



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO JURIDICO DE LA
PRETERINTENCIONALIDAD**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA AUXILIAR DE
EXÁMENES PROFESIONALES

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
GENARO R. QUINTERO BUCHELI



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION 1

CAPITULO I 4

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

- a) La Venganza Privada
- b) El Derecho Romano
- c) Etapa Científica

2.- CONCEPTO

3.- ELEMENTOS POSITIVOS

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Punibilidad

4.- EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

CAPITULO II 52

LA CULPABILIDAD

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

- a) La Venganza Privada
- b) El Derecho Romano
- c) Escuelas Clásica y Positiva

2.- TEORIAS

- a) Teoría Psicológica
- b) Teoría Normativa

3.- CONCEPTO

4.- INCULPABILIDAD

CAPITULO III

70

FORMAS DE LA CULPABILIDAD

1.- EL DOLO

- a) Concepto
- b) Especies
- c) El Dolo en el Derecho Positivo

2.- LA CULPA

- a) Concepto
- b) Especies
- c) La Culpa en el Derecho Positivo

3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD

CAPITULO IV

96

LA PRETERINTENCIONALIDAD

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

2.- CONCEPTO Y ELEMENTOS

**3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO**

4.- DELITOS PRETERINTENCIONALES

5.- JURISPRUDENCIA

CONCLUSIONES

136

BIBLIOGRAFIA

140

I N T R O D U C C I O N

Es nuestro interés realizar una Tesis Profesional para obtener el Título de Licenciado en Derecho, bajo el nombre de Estudio Jurídico de la Preterintencionalidad; estimando de vital importancia determinar sus antecedentes históricos, su concepto y elementos que lo integran, la forma como está prevista en el Derecho Positivo Mexicano, los delitos en donde puede presentarse esta institución y la jurisprudencia que se ha instituido al respecto.

Se trata de una figura jurídica encuadrada dentro del Derecho Penal, que consideramos novedosa al ser incluida recientemente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; con antecedentes en la doctrina, textos legales nacionales y extranjeros, por ello, estimamos indispensable un amplio estudio de esta institución.

Al no ser comprendida en el Código Penal para el Distrito Federal de 1931, hoy día tiene gran relieve su análisis para su debida comprensión y aplicación, tanto en el ámbito administrativo, por lo que hace a la actuación de las Procuradurías General de la República y de Justicia del Distrito Federal; como en el Poder Judicial en los fueros de su competencia.

Importante antecedente lo encontramos en la vigente legislación penal del Estado de Veracruz, que en su artículo 60 párrafo tercero, plasma la figura de la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad.

Así, el citado ordenamiento establece: "Existe preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso -

causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado".

El propio Código Penal para el Estado de Veracruz, nos da la punibilidad que corresponde a este tipo de ilícitos, en su artículo 56, que ordena: "Los delitos preterintencionales y en tentativa, serán sancionados atendiendo a lo dispuesto por el artículo 50, tomándose como base la sanción que correspondería al delito si hubiese sido intencional".

De esta forma, toma importancia la normatividad que sobre esta institución hace el Código Penal para el Distrito Federal, que en su artículo 60 fracción VI, señala: "En caso de preterintención, el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

Con esto, la preterintencionalidad adquiere su verdadera autonomía, al ser sancionada con independencia en relación a los delitos cometidos en forma dolosa o culposa.

Hay juristas que niegan a la preterintencionalidad su carácter de tercera especie de la culpabilidad, como lo son LUIS JIMENEZ DE ASUA y FERNANDO CASTELLANOS TENA, sin embargo, nosotros sí estimamos que sea una forma de ésta, independiente del dolo y de la culpa.

Los delitos en los que frecuentemente encontramos a la preterintencionalidad, son los que nuestro Código Penal denomina: "Delitos contra la vida y la integridad corporal"; principalmente en las lesiones, homicidio y aborto.

Sería posible que en el desarrollo de nuestro trabajo, pudiera variar mi pensamiento con respecto a la preterintencionalidad, no obstante me atreveré a definirla como: La voluntad - del sujeto activo de causar un daño típico y antijurídico, apareciendo éste sumamente desproporcionado con relación al medio empleado.

Antes de concluir estas palabras preliminares, nos parece conveniente aclarar que el presente trabajo está encaminado a - analizar la forma en que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, regula a esta institución.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

- a) La Venganza Privada
- b) El Derecho Romano
- c) Etapa Cientifica

2.- CONCEPTO

3.- ELEMENTOS POSITIVOS

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Punibilidad

4.- EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

Para obtener una visión clara del delito, comenzaremos su estudio analizando sus aspectos generales, que comprenden: antecedentes históricos, concepto, elementos positivos que lo integran y la forma como se encuentra regulado en nuestro Derecho - Positivo.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Es importante revisar los antecedentes históricos del delito, para comprender en forma completa su evolución, ya que esta institución ha pasado por varias etapas, como queda demostrado en la Historia del Derecho Penal.

Las etapas por las que ha atravesado el delito y a las que hemos de referirnos por su importancia, son: el estadio de la - venganza privada; el período del Derecho Romano, abarcando los principales ilícitos que reguló esta legislación; y, la época - llamada científica con las Escuelas Clásica y Positiva del Derecho Penal.

a) La Venganza Privada

La venganza privada se presenta en la remota antigüedad, - en donde el hombre actúa por medio de su instinto de supervivencia, sin preocuparse por ordenar su conducta, pues para él lo principal es su supervivencia, antes que su relación con otras personas. Se restringe el comportamiento del hombre cuando éste se relaciona con grupos diversos a su familia, es decir, su vida se ve limitada por el quehacer de otros individuos, cada uno de los cuales tiene su territorio y si no se le respeta surge - una confrontación, alterándose con ello el orden de la comunidad.

A esta primera forma de Derecho Penal, evidentemente muy primitiva, pero ya con ciertas reglas que le dan esa conotación CASTELLANOS TENA suele llamarle: "... de la venganza de sangre o época bárbara, y se caracteriza por el impulso de defensa ante un ataque injusto".(1) Para FRANCISCO BUENO ARUS, debe denominársele: "De la venganza privada, en la cual es competencia - de la víctima o de sus familiares vengar las ofensas recibidas".(2)

En cambio, IGNACIO VILLALOBOS considera: "Al organizarse - los grupos para protegerse y hacerse justicia por si mismos, no se está todavía frente a una etapa del Derecho Penal".(3)

-
- (1) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 10a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México - 1976, pág. 33
 - (2) BUENO ARUS, FRANCISCO. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios, Universidad de Madrid, pág. 4
 - (3) VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, 4a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1983, pág. 24

Nosotros si creemos que esta época puede tomarse como antecedente del Derecho Penal, puesto que regula, aunque en forma primitiva, el castigo que debía imponerse a un agresor, aplicando la persona encargada de ejecutar la venganza el poder físico, el cual varía de caracteres según las costumbres de cada pueblo. Al respecto, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS nos dice: "La venganza no se presenta en todas las sociedades en la misma forma, ni en el mismo tiempo. Se encuentra como la primera forma de pena la venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. Así, la expulsión del delincuente se entendió como el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al condenado en situación de absoluto abandono y convertirlo, a su vez, en víctima propia de las agresiones de otro grupo social".

El propio autor agrega: "Se practicó la expulsión para evitar la venganza de la tribu afectada y no surgiera una batalla, extendiéndose posteriormente la sanción cuando había un hecho violento realizado por una persona en contra de otro miembro perteneciente al mismo clan".(4)

En un principio, sólo se castigaba a un miembro de la tribu al dañar los intereses de otro grupo, para que no se sucitara una conflagración entre las tribus, pero con el tiempo la comunidad ve la necesidad de protegerse en su interior y castiga también con la expulsión a personas de su clan, si éstas atentaban en contra de sus propios miembros.

En el primer caso, el agresor era expulsado de su tribu y

(4) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal, 2a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1967, pág. 37

se le dejaba desprotegido, puesto que su conducta puso en peligro la integridad de su clan y éste espera que con la pena impuesta, la otra tribu se dé por satisfecha ante el daño sufrido. O bien, al quedar desamparado el infractor, el otro grupo pueda castigarlo conforme a sus propias reglas. En el segundo supuesto, cuando el sujeto lesiona a su tribu, la lesión debe ser de tal gravedad que se imponga la necesidad de expulsarlo, ya sea para prever una nueva agresión o por determinar que ese individuo es indeseable a la sociedad.

La función de castigar recaía en los particulares, "mas no toda venganza —escribe CASTELLANOS TENA— puede estimarse como —antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, aceptando su derecho a ejercitarla".(5)

Es indudable que se trató de una venganza privada o de sangre, ya que comenzó a darse como castigo a los delitos en contra de las personas, tal es el caso del homicidio y las lesiones, a los que actualmente aún se les denomina de sangre. Y sobre todo porque se ejercía por el propio ofendido o sus familiares, pero sin que se contara con autoridad alguna para imponer la pena.

Respecto de a quien correspondía imponer la sanción, escribe PESSINA: "Quien rompe la paz, lesiona, hiere o mata, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tiene

(5) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 32

derecho el ofendido a la guerra, derecho que a su vez lleva a - constituir un deber de venganza familiar".(6)

Concluimos que la venganza privada podía ejecutarse en forma individual o colectiva, pero siempre por conducto de los particulares; dándose la primera, en aquellos hechos que perjudicaban levemente a un miembro de la tribu; y la segunda, por atrocidades en los grandes crímenes.

Pero la sanción no sólo al agresor se imponía, BUENO ARUS cita: "La venganza puede ejercitarse contra el ofensor, contra sus familiares o incluso contra todo miembro del grupo social - al que perteneciera: Con el paso del tiempo el ejercicio de la venganza privada se fue limitando (disponiéndose que la sanción no excediera del daño recibido), a esto se le conoció con el nombre de principio del Tali6n".(7)

La Ley del Tali6n fue la primera gran forma de regular los hechos delictivos, tomando como medida, para imponer la pena, - el resultado del delito; surge como una necesidad de limitar la venganza privada, pues en muchas ocasiones el perjudicado se excedía causando mayor daño que el recibido. Para SEBASTIAN SOLER, "... hubo necesidad de limitar la venganza y así apareci6 la f6rmula del Tali6n de ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo s6lo reconocía al ofendido el derecho - de causar un mal de igual intensidad al sufrido. El sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en conse-

(6) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., págs. 37 y 38

(7) BUENO ARUS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 3

cuencia, envuelve ya un desarrollo considerable en el campo penal".(8)

Otro elemento regulador de la pena, lo es sin duda, el concepto de retribución que establece el Código Hammurabi, al extender la sanción a personas distintas del culpable, pretendiendo que la compensación fuera perfecta. Este Código tenía la virtud de haber distinguido algunos delitos entre dolosos y culposos, y no haber castigado hechos sucitados por un caso fortuito lo que daba por resultado un Derecho más justo. Sin embargo, tenía el gran defecto de poder aplicar una pena a personas diversas del delincuente, como en el caso de que un sujeto matara a un menor, el padre de éste podía matar al hijo del agresor.

"Después de la venganza privada surge la venganza pública -afirma BUENO ARUS-, ésta se ejercita contra los autores de perjuicios, no a particulares, sino a la sociedad considerada como un todo, es decir, a agentes de delitos que se pueden considerar políticos o religiosos. La venganza pública tenía un sentido sacral o religioso, porque en definitiva se trataba de aplacar a la divinidad protectora de la tribu o del clan, ofendida por la acción del delincuente. Paulatinamente, la venganza pública asume también el castigo de los delitos cometidos contra los particulares, a quienes el poder político va despojando de la facultad de castigar a los delincuentes".(9)

Para concluir, diremos que la venganza privada se dió como un mero instinto de conservación y la pena más grave fue la de

(8) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., págs. 32 y 33

(9) BUENO ARUS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 3

expulsar al agresor del grupo social. Surge posteriormente la -
venganza privada, ambas con mayor crueldad que el delito mismo;
siendo reguladas al paso del tiempo, por reglas contenidas en -
el Código Hammurabi y la Ley del Tali6n, que por infames que -
nos parezcan hoy dfa, fueron en su tiempo avances considerables
para tratar de lograr la justicia en la imposici6n de las san-
ciones.

La venganza privada se va extinguiendo con el nacimiento -
del poder polftico, que asume la facultad de castigar los deli-
tos y con ello aparece la venganza p6blica, regulada primordial
mente en el Derecho Romano.

b) El Derecho Romano

Es de vital importancia hacer un breve estudio del antiguo
Derecho Romano y de las principales figuras delictivas que 6ste
regul6, dado que su Derecho es la base jurfdica en nuestros or-
denamientos penales. Si bien es cierto que en el Imperio Romano
se presentaron las formas de venganza privada, su legislaci6n ,
por ser escrita, es la base del Derecho moderno.

La primera codificaci6n romana de gran relieve est6 repre-
sentada por la Ley de las Doce Tablas, que es un Derecho escri-
to, surgido a consecuencia de las luchas de los plebeyos en con-
tra del Derecho consuetudinario de los patricios. En esta Ley,
ya se diferenciaban los delitos p6blicos de los privados; nace
este ordenamiento por el a6o 462 a. de J.C., cuando el Tribuno
Terentio Arsa, como consecuencia del descontento popular, de-

clara que el Derecho debe ser escrito, dando con ello seguridad jurídica a las personas, principalmente a los desprotegidos.

En cada una de las Tablas se regulaba un Derecho en especial; por ejemplo, en la Tabla VIII se hacía referencia al Derecho Penal, con las características del Talión para las lesiones graves y tarifas de composición para las lesiones leves. Toma en consideración -escribe GUILLERMO FLORIS MARGADANT- "la diferencia entre delitos dolosos y culposos, conceptos de gran trascendencia para ese tiempo; regulando principalmente el delito de daño en propiedad ajena culposo y, por otra parte, agravaba la pena para delitos que afectaban el interés público, como son el testimonio falso o la corrupción judicial".(10)

Al constituirse el Estado Romano, íntimamente ligado con la religión, encontramos que un delito podía cometerse en contra de los particulares o del Estado mismo. Ya en esta época empieza a darse el paso del Talión a la composición, para delitos menores, entendiéndose por ésta una sanción pecuniaria en favor de la víctima y en muchas ocasiones como multa en favor del gobierno.

Para nuestro estudio, tiene gran importancia el hecho de que se hayan regulado los elementos de reproche imputables al delincuente y que se conocen en la doctrina como especies o formas de la culpabilidad, cuando se establecía que la conducta podía darse en forma dolosa o culposa, imponiéndose en cada caso una pena diversa y entendiéndose los hechos culposos como menos

(10) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. El Derecho Privado Romano, Sa. Edic., Edit. Esfinge, S.A., México 1974, pág. 49

graves.

Para EUGENE PETIT, "... el delito en el Derecho Romano es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban daño a la propiedad o a la persona de los particulares y estos hechos eran regulados primordialmente, como ya se dijo antes, por la Ley de las Doce Tablas".(11)

Pero, cuando un delito era cometido en contra de la persona o propiedad de los particulares y por alguna razón afectaba a la sociedad romana, podía dársele el carácter de delito público, siendo éstos los que afectaban directa o indirectamente los intereses del gobierno romano, ya en su seguridad o en su organización religiosa o militar.

FLORIS MARGADANT nos dice: "El Derecho Romano era en realidad una mezcla de reglas primitivas, como la muerte dada al deudor incumplido a no ser que el acreedor prefiriera venderlo como esclavo, y otras, sorprendentemente progresistas, como la ya mencionada de diferenciar la pena por el delito de daño en propiedad ajena, cometido por incendio, causado por malicia o por descuido, sobre todo si tomamos en cuenta que en ese tiempo solía sancionarse el resultado sin tener en cuenta la intención del agresor".(12)

La Ley de las Doce Tablas, establecía principios generales

(11) PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano, - Trad. de la 9a. Edic., por D. JOSE FERNANDEZ GONZALEZ, Edit. Saturnino Calleja, S.A., Madrid, pág. 454

(12) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., pág. 51

que debemos considerarlos con las reservas del caso; siendo los principales: que el Derecho fuera escrito; que todos son iguales ante la Ley; que nadie podía ser ejecutado sin proceso y procedía la apelación a la sentencia de muerte; que las únicas personas obligadas por los delitos son los responsables de sus actos (se excluyen a los locos, impúberes en infancia, etc.) y que se conocen hoy día como imputables.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, toma algunos de estos principios romanos, así, la proclama en su artículo 2o establece: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra in dole..."; y el artículo 7o, ordena: "Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley". Con esto observamos la importancia del Derecho Romano en nuestros días.(13)

De lo citado anteriormente, encontramos que los elementos principales del delito en el Derecho Romano, aún vigentes, son: la conducta, que puede ser de acción u omisión, intencionada o imprudente (culpabilidad); que sólo puede darse en personas capaces (imputabilidad); hechos que estuvieran previstos en la ley (tipicidad); que afectaran a las personas o propiedades, pú blicas o privadas (antijuridicidad); y la pena representada por el Talión o en forma de composición (punibilidad).

Completaremos las características del delito en Roma, agre

(13) SEARA VAZQUEZ, MODESTO. Derecho Internacional Público, Edit. Porrúa, S.A., 9a. Edic., México 1983, pág. 474

gando que los ilícitos públicos eran perseguidos de oficio por las autoridades y castigados con penas públicas, como la decapitación, el ahorcamiento en el Arbol Infélix, lanzamientos desde la Roca Tarpeya, etc., y en general tenían un origen militar o religioso. Por otra parte, los delitos privados se perseguían a instancia del ofendido, dando lugar a una multa privada a favor de la víctima o aplicando el Talión.

Dejando a un lado los delitos comprendidos en el Derecho - Sacro, estudiaremos las tres principales figuras delictivas del Derecho Romano, mismas que tienen vigencia en nuevas legislaciones, siendo éstas el robo (*furtum*); el daño en propiedad ajena (*damnum iniuria datum*); y la injuria o lesiones (*iniuria*).

Respecto al robo, FLORIS MARGADANT cita: "Etimológicamente *furtum*, relacionado con *ferre*, es llevarse cosas ajenas, sin fundamento ni derecho. Sin embargo, la idea se fue extendiendo al campo de acción del delito, partiendo del llamado *furtum rei* - llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa; y por medio del *furtum possessionis*, se agregaba la idea de robo si el mismo propietario de una cosa, la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla " .

(14)

De los elementos dados por el maestro FLORIS MARGADANT, podemos hacer una comparación con las figuras delictivas de robo, abuso de confianza y fraude, que previene nuestro Código Penal para el Distrito Federal y de esta forma comprobar la influen-

cia que tiene el Derecho Romano en nuestra legislación.

El artículo 367, establece: "Comete el delito de robo el - que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley". El artículo 383, fracción I, ordena: "Se considera abuso de confianza para los efectos de la pena, el hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con carácter de depositario". Y el artículo 386, señala: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".(15)

Con respecto al *furtum*, encontramos que tiene como elementos primordiales: el llevarse (apoderarse) cosas ajenas sin fundamento ni derecho; el aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto (cosas muebles) ajeno; retirar la cosa, siendo el propietario, cuando otra persona tenía derecho de poseerla; y, que la conducta siempre se presenta en forma dolosa.

"El *furtum* -escribe EUGENE PETIT-, comprende el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad de su propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión, comprendiendo un hecho o acto de apoderarse de una cosa y su disposición (negarse a devolverla); una intención fraudulenta, es decir, la conciencia del ladrón de obrar con fraude; y, tener como objeto cosas corpóreas".(16)

(15) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Librerías Teocalli, México 1984, págs. 99, 102 y 103

(16) PETIT, EUGENE. Op. cit., pág. 454

Nuestro Código Penal considera igualmente, que los delitos de robo, abuso de confianza y fraude, comprendidos en el *furtum* romano, sólo pueden cometerse en forma dolosa.

Con relación al *furtum*, PAULO nos dice: "... es el aprovechamiento doloso de una cosa, para obtener una ventaja; robando se la cosa misma, su uso o su posesión. Estando su pena regulada por la Ley de las Doce Tablas, en donde se establecía que el ladrón perdía la libertad si era libre; con la condición de esclavo perdía la vida; y se perseguía por medio de dos acciones: la primera, la *poenae persecutoria*, por medio de la cual, la víctima trataba de obtener una ganancia, prevista como multa - privada; la segunda, la *rei persecutoria*, por la que el ofendido procuraba recuperar el objeto robado o de obtener la indemnización correspondiente".(17)

Una vez analizado el delito de *furtum*, pasemos al estudio de otro delito previsto en el Derecho Romano y que es el llamado *damnum iniuria datum* o daño en propiedad ajena, que EUGENE PETIT denomina: "Daño causado injustamente, que debe entenderse como aquel perjuicio que se causa a una persona, sin derecho; o atacando su propiedad, debiéndose reparar en este caso el daño causado, en provecho de la víctima".(18)

"En primer lugar -dice FLORIS MARGADANT-, mientras en el - antiguo Derecho se exigía la comisión por medio de un acto positivo para que existiera el ilícito y se diera por tanto la denominada *actio Aquiliane*, el Derecho Clásico extiende esta acción-

(17) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., págs. 433 y 434

(18) PETIT, EUGENE. Op. cit., pág. 455

aún a casos de omisión, como cuando alguien mataba de hambre a un esclavo que se hallaba a su cuidado".(19)

Ejemplos concretos de delitos de daño en propiedad ajena, nos los muestra el catedrático RAUL LEMUS GARCIA, encontrando - en el precepto número nueve de la Tabla VIII, que ordenaba: "El que hubiere incendiado un edificio o una parva de trigo junto a una casa, se ordena que atado y azotado, sea quemado vivo, si - lo hubiera hecho a sabiendas y a conciencia (dolosamente); pero si medió casualidad, esto es, negligencia (culpa), se manda que se repare el daño; si no fuera solvente, sea castigado con menor pena". De igual forma ocurre cuando: "Se hacía pastar furtivamente el ganado durante la noche, en una cosecha ajena, castigándose con la pena capital para el adulto (ahorcándolo) y al - impuber se le azotaba y debía pagarse el doble del perjuicio" . Por otra parte, estaba dispuesto: "Quien tallase injustamente - árboles ajenos, debía pagar una pena de veinticinco ases por cada árbol".(20)

Importante adelanto jurídico se presenta con la introducción del concepto de omisión en la conducta, puesto que con esto se abarcan por completo las formas en que ésta puede presentarse al cometerse un delito y, desde luego, toma relieve la regulación de ilícitos imprudenciales, como otra forma de la culpabilidad.

La Ley *Aquilia* regula tres clases de culpa, distinguiendo las en lata, leve y levísima, que PAVON VASCONCELOS define de -

(19) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., pág. 436

(20) LEMUS GARCIA, RAUL. Sinopsis Histórica del Derecho Romano, México, pág. 145

la siguiente manera: "Lata, cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo; y levisima, que se da en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en los hombres, suficiente para prever la posibilidad de los daños causados".(21)

Sin embargo, "la *actio legis Aquiliae* -dice FLORIS MARGADANT-, no se concedía contra la persona que hubiera causado un daño en propiedad ajena, en un intento de salvar su vida o de evitar un daño propio muy superior al causado (conductas que son reguladas por nuestro ordenamiento penal como el Estado de Necesidad)".(22)

Por último, citaremos el delito de injuria, que la define EUGENE PETIT, en su sentido más lato, "como todo acto contrario a Derecho, pero en una acepción restringida, se designa como el ataque a una persona".(23)

Para LEMUS GARCIA, no deja de tener una connotación de ataques a la moral, así el autor nos refiere los siguientes casos previstos en la Ley de las Doce Tablas. El primer supuesto de la Tabla VIII, dice: "... será castigado severamente el que recitase públicamente o compusiese versos injuriosos y difamatorios". En relación a las lesiones, establece el segundo supuesto: "... mutilado un miembro, si no hay transacción (composición) impóngasele al autor la pena del Talión". El tercer supuesto de esta Tabla, señala: "... la acción *injuriarum* impone una pe

(21) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 374

(22) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit. pág. 438

(23) PETIT, EUGENE. Op. cit., pág. 455

na de veinticinco sestercios por injuria (lesión) a otro ... y si se lesiona un hueso, con la mano o palo a un hombre libre, - páguense trescientos; si es esclavo ciento cincuenta sestercios" (24)

A nuestra manera de ver, citaremos un caso sumamente importante, se trata de la legítima defensa, que está prevista en la Tabla VIII, cuando establece: "... mata legítimamente quien lo hace a un ladrón nocturno ...".(25)

Esta excluyente de responsabilidad está prevista en nuestro Código Penal (antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial el 13 de Enero de 1984), en su artículo 15 fracción III, al ordenar: "... se presumirá que concurren los requisitos de - la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera - que sea el daño causado al agresor".(26)

Sólo nos queda resumir las características que tuvo el delito en el Derecho Romano, siendo las principales:

. Se mezclan ideas muy primitivas, como todo lo referente a la muerte de los esclavos, e ideas avanzadas que aún ahora son de gran trascendencia, al distinguir entre los delitos dolosos y culposos.

(24) LEMUS GARCIA, RAUL. Op. cit., págs. 180 y 181

(25) LEMUS GARCIA, RAUL. Op. cit., pág. 183

(26) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 36a. Edic., - Edit. Porrúa, S.A., México 1982, pág. 12

- . Se diferencian los delitos entre públicos y privados.
- . La persecución de los delitos se hacía de oficio o a petición de parte, según que fuera público o privado el delito.
- . Se instituyó un Derecho escrito, principalmente a partir de la Ley de las Doce Tablas.
- . Establecieron que sólo las personas capaces podían cometer un ilícito.
- . Las penas impuestas eran de acuerdo con el Talión, pero hubo un avance con la pena de la composición (multa o indemnización)
- . La conducta delictiva podía ser de acción u omisión, dolosa o imprudencial.

c) Etapa Científica

Como antecedente al período científico del Derecho Penal, encontramos la época humanitaria que para FRANCISCO BUENO ARUS, "coincide con el movimiento de la ilustración, surgiendo como respuesta a los abusos que cometían los reyes al imponer las penas, en muchos casos a supuestos delincuentes. Las penas persiguen ante todo, antes de darse este período humanitario, intimidar a la población y son seguidas de multas y confiscación de bienes. Rige el principio del arbitrio judicial, esto es, los Jueces pueden castigar acciones no previstas en la ley o imponer sanciones que la ley no contemplaba, no existía la garantía

de igualdad, ya que se castigaba en diversa forma un delito si el autor era plebeyo o noble".(27)

Podemos decir sin duda que el período científico surge dentro de la llamada época humanitaria, como una respuesta al poder absoluto del rey, buscando suprimir el tormento empleándolo en forma de "investigación" y castigo de los delitos, tratando de reducir el número de ilícitos en que fuera aplicable la pena capital, cambiándola por sanciones privativas de la libertad.

"A la excesiva crueldad -escribe CASTELLANOS TENA- siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con CESAR BONNESANA, Marqués de Beccaria, aún cuando no deba desconocerse que también propugnaron por este movimiento MONTESQUIEU, D'ALEMBERT, VOLTAIRE, ROSSEAU y muchos más".(28)

PAVON VASCONCELOS cita las principales obras de estos grandes autores, así tenemos a "MONTESQUIEU con su obra: El Espíritu de las Leyes; VOLTAIRE, con su libro: Sobre la Tolerancia; y ROSSEAU con el tratado: Sobre el Contrato Social, en donde se señala -a decir de EDUARDO NOVOA- la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos. CESAR BONNESANA en su libro: De los Delitos y de las Penas, concluye: para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, -

(27) BUENO ARUS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 4

(28) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 35

proporcionada al delito y prescrita por las leyes".(29)

Los principios vertidos por el Marqués de Beccaria, fueron tomados por varias legislaciones de su época, así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos -citados por el catedrático MODESTO SEARA VAZQUEZ-, se establece en el artículo 11o segundo párrafo: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". - (30)

De igual forma, la Declaración incorpora ideas nacidas en la Revolución Francesa, tales como: el hecho de que nadie puede ser castigado sino en virtud de una pena promulgada con antelación al hecho; y sólo puede ser acusada una persona por un delito previsto en la ley.

Sin duda, a partir de CESAR BONNESANA surge el período llamado científico del Derecho Penal, pues con este autor comienza el estudio ordenado y sistemático del Derecho. En esta etapa se le atribuye a PABLO BON FEURERBACH el principio de: *nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, adoptada por casi todos los países en sus respectivas legislaciones penales. Los pensadores de este estadio forman las llamadas Escuelas Clásica y Positiva del Derecho Penal.

El principal exponente de la Escuela Clásica es FRANCISCO CARRARA, cuya virtud fue elaborar verdaderas bases jurídicas -

(29) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit. pág. 45

(30) SEARA VAZQUEZ, MODESTO. Op. cit., pág. 475

apartándose de cuestiones metafísicas y religiosas, entendiendo que sólo se puede cometer un delito por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre, en donde las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su - cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido. PAVON - VASCONCELOS, señala como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes: "Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma especulativa, el método de estudio será el lógico abstracto o método deductivo. El delito se - contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico. La responsabilidad penal se encuentra en el libre albedrío y habrá reproche cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia, viola un precepto legal. Si el delito se entiende como un ente jurídico, la pena, por tender - fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurí - dica que lo restaura cuando se le altera".(31)

"LUIS JIMENEZ DE ASUA considera que el método utilizado - por la Escuela Clásica, el lógico ababstracto o deductivo, es el que debe utilizarse por ser el más adecuado en las disciplinas relativas a la conducta humana". Siguiendo las ideas de CASTEÑANOS TENA, mencionaremos la noción clásica del delito, basada en las ideas de FRANCISCO CARRARA, para quien: "el delito consiste en una infracción a la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto exterior del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".(32)

(31) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 49

(32) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., págs. 56 y 58

Ahora bien, en contraposición a la Escuela Clásica, surge la Escuela Positiva representada primordialmente por CESAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GAROFALO quien sostiene que la peligrosidad del delincuente debe ser el factor para imponer las penas.

PAVON VASCONCELOS nos indica los principios fundamentales - de la Escuela Positiva, así tenemos que: "Consideran al Derecho como una ciencia causal explicativa y por tanto utilizan el método experimental o inductivo. El delito no es un ente jurídico es un fenómeno natural, producido por el hombre dentro de la soiedad, por ello no debe vérsese como una creación de la ley y - para poder combatirlo deben estudiarse sus causas. Niegan el libre albedrío, proclaman el determinismo, así tanto imputables - como inimputables deben responder por igual del hecho delictuoso ejecutado, debiendo los últimos ser destinados a sitios adecuados para su tratamiento como enfermos, en este sentido ENRIQUE FERRI sigue el pensamiento de CESAR LOMBROSO, al considerar a los delincuentes como anormales, y los clasifican a éstos en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales. La pena no es una tutela jurídica, sino es un medio de defensa social, cuya medida, como lo precisa RAFAEL GAROFALO, la constituye la peligrosidad del delincuente".(33)

Por influjo de la Escuela Positiva -cita BUENO ARUS- "se - estudia científicamente al delincuente para conocer las causas - de su comportamiento y el tratamiento que conviene aplicarle, - con ello nacen las medidas de seguridad y tanto éstas como las

penas deben ser objeto de una rigurosa individualización, lo - que lleva a un estudio del delincuente en prisión para graduar el tratamiento a imponer".(34)

FERNANDO CASTELLANOS TENA, nos dice: "Según el positivismo todo pensamiento científico debe descansar precisamente en la - experiencia y en la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser - consideradas exactas; la ciencia requiere, de modo necesario, - partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente; y agrega, que el positivismo surge como consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales; es claro que se haya - caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia de los deductivos hasta entonces empleados. Por último, hace referencia al concepto de delito natural de RAFAEL GAROFALO, quien distinguió el ilícito natural del legal, entendiendo por el primero la violación de los sentimientos altruistas de piedad y providad, en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Consideró como delito artificial o legal, la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos".(35)

Las definiciones de delito, dadas por la Escuela Clásica , representada por FRANCISCO CARRARA, y por la Escuela Positiva - basados en las ideas de RAFAEL GAROFALO, las analizaremos en el siguiente inciso referente al concepto de delito.

De lo anteriormente citado, concluimos que si bien es cier

(34) BUENO ARUS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 5

(35) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., págs. 62 y 64

to que las conductas surgen en forma natural, sólo podemos hablar de delito si la ley las contempla como tales. Por otro lado, no creemos en la fatalidad de los hechos delictivos y aunque el hombre esté influenciado por el medio natural y social, debe entenderse que su arbitrio es determinante cuando realiza una - conducta ilícita; con esto queremos decir, que en la medida como avanza la ciencia jurídica, es mas importante precisar el - grado de reproche (culpabilidad) que puede imputarse a una persona al cometer un delito y en base a ello atenuar o agravar la pena, resultando ésta más justa.

Nos adherimos a la doctrina de la Escuela Clásica, al considerar que el método para el estudio del Derecho debe ser el - deductivo, por tratarse de una ciencia social; que el delito sí es un ente jurídico; y, la responsabilidad debe basarse en el - libre albedrío.

2.- CONCEPTO

Repasados los antecedentes históricos del delito, aunque - en forma general, toca abocarnos al estudio del concepto de delito, para determinar los componentes que lo integran y analizar cada uno de ellos.

CASTELLANOS TENA escribe: "La palabra delito deriva del - verbo latín *delinquere* que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. Los auto

res han tratado en vano de producir una definición del delito - con validez universal para todos los tiempos y lugares, una concepción filosófica, esencial. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales, determinantes de sus - atributos esenciales".(36)

En el estudio hecho de los antecedentes históricos del delito, observamos que siempre se ha tenido la inquietud por definirlo, así, en la época romana -menciona EUGENE PETIT-, lo conceptuaban como un hecho ilícito, una infracción castigada por - la ley".(37) Para nosotros, esta definición adolece de claridad, puesto que no proporciona los elementos integrantes de ese hecho ilícito o infracción castigada por la ley.

En este sentido, IGNACIO VILLALOBOS cita: "Se ha dicho que la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un - acto sancionado por la ley con una pena, pero esta no es una definición, pues continúan las incógnitas de: ¿Qué es el delito ? y ¿Porqué se sanciona con una pena?. El estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición, puesto que hay delitos que gozan de una - excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictivo. Y no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas disciplinarias o que revisten el carácter - de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas con una pena, sin ser delitos".(38)

(36) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit. pág. 125

(37) PETIT, EUGENE. Op. cit., pág. 454

(38) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 201

Independientemente de la definición que se elabore del delito, CELESTINO PORTE PETIT señala: "Para conocer la composición del delito, se ha requerido principalmente de dos concepciones: a) La totalizadora o unitaria; y, b) La analítica o atomizadora. La primera, considera al delito como un bloque monolítico, una entidad que no se deja escindir en elementos diversos. El delito es un todo orgánico, el cual puede presentar aspectos diferentes, pero no es en algún modo fraccionable y su verdadera esencia, no está en cada uno de los componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad. La segunda, estudia el delito desligándolo en sus propios elementos pero entendiéndolos en conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. BIANGIO PETROCELLI agrega: El análisis de los conceptos, no es una negación de la unidad, sino es el medio para realizarlo, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una concepción analítica".(39)

Nosotros entendemos, siguiendo la corriente analítica o atomizadora, que el delito debe estudiarse viendo cada una de sus partes, sin olvidar que ellas nos conducen a la concepción integral del concepto de delito, elementos que deben llevar un orden de prelación lógico para su estudio.

Con el advenimiento del período científico del Derecho Penal, en donde se empieza a estudiar al delito en forma ordenada y sistemática, surgen las definiciones de esta institución que creemos son de gran trascendencia hoy día. Como ya citamos so-

(39) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 5a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1980, pág. 240

mos afines con la doctrina de la Escuela Clásica, por tanto mencionaremos el concepto de delito de FRANCISCO CARRARA quien nos dice: "El delito consiste en la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".(40)

Para FRANCISCO CARRARA, el delito debía ser un acto contrario a la ley, la cual sería dictada por el Estado, desligándola con ello de las leyes morales o sociales; cometido por actos - del hombre, por ser los únicos que pueden realizarlos; por medio de su conducta, positiva (acción) o negativa (omisión); que ésta pueda atribuírsele al sujeto, por su capacidad de actuar; y que se provoque un daño (resultado jurídico o material).

El jurista RAUL CARRANCA Y TRUJILLO señala: "La dogmática-jurídica moderna fija el concepto de delito a los efectos técnico-jurídicos, así: es la acción típica, imputable, culpable y - punible, en las condiciones objetivas de punibilidad. En donde la acción quiere decir acto u omisión, elemento físico del delito. La acción antijurídica es la que se opone a la norma cultural, subsumida en la penal. La acción típica es la que se adecúa al tipo penal, hipótesis de conducta humana consagrada en la ley. La acción imputable es la atribuible a un sujeto en vista de su capacidad penal. La acción culpable es la imputable y responsable, es decir, la que cabe se reproche al sujeto. La acción punible es la que en la ley está conminada con una pena, la que sirve de presupuesto a la pena, requiriéndose en la ley condiciones objetivas para su justificación, como son todas que

(40) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., págs. 125 y 126

con tal carácter se incluyen en el tipo. Estos elementos positivos del concepto de delito, ya descritos, están limitados por los negativos, y ambos completan dicho concepto".(41)

PAVON VASCONCELOS, de igual forma sigue dogmáticamente un criterio pentagónico del concepto de delito, al decir: "Delito, es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible".(42) Si bien es cierto, que PAVON VASCONCELOS nos da una definición clara del concepto de delito, creemos que es más completa la proporcionada por CARRANCA Y TRUJILLO, quien aporta a la concepción de delito antes citada, el elemento de la imputabilidad.

3.- ELEMENTOS POSITIVOS

Definido el delito, basándonos en el concepto vertido por RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, para quien delito es: "La acción anti-jurídica, típica, imputable, culpable y punible, en las condiciones objetivas de punibilidad";(43) pasemos ahora, a analizar cada uno de los elementos que lo integran.

A pesar de que este jurista completa el concepto de delito

(41) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado, 11a. Edic., Edit. Porrúa, S.A. México 1985, págs. 30 y 31

(42) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 141

(43) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., pág. 31

con sus correspondientes elementos negativos, es objeto del presente estudio realizar un bosquejo tan sólo de los elementos positivos, pues son éstos los que dan lugar a la existencia del ilícito.

Con base en la corriente atomizadora para el estudio del delito, veremos sus componentes en forma separada, pero sin olvidar que forman un conjunto, con el siguiente orden: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad.

a) Conducta

La conducta, es considerada por casi todos los autores de Derecho Penal como el primer elemento del delito, entendiéndose por ésta un comportamiento humano. Como lo dijera FRANCISCO CARRARA, en su definición del delito, al mencionar al delito como el resultado de un acto externo del hombre. Establecemos con ello, que los delitos solamente los puede cometer el hombre, por medio de su conducta exteriorizada, desligándonos por completo del campo moral, en donde, se castiga el pensamiento humano.

Así para HANS KELSEN, "el derecho será eficaz, solamente que la conducta real del hombre se ajuste a la norma jurídica, debiendo ser la conducta, de alguien, de acuerdo a la ley".(44)

(44) KELSEN, HANS. Teoría General del Derecho y del Estado, - Trad. por EDUARDO GARCIA MAYNEZ, Imprenta Universitaria, México 1949, pág. 41

Pero antes de definir la conducta, debemos establecer claramente si éste vocablo es el que debemos utilizar, puesto que para algunos autores debe hablarse de acción, hecho, acto, comisión, etc.. Para el maestro CELESTINO PORTE PETIT, hay que utilizar las palabras conducta o hecho, y afirma: "Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, el elemento objetivo del delito, según la descripción - del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano, y dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar, lo cual les da una relevancia especial - dentro de la Teoría del Delito".(45)

"LUIS JIMENEZ DE ASUA prefiere hablar de acto, considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar demasiado genérico ya que, con esta palabra se designa todo acontecimiento nazca de la mano del hombre, o acaezca por caso fortuito, mientras que por acción se entiende voluntades jurídicamente significativas. De igual forma rechaza el vocablo conducta, pensando se refiere a un determinado comportamiento, a una actuación - más continuada y sostenida que la del mero acto psicológico que es el punto de partida para el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad".(46)

MARIANO JIMENEZ HUERTA designa este elemento como comisión - siendo el modo en que la conducta contradice la norma. La comisión encierra conceptualmente un juicio de relación entre el - comportamiento atribuido al hombre y la norma que su realización

(45) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., pág. 153

(46) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 155

prohibe, sin que el comportamiento comisivo se considere como - sinónimo de acción. Pues mientras éste último tiene un significado naturalístico -movimiento corporal-, el primero sólo tiene sentido en su relación con la norma".(47)

Por nuestra parte, preferimos hablar de conducta y no de - hecho, ya que éste surge precisamente de la conducta y ésta se presenta tanto en los delitos de mera conducta, como en los de resultado material.

En este orden de ideas, podemos decir que la conducta, como primer elemento del delito, es el comportamiento humano positivo o negativo, que tenga relación con el tipo penal. Esta se compone de un hacer (acción) y un no hacer (omisión); aunque - hay quien agrega la comisión por omisión.

"El hacer positivo, puede darse por un acto -a decir de - IGNACIO VILLALOBOS- y es siempre la manifestación de una facultad de movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego para la realización que le es propia, es hacer".(48) "El conjunto de actos -escribe JIMENEZ HUERTA- constituye la acción".(49) Sin lugar a dudas, la conducta positiva del hombre relacionada - con el tipo legal, será un hacer representado por una actividad corporal, en un acto o una serie de actos.

La segunda forma de la conducta es la omisión. simple o comisión por omisión. Para IGNACIO VILLALOBOS "consistirá la omi-

(47) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano, 2a. - Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1977, pág. 126

(48) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 231

(49) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. cit., pág. 127

sión en un no hacer algo que se debe hacer, exteriorizándose de esta manera la voluntad del hombre. No basta, por supuesto, el no hacer para que haya omisión, es necesario que se deje de hacer lo que se debe hacer".(50)

Entonces, la omisión simple será una inactividad del hombre relacionada con el tipo penal, cuando se deja de hacer algo que jurídicamente se debe hacer, violándose con ello una ley preceptiva sin que se dé un resultado material.

La comisión por omisión u omisión impropia, estima CUELLO - CALON, "consiste en producir un cambio en el mundo externo, mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer".(51)

Concluimos que la conducta negativa se da por medio de la omisión simple o la omisión impropia, llamada también comisión por omisión; la primera, se presenta por una inactividad, cuando se deja de hacer lo ordenado en una ley preceptiva, sin que se presente un resultado material; la segunda, existe por una inactividad que viola una norma preceptiva y una prohibitiva, produciéndose un resultado típico material.

b) Tipicidad

La tipicidad, como segundo elemento esencial del delito, -

(50) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 254

(51) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 175

es una institución jurídica de gran trascendencia dentro de todo el contexto del Derecho. "El vocablo tipicidad -escribe MARIANO JIMENEZ HUERTA- forja y nutre su esencia, como la propia voz delata, del sustantivo tipo, del latín *tipus*, que en su acepción trascendente para el Derecho Penal significa símbolo -representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. La más profunda raíz histórica del tipo hállase en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes. En 1805 CRISTOBAL CARLOS STUBEL lo concibe como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción. El tipo penal describe y circunscribe abstractamente, los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito".(52)

La tipicidad tiene importancia en la medida que da vida a los demás elementos del delito, así tenemos que por medio del tipo sabemos cual es la conducta adecuada para cometer el ilícito, el bien jurídico protegido, que especie de culpabilidad puede presentarse y la pena respectiva.

En la época romana, ya se preocupaban por tener un Derecho escrito, en donde se describieran las figuras delictivas, lo que sucedió en la Ley de las Doce Tablas, consiguiéndose con ello - que los gobernados tuvieran seguridad jurídica, siendo ésta una de las funciones de la tipicidad.

En el Derecho positivo mexicano -afirma JIMENES HUERTA-"un triple valor ante el Derecho Público tienen las figuras típicas en el Derecho Constitucional encarnan el apotegma *nullum cri-*

(52) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. cit., págs. 27 y 29

men sine lege y, por tanto, garantizan en los países estructurados orgánicamente en un régimen de Derecho, la libertad personal; - en el Derecho Punitivo, son los signos técnicos que especifican y determinan la forma y contenido de la conducta delictiva del hombre; y en el Derecho Procesal, representan las fuerzas impulsoras que ponen en marcha la dinámica del proceso".(53)

En el campo del Derecho Constitucional podemos encontrar - la tipicidad, como una garantía de seguridad, consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, concebida en los siguientes términos: "En los juicios del orden criminal queda - prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente - aplicable al delito que se trata".(54)

IGNACIO BURGOA ORIHUELA explica la garantía citada, argumentando: "De acuerdo con el artículo 7o del Código Penal para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden, delito es todo acto u omisión - que sancionan las leyes penales. Por ende, para que un hecho - *lato sensu* (acto positivo o negativo) constituya un delito, - es menester que exista una disposición que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquélla, el acto o - la omisión no tienen carácter delictivo".(55)

"En el Derecho Penal -establece IGNACIO VILLALOBOS- la fun

(53) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. cit., pág. 40

(54) O. RABASA, EMILIO y CABALLERO, GLORIA. Mexicano: - Esta es tu Constitución, Cámara de Diputados del - Congreso de la Unión, México 1984, pág. 53

(55) BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales, 13a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1980, pág. 587

ción del tipo se destaca, entonces, como descriptiva de la base estructural de un grupo o de una especie de delitos, pero al fin y al cabo como descriptiva de algo que, admitido luego deba ser "captado" por alguna de las formas de la culpabilidad, inevitablemente presupone la valoración de las conductas descritas, para entresacarlas de la inmensa variedad de actuaciones humanas - y señalar sólo aquellos comportamientos tenidos (en condiciones normales) como antijurídicos".(56)

En el procedimiento penal, la tipicidad cobra importancia - cuando se habla de comprobación del cuerpo del delito, al ordenar el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para - el Distrito Federal, lo siguiente : "El cuerpo de los delitos - que no tenga señalada prueba especial, se justificará con los - elementos de la infracción".(57)

Al respecto SERGIO GARCIA RAMIREZ y VICTORIA ADATO DE IBARRA, señalan: "La ley no define lo que es cuerpo del delito pero, si la base del procedimiento (proceso) es un hecho real, - producto de una acción u omisión previstos en la ley como delito o falta, el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho - mismo, o sea el tipo-transgresión".(58)

Importante aportación nos proporciona CARLOS FONTAN BALESTRA, al decir: "La tipicidad asume la función de cualificar los demás elementos del delito, llegando al conocimiento de las nor

(56) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 267

(57) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 27a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1979, pág. 33

(58) GARCIA RAMIREZ, SERGIO y ADATO DE IBARRA, VICTORIA. - Frntuario del Proceso Penal Mexicano, 3a. Edic., - Edit. Porrúa, S.A., México 1984, pág. 190

mas, a través de todas sus disposiciones, incluidas, sin duda , las causas de justificación, puesto que con ellas -verdaderos -tipos de ilicitud- el legislador no hace otra cosa que terminar de precisar y deslindar la norma válida para el tiempo de su vigencia".(59)

A pesar, de que no nos corresponde abocarnos al estudio de los elementos negativos del delito, cabe asentar el pensamiento de FONTAN BALESTRA pues, como acertadamente afirma, la tipicidad nos da el cauce para determinar la forma en que pueden presentarse esos componentes negativos del delito.

Por último, diremos que no debe confundirse el tipo con la tipicidad, para lo cual procederemos a definir cada una de estas figuras. De acuerdo con CASTELLANOS TENA, "tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales; tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".(60)

Observamos de los conceptos dados, que en el primero debe existir la descripción (tipo) legal del delito, para que posteriormente podamos decir si una conducta se adecúa o no a esa determinada disposición legal.

(59) FONTAN BALESTRA, CARLOS. La Tipicidad, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1968, pág. 207

(60) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 165

c) Antijuridicidad

Estudiada la conducta y la tipicidad, debemos señalar que una conducta típica constituirá un delito, si es antijurídica y culpable. Correspondiéndonos en este momento el análisis de la antijuridicidad, como tercer elemento del delito.

La antijuridicidad presenta dificultades desde su origen - conceptual, GUILLERMO CABANELLAS cita: "Obsérvese que es un vocablo nuevo, pero ya usual en la técnica, viene del adjetivo antijurídico, y, por tanto, la formación de la voz antijuridicidad es un barbarismo, pues no existe la palabra antijurídico; debién dose entender por antijurídico: contra derecho o contra el Derecho".(61)

Independientemente del origen gramatical, esta palabra nos da la connotación de algo contrario al orden legal, pero, como componente del delito, tiene además otras características que son el objeto de encausarnos a su estudio. Los problemas que surgen de esta institución son: saber cuándo una acción humana contraviene al Derecho; determinar si tiene un carácter subjetivo u objetivo; y, si la antijuridicidad es material o formal.

En relación a la primera cuestión planteada, escribe RICARDO C. NUÑEZ "la esencia de esta característica del delito reside en que la responsabilidad penal presupone, como toda respon-

(61) CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual, 9a. Edic., Edit. Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1976, Tomo I, pág. 189

sabilidad jurídica, que el hecho generador contravenga al Derecho".(62)

Al respecto, GUILLERMO CABANELLAS argumenta: "Este elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal, en contradicción con aquel perseguido por el Derecho. Siendo la posición de los Códigos Penales, suponer en el agente la antijuridicidad, si su proceder coincide con la figura descrita".(63)

ANTOLISEI nos dice: "Para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar su contrariedad con la norma, - pues una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita". - (64)

BIANGIO PETROCELLI estima: "Un hecho antijurídico o jurídicamente ilícito, si es contrario al Derecho, este calificativo - de contrariedad al orden legal se llama antijuridicidad y expresa precisamente la relación de contradicción entre la conducta - y el Derecho".(65)

Una conducta será antijurídica, si después de valorizarla, se determina que contraviene al orden jurídico vigente, en el lugar y época en que se dé aquella.

-
- (62) C. NUÑEZ, RICARDO. La Antijuridicidad, Enciclopedia - Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1968, Tomo I, pág. 705
- (63) CABANELLAS, GUILLERMO. Op. cit., pág. 189
- (64) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. cit., pág. 208
- (65) PETROCELLI, BIANGIO. La Antijuridicidad, Trad. por - JOSE L. PEREZ HERNANDEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1963, pág. 11

La segunda situación planteada, es decir, la referente a - si la antijuridicidad es subjetiva u objetiva, la podemos desglosar analizando estos criterios en forma separada.

Para RICARDO C. NUÑEZ "el criterio de los subjetivistas es que sólo puede encontrarse lo antijurídico en el alma del agente, porque siendo el Derecho un conjunto de imperativos dirigidos a los hombres capaces de comprenderlos y obedecerlos, únicamente esas personas con capacidad pueden oponerse a él mediante un acto de insubordinación o desobediencia".

"Los objetivistas, en cambio -escribe el propio autor-, ponen la tónica no en el proceso desenvuelto en el alma del agente con motivo del mandato jurídico, sino en la razón por la cual éste se emite. Este surge porque las acciones prohibidas o mandadas son en sí mismas perjudiciales o útiles para el orden jurídico, ya que la culpa del autor no perjudica a la sociedad, -sirve únicamente para volverlo culpable. Por tanto, la contrariedad de la acción al Derecho debe buscarse objetivamente, con independencia de la culpabilidad del autor".(66)

La antijuridicidad, a nuestra manera de ver, la encontramos en la norma jurídica, pues ésta será quien califique con ese matiz a la conducta.

En última instancia, habrá que determinar el carácter material o formal de la antijuridicidad. RICARDO C. NUÑEZ es partidario de la corriente que considera a esta figura como material, para este autor "lo correcto es reconocerle a la antijuridicidad

(66) C. NUÑEZ, RICARDO. Op. cit., pág. 705

su materia propia, la cual consiste en un ataque al interés pre-
valeciente, según el Derecho Positivo, en el conflicto de inte-
reses jurídicos".(67)

Por el contrario —señala IGNACIO VILLALOBOS—, los objeti-
vistas afirman: "En todo precepto legal va implícita una norma,
así, la infracción de las leyes significa una antijuridicidad -
formal, por la violación del precepto positivo derivado de los
órganos del Estado".(68)

LIZT sigue una concepción ecléctica, estableciendo: "La va-
loración reprobatoria de la acción sería doble; por un lado la
acción es formalmente antijurídica, por otro, es materialmente -
antijurídica. La primera, se presenta por violación de una nor-
ma o prohibición del orden jurídico; la segunda, por un ataque
a los intereses del individuo o de la sociedad protegidos por -
las normas jurídicas, en cuanto a la lesión que causa o por poner
en peligro un interés jurídico".(69)

Podemos decir, que la antijuridicidad material y formal, -
son criterios que no se oponen. La primera, se presenta cuando
se afectan los intereses individuales o sociales; y la segunda,
surge al contraponerse una conducta a la norma jurídica, que -
protege los valores de una sociedad. Los intereses o valores de
la comunidad, son llamados en la doctrina bienes jurídicamente -
protegidos, al ser resguardados en un marco de legalidad.

(67) C. NUÑEZ, RICARDO. Op. cit., pág. 705

(68) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 260

(69) PETROCELLI, BIANGIO. Op. cit., págs. 79 y 80

IGNACIO VILLALOBOS define la antijuridicidad acertadamente al decir: "Es la violación de las normas objetivas de valoración" (70) Nuestra opinión es que una conducta típica será antijurídica, si daña o pone en peligro los bienes jurídicamente protegidos.

d) Imputabilidad

Con la figura de la imputabilidad entramos al campo de la subjetividad del delito. Es importante su estudio, puesto que , al surgir una conducta típica y antijurídica, habrá que determinarse si ese comportamiento humano puede ser atribuido a su autor dentro del campo penal. En el Derecho Romano, la Ley de las Doce Tablas hacía referencia a la institución de la imputabilidad al establecer: "Las únicas personas que pueden obligarse - por delito son las responsables de sus actos".(71)

Al estudiar la conducta, como primer elemento del delito , observamos que únicamente el hombre puede cometer un ilícito, - pero para que tenga consecuencias penales su comportamiento, es necesario que ese ser humano sea imputable, es decir, tenga capacidad legal para el Derecho Penal.

FRANCISCO CARRARA nos refiere: "La imputabilidad es un concepto, la contemplación de una idea, lo cual lleva necesariamente a considerar que, si únicamente el hombre es imputable, la -

(70) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 260

(71) PETIT, EUGENE. Op. cit., pág. 454

imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, su capacidad penal".(72)

CARLOS V. GALLINO YANZI define la imputabilidad como: "El conjunto de condiciones que un sujeto debe reunir para que pueda responder penalmente de su acción".(73) Esas condiciones, a que se refiere GALLINO YANZI, son en nuestro Derecho Positivo, las que debe reunir una persona con plena capacidad de goce y - de ejercicio.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, no nos - dice quienes son los sujetos imputables, tan sólo hace mención - de los inimputables, pero sin indicar que personas tienen esa - calidad. Así, el artículo 67 establece: "En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente".(74)

En virtud de que la legislación penal no señala a las personas imputables o inimputables, consideramos que debemos remitirnos al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que en su artículo 450 señala: "Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir,

(72) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 340

(73) GALLINO YANZI, CARLOS. La Imputabilidad, Enciclopedia - Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1968, T. XV, pág. 235

(74) CARRANCA y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., pág. 216

y; IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".(75)

Por tanto, serán imputables los individuos mayores de edad que tengan plena capacidad de goce y de ejercicio, al momento - de cometer un ilícito. Para GALLINO YANZI "será imputable el sujeto que reúne las condiciones que el Derecho fija para que una persona deba responder de un hecho, es decir, una pena".(76)

e) Culpabilidad

La culpabilidad y las especies de ésta (dolo, culpa y preterintencionalidad), por su importancia en nuestro trabajo, serán objeto de un profundo estudio en los siguientes capítulos - de esta tesis.

f) Punibilidad

La punibilidad, en base al concepto vertido del delito, es el último elemento de éste, pero, para la mayoría de los autores mexicanos de Derecho Penal no tiene ese carácter, siendo -

(75) ORTEGA PADILLA, JOSE. Código Civil para el Distrito - Federal en materia común y para toda la República en materia federal, Serie Legislación Mexicana, Procuraduría General de la República, México 1984, pág. 134

(76) GALLINO YANZI, CARLOS. Op. cit., pág. 235

tan sólo una consecuencia del ilícito. El Código Penal para el Distrito Federal, define en su artículo 7o al delito como: " Un acto u omisión que sancionan las leyes penales".(77)

Pero en su oportunidad, vimos que no todo acto u omisión - que se encuentre sancionado es un delito, ya que hay infracciones de carácter civil o administrativo que están castigadas por la ley y no por ello tienen la categoría de delitos. Por otra parte, hay delitos que no se encuentran sancionados, tal es el caso de una conducta delictiva que esté favorecida con una ex cu sa absolutoria.

Ejemplo de un delito que no tenga sanción lo encontramos - en el artículo 379, del Código Penal para el Distrito Federal, - que ordena: " No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estricta mente indispensables para satisfacer sus necesidades personales- o familiares del momento".(78)

En el mismo caso antes citado, si se impondrá la pena de - robo a una persona que acompañara al indigente, si no tuviera - la necesidad de apoderarse de algún objeto para satisfacción de sus necesidades.

Podemos establecer que existen figuras delictivas que se - encuentran penadas y otras que prescinden de sanción alguna. - Por tanto, la punibilidad no es esencial para la existencia de

(77) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. cit., - México 1984, pág. 6

(78) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., pág. 827

un delito. No obstante que no se considere la punibilidad como un elemento esencial del delito, creemos oportuno hacer una breve reseña de su contenido.

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS nos dice: "La punibilidad será una amenaza de pena que el Estado asocia por violación a los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".(79) CASTELLANOS TENA - encuentra que la punibilidad tiene tres funciones, a saber: "El merecimiento de la pena; la amenaza estatal de imposición de sanciones, si se llenan los presupuestos legales; y, la aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley".(80)

La primera, se presentará cuando exista una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, debiendo ser castigada con determinada pena, al no existir una excusa absolutoria que la libre de sanción. El segundo supuesto, se da en virtud de que el Estado pretende, en primer término, prevenir la consumación de los delitos; y en segundo término, el Estado buscará, al cometerse un ilícito, que la pena sea de tal forma ejemplar para intimidar a posibles delincuentes y con ello evitar la consumación de más delitos. Por último, se aplicará una pena a un delincuente con el fin de readaptarlo socialmente, y hacerlo útil a la sociedad.

Tan sólo agregaremos que a los inimputables, no se les sanciona con una pena, pero si quedan sujetos a una medida de seguridad.

(79) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 395

(80) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 267

4.- EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Procederemos al estudio del delito dentro de nuestra legislación penal, para lo cual nos abocaremos al análisis del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en virtud de que el mismo, como lo dice IGNACIO BURGOA, "tiene el carácter federal - para los delitos de ese orden".(81) De igual forma haremos referencia a este ordenamiento, porque en el mismo se presenta como una novedad la figura de la preterintencionalidad, como una especie más de la culpabilidad.

Ahora bien, la concepción de delito está prevista en el Código Penal, en su artículo 7o, que establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. El delito es: I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y; III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".(82)

La primera parte de este artículo, ya fue debidamente analizada en los puntos segundo y tercero de este Capítulo, referentes al concepto y a los elementos del delito.

(81) BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Op. cit., pág. 587

(82) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL., Op. cit., pág. 29

Falta tan sólo, esclarecer los conceptos de delito instantáneo, permanente o continuo, y continuado; a los que se refieren las fracciones I, II y III del mencionado artículo 7o. Para CASTELLANOS TENA, será instantáneo el delito: "Cuando la acción que lo consume se perfecciona en un solo momento"(83)

En este tipo de delito, la conducta se presenta por una so la acción u omisión y por realizarse ésta se dan al unísono todos los elementos del delito. Tal es el caso, del sujeto que injuria a otro, por el solo hecho de proferir una ofensa, que puede ocurrir en forma oral, se consume el ilícito.

SEBASTIAN SOLER argumenta en relación al delito permanente o continuado, lo siguiente: "Puede hablarse de estos delitos, - sólo cuando la acción delictiva permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que es idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos".(84)

Claro ejemplo de este tipo de infracción, la encontramos - en el Código Penal en su artículo 364, fracción I, que señala : "Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa - hasta de mil pesos: I. Al particular que, fuera de los casos - previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días".(85)

El tipo penal no exige un mínimo de tiempo para la configu

(83) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 138

(84) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 210

(85) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL., Op. cit., pág. 804

ración del delito, pero es indudable que si la conducta se die-
ra en un solo instante no se produciría la infracción, requirién-
dose por tanto, que en este caso la acción dure determinado pe-
ríodo.

En última instancia, los delitos continuados, afirma IGNA-
CIO VILLALOBOS, "son aquellos en que hay varios actos de una -
misma naturaleza antijurídica, que corresponden a un mismo tipo
penal o que afectan a un mismo bien jurídico, pero todos los -
cuales se ha convenido en reunir en una sola unidad; bien por -
corresponder a un solo propósito, o mejor por la similitud de -
elementos, condiciones o circunstancias que objetivamente concu-
rren en su ejecución y los ligan para formar la unidad de un so-
lo delito".(86)

Existe jurisprudencia al respecto, que nos dice: "El deli-
to continuado existe cuando, existiendo pluralidad de acciones,
éstas se encuentran ligadas entre sí por haber unidad en el pro-
pósito delictivo e identidad de lesión jurídica. Tales distin-
ciones son de fundamental importancia para precisar los casos -
de concursos de delitos y las reglas de punición que deben apli-
carse en cada caso. (S.C., 1a. Sala 1195/59/1a.)".(87)

En nuestro Derecho Positivo, cada una de las acciones u -
omisiones de un ilícito continuado, constituyen un delito inde-
pendiente respecto a los otros actos delictivos. Así, el artícu-
lo 19, del Código Penal, establece: "No hay concurso cuando las
conductas constituyen un delito continuado".(88)

(86) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 250

(87) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.,
Op. cit., pág. 131

(88) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.,
Op. cit., pág. 128

C A P I T U L O I I

LA CULPABILIDAD

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

- a) La Venganza Privada
- b) El Derecho Romano
- c) Escuelas Clásica y Positiva

2.- TEORIAS

- a) Teoría Psicológica
- b) Teoría Normativa

3.- CONCEPTO

4.- INCULPABILIDAD

LA CULPABILIDAD

Podemos decir que la base de nuestro trabajo, se encuentra al rededor de la institución de la culpabilidad, en virtud de - que en ella nace la figura de la preterintencionalidad, por tal motivo, es que dedicaremos este y los siguientes Capítulos a su estudio.

Para su completo análisis habremos de remontarnos, como lo hicimos con el delito en general, desde sus antecedentes más re motos, hasta llegar a nuestros días, comprendiendo la forma en que es regulada por nuestro Derecho Positivo.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Siguiendo el orden de nuestro trabajo, nos abocaremos al - estudio de los antecedentes históricos de la culpabilidad, prin cipiando con la época de la venganza privada, en la Roma anti- gua y las Escuelas de Derecho Penal.

Indudablemente tiene importancia remontarnos a los antece- dentes de esta figura, puesto que, nos dan la pauta para compre der su evolución y el relieve que tiene dentro de la teoría del delito.

a) La Venganza Privada

Al revisar la evolución histórica del delito, pudimos percatarnos de que en la época de la venganza privada se desconocía la figura de la culpabilidad, pues las conductas eran reprimidas tomando en cuenta únicamente el resultado material que producían.

En este sentido, SERGIO VELA TREVIÑO dice: "En la época antigua el resultado dañoso era el que adquiría preponderante importancia y ello visto solamente desde su aspecto material: el resultado, cuando causaba un daño era punible, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la conducta".(89)

Confirma lo anterior PAVON VASCONCELOS, al escribir: "En las épocas más antiguas la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad".(90)

Cuando hablan de resultado, los autores antes citados, hay que entenderlo como un daño, es decir, cuando existe una mutación en el campo material, y no una lesión meramente jurídica.

"El elemento moral de la acción inculparable -cita RAUL CARRANCA Y TRUJILLO- sólo ha venido a ser reconocido en estadios -

(89) VELA TREVIÑO, SERGIO. Culpabilidad e Inculpabilidad, - 1a. Edic., Edit. Trillas, S.A., México 1973, pág. 138

(90) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 332

a) La Venganza Privada

Al revisar la evolución histórica del delito, pudimos percatarnos de que en la época de la venganza privada se desconocía la figura de la culpabilidad, pues las conductas eran reprimidas tomando en cuenta únicamente el resultado material que producían.

En este sentido, SERGIO VELA TREVIÑO dice: "En la época antigua el resultado dañoso era el que adquiría preponderante importancia y ello visto solamente desde su aspecto material: el resultado, cuando causaba un daño era punible, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la conducta".(89)

Confirma lo anterior PAVON VASCONCELOS, al escribir: "En las épocas más antiguas la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad".(90)

Cuando hablan de resultado, los autores antes citados, hay que entenderlo como un daño, es decir, cuando existe una mutación en el campo material, y no una lesión meramente jurídica.

"El elemento moral de la acción inculpinable -cita RAUL CARRANCA Y TRUJILLO- sólo ha venido a ser reconocido en estadios -

(89) VELA TREVIÑO, SERGIO. Culpabilidad e Inculpabilidad, - 1a. Edic., Edit. Trillas, S.A., México 1973, pág. 138

(90) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 332

superiores de la doctrina penal, antes fue general la responsabilidad sin culpabilidad".(91)

Podemos decir que todo acontecimiento o comportamiento dañino del hombre, era considerado como delito, independientemente de la relación psicológica existente entre la conducta y el resultado que ésta produjera.

b) El Derecho Romano

En la antigua Roma, en un principio su reglamentación jurídica es influenciada por el período de la venganza privada, en donde se desconoció la institución de la culpabilidad. Al evolucionar el Derecho Romano, sobre todo con la aparición de la Ley de las Doce Tablas, toma un giro su legislación, siendo en ese momento cuando podemos encontrar la figura de la culpabilidad.

Criterio similar sigue el jurista CARRANCA Y TRUJILLO, al afirmar: "Roma y el Derecho Germánico consagraron la responsabilidad en los animales y aun a las cosas, pero más tarde, por influencia de la filosofía griega, Roma aceptó por fin que no puede darse ni delito ni pena sin fundamento en la voluntad antijurídica".(92)

(91) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., - México 1980, págs. 412 y 413

(92) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. cit., pág. 413

"Esta voluntad antijurídica, agrega el autor, se manifiesta ya ya como una ofensa intencional a la ley moral y al Estado - (*dolus*), ya como descuido o negligencia culpable (culpa); de donde se admitió en seguida que los hechos ejecutados sin intención ni culpa no eran plenamente sancionables, sino a lo sumo, castigables mediante la expiación religiosa".(93)

Para confirmar la existencia de la culpabilidad en el Derecho Romano, podemos citar una frase de CICERON, que al respecto nos dice: "Cosa es, dirá alguno de poca importancia, pero grande la culpa; porque los pecados no se han de medir por los acontecimientos de las cosas, sino por los vicios de los hombres".-(94)

Nosotros consideramos que a partir de la Ley de las Doce - Tablas, el Derecho Romano sí reconoció en la culpabilidad un elemento esencial del delito, haciendo la distinción entre los delitos dolosos y culposos, sancionando éstos últimos con mayor consideración, y, sin que se castigaran los hechos acontecidos - por caso fortuito.

c) Escuela Clásica y Positiva

Como respuesta al poder absoluto de los reyes, que tuvieron en la Edad Media, surge el período humanitario del Derecho -

(93) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. cit., pág. 413

(94) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 139

Penal y con éste nacen las Escuelas Clásica y Positiva.

VELA TREVIÑO escribe: "Cuando el ser humano se constituye en el eje y razón de las corrientes filosoficopolíticas se considera especialmente, en orden a los delitos, el grado y la forma en que la voluntad de cierto y determinado sujeto tuvo participación en el hecho ocurrido; es así, como afirma ROUX: que el Derecho Revolucionario ha hecho de la regla no hay responsabilidad sin culpabilidad un dogma general".(95)

La doctrina de la Escuela Clásica, podemos basarla en las ideas de su máximo exponente FRANCISCO CARRARA, considerado como el padre de esta Escuela. En este sentido, PUIG PEÑA resume el pensamiento de la Escuela Clásica, al decirnos: "Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre - voluntaria y conscientemente, en virtud de su libertad, viola - un precepto legal".(96)

FRANCISCO CARRARA identificó el término culpabilidad con - el de imputabilidad, basándose siempre en la tesis del libre albedrío, separando totalmente el resultado y su causa proveniente de la voluntad del hombre, como base para su responsabilidad.

En contraposición a la Escuela Clásica, aparece la Escuela Positiva, siendo su mayor representante ENRICO FERRI en quien - nos basaremos para exponer la doctrina de esta Escuela.

(95) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 141

(96) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 49

"Para los positivistas -escribe VELA TREVIÑO- el libre albedrío es una ilusión y los hechos psíquicos están sometidos al principio de la causalidad. La culpabilidad resulta, en estas - condiciones, un concepto ubicado dentro de la persona del delin cuente y no fuera de él, no es un elemento del delito, sino una característica del delincuente. De esto puede decirse que se ob tiene el fundamento científico de la responsabilidad social, - aún cuando ello nos lleve a confundir los conceptos de la respon sabilidad y la culpabilidad".(97)

El pensamiento de ENRICO FERRI fue llamado determinismo - psíquico, puesto que, el autor niega que la responsabilidad pue da basarse en el libre albedrío, considerando que el hombre se obliga por sus actos, en cuanto que vive en sociedad y ésta lo induce a cometer determinados actos ilícitos. Anteriormente, ya habíamos manifestado nuestro desacuerdo con esta tesis, negando tal determinismo como fundamento de la culpabilidad.

2.- TEORIAS

Una vez revisados los antecedentes de la culpabilidad, co rresponde estudiar las teorías que le dan fundamento actualmen te como son la psicológica y la normativa, para que podamos con ceptuar debidamente esta institución.

(97) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 143

a) Teoría Psicológica

La culpabilidad se ha entendido, como la relación existente entre la psicología del autor y el hecho realizado, conocido tradicionalmente en forma dolosa y culposa.

ANTOLISEI nos dice: "Para esta teoría la culpabilidad consiste, en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior"; CARLOS FONTAN BALESTRA agrega: "La tesis psicologista, se basa en la relación psíquica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él".(98)

En México, IGNACIO VILLALOBOS representa primordialmente — la corriente psicológica. Al respecto, escribe: "Con los mismos elementos de conciencia y voluntad, el acto puede ser culpable o meritorio según su naturaleza objetiva reprochable (antijuridicidad) o digna de aprobación; y el ser autor, causa voluntaria y consciente del acto, es lo que hace al sujeto partícipe — de la reprobación o aprobación que corresponde a dicho acto, reprobación o aprobación que, para el sujeto, se convierte en reproche o aplauso. Ese reproche, que en forma remota se conecta con una valoración objetiva del acto, inmediatamente implica — una estimación de la actitud psicológica del sujeto que, concientemente y por su propia voluntad, se constituye en causa del — acto reprobado".

"En resumen, termina diciendo el jurista mexicano, hay que reconocer que la noción completa de la culpabilidad se forma —

(98) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 333

por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad; y una valoración - normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el Derecho y con sus obligaciones personales. Sin embargo, lo interesante ahora es la actitud psicológica del autor pues, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la - culpabilidad, ya que traerá consigo todo el proceso de valoración, de reproche y aun de punibilidad".(99)

VELA TREVIÑO expone: "Para la tesis psicológica, habrá culpabilidad jurídicopenal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o - culposamente".(100)

Para esta teoría, se presupone la existencia de una conducta típica y antijurídica, siendo la culpabilidad el nexo psíquico existente entre el sujeto del delito y el resultado que produjo, aunque desde luego, habrá de encontrarse esa unión dentro de la norma, ya que en ella se plasma el Derecho.

b) Teoría Normativa

Esta tesis, no niega que la culpabilidad tenga en esencia -

(99) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 283

(100) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 182

un contenido psicológico, pero en vez de ir en su contra trata de completarla, especificando que, será la norma quien nos indi que en cada caso, si existen elementos para reprochar a un suje su conducta realizada.

JIMENEZ DE ASUA expresa: "Para la concepción normativista - de la culpabilidad ésta no es pura situación psicológica, repre presenta un proceso atribuible a una motivación reprochable del - agente. Es decir, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud - psicológica. No basta el examen de esos motivos, sino es preciso deducir de ellos, si el autor cometió o no un hecho reprocha ble. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir, si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demues- tra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que em prendió; es decir, si le era exigible que se condujera conforme a las pretenciones del Derecho". (101)

"Puede parecer extraño a simple vista -escribe MEGER- la - idea de que la culpabilidad de un hombre, no deba radicar en su propia cabeza sino en las cabezas de otros. Pero fijémonos en - esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también culpablemente, en- laza, en verdad, una determinada situación fáctica de la culpa- bilidad que yace en el sujeto, pero valorizada, a la vez, esta situación y considerándola como un proceso reprochable al agen- te. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga, se ele- va la realidad del hecho psicológico al concepto de culpabili- dad". (102)

(101) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 183

(102) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 336

Por tanto, la culpabilidad se basa, para la corriente normativista, en la exigibilidad de otra conducta que el Derecho ordenaba realizar, y al producirse un comportamiento contrario al orden legal, surge el juicio de reproche que se puede hacer a un sujeto.

Para nosotros, independientemente de la tesis que se pretenda seguir, es indudable que el acto antijurídico está ligado a la psiquis del autor del delito, pero, en la medida que la norma resulte afectada, lo que se determinará por medio de un juicio de valoración por el cual se le reproche a un sujeto su conducta.

3.- CONCEPTO

El concepto de culpabilidad habrá de formularse de acuerdo a la teoría que se acepte, ya sea la psicológica o la normativa. Siendo nosotros más afines a la tesis normativista de la culpabilidad, basaremos nuestra concepción sobre esta figura en dicha teoría. Sin embargo, no dejaremos de citar la noción que de esta institución, nos proporcionan los autores que siguen la corriente psicológica.

Hemos manifestado con anterioridad, que el maestro IGNACIO VILLALOBOS representa en gran medida la corriente psicológica - en México, quien afirma que la culpabilidad consiste en: "El abuso de las facultades de conciencia y voluntad, con desprecio del orden jurídico, o en el descuido con que se aplican a determinar

minar la conducta sin miramientos a los resultados nocivos que para todos pueden, en un momento dado, sobrevenir".(103)

La definición que nos da el jurista mexicano, la podemos desglosar en dos partes. La primera, referente a la conducta do losa, cuando dice: "La culpabilidad consiste en el abuso de las facultades de conciencia y voluntad, con desprecio del orden ju rídico". La segunda, comprende el aspecto culposo o imprudente de la conducta, al escribir: "La culpabilidad consiste ..., en el descuido con que se aplican a determinar la conducta, sin mi ramientos a los resultados nocivos que para todos pueden, en un momento dado, sobrevenir". Es indudable, que IGNACIO VILLALOBOS, sigue la tesis psicológica, pues basa su pensamiento dentro de la "conciencia y voluntad" del agente, dejando a un lado los as pectos normativos.

En cambio, VELA TREVIÑO sigue la teoría normativa, y al respecto escribe: "Culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un com portamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la rea lización de otra conducta diferente, adecuada a la norma".(104)

"Para la tesis normativa -señala CARLOS M. A. ELIA- la culpabilidad es una acción antijurídica debida a un sujeto imputable. Por culpabilidad puede entenderse el reproche genérico que la norma hace al autor de un ilícito penal".(105)

(103) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 99

(104) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 200

(105) M. A. ELIA, CARLOS. La Culpabilidad, Enciclopedia -
Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L.
Buenos Aires, Argentina 1968, Tomo V, pág. 291

Por tanto, la norma será la que nos dé la pauta para determinar si una conducta es o no culpable, suponiendo de ante mano una relación psicológica entre el autor y el resultado que éste produzca con su conducta. Es decir, podemos hablar de culpabilidad, en la medida que la norma sea violada por la conducta del sujeto, cuando él podía omitir el comportamiento realizado o le era posible cambiar el acto u omisión realizados. En la medida, que el individuo no cambie o evite realizar determinada conducta, cuando le era exigible cambiarla o evitarla, podemos reprocharle su actuación.

4.- INCULPABILIDAD

Anteriormente, habíamos manifestado que sólo estudiaríamos los elementos positivos del delito, pero consideramos, en este caso, importante abocarnos al análisis de la inculpabilidad para comprender mejor su aspecto positivo. Sin embargo, no es nuestro propósito ver cada una de las causas de inculpabilidad, pero sí vertir conceptos generales que puedan darnos un panorama completo de las excluyentes de culpabilidad.

La inculpabilidad se presenta cuando no se pueden comprobar los elementos de reproche, al valorarse una conducta típica y antijurídica. Para poder adentrarnos en el campo de la inculpabilidad será necesario en primer término, determinar la forma en que nuestro Derecho Positivo la regula.

Así, el artículo 80 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, ordena: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales ; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales". Y el artículo 90, del mismo Código, establece: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, -quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber -de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado -típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".(106)

Podemos decir, por tanto, que las causas de inculpabilidad, son aquellas condiciones que pueden excluir de culpabilidad a -una conducta típica y antijurídica. En nuestra legislación esto sucede cuando se produce una conducta sin que se presenten cualquiera de las tres formas de la culpabilidad, que nuestra ley -penal regula.

Para JIMENEZ DE ASUA, "la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, siendo esta definición tautológica. El penalista -español, consecuente con su concepción normativista de la culpa bilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche".(107)

De igual manera, podemos decir que no existirá culpabilidad cuando no se presenten los otros elementos esenciales del delito, siguiendo un orden lógico, es decir, si faltara la conducta,

(106) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., págs. 35 y 41

(107) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 253

la tipicidad, la antijuridicidad y la imputabilidad, tampoco puede darse el elemento de la culpabilidad.

SERGIO VELA TREVIÑO, escribe: "Las causas de inculpabilidad son las circunstancias concurrentes con la conducta típica y antijurídica. atribuible a un imputable, que permiten al Juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al Derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada".(108)

Independientemente de que nuestro Código Penal del Distrito Federal, prevé causas de inculpabilidad, es importante señalar que existen reglas generales, para la teoría normativista - son el error y la no exigibilidad de otra conducta.

BACIGALUPO, expresa: "La cuestión de la no exigibilidad, - consiste en saber si es posible aplicar una pena a una persona - que ha realizado un acto jurídico en circunstancias tales que , aun no existiendo una específica causa de disculpa, esa punición aparece como contradictoria con el sistema valorativo de la ley".(109)

MEZGER, agrega: "La no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad garantiza las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del agente por su acción. En esta zona límite más extrema de la culpabilidad jurídicopenal, domina el pensamiento de la consideración valorativa, pero en todo caso orien-

(108) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit. pág. 274

(109) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 292

tado en la ley".(110)

Desde luego, la no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad, debe encontrarse en cada caso concreto, - atendiendo a las condiciones del hecho y de la persona que ejecutó la conducta.

El error, como segunda regla general de inculpabilidad, deberá ser de hecho, esencial e invencible. El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción XI, establece : "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: XI. Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".(111)

Hay que determinar, en primer término, la diferencia que - existe entre error de Derecho y error de hecho. Como antecedente, asentaremos lo ordenado por el artículo 9o fracción III, - del Código Penal para el Distrito Federal, antes de ser reformado por Decreto de Diciembre 30 de 1983. Así, el artículo establecía: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en - contrario. La presunción de que un delito es intencional, no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: III. Que creya que la ley era injusta o moralmente lícito violarla".(112)

(110) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 293

(111) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., pág. 73

(112) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 37a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1983, pág. 9

Siguiendo el principio, generalmente aceptado, de que la - ignorancia de las leyes no exime su cumplimiento, podemos decir, que cuando se trata de una causa de inculpabilidad, la ley hace referencia al error de hecho. El error de hecho, será la falsa concepción de la realidad. Ahora bien, ese error de hecho debe ser esencial e invencible para que resulte como una forma de in culpabilidad.

"Lo esencial del error, debe recaer sobre los elementos - primordiales del delito -dice PAVON VASCONCELOS-, debiéndose - presentar en los componentes constitutivos del ilícito, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del - delito)".(113)

Lo esencial se distingue de lo accidental o accesorio, estos se refieren a circunstancias simples, como lo pueden ser el error en una característica de un objeto.

En última instancia el error debe ser invencible, de conformidad con las circunstancias subjetivas del sujeto activo. - Al respecto, citaremos una Tesis Jurisprudencial referente al - error esencial e invencible, que establece: "La culpabilidad co mo proceso psicológico reprochable, entraña la presencia del do lo o de la culpa; como el dolo es voluntad del resultado y conciencia de la antijuridicidad de la acción, no puede afirmarse - que se dé, si es que en el sujeto existe un error invencible - que impida la conciencia de la antijuridicidad del acto".(114)

Independientemente, que la ley penal regule casos especifi

(113) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 381

(114) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 344

cos de error, es indudable que éste será causa de inculpabilidad cuando nuble la mente del sujeto activo, al realizar su conducta típica y antijurídica.

Mencionaremos para finalizar, otra Tesis Jurisprudencial - que nos dará luz para vislumbrar el criterio que sustenta la - Suprema Corte de la Nación con relación a las causas de inculpabilidad.

"CULPABILIDAD. No puede formularse el juicio de reproche , como elemento normativo de la culpabilidad, imputando a una persona ser la causa eficiente de un evento dañoso por manejar un vehículo de servicio público que se encontraba en malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador hizo del conocimiento de la empresa de transportes advirtiendo las - consecuencias que podía ocasionar su manejo y, a pesar de ello, recibe órdenes terminantes para que lo gufe. Directo 2934/1958. Aurelio Coronado. Resuelto el 6 de Mayo de 1959, por mayoría de 3 votos, contra los de los Sres. Mtros. FRANCO SODI y MERCADO - ALARCON. Ponente el Sr. Mtro. FRANCO SODI. Srio. Lic. JUVENAL - GONZALEZ GRIS. Engrose a cargo del Sr. Mtro. GONZALEZ BUSTAMANTE. 1a. Sala. Boletín 1959, pág. 308".(115)

En las dos tesis que hemos mencionado, existe una relación psíquica entre la conducta y el resultado, pero en ambos casos , el comportamiento del individuo no puede serle reprochado, en - virtud de que la norma y la valoración que hace el Juzgador, de los hechos, lo exime de reprobación por existir una causa de - inculpabilidad.

C A P I T U L O I I I

FORMAS DE LA CULPABILIDAD

1.- EL DOLO

- a) Concepto
- b) Especies
- c) El Dolo en el Derecho Positivo

2.- LA CULPA

- a) Concepto
- b) Especies
- c) La Culpa en el Derecho Positivo

3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD

FORMAS DE LA CULPABILIDAD

Antes de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial el día 13 de Enero de 1984, este ordenamiento contemplaba sólo dos formas en que podía presentarse la culpabilidad. El artículo 8o ordenaba: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia".(116)

Después de las reformas, nuestro vigente Código Penal señala como especies de la culpabilidad al dolo, la culpa y la preterintencionalidad. De esta forma, el artículo 8o establece: - "Los delitos pueden ser: I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales".(117)

La preterintencionalidad, por tanto, surge como una novedad en el Código Penal, al darle a esta figura jurídica el carácter de tercera especie de la culpabilidad. En este orden de ideas, podemos decir que una conducta típica y antijurídica, será culpable, únicamente si se ocasiona en forma dolosa, culposa o preterintencional, y en esta medida, podrá ser reprochado a un individuo su comportamiento.

Siguiendo el orden antes señalado, estudiaremos cada una de

(116) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado, 9a. Edic., Edit. Porrúa, S.A. México 1981, pág. 31

(117) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Teocalli, Op.cit., pág. 6

estas formas que regula nuestra legislación penal.

1.- EL DOLO

Podemos decir, que el dolo es la primera y principal forma de la culpabilidad, reconocida desde la época de la Roma antigua. Para su debida comprensión, habremos de encauzar su análisis primeramente a su concepto que comprenderá las tesis que le dan fundamento, y en segundo lugar, a las principales especies que existen de esta institución, y por último, como está previsto en nuestra legislación.

a) Concepto

El dolo en el Derecho Romano, fue reconocido como una característica del delito, así, PAULO nos dice: "El *furtum* (robo) es el aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, su uso o su posesión". - (118)

Es evidente que en la definición que hace PAULO del delito de robo, el aprovechamiento doloso fue la esencia determinante -

(118) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., pág. 433

para que se configurara este ilícito, ello quiere decir, que si existiera un aprovechamiento no doloso no habría delito.

En Roma se distinguió entre dolo bueno y dolo malo, siendo el primero, el utilizado por los comerciantes para la venta de sus productos; y el segundo -escribe FLORIS MARGADANT- "... es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que - se engaña a otra persona".(119)

El eminente jurista LUIS JIMENEZ DE ASUA, nos dice: "Conviene recordar que el término dolo, en su sentido etimológico, derivado del griego, significa engaño"; y en materia penal, cita a MERKEL para quien: "El dolo en su relación con el delito, es la dirección de la voluntad a la comisión de una de las acciones previstas en las leyes penales".(120)

Antes de conceptualizar la figura del dolo, será conveniente, para su debida comprensión, que hagamos una remembranza con respecto a las principales teorías que le dan forma y contenido. - Para lo cual, analizaremos la teoría de la voluntad, la teoría de la representación, y una tercera tesis ecléctica respecto a las anteriores.

FRANCISCO CARRARA es, sin duda, el máximo exponente de la teoría de la voluntad. Para él, "... dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley. Destaca, como elementos del dolo, los siguientes: conoci-

(119) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., pág. 339

(120) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, - Tomo V. La Culpabilidad, 2a. Edic., Edit. Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina 1963, pág. 305

miento de la naturaleza delictuosa del hecho e intención de realizarlo, a pesar del conocimiento que se tiene acerca de su naturaleza contraria a la ley".(121)

Siguiendo las ideas de VELA TREVIÑO, podemos decir que la base de esta teoría radica en la voluntad del sujeto activo respecto de un hecho realizado, pero falta, para configurar completamente al dolo, que además, se tenga la intención de producir un resultado típico y antijurídico.

El mismo autor, nos ilustra con un claro ejemplo: "El hecho de disparar un arma de fuego, queriendo hacerlo, no constituye un acto doloso para los efectos penales; se requiere, también, que al manifestar en esa forma la voluntad, se tenga la intención de producir cierto resultado, como puede ser herir o matar a alguien".(122)

Los autores modernos de Derecho Penal, completan la teoría de la voluntad, diciendo que habrán de vincularse la voluntad de ejecutar un hecho típico antijurídico y la intención de producir un resultado, para que podamos hablar de dolo en el campo penal.

En sustitución de los términos voluntad e intención, surge el de representación y con éste la teoría del dolo que lleva precisamente ese nombre. Así como FRANCISCO CARRARA es el máximo exponente de la teoría de la voluntad, FRANZ VON LISZT lo es de la tesis de la representación. Para este autor, dolo es: "El

(121) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 349

(122) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., págs. 212 y 213

conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias del hecho, que acompañan al acontecimiento previsto por la ley".(123)

Para el escritor alemán, el dolo se basará en la representación que hace el sujeto del resultado, seguido de la voluntad de ejecutarlo. Bastará, por tanto, que el individuo se represente en su mente el fin que causará su conducta, y en caso de que, efectivamente éste se produzca, estaremos en presencia de un comportamiento doloso en materia de Derecho Penal.

Esta teoría vuelve al concepto de voluntad, aunque lo trata como representación, pero ésta, sin duda, se da en la mente del sujeto activo, la que lo induce o no lo cohibe a realizar un acto previsto en la ley como delito.

Siguiendo el concepto vertido sobre la culpabilidad, VELA TREVIÑO nos dice: "No basta, en consecuencia, que haya habido una simple representación del resultado, sino que también es indispensable que la voluntad se haya encaminado en un sentido de terminado, que en razón de nuestra afiliación normativista, tiene que ser hacia la concreción del tipo, porque es de ello de donde surgirá la plenitud de la conducta dolosa".(124)

Los estudiosos del Derecho Penal, han completado las teorías antes señaladas, haciendo ecléctica de ellas, resultando para los escritores mexicanos una tesis correcta. Al no satisfacer únicamente la voluntad o la representación, como la -

(123) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 213

(124) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 214

esencia del dolo, de esta forma VELA TREVIÑO agrega: "Cuando el autor de una conducta se representó el resultado de ella y encaminó su comportamiento hacia la producción del resultado, o cuando menos la aceptó como posible, habrá dolo como calificativo - de la conducta emitida".

El autor mexicano, cita a MAGGIORE quien nos dice: "No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad - sin previsión es ciega; y el Derecho no puede contentarse con - ninguna de las dos".(125)

Quien ha definido el dolo de mejor manera, de acuerdo a la última tesis señalada, es sin duda JIMENEZ DE ASUA, para quien: "Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción, debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o conciente".(126)

Sin duda, la definición del jurista español es muy completa, pero como lo manifestamos al tratar el tema del primer elemento del delito, preferimos el término conducta, en vez de acto u omisión.

(125) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 215

(126) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., pág. 417

Por otra parte, hemos aclarado anteriormente que por resu
tado debemos entender tanto el jurídico como el material, sien-
do obvia su distinción. De acuerdo a esta tesis, el dolo se pre
sentará cuando una conducta causa un resultado típico y antijur-
ídico, si existe una relación entre la voluntad de ocasionarlo
y la conciencia de que el comportamiento es ilícito.

Será necesario para la integración de la conducta dolosa ,
que el sujeto tenga conocimiento de los elementos que integan -
el tipo penal y conciencia de su antijuridicidad, pero no por -
ello, será preciso que el sujeto activo sea un perito en el De-
recho, bastará con tener una conciencia general de que se obra
contra la ley.

Sin embargo, hay tipos legales que sí exigen el conocimien
to de sus elementos, así, el Código Penal para el Distrito Fede
ral, en su artículo 323, señala: "Se da el nombre de parricidio
al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascen-
diente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o natura-
les, sabiendo el delincuente ese parentesco".(127)

En este caso, si el sujeto activo tiene la voluntad de mar
tar a una persona, con conciencia de que lo hace en forma ilíci
ta, pero desconoce el parentesco que tiene con el pasivo, se le
podrá reprochar su comportamiento en cuanto que ha cometido el
delito de homicidio en forma dolosa, pero no se le puede impu
tar el delito de parricidio, puesto que, desconocía el elemento
esencial del tipo consistente en no saber su parentela con el -
pasivo.

(127) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 761

Respecto al delito de parricidio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la siguiente Jurisprudencia : "PARRICIDIO, PRUEBA DE LA FILIACION.- Para considerar que existe el delito de parricidio, no son indispensables los elementos de prueba que se necesitan para deducir un derecho civil, derivado de la relación paterno-filial entre el occiso y el activo , puesto bastará que, en el momento de delinquir, el homicida ha ya sabido que se trataba de su padre. Amparo directo 1675/79 .- Julio Bucio Pompa.- 5 de Septiembre de 1979.- 5 votos.- Ponente ERNESTO AGUILAR ALVAREZ. Precedente: Quinta Epoca: Tomo XXV, - pág. 1223. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 127 y 132 Segunda Parte, Julio - Diciembre 1979. 1a.- Sala".(128)

La tesis jurisprudencial, corrobora nuestra afirmación en el sentido de que el activo, en algunos delitos, sí debe conocer los elementos que lo integran para que se pueda configurar su conducta como dolosa.

Con respecto al concepto de dolo, estamos de acuerdo con la definición dada por el jurista LUIS JIMENEZ DE ASUA, con la salvedad, ya anotada, respecto a que preferimos los conceptos - conducta y resultado.

b) Especies

El Código Penal para el Distrito Federal, no hace un señá-

(128) CASTRO ZAVALETA, SALVADOR. 65 Años de Jurisprudencia Mexicana 1917 - 1981, 1a. Edic., Edit. Per Se, México 1983, pág. 120

lamiento de las diversas clases que de dolo existen, pero es im-
portante tener el conocimiento de ellas para evitar confusiones
y poder determinar si estamos precisamente frente a esta figu-
ra o en presencia de las otras especies de la culpabilidad.

Los estudiosos del Derecho Penal, sobre todo el maestro -
CELESTINO PORTE PETIT, han hecho un sin fin de clasificaciones -
de esta institución con fines doctrinales, pero, por tener rela-
ción íntima con nuestro trabajo, sólo estudiaremos el dolo di-
recto, el indirecto o eventual y el indeterminado.

"Hay dolo directo -escribe PAVON VASCONCELOS- cuando la vo-
luntad es encaminada directamente al resultado previsto, exis-
tiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado:
si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con el *animus*
occidendi o necandi, esto es, con voluntad de causar ese resul-
tado típico, comete homicidio con dolo directo".(129)

Casi en igual sentido se expresa IGNACIO VILLALOBOS, al de-
cirnos: "Dolo directo es aquel en que esa voluntad se encamina
directamente al resultado o al acto típico; es decir, el dolo -
en que hay intención, tomada ésta en su propio sentido".(130)

En este tipo de dolo, el resultado típico y antijurídico -
es una consecuencia inmediata de la intención y de la represen-
tación que se forma el sujeto activo al cometer su conducta.

El dolo indirecto o eventual, para CASTELLANOS TENA es: -
"Cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente sur-

(129) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 358

(130) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 302

girán otros resultados delictivos". Lo ejemplifica diciendo: "Pa ra dar muerte a quien va abordo de un avión, coloca una bomba - cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese indi viduo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato".(131)

En este caso, aunque el individuo lleva un fin determinado, sabe que se producirán otros resultados, que a decir de IGNACIO VILLALOBOS "no son objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos - por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta".(132)

Por último, citaremos el dolo indeterminado, se presenta - -señala CASTELLANOS TENA- "cuando existe intención genérica de - delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial, - tal es el caso, del anarquista que lanza una bomba en contra de un edificio en donde hay muchas personas".(133)

En esta situación, el activo sabe que producirá con su conducta, una serie de resultados típicos y antijurídicos pero desconoce cual de ellos se presentarán, podrán ser homicidios, lesiones, daño en propiedad ajena, etc.

c) El Dolo en el Derecho Positivo

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 8o

(131) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 241

(132) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 303

(133) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 241

señala: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales ...", y el artículo 9o párrafo primero, establece: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o - acepte el resultado prohibido por la ley".(134)

Nuestro ordenamiento penal, sigue correctamente la teoría - que vincula las tesis de la voluntad y la representación, pero , consideramos que erróneamente habla de delitos intencionales en vez de señalarlos como dolosos, que es un término más preciso pa ra nosotros.

En un principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se acogió a la teoría de la voluntad para determinar que debe entenderse por dolo, a continuación citaremos dos tesis jurisprudenciales que confirman lo dicho.

"DOLO, EXISTENCIA DEL. El dolo existe con la sola voluntad - de causar un daño, independientemente de que no haya representación cuantitativa del mismo. Amparo Directo 672/1961. JULIO CAS- TILLO MONROY. Junio 21 de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente : Mtro. J.J. GONZALEZ BUSTAMANTE. 1a. Sala. Sexta Epoca, vol. LX , 2a. Parte, pág. 25".

"DOLO, CONCEPTO DE. El dolo consiste en la intención de eje cutar un hecho que es delictuoso. Amparo Directo 3611/1961. PLI- NIO SANTIAGO MUSSO. Octubre 26 de 1961. Mayoría de 3 votos. Po- nente: Mtro. J.J. GONZALEZ BUSTAMANTE".

En última instancia, la Suprema Corte ha variado su criterio y señala: "DOLO, CONTENIDO TECNICO. El dolo no puede entenderse-

(134) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, págs. 35 y 41

Únicamente como la voluntad de un resultado concreto. Es cierto - que el activo del delito ejecuta su acto con un propósito específico; sin embargo, lo que importa a la técnica jurídica es que - exista una voluntad inicial de contenido típico, y basta que ella exista para que el resultado se reproche como doloso. Puede no - coincidir el resultado con la voluntad y no obstante el dolo eds te. Amparo Directo 8776/65/2a., LUIS GONZALEZ HERNANDEZ. 23 de - Noviembre de 1971. 5 votos. Ponente: J. RAMON PALACIOS. Informe - de 1971".(135)

Con esta tesis, la Suprema Corte tiende a afiliarse a la - teoría de la voluntad y de la representación, que en opinión de VELA TREVIÑO es la correcta.

2.- LA CULPA

La segunda especie de la culpabilidad, unánimemente reconocida, es la culpa, que tiene antecedentes principalmente en el - Derecho Romano presentando muchas características que guarda hoy día.

"En la Roma antigua -cita FLORIS MARGADANT-, en la Ley de - las Doce Tablas se hacía referencia a los delitos dolosos y culpables. Estos últimos, eran comprendidos primordialmente en relación al delito de daño en propiedad ajena, con la modalidad de -

(135) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., págs. 225, 226 y 228

incendio imprudencial, y en general, considerándose este tipo - de ilícitos como menos graves".(136)

Al respecto, LEMUS GARCIA cita: "El que hubiere incendiado un edificio o una parva de trigo junto a una casa, se ordena - que atado y azotado, sea quemado vivo, si lo hubiera hecho a sa biendas y a conciencia (dolosamente); pero si medió casualidad, esto es, negligencia (culposamente), se manda que se repare el daño; si no fuera solvente, sea castigado con menor pena".(137)

Podemos observar, de lo escrito anteriormente, que la espe cie de la culpabilidad llamada culpa, sí fue regulada por el - Derecho Romano, con matices que aun se observan en la legisla- ción de nuestro tiempo. Como son, que se cometiera por impruden- cia, negligencia o descuido, y siempre tratados estos delitos - con más suavidad con relación a los ilícitos dolosos.

Al igual que en el estudio hecho sobre el dolo, el análi- sis de la culpa comprenderá: su concepto, las especies de cul- pa que contempla la doctrina; y, la forma como regula esta figu ra nuestro Derecho Positivo.

a) Concepto

En forma general GUILLERMO CABANELLAS, nos dice: "Delito - culposo es la acción y, según algunos autores, también es la -

(136) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Op. cit., pág. 49

(137) LEMUS GARCIA, RAUL. Op. cit., pág. 145

omisión, en que concurre culpa por imprudencia o negligencia y que está penada por la ley. El autor, aun obrando sin malicia o dolo, produce un resultado ilícito que lesiona la persona, los bienes o derechos de otros".(138)

Nosotros, antes de que conceptuemos esta figura jurídica - de la culpa, citaremos las principales doctrinas que la fundamentan, siendo la de la previsibilidad, de la voluntad y la finalista.

De acuerdo a la teoría de la previsibilidad, CARRARA escribe: "La culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Resultando de un defecto de la voluntad, pues si bien el - hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no utilizar éste la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer ~~ese~~ consecuencias siniestras. - Si la culpa, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral ni políticamente. Lo es precisamente - porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre".(139)

"En la mencionada previsibilidad del resultado o de las - consecuencias de la conducta, radica en opinión de FRANCISCO - CARRARA la esencia de la culpa, ya que debe haber reproche para quien puede prever y no prevé y para quien una vez previsto actúa con la esperanza de evitar la consecuencia".(140)

(138) CABANELLAS, GUILLERMO. Op. cit., págs. 563 y 607

(139) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 365

(140) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 233

Atendiendo a la previsibilidad, podemos distinguir tres - clases de culpa, lata, leve y levísima; al respecto PAVON VASCONCELOS menciona: "La Ley *Aquilia*, en el Derecho Romano, las - diferenció estableciendo: lata, cuando la generalidad está en - condiciones de prever el resultado; leve, cuando sólo los hom- bres diligentes pueden preverlo; y levísima, que se da en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en los hombres, suficiente para prever la posibilidad de los daños causados". - (141)

Esta teoría es sin duda de las más completas que se han - elaborado respecto a la culpa, las tesis que le siguen no dejan de basarse en ésta, y como lo veremos al citar a la culpa en - nuestro Derecho Positivo, podremos percatarnos que en gran medi- da nuestra legislación acepta esta doctrina.

La segunda teoría es la de la voluntad, y de acuerdo a es- ta tesis BATTAGLINI señala: "La base de la culpabilidad es la - voluntad en la causa. Sin voluntariedad no puede existir, en ge- neral, la culpabilidad; ahora bien, en el delito culposo hay - siempre una voluntad: la que presidía solamente la conducta de la que deriva el resultado, de donde se obtiene la necesaria - conclusión de que la voluntad directa del resultado caracteriza al dolo y su antítesis, la voluntad indirecta del resultado, es la nota relevante de la culpa". (142)

En México, IGNACIO VILLALOBOS se adhiere a esta doctrina , para él: "En términos generales se dice que una persona tiene -

(141) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 374

(142) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 235

culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo".(143)

Esta doctrina, agrega al elemento de previsibilidad es de voluntad, pero no deja de ser incompleta, pues si bien es cierto que nos señala las formas como puede presentarse la culpa, - falta el elemento finalista de la conducta y que es el deber de cuidado, que fundamenta a las teorías finalistas.

Por último, dentro de la corriente finalista de la culpa, REINHART MAURACH escribe: "La base del reproche de culpabilidad imprudencial es idéntica en todos los hechos punibles no dolosos. Se reprocha al autor el que en la ejecución de una acción arriesgada -arriesgada por su propensión a producir un resultado desaprobado- no ha aportado la dirección final requerida para evitar el evento, aun cuando cabía esperar que así lo hiciera; el injusto estriba en la fatal pérdida de cuidado. Esta falta de cuidado tiene dos puntos de partida: puede referirse a la previsibilidad del resultado, o a su evitabilidad, ahí radica - la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente".(144)

"De acuerdo a esta doctrina -escribe VELA TREVIÑO- habrá imprudencia punible cuando quien actúa lo hace causando un resultado antijurídico, pese a estar obligado a evitarlo y ser capaz

(143) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 307

(144) MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal, Trad. por JUAN CORDOBA RODA, Edit. Ariel, S.A., Barcelona, España 1962, pág. 221

de ello. De lo anterior se desprende la fundamentación de la punibilidad de las conductas imprudentes, que dimana del deber - objetivo de cuidado que es exigible al causante de tales conductas, en la inteligencia de que no puede existir un principio - que permita establecer un criterio universal acerca de lo que - debe entenderse por deber objetivo de cuidado".(145)

Resumiendo las teorías antes anotadas, VELA TREVIÑO define en forma correcta a la culpa, diciendo: "La forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple - imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo a las circunstancias personales y temporales concurrentes - con el acontecimiento".(146)

Nosotros únicamente completáramos la definición dada por VELA TREVIÑO, con las ideas de PAVON VASCONCELOS, agregando que ese resultado típico que se produce no debe ser querido ni aceptado, puesto que si lo fuera caeríamos dentro de la esfera de - las otras especies de la culpabilidad.

b) Especies

Dos son las clases de culpa que principalmente reconoce la

(145) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 242

(146) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 244

doctrina, la culpa consciente o con representación y la culpa - inconsciente o sin representación.

"La culpa consciente, con previsión o representación -seña la CASTELLANOS TENA-, existe cuando el agente ha previsto el - resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere , sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá".(147)

Para REINHART MAURACH, hay culpa consciente: "Cuando el - autor, si bien ha previsto la posible producción del resultado, ha creído, como consecuencia de supraestimar su capacidad final de dirección e infravaluar el deber de cuidado -que se le ha im puesto y puede cumplir-, poder evitar este evento".(148)

En este caso, como lo citan los autores antes mencionados, el sujeto activo del delito sí previó la posibilidad de que se produjera un resultado típico, pero confía en que no acontecerá y en ningún momento acepta o quiere su realización.

"Por otra parte, la culpa inconsciente o sin representación -cita REINHART MAURACH-, se presenta cuando el sujeto, por no - emplear el deber de cuidado que le corresponde y puede cumplir, no ha previsto siquiera la posibilidad de que se produjera el - resultado típico. El autor actúa porque, como consecuencia de - no esforzar suficientemente su entendimiento y voluntad, no ha previsto el evento".(149)

IGNACIO VILLALOBOS, es claro al mencionar: "La culpa es -

(147) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. cit., pág. 247

(148) MAURACH, REINHART. Op. cit., pág. 221

(149) MAURACH, REINHART. Op. cit., págs. 221 y 222

inconsciente y se presenta cuando el sujeto activo del delito - no previó el efecto de su conducta, debido a la negligencia o - imprudencia con que actuó sin dar a la reflexión necesaria el - tiempo o la atención debidos".(150)

"En la culpa inconsciente -subraya HIPPEL-, el autor no ha previsto ni siquiera como posible un elemento del delito, sea - el resultado u otro; en la culpa consciente todos los elementos del ilícito han sido considerados como posibles o probables, - pero al emprender el autor la acción, fue en él decisiva la esperanza de que no se verificaría el resultado".(151)

Independientemente de la importancia doctrinal que pueda - tener la distinción entre la culpa consciente o con representa- ción y la inconsciente o sin representación, consideramos que - tiene relevancia para efectos de la penalidad, cuando el Juez - dictamine sobre un caso en particular.

En este sentido, LUZON DOMINGO dice: "Podemos indicar que la representación probable del evento implicará una mayor grave- dad de la culpa, en cuanto el sujeto ha querido una conducta - que sabía muy peligrosa, pero la representación meramente posi- ble, poco probable, del evento, supondrá una menor gravedad de la culpa, porque el agente ha querido una conducta que conocía como muy poco peligrosa".(152)

Es importante señalar, para evitar confusiones, la diferen- cia que existe entre dolo eventual y culpa consciente. En el -

(150) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit. pág. 319

(151) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. cit., pág. 460

(152) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 373

primero, el autor desea cometer o producir un resultado típico - (matar), para lo cual coloca una bomba en un aeroplano con lo - que se representa el homicidio y además otros resultados que - pueden acaecer, tales como el daño en propiedad ajena, lesiones etc., y acepta cada uno de ellos. En cambio, en la culpa con - representación, el sujeto prevé la posibilidad de que se produzca algún resultado típico, pero en ningún momento acepta o quiere su acontecimiento. Tal es el caso de un manejador que cruza velozmente una avenida, representándose la posibilidad de que - otro vehículo le salga al paso, pero tiene la esperanza de que - ello no ocurrirá, incumpliendo el deber de cuidado de manejar - con precaución.

En síntesis, en ambos casos el activo se representa la posibilidad de causar un resultado típico, pero en uno (dolo eventual) quiere y acepta cualquier ilícito que ocasione su conducta, y en la otra (culpa consciente) en ningún momento se quiere el resultado y se tiene la confianza de que éste no se presentará.

c) La Culpa en el Derecho Positivo

El Código Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 8o: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales".(153)

Al señalar el Código Penal que los delitos pueden ser no -

(153) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 35

intencionales o de imprudencia, como el error de señalar una de las formas en que se pueden cometer este tipo de ilícitos. Para nosotros, será conveniente hablar de delitos culposos, como segunda forma de la culpabilidad, ya que esta denominación abarca todas las especies en que se pueden dar estas conductas típicas ya sea por imprudencia, impericia, falta de cuidado, irreflexión etc..

Así, estimamos correcta la denominación que sobre estos - delitos hace el Código Penal para el Estado de Hidalgo, que en su artículo 6o, señala: "Los delitos pueden ser: I. Dolosos, y II. Culposos. Son culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud o por haber dejado de observar los cuidados y precauciones inherentes".(154)

Sin duda, la definición que de la culpa hace este Código - sin ser muy doctrinal, si es muy completa al abarcar las dos - especies de la culpa; al señalar, "cuando el resultado no se - previó siendo previsible (culpa inconsciente), o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera (culpa consciente) ...".

El artículo 9o párrafo segundo, del Código Penal para el - Distrito Federal, que define a los delitos no intencionales o - de imprudencia (culposos), sigue la corriente finalista de la -

(154) CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO. Revista Mexicana de Derecho Penal, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Cuarta Epoca, No. 18, Octubre - Diciembre de 1975, pág. 146

culpa, al establecer: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen".(155)

Por otra parte, la definición que hace el Código de culpa, como debería llamar a los delitos imprudenciales o no intencionales, es incompleta pues no distingue entre culpa consciente y culpa inconsciente, además de que, deja a un lado los elementos de previsibilidad, evitabilidad y voluntad.

Con acierto, el jurista CARRANCA Y RIVAS escribe: "En suma la definición del legislador en materia de culpabilidad culposa, pues de eso se trata cuando habla del obrar imprudencialmente, es deficiente y por lo mismo confusa. Lo que viene a demostrar una vez más que el Código Penal, en la especie, debe señalar y no definir incursionando de manera extraña en la doctrina".(156)

Si bien es cierto, que nuestro Código Penal en su artículo 9o no hace referencia a las diversas clases de culpa, en su artículo 60 sí las clasifica, pero de acuerdo a la teoría de la -previsibilidad, como oportunamente lo indicamos. El mencionado ordenamiento, establece: "Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio ... La calificación de gravedad de -la imprudencia queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá

(155) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 41

(156) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 51

tomar en consideración las circunstancias generales señaladas - en el artículo 52 y las especiales siguientes: I. La mayor o - menor facilidad de prever y evitar el daño que resulte; II. Si para esto bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes de algún arte o ciencia; III. Si el inculpado - ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. - Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios ...".(157)

Al ordenar que se deben tomar en cuenta las circunstancias, para la penalidad, establecidas en las fracciones antes citadas, nuestro Código distingue la culpa en: lata, leve y levisima, - que anteriormente ya mencionamos cuando se trata de cada una de ellas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado, a través de la Jurisprudencia, que como elementos configurativos de la culpa deben existir la previsibilidad, la evitabilidad y el deber de cuidado. A continuación citaremos dos tesis jurisprudenciales para confirmar lo señalado.

"LA CULPABILIDAD, EN SU MODALIDAD CULPOSA.- Consiste esencialmente en la no previsión de un resultado previsible, o bien, en los términos en que la define la ley sustantiva penal (antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial el día 13 de - Enero de 1984), dando una certera interpretación de lo que es - imprudencia, en la falta de reflexión y de cuidado. Semanario - Judicial de la Federación. Tomo CXIV, Quinta Epoca, págs. 699 y

(157) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 200

tomar en consideración las circunstancias generales señaladas - en el artículo 52 y las especiales siguientes: I. La mayor o - menor facilidad de prever y evitar el daño que resulte; II. Si para esto bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes de algún arte o ciencia; III. Si el inculpado - ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. - Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado necesarios ...".(157)

Al ordenar que se deben tomar en cuenta las circunstancias, para la penalidad, establecidas en las fracciones antes citadas, nuestro Código distingue la culpa en: lata, leve y levísima, - que anteriormente ya mencionamos cuando se trata de cada una de ellas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado, a través de la Jurisprudencia, que como elementos configurativos de la culpa deben existir la previsibilidad, la evitabilidad y el deber de cuidado. A continuación citaremos dos tesis jurisprudenciales para confirmar lo señalado.

"LA CULPABILIDAD, EN SU MODALIDAD CULPOSA.- Consiste esencialmente en la no previsión de un resultado previsible, o bien, en los términos en que la define la ley sustantiva penal (antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial el día 13 de - Enero de 1984), dando una certera interpretación de lo que es - imprudencia, en la falta de reflexión y de cuidado. Semanario - Judicial de la Federación. Tomo CXIV, Quinta Epoca, págs. 699 y

(157) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, pág. 200

700".

"IMPRUDENCIA.- En los delitos culposos, es imprescindible - demostrar la existencia de un estado subjetivo en que el agente del delito incurra en falta de previsión de lo que humanamente es previsible; un estado objetivo, o sea la comprobación de los daños causados a consecuencia de que el autor del delito dejó - de observar un deber de cuidado que personalmente le incumbía - para evitar producir un daño, según la expresión del tratadista alemán EDMUNDO MEZGER, y una relación de causalidad que vincula el estado subjetivo con el resultado dañoso. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Segunda Parte, vol. XXVII, pág. 58. A.D. 783/59. MARCOS GARCIA PEREZ. 5 votos".(158)

De la jurisprudencia antes señalada, se desprenden como - elementos de la culpa la falta de previsión, que exista un daño a consecuencia de no cumplir un deber de cuidado, que el activo debía cumplir para evitar el daño.

3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 80, del - Código Penal para el Distrito Federal, la preterintencionalidad tiene el carácter de tercera forma en que puede presentarse la culpabilidad.

En virtud de que el objeto de nuestro trabajo es precisamen
te hacer un estudio jurídico de esta figura, dedicaremos el si-
guiente Capítulo, en forma íntegra, para su análisis.

C A P I T U L O I V

LA PRETERINTENCIONALIDAD

- 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS
- 2.- CONCEPTO Y ELEMENTOS
- 3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO
- 4.- DELITOS PRETERINTENCIONALES
- 5.- JURISPRUDENCIA

LA PRETERINTENCIONALIDAD

La preterintencionalidad o preterintención, como la llama JIMENEZ DE ASUA, se presenta, al menos en nuestro Derecho Positivo, como una tercera especie de la culpabilidad. Para su estudio nos abocaremos a analizar sus antecedentes históricos, que en este caso, los encauzaremos a la forma en que ha sido prevista en México. Visto el panorama histórico de esta institución, determinaremos su concepto y los elementos que lo forman, haremos un señalamiento de los delitos en donde puede presentarse, y por último, citaremos la jurisprudencia que se ha instituido al respecto. En forma preponderante indicaremos la forma como es regulada esta figura en México.

A pesar de los antecedentes que existen, consideramos novedosa a esta institución, al ser incluida recientemente en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, por Decreto del día 30 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial el 13 de Enero de 1984.

De conformidad con las reformas antes citadas, el vigente artículo 8o ordena: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales". Y el artículo 9o, establece: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen."

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico - mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".(159)

Nuestro Código Penal al considerar a la preterintencionalidad como una tercera especie de la culpabilidad, rebasa a la teoría penal, que en su mayoría tan sólo prevé como formas de ésta al dolo y a la culpa. Por tanto surge nuestro interés en estudiar esta figura para su debida comprensión, independientemente que la doctrina le dé poca relevancia.

Podemos adelantar diciendo que la preterintención puede considerarse como una atenuante. Así, el artículo 60 en su fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal, establece : "En caso de preterintención el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuera intencional".(160)

Con ello, la preterintencionalidad toma verdadera autonomía, ya que en la mayoría de los casos al ser legislada en los ordenamientos penales, tienen la misma pena los delitos que se cometen en forma dolosa o preterintencional, tal y como sucede en el Código Penal para el Estado de Veracruz.

De igual forma podremos observar, al estudiar los antecedentes de esta forma de la culpabilidad, que el Código Penal para el Distrito Federal de 1931 sancionaba como dolosas a conductas

(159) DIARIO OFICIAL. Organó Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, T. CCCXCII, No. 35, México, D.F. , a 13 de Enero de 1984

(160) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, pág. 201

preterintencionales.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Para el análisis de la preterintencionalidad, nos remontaremos a los antecedentes históricos que existen en nuestra legislación, que para muchos autores mexicanos se localizan dentro del propio Código Penal para el Distrito Federal.

Podemos decir que el Código Penal para el Distrito Federal, antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial el 13 de Enero de 1984, no concebía explícitamente a la preterintención - como una forma de la culpabilidad, ya que en su artículo 8o. - establecía: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia".(161)

Sin embargo, el maestro CELESTINO PORTE PETIT señala que - esta figura se localiza en el propio Código en su artículo 9o - fracción II. El artículo ordenaba: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario ...". Y la fracción II, señalaba: "Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste - fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y es-

(161) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1981, pág. 31

tar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado".(162)

"De la fracción II del artículo 9o mencionado, -cita CELESTINO PORTE PETIT- se desprende que el agente del delito ha cometido un daño mayor que el que se propuso causar, habiendo mediado culpa respecto del daño causado, tomando en consideración que este daño pudo haber sido notorio, previsto o haberse previsto. Es decir, que la fracción aludida está aceptando la naturaleza del delito preterintencional como mezcla de dolo y culpa y, en consecuencia, la redacción del artículo 9o es desafortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito sea intencional no se destruirá, aunque se pruebe que no es intencional respecto del daño causado".(163)

En el mismo sentido nosotros creemos que, indebidamente, - el artículo 9o, le da la categoría de delitos intencionales (- dolosos) a conducta que carecen de tal connotación, cuando se produzca un resultado que no sea consecuencia necesaria y notoria de la acción u omisión que motivó el ilícito o, siguiendo - el contexto del artículo aludido, no pudo prever la consecución de su acto.

Respecto a la última parte de la fracción antes mencionada, que dice: "... o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado ..." ; entendemos que se pierde con ello toda - imagen psicológica y subjetiva, que debe llevar consigo la cul-

(162) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1981, pág. 36

(163) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Programa de la Parte General del Derecho Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 2a. Edic., México 1968, pág. 62B

pabilidad, respecto de la voluntad del autor del delito, volviendo a tomar la ley únicamente en cuenta el resultado de su conducta, situación que cada día debe irse superando para adecuarse debidamente la pena a la concreta actuación del agente.

RODOLFO CHAVEZ SANCHEZ igualmente critica la fracción citada, al escribir: "Aun cuando es cierto que el artículo 9o. - establece una presunción legal de intencionalidad de las hipótesis planteadas en la fracción II, no es menos cierta la existencia de casos en los que el resultado causado y no querido no sea consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito y por ello resulte inoperante dicha presunción; cuando el resultado no querido surge como efecto del actuar inicial (en donde el sujeto se propuso un daño menor), en ausencia de aquellas condiciones legales, no podrá estimarse como doloso el evento efectivamente producido, en cuyo caso sólo deberán aplicarse las penas reservadas a la delictuosidad dolosa respecto del daño deseado, pues el acaecido no surgió como necesaria y notoria consecuencia del hecho, ni era posible preverla, por no ser efecto ordinario de aquél, ni estar, por ende, al alcance del común de las gentes".(164)

Siendo una brillante crítica la que hace RODOLFO CHAVEZ SANCHEZ, de las hipótesis planteadas en el artículo 9o en su fracción II, a nuestro modo de ver, consideramos que es un cuanto incompleta pues si acertadamente indica: "sólo deberán aplicarse las penas reservadas a la delictuosidad dolosa respecto del efecto deseado", no menciona que pena debe imponerse por cuanto hace al resultado producido.

El problema lo resolveríamos, si entendieramos que las hipótesis señaladas en la fracción II del artículo 9o, se presentan como conductas preterintencionales y sancionando éstas con una pena diversa a las dolosas y culposas, como acertadamente pretende hacerlo el vigente artículo 60 en su fracción VI, que da la posibilidad al Juzgador de atenuar la penalidad al producirse en el mundo fáctico estas situaciones. Aunque preferiríamos que el Código, al igual que lo hace para los delitos dolosos y culposos, estipulara una pena concreta para los ilícitos preterintencionales.

Criterio diverso sigue PAVON VASCONCELOS, para quien: "Resulta inegable que la ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, pero esto no equivale a sostener la admisión en nuestro Derecho de la preterintención como una tercera forma de la culpabilidad, pues ambos asertos son distintos. Admitido el primer punto, el problema radica en saber si ha de aplicarse en algunos casos, conforme a la correcta hermenéutica jurídica, la pena correspondiente al delito culposo y si, excepcionalmente, debe relevarse de pena, el resultado no querido, cuando sea éste de naturaleza imprevisible".(165)

Aunque ese resultado sea imprevisible, no puede relevarse de pena puesto que el autor sí tuvo la intención de causar un daño, resultando éste mayor al querido, se deberá imponer una sanción menor en relación al delito doloso.

Otros antecedentes de esta figura podemos encontrarlos en el Anteproyecto de Código Penal de 1949, que clasifica a los -

(165) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. cit., pág. 362

delitos como intencionales, culposos y preterintencionales. Definiendo a éstos últimos así: "Como el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado".(166)

Como señalaremos oportunamente, al estudiar el concepto legal de preterintencionalidad que hace nuestro Código Penal, - se nos hace poco acertada la definición que nos proporciona el Anteproyecto de 1949 al decirnos que debe existir culpa sobre el resultado, para estar en presencia de una conducta preterintencional.

En relación con lo anteriormente dicho, citaremos una tesis jurisprudencial que nos dará luz con respecto a si la preterintencionalidad puede entenderse como una mixtura de dolo y culpa.

"La llamada ultraintencionalidad se sanciona en la misma forma que los casos de coincidencia cabal del daño representado y el obtenido, siendo, incluso doctrinalmente, insostenible la posición doctrinaria que afirma la preterintencionalidad como concurso de dolo y culpa, dolo en el inicio y culpa en el resultado, pues para que pueda hablarse de culpa, se requiere de una conducta inicial, si no siempre lícita, en todo tiempo atípica, ello es, una conducta que no encaje en la descripción legal que la ley hace de la conducta consagrándola como constitutiva del delito. Semanario Judicial de la Federación (T. CXXII, págs. - 1144 - 1145)".(167)

(166) VILLALOBOS, IGNACIO. Op. cit., pág. 321

(167) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., - Programa, pág. 628

De lo anteriormente expuesto, encontramos que de conformidad con lo ordenado por la fracción II del artículo 9o, las situaciones que plantea, doctrinalmente pudieran considerarse como preterintencionales, pero por mandato de la ley debían estimarse como dolosas.

Otras legislaciones, de igual manera entienden a la preterintencionalidad como una mezcla de dolo y culpa. "El Código de - Defensa Social Veracruzano reglamenta el delito preterintencional en los términos siguientes: 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 (Artículo 7o). El vigente del mismo Estado establece: - Existe preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado (Artículo 6o)". - (168)

Sin estar totalmente de acuerdo, por las razones que exponemos al conceptuar esta institución, nos parece más acertada la definición establecida en el Proyecto de Código Penal para el Estado de Baja California, que preceptúa: "El delito es preterintencional, cuando el resultado mayor no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confía en que no se producirá". (169)

(168) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, pág. 628

(169) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, pág. 628

Si bien es cierto, que la definición antes descrita, nos da la idea correcta de que el resultado va más allá de lo querido por el agente, es omiso el concepto al no señalar el dolo primario de la conducta, que es una característica esencial, a nuestra forma de ver, para que exista como una tercera especie de la culpabilidad.

En el presente inciso, no hemos querido introducirnos en el análisis de cada uno de los conceptos vertidos, puesto que, nuestro único interés es citar los antecedentes que sobre la preterintencionalidad se han dado en México, y de esta forma, tener una visión más amplia de esta figura jurídica.

2.- CONCEPTO Y ELEMENTOS

Presentados los antecedentes más directos que hay en México sobre la preterintencionalidad, se impone el análisis de su concepto y de los elementos que lo integran.

El diccionario nos dice: "Preterintencionalidad: cualidad de los delitos que producen un resultado más grave que el previsto o querido por el delincuente".(170) Sin ser una definición vertida por un penalista, es muy completa, pues nos proporciona una idea clara de lo que se debe entender, en forma gene-

(170) GARCIA - PELAYO Y GROSS, RAMON. Preterintencionalidad, Pequeño Larousse Ilustrado, 8a. Edic., Edit. Larousse, S.A., México 1984, pág. 837

ral, por este tipo de ilícitos.

Para GUILLERMO CABANELLAS, la preterintencionalidad será : "La superación del propósito por los hechos. Circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal cuando se causa un mal superior al querido o planeado: se pretendía herir, y se mata ; se deseaba intoxicar, y resulta un envenenamiento mortal".(171)

Resulta interesante, entre otras cosas, el hecho de considerar a la preterintencionalidad como una atenuante de la responsabilidad, concepto acertado y relevante de esta definición, que junto con la anteriormente mencionada, siguen un mismo camino, al tener como base el resultado más grave en relación con el previsto o querido.

Para el jurista español LUIS JIMENEZ DE ASUA, la preterintención no tiene el carácter de una tercera especie de la culpa bilidad, es tan sólo una mezcla de dolo y culpa; y la define - como: "Un resultado que excede a nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto; pero que, - por ser previsible el efecto más grave, resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa. La preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico, que traspasa lo intencionalmente emprendido".

Confirma su aseveración el jurista español, al escribir: - "Hay una diferencia fundamental entre los llamados en Alemania delitos calificados por el resultado y los que se designan en -

(171) CABANELLAS, GUILLERMO. Op. cit., pág. 375

lengua italiana y española como delitos preterintencionales. En los primeros se infligiría la pena por el mero resultado, sin considerar si éste se previó o pudo preverse; mientras que en los segundos se precisaría que el efecto de mayor entidad hubiere sido, por lo menos, posible de prever".(172)

Igual línea sigue PORTE PETIT, al entender que la preterintencionalidad es una mezcla de dolo y culpa, y señala: "En el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y una previsión respecto al resultado producido con la esperanza de que no se realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto".-(173)

En el mismo sentido VELA TREVIÑO escribe: "La mezcla del dolo y de la culpa en la figura llamada preterintención es la forma más acertada para abordar el tratamiento de este problema; en efecto, lo que da la nota distintiva a la preterintención se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; se tiene, en el inicio de la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico;

(172) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Preterintención, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIII, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1968, págs. 63 y 64

(173) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, pág. 628

sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad - inicial, o sea aparece una figura típica de mayor gravedad y - ajena al concepto psicológico inicial".

"Ahora bien -termina diciendo el autor mexicano-, ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable, o sea satisfacía materialmente las condiciones necesarias para la reprochabilidad por culpa, pero dado que el inicio del propio comportamiento es ilícito, no es encuadrable dentro de la forma benigna de la culpabilidad por culpa, sino que merece un tratamiento - diferente, que será o bien a través de la preterintencionalidad cuando así lo establezca expresamente la ley o como una figura especial del dolo, cuando la misma ley no reconozca la preterintencionalidad". (174)

Por nuestra parte, consideramos, que si bien es cierto que puede existir una unión entre el dolo y la culpa, ésta no se - presenta en cuanto al resultado y menos aun en el que efectivamente acontece, sino más bien, en la propia conducta del activo que puede ser dolosa, culposa o preterintencional, tomando en - cuenta que sólo hay un resultado.

De las ideas que nos presenta VELA TREVIÑO, encontramos - que el resultado producido debe ser previsible y evitable para que se configure debidamente el elemento de la culpabilidad; y el hecho de que esta figura debe ser contemplada por la ley, y - si no fuere así, que se le dé un tratamiento especial de dolo , puesto que nunca podría considerarse como culposa ya que en su

(174) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., págs. 260 y 261

inicio siempre es ilícita la conducta.

En este orden de ideas, JIMENEZ DE ASUA establece: "El fundamento de la preterintención, concebida en su genuino sentido, se encuentra en la exigencia de que el resultado más grave que califica el tipo preterintencional, se haya podido por lo menos prever".

En última instancia, este penalista nos dice: "Desde el punto de vista externo puede considerarse a la preterintención, *sensu stricto*, que se presenta como un delito progresivo en cuanto un daño menor se desarrolla hacia otro mayor, en que el primero queda absorbido; la material realidad del hecho es quien progresa y no el elemento subjetivo, puesto que si imputamos por culpa el resultado más grave, éste se produce no sólo fuera de la intención, o más allá de ella, sino en su contra".(175)

Nosotros creemos que únicamente podemos hablar de un resultado, el acaecido, y lo importante es determinar el tipo de reproche que puede hacerse al sujeto por haberlo cometido. Siendo la preterintencionalidad, un elemento de la culpabilidad y, por ende, el elemento subjetivo por excelencia, esta figura la debemos encontrar en la conducta del activo y no fuera de ella.

Otra nota distintiva sobre la preterintencionalidad, la haremos llamar en el artículo 81, inciso 1 b, del Código Penal de la Argentina, que reza así: "Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años... . Al que con el propósito

(175) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia - Jurídica Omeba, págs. 65 y 77

de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".(176)

Multiples problemas puede producir, tomar en cuenta el medio empleado para determinar la presencia de la preterintencionalidad, ya que en algunos casos éste puede ser idóneo y en otros resultaría no serlo; sin embargo, si se analiza con detenimiento y en cada caso en particular, nos dará la luz para saber si una conducta puede considerarse como preterintencional o no, para no dejar sólo al arbitrio del activo el conocimiento de lo que en realidad deseaba producir por medio de su conducta.

Esto es, si el sujeto afirma que únicamente deseaba herir a una persona, pero ésta fallece a consecuencia de que explotó una bomba en su vehículo que había previamente colocado el activo, no podríamos afirmar que ese comportamiento sea preterintencional, ya que el medio empleado por el delincuente era indudablemente propicio para ocasionar la muerte del pasivo.

Situación diversa se presentaría si el activo, pretendiendo molestar al ofendido, le profiere un leve empujón y como consecuencia de éste el pasivo tropieza y al caer se desnuda y muere. En este caso, acertadamente diríamos que el medio empleado por el activo, no debía necesariamente ocasionar la muerte en el pasivo, y por tal motivo, estaríamos en presencia de una conducta preterintencional.

De conformidad con lo que hemos expuesto, podemos decir -

(176) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 67

que la preterintencionalidad se presenta cuando el sujeto activo del delito, causa un resultado típico y antijurídico, mayor al querido o aceptado en relación al medio que empleó.

Como principales elementos de la preterintencionalidad, - encontramos que son:

a) La conducta ilícita (dolosa) del sujeto activo, al cometer un daño, u ocasionar un resultado. JIMENEZ DE ASUA nos dice: "Ha de ser un daño cometido con dolo, puesto que se trata - de un hecho preterintencional; es decir, más allá de la intención, lo que indica que ha de partirse de la existencia de esta".(177)

Para VELA TREVIÑO, "... lo que da la nota distintiva a la preterintención se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica ...".(178)

Diremos, por tanto, que la conducta del activo es ilegal - ya que siempre tiene el propósito de ocasionar un resultado, - que por ser típico, está previsto en la ley como delito.

b) El resultado producido, no debe ser querido ni aceptado por el agente del delito, cuando resulte mayor al querido o plneado.

(177) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 80

(178) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 260

Al respecto JIMENEZ DE ASUA, escribe: "Ha de haberse producido una consecuencia más grave y ésta no debió quererse pues - en tal supuesto estaríamos ante un dolo directo; ni tampoco aceptado la más grave consecuencia, pues entonces nos hallaríamos - en presencia de un dolo eventual".(179)

c) Que el medio empleado por el activo, no sea racionalmente apto para ocasionar el daño que resultó.

"Puesto que si no se deseó -señala JIMENEZ DE ASUA- el resultado acaecido, pero era de absoluta e imprescindible producción la consecuencia indeclinable del acto emprendido, estaríamos ante un dolo mediato o directo en segundo grado".(180)

Es decir, que el medio empleado por el agente del delito , debe ser completamente desproporcionado con relación al resultado producido, para que estemos en presencia de una conducta preterintencional.

d) Se precisará que esta figura sea contemplada por la ley, pues en caso diverso se deberá entender que estamos frente a un dolo diverso, que desde luego, sea considerado con una pena menor cuando el Juez dicte sentencia.

En este sentido, y como lo apuntamos al comienzo del presente Capítulo, la preterintencionalidad debe ser considerada - como una atenuante de la responsabilidad penal.

(179) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 80

(180) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, págs. 80 y 81

3.- LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Para el estudio de la preterintencionalidad en el Derecho Positivo Mexicano, nos referiremos concretamente al Código Penal vigente para el Distrito Federal, por tener aplicación federal para los delitos de este orden; y en virtud de que, en este ordenamiento se presenta en forma autónoma esta figura jurídica.

De acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial, el día 13 de Enero de 1984, se incluyó a la preterintencionalidad en su artículo 8o. que reza: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales; II. No intencionales o de imprudencia; III. Preterintencionales".(181) Como se desprende por lo ordenado en este artículo, la figura de la preterintencionalidad se configura en una especie más de la culpabilidad.

Para el catedrático RAUL CARRANCA Y RIVAS, la reforma antes referida, carece de utilidad y al respecto escribe: "En suma, a mí me parece que esta adición de la preterintencionalidad, que obviamente no es ninguna novedad en la doctrina, constituye una especie de apéndice inútil en la ley vigente".(182)

(181) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 6

(182) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, pág. 39

Pero independientemente de que tenga o no relevancia, su inclusión en el Código Penal es importante ya que cobra vigencia jurídica, y por ello, la doctrina en adelante deberá profundizar en su estudio.

La preterintencionalidad, se encuentra definida en el tercer párrafo del artículo 9o, que establece: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".(183)

CARRANCA Y RIVAS, critica severamente el concepto que sobre la preterintencionalidad hace el Código Penal, al decirnos: "De la lectura del párrafo tercero del artículo 9o, donde el legislador quiere definir a la preterintencionalidad, se infiere que el resultado debe ser por imprudencia. Pero sucede que en la nueva fracción VI del artículo 60 se lee: En caso de preterintención el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuera intencional. Esto quiere decir que se admite la posibilidad de que el delito sea intencional, doloso en realidad".

"Pero acontece -agrega el jurista mexicano-, que donde se define a la preterintencionalidad se califica al resultado como consecuencia de una acción imprudencial o culposa. Es fácil observar, entonces, que en el artículo 9o el resultado se produce por imprudencia. No es que se trate de un resultado imprudencial o culposo *per se*, sino que, repito, se produce por imprudencia porque el delito cometido por el activo -

(183) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 7

fue o es imprudencial. Luego para que exista la preterintencionalidad, en los términos del artículo 9o, el resultado ha de ser producido por imprudencia, por una acción culposa".

"Hay en consecuencia -confirma el autor-, una grave confusión y contradicción entre ambos preceptos legales del Código . Y estando como está la ley también hay contradicción, en mi concepto, puesto que se debe entender que la referida fracción VI sólo comprende la acción dolosa. Criterio que, como queda dicho, es contrario al de la acción culposa a que alude el artículo - 9o".(184)

Nosotros de igual forma, consideramos que la redacción del artículo 9o es deficiente, al decirnos que la preterintencionalidad se presentará cuando el resultado se ocasione en forma - imprudencial (culposa); pues como lo hemos manifestado anteriormente, la conducta preterintencional se presenta siempre como - ilícita y por tanto no puede ser culposa como lo ordena el Código go.

Creemos, que si el Código Penal omitiera establecer que el resultado debe producirse por imprudencia para que se configure la preterintencionalidad, y sólo dijera que éste se causa al - producirse un resultado típico mayor al querido o aceptado, sería más acertada la concepción que sobre esta figura hace la - ley; y de esta forma, se evitarían confusiones con relación a - lo ordenado por la vigente fracción VI del artículo 60.

En relación a la mencionada fracción VI del artículo 60, -

(184) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
Op. cit., México 1985, págs. 52 y 53

del Código Penal; que establece: "En caso de preterintención el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".(185)

Nos parece acertado que el Código Penal señale la posibilidad de que la pena sea reducida cuando se cometan este tipo de ilícitos, ya que como lo citamos en incisos anteriores, la preterintencionalidad debe ser considerada como una atenuante de la responsabilidad penal.

Por otra parte, es correcta la ley al ordenar que la reducción de la sanción debe ir en relación con los delitos intencionales (dolosos), puesto que la preterintencionalidad se presenta como una conducta ilícita y no podrá haber preterintención cuando un comportamiento sea culposo, pues en este caso no existe la intención (dolo).

Por último, diremos que, atinadamente la ley regula a la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, ya que de esta manera el elemento subjetivo del delito se adecúa correctamente con relación a la conducta ejecutada por el agente del delito, y se deja atrás la práctica de castigar al delincuente sólo tomando en cuenta el resultado producido.

4.- DELITOS PRETERINTENCIONALES

(185) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 19

Con fines prácticos, es nuestro interés señalar los principales delitos en que se puede presentar la figura de la preterintencionalidad. comenzaremos diciendo que por regla general - todos los ilícitos se cometen en forma dolosa y por exclusión - culposa o preterintencionalmente. Así tenemos, que el Código - Penal para el Distrito Federal, sólo regula expresamente los - delitos culposos que se cometan con motivo del tránsito de vehículos y el daño en propiedad ajena en general.

De esta forma, tenemos que hay delitos que sólo se presentan en forma dolosa, tal es el caso del ilícito de violación, - al respecto CELESTINO PORTE PETIT nos dice: "La especie de la - culpabilidad que se presenta en este delito, es el dolo. Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la viola absoluta o compulsiva, es inegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no es posible la existencia de - tales medios sin la concurrencia de esta forma de la culpabilidad". (186)

Otro ejemplo lo encontramos en los delitos relacionados - con el libramiento de cheques, respecto a la forma de la culpabilidad que puede darse en estos delitos, JUAN JOSE GONZALEZ - BUSTAMANTE escribe: "... evidentemente que el sujeto actúa dolosamente cuando libra un cheque a sabiendas de que no será pagado por cualquier causa que le sea imputable, suponiendo previamente que a su actuación habrán de sumarse acciones complementarias para producir el resultado. Entonces es claro que la

(186) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, 2a. Edic., Edit. Jurídica Mexicana, México 1973, pág. 59

conducta será dolosa no únicamente por la producción del evento sino por cuanto el mismo ha sido previamente conocido por el sujeto, quien además lo ha querido. De ahí que pensemos que el delito recogido por el tipo de referencia es de comisión dolosa".(187)

Sin profundizar en cada uno de los tipos del Código Penal, podemos decir que la preterintencionalidad se presenta primordialmente en los delitos que el Título Décimonoveno denomina: - "Delitos contra la vida y la integridad corporal".(188) Excluyendo en primer término, los de disparo de arma de fuego, ataque peligroso y los relacionados con el abandono de personas, - que por su propia naturaleza sólo se pueden ocasionar en forma dolosa. Los demás delitos los analizaremos uno a uno, y de esta forma determinaremos si efectivamente pudieran ser preterintencionales o de igual forma sólo comprenden un comportamiento doloso.

Dejaremos a un lado el delito de daño en propiedad ajena, ya que si bien es cierto que pudiera producirse un daño mayor - en forma preterintencional, cuando el agente no previó ni quiso el resultado agravado, toda vez que consideramos de mayor relevancia las infracciones penales mencionadas con anterioridad.

En primer término, citaremos el delito de lesiones previsto en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece: "Bajo el nombre de lesiones se comprenden no so-

(187) GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. El Cheque, 4a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1983, pág. 163

(188) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 85

lamente las heridas, escoriaciones, fracturas, dislocaciones, - quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro - daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa".(189)

CELESTINO PORTE PETIT, nos dice: "Las lesiones pueden cometerse dolosa, culposa o preterintencionalmente. Las lesiones son preterintencionales, cuando se causa una alteración en la - salud personal de mayor entidad que la querida". Correlativamente el propio autor cita a CARRARA, quien escribe: "... la lesión asumirá la forma de preterintencionalidad, cuando por un lado - existió la voluntad de ofender a la persona, pero no previó actualmente poder causarle tanto mal como el que de hecho produjo, pero que, por lo demás, al agente le era posible preverlo". (190)

Es indudable, que de conformidad en lo establecido por el Código Penal, sí puede existir el delito de lesiones ocasionado por medio de la preterintencionalidad. Sin embargo, cabe aclarar que nuestro ordenamiento penal establece una determinada - pena de acuerdo al tipo de lesión que se cause, de tal forma - que podemos establecer que esta tercera forma de la culpabilidad, se puede presentar en todas las hipótesis que señala la - ley, excepto en la prevista en la primera parte del artículo - 289, que señala: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tardare en sanar menos de quince -

(189) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 85

(190) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Dogmática Sobre - los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, 5a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1978, pág. 82

días, se le impondrá de tres a cuatro meses de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas sanciones a juicio del Juez".
(191)

Por ser este tipo de lesiones, las mínimas que sanciona el Código Penal, no podría darse el caso de que el agente pretendiera lesionar a alguien y resultara que produjo un daño mayor al pretendido.

Por otra parte, pudiera darse el caso de que el agente del delito quisiera tan sólo proferir un simple golpe y no lesionar al pasivo, pero resultaría irrelevante tal situación en virtud de lo establecido por el artículo 344 del Código Penal, que señala: "Se aplicarán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a trescientos pesos: I. Al que, públicamente y fuera de riña, diere a otra una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara; II. Al que azotare a otro por injuriarle, y III. Al que infiera cualquier otro golpe simple. Son simples los golpes y violencias físicas que no causen lesión alguna y sólo se castigarán cuando se infieran con intención de ofender a quien los recibe. Los Jueces podrán, además, declarar a los reos de golpes sujetos a la vigilancia de la autoridad, prohibirles ir a determinado lugar y obligarlos a otorgar caución de no ofender, siempre que lo crean conveniente".-
(192)

Si bien es cierto que el bien jurídico protegido, es diverso

(191) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 85

(192) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 93

al de lesiones, este delito resulta que tiene prevista una sanción menor, por lo que resultaría en si mismo una atenuante para el delincuente el hecho de que se consignara por el delito - de lesiones y no por el de golpes y otras violencias físicas, - y en consecuencia resulta irrelevante la aplicación de una pena por lesiones preterintencionales, previstas y sancionadas en el artículo 289 parte primera del Código Penal.

El delito de homicidio, es sin duda el que presenta mayor relieve en nuestro estudio, está previsto en el artículo 302 - del Código Penal, que ordena: "Comete el delito de homicidio: - el que priva de la vida a otro".(193)

El jurista CARRANCA Y RIVAS, escribe: "Puede presentarse - (el delito de homicidio) dolosa o imprudencialmente, y también preterintencionalmente. Preterintencionalmente cuando se previó y quiso un resultado distinto del de la muerte, produciéndose - como consecuencia éste, que pudo y debió ser previsto por efecto del primero".(194)

CELESTINO PORTE PETIT, afirma: "Hay homicidio preterintencional cuando queriendo causar un daño menor que la muerte, se causa ésta, habiéndola previsto con la esperanza de que no se - produciría o no previéndola cuando se la debía haber previsto". (195)

(193) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 87

(194) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, págs. 679 y 680

(195) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Dogmática, pág. 37

A nuestro parecer, sólo podremos hablar de homicidio preterintencional si éste se comete en forma simple o en riña, dado que si fuere calificado se entenderá que siempre ocurrió con dolo, argumento que es válido para el delito de lesiones. En cuanto al duelo, si es a muerte, indudablemente será doloso.

Por lo que hace a las hipótesis planteadas en los artículos 310 y 311 del Código Penal para el Distrito Federal, a las que denomina RAUL CARRANCA Y TRUJILLO como: "Conyugicidio o lesiones por adulterio" y "Homicidio o lesiones, siendo pasivo el corruptor del delincuente"(196); resultaría improcedente la aplicación de una sanción como si se tratara de un delito preterintencional, puesto que son situaciones en donde la pena ya se encuentra atenuada y el resultado puede ser tanto lesiones como homicidio.

En cuanto al delito de parricidio, previsto en el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece: - "Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco".(197)

Para RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, es necesario: "Dolo específico, requerido además del general consignado en el artículo 9o del Código Penal, consistente en la voluntad y conciencia del agente de privar de la vida a quien sabe que es su ascendiente

(196) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, págs. 613 y 623

(197) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 90

consanguíneo en línea recta. Basta para probar dicho dolo con - la prueba de que el agente sabía que la víctima era tal ascendiente".

El mismo autor para confirmar su aseveración, cita la siguiente jurisprudencia: "Si el que hiere a muerte a su madre no tuvo la intención de lesionarla, pues trataba de abatir a su hermano no queda integrado el delito de parricidio por la ausencia del dolo específico que consiste en el ánimo de dar muerte a su ascendiente (S.C., Amparo Directo 320/64, inf. 1965, pág. 52)". - (198)

"No es posible -afirma CELESTINO PORTE PETIT- sostener la existencia de un parricidio preterintencional, por la sencilla - razón de que el parricidio solamente puede concebirse dolosamente, ya que requiere un doble dolo: uno específico y otro genérico". (199)

Seguendo estas ideas, cuando un descendiente priva de la vida a su ascendiente, pero sólo pretendía lesionarlo, deberá - responder el delincuente por el delito de homicidio preterintencional; dado que, estaría ausente el dolo específico "consistente en el ánimo de dar muerte a su ascendiente", para que se integrara el delito de parricidio.

Con relación al delito de infanticidio, podemos decir que sigue la misma línea al del parricidio en cuanto que sólo podrá

(198) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, págs. 761 y 762

(199) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Dogmática, pág. 183

cometerse con dolo. El artículo 325 del Código Penal para el Distrito Federal, establece: "LLámase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento por alguno de sus ascendientes consanguíneos".

Y el artículo 327 del propio Código Penal, señala: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya ocultado su embarazo; III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto; IV. Que el infante no sea legítimo".(200)

"El delito de infanticidio -escribe CARRANCA Y TRUJILLO-, sólo puede ser doloso y no imprudencial. No es configurable la preterintencionalidad, pero sí lo es la tentativa. El dolo específico del delito consiste en la voluntad y conciencia del agente de privar de la vida al infante recién nacido, del que el propio agente sabe es ascendiente consanguíneo en línea recta, para ocultar la deshonra. Si faltare este dolo se tratará de un homicidio simple". En este sentido CARRARA, nos dice: "El propósito de ocultar la deshonra integra el elemento psicológico, a título de dolo específico".(201)

De igual forma, PORTE PETIT afirma: "El infanticidio sin móviles de honor no se puede cometer preterintencionalmente. Es de gran interés, igualmente, determinar la posibilidad de un infanticidio *honoris causa* preterintencional. Pensamos que la -

(200) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, págs. 90 y 91

(201) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, págs. 763 y 764

exigencia en este delito de un doble dolo específico, impide la existencia de un infanticidio preterintencional por móviles de honor".(202)

Confirma lo expuesto JIMENEZ HUERTA, al sostener: "... el elemento subjetivo que caracteriza típicamente al delito de infanticidio, esto es, el fin de salvar el honor, preside exclusivamente la realización dolosa de la conducta típica: matar al - infante".(203)

En consecuencia, si ocurriere la muerte del infante cuando únicamente se tuviere el propósito de lesionarle, estaríamos en presencia de un homicidio preterintencional, pero no se configuraría el ilícito de infanticidio que sólo se puede ocasionar dolosamente y siempre con motivos relacionados con el honor.

Por último, haremos mención al delito de aborto en sus modalidades denominadas aborto procurado, aborto consentido y aborto sufrido, previstos y sancionados en los artículos 329 al 334 del Código Penal para el Distrito Federal.

El tipo del delito de aborto genérico, se encuentra establecido en el artículo 329, que establece: "Aborto es la muerte - del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

El artículo 330, señala: "Al que hiciere abortar a una -

(202) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Dogmática, pág. 207

(203) JIMENEZ HUERTA, MARIANO: Derecho Penal Mexicano, Tomo II, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México - 1975, pág. 175

mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual - fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión".

Y el artículo 332, ordena: "Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya logrado ocultar su embarazo, y III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión".(204)

Con respecto al tipo o especie de la culpabilidad que puede presentarse en este delito, CARRANCA Y TRUJILLO escribe: "Delito de daño, doloso. Requiere el dolo específico consistente en la voluntad y conciencia en el agente de dar muerte al producto de la concepción. Con voluntad y conciencia, no imprudencialmente o por culpa".(205)

En relación a lo estipulado por el artículo 333 del Código Penal, que estatuye: "No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada ..." (206); el jurista mexicana, señala: "Pudiera darse la imprudencia de un tercero conjun-

(204) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 91

(205) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, pág. 767

(206) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 91

tamente con la de la mujer embarazada. No por ello será punible el aborto, pues la excusa absolutoria está configurada en la ley en consideración a la maternidad involuntariamente frustrada".(207)

Para CELESTINO PORTE PETIT, la culpabilidad en el delito de aborto puede presentarse de la siguiente manera: "Al tratarse de un aborto consentido, la forma de la culpabilidad que se da es dolosa; en el aborto procurado, es indudable que se requiere, dada su especial naturaleza, la concurrencia de la primera forma de culpabilidad: el dolo, en cualquiera de sus dos grados: directo o eventual; y en el aborto sufrido, la forma de culpabilidad que puede presentarse, dada la índole de esta figura delictiva, es el dolo".

Respecto al aborto culposo el catedrático mexicano, escribe: "Ahora bien, cuestión de gran interés es el determinar si el término imprudencia, utilizado en el artículo 333 del Código Penal, abarca a las dos culpas: con representación o sin representación, o bien, únicamente a una de ellas. Solamente puede ser sujeto activo de un aborto culposo, de acuerdo con el artículo 333 del Código Penal, el tercero que realiza la conducta culposa".(208)

Nosotros no estamos de acuerdo con lo señalado por CARRANCA Y TRUJILLO, consideramos que en el delito a tratar, pueden concurrir las tres especies de la culpabilidad que regula el Código Penal, a saber: el dolo, la culpa y la preterintenciona-

(207) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. cit., México 1985, pág. 769

(208) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Dogmática, págs. 230, 251, 261 y 267

lidad.

La culpa en el delito de aborto, la encontramos en el artículo 333, que sólo beneficia con una excusa absolutoria a la mujer embarazada que por imprudencia (culpa) aborte. Al señalar el legislador sólo a la mujer embarazada, en este tipo de excusa, debemos entender que a todos los demás sujetos que por medio de culpa ocasionen un aborto no les beneficiará este beneficio.

Es posible, por otra parte, la configuración del aborto preterintencional, cuando el sujeto activo pretendiendo un mal menor provoque un aborto, mismo que tiene cabida en la segunda y tercera hipótesis del artículo 330, que establece: "... Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión".(209)

JIMENEZ DE ASUA, habla de "violencias causantes del aborto". Cita el artículo 87 del Código Penal de la Argentina, que señala: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años de prisión, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare".

El jurista español, menciona correlativamente la siguiente jurisprudencia: "La Suprema Corte de Tucumán, opta también por ver en el artículo 87 un aborto preterintencional; uno de los -

(209) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., México 1984, pág. 91

magistrados opinó: En esta categoría de infracciones, sea o no homogéneo el bien afectado, hay dolo en el inicio y culpa en el remate, con lo que un daño menor querido se transforma en daño mayor no querido, pero que es posible prever. (Sentencia, de 14 de Diciembre de 1943, en La Ley, Diario del 9 de Marzo de 1944)".

Concluye diciendonos el propio autor: "A nuestro juicio, y teniendo en cuenta que sólo puede atribuirse el resultado más - grave por razón de culpa, tan preterintencional es, en este sentido, la muerte consecutiva de aborto, como el aborto consecutivo de las violencias".(210)

5.- JURISPRUDENCIA

A continuación, vertiremos las principales tesis jurisprudenciales que sobre la figura de la preterintencionalidad se han elaborado.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha definido al delito preterintencional, de la siguiente manera: "Delito preterintencional es aquel en que resulta un daño mayor que el que se propuso el agente. Anales de Jurisprudencia (T. VI, pág. 265)".

Se completa la definición, antes citada, con la siguiente tesis: "Se dice, en doctrina, que un delito es preterintencional,

(210) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 72

cuando la representación mental que del delito se hizo el agente antes de cometer éste, no estuvo de conformidad (por exceso, o por defecto) con la realización exterior del mismo. Anales de Jurisprudencia (T. XX, pág. 874)".(211)

Las tesis mencionadas, nos dan una idea clara de lo que - debemos entender por un delito preterintencional, puesto que, - plasman los principales elementos que se requieren para que exista esta institución; a saber: comprender que siempre estamos en presencia de una conducta ilícita, que ésta produce un resultado no querido en cuanto que es mayor al planeado y previsto.

Por otra parte, son correctas las tesis referidas, ya que mencionan únicamente un resultado, que indudablemente se trata del acaecido y no hacen una mezcla de dolo y culpa, lo cual se confirma con la jurisprudencia que a continuación mencionaremos.

"En el régimen de ficción consagrado en el artículo 9o. - del Código Penal, la llamada ultraintencionalidad se sanciona - en la misma forma que los casos de coincidencia cabal del daño representado y el obtenido, siendo, incluso doctrinalmente, insostenible la posición doctrinaria que afirma la preterintencionalidad como concurso de dolo y culpa, dolo en el inicio y culpa en el resultado, pues para que pueda hablarse de culpa, se - requiere de una conducta inicial si no siempre lícita, en todo tiempo atípica, ello es, una conducta consagrándola como constitutiva del delito. Semanario Judicial de la Federación (T. CXXII págs. 1144 - 1145)".(212)

(211) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, pág. 624

(212) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, pág. 626

Con relación al medio empleado por el activo, en cuanto - que no debe ser racionalmente apto para producir el daño que - resultó, y por tanto, estemos en presencia de una conducta preterintencional, la jurisprudencia argentina ha establecido:

"De conformidad con el fallo de 4 de Mayo de 1923, dictado por la Cámara de la Capital, los Ministros resolvieron: En síntesis general -dice el párrafo más importante de esta Sentencia- para calificar un homicidio como preterintencional hay que tener en cuenta, como dice CARRARA, la índole del acusado, las - precedentes manifestaciones del mismo, la causa de delinquir, - la naturaleza del arma empleada, el número y dirección de los - golpes, cuando esto último ha dependido de la voluntad del reo".

"En efecto -terminan argumentando los Ministros-, la frase: no debía razonablemente causar la muerte, debe ser considerada - con las circunstancias especiales en cada caso, para juzgar si un medio puede o no causar la muerte, en las determinadas circunstancias en que se usó. (Sentencia de la Suprema Corte de - Bs. As., en J. A., T. 43, pág. 1221)".(213)

Se confirma la importancia que reviste el medio empleado , con esta tesis: "En este aspecto uno de los más importantes fallos es el dictado en 1951 por la Cámara de Apelaciones de lo - Criminal y Correccional de la Capital, en el que se declara que debe calificarse de preterintencional el homicidio cometido por quien, sin intención de matar al que le aplica un puntapié, leiona de una cuchillada en la pierna a su agresor, falleciendo

(213) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 86

éste a consecuencia de abundante hemorragia, incontenible por - la falta de medios adecuados. En el caso, y por la forma en que se la utilizó, y atendiendo a su poder vulnerable, se dice que el arma empleada no debió razonablemente producir la muerte. - Declaró además el Tribunal que la racionalidad del medio empleado en el homicidio preterintencional no debe apreciarse objetivamente, sino con referencia a las condiciones personales del sujeto activo y a la luz de las circunstancias de hecho concurrentes (Sentencia de 27 de Junio de 1951, en J. A., Diario 13 de Septiembre de 1951)".(214)

Es indudable que los medios empleados por el sujeto activo del delito, deben ser apreciados de conformidad a su propio comportamiento y de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso, sin determinar en forma objetiva y general cuando un medio es o no idóneo para cometer determinado ilícito para que resulte preterintencional.

GUILLERMO CABANELLAS, nos dice al respecto: "La jurisprudencia ha establecido que para apreciar esta circunstancia ha de existir una gran desproporción entre el medio empleado y el daño resultante. No cabe reconocerla en los delitos cuya aplicación y penalidad no depende de cantidad; como en la falsedad, - el rapto, las injurias y el desacato".(215)

En relación a los delitos en donde puede presentarse la figura de la preterintencionalidad, que corrobora lo ya citado -

(214) JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Op. cit., Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 87

(215) CABANELLAS, GUILLERMO. Op. cit., pág. 375

en cuanto que se da en delitos contra las personas, con la salvedad del ilícito de daño en propiedad ajena que no analizamos - por darle mayor relevancia a aquéllos, CABANELLAS cita la tesis siguiente: "Pretendiendo establecer una jurisprudencia por demás taxativa, en varios fallos se declara que la preterintencionalidad sólo cabe admitirla en los delitos contra las personas. No parece doctrina muy correcta, porque cabe incendiar con el propósito limitado de alarmar a una persona y causarle un pequeño perjuicio, y propagarse casualmente el incendio y resultar daños extraordinarios; y precisamente la cuantía de los daños es una base de la penalidad en tal delito".(216)

Hemos establecido, que la preterintencionalidad debe ser reconocida por la ley para que tenga aplicabilidad, pero en el caso de que no esté legislada, debe considerarse como una atenuante en cuanto a la responsabilidad del sujeto. En este sentido, plasmaremos estas tesis jurisprudenciales:

"PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE LA. Salvo cuando la ley expresamente determina otra situación, si el daño causado va más allá del que se propuso el agente activo es caso de preterintencionalidad en que a título doloso se sanciona el resultado si este es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado. Sexta Epoca, Segunda Parte. Vol. XV, pág. 127, A.D. 3330/57. DIONISIO HERNANDEZ CAMPOS, 5 votos".(217)

"Pierde un delito el carácter de intencional, cuando el agente no se propuso causar el daño que resultó si éste no fue

(216) CABANELLAS, GUILLERMO. Op. cit., pág. 375

(217) VELA TREVIÑO, SERGIO. Op. cit., pág. 262

consecuencia necesaria y notoria, ni efecto ordinario del hecho u omisión ni se resolvió a violar la ley, sea cual fuere el resultado. Anales de Jurisprudencia (T. VI, pág. 265)".

"Si bien a la mayor parte de las preterintencionalidades - no destruye la presunción de la intencionalidad, el Juez deberá tomar en cuenta el menor propósito del agente en la regulación de su arbitrio para la aplicación de la penalidad. Anales de - Jurisprudencia (T. IX, pág. 432)".

"La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y concurre esta última cuando sin que medie ningún disgusto, dos personas sostienen una lucha deportiva en la que una de ellas, de manera inesperada se golpea con un tubo que hay en el piso y recibe lesiones que originan su muerte, ya que el daño que resulta no es una consecuencia necesaria ni notoria del hecho u omisión en que se hace consistir el delito. Boletín de Información Judicial (T. VI, pág. 5)".(218)

Tienen gran relevancia las tesis expuestas, puesto que correctamente declaran que debe destruirse la presunción de que - un delito es intencional (doloso), cuando verdaderamente se demuestra que el resultado producido no es consecuencia necesaria y notoria de la conducta del activo.

Respecto a las circunstancias atenuantes en los delitos en contra de la vida y la integridad personal, encontramos esta - jurisprudencia, que interpretada a *contrario sensu* nos proporciona gran claridad a nuestros conceptos.

(218) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit., Programa, págs. 630 y 632

"PRETERINTENCIONALIDAD EN LA RIÑA.- Estándose en presencia de una riña, no importa que exista o no la intención específica de causar la muerte o un daño menor, y si el daño causado fue - más allá de lo que se propuso el agente activo, se está en la - circunstancia preterintencional, figura en que a título doloso, ya que fué requerida por el agente activo, se sanciona el resul tado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción - criminal. Séptima Epoca, Segunda Parte; Vol. LXVI, pág. 46. Am- paro Directo 701/74. J. JESUS ALVARADO LOZAYA.- 5 votos".(219)

(219) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Jurisprudencia, - Apéndice 1917 - 1975, Primera Sala, Semana- rio Judicial, Apéndice 75, Segunda Parte, 1, México 1975, pág. 517

CONCLUSIONS

- I. Delito es la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable. En donde la punibilidad no es un elemento esencial del ilícito, ya que hay figuras delictivas que prescinden de sanción.

- II. Podemos hablar de culpabilidad, en la medida que la norma jurídica sea violada por la conducta típica y antijurídica del sujeto activo del delito, cuando podía omitir o cambiar el comportamiento realizado; y en la medida, que el individuo no cambie o evite la realización de determinada conducta, si le era exigible omitirla o evitarla, podremos reprocharle su actuación y por tanto resultará culpable el agente del delito.

- III. Antes de ser derogada la fracción II, del artículo 9o del Código Penal para el Distrito Federal, por Decreto de 30 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial el 13 de Enero de 1984, indebidamente daba el carácter de delitos intencionales a conductas que carecían de tal connotación, al producirse un resultado que no era consecuencia necesaria y notoria de la acción u omisión que motivó el delito, debiéndose entender como preterintencionales.

- IV. La preterintencionalidad es la tercera forma en que puede presentarse la culpabilidad, diversa al dolo y a la culpa; así, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 8o establece: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales (dolosos); II. No intencionales o de imprudencia (culposos); III.- Preterintencionales".
- V. Habrá preterintencionalidad, cuando una conducta - produzca un resultado típico y antijurídico, mayor al querido o aceptado, en relación al medio empleado por el sujeto activo del delito.
- VI. Los elementos de la preterintencionalidad son: una conducta ilícita por parte del agente del delito; - la producción de un resultado no querido ni aceptado, cuando resulte mayor y desproporcionado con relación al propuesto, y; que el medio empleado no - sea apto para ocasionar el daño acaecido.
- VII. Es defectuosa la definición, que sobre la preterintencionalidad nos proporciona el vigente Código Penal para el Distrito Federal, que en el artículo 9o

párrafo tercero, ordena que el resultado debe producirse por imprudencia; ya que como lo señalamos, es elemento esencial de la preterintencionalidad el hecho de que se presenta por medio de una conducta ilícita y por tanto no puede ser culposo el resultado como lo ordena el Código.

VIII. Atinadamente, la vigente fracción VI del artículo - 60, del Código Penal para el Distrito Federal, da - la posibilidad al juzgador para que reduzca la pena hasta en una cuarta parte, con relación al delito - intencional, al presentarse un ilícito preterinten- cional. Pues, sostenemos que esta institución debe ser considerada como una atenuante de la responsabi- lidad penal, respecto a los delitos dolosos.

BIBLIOGRAFIA

- BUENO ARUS, FRANCISCO APUNTES DE SISTEMAS Y TRATAMIENTOS PENITENCIARIOS, UNIVERSIDAD DE MADRID, ESPAÑA 1956.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 13a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1980.
- C. NUÑEZ, RICARDO LA ANTIJURIDICIDAD, TOMO I, ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, EDIT. BIBLIOGRAFICA ARGENTINA, S.R.L., - BUENOS AIRES, ARGENTINA 1968.
- CABANELLAS, GUILLERMO DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, TOMOS I, II, III y IV, 9a. EDIC., - EDIT. HELIASTRA, S.R.L., BUENOS AIRES, ARGENTINA 1976.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL, 13a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL CODIGO PENAL ANCTADO, 9a. EDIC., - EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1981.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL CODIGO PENAL ANOTADO. 11a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1985.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 10a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1976.
- CASTRO ZAVALA, SALVADOR 65 AÑOS DE JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917 - 1981, 1a. EDIC., EDIT. PER SE, MEXICO 1983.

- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO EL DERECHO PRIVADO ROMANO, 5a. -
EDIC., EDIT. ESFINGE, S.A., MEXI-
CO 1974.
- FONTAN BALESTRA, CARLOS LA TIPICIDAD, TOMO XXVI, ENCICLO-
PEDIA JURIDICA OMEBA, EDIT. BIBLIO
GRAFICA ARGENTINA, S.R.L., BUENOS
AIRES, ARGENTINA 1968.
- GALLINO YANZI, CARLOS LA IMPUTABILIDAD, TOMO XV, ENCICLO
PEDIA JURIDICA OMEBA, EDIT. BIBLIO
GRAFICA ARGENTINA, S.R.L., BUENOS
AIRES, ARGENTINA 1968.
- GARCIA-PELAYO y GROSS, -
RAMON PRETERINTENCIONALIDAD, PEQUEÑO LA
ROUSSE ILUSTRADO, 8a. EDIC., EDIT.
LAROUSSE, S.A., MEXICO 1984.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO y
ADATO DE IBARRA, VICTORIA PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXI
CANO, 3a. EDIC., EDIT. PORRUA, -
S.A., MEXICO 1984.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN -
JOSE EL CHEQUE, 4a. EDIC., EDIT. PORRUA
S.A., MEXICO 1983.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS PRETERINTENCION. TOMO XXIII, ENCI
CLOPEDIA JURIDICA OMEBA, EDIT. BI
BLOGRAFICA ARGENTINA, S.R.L., -
BUENOS AIRES, ARGENTINA 1963.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO V,
LA CULPABILIDAD, 2a. EDIC., EDIT.
LOSADA, S.A., BUENOS AIRES, ARGEN
TINA 1963.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO

DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO I, -
INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS FI-
GURAS TIPICAS, 2a. EDIC., EDIT. -
PORRUA, S.A., MEXICO 1977.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO

DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO II, -
LA TUTELA PENAL DE LA VIDA E INTE-
GRIDAD HUMANA, 3a. EDIC., EDIT. -
PORRUA, S.A., MEXICO 1975.

KELSEN, HANS

TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL
ESTADO, TRAD. POR EDUARDO GARCIA
MAYNEZ, IMPRENTA UNIVERSITARIA, -
MEXICO 1949.

LEMUS GARCIA, RAUL

SINOPSIS HISTORICA DEL DERECHO RO-
MANO, APUNTES, MEXICO 1978.

M. A. ELIA, CARLOS

LA CULPABILIDAD, TOMO V, ENCICLO-
PEDIA JURIDICA OMEBA, EDIT. BIBLIO
GRAFICA ARGENTINA, S.R.L., BUENOS
AIRES, ARGENTINA 1968.

MAURACH, REINHART

TRATADO DE DERECHO PENAL, TRAD. -
POR JUAN CORDOBA RODA, EDIT. ARIEL
S.A., BARCELONA, ESPAÑA 1962.

O. RABASA, EMILIO y
CABALLERO, GLORIA

MEXICANO: ESTA ES TU CONSTITUCION
CAMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO
DE LA UNION, MEXICO 1984.

ORTEGA PADILLA, JOSE

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FE-
DERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TO-
DA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDE-
RAL, SERIE LEGISLACION MEXICANA,
PROCURADURIA GENERAL DE LA REPU-
BLICA, MEXICO 1984.

- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO MANUAL DE DERECHO PENAL, 2a. EDIC.
EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1967.
- PETIT, EUGENE TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMA
NO, TRAD. DE LA 9a. EDIC. POR D.
JOSE FERNANDEZ GONZALEZ, EDIT. SA
TURNINO CALLEJA, S.A., MADRID.
- PETROCELLI, BIANGIO LA ANTIJURIDICIDAD, TRAD. POR JO-
SE L. PEREZ HERNANDEZ, UNIVERSI-
DAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO ,
MEXICO 1963.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, -
CELESTINO APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DE DERECHO PENAL, 5a. EDIC. EDIT.
PORRUA, S.A., MEXICO 1980.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, -
CELESTINO DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CON-
TRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL ,
5a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., -
MEXICO 1978.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, -
CELESTINO ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO -
DE VIOLACION, 2a. EDIC., EDIT. JU
RIDICA MEXICANA, MEXICO 1973.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, -
CELESTINO PROGRMA DE LA PARTE GENERAL DEL -
DERECHO PENAL, 2a. EDIC., UNIVER-
SIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXI-
CO, FACULTAD DE DERECHO, MEXICO -
1968.
- SEARA VAZQUEZ, MODESTO DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO, 9a.
EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO
1983.

VELA TREVIÑO, SERGIO

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD, 1a. EDIC., EDIT. TRILLAS, S.A., MEXICO 1973.

VILLALOBOS, IGNACIO

DERECHO PENAL MEXICANO, 4a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1983.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 36a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1982.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 37a. EDIC., EDIT. PORRUA S.A., MEXICO 1983.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, LIBRERIAS TEOCALLI, MEXICO - 1984.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO, REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL, PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, CUARTA EPOCA, No. 18, OCTUBRE-DICIEMBRE DE 1975.

DIARIO OFICIAL, ORGANO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, TOMO CCCXCII, No. 35, MEXICO, DISTRITO FEDERAL A 13 DE ENERO DE 1984.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. JURIS-
PRUDENCIA, APENDICE 1917-1975, -
PRIMERA SALA, SEMANARIO JUDICIAL
DE LA FEDERACION, APENDICE 75, SE
GUNDA PARTE, MEXICO 1975.

OPPOSE

Telex on 24 hours

Tel. 5-19-40-39

Calle 59 Desp. 22

México D. F.