
**BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL
ANTEPROYECTO DE CODIGO
PENAL DE 1949***

RAMON PALACIOS V.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma; Profesor por oposición de Derecho Penal de la Universidad de Puebla; Socio de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Puebla. Autor de la obra intitulada La tentativa. Colaborador de Criminalia y de la Revista Jurídica Veracruzana.

En todo tiempo ha existido como anhelo insatisfecho, el de procurar para un pueblo las mejores leyes y los mejores jueces. Países hay que se conforman, como Inglaterra, con los más destacados funcionarios judiciales, no tanto por su saber jurídico, por su dominio de la dogmática del Derecho, por la producción científica de profundos méritos, cuanto por alcanzar en sus fallos el ideal temporal de justicia, ya que no se trata de la lucha por el Derecho, puesto que el Derecho no es un valor, sino de la lucha por la justicia. Y eso es ya bastante, y eso es ya todo un ideal, realizado ahí, por realizar acá. Cuando la sentencia que se ocupa de la más nimia controversia agota y envuelve ese sentimiento nacional de justicia cuando es

* La Reforma Penal mexicana. Edit. Ruta 1951.

Cf. además del mismo autor "El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales", *El Nacional*, 8 de octubre de 1949.

respetable y majestuosa la verdad legal, no tanto por ser legal, cuanto por ser equitativa, y verdadera para la conciencia ciudadana, y el precedente es toda una jerarquía de definidos contornos públicos, en bien de la seguridad y la paz sociales, se puede permitir la ley obscura, la ley omisa, y la ley redundante. El poder de la ley no está en la norma escrita en su cuerpo o substancia, sino en la norma actualizada, en su voz, en su vida, en su sentido. Por ello, la mejor justicia es la inglesa para los ingleses, y lo sería para todos los pueblos que tuvieran a su favor la historia, las instituciones, los hombres moldeados por la vida y el pensamiento británicos. Pero cuando por igual tiemblan ante la inestabilidad de los fallos, gobernantes y ciudadanos, y se duda no de la vigencia o intención de la ley, sino de la majestad y preparación científica de sus intérpretes, la preceptiva ha de ser agotadora, de una claridad prístina, aunque caiga en la prolijidad o la repetición, y, porque, además, la ley, por misión propia, debe ser una prolongación de la docencia, al decir de Couture. Hasta dónde debe y puede desempeñar este menester, es el problema de origen en la factura de un código penal.

Si por imperativo constitucional no hay delito sin ley, ni pena sin ley, ni pena sin delito, la conducta humana ha de ser ineludiblemente prevista como punible para poder ser sancionada.

Quién puede ser delincuente; por qué actos puede ser estimado incurso en delito, y qué penas corresponden a cada delito y a cada delincuente, son los pilares de la construcción jurídico-penal de un Código Liberal.

El quién, representa ya un tema de filosofía de Derecho: de persona capaz, de "aptitud" para delinquir, y surge a su amparo la lucha de las escuelas.

En cuanto a lo segundo, trátase de un tema igualmente de escuela, quizá más agudo que el anterior, porque interviene no sólo la filosofía jurídica, sino la filosofía po-

lítica, para llegarse a la creación de tipos con sabor eminentemente tutelador de un régimen o de las personas en el poder; C. P. I. de 30 y Español vigente, y en cuanto al tercero, resume toda la temática del *jus puniendi*, pues el "para qué de la pena" es más importante que el *quantum* de la pena.

Cómo se explicaría y cómo se justificaría el hombre delincuente, sin decidir sobre el fin de la sanción. Por ello, ei cómo la ejecución del castigo, es parte del derecho penal.

Ahora bien, sólo la desviación del tema puede creer en la pena sin tipo, o en el tipo sin pena. Los elementos objetivos a veces mezclados con los subjetivos o normativos, o ambos de la conducta humana, son el antecedente, el objeto primo de la relación que importa la ley jurídica. la norma imputativa de Kelsen carece de existencia, si a la previsión de la conducta —deber o prohibición, entuerto, *maleficium*— no se une la sanción, la amenaza de la coerción estatal. Es tan pueril hablar de pena sin delito, cómo de delito sin pena, para los efectos de la relevancia jurídica. Una prevención a la que no sigue sanción es un propósito, una declaración, un ideal, pero no una norma de derecho positivo; y una sanción sin conducta que le preceda, es un contrasentido al igual que la anterior. No puede válidamente romperse la relación, la ausencia de uno de los términos. Aun configurada la conducta no es penal cuando no la subsigue la sanción; es "tipo-indiferente"; más bien, tipo lícito, porque lo que no es antijurídico penal es lícito penal, aunque sea ilícito de distinta índole, y como los elementos del tipo, en el contrario presupuesto, no pueden ser detraídos por analogía pues no hay voluntad de la ley si no está considerada en detalle la actuación humana, no puede llenarse el vacío de la expresión que a veces suele usar el legislador, con el manantial de la biología, de la psicología, de la sociología, o con uno de los conceptos científicos, así sea el imperante, sucede, como en el antiguo adulterio del venerable Código de '71, que no

hay tipo, y por consecuencia no hay pena. Sirve la distinción analítica entre delito y pena para fines de estudio, sin asiento en el derecho positivo.

El caso ha sido repetido; los expositores de los motivos que tuvieron para la redacción del Código Penal del Estado de Morelos, asientan: "Aborto. No consideramos indispensable proporcionar definición del delito. Sería forzoso emplear alguna médico legal que comprendiera como acciones consumativas la extracción, la expulsión y la muerte del producto de la concepción. Las dos primeras no producen, fatalmente, resultado mortal para el feto. La sanción aplicable al aborto debe ser aún más benigna que la escogida para el infanticidio". Y los redactores del Código dejaron al cuerpo legal sin la conducta típica, y colocaron una amenaza sin tipo. No hay norma jurídica, porque no es dable a la interpretación crear el tipo a base de "integración" por analogía. A veces se sancionaría la expulsión sin muerte del feto; otras la extracción sin muerte; bien la muerte del feto sin extracción ni expulsión, y la sentencia crearía un tipo penal cambiante.

Es este un problema doble del derecho penal en cuanto que el deber del legislador consiste en la técnica, en la "definición y aclaración preceptiva de aquellos problemas que, al omitirse en los textos legales, se acostumbra reservarse a la doctrina y a la jurisprudencia" (Rojina Villegas y Pérez Campos, Exp. de Mot. C. Civil de Morelos). El tipo no puede omitirse en la Ley Represiva, y sólo es una ingenua creencia el que una palabra "aborto", proporciona los elementos de la acción reprimible, porque entonces el Código Penal presentaría una adorable e inútil sencillez: el homicidio se castigará con... las lesiones serán punidas... la corrupción merecerá la pena de... y nada diría. Recordemos que "sin referencia a una figura autónoma de delito, toda disquisición jurídico-penal cae en el vacío (con la supresión de toda la Parte Especial del Derecho Penal no habría más Derecho Penal, presuponiendo, naturalmente el mantenimiento del principio *nulla poena*

sine lege), porque esas figuras de delito, a su vez, no remiten precisamente a los delitos-tipos" (Beling).

La exigencia pues del tipo, es de política constitucional; ya no se debate en el campo de las escuelas, sino en el régimen jurídico superior de la vigencia de la Carta Magna del país; y de la misma manera la necesidad de la pena estrictamente adecuada, correlativa al tipo. Es indiferente para los tipos legales, el que a la pena se le llame sanción, o que sea creada en la Ley Represiva la medida de seguridad bajo el título de pena, de sanción o con el suyo propio, al igual que se denomine delito a un estado peligroso presunto o demostrable. Jamás la jurisprudencia mexicana, aun bajo el sistema represivo de 71, que estableció estados peligrosos, como delitos típicos y medidas aseguradoras subsiguientes a delitos o a estados de peligro, ha realizado una interpretación en tal sentido que se pudiera distinguir lo que la doctrina distingue, para el efecto de amparar al peligroso, a quien se le aplicó una medida aseguradora, o de amparar al delincuente para que no fuera objeto de medidas asegurativas.

Hay más, el Código vigente enumera las "penas y medidas de seguridad", y a veces en las figuras, amenaza con medidas aseguradoras, o en general, las que prevé para ciertos sujetos delincuentes —artículo 65— y nunca la Sala Penal de la Corte Suprema del país ha declarado n-constitucionales tales preceptos.

Ha hecho bien la Comisión Revisora del Código de 31, en definir "exhaustivamente" los tipos, a veces, como en el delito de lesiones, recordándonos el artículo 89 del Código Penal argentino, evitando las discusiones surgidas en torno al tema,¹ resumidas brillantemente por Soler. Así, el juez no encontrará resquicio alguno por el que puedan escapar de la punición acciones de esa naturaleza, ganándose en precisión y elegancia, con relación al Código de 71 y al vigente.

¹ Cf. notas 53 y 80.

Viene en seguida el tema de lo que puede y lo que debe ser incluido en el Código. Frecuentemente oímos decir que un Código Penal no es un Tratado, que debe huir de las definiciones en la parte general, reservadas a la cátedra, a la doctrina, a los fallos jurisprudenciales; y uno de ellos es el de las formas de la culpabilidad.

El Código vigente no las define, las enuncia;² y cuando quiere circunscribir su ámbito, lo hace a base de esa desquiciante fórmula negativa del artículo 9,³ que comprende el dolo de consecuencia necesaria, el dolo eventual, y la culpa — con previsión o sin ella (Ruiz Funes y Asúa). Pero su examen conduce a la contradictoria conclusión de que el legislador ha dicho en la ley que el dolo se presume aunque se pruebe que hay dolo de consecuencia necesaria; que existió en el caso dolo eventual; que medió culpa con previsión o culpa sin previsión. La jurisprudencia ha tenido que suprimir la norma parcialmente, en calidad de legislador, para atemperar las funestas consecuencias que acarrearía la observancia de esta norma. ¿Por qué razón de lógica, de doctrina o de tradición habría de conservarse este precepto? A nosotros nos parece que la redacción de los artículos 7 y 8 del Anteproyecto ha perdido con el siguiente precepto legal,⁴ que conservando la esencia del anteriormente relacionado, vuelve inútil los primeros.

*La definición del dolo, de la ultraintención y de la culpa se imponía.*⁵

A la confusión reinante en la Ley de 31 —seguida por los Estados, unos directamente (Aguascalientes entre otros) al adoptar íntegramente el Ordenamiento Legal, algunos más al copiar impudicamente sus preceptos, haciendo una mixtura detonante de artículos o institutos

² Cf. artículo 8o.

³ Cf. nota 4.

⁴ Cf. notas 2, 3, 20 y 22.

⁵ Cf. nota 72.

del Código citado con lo extraído por la imaginación inducta de sus redactores o con lo segregado sin sistema ni técnica del Código de Yucatán—, respondió desde hace tiempo la jurisprudencia de la Corte, enviando atinadamente el precepto al cuarto de trebejos e imponiendo sus propios conceptos sobre dolo y culpa y fincando la seguridad jurídica al determinar los caracteres de cada una de las tónicas del delinquir. Si la jurisprudencia ha tenido que salir garante de la fuerza del derecho, frente a los desatinos del legislador no hay por qué conservar la Ley, y así, quemaremos una vez más en nuestra vida pública una tradición inservible que nos había llegado desde el 71; pero debe advertirse que para la comprensión exacta del dolo, bastaba con la inclusión del de consecuencia necesaria que retorna en la primera hipótesis del artículo 9 del Anteproyecto.

Ahora bien, para el dolo directo no basta, por sí, ni la representación ni la voluntad, ni el deseo, como con desafinada actitud lo hace el Código de Veracruz, sino la representación y el querer, pero es indudable que sólo se puede querer lo que se ha representado; se necesita, asimismo, la representación “de la situación futura”, y el quererla; cuando existe aquélla pero falta la dirección consciente de la voluntad, o no se previó el excedente previsible, se está ante el delito preterintencional.

Si los efectos son posibles ligados a una ilícita actitud del sujeto frente a ellos, la teoría “de la motivación” de Meyer, la “egoísta indiferencia ante el evento delictivo que el sujeto preveía como posible” (Soler), aparece en separación sutil pero captable de la culpa con previsión en que se tenía la esperanza de evitar el evento dañoso, del dolo eventual.

Citemos los Códigos de las Repúblicas del Ecuador y del Uruguay. El primero da una definición engorrosa del dolo y apropiadas del delito preterintencional y de la culpa: el segundo define correctamente el dolo directo; res-

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 irración 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 entrechocan conceptos sobre el