

Código, expresamente a ese principio. Sin duda la omisión en el texto legal obedeció a ese sincero afán, no reprochable, pero que debe en la dogmática interpretarse como sobrentendida adhesión a la imputabilidad, puesto que se aceptan sus consecuencias como relevantes.

Se injertan aquí, de modo normal, las causas de inimputabilidad, a las que ha dedicado Juan J. González Bustamante, páginas llenas de interés y de novedosas sugerencias, destacándose la eximente del enajenado mental, que en expresión hallaba acomodo en el Código de 71. Bajo el amparo positivista, parece que se incrimina el acto culpable del perturbado mental, pero la solución final, la consecuencia de su acto, no es ya materia propia del Código Penal, sino del Preventivo, al dictarse una medida asegurativa en "su favor". A esta clase de sujetos se les recluye en manicomios especiales a virtud de resolución judicial; al enajenado mental, ciertamente, se le debe dar la oportunidad jurídica de defensa, que comprende una doble situación: la demostración de que su estado no es el que se le atribuye, o que, padeciéndolo, el hecho criminoso no se ha perpetrado, o que existiendo el delito él no es culpable. Si creemos, con el maestro citado, que habrá que proveer al respecto, porque es distinta la colocación en Derecho del perturbado mental no delincuente, del que ha cometido un hecho delictuoso, basta pensar en la reparación del daño. *En sí, pues, no hay reparo que oponer a la redacción de los artículos 60 y 61 del Anteproyecto, tanto más que este último consigna la inimputabilidad del enajenado, de un modo implícito.*

La causa, de la misma índole que la anterior, determinada por la fracción I del artículo 15 del Anteproyecto, *mejora la fórmula relativa del Código Español de 1932 (artículo 8, núm. 1) y la del Código que es en extremo abundante, casuista e inadecuada en su primera hipótesis, como ya se ha demostrado, sobre todo al discutirse el mencionado precepto de la legislación española.. Ahora el Anteproyecto en forma concisa enmarca todos los casos posibles y restringe el modus operandi a la accidentalidad que lleva*

*consigo la involuntariedad,<sup>15</sup> conformándose, por otra parte, a lo que ya ha declarado en torno al tema la Corte Suprema de la Nación.*

En cuanto a la embriaguez, tratada ya por el Ordenamiento de 71, primero de modo impropio y después con una reforma atenuando los extremos a que se llegaba en la aplicación del precepto legal respectivo, está encerrada en la exculpante anterior y habrá de tenerse principalmente cuenta para su examen lo dicho por Mezger, que es pauta aún no superada.

El sordomudo también es inimputable y acreedor a una medida de seguridad, conforme al artículo 59 del Anteproyecto, ya lo era en el Código por los términos del 65. Sin embargo, no todo sordomudo debe recibir estas medidas, pues la pena ha de sobrevenir cuando no sea "incapaz". Por regla general el sordomudo de nacimiento es un retrasado mental, pero juzgar de la generalidad por ña especie resulta aventurado. Ya Cuello Calón hace notar claramente esto; y si el artículo vigente, por su interpretación lógica conduce a la afirmación de que sólo el sordomudo delincuente incapaz era objeto de medidas aseguradoras, la redacción del artículo que se anota puede llevar al mismo resultado, pues no hay duda sobre la voluntad de la ley. Quizá en el ánimo de la Comisión estuvo el no otorgar impunidad al sordomudo que con plena conciencia y voluntad ejecuta la acción criminoso, sino solamente establecer la causa, con su consecuencia precisada, al sordomudo que por ausencia de vida de relación no conoce los sentimientos, ideas y prejuicios sociales, ni puede hacer conocer a los demás sus propios conceptos, pues de lo contrario llegaríase a la medida resocializadora para el punible, cosa que no está en la mente de la Comisión.

El menor de edad también es inimputable; así lo sigue consagrando con acierto el Anteproyecto, y sobre este tema

<sup>15</sup> Cf. notas 7, 75 y 124.



en el que no existe sería discrepancia doctrinaria ni legal, ni jurisprudencial, sólo falta que el Estado provea lo conducente para el eficaz funcionamiento de los institutos de medidas tutelares.<sup>16</sup>

La coacción comprende tanto la física como la moral, y dentro de esta última en el Código vigente, el miedo grave, cuya ubicación es discutida en la doctrina, ya que se adscribe en ocasiones a las causas de Inculpabilidad o se reduce a las de inimputabilidad por trastorno mental transitorio. Habría que hacer distingos, cuyo sitio apropiado no es éste. El miedo grave puede sobrevenir por la amenaza de un mal cierto e inminente, o por la amenaza de una consecuencia ficta. Basta que en cada caso haya sido suficiente para lograr la intimidación, la perturbación del ánimo del sujeto. Compréndese para algunos, dentro de esta expresión-coacción, hasta el estado de necesidad. El Código brasileño es ejemplo (artículo 18, primera hipótesis) de la parquedad en la consideración de estas excluyentes; y el Anteproyecto, apartándose en parte de los lineamientos del Código, dedica especiales apartados a la fuerza física irresistible<sup>17</sup> —lo de exterior resultaba redundante—, “actuar el acusado bajo la amenaza de sufrir un mal inminente y grave” que es el estado objetivo de necesidad, suprimiendo el miedo grave.

La antijuricidad queda destruida, no tanto ya en particular por la enunciación de las excluyentes, cuanto por el orden general del Derecho. El cumplimiento del deber y el ejercicio de un derecho, recoge, como es tradicional, la juricidad de la conducta derivada de otras normas.

Cuando no se concibe una antijuricidad penal, y otra civil, sino que el carácter antijurídico de un arco —comprendida la omisión— adviene a consecuencia de la totalidad del orden jurídico; y cuando la norma obliga —Ley siempre, aunque sea de orden secundario— o permite, no

<sup>16</sup> Cf. nota 41.

<sup>17</sup> Cf. nota 218.

es dable considerar que tal conducta, aun siendo típica, lleve los requisitos objetivos del delito. Por eso, ha muchos años afirmábamos que en aquellos municipios en que se reglamenta la prostitución, o en que el Gobierno del Estado cobra impuestos que gravitan precisamente sobre esos centros, el primer lenón es el Gobierno, y jurídicamente quien fuera inculminado por tal actividad podría oponer la excluyente de ejercicio de un derecho o el error sobre la Ley Penal.

El Anteproyecto recogió del Código vigente la correcta factura de estas dos causas de justificación, que albergan en el fondo otras muchas de discutida ubicación, pero de sabida existencia.

*En la excluyente de legítima defensa se corrigen los errores de la Ley en vigor, al redactar en forma positiva los caracteres de la antijuricidad*<sup>18</sup> y crear, por así decirlo, las presunciones de legítima defensa de añeja tradición española, estudiadas con esmero por González Bustamante.<sup>19</sup> *En sobrio apartado ampara la legítima defensa propia y la de extraños, dándose una atenuación de la pena en el exceso, al igual que en el estado de necesidad.*<sup>20</sup>

*Es digna de elogio la técnica en estas dos fórmulas, tan deficientemente previstas antes y confundidas a veces con otras excluyentes.*

La fracción VII del artículo 15 del Anteproyecto revive la excluyente fundada en lo que estimamos una hipótesis de error substancial de hecho, y si bien el error de de-

<sup>18</sup> Cf. notas 28, 217 y 241. Es de hacerse notar que para la reforma del precepto que se refiere a la legítima defensa, procuramos redactar una fórmula breve, incluyendo exhaustivamente las notas que la caracterizan. La Comisión acogió la crítica de que “el Código mexicano con un casuismo extremo, en el que se contraponen requisitos positivos y negativos, impone estas condiciones para la defensa propia y la ajena”. Luis Jiménez de Asúa, *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*, t. I, p. 255.

<sup>19</sup> “Yo no considero indispensable —anota Raúl Carrancá y Trujillo— consignar ni esta presunción ni ninguna otra. Nada valen todas si no caben dentro de la fórmula de la legítima; nada agregan a ésta; nada le quitan. Bien podría suprimirse las todas”. *Revista Jurídica Veracruzana*, t. II, p. 5. Cf. nota 167.

<sup>20</sup> Cf. notas 8 y 219.



recho ya no queda suprimido como exculpante, tal como lo establece la Ley vigente en la fracción IV del artículo 90., la jurisprudencia tiene frente a sí el grave problema de elucidar el error de derecho penal y el error de derecho extrapenal, al igual, por no prohibirlo la legislación en vigor ni el Anteproyecto, el error de hecho substancial o esencial separándolo del irrelevante que deja prendida la culpabilidad por culpa, y del que no afecta a la culpabilidad dolosa, Códigos hay como el uruguayo, debido al talento insuperable de Irureta Goyena, que llegaron a los distingos logrados por la doctrina, hasta alcanzar el error debido a actos de tercero, y el anteproyecto apúntase un mérito más con la no inclusión de la prohibición de considerar relevante el error de derecho.<sup>21</sup> Esperemos que la jurisprudencia nos dé los alcances finales comprendiendo el propósito de los distinguidos comisionados.

*La obediencia debida encuentra también asilo en el Anteproyecto y los variados matices de ella quedan cobijados en la redacción de la fracción que las contempla.*<sup>22</sup> No es este sitio para discutir sobre la naturaleza de tal excluyente, pero si bien en algunos casos surge el error, en otros no hay tal origen, y es una propia excusa absolutoria; las de su especie son adosadas en la parte especial; a veces se les clasifica indebidamente como tales, pero su esencia las distingue de otras excluyentes.

*Merece especial elogio el homicidio pietista que la Comisión incorpora al Anteproyecto; como privilegiada figura, pues si el provocado, el de justo dolor han recibido en naciones hermanas de América sanciones atenuadas e incluso el perdón judicial —hermosa institución—, era ya necesario que la piedad entrara por el pórtico del Derecho Penal y no que viniera sonrojada y escurridiza a su recinto por el tortuoso pasaje de la individualización de la pena*

<sup>21</sup> Cf. nota 4.

<sup>22</sup> Cf. Jorge Minvielle Porte Petit, *La obediencia jerárquica*, Seminario de Derecho Penal de la UNAM, 1948.

<sup>23</sup> Esa obra genial, aunque desorbitada en algunos temas del Positivismo Penal, el incorporar los móviles a la comprensión del culpable. Se exagera la nota por Florián en mérito de la responsabilidad; por Ferri en la integración del dolo; pero si el Código vigente le dio cabida a los móviles para graduar la pena y a los móviles para la presunción legal de premeditación, y en el infanticidio y en el aborto, en el uxoricidio *in rebus veneris*, era ya absurdo, anacrónico, antisistemático que los ignorara en el homicidio por piedad. Meyer, por conocidas razones, exculpa la eutanasia. *El proyecto no llega a tanto en tan delicado tema, al que ornan y afean tantos sentimientos, tantos prejuicios,*

<sup>23</sup> Cf. notas 151 y 152. Fernando Arilla Bas ha dicho sobre este particular: "El tema del homicidio piadoso, muy explotado por numerosos autores aunque con varia fortuna, ha sido generalmente objeto de cierta incompreensión por quienes, olvidándose de adoptar una posición intelectual ante el mismo, **preferen sostener otra puramente afectiva**. Los motivos de índole sentimental que pretenden excusar la muerte piadosa son, por lo común, de una morbosidad deleznable, pero no es lícito olvidar que para la solución correcta del problema, juegan otros de naturaleza estrictamente jurídica, cual son los relativos al consentimiento del ofendido como causa de justificación... El precepto legal proyectado exige para la existencia de la figura del homicidio piadoso, dos elementos: que la muerte se ejecute mediante súplicas reiteradas de la víctima, y que la vida de esta última sea insalvable. Sobre ambos elementos opera la teoría del consentimiento y a ella es forzoso referirse para adoptar un juicio crítico del problema en estudio... La interpretación de nuestro derecho, por lo que se refiere al bien jurídico de la vida, lleva a la conclusión de que esta última se protege como un interés público y no como un derecho subjetivo. El hecho de que no se sancione la tentativa de suicidio no significa el reconocimiento por parte del Estado de un supuesto derecho a morir, sino que, por el contrario, obedece a motivos de otra índole, pues sería absurdo castigarlo, cuando no es posible sancionar el suicidio consumado. Ahora bien, las súplicas reiteradas de la víctima, como expresión de su consentimiento para recibir la muerte, serían irrelevantes en el caso en que su vida pudiera salvarse, pero no en la situación exigida por el Anteproyecto, es decir, cuando todo auxilio resulta inútil. La vida será un bien jurídico protegido como interés público, en cuanto es susceptible de aportar un esfuerzo a la sociedad, pero no cuando por hallarse fatalmente condenada a extinguirse carece de utilidad social, no siendo aventurado sostener que, en esta última hipótesis, se convierte en un derecho subjetivo al cual puede renunciar su titular... Pero aun afirmando la invalidez del consentimiento para justificar el homicidio, es forzoso reconocer que los casos de eutanasia merecen una consideración especial. Se discute en la doctrina jurídico-penal cual sea la solución correcta al problema planteado, es decir, si el autor del delito debe otorgarse una excusa absolutoria o un perdón judicial en atención a su nula peligrosidad y a los móviles excepcionales que inspiran su conducta. El Anteproyecto de Reformas al Código Penal acepta, sin embargo, una solución más conservadora, pues se limita a crear una figura atenuada de homicidio siguiendo al respecto un criterio análogo al de los Códigos Penales de Alemania (art. 216) e Italia (art. 579)... La objeción que se acostumbra oponer a la figura de homicidio piadoso, de que los progresos actuales de la medicina permiten la curación de enfermedades consideradas anteriormente como incurables, carece de validez. La medicina, por extraordinario que sea su desarrollo, no podrá jamás hacer a los hombres inmortales. Y por otra parte, la recta interpretación del art. 304 del Anteproyecto de Reformas, al indeterminar la condición del sujeto pasivo del delito, lleva a la consecuencia de que es aplicable no sólo a la muerte del enfermo incurable, sino a la de todo individuo cuya vida está fatalmente condenada a desaparecer. Tal sería, por ejemplo, el caso del bañista arrastrado por una corriente de agua de la cual no puede salvarse, que es muerto de un tiro por un amigo que desea evitarle el sufrimiento de morir ahogado". *El Universal*, 22 de octubre de 1949.



*tanto orgullo anticientífico; pero sí haciéndose eco humano, profundamente humano de este hecho, lo trata como justamente lo reclama: con piedad.*

Incidental mención reclama el hecho de que el consentimiento del interesado<sup>24</sup> no está incluido en las causas de justificación, sino en las formas de extinción de la acción. Sin embargo, cualquiera que sea el criterio que se adopte ante esta exculpante —ausencia de interés, prolongación de la libertad del agente, relación contractual—, resulta incuestionable que en estos caso el delito no aparece, a diferencia del perdón del ofendido, al que va ligado en la Ley y en el Anteproyecto, que es una condición resolutoria. Son pues de índole diversa las hipótesis que en forma amalgamada contempla la Ley, y, a más de ello, se sitúa la excluyente en sitio inadecuado.<sup>25</sup>

*En cuanto refiérese a la tentativa, adviértese que el Anteproyecto salva el hecho antijurídico de la creación de las figuras accesorias por la jurisprudencia, pues ésta, invariablemente, ha sancionado la tentativa acabada y la inacabada, con mérito en la interpretación que hace el artículo 12 del Código, en relación con el tipo penal al que se adosa sin reparar en que la definición legal sólo comprende los actos preparatorios, como ha señalado con gran agudeza Porte Petit.*<sup>26</sup>

24 Cf. notas 251 y 252.

25 Cf. Ana María Hernández Garnica, *Breve estudio sobre el consentimiento del interesado*, p. 33.

26 Cf. notas 5 y 25. Las afirmaciones principales que hace Ramón Palacios a este respecto, son las siguientes: "a) El Código Penal de 1931 (art. 12) repite la fórmula del Código de 71 sobre conato (p. 148); b) El Código Penal de 31 sólo incrimina el 'un en seguida temporal' unívocamente dirigido al delito (p. 148); c) No son idénticas las soluciones dadas por los Códigos de 29 y de 31 al delito tentado. El primero sí prevé y castiga el comienzo de ejecución, la puesta en peligro típica; el segundo sanciona la preparación inequívoca (p. 151); d) Si sanciona preparación el Código de 31, no comprende la frustración y menos el delito imposible (p. 151); e) El Código Penal de 31, al entender por tentativa 'los hechos encaminados directa o inmediatamente al delito, que no se consuma por causas ajenas a la voluntad' del sujeto pasivo, sancionó los actos preparatorios (pp. 198 y 199); f) Decir que la norma del artículo 12 del Código Penal vigente reprime ejecución, frustración y delito imposible es tan demoledoramente ilógico, como que vacía en un molde lo que no puede en él caber; confunde los elementos substanciales, trastorna las esencias y niega a todos los vientos las enseñanzas de las escuelas queriendo que fructifiquen, hermanadas, en un agro que no puede ser común; g) Interpretando el precepto legal citado, del Código Penal de 31, la Suprema Corte certeramente

En efecto; al punirse los hechos encaminados directa o indirectamente a la consumación de un delito, si éste no se consuma por causas independientes de la voluntad del sujeto, se quiso sin duda incriminar la tentativa, en sus dos modalidades, pero los "hechos encaminados" no son los actos que implican un comienzo de ejecución, ni los que debían consumar el delito, sino los que van, se dirigen al delito en línea recta y próxima en el tiempo, pero no han penetrado en su esfera, en el núcleo del tipo; en el fondo, estimamos que los términos empleados por el legislador autorizarían, con extremado rigor, a punir los actos preparatorios unívocos, mas nunca la frustración y la tentativa.

*Ha ganado pues en precisión doctrinaria la fórmula propuesta, de la empleada por la Ley.*<sup>27</sup>

Los actos preparatorios, constitutivos de delito, son en sí punidos, independientemente de la redacción del artículo que se propone, pues es la excepción frente a la regla general.

La individualización de las sanciones sigue el mismo trazo que la Ley. Es necesario saber por qué se agrava o atenúa la sanción; es indispensable que el Juez diga al reo por qué ha escogido en su arbitrio determinada clase de pena, o su cuota; lo contrario es "ofrecer una prima a la ignorancia de la justicia", como apunta el ilustre maestro Ruiz Funes al aludir a las circunstancias atenuantes inominadas con nexo al tema, porque la ley no las menciona, ni limitativa, ni ejemplificativamente. Así, la pena resulta "ciega del todo", arbitraria, inmotivada, sea que favorezca o perjudique al acusado. La ley carece de poder para lograr la concreción que se pretende. La creación de institutos y la capacidad y honestidad de los funcionarios judiciales, son quienes han de resolver este problema funda-

ha dicho que el delito imposible no es enmarcable ahí (p. 203); y concluye el autor, que la fórmula del artículo 12 es poco feliz (p. 153) y defectuosa (p. 201)". *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, Imprenta Universitaria, 1951.

27 Consideramos que el artículo 12 abarca los elementos constitutivos de la tentativa acabada e inacabada.



mental de la justicia de nuestro tiempo.<sup>28</sup>

*Finalmente, es laudable el propósito de la Comisión al redactar los artículos 67 y 74 del Anteproyecto, pero merece la misma consideración hecha sobre la individualización de sanciones.*

*En cuanto a la responsabilidad, gana en juricidad la norma propuesta, pues la simple concepción del delito no puede ser punida, y tampoco los actos preparatorios.<sup>29</sup> ...*

*Son por lo tanto ostensibles los aciertos de la Comisión; hay una gran distancia científica y de técnica legislativa entre el Código y el Anteproyecto.<sup>30</sup> Se salvan muchas contradicciones; se da marco adecuado a numerosas conductas que suprimen delito, pena y delincuente, y se logra una armonía de conjunto necesaria, en rechazo de la jurisprudencia o en apoyo justo a la misma, según los actos contemplados para que ésta encuentre el obstáculo de una Ley clara o la ba-*

*28* Leyes buenas, hombres especializados y honorables con emolumentos suficientes, carrera judicial, inamovilidad judicial, ausencia de "justicia política" o amistosa: policía técnica y seleccionada, para evitar los atropellos que a diario se cometen con desprecio de las conquistas de la Revolución y de la sangre vertida por hombres amantes de la libertad y de la justicia; cumplimiento de la ley de responsabilidad de funcionarios, sin miramientos de ninguna clase, y de un adecuado régimen penitenciario y postpenitenciario, serían las ruedas necesarias para poner en marcha una justicia honesta, pronta y expedita, que podría autorizarnos a grabar en la trayectoria de la Revolución un avance más que el pueblo desea y necesita, y que estamos obligados a brindárselo, aprovechando el esfuerzo de los que antes y hoy día luchan con el ejemplo, con su pluma, con fe y lo que es más, con sacrificio, por una justicia mejor. Si las leyes no son buenas, **constituyen seguramente un factor criminógeno de magnitud**; si los hombres que imparten justicia no son capaces, **pisotean ignominiosamente las leyes penales y desprestigian la justicia**; si no hay suficientes emolumentos, **se empuja al cohecho y se perverte la justicia**; y aquí, una pausa para recordar una frase de nuestro jurista y amigo don José Ángel Ceniceiros: "Yo, hoy día, no pondría mis manos al fuego, por algunos que otrora fueran modelo de honradez e independencia"; y esta valiente afirmación **no significa sino la prueba de la quiebra de los valores morales por que atravesamos**; si no hay carrera judicial, **se acaba con el estímulo y se anteponen los méritos de los buenos funcionarios**; si no hay inamovilidad, **el vaivén judicial se fortalece por la inseguridad de los puestos judiciales**; si no hay cumplimiento de la ley de responsabilidades de funcionarios, **entonces se abre la puerta a la corrupción y se protegen fortunas acumuladas con la complacencia de quienes deben evitarlo**; si no hay regímenes penitenciarios adecuados, **se frustra el fin de la sanción y cobra fuerza arrolladora la reincidencia**, en fin, si no hay establecimientos postpenitenciarios, **la labor penitenciaria se aniquila**, porque el hombre readaptado que se lanza al seno social, encuentra un medio propicio para la reincidencia.

*29* Cf. notas 5, 25 y 283.

*30* Cf. opiniones de Luis Jiménez de Asúa, Eugenio Cuello Calón, Armando Hernández Quirós, Alberto Sánchez Cortés, Fernando Arilla Bas, Evelio Tabío, Juan José González Bustamante, Ramón Palacios, Javier Alba, entre otros juristas.

*se, de que antes carecía, en un precepto explícito.*

Hemos intentado demostrar estos hechos como innegables, y reconocemos por otra parte con ademán sincero la necesidad que existió para la reforma del Código de 29, y para el vigente; de tal modo, que el código que rige es, comparado con esta legislación y con la de 71, y con lo que se ha producido en el campo jurisprudencial, un código que vino a llenar impostergables necesidades de su época, con un meritorio eclecticismo, recogiendo con suavidad y amoldándolas a nuestro ambiente, las corrientes entonces en boga —muchas de ellas todavía no superadas—, por lo que tampoco una insana pasión debe refutar la Ley de 31, sino que, tomando sus numerosas excelencias, dirija la merceda loa a sus redactores.