

tringe la ultraintención al dolo directo inicial con resultado no querido y no previsto, y si es previsto el excedente lo carga como doloso; y define la culpa en la misma forma deficiente que el Código de 71, porque aun del acto no digamos ilícito, sino del ilícito penal, típico, doloso, puede derivar un delito culposo, cosa que se suprime en la Ley. El ejemplo de Manzini, sobre la ultraintención, es notorio en la demostración de lo dicho. *El Anteproyecto no cae en tales extremos*, pero podría pensarse, como algún eminente jurista mexicano lo ha dicho, que plantea siempre el problema de las lesiones de resultado; diríamos, en que la intención casi siempre ha quedado más acá del daño — deformidad, cicatriz notable en la cara y en parte visible etcétera. Y la sanción no representaría una paridad con el daño. Así sucede en efecto; pero témplase el efecto benigno con el criterio de los medios, al que sería prudente, lícito agregar, quizá, el de la intención presumida, derivada de la acción misma y sus circunstancias.

Resulta, por otra parte, que el delito ultraintencional, de añeja raigambre (Carrara, Finzi, Meyer, Mezger, Soler, Peco), ya había encontrado sitio discreto en el homicidio previsto por el Código mexicano de 1871 — artículo 557 — y hacía aparición a título de delitos calificados por el resultado, en las hipótesis de los artículos 463, 464, 578 en sus dos apartados, 617, 621; en el estupro y violación seguidos de lesiones; y en el Código de 29, por no citar sino el más notorio caso de delito calificado por el resultado, en el aborto seguido de muerte (es evidente su existencia); las leyes lo han considerado casi siempre dándole la tonalidad de “infracciones de objetiva crudeza, supervivencia de épocas bárbaras”; y que “no debería haber la menor duda de que este vestigio de la responsabilidad derivado del resultado no responde, ni a la conciencia jurídica actual, ni a los principios de una política criminal razonable”, como expone Asúa recordando esta última expresión de Liszt; y sólo la ignorancia de los prácticos mexicanos lo repudia en su construcción actual humana, como una mixtura de dolo y

culpa,⁶ pues aun el mismo Florián, que combate su existencia ideológica, porque indica que en un solo acto no pueden coexistir estas dos formas de culpabilidad, admite que si hay delitos de ultraintención, aunque estime que el daño excedente no sea culposo.

Ya, entre nosotros, el Código de Defensa Social de Veracruz Llave⁷ dedicó disposición expresa al delito, en repudio de la inveterada máxima de *in re illicita versatur, tenetur etiam pro causa*, pues por este camino llegaríamos, con los enemigos del delito preterintencional, si quieren ser lógicos, a la equivalencia de las condiciones en la causalidad. El Código Penal de Cuba — artículo 20 — ha dado idéntica redacción al delito preterintencional, al igual que el del Uruguay en su artículo 18; y en este sentido, el Código actual representa un retroceso, porque no legislándose sobre él,⁸ ni en la parte general, ni siquiera en el capítulo de homicidio, quedóse atrás del Código de 71, y en iguales términos que el actual, pues insistimos fundados en la autoridad científica indiscutible del maestro ilustre Ruiz Funes⁹ y en la no menos prestigiosa de don Luis Jiménez de Asúa¹⁰ en que el artículo 9 del Código de 31 igual al 9 del An-

6 Cf. notas 2, 3, 20 y 22.

7 El artículo 7º. de este ordenamiento establece: “Existe infracción preterintencional cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar con dolo directo respecto del daño querido y con culpa con representación o sin representación, con relación al daño causado”. El artículo 6º del Código Penal vigente de Veracruz acepta la orientación del artículo 7º, del Código de Defensa Social Veracruzano, con modificaciones que no alteran su esencia.

8 Cf. nota 22.

9 Cf. *Tres experiencias democráticas*, p. 166.

10 Luis Jiménez de Asúa anota que “los intérpretes mexicanos consideran que en la fracción II del artículo 9, de su Código, se trata de delitos preterintencionales, mas ya he dicho que se legisla ahí sobre el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, así como sobre culpa con representación o previsión. *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*, t. I, p. 284. “Unos pocos han contemplado expresamente en su parte general, la hipótesis de la culpa consciente o con representación, también llamada con previsión. Así ocurre en el Código mexicano al decir que el imputado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes” (art. 9, fracc. II). Ya hemos dicho que éste fue nuestro criterio y el de Ruiz Funes, pero que los comentaristas mexicanos ven en ese párrafo un caso de “preterintencionalidad”, “eventualidad” o “dolo indirecto”. *Códigos penales iberoamericanos. Estado de legislación comparada*, p. 281. “Los intérpretes mexicanos creen que en este caso se trata de un delito preterintencional, pero creemos que es más exacto lo dicho por nosotros en el texto. Mariano Ruiz Funes destacó los defectos de la fórmula mexicana, en que se amalgaman y entrecrocán conceptos sobre el

teproyecto, ni siquiera menciona el delito preterintencional; y queda adscrito al doloso, como ya lo ha declarado la Suprema Corte.

La Causalidad, tema de honda trascendencia en el Derecho Penal,¹¹ ha sido soslayado por muchos Ordenamientos Represivos, y allá, aparece en el capítulo reservado al homicidio, como si no dominase por entero la materia del *jus puniendi*.¹²

Mezger expone la suerte varia corrida por la tesis de Von Buri dentro del Tribunal Supremo de Reich. La Ley Penal alemana dejó la solución a la jurisprudencia, y mientras las salas penales de ese tribunal se afiliaban en sus fallos a la tesis de la equivalencia de las condiciones, la sala civil cobijaba sus sentencias en la teoría de la causa adecuada. De ello despréndese que el legislador temeroso, careció de concreta voluntad al respecto, y al interpretar la sistemática del Código, pudiérase libremente llegar a conclusiones tan disímbolas, y que, una misma sala, resolviese contradictoria o desacertadamente, menospreciando la tesis dominante en la ciencia del Derecho. Esto ocurre y ocu-

dolo y la culpa... El dolo eventual aparece claramente en el Código mexicano, al decir que existe dolo aunque el agente 'no se propuso causar el daño que resultó', 'si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado' (art. 9, fracc. II)". Obra citada, pp. 276 y 277. Comentando el Proyecto de Código de Defensa Social Veracruzano, hizo hincapié en que "en la última frase de este inciso se vuelve a aludir al dolo eventual, así como la primera se refiere al llamado dolo de consecuencia necesaria en la moderna técnica, y en la segunda se define la culpa simple y la culpa con previsión, como ya lo había anotado Mariano Ruiz Funes". "Breve estudio crítico del Anteproyecto de Código de Defensa Social del Estado de Veracruz", *Revista Jurídica Veracruzana*, t. III p. 400, *El Criminalista*, t. v. pp. 272 y 273; *Criminalia*, t. x, pp. 10 y 11.

11 Cf. nota 269.

12 La Comisión Redactora no olvidó el problema relativo a la causalidad, que dejó de resolver certeramente el Código Penal en vigor. Sin embargo, prevaleció la opinión de no introducir reforma alguna a este respecto, en cuanto a la insuficiencia doctrinal hasta hoy día para solucionar problema tan debatido, en el que, por cierto, como se ha observado, es "uno de los asuntos que más desvelos ha causado a los penalistas alemanes". Fernando Arilla Bas y Jiménez Huerta, en aportaciones diferentes, han señalado la deficiencia técnica al respecto, pues el derecho vigente no contempla el problema en la Parte General del Código como debiera hacerlo (ya que la causalidad es un elemento común a todo delito), sino en su parte especial, y en referencia únicamente al delito de homicidio. Señalan además los mencionados penalistas, la desorientación padecida por el Código en lo relativo a la causalidad del mencionado delito, y que los artículos 303, fracc. I, 304 y 305, del texto legal en vigor, no contienen una teoría única, sino que por el contrario, aceptan varias y de naturaleza diversa.

rrirá, mientras la Ley silencie con una prudencia ilógica temas que no tienen país de asiento, sino que son de vida universal. Es más, si nos adscribimos a la causalidad adosada a la culpabilidad, regida por ella, suplantamos un problema de objetividad jurídica, por otro de subjetividad jurídica. A ello ha sido particularmente afecto el positivismo, subvirtiendo el orden y la naturaleza de los temas. Confundió, con Ferri, las "circunstancias del delito", con los síntomas de la peligrosidad, y las clasificó logrando, con la confusión de términos, la impropiedad de los institutos, enmarcó en la tentativa de delito, el delito imposible por inidoneidad de los medios y carencia de objeto; y volvió materia de punición un síntoma de peligro, cuando debió haber sido, como pronóstico antecedente legal de una medida de seguridad; habló de los delincuentes natos y de los incorregibles y suprimió la pena de muerte y la eliminación; y llenó por este camino de contrasentidos el Derecho Penal.

Nuestro Código de 71 relegó la causalidad al delito de homicidio; igual hicieron en el de 29, y el de 31, con una técnica poco recomendable¹³ —alude esta a la causa necesaria, a la concomitante ambiental; repite lo relativo a la causa superveniente, o individualmente letal, conforme a la denominación carrariana, considerando éstas irrelevantes jurídicamente; da superflua definición de la causa preexis-

13 Luis Jiménez de Asúa ha expresado que "el Código mexicano, que en muchos puntos conserva vieja estructura, a pesar de su reciente fecha, ha resuelto el problema de la relación causal, en orden al homicidio, como en los antiguos preceptos del de Bolivia, y en los vinculados a rancieros modelos, como en los de Panamá y Venezuela. De la causalidad trata el de México en los artículos 303, 304 y 305. En estas disposiciones hay una muy vacilante afiliación teórica. Creemos más bien que se acepta la doctrina de la equivalencia de condiciones, aunque la fracción III del artículo 303 ordena a los médicos la declaración mortal de la herida al hacer la autopsia. Nos fundamos para ello en que la fracción I del mismo artículo dice que la lesión se tendrá como mortal, cuando 'la muerte se deba a las alteraciones causadas', o alguna de sus 'consecuencias inmediatas'— o a 'alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios', así como en que si el cadáver no se encuentra, bastará que los peritos declaren, en vista de los datos que se encuentran en la causa, 'que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas'. Mas sobre todo, a pesar de lo ambiguo y contradictorio de los textos casuísticos en exceso del Código mexicano, nos inclinamos a pensar que impera la teoría de la equivalencia de condiciones, por el hecho de que no se reconocen las concausas. No sólo se desprende así de la última línea de la primera fracción del artículo 303, sino que consta expresamente en el artículo 304, en que se estiman sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no prestarse oportuno auxilio, y la preexistencia de la personalidad del herido, como su constitución física. No invalida nuestra afirmación la primera parte del artículo 305, ya que más bien que referirse a las concausas, legisla sobre

tente letal, y a las supervenientes provenientes de terceros o de la víctima, que agravan la lesión produciendo el resultado, que considera bastante para excluir al culpable como responsable del daño final, debiendo entenderse en el sentido de que la lesión no es por sí mortal—, se adhiere a la equivalencia de condiciones. Criterio distinto informaba al Código de Defensa Social de Veracruz-Llave, tanto en la general concepción de la causalidad, como en la doctrina sustentadora, causa adecuada y precepto en la Parte General.¹⁴

El Código uruguayo (artículos 30. y 40.), a nuestro entender, acepta la equivalencia de las condiciones paliada en la concepción de la concausa previsible no prevista, cargando el resultado a título *preter-intentionem*; el brasileño se adhiere a este criterio en el Art. II y se refiere a la causa necesaria, exclusivamente la superveniente; el ecuatoriano sigue el mismo derrotero en cuanto a la enunciación de la causalidad; y restringe su ámbito en mérito de la culpabilidad y la suma de las concausas, para cargarlo como preterintencional; agregando lo referente a la causa necesaria (Art. 13). Los Arts. 40 y 41 del Código Penal Italiano vigente, son conservados en su esencia por el Proyecto Preliminar —año de 1949 al estimar la comisión y el comité “que la doctrina y la jurisprudencia en esta delicada materia, no han llegado aún a orientaciones decisivas, que puedan justi-

las nuevas series causales: 'no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior y sobre la cual ésta no haya influido', pero debemos confesar que la segunda parte es por demás contradictoria con el criterio que consideramos predominante en el Código de México. En efecto, a pesar de haber dicho, en la fracción I del artículo 304, que se tendrá como mortal una lesión, 'aunque se pruebe', 'que se había evitado la muerte con auxilios oportunos', con lo que parece rechazarse tácitamente la concausa superveniente, la última parte del artículo 305 da valor de concausa eficaz, o mejor de nueva serie causal, a los acontecimientos posteriores". *Códigos penales iberomericanos. Estudio de legislación comparada*, t. I, pp. 233 y 234. Cf. Mariano Jiménez Huerta, *Paradigma del delito*, pp. 117 y ss.

14 El artículo 9 del Código de Defensa Social Veracruzano, reza: "El que efectúe un acto o incurra en una omisión, será responsable de toda lesión o peligro de lesión que a consecuencia de cualquiera de ellos se produjere, en tanto no aparezca y se pruebe que el resultado sobrevino a virtud de un acontecimiento extraño a la conducta, y siempre que ésta fuere adecuada en cada caso concreto para la consumación típica de la infracción de que se trate". El Código Penal vigente de Veracruz reproduce el contenido de este precepto (artículo 8°), pero incurre en el error de mantener los artículos 230, 231 y 232, que corresponden al 303, 304 y 305 del Código de 1931 del Distrito Federal.

ficar una intervención legislativa directa a innovar, sobre el actual sistema del Código. En respuesta, sin embargo, a las exigencias profundamente sentidas en la conciencia social, se ha creído conveniente prever, en relación con las normas indicadas, algunas causas de atenuación de la pena. Teniendo presente, por tanto, que el no impedir un evento que se tiene la obligación jurídica de impedir, a menudo demuestra un menor impulso criminoso, si bien revela una forma inerte, aunque culpable, de la voluntad, un grado menos intenso de la culpabilidad en relación con el comportamiento positivo productor del resultado mismo, se ha dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 del Proyecto... que la pena puede ser disminuida; la disminución es facultativa, puesto que en algunos casos concretos pueden concurrir elementos tales que no justifiquen una atenuación en la pena", y agrega: "Además, se ha creído oportuno, siempre en respuesta a las exigencias de la conciencia común, restablecer la atenuante de la concausa, cuya consideración jurídica, ya que se le ha reconocido importancia para los efectos de la responsabilidad penal, no pudiera permanecer limitada como en el Código de 1889 al ámbito solamente del delito de homicidio, sino que debería extenderse a todos los delitos. Se ha creído sin embargo oportuno limitar la eficacia jurídica de la concausa, solamente a aquellos casos en que haya tenido una notable relevancia en la producción del resultado, es decir, solamente en aquellos casos en los que la conciencia pública, a quien la obra de la justicia debe ofrecer adecuada satisfacción, frente a la abrumadora aportación de elementos concausales extraños a la acción del culpable, siente necesariamente disminuida la criminalidad de la acción, y por tanto justificada una menor reacción punitiva. Por lo mismo, el párrafo tercero del artículo 21 del Proyecto ha dispuesto que la pena es disminuida si las causas preexistentes o simultáneas eran desconocidas del culpable, o bien si las causas supervenientes eran independientes de la acción o de la omisión de él, siempre y cuando hayan tenido notable influencia en la producción del evento".

En la redacción de los preceptos, se llega a establecer

la causalidad dominando al sistema; la causa necesaria superveniente, excluye la culpabilidad; no se alude a la preexistente que tenga los mismos caracteres; y si las concausas anteriores o posteriores al acto culpable eran desconocidas por el sujeto y ejercieron notable influencia en el resultado, sirven de atenuación de la pena (artículos 20 y 21).

El Anteproyecto mexicano que se comenta relegó al homicidio, en idénticos términos a la legislación vigente, la causalidad. La jurisprudencia habrá de afiliarse a la doctrina que le parezca más acertada, para la solución de los casos que se le presenten en otros delitos. Sólo la causa superveniente debida a terceros o a la víctima, agravadora de la consecuencia de la lesión, rompe el nexo causal; cuando la preexistencia es desconocida o la concomitante no es contable en la intención del sujeto, debiérase entrar metódicamente con ellas al cuadro de la previsión legal sobre la causalidad, aun en el homicidio. Y aunque el artículo 48 del Proyecto, igual al 53 del Código, destruye la equivalencia de condiciones por concausa individualmente determinada, que ignoraba el delincuente, frente a la regla especial, desaparece la eficacia de la norma general. Creemos que este precepto es parcialmente inútil, pues la prevista en los diversos 296 y 297 del proyecto restringe su validez, dejándola exclusivamente para los casos de lesiones no mortales, agravadas por "circunstancias particulares del ofendido".

Tenemos entendido que el Anteproyecto dedicaba un precepto en la parte general, a la causalidad, adoptando la teoría de la causa adecuada; y así como el delito calificado por el resultado es una reminiscencia de tiempos bárbaros la equivalencia de condiciones es su supuesto inevitable.

Aceptamos, en extremo, esta doctrina, pero para hacer honor a esa conciencia social de nuestro tiempo, introduzcamos distingos nacidos de la subjetividad, por el conocimiento o previsión de la concausa, en el sujeto activo, paliando los rigores a que conduce el sistema adoptado por el legislador de 31. Urgimos la revisión del Anteproyecto en

este capítulo, pues nadie debe responder más allá de su intención o de su culpa, y de las consecuencias necesarias. Saliendo del área del elemento objetivo del delito, para volver a penetrar en la del elemento subjetivo, debe decirse que el Anteproyecto cautelosamente eludió el tema de la imputabilidad, y si trató de los modos de la culpabilidad, ello fue por la significación que tiene en cuanto al resultado dañoso o peligroso, porque da tónica distinta al delito, como apunta Peco, pero sin ligarlo a Escuela alguna en su antecedente, queriendo buscar una solución pragmática.

Nosotros estimamos como un contrasentido el que se eluda en la Ley la imputabilidad, y a continuación, aunque no se las anuncie por su denominación científica, se prevén las hipótesis que excluyen la responsabilidad por ausencia de los requisitos internos del sujeto, de su capacidad psíquica para ser delincuente en el momento de su actuación típica, en fin, por las causas de inimputabilidad. El que no tiene conciencia en el instante de su proceder, no puede, por consecuencia, tener dolo ni culpa; mas sería indebido hablar de falta de dolo o de culpa, porque de lo que carece el actuar es de autor capaz, de capacidad de Derecho Penal en el Sujeto. El Proyecto italiano mencionado, sintetiza: "Por lo demás, el principio de la imputabilidad moral, con todas las directivas que ahí se originan para la determinación y medida de la responsabilidad, aparte de la tradicional e inveterada correspondencia que encuentra en las conciencias, se inspira ante todo en la exigencia democrática de la reafirmación de la personalidad humana en todos los campos de la disciplina social y política". Y lo que ocurre, en realidad, es que se ha querido, extremando las situaciones, "superar la polémica de las Escuelas", el estrépito que producen, y no dejarse arrastrar por este principio de la imputabilidad moral; pero salvando "las directivas que ahí se originan", se llega a las mismas conclusiones que se arrancan de la imputabilidad; y se enuncian y aceptan sus consecuencias, cuando se silenció la tesis. Se rompió el sistema; quedóse roto el curso lógico; se legisló sobre las causas excluyentes por inimputabilidad, pero no se afilió el