esta gestalt fue la génesis de una fuerza de rechazo, el campo para el agente se pobló de fuerzas negativas, y su conducta, por tanto, fue defensivo-distensiva" (222).

Tozzini explica que desde el punto de vista ju-

(219) Tozzini, Carlos A. Dolo, Error y Eximentes Putativas, Ediciones — Palma, Buenos Aires, Argentina, 1964, Pág. 68.

(220) Ob. Cit., Pág. 68.

(221) Ob. Cit., Pág. 68.

(222) Ob. Cit., Pág. 68.

rídico, "dado que lo imaginario equivale, enfocado desde el ángulo del— agente, a lo real, para que exista la situación de defensa putativa han de estar presentes los mismos requisitos que concurren en la legítima — defensa, esto es: 1) Que medie una agresión; 2) Que tal agresión sea injusta, o sea, sin motivo legítimo; 3) Que la agresión de marras sea inimicente; 4) Que la repulsa desarrollada por el que se defiende guarde proporción con los medios ofensivos de que se vale el agresor, y por último, 5) (que no haya mediado provocación suficiente por parte del sujeto — paciente de la agresión (223).

Naturalmente que en la hipótesis de defensa — putativa cualquiera de estas exigencias ha de existir sólo conductualmente, aunque sea vivida por el agente como real" (224).

Continúa pregonando: "En tales casos, el error debe versar primordialmente sobre la agresión, sin la que no es posible admitir una actitud defensiva de parte del supuesto sujeto paciente, sin dejar, por ello, de reconocer la necesidad de que concurren, sean en forma concomitante o autónoma, asimismo los errores sobre la inminencia e ilegalidad del ataque, como también sobre el miedo agresivo imaginariamente empleado por el agresor" (225).

Sigue creyendo que "un error sobre este último— aspecto puede originar un verdadero exceso en la defensa putativa. Si, — por ejemplo, supongo que un sujeto físicamente igual o inferior a mí está buscando entre sus ropas, no un pañuelo, como en realidad ocurre, sino un puño de hierro y le mato de un tiro, evidentemente que el medio — empleado para rechazar el ataque imaginario supera en mucho la gravedad— que era dable esperar la agresión supuesta, dando así origen a la mencionada figura paralela. Por el contrario, origina una verdadera y propia —

(223) Ob. Cit., Págs. 68 y 69.

(224) Ob. Cit., Pág. 69.

(225) Ob. Cit., Pág. 60.

defensa putativa si se confunde una vara con una espada y se mata al - - agresor de una puñalada" (226).

Tozzini "atento a que la naturaleza jurídica de la defensa putativa es el error, para que una tal acción asuma relieves-penales es preciso, ... que el error sea esencial e insalvable. Veamos,- en consecuencia, en qué circunstancias psicológicas un error debe considerarse esencial y en cuáles insalvable, valiendo esta explicación con - respecto a todas las demás eximentes de existencia conductual" (227).

Siguiendo las ideas del jurista nos dice: "Un - error es esencial cuando interfiere en tal grado entre la prevención del sujeto y el resultado alcanzado que, de haber podido conocer el desarrollo causal y el producto del acto, dicho sujeto no hubiera obrado como - lo hizo, absteniéndose de actuar o actuando de otro modo" (228).

Expresa que "siempre lo esencial de toda estructura es, precisamente, el elemento restructurador, es decir, el que otorga el signo positivo o negativo a la situación que se enfrenta y que hace que se sienta la necesidad de pasar de un campo de mayor tensión a - otro de menor resistencia" (229).

Siguiendo con Carlos Tozzini, éste pregona que:

"Así, en el ejemplo antes mencionado, obvio es - que la inminente aparición del arma en el campo conductual del agente ad quiere el carácter de restructurador, puesto que hace que todo el campo adquiera una tonalidad de peligro vital de la que antes carecía. No hubie se ocurrido lo mismo si el sujeto activo hubiera creído que, en lugar --

(226) Ob. Cit., Págs.69 y 70.

(227) Ob. Cit., Pág. 70.

(228) Ob. Cit., Págs.70 y 71.

(229) Ob. Cit., Pág. 71.

de un pañuelo, el supuesto agresor iba a extraer, por ejemplo, una moneda, ya que esa aparición en el campo contractual del agredido imaginario no hubiese hecho variar las tensiones del campo total y el homicidio ocurrido bajo una tal excusa sería un ilícito evidentemente premeditado" — (230).

Sigue apuntando: "en caso de que uno o algunos de los requisitos se de realmente, pero los restantes sean imaginarios, el elemento reestructurador deberá siempre trasladarse a las exigencias-putativas. De tal modo, si la agresión actual existe, pero con los puños, y el agredido se defiende con exceso porque creyó verlo armado, el núcleo gestáltico de fuerzas bipolares que se deberán considerar residirá en la clase de arma, mortal (revólver) o más o menos inocua (vara), con que el agredido creyó ser atacado" (231).

Continuando con Tozzini dice que "lo mismo sucede si una aparente agresión de sujetos armados existe, pero se yerra — sobre la legitimidad del acto. Esto sucede, verbigracia, si en virtud de un procedimiento policial que yo ignoro que se está llevando a cabo, dos sujetos vestidos de civiles y armados vienen hacia mí, sin darse a conocer como policías, y yo les disparo con un arma que llevo para mi defensa personal. Inquestionablemente que si me hubieran hecho saber su calidad de policías, yo no lo hubiese obrado como lo hice y mi inocencia hubiera impedido que viera una agresión con armas y que cambiaran las tensiones, quizás neutras, de mi campo. Por tanto, sería lícito concluir — el fenómeno reestructurador de la situación expuesta se encuentra en mi ignorancia sobre la legitimidad de los aconteceres, que yo viví con un — asalto" (232).

Sigue apuntando Carlos Tozzini, "la evitabili —

(230) Ob. Cit., Pág. 71.

(231) Ob. Cit., Pág. 71.

(232) Ob. Cit., Pág. 71.

dad del error reside en que el agente, razonablemente, de acuerdo con la normalidad psíquica que se pueda exigir a un sujeto de las características individuales que él presenta pueda aprehender con sus facultades sensitivas y racionales lo necesario como para eliminar, frente al caso concreto, la ignorancia que radica en el fondo de todo error" (233).

Suma el estudioso: "Todo ello ha de gravitar, - por el efecto que vimos que la experiencia individual producía frente a la Gestalt y también como producto de la "perseverancia" que quedaba como secuela de un problema no resuelto, para que la interpretación errónea del movimiento, quizás mecánico, del antagonista para extraer un pañuelo en acción de ataque deba ser juzgada como esencial e inevitable" - (234).

Agrega el autor, "por el contrario, si una situación anterior no existía, entran a funcionar consideraciones psicológicas momentáneas, a cuyo conjuro, y sin perder de vista la particular estructura psíquica del sujeto, han de sopesarse los criterios jurídico-valorativos mencionados" (235).

Tozzini considera que "si el error de reestructuración situacional se debió a ignorancia de una circunstancia integradora por defecto de percepción sensible, el criterio de evitabilidad - estará dado por la posibilidad médica de curación o de corrección y, en caso de que tal posibilidad exista, por la causal que alegue el sujeto - acerca de su no sometimiento a la terapia correspondiente o prescrita" - (236).

Continúa señalando: "Como es posible apreciar, - en estas hipótesis, como en las restantes, el dolo ha quedado completamen

(233) Ob. Cit., Págs. 72 y 73.

(234) Ob. Cit., Pág. 73.

(235) Ob. Cit., Pág. 73.

(236) Ob. Cit., Págs. 73 y 74.

te de lado por falta de comprensión de la criminalidad del acto, no dándose el clásico menosprecio contra el bien que se lesiona y la rebelión contra la norma incriminadora que lo tutela. Lo que el agente deberá excluir positivamente será el remanente culposo que pudiera haber sido el origen del error" (237).

Suma el jurista: "Si la situación errónea se ha producido durante una discusión nada agria o cuyo resultado fácilmente -previsible no hubiese desembocado en una agresión, ya sea por lo contenido o pacificador del tono del atacante putativo, sea por su inferioridad física, sea porque el movimiento, que el agente interpretó como agresivo, era pausado o no condecía con la temática en discusión o con la actitud general del sujeto, nos hallamos ante un agente hiperemotivo, explosivo o en el que las fuerzas del campo ambiental penetran en el yo a través de un lente de aumento, lo que impide que el yerro pueda ser valorado como inculpable, no sólo porque la situación carece de elemento reintegrador con carga negativa, sino también porque el individuo demuestra una falla en su personalidad que no pudo haberle pasado inadvertida hasta ese momento, por lo que el derecho tiene el deber, en caso contrario, de llamar a la reflexión al antisocial mediante una sanción represiva" - (238).

"Es obvio que lo expuesto significaría otorgar— a todo psicópata -penalmente responsable- una patente de corso" (239).

Carlos Tozzini finalizando con esta clase de -eximente putativa nos indica que "El error por falta de tensión psicofísica, en el caso de un sujeto normal, por supuesto, generalmente reconoce una causal más profunda de culpabilidad o evitabilidad, según la validez de las razones que se aleguen para disculpar la no restauración ten-

(237) Ob. Cit., Pág. 74.

(238) Ob. Cit., Pág. 74.

(239) Ob. Cit., Pág. 74.

sional de sistema nervioso en su momento oportuno" (240).

Concluye el doctrinario: "El juicio de culpa -- bilidad deberá trasladarse, así, al igual que en las hipótesis de defectos en los órganos o nervios de la sensibilidad, desde el motivo desentrañado frente al hecho hasta la causa predisponente del error, a fin de rastrear el posible remanente culposo o de desecharlo totalmente" (241).

AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos al estudiarlas, las define de la siguiente manera, "En la defensa putativa, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento de hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. En el ejercicio de un derecho y el cumplimiento -- de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumple. Como en los anteriores casos, el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho" (242).

Fernando Castellanos Tena, describe la legítima defensa putativa así:

a) Legítima Defensa Putativa, en esta clase --

(240) Ob. Cit., Pág. 75.

(241) Ob. Cit., Pág. 75.

(242) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, -- Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, México, 1984, Pág. 411.

"El sujeto al actuar protegido por la eximente no obra legítimamente, -- sino de manera inculpable, pero antijurídica... b) La legítima defensa - putativa o imaginaria; su esencia misma radica en la creencia, por parte del sujeto, de que su actitud es legítima. Fundada, pero erróneamente -- supone obrar con derecho, hallarse ante una defensa legítima mediante -- la cual repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión. De lo contrario (si en la mente del sujeto su actuación no es legítima) no puede operar la eximente, ni por tanto impedir la configuración del delito" (243).

Continúa expresándose diciendo que: "existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error -- esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repele mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de -- una injusta agresión" (244).

Agrega el maestro: "En la legítima defensa -- putativa la culpabilidad está ausente por falta del elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La actuación del agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación... que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.; en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al derecho; pero no es culpable por ausencia de rebeldía subjetiva con el orden jurídico. Para obrar alguien dolosamente precisa que haya conocido y previsto las circunstancias de hecho señaladas como relevantes en el tipo penal y tener conciencia de la significación antijurídica de su conducta... Si falta ese conocimiento no puede existir el dolo; el agente actúa motivado por un error esencial de hecho" (245).

(243) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho -- Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 260.

(244) Ob. Cit., Pág. 260.

(245) Ob. Cit., Pág. 261.

Castellanos Tena trata también a la legítima -- defensa putativa recíproca apuntando que "técnicamente no hay inconveniente para admitir la legítima defensa putativa recíproca. En forma -- excepcional dos personas, al mismo tiempo y por error esencial, pueden -- creerse, fundadamente, víctimas de una injusta agresión. Entonces la inculpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse ambos sujetos ante un error de hecho, invencible, con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las agresiones simultáneas, mas en la práctica es difícil encontrar un caso que reúna tales condiciones" (246).

Sigue diciendo: "Legítima defensa real contra -- la putativa. Si el sujeto que por error cree obrar en legítima defensa, -- con el propósito de repeler la imaginaria agresión, acomete efectivamente a quien considera su injusto atacante, éste puede a su vez, reaccionar contra la acometida cierta, la cual, si bien inculpable, es evidentemente antijurídica; por eso en su contra puede oponerse la legítima -- defensa real, atento el carácter objetivo de las causas de justificación. A uno de los protagonistas le beneficiaría una causa de inculpabilidad -- y al otro una justificante" (247).

Raúl Carrancá y Trujillo, "La legítima defensa -- putativa surge cuando un sujeto supone erróneamente que el acto que ejecuta, aunque en general antijurídico, no lo es excepcionalmente porque -- considera que está excluido de antijuricidad en concreto, o sea que está amparada por la excepción" (248).

Continúa el maestro: "En esos casos, puede ocurrir que el sujeto se crea frente a una agresión calificada o a un peligro de daño, sin que en realidad existan. Su acción será delictuosa y el

(246) Ob. Cit., Pág. 261.

(247) Ob. Cit., Págs. 261, 262.

(248) Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 504.

no le aprovechará, porque subsiste victoriosa la presunción del dolo" — (249).

Jorge Alberto Mancilla Ovando, dice el jurista- que la legítima defensa putativa es: "Creer fundadamente que se vive una agresión que no existe, es una falta de previsión grave, cuyos resulta- dos criminosos son atribuibles como delito imprudencial. Es, en sí, in- cumplir con los deberes de cuidado que la ley conlleva" (250).

Sigue apuntando "La agresión imaginaria, no es inminente, actual y sin derecho, Por tanto, no autoriza el ejercicio del derecho de defensa, porque no existe de que defenderse" (251).

Sergio Vela Treviño "La defensa legítima putati- va versa... tanto por el error acerca de los hechos como en orden a su - significación. La primera afirmación es lo más frecuentemente presentada en el mundo real.. en efecto, la agresión que se simula, la violencia -- con que aparentemente se manifiesta y el peligro que erróneamente se su- pone, dan motivo a que aparezca el fenómeno de lo putativo en la legíti- ma defensa" (252).

Celestino Porte Petit Candaudap, al tratar de-- la defensa putativa nos dice: "Es indudable que puede presentarse la legítima defensa y la defensa putativa. A favor de un individuo existirá - una causa de justificación, y a favor de otro, una causa de inculpabili- dad, por error de hecho esencial e invencible (error de licitud), pues - puede suceder que un individuo se crea injustamente atacado y actúe en - contra de la persona que cree su injusto agresor. Esta, al repeler dicha

(249) Ob. Cit., Pág. 504.

(250) Mancilla Ovando, Jorge Alberto, Teoría Legalista del delito, Editio- rial Porrúa, S.A., México, 1989, Pág. 146.

(251) Ob. Cit., Pág. 146.

(252) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Tri- llas, México, 1977, Pág. 369.

agresión, se encuentra ante un caso de legítima defensa, puesto que, se ampararía que ésta quien repele la agresión del que se considera injustamente agredido" (253).

Porte Petit, cita que: "La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la "diferencia entre la legítima defensa y defensa putativa, estriba en que mientras la primera es rechazo de una agresión, la segunda es errónea creencia sobre la misma; en tanto que la defensa legítima es causa de justificación, la putativa lo es de inculpabilidad" (254).

Continúa diciendo que: "Sin embargo, el que se halla frente a un error de licitud, consistente en creer por ejemplo, -- que está ante una legítima defensa, puede ser culpable cuando el error -- sea vencible, presentándose lo que en doctrina denominase "defensa putativa culposa". Esta existe, como anota Cavallo, cuando el error en considerarse existentes las condiciones de la legítima defensa era vencible y, -- por tanto, es debido a imprudencia y precipitada valuación" (255).

Porte Petit se cuestiona si puede existir defensa putativa recíproca, de la siguiente manera: ¿Puede existir una defensa putativa recíproca. Habría simultáneamente a favor de dos individuos una causa de inculpabilidad al encontrarse ambos, ante un error de hecho esencial e invencible, o sea ante un error de licitud, creyendo estar -- los mismos ante una legítima defensa. Las conductas son antijurídicas, -- pero inculpables(256).

Asimismo, se pregunta si ¿podría darse el caso de una defensa putativa culposa recíproca? contestándonos "que pensamos-

(253) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México 1983, Pág. 530.

(254) Ob. Cit., Pág. 530.

(255) Ob. Cit., Págs. 530 y 531

(256) Ob. Cit., Pág. 531.

favorablemente respecto a esta hipótesis, dado que los sujetos no obstante encontrarse ante un error de hecho esencial por creer estar ante una legítima defensa, podría ese error de hecho esencial ser vencible y, por tanto, responder por un delito culposo" (257).

Entratándose de la defensa putativa a favor de tercero dicho doctrinario señala que "debe admitirse la defensa putativa con relación a quien interviene por error de licitud, a favor del que -- considera es injustamente agredido. De tal manera, que su intervención -- debe ampararse en una causa de inculpabilidad (defensa putativa) y no de justificación, porque su conducta, aun cuando antijurídica, es inculpa -- ble. Por otra parte, el sujeto será culpable, cuando el error en que se halle sea vencible" (258).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Estudemos ahora lo que nuestro máximo Tribunal ha resuelto en relación a la legítima defensa putativa:

"LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA EN CASO DE ERROR -- ESENCIAL E INSUPERABLE. Si es verdad incontrovertible que en la mente -- del inculcado existió la agresión, aún cuando no en mundo fenoménico, -- debe entonces inferirse que se dió la situación de la legítima defensa -- putativa, si privó de la vida al ofendido en virtud de estar dicho incul -- pado inmerso en una situación mental de error, al imaginar que el ofendi -- do agredía a su padre, la legítima defensa putativa opera como causa de -- inculpabilidad --aunque no comprendida dentro del catálogo de excluyentes -- de responsabilidad, pero si presente en el espíritu que informa al Cód -- igo Penal del Estado de Tabasco-, con amplios efectos eximentes, cuando -- el error sobre la agresión tiene el carácter de invencible, en atención -- a las circunstancias que rodean el evento luctuoso, lo que ocurrió si el -- ofendido, luego de injuriar, golpear y amenazar al inculcado con una pis -- tola, de la que después se supo no tenía balas, le hizo saber que iba a -- buscar a su padre, precisamente en el momento en que éste llegaba, y ha --

(257) Ob. Cit., Pág. 531.

(258) Ob. Cit., Pág. 531.

cia quien se dirigió dicho ofendido con la pistola en la mano, y en estas condiciones fué muerto por el inculpado" (259).

"LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA NO CONFIGURADA. La - defensa putativa se da cuando el activo se presenta erróneamente la existencia de una agresión y realiza los actos de repulsa que caracterizan a la legítima defensa, en cuyo caso falta la conciencia de la ilicitud, - porque a virtud del error esencial cree actuar dentro del ejercicio de la excluyente de responsabilidad. En esa virtud, para tomar en cuenta -- el alegato respectivo del inculpado, no es suficiente con que este mencionó que creyó encontrarse ante una agresión inminente, sino que es necesario, como en el caso de la legítima defensa normal, que se compruebe plenamente esa circunstancia o que no se le opongan otros medios de convicción" (260).

"DEFENSA PUTATIVA Y RIFA, INCOMPATIBILIDAD DE - LA. El evento luctuoso tuvo lugar dentro de un marco de riña -circunstancia no contemplada como atenuante en el Código Penal del Estado de Sonora-, lo cual significa que tanto el inculpado como el ofendido actuaron en una situación de ilicitud, merced al animus rigendi que los impulsó a la contienda. Así como en el fuero interno el acusado estuvo presente al ánimo de reñir, no es posible que en la especie opere la defensa - putativa que invoca, había cuenta la incompatibilidad de aquel con el animus defendendi, necesario para la estructuración, no solo de la legítima defensa (real), sino también de la putativa -cuya naturaleza ha sido destacada como un error de tipo permisivo o error de prohibición indirecto-, no es más que la representación mental de una legítima defensa perfecta, integrada con todos los elementos que el tipo de permisión exige para que se justifique la conducta, entre ellos el ánimo de defensa, éste es, en la esfera de lo subjetivo debe estructurarse la legítima defensa (real), sin embargo, y esa es la razón por la cual la excluyente de referencia se caracteriza como error y se adjetiva como putativa, en el mundo fenoménico, externo u objetivo, se está ante la una legítima -defensa imperfecta, incompleta, por carecer de alguno de los requisitos que la conforman. En síntesis, en la defensa putativa no hay la adae - quation rei et intellectus, expresión tan cara para los escolásticos, no hay correspondencia entre el mundo histórico o sensible y la subjetividad humana" (261).

"DEFENSA PUTATIVA Y RIFA, INCOMPATIBILIDAD DE LA-

(259) Tesis visible en la Séptima Epoca, Segunda Parte, Vols. 151-156, - A.D. 7534/80. Alejandro Manzur Castellanos, Pág. 65.

(260) Tesis visible en la Séptima Epoca, Segunda Parte, Vols. 121-126, - A.D. 5617/78, Dolores Clemens Reyes, Pág. 108.

(261) Tesis visible en la Séptima Epoca, Segunda Parte, AD. 4382/84, - - Vols. 199-204, Jorge Luis Rodríguez de Luna.

LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA. Si el evento luctuoso tuvo lugar dentro de un marco de riña circunstancia no contemplada como atenuante en el Código Penal del Estado de Sonora, ello significa que tanto el inculgado como el ofendido actuaron en una situación de ilicitud, merced del animun rigendi que los impulsó a la contienda. Así, como en el fuero interno del acusado estuvo presente el ánimo de reñir, no es posible que opere la defensa putativa, habida cuenta la incompatibilidad de aquél con el animus defendendi, necesario para la estructuración, no sólo de la legítima defensa real, sino también de la putativa, en efecto, la defensa putativa cuya naturaleza que sido destacada como un error de tipo permisivo o error de prohibición indirecto, no es más que la representación mental de una legítima defensa perfecta, integrada con todos los elementos que el tipo de permisión exige para que se justifique la conducta, entre ellos el ánimo de defensa, esto es, en la esfera de lo subjetivo-- debe estructurarse la legítima defensa real, sin embargo, y esa es la razón por la cual la exculpante de referencia se caracteriza como error y se adjetiva como putativa, en el mundo fenoménico, externo u objetivo, se está ante una legítima defensa imperfecta, incompleta, por carecer de alguno de los requisitos que la conforman. En síntesis, en la defensa putativa nos hay la adaequatio rei et intellectus, expresión tan ca a -- para los escolásticos, no hay correspondencia entre el mundo histórico o sensible y la subjetividad humana" (262).

"LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA. No se integró la -- defensa putativa si las pruebas que obra en la causa no conducen siquiera a pesar en la posibilidad de que el reo se encuentra ante un error esencial e insuperable, invencible, que lo hubiere hecho creer que repelia una agresión, sino que todos los datos revelan que luchó materialmente, colocándose, por ello, en el campo de ilicitud" (263).

"DEFENSA PUTATIVA. La defensa putativa se configura cuando el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto en su contra, cuando propiamente se halla ante un mero simulacro, real en apariencia, idéntico al creado por la ley" (264).

"LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA. Cuando a virtud de un error esencial insuperable el sujeto cree que está siendo agredido, -

(262) Tesis visible en la Séptima Epoca, Vols. 199-204. A.D. 4382/84, -- Jorge Luis Rodríguez de Luna, 2 de septiembre de 1985, Pág. 35.

(263) Tesis visible en la Sexta Epoca, Vol. XII. A.D. 933/57, Rafael García Silva, lo. de junio de 1958, Pág. 68.

(264) Tesis visible en la Sexta Epoca, Amparo directo 3056/65. Ezequiel Robles Díaz, Pág. 28.

como es el caso de quien después de ver que golpean a su amasia y acercándose al lugar donde está quien la ha golpeado, haciendo éste, según su propia manifestación, un ademán "como para sacar arma" con la intención manifiesta de amedrentar, es obvio que esta conducta se interpreta como principio de agresión, aún cuando quien hizo el ademán afirme que no traía arma alguna, en las condiciones relatadas, la conducta realizada por la persona a quien se pretendió amedrentar mediante el ademán, debe ser considerada inculpable, por actuar a virtud de un error esencial e insuperable" (265).

"LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA. En la defensa putativa existe un error esencial sobre la existencia de la agresión y el sujeto cree a virtud de dicho error esencial que está rechazando una agresión que tiene todas las características de la que es supuesto de la defensa legítima; y a consecuencia de ello no existe dolo alguno en su acción porque falta la conciencia de la ilicitud, ya que precisamente a virtud del error esencial insuperable cree actuar dentro del supuesto de la defensa legítima" (266).

"DEFENSA PUTATIVA. La errónea creencia sobre la existencia de una agresión y el coetáneo y permitido rechaza de la misma, no constituye defensa legítima, sino defensa putativa, cuya esencia radica en el mismo error esencial e insuperable sobre la agresión, y precisamente por el carácter del error no hay dolo, pero mientras que la defensa legítima es causa de justificación, la putativa lo es de inculpabilidad, y mientras la legítima admite el exceso, la putativa por su propia naturaleza lo rechaza, pues de admitirse en ella, se admitiría implícitamente que el error no fue esencial, ni tampoco insuperable" (267).

NUESTRA OPINION:

A) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.

Hay legítima defensa putativa cuando un sujeto-

(265) Tesis visible en la Sexta Epoca, Amparo directo 5310/63, Por Eufra-
cio Rangel Delgadillo, Pág. 36.

(266) Tesis visible en la Sexta Epoca, Amparo directo 5310/63. Por Eufra-
cio Rangel Delgadillo, 18 de noviembre de 1965,, Pág. 36.

(267) Tesis visible en el Tomo XIII, del 20 de agosto de 1952, Por Pedro
Muñoz Aguirre, en la Quinta Epoca, Pág. 560.

obra contra otro que "cree", fundado en error, su agresor, el que, en -- verdad, no lo ataca.

A') LEGITIMA DEFENSA LEGAL.

Artículo 15 del Código Penal nos dice, "son -- circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" fracción III, primer párrafo, "repeler el acusado una agresión real, actual o inminente -- y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por la parte del agredido o de la persona -- a quien se defiende".

Si comparamos a dichas figuras jurídicas, podemos apreciar que se está creando (legítima defensa putativa), una nueva forma de legislación; situación que está prohibida a la propia Suprema -- Corte de Justicia de la Nación, por la Constitución.

En la legítima defensa putativa, la agresión -- es imaginaria, por lo que no es inminente como lo reza el precepto jurídico antes citado.

Más aún, ¿cómo vamos a probar lo imaginario? Si lo que interesa al Derecho Penal es lo que se materializa por probanzas.

B) ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO

AUTORES EXTRANJEROS.

Carlos A. Tozzinni, nos dice que "Concorre un verdadero estado de necesidad cuando, a causa de un hecho peligroso no -- imputable, es preciso el sacrificio de un bien jurídicamente protegido -- para salvaguardar otro de mayor o igual valor social" (268).

Tozzini explica que "cuando el bien que se trata de salvaguardar es de mayor valor que el sacrificado, estamos frente a una verdadera y propia causa justificante, puesto que es de la esencia del derecho el que los bienes superiores de la comunidad subsistan, aun a costa de los menos considerados, si la situación conflictual se plantea. Si por el contrario, los bienes son de idéntico valor jurídico-social, la ilicitud, objetivamente considerada, subsiste, pero el juicio se desplaza desde la esfera de la antijuricidad hasta la de la culpabilidad, para ver si hubiese sido posible exigirle al agente otra conducta -- ante el caso particular, la ratio legis, es este último caso, es la consideración que tiene la ley ante la debilidad humana" (269).

Expresa el doctrinario, "Para igual que en la defensa imaginaria, todos los requisitos que se exigen frente al real estado de necesidad, esto es, que el peligro para un bien jurídico, no causado voluntariamente y al que no se tenga el deber de soportar, sea grave e inminente, ante el cual la acción de salvamento desplegada se presenta como inevitable y proporcionada entre el mal que amenaza y el bien que se sacrifica, deben existir positivamente en el campo conductual -- del sujeto y ser vivenciados por él como realidades objetivas y trascendentes" (270).

Expresa el citado autor, "es obvio que el estado de necesidad será putativo, por regla general, cuando el sujeto configure erróneamente una situación como peligrosa para un bien jurídico tutelado, incluyendo su vida, y actúe, en consecuencia, procurando poner a salvo ese bien. En tal hipótesis, tanto la causa de justificación como la de inculpabilidad serán meramente putativas" (271).

Siguiendo con Carlos Tozzini nos indica que el-

(269) Ob. Cit., Págs. 75 y 76.

(270) Ob. Cit., Pág. 76.

(271) Ob. Cit., Pág. 76.

elemento reestructurador de estas situaciones de "necesidad imaginaria - es el peligro inminentemente grave, debiendo fincarse en él la consideración fundamental de la esencialidad del yerro" (272).

Continúa diciendo, "sin embargo, es posible que verdaderamente se dé una situación de peligro actual y grave y que el -- error radique sobre la inevitabilidad del daño ocasionado, como así también que recaiga sobre la representación de la proporcionalidad entre el mal amenazado y la lesión voluntariamente producida. En tales supuestos- el núcleo reestructurador situacional ha de tratarse sólo con relación - al hecho putativo" (273).

Carlos Tozzini nos da un ejemplo: "Que durante un incendio yo vea en peligro un bien, para cuya salvación expongo o destruyo otro, que en ese momento juzgo menos valioso, resultando después - que era más valioso el expuesto o sacrificado. Aquí el elemento reestructurador deberá buscarse, no en la situación de peligro, que existió, -- sino en aquello que hizo que el campo se poblase, para mí, de carga positiva hacia el bien salvado" (274).

AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos, promulga que el estado de necesidad putativo es, "la creencia de un estado de peligro, -- real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos" (275).

(272) Ob. Cit., Pág. 76.

(273) Ob. Cit., Pág. 77.

(274) Ob. Cit., Pág. 77.

(275) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 411.

Fernando Castellanos Tena le denomina estado ne cesario putativo y dice que en esta figura "Velen las mismas considera-- ciones hechas para la legítima defensa putativa, pero conviene insistir-- en que, como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de-- hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes, aun -- cuando aceptable para la generalidad de los hombres y no sólo para los -- técnicos o especialistas. Precisa además la comprobación de que, si hu -- biera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera-- intentado. Por tener el error resultados eximentes, debe ser esencial, -- razonable; de lo contrario no produce efectos eliminatorios de la culpa-- bilidad, pues deja subsistente el delito, al menos en su forma culposa.-- La base para la solución de los problemas que pueden plantearse, debe -- darla el análisis de la culpabilidad para precisar si el error ha sido -- capaz de eliminar el elemento intelectual, por falta de conocimiento del agente sobre la antijuricidad de su conducta" (276).

Raúl Carrancá y Trujillo no se concretiza al -- tratar del estado de necesidad putativo, ya que solamente habla del esta do de necesidad en general.

Jorge Alberto Mancilla Ovando, dice que los doc trinarios pretenden "adecuar a la excluyente de incriminación de estado-- de necesidad, los dictados del derecho eximente del error esencial e in-- vencible" (277).

Continúa diciendo: Que en-tratándose del estado de necesidad putativo los doctrinarios intentan "dar satisfacción a los-- requisitos de la excluyente de responsabilidad mediante supuestos ficti-- cios, producto de la imaginación cuando la ley exige que sean reales" -- (278).

(276) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Pe nal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 262.

(277) Mancilla Ovando, Jorge Alberto, Teoría Legalista del delito, Editó rial Porrúa, SA., México, 1989, Pág. 179.

(278) Ob. Cit., Pág. 179.

Sergio Vela Treviño, en su libro titulado *Culpabilidad e Inculpabilidad*, describe así al estado de necesidad putativo: "es una causa de inexistencia del delito, pudiendo presentarse como afectación a la antijuricidad, en cuyo caso opera como causa de justificación (conformación de una conducta típica al derecho), o como causa de inculpabilidad al afectar el elemento del delito que es la culpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta" (279).

Dicho jurista continúa manifestando que "esta figura del estado de necesidad también permite lo putativo..., ya que -- los elementos que caracterizan al real estado de necesidad puede ser motivo de una falsa apreciación de parte del sujeto que, por encontrarse en estado de error esencial e invencible, cree estar en una situación conflictiva como la que requiere el real estado necesario o bajo el amparo de una causa de inexistencia de delito, pero en ambos casos la realidad es otra, de donde surge lo putativo derivado del error con las características y condiciones para poder ser considerado como esencial e invencible y, por ende, inculpable" (280).

Sigue reiterando que "tratándose del estado de necesidad putativo se está siempre ante la presencia de una conducta típica y antijurídica, o sea que la licitud persiste y se mantiene inalterable, ya que la causa de inexistencia de delito se ubica en la afectación de la culpabilidad, por la irreprochabilidad nacida del error esencial e invencible" (281).

Sergio Vela, hace una pequeña comparación entre lo que dice la ley y lo que es la figura del estado de necesidad, lea -- mos, "siendo el estado de necesidad real una conducta de inexistencia --

(279) Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, Editorial Trillas, México, 1977, Pág. 372.

(280) Ob. Cit., Pág. 372.

(281) Ob. Cit., Págs. 372 y 373.

de delito de la que en forma expresa se ocupa la ley, que establece condiciones y circunstancias que debe satisfacer para excluir la responsabilidad, lógico resulta afirmar que, al igual que ocurre en los casos de -legítima defensa putativa, en el estado de necesidad putativo la errónea- e inculpable situación de la persona deba ser referida a la identidad — del fenómeno creado y reconocido por la ley" (282).

Agrega el autor, "que el estado de necesidad — real presupone la existencia de un conflicto entre bienes jurídicamente- protegidos colocados e idénticos planos de licitud; el conflicto única- mente puede resolverse a través del sacrificio de uno de esos bienes pa- ra la preservación del otro; el conflicto, por otra parte, se origina — por la presencia de un peligro dirigido al bien tutelado por la ley, el- cual debe ser, conforme a la descripción legal, real, grave e inminente. Obviamente, lo putativo que da nacimiento a la causa de inculpabilidad — que referimos se encuentra en la errónea apreciación del peligro, ya que de este justamente dimana la situación conflictiva" (283).

Continúa hablando de la valoración de los bie - nes jurídicamente protegidos así: "la ley requiere que el peligro sea — real, es decir que con certeza en orden a los hechos, sea representativo de una amenaza a un bien jurídicamente protegido. Si enfocamos el califi- cativo real como atributo del peligro desde el punto de vista de la anti- juricidad, debemos concluir que dada la índole de ésta es función que — corresponde al juez determinar cuando conoce el hecho particular de que- se trate. Sin embargo, sería absurdo negar al sujeto un principio de va- loración al momento de ocurrir el hecho, ya que el origen mismo de la — causa de inexistencia de delito del estado necesario se encuentra en el- reconocimiento de parte del Estado de su imposibilidad de proteger, siem- pre y en todo momento, los intereses o bienes que la ley estima dignos — de la especial tutela del Derecho Penal. En estas condiciones resulta —

(282) Ob. Cit., Pág. 373.

(283) Ob. Cit., Pág. 373.

claro que antes que se produzca la valoración del juez, el particular — puede también valorar, de lo que se desprende la necesaria consecuencia de que cuando el sujeto valora erróneamente el supuesto peligro, debido a un error esencial e invencible, no podrá reprocharse su conducta aun— cuando ella siga siendo antijurídica" (284).

Más adelante Vela Treviño dice: "No basta, ... — que el peligro sea erróneamente supuesto por el sujeto, dado que es la — propia ley la que señala las características reales del estado de nece— sidad, al requerir que del peligro surja un mal inminente y grave; la — errónea suposición, en consecuencia, debe persistir en orden a esas caracte— rísticas, ya que sería injusto pretender que todo peligro pueda ser — salvado con el sacrificio de un bien protegido por la ley. En estas con— diciones, además del peligro, el sujeto errado tiene que estarlo igual — mente respecto de la amenaza grave e inminente que el peligro supone y — sólo cuando se satisfagan las hipótesis que la ley requiere para lo — real, estaremos ante la presencia de lo putativo" (285).

Expresa el autor en cita que "el estado de nece— sidad putativo puede encontrar también su fundamento de origen en la fal— sa apreciación del sujeto actuante en orden a encontrarse bajo el amparo de una causa de inexistencia de delito, lo que equivale a un error en — cuanto a la significación de los hechos, o en otras palabras, es un error de prohibición de que puede dimanar lo putativo" (286).

Sergio Vela Treviño escribe un ejemplo para en— tender mejor esta figura: "Un policía o miembro de las fuerzas de seguri— dad se encuentra, en un momento determinado (supongamos que con motivo — de una catástrofe), en una situación de tal naturaleza objetiva que, para

(284) Ob. Cit., Págs. 373 y 374.

(285) Ob. Cit., Pág. 374.

(286) Ob. Cit., Pág. 375.

salvar su vida del peligro que se le presenta, debe sacrificar una vida ajena porque las circunstancias concurrentes no permiten otro medio para que ese servidor público salve su propia existencia; el día y a la hora en que esta situación conflictiva se presenta, la persona se encontraba "franca" es decir sin la obligación especial de cumplir con los deberes que su cargo le imponen; pero esa misma persona ignoraba que el tránsito relevamiento del servicio había sido revocado por quien legalmente tiene la facultad para ello. Ahora bien, en este caso hipotético pero no imposible de presentarse, si hiciéramos una exacta y literal interpretación de la ley, tendríamos que aplicar la parte final de la fracción IV del artículo 15 que consigna: "No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro" y concluir, en consecuencia, que la conducta realizada por el sujeto del empleo no podría quedar cubierta o amparada por la causa de inexistencia de delito del estado de necesidad; esto sería, desde nuestro punto de vista, llevar a la ley los extremos absolutamente deshumanos, por lo que creemos que si acudimos a la teoría del error en cuanto a la significación de los hechos, sería posible sostener que quien yerra acerca de la índole de la supuesta causa de inexistencia de delito y lo hace en forma esencial e invencible, está, como en este caso, ante un estado de necesidad putativo que afectando a la culpabilidad vuelve irprochable la conducta por la que se resuelve el conflicto de intereses que da motivo al estado de necesidad. Así, en este ejemplo, si el sujeto cree erróneamente que está fuera de su deber afrontar el peligro, por ignorar que su relevamiento ha sido revocado, se ubica ante el fenómeno de lo putativo" (287).

Resume el jurista el ejemplo citado diciendo: - "En este caso no es la falsa apreciación de los hechos lo que ha dado nacimiento al error que produce lo putativo, sino que la equivocada apreciación se encuentra directamente vinculada con la significación del con

flicto, que siendo real, no podría considerarse justificado en su solución mediante el sacrificio de un bien; es, entonces, un error en cuanto a que el sujeto cree encontrarse en un estado de necesidad, cuando la realidad es otra que no autoriza el sacrificio, lo que consecuentemente coloca al autor de la conducta en un plano de ilicitud, pero cubierto por la irreprochabilidad que produce la inexistencia de delito" (288).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Por más actos que realizamos en búsqueda de lo que nuestro más alto Tribunal, pudo haber resuelto al respecto, hemos sido incapaces de localizar algún precedente.

NUESTRA OPINION.

B) ESTADO DE NECESIDAD PUTATIVO

Existe estado de necesidad putativo cuando el sujeto configura y "clasifica erróneamente una situación como peligrosa sin serlo", poniendo a salvo su vida o sus bienes, lesionando bienes jurídicos ajenos.

B') ESTADO DE NECESIDAD LEGAL.

El artículo 15 del Código Penal consagra a las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, fracción IV, "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente por grave imprudencia por el agente, y éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Estamos frente a dos figuras totalmente distin-

tas, ya que la segunda, nunca trata al error.

Se intenta justificar la responsabilidad penal, mediante conductas ficticias o imaginativas, cuando la realidad es - - - otra.

C) EJERCICIO DE UN DERECHO PUTATIVO

AUTORES EXTRANJEROS.

Carlos A. Tozzini, considera que en el ejercicio de un derecho putativo "entrarían aquellos casos en los que el agente -- cree en la existencia de una norma legal que lo ampara y que, en verdad, nunca fue legislada o, al menos, nunca tuvo la extensión que él le otorga conductualmente. También en estos casos se precisa que, conjuntamente, concurren situaciones de hecho que haga viable la conducta del agente, sustentada por el premencionado error de conocimiento" (289).

Tozzini nos da un ejemplo: "Sería este el caso del padre que cree que el derecho de corrección que tiene sobre su hijo se extiende hasta el castigo corporal con lesiones, cuando media una falta grave por parte de éste" (290).

A este ejercicio de un derecho putativo, dicho jurista le denomina ejercicio putativo de un derecho y lo hace consistir en que "realmente existe y el sujeto lo conoce en su correcta medida, -- más lo que no se da en el campo geográfico es la situación de hecho que permite el ejercicio del derecho" (291).

(289) Tozzini, Carlos A. Dolo, Error y Eximentes Putativas, Ediciones -- Palma, Buenos Aires, Argentina, 1964, Pág. 79.

(290) Ob. Cit., Pág. 79.

(291) Ob. Cit., Pág. 79.

Continuando con Tozzini, y volviendo al ejemplo precedente nos dice que podría ocurrir que "el ejercicio del derecho — creciera de adecuación con la realidad por no tratarse el sujeto de su hijo o de su educando, o por no haber falta que castigar o defecto que corregir, sino en el campo conductual del agente" (292).

AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos, define al ejercicio de un derecho putativo como la "conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o se cumplimenta" (293).

Fernando Castellanos Tena, define al ejercicio de un derecho putativo así: "Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, ... Si el error reúne las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad. Tal es el caso del funcionario o del ignorante de su cese, si considera cumplir con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoridad de la cual carece" (294).

Raúl Carrancá y Trujillo no define al estado de necesidad putativa, en su obra jurídica citada.

Jorge Alberto Mancilla Ovando, pregona el doctrinario: "Para que opere la excluyente de incriminación, el derecho o deber

(292) Ob. Cit., Pág. 79.

(293) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, — Editorial Porrúa, S.A, México, 1984, Pág. 411.

(294) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Págs. 262 y 263.

deben estar consagrados en ley. Afirmar, que es error esencial e invencible, el creer que la norma jurídica brinda una atribución que no establece, es una equivocación que refleja grave imprudencia del titular del órgano del Estado, y no ampara sus actos" (295).

Sergio Vela Treviño nos dice que estamos frente a "otro caso donde el error esencial e invencible produce el fenómeno — de lo putativo, ahora con respecto al llamado ejercicio de un derecho, — que también es causa de inexistencia de delito, cuando realmente existe, porque afecta la antijuricidad" (296).

Pregona el jurista que "lo putativo aparecerá — cuando el sujeto actuante tenga la falsa y errónea convicción de que le asiste el derecho para comportarse en la forma especial en que lo hace" — (297).

Nos da un ejemplo: "Que se refiere a la justificación de quien lesiona levemente, sin crueldad y sin frecuencia innecesaria, en ejercicio del derecho de corrección; esta justificación del ejercicio del derecho de corrección está limitada, por disposición de la propia ley, en favor de quienes ejercen la patria potestad o la tutela. — Supongamos que el padrastro, que legalmente no ejerce patria potestad — o tutela respecto de su hijastro pero que convive en él, pretende corregir para efectos educativos a un menor, hijo de la esposa, pero con — quien no tiene vinculación de derecho porque no es ni el titular de la patria potestad ni el tutor legalmente designado. Creyendo el sujeto en cuestión que le asiste el derecho de corrección, lo ejerce en forma leve en cuanto al resultado y sin más finalidad que la propia corrección. En

(295) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Pág. 204.

(296) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1977, Pág. 377.

(297) Ob. Cit., Pág. 377.

estas condiciones podría plantearse la cuestión obvia de si comete un delito o no quien creyendo ejercer un derecho, en realidad carece del mismo" (298).

Sigue Vela Treviño apuntando que desde el punto de vista relativo a la antijuricidad, "claro esta quien carece del derecho no puede ejercerlo; o sea que el padraastro, en esta situación actúa-antijurídicamente; pero en orden a la culpabilidad, si el juez encuentra que el sujeto del ejemplo creía ser titular del derecho y su error era esencial e invencible, según cada caso concreto puede resolver que actuó en un estado de error que produce el ejercicio de un derecho putativo, - con la final consecuencia de hacer irreprochable la conducta típica y -antijurídica" (299).

Señala el maestro: En el párrafo que le continúa se concretiza a decir que "esta... situación se presenta en todos - aquellos casos en que el sujeto actuante cree estar ejerciendo un derecho del que carece" (300).

Y para concluir sintetiza todo lo anteriormente dicho de esta forma: "el error que debe ser esencial e invencible, se -contrae exclusivamente al derecho que se cree tener cuando en realidad - estricta es que se carece de él; así, todo derecho falsamente supuesto- puede ser motivo de una equivocada apreciación por parte del sujeto, - siempre que ese derecho se encuentre consignado en la ley, ya que en - otra forma no se estaría en el caso de lo putativo que requiere coincidencia entre lo real y lo supuesto equivocadamente. Que el derecho se - encuentre consignado en ley es lo que consideramos constituye el marco - delimitador de lo putativo en esta figura especial del ejercicio del derecho" (301).

(298) Ob. Cit., Págs. 377 y 378.

(299) Ob. Cit., Pág. 378.

(300) Ob. Cit., Pág. 378.

(301) Ob. Cit., Pág. 379.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Pese a la inquietante búsqueda por encontrar — precepto alguno relacionado con el ejercicio de un derecho putativo, desafortunadamente no encontramos nada.

NUESTRA OPINION.

C) EJERCICIO DE UN DERECHO PUTATIVO

Aquí el sujeto actúa ilícitamente "creyendo" — que lo ampara una norma legal, siendo esta inexistente.

C') EJERCICIO DE UN DERECHO LEGAL

Dicho numeral 15 del citado Código Penal manifiesta, "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" — — — fracción V, "obrar en forma legítima... en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para... ejercer el derecho".

Claramente podemos distinguir entre lo que nos dice la ley, y lo que los dogmáticos sofistas están creando.

Se difiere totalmente de la ley.

La creencia que se actúa bajo una norma legal — que lo ampara como causa de justificación, refleja el estado consciente de su conducta y su equivocada interpretación de la ley.

D) CUMPLIMIENTO DE UN DERECHO PUTATIVO

AUTORES EXTRANJEROS.

Carlos A. Tozzini, lo denomina cumplimiento de un deber ó cumplimiento putativo de un deber; ya que "ambos son dos enfoques de un mismo problema, con la sola diferencia de que en el primer caso la norma que reglaría la conducta del sujeto activo frente a una situación dada no existe, en tanto que en el segundo supuesto el deber esta normativamente impuesto y los que resultan imaginarios o, mejor dicho, erróneos son los presupuestos fácticos previos a la exigibilidad del deber" (302).

Dicho autor da un ejemplo: "Imaginemos que un particular, creyendo erróneamente que le ampara la disposición del artículo 3 del Código de Procedimientos en lo criminal, detiene a un sujeto simplemente porque está parado sospechosamente en una esquina oscura. Evidentemente, media aquí un error porque el individuo ignora que la norma carece de contenido lato que él le atribuye" (303).

Sigue diciendo "el elemento reintegrador de la situación errónea es aquí doble y está constituido, por un lado, por el desconocimiento de la norma y, por otro, por la actitud objetivamente sospechosa del segundo sujeto, lo que hace que en el campo del agente nazca una fuerza que lo empuja a obrar creyendo cumplir con un deber" (304).

Continúa escribiendo Tozzini, "si el sujeto conocía perfectamente el texto legal y los supuestos abarcados por él, o si la conducta exteriormente observable del "sospechoso" no era tal, el error dejará de ser esencial y podríamos hallarnos ante un sujeto activo penderciencero o con un desmedido afán por el poder o la autoridad, al que el más mínimo estímulo le basta para poner en juego sus tendencias des-

(302) Tozzini, Carlos A. Dolo, Error y Eximentes Putativas, Ediciones -- Palma, Buenos Aires, Argentina, 1964, Pág. 77.

(303) Ob. Cit., Págs. 77 y 78.

(304) Ob. Cit., Pág. 78.

viadas, bajo la racionalización de que así sirve a la sociedad" (305).

Agrega el doctrinario "supongamos ahora que el sujeto agente conoce perfectamente la disposición del artículo 3 del Código Adjetivo, pero se encuentra con un sujeto que, en una esquina oscura, parece forcejear con la cortina metálica de un comercio. Lo detiene por creer que lo han in fraganti delicto y se descubre, más tarde, que el individuo al que se privó de libertad procuraba solamente liarse los cordones de un zapato" (306).

Por último pregona "este es el caso de cumplimiento imaginario de un deber y la fuerza del campo provendrá de la errónea estructuración de los elementos fácticos que integraron la situación vivida por el aprehensor" (307).

AUTORES NACIONALES.

Francisco Pavón Vasconcelos promulga que el cumplimiento de un deber putativo, se basa en la "conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o se cumplimenta" (308).

Fernando Castellanos Tena, pregona que el cumplimiento de un deber putativo al igual que en el ejercicio de un derecho putativo, "puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero — fundamentamente actuar... en el cumplimiento de un deber no concurrente" — (309).

(305) Ob. Cit., Pág. 78.

(306) Ob. Cit., Págs. 78 y 79.

(307) Ob. Cit., Pág. 79.

(308) Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, — Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Pág. 411.

(309) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho — Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, Págs. 262 y 263.

Raúl Carrancá y Trujillo, en su obra de Derecho Penal Mexicano, Parte General, no trata a la figura de cumplimiento de un deber putativo.

Jorge Alberto Mancilla Ovando: Afirma que el cumplimiento de un deber putativo, "como error esencial e invencible, los sucesos que hace creer que hay resistencia de los particulares al cumplimiento del mandato de autoridad, es igual aberrante... solo la resistencia real, legítima el actuar delictivo de la autoridad, por ser el cumplimiento de las atribuciones de que está dotado" (310).

Sergio Vela Treviño expresa sus ideas fundadas en que el error en estos casos "es de prohibición (derecho), parece ser algo fuera de toda duda, ya que es precisamente la equivocada valoración del subalterno en lo que se refiere al contenido de licitud o ilicitud de la orden fundadamente válida, lo que da motivo a la aparición de una causa de inculpabilidad por irreprochabilidad de la conducta típica y antijurídica. Yerra el subalterno en cuanto a la significación de los hechos, en este caso la orden, y cree equivocadamente estar realizando un hecho lícito, cuando en realidad es que su error en la valoración vuelve inculpable una conducta ilícita de origen" (311).

Dicho estudioso lo deduce diciendo que "la irreprochabilidad de la conducta del subordinado que ataca la orden ilícita erróneamente valorada encuentra su apoyo, además de en todo lo que se refiere al error, en la muy especial circunstancia de la existencia de una jerarquía legalmente constituida. No es posible desconocer que el inferior tiene ante su superior un sometimiento mental anticipado, derivado de la propia subordinación y que lo normal es que las órdenes que recibe

(310) Mancilla Ovando, Jorge Alberto, Teoría Legalista del delito, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Pág. 204.

(311) Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1977, Pág. 392.

sean acatadas sin mayores consideraciones. Debido a este sabido y conocido sometimiento previo la ley es un poco más benigna en el tratamiento que da a la excluyente, cuando no requiere un análisis profundo del contenido de la orden, sino que se limita a exigir que no sea notorio que la orden constituya el mandamiento de ejecución de un delito; además, — desde luego, de la natural ignorancia del subordinado en cuanto se refiere a la ilicitud de la propia orden. Téngase presente, finalmente, que el error del subordinado obediente tiene que ser esencial e invencible, pues sólo así quedará cubierto por la inculpabilidad de la obediencia jerárquica" (312).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

La Corte ha establecido un precepto desentrañado lo que es el cumplimiento de un deber como exigente putativa, leamos:

"EXIMIENTE PUTATIVA, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER COMO. La exigente putativa se presenta por una errónea e invencible representación, en el agente, al considerar que obra al amparo de una determinada causa de licitud, anulándose así la culpabilidad como elemento del delito. La excluyente de cumplimiento del deber puede amparar tanto el medio ejecutado como el resultado que se produzca y que expresamente autorice la ley. De acuerdo con su naturaleza, la justificante de cumplimiento de un deber por parte de agentes de la autoridad, se presenta — cuando el agente actúa, en ejercicio de su función, usando el medio racional a tal fin, por la necesidad imperiosa de superar la violencia que se ejerce contra él o terceros, o bien para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de un mandato de autoridad. En tales condiciones, es inexistente la exigente putativa de cumplimiento de un deber, cuando el error versa tan solo en el hecho de que el agente actúa en cumplimiento de un deber, sin comprender dicho error también la false representación sobre la agresión que supuestamente origina el cumplimiento y que el sujeto estima adecuada para justificar su proceder" (313).

(312) Ob. Cit., Pág. 393.

(313) Tesis relacionada con la jurisprudencia número 82/85, y visible — en la Séptima Epoca, tomos 181-185, Amparo directo 5529/81, Enrique Guzmán Márquez, Pág. 25.

NUESTRA OPINION.

D) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER PUTATIVO.

La conducta antijurídica se supone lícita, a -- virtud del "error sobre la existencia o significación de los hechos del deber que se ejercita", o se cumplimenta, anulándose la culpabilidad como elemento del delito.

D') CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL.

El artículo 15 del Código Penal dice, "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" fracción V, "obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber... siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber...".

En esta última eximente, también se puede apreciar que el cumplimiento de un deber putativo se basa en el error, creyendo que existe una ley, o precepto que ampara la conducta ilícita; en tanto la segunda si está consagrada en la propia ley.

En esta última ejecutoria, se autoriza la violación de la norma, a no ser por el error en la apreciación de los sucesos, o de la equivocada interpretación; quitándole el carácter de obligatoriedad a la ley.

CAPITULO V

EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS EXIMENTES PUTATIVAS O SUPRALEGALES

Recordemos que la Constitución es la Ley Fundamental que consagra los derechos y obligaciones, tanto para gobernantes como para gobernados; y que en sus artículos 14 y 16 se desprende el principio de legalidad que rige nuestro sistema jurídico nacional.

Por otro lado, la creación doctrinaria de las eximentes putativas o supralegales, se basa en el dogmatismo que al través de la razón pura aplican los dictados del error esencial e invencible, a figuras como la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, creando derechos putativos ó supralegales ausentes de un fundamento legal.

Mas aún, las eximentes putativas o supralegales, no están en la Ley Penal, por lo que no tienen validez ni efectividad en la vida jurídica del penal.

Al no estar en ley, no existen en derecho; y si la Suprema Corte de Justicia de la Nación la ha creado, estaremos frente a un caso de exceso de poder de nuestro más Alto Tribunal; por lo que no puede tener aplicación en la realidad, ya que no está frente a la interpretación de la ley, sino frente a su propia creación o integración, prohibida por la misma Ley Fundamental.

Comparando lo que son las excluyentes de inculpación que enumera el artículo 15 del Código Penal Federal, con las creaciones supralegales de nuestro más Alto Tribunal, vemos como se integra claramente una figura distinta a la que se enuncia en ley.

La legítima defensa, el estado de necesidad, -- el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho son derechos -- que eximen la responsabilidad penal, siempre y cuando se reúnan los requisitos que marca la hipótesis normativa; por lo que las eximentes -- putativas no tienen validez constitucional en nuestro sistema jurídico -- nacional, por no estar previstas en ninguna Legislación Penal.

Hablemos de estas figuras para examinarlas:

Legítima defensa putativa: El sujeto repela una agresión imaginaria que cree real, fundada en su propio error; por lo que la agresión no es real. Es inconstitucional, porque el artículo 14, prohíbe dictar justicia al no existir ley exactamente aplicable, aunque se trate de derechos.

Y retomando ideas anteriores ¿Cómo vamos a probar lo imaginario? si las probanzas materiales son las únicas que interesan al procesado y al defensor.

Resumiendo, la legítima defensa putativa carece de validez constitucional, por no reunir los requisitos legales de estar consagrados en la fuente de derechos.

Estado de necesidad putativo: existe el estado de necesidad putativo cuando un sujeto cree erróneamente estar en una situación peligrosa sin serlo, lesionando bienes jurídicamente tutelados, ajenos.

En esta figura se está creando un nuevo tipo de defensa formando derechos sin apoyo en ley, no nace a la vida jurídica, porque sabemos que la única fuente de derechos y obligaciones es la ley.

Ejercicio de un derecho putativo: en esta figura el sujeto actúa creyendo que existe el aparato de una eximente de responsabilidad penal. Estamos frente a la equivocada interpretación de la ley o ante su propia imaginación, situación que no crea derechos en nuestro Derecho Positivo Mexicano.

Cumplimiento de un deber putativo: al igual que en las figuras anteriores, esta eximente putativa se basa en el error,-- que hace incurrir al sujeto en una falsa apreciación o imaginación de -- que existe una ley que le exige de responsabilidad penal por su conducta delictiva. Se insiste, al no estar en ley, no existe el derecho de cumplimiento de un deber putativo.

Observése: La única fuente de derechos y obligaciones es la ley. Las creaciones dogmáticas no lo están, en ley. No forman parte de nuestro sistema jurídico penal.

C O N C L U S I O N E S

1.- La Constitución Política de los Estados -- Unidos Mexicanos es la norma fundamental que unifica y da validez al orden jurídico nacional en toda la República Mexicana.

2.- De nuestra Constitución se desprende el -- principio de legalidad en sus numerales 14 y 16.

3.- La única fuente de derechos y obligaciones -- es la ley, entratándose del Derecho Penal.

4.- La jurisprudencia no es fuente de Derecho.

5.- Existe error invencible o de derecho cuando -- se hace incurrir en equivocación al particular.

6.- Las eximentes putativas son las excluyentes -- de incriminación doctrinarias, que nacen cuando el sujeto activo del delito actúa "creyendo por error" obrar justificadamente, produciendo resultados criminosos.

7.- Dichas eximentes putativas o supralegales -- no tienen validez constitucional por no estar en ley.

PORTE PETIT CANDAUDAP,
CELESTINO

APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL -
DEL DERECHO PENAL, Editorial Porrúa
S.A., México, 1983.

TOZZINI, CARLOS A.

DOLO, ERROR, Y EXIMENTES PUTATIVAS-
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PSICO-
LOGIA DE LA FORMA, Ediciones Palma,
Buenos Aires, 1964.

VELA TREVINO, JORGE

CULPABILIDAD E INculpABILIDAD, TEO-
RIA DEL DELITO. Editorial Trillas,-
México, 1977.

LEGISLACIONES

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Suprema Corte de-
Justicia de la Nación, Edición 1990.

CODIGO PENAL para el D.F., Editorial Porrúa, México 1990.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Editorial Porrúa, México, 1990.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1965

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1975

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1985

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO.....1 a 25

LA CONSTITUCION: I.- Clases de Constituciones; A) Autores Extranjeros; - B) Autores Nacionales; II.- Conceptos de Constituciones; A) Autores Extranjeros; B) Autores Nacionales.

CAPITULO SEGUNDO.....26 a 46

FUENTES DE DERECHO: A) Fuentes del Derecho en la Doctrina; B) Fuentes del Derecho en la Constitución; C) El Principio de Legalidad; D) La Obligatoriedad de la ley.

CAPITULO TERCERO.....47 a 78

EL ERROR: A) Autores Extranjeros; B) Autores Nacionales; C) Suprema Corte de Justicia; D) Nuestra Opinión.

CAPITULO CUARTO.....79 a 120

EXIMENTES PUTATIVAS: A) Autores Extranjeros; B) Autores Nacionales; - - C) Suprema Corte de Justicia; D) Opinión Personal; I.- Clases en donde operan las eximentes putativas; A) Legítima defensa putativa; B) Estado de necesidad putativo; C) Ejercicio de un derecho putativo; D) Cumplimiento de un deber putativo.

CAPITULO QUINTO.....121 a 123

EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS EXIMENTES PUTATIVAS O SUPRALEGALES.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA