

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 criminosa 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 Tenativa y la Complicidad".

El contexto de la fracción III del artículo 28 del Proyecto, como explica la Exposición, se liga con el inculpa- ble 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 mediatos, 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.

enlazado con la exculpante de la fracción IX del artículo 23 del citado Proyecto y que hasta ahora la jurisprudencia de la H. Suprema Corte ha detraído de la interpretación sistemática. Por lo mismo estas dos referencias al error de hecho son un acierto.

La comunicabilidad de las circunstancias del delito ha quedado regulada por los artículos 30 y 31 del Proyecto.¹¹ Lo único que ha cambiado entre el artículo 54 del Código vigente y el 31 del Proyecto, es la referencia de aquél a las circunstancias del hecho u omisión, mientras el artículo 31 alude a las circunstancias del delito, sin que por ello se entienda una innovación o retroceso puesto que si bien las circunstancias del delito atañen a todos los tipos, también lo es que en las circunstancias personales la disciplina es opuesta. Quiere decir que las modalidades de tiempo, lugar, medio y forma del delito que se reflejan en la pena y cuya ausencia deja invariado el tipo (circunstancias de hecho), tradicionalmente se han considerado comunicables entre los partícipes, y opuestamente las relaciones personales que mudan el tipo (parricidio, infanticidio específico) requieren el conocimiento y voluntad, el dolo específico, puesto que se trata propiamente de un fin, motivo o causa que colorea la culpabilidad.¹² En consecuencia, la ausencia de dolo por el simple desconocimiento o el error esencial sobre las circunstancias personales hace cambiar la figura delictiva (de parricidio a homicidio; de peculado a abuso de confianza).

Un tratamiento sistemático de las circunstancias y del error hubiese sido recomendable, sin llegar al casuismo de los artículos 59, 60, 110 a 114 del Código Rocco.

No se quiere pensar en que el estado actual de la administración de justicia aconseja volver a las viejas reglas del Código 71 sobre las circunstancias y las atenuantes y agravantes. Tal sendero adopta el mencionado Código Rocco al

¹¹ Pannain, "Gli elementi . . .", 1936, p. 170.

¹² Manzini, "Trattato", 1937, I, 623.

que acudimos con extrema frecuencia por su prestigio científico y la supervivencia de que disfruta a pesar de haber sido elaborado y entrado en vigor en el año de 1938 en el cenit del fascismo, lo que significa que destruidos los delitos políticos que indebidamente consignaba el Ordenamiento, no ha podido ser substituido a pesar del intento de 1949, y ello por el valor intrínseco del Código y por su interpretación judicial.

Una clasificación legal que recogiera las enseñanzas doctrinarias, corría el riesgo de suscitar una estéril discusión. Vgr., en las causas de justificación enumerar el estado de necesidad habría sido poco valioso en cuanto a sus repercusiones en la reparación del daño. Altavilla decía con justeza que debe quedar impune la muerte causada al inocente en estado de necesidad, pero que nadie podrá afirmar en cambio que sea legítima (Ibidem, Mezger, Tratado, II, p. 200); catalogar el estado de necesidad cuando se sacrifica un bien de la misma o de menor entidad, como acertadamente prevé la fracción IV del artículo 23 del Proyecto "*... en algunos casos como causa de inculpabilidad por inexigibilidad*", es salvar acertadamente la acción civil, sin caer en las susodichas definiciones que con interpretación gramatical provocarían situaciones de dudosa precisión. La Exposición de Motivos, con el término *en algunos casos* deja colar una duda, que también enuncia respecto de la obediencia legítima y jerárquica ("*... que puede originar en casos particulares otro aspecto negativo del delito*"). Por eso quizá resulte poco razonable el rubro del Capítulo Tercero que declara "*Exceso en las causas de justificación*", enumerando el consentimiento del titular; el ejercicio del derecho, la legítima defensa, *el estado de necesidad*, el cumplimiento del deber y la obediencia jerárquica.

Las presunciones de legítima defensa que se inspiraron en el Proyecto Peco a que en otra ocasión nos referimos, reproduce la idea central contenida en el inciso IV del artículo 15 del Código Penal vigente; idea que según algunos de nada sirve. Para nosotros es guía difícil de eludir para

la defensa, para el Fiscal y para el Juzgador.

El consentimiento del titular del derecho está perfectamente delimitado en la fracción II del artículo 23 y la Exposición de Motivos invoca la necesidad de que los bienes sean jurídicamente disponibles.¹³

El error de hecho esencial e invencible que había aceptado la jurisprudencia interpretativa sistemática, glosada por la Exposición de Motivos, también deja libre la acción civil por ser simple causa de inculpabilidad. El error de derecho, no de ignorancia, que produjera una falsa apreciación sobre la antijuricidad debería exculpar (Mezger, II, pp. 149-150). La fracción X sería el miedo grave (fracción IV del Art. 15 vigente), en el que, sabemos, la causa puede no existir pero sí fundadamente condiciona la conducta.

Para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas de derecho privado, se había encontrado el escollo procesal. Repetidamente se dijo que no podía ser llamada a juicio, oída y condenada la sociedad, exagerando la teoría de Kelsen sobre dichas instituciones. Sólo de esta manera podría explicarse que para condenar a la persona moral habría que llamar a juicio a todos y cada uno de los socios (Arts. 14, 16, 19 Constitucionales), cuando verdaderamente y tomando en consideración de que es la persona jurídica colectiva de derecho privado la que "facilita los medios para la comisión de un delito", es claro que si los representantes de la corporación abusaron de sus poderes, no actuaron sólo en lo personal y su representada debe soportar también las sanciones del delito, que no pueden ser sino la de la suspensión o extinción de la Sociedad. Sin perjuicio de que los socios recuperen su patrimonio y puedan formar otra Sociedad.¹⁴

Tal vez la intervención oficial del Ejecutivo de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, confor-

¹³ Delogu, "Il consenso . . .", 1936.

¹⁴ Jiménez de Asúa, "El criminalista", T. VIII, p. 166.

me a los artículos 160, 165 fracción VIII, 168 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, podría evitar respecto de éstas los delitos que aparecen cometidos en su nombre.

De todas maneras, lo único que perderían los socios al decretarse la disolución de la Sociedad con la prohibición de ejecutar determinadas operaciones, sería el derecho de continuar formando parte de esa corporación; derecho muy discutible por el mal uso de los poderes de los representantes. En fin, que si se combate la medida de seguridad, habría que pensar en la intervención y liquidación a que antes aludimos, por parte del Ejecutivo.

I I I

Las penas y medidas de seguridad se conservan idénticas a las del Código 31. La prisión se reduce hasta 30 años; la pena en los delitos preterintencionales es hasta tres cuartas partes de la sanción del delito doloso, sin precisar si las tres cuartas partes del máximo, como en la tentativa, o las tres cuartas partes del término medio, mientras la Jurisprudencia se ha referido en hipótesis análogas a las tres cuartas partes del término medio para los efectos de la libertad caucional.

En el delito culposos que causa homicidio o lesiones graves a dos o más personas, la pena será de tres días a veinte años de prisión, etc., mientras que en la reforma del artículo 60 del Código vigente, la prisión es de cinco a veinte años tomando en consideración si la culpa es grave, lo cual ha sido eliminado del párrafo 2o. del artículo 63.

En la tentativa imposible se aplica pena y no medida de seguridad.

La conmutación ahora es hasta por pena de seis meses, y en el Proyecto abarca la prisión que no exceda de un año; la libertad condicional (libertad preparatoria) que-

da sujeta atinadamente a la Ley de Ejecución de Sanciones, en tanto que el artículo 84 vigente legisla sobre ella. Crear el Juez de sobre vigilancia la condena condicional (suspensión condicional de la sanción), agrega a los requisitos actuales, "que no concurren circunstancias que evidencien su peligrosidad" por lo que se hará necesario crear los institutos respectivos.

La reparación del daño tan vigorosa y certeramente defendida por el Doctor Mariano Jiménez Huerta,¹⁵ ha sido recogida en el Proyecto, y así como en la materia civil la cuantificación es motivo de incidencia pero no elemento de la acción de daños y perjuicios (Ejecutoria de la Sexta Epoca pronunciada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Volumen XXV, p. 118, D. 3428/58, quejosa V. G. R., unanimidad 5 votos), también en lo penal debe seguirse el mismo criterio. La instancia del Doctor Jiménez Huerta para que las leyes penales extiendan la obligación a los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o substancias peligrosas, es un trasunto del artículo 1913 del Código Civil Federal. La H. Suprema Corte se inclinaba ante las lagunas de la Ley vigente a condenar por ejemplo a la reparación del daño en caso de homicidio, aplicando por analogía las normas del Derecho Laboral; la misma jurisprudencia, en los delitos patrimoniales ha sostenido certeramente que la reparación del daño implica en primer término la restitución de la cosa (objeto o dinero) y que el arbitrio para fijar el monto sólo existe cuando no hay juicio pericial, o cuando el objeto no es susceptible de valuarse; en una palabra las nuevas orientaciones del Proyecto son en este Capítulo meritorias. (Suplemento de 1956, 5447/53; T. CXVII, p. 1463, D. 58/953; T. CXXIV, p. 1002, D. 402/955).

En lo que atañe a la prescripción, se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público y Judiciales, y ya sabemos lo que son actos procesales según la doctrina. La omisión de la Ley vigente sobre las actuaciones del Minis-

¹⁵ Jiménez Huerta, "Revista Mexicana de Derecho Penal", Julio, 1963, pp. 37 y ss.

terio Público había dado lugar a no considerárselas como interruptoras; nosotros, en interpretación extensiva que luego encontramos en el Código Penal del Estado de Tamaulipas, las incluimos dentro de ese Capítulo.

IV

(El Código se ha quedado demasiado cerca, porque debió abordar el tema, siquiera en la Exposición de Motivos de los Tratados Internacionales para extradición, conforme al 119 de la Constitución Federal, puesto que el Tratado vigente con los Estados Unidos de Norteamérica, que es el más frecuentemente aplicado, data de 1899, y son innumerables los defectos técnicos que contiene. Asimismo, la Convención de Montevideo de 1933 debía ser objeto de un examen de conjunto).

En el ámbito nacional, frente a los que posiblemente ataquen de audaz al Proyecto de 63, nosotros creemos que dicho Proyecto es moderado y casi peca de timidez, porque se abstiene de destruir una serie de preceptos de las leyes especiales, que siguen constituyendo rémoras de la administración de justicia. La tipicidad y la co-delincuencia, por ejemplo, reguladas por los Arts. 96 a 99, 101 a 105, 106 a 109 y 111 a 113 de la Ley de Quiebras (las habíamos denunciado como perniciosas en nuestra sentencia de 21 de febrero de 1963, Toca Penal 34/962 "C". C.M.C.G.), con un tratamiento singularmente feliz y extenso el Profesor Jiménez Huerta ataca estos mandatos y duda de la tipicidad en la suspensión de pagos fraudulenta o culpable, denunciando los defectos de la coparticipación y de los requisitos de procedibilidad en las quiebras. (El espléndido Tomo IV, "Derecho Penal Mexicano", pp. 350 y ss.).

La misma tarea debió emprenderse sobre la Ley de Vías Generales de Comunicación. La Ley Forestal, por segunda vez reformada —Arts. 127 en superficie mayor de 10 hectáreas; aprovechamiento a 200 m.³ la de manos recibe otra pena menor de 5 hectáreas—; usar martillos fal-

sos, documentos falsos, en menos de 10 has.; compra por encubrimiento de casuismo aterrador y con norma específica de prescripción Art. 146), etc.— y los artículos 228, 229, 233, 234, 267, 270, 265, 276, 282 y relativos del Código Fiscal de la Federación, verdaderamente delirantes, que la Comisión se abstuvo de enjuiciar y a los que tácitamente les prestó silencioso aval.

Podemos decir con la más absoluta convicción que el recorrido fugaz que hemos hecho de la Parte General del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, nos reveló el avance técnico científico de muy profundas reformas a la legislación vigente.

El Proyecto recoge instituciones de la legislación penal de 1871, de 1929, y de la vigente de 1931; la actitud de los doctos comisionados no es iconoclasta; la actitud tampoco es de un conservadorismo retrógrado, sino que armoniza las viejas corrientes legislativas-jurisdiccionales con las modificaciones inaplazables que imponen las nuevas doctrinas, las lagunas cubiertas por las sentencias de la H. Suprema Corte y por el consenso político-social y económico del País.

Aun siendo tan meritoria la labor encerrada en la Parte General del Proyecto, consideramos superior la tarea desenvuelta en la Parte Especial del mismo Código. A esta última dedicaremos otras líneas.

C

*

El Buen Juez.

La Teoría Pura en el Derecho Penal.

El Tratado de Derecho Procesal Civil de don Eduardo Pallares.