

fatigosa definición, basada en elementos negativos, de los delitos intencionales". A esto se agrega que no poco tiempo tuvo que transcurrir para que fuese comprendido el dolo de consecuencia necesaria, estudiado también por el llorado Maestro Ruiz Funes dolo que guarda un inequívoco y tenue ligamen con el delito preterintencional, porque allá donde la conducta válida de medios idóneos produce un resultado mayor del querido, o de bienes jurídicos diversos, no hay preterintención sino dolo de consecuencia necesaria, y esto, no va expuesto en la definición del dolo ni en la definición del delito preterintencional, por lo que queda reservado a la doctrina y a la jurisprudencia.

Nadie podrá afirmar que el artículo 12 del Código Penal de 31 contenga una certera definición del delito tentado, y menos aun las reformas al Código Fiscal de la Federación en el artículo 570 fracción V con la expresión "*hechos encaminados directa e inmediatamente*". Se pueden aducir desde el Código Napoleón pasando por el Código Rocco hasta el Proyecto de 1949 Mexicano. Los artículos 15 a 17 del Proyecto que se acota, son incuestionablemente superiores al artículo 12 vigente.

Los problemas capitales de la tentativa yacen en que la conducta debe penetrar en el núcleo del tipo, no realizándose éste por causas extrañas a la voluntad del agente; en la imposibilidad de la consumación por la inidoneidad absoluta de los medios o por la inexistencia del objeto, y, finalmente el desistimiento operante que envuelve la omisión o la contra-acción de otro o del propio autor para impedir la producción del resultado inicialmente querido.⁵ Todas estas modalidades han sido previstas en el Proyecto, como no lo habían sido antes desde el Código del 71 hasta la fecha. No veo por qué aunque yo no haya elaborado estos artículos tenga que combatirlos.

⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, "Breve Ensayo sobre la Tentativa", México, 1962. Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, México, 1953, pp. 160 y ss.

II

El artículo 9 del Código Penal de 31 reprodujo literalmente el artículo 10 del Código Penal de 1871, que creó: a) la presunción de dolo, y con el sistema de negativas contempló el dolo de consecuencia necesaria, el delito preterintencional, el dolo indeterminado, el delito por convicción, el error de derecho, la aberración —exceptuando la del nexo causal— y el consentimiento del titular del derecho, b) por el contrario, y siguiendo el Proyecto la traza del Proyecto del 49, estudiado en este punto certeramente por Luis Fernández Doblado en su tesis profesional, queda prohibida la ignorancia de la ley como excusa y el error sobre la legitimidad del mandato, será evaluado para la dosimetría punitiva.

Se invoca el artículo 9o. del Proyecto de José Peco, en el que el error esencial de derecho era atenuante y aun excluyente. La máxima del artículo 10 del Proyecto no hace sino seguir la corriente tradicional que acepta la doctrina dominante y que fue recogida también con notoria superioridad de redacción por el artículo 21 del Código Civil Federal.

La clasificación del artículo 11 del Proyecto obedece a una necesidad de orden científico. Seguir hablando de delitos de imprudencia y continuar englobando la preterintención en el dolo, es aferrarse a ideas caducas.

Ya el artículo 557 del Código Penal de 1871 había previsto el homicidio preterintencional, y nadie se levantó contra la forma atenuada; ahora, extender la portada para todos los delitos que admiten el exceso entre lo querido y lo ocasionado, salvado el dolo de consecuencia necesaria, es un imperativo que recogió el Código Rocco en el artículo 43 segundo apartado.

En lo que atañe al delito culposo, contiene las 3 fórmulas clásicas, que consisten en la culpa consciente, en la

inconsciente y en la simple actitud imperita o inepta, tomada esta última de las enseñanzas de Florian a que hace mérito la Exposición de Motivos y que también está regulada por el artículo 43 párrafo tercero del Código Rocco.⁶

Ya el Proyecto de 49 había salvado las dificultades sufridas por la mala definición del delito continuo y la falta de sistematización del concurso aparente de leyes. El artículo 19 del Código Penal vigente había sido blanco de las críticas de los penalistas mexicanos y extranjeros,⁷ y la jurisprudencia había tenido que cambiar la definición legal y llamar delito permanente a aquél en que la compresión del bien jurídico se prolonga por más o menos tiempo, a diferencia del continuado en que la pluralidad de acciones con unidad de designio y de tipo penal atrae una sanción específica. Esta labor no interpretativa sino creativa del derecho encontrará justificación cuando entren en vigor los artículos 19 a 21 del Proyecto.

El delito complejo hay que detraerlo en el Código de 31 de la interpretación sistemática; el artículo 22 lo define y queda a la sistematización de la Parte Especial si existe o no concurso de delitos.

El concurso ideal y el concurso real de los artículos 19 y 20 del Proyecto son indiscutiblemente superiores a los artículos 18 y 19 del Código Penal de 31, y si relacionamos aquellos preceptos con el diverso 80. que reglamenta sobre el concurso aparente de leyes, advertimos una estructura unitaria, un bloque macizo en que la aplicación de la ley penal en el tiempo, englobadas las figuras de la especiali-

⁶ Altavilla, "La Culpa", Bogotá, 1956, pp. 101 y ss. Mariano Ruiz-Funes, "La Participación y sus Experiencias Legales", La Habana, 1948, pp. 164 y ss. Véase su referencia a Florian para la punibilidad de la culpa. Consultar Art. 130 F. I. Ley Forestal.
La coparticipación en el delito culposo que ha sido certeramente establecida por la H. Suprema Corte (Vol. XII, 1a., p. 59, D. 3780/957, I.H.S., 4 votos. T. CIII, p. 575.—D. 3385/949, G.A.O. T. CIII, p. 572.—D. 3377/949, J.V.G., 4 votos) y definida en el artículo 113 del Código Rocco, sentimos que no haya sido incluida en el Proyecto.

⁷ Pannain, Op. cit., pp. 547 y ss. Clasifica: una acción y una lesión jurídica. Una acción y varias lesiones: concurso ideal de delitos. Varias acciones y una lesión: delito progresivo, delito complejo, delito colectivo, delito continuado. Varias acciones y varias lesiones: concurso propio o real y rediciva.

dad, la consunción y la subsidiaridad,⁸ se enuncian para que los encargados de solicitar y administrar justicia acudan a los precedentes de la Suprema Corte y a la doctrina er busca de la interpretación.

Existen numerosas hipótesis en que delitos previstos en el Código Penal Federal también se encuentran tipificados en legislaciones especiales, y entonces funciona el inciso a) del artículo 80. del Proyecto. Las distinciones que en orden a la violación de correspondencia y al peculado, por ejemplo, establece el Proyecto, son del todo punto satisfactorias, eliminando las dudas sobre el ámbito de eficacia de la ley especial, que sólo rige respecto de los servidores públicos, y, en último extremo, en el concurso entre un tipo de la Ley de Vías de Comunicación y otro idéntico de la Ley de Responsabilidades habrá que atender a la tácita derogación de la ley posterior. En cuanto al peculado, recuérdense las dos reformas que ha sufrido, y en donde la ley especial de la Fracción XVIII del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades atañe a los *intrañeus* de los organismos públicos descentralizados, mientras que el peculado se aplica (artículos 219 y 220 del Código Penal) a los cualificados que están al servicio de cualquiera de los órganos del Estado.

La distinción es esencial porque mientras la Ley de Responsabilidades deja a un jurado la decisión en conciencia y sólo otorga apelación por la pena; en cambio el procedimiento penal por peculado es un juicio jurídico con apelación sobre cuerpo del delito, responsabilidad y adecuación de la pena.

Por esta razón nos parece que el artículo 90. del Proyecto no contiene verdaderamente todas las hipótesis de las leyes especiales, y volveríamos a hacer mención a las normas, ya no sobre la tipicidad sino sobre la coparticipación en el contrabando del Código Fiscal de la Federación y en

⁸ Grispiigni, "Diritto Penale Italiano", Vol. I, 1950, pp. 416 y ss. Incluimos el delito complejo si fue definido.

la Ley de Quiebras; y a la tipicidad en la suspensión de pagos. Entonces, la ley especial se aplica ya en lo que rige a la Parte General, como en lo que atañe a la Parte Especial, al tenor del inciso a) del artículo 80. del Proyecto y el 90. engloba tácitamente los delitos no previstos por el Código Penal que encuentran definición y pena en una ley especial, y los delitos previstos conjuntamente por el Código Penal y por una o más leyes especiales.

El principio de la retroactividad de las leyes penales, que ha encontrado sentencias adversas de la H. Suprema Corte, como si en el amparo directo se ventilase una cuestión de hecho, siendo que verdaderamente es obvio que la ley posterior más benigna plantea una cuestión de derecho y por tanto es inaplicable el artículo 79 de la Ley de Amparo, por lo cual ha de suplirse de oficio la deficiencia de la queja penal al tenor de los artículos 107 Constitucional fracción II y 76 párrafo tercero de la Ley de Amparo, ha encontrado previsión adecuada en los artículos 40. y 50. del Proyecto, que superan los diversos 56 y 57 casuistas de la Legislación vigente. Ciertamente, el artículo 40. en términos generales obliga a la aplicación oficiosa de la ley más favorable, comprendiendo a nuestro entender la tipicidad, la responsabilidad, la penalidad, y todas las formas que de algún modo influyen en la condena penal; como verbigracia la prescripción, etc., etc. Excepto las normas procesales contenidas en el Código Penal (querrela vg.).

Son sabidos los motivos de la aplicación retroactiva favorable, ya que la desfavorable está prohibida por el artículo 14 Constitucional; si el legislador ha variado las normas, quiere decir que la conciencia ético-jurídica ha dado una nueva valuación a la conducta, a sus circunstancias, y por consiguiente implicaría un contrasentido dejar subsistir la responsabilidad emanada del proceso o de la sentencia. Solamente cuando se puede dudar de lo que sea más beneficioso para el acusado (mutación de la naturaleza de la pena), éste debe instar.⁹

⁹ Battaglini, "Diritto Penale" "Parte Generale", 3a. Padova, 1949, pp. 76 y ss. Dir. 242/62, M.A.G. 241/963. 376/62. J.R.A. Unan. 5 votos. En contra de la retroactividad.

En síntesis, los artículos 56 y 57 del Código vigente no contienen el principio de la retroactividad favorable sobre la Parte General del delito penal, que en cambio muy acertadamente se encuadran en el artículo 40. párrafo primero del Proyecto.

En el capítulo del concurso de personas en el delito, ¹⁰ el Proyecto contiene dos meritorias innovaciones; la que se refiere a los autores mediatos que se valen de un ejecutor no responsable, y la participación omisiva que ya había sido prevista en la fracción V del artículo 50 del Código Penal de 1871.

Dos variaciones de menor importancia, son las que atañen el cambio que se hizo en la responsabilidad de los que "*intervienen en la concepción*" por la de los que "*intervienen en el acuerdo*", quizá en razón de que podía violentarse la interpretación en el sentido de que el solo pensamiento o la idea manifestada eran suficientes para acarrear la coparticipación, cuando bien se sabe que ésta no es sino parte del todo, colaboración psicológica y material entre el querer y el resultado, y el acuerdo es ya el pacto, el convenio, la decisión críminosa inequívoca que liga a los concurrentes; se cambió la inducción por la instigación, aunque aquella y ésta han enmarcado siempre el consejo, el mandato, la creación y decisión de la idea criminal y el reforzamiento de la misma.

Finalmente, el auxilio posterior por acuerdo previo viene de la reforma ya aludida a la fracción IV del artículo 13 y 400 fracción IV del Código Penal vigente, estudiadas por Carrara en la "Teoría de la Tentativa y la Complicidad".

El contexto de la fracción III del artículo 28 del Proyecto, como explica la Exposición, se liga con el inculpable que sufre error de hecho esencial e invencible, que está

¹⁰ C. Pedrazzi, "Il concorso di persone nel reato", Palermo, 1952, pp. 38 y ss., sobre el autor mediato, pp. 55 y ss. "Ser partícipe no es la misma cosa que ser responsable por concurso" Battaglini, en cuanto la pura causación material es irrelevante.