

241 188



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

‘‘A R A G O N’’

**LA PUNIBILIDAD EN LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES
EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

MARTIN GERARDO RIOS CASTRO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

San Juan de Aragón, Méx. 1988.



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.

INDICE.

	Pág.
INTRODUCCION.	III
CAPITULO I. <u>MARCO CONCEPTUAL Y DELIMITACION.</u>	1
1. Preterintención lato sensu.	4
2. Preterintención stricto sensu.	16
3. Preterintención desde el punto de vista legal.	30
4. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	35
5. Concepto propio.	42
CAPITULO II. <u>REFERENCIA TEORICA Y LEGISLATIVA.</u>	47
1. Doctrina Alemana.	49
2. Doctrina Suiza.	59
3. Doctrina Italiana.	61
4. Doctrina Francesa.	75
5. Doctrina en Iberoamérica.	78
5.1. Caso de México antes de la Reforma al Código Penal de 1984.	95
CAPITULO III. <u>DOLO, CULPA Y PRETERINTENCION.</u>	103
1. El dolo en la comisión de un delito.	104
2. El delito doloso en nuestra legislación.	114
3. La culpa en el delito.	119
4. El delito culposo en nuestro Código Penal.	128
5. El delito preterintencional.	133
5.1. El dolo dentro del delito preterintencional.	134

5.2.	La culpa en el delito preterintencional.	136
5.3.	El delito preterintencional como "sui generis".	139
CAPITULO IV.	<u>ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCION.</u>	147
1.	Naturaleza de la preterintención.	148
2.	Elementos de la preterintención.	154
CAPITULO V.	<u>PUNIBILIDAD EN LA PRETERINTENCION.</u>	162
1.	La punibilidad como consecuencia de la comisión de un delito.	163
2.	La punibilidad en los delitos intencionales e imprudenciales en nuestro Derecho Positivo.	173
3.	La punibilidad en los delitos preterintencionales.	182
3.1.	Artículo 60 del Código Penal.	185
3.2.	Referencia a algunos casos concretos.	197
4.	Crítica a la punibilidad en los delitos preterintencionales de acuerdo a nuestro Código Penal.	
5.	Nuestra postura a seguir en la punibilidad en los delitos preterintencionales.	198
	CONCLUSIONES.	207
	BIBLIOGRAFIA.	214
	APENDICE.	

INTRODUCCION.

Estudiar la preterintención, implica abordar un análisis medurado, parsimonioso de un fenómeno jurídico inmerso en la vastedad del Derecho Penal. La preterintención, figura vetusta en la cultura jurídica, ha revestido desde siempre, una problemática de harto difícil solución, así lo vemos desde el antecedente más eximio de nuestro Derecho, el romano, en el cual presentó esta institución jurídico-penal, caracteres que ineluctablemente obvian una tangible situación conflictiva al determinar en específico el en-cuadramiento de este particular tipo de ilícitos; con el devenir - histórico jurídico, esta circunstancia de desacuerdo no desaparece mas aun, se acendra.

La evolución en nuestra materia, ha aportado lenta, pero constantemente, elementos de los que se sirve la Ciencia Jurídica, la que de guisa incesante procura finiquitar este arraigado dilema no obstante, lo anterior no ha sido factiblemente posible, en parte debido a la intrínseca dificultad que la preterintención, como delito "sui generis" conlleva, y, por otra, a la costumbre empecinada de no acoger posturas innovadoras que acerquen el Derecho a - la realidad social y por extensión, delictiva, por parte de juristas, así como por legisladores.

La falta de homogeneidad, inmanente en esta clase de con-ductas antisociales, ha originado antagonismos doctrinales y lega-les que han perdurado hasta los días actuales. Esta disparidad - sustenta además, persistencia ecuménica, no es privativa de deter-minada época, no se presenta sólo en aisladas legislaciones, todas las sociedades modernas (y antiguas) que se organizan jurídica-mente, enfrentan y han padecido la situación indefinida en la que pro-longadamente ha permanecido la preterintención.

Lo anterior, aunado al deseo de investigación reflexiva, nacida a partir de la reforma al Código Penal para el Distrito Federal, efectuada el 13 de enero de 1984 (que incluyó los delitos preterintencionales en el artículo 8º., fracción III), han motivado el desarrollo del presente opúsculo. Ahora bien, agotar descriptivamente la totalidad de recovecos posibles en tratándose de delitos - en los que existe desproporción entre el resultado y la intención--previsión del agente, es una tarea además de farragosa, ambiciosa - en exceso. Por ende, nos avocamos primordialmente a la elucidación de dos aspectos, que a nuestro parecer, son los que precisan - de guisa prioritaria, ser esclarecidos y modificados, para que esta particular clase de delitos, ocupe definitivamente su correcta ubicación y reciba el tratamiento punitivo que de suyo le corresponde; susodichos aspectos son los que a continuación se explican:

1). El imperativo de discernir exactamente, las características que otorgan a la figura materia de esta nimia exposición sus correctas estructura y naturaleza jurídicas. Es patente que - esta perspectiva atiende a una condición de carácter general, esto es, la pretensión a cubrir, es determinar los alcances, que dada la especial configuración de la preterintención, obtiene ésta dentro - de la Teoría del Delito.

Naturalmente que para satisfacer este objetivo, es menester efectuar una ponderada revisión y sucinta connotación de lo asequido en lo que a este renglón respecta, ergo, no soslayamos los - criterios hegemónicos emitidos por excelsos juristas, con motivo de la explicación del punto en referencia; al discurrir sobre la estructura de esta institución jurídico-penal, para concluir con el - que a nuestro parecer, confiere la consideración adecuada y define cabalmente a los delitos en estudio.

2). El requerimiento de adecuar el tratamiento punitivo que establece el Código Penal para el Distrito Federal vigente.

Una vez basada la acertada conformación y fundamentación de esta especie de violaciones a los bienes jurídicamente tutelados, se está en condiciones de examinar si la punición preceptuada por la ley correspondiente, es la que precisa el delito preterintencional. Loable es sin duda alguna, la inserción de esta figura jurídica, en nuestro ordenamiento punitivo; sin embargo al adjudicarle la sanción aplicable, se ha incurrido, en nuestra opinión, en un craso error.

Toda vez que hemos asentado, que la preterintención conforma un grado autónomo dentro de la culpabilidad, asimismo que atento a su singular estructura integra un delito "sui generis", es sencillo colegir que es necesario un tratamiento punitivo que observe y contenga los lineamientos pertinentes que satisfagan y presenten analogía con los requerimientos y cualidades específicas de estos ilícitos, cuyo resultado excede a la previsión e intención del responsable.

Hacemos hincapié que al detectar la anomalía subsistente en este punto, contenido en la fracción VI del numeral 60, de nuestro código sustantivo penal vigente, a la vez que proponer la punición apegada a la especial condición de la preterintención, planteando con ello la urgencia de una sustancial modificación (corrección) al vigente texto legal en comento, es menester delimitar ciertos conceptos que de guisa inévita están involucrados en tan interesante renglón de nuestra materia, por tanto, es que en el transcurso de este trabajo, hallamos cuestiones que al concluirlo, reafirman nuestra postura con su previo deslinde de figuras similares y concreción cualitativa, allanando divagaciones provenientes de criterios encontrados. Con lo anterior, realizamos el cumplimiento de nuestro objetivo particular: la punibilidad en la preterintención a la vista de nuestra codificación punitiva vigente.

Mas no se agota la presente obra, con el desarrollo de los aspectos arriba citados, en la inteligencia de que consideramos imperativo que se acoja a la preterintención bajo una nueva, pero a certada perspectiva teórica, legislativa y judicial por quienes de alguna manera están inmiscuidos en el ámbito jurídico-penal, por en de, hacemos patente nuestro exhorto a estudiar con detenimiento tan intrincada institución de Derecho Penal, para así adoptar el criterio que mediante esta sucinta exposición sustentamos, o bien reba--tirlo para al cabo alcanzar unanimidad en lo atinente a la conside- ración de la preterintención.

Por último, denotamos que en virtud del inadecuado trata miento punitivo que padece la institución materia de estudio, tanqi ble en la no aplicación de los preceptos legales conducentes, del Código Penal para el Distrito Federal vigente, la preterintención - se mantiene como norma inservible, letra muerta del ordenamiento le gal de referencia, por lo que se hace impostergable una adecuación, una innovación que constituya el punto de partida para ubicar co--rrectamente a la figura en comento dentro del universo jurídico pe--nal.

Si alguno de los propósitos aquí enunciados logran su --realización, o con lo expresado en la presente exposición se enri--quece algún criterio preexistente a este respecto, se habrá cumpli--do nuestra tarea: la divulgación de nuestro criterio en cuanto a --la preterintención.

CAPITULO I.

MARCO CONCEPTUAL Y DELIMITACION.

SUMARIO.

1. La preterintención lato sensu.
2. La preterintención sensu stricto.
3. La preterintención desde el punto de vista legal.
4. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
5. Concepto propio.

CAPITULO I.

MARCO CONCEPTUAL Y DELIMITACION.

Iniciaremos el presente trabajo, analizando desde un punto conceptual o terminológico el problema del que vamos a ocupar--nos, en la inteligencia de que es conveniente delimitar el término preterintención o preterintencionalidad, para evitar en lo sucesivo incurrir involuntariamente en contradicciones derivadas de una escasa, equívoca o nula circunscripción del concepto materia de este opúsculo.

Debemos aclarar que no siempre en la evolución dogmático jurídica se ha utilizado el término preterintención; vamos, ni aun de guisa homogénea se han servido los tratadistas de relevancia en nuestra materia de un término exclusivamente para expresar la idea de la preterintencionalidad. Lo anterior es consecuencia de la -problemática que esta cuestión contiene inmanentemente, lo cual, -obsta en infinitas ocasiones para un abordamiento correcto y claro del tema a desarrollar.

Citaremos algunas locuciones utilizadas para referirse a la preterintención, si no de una forma precisa y afín a como hoy -jurídicamente se le considera, sí de acuerdo al marco histórico-ju-rídico de las diversas etapas por las que esta figura ha atravesado.

Fue Santo Tomás de Aquino, quien en su obra "La Suma Teo-lógica", utilizó por primera ocasión la locución latina "praeter--intentionem"⁽¹⁾, por supuesto que en la obra citada no se le otorga a este término el sentido jurídico tan depurado con el que hoy

(1) AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Fd. Espasa Calpe. España 1979. p. 137.

lo comprendemos; de igual forma, dentro de los antiguos escritores que utilizaron expresiones similares, encontramos a Hipolyto de Marsili, quien se refiere a la misma idea con la frase "ultra pronositum"⁽²⁾, que como es fácil colegir es una variante de la expresión utilizada por Santo Tomás de Aquino que no altera en absoluto el fondo de la especie por éste designada.

Existen también otros muchos autores que profieren frases relativas a la preterintención, desde un punto de vista exclusivamente terminológico, de los cuales cabe destacar a algunos de los que cita el maestro Luis Jiménez de Asúa en su obra⁽³⁾, como el jurista alemán Benedicto Carpzovio quien se refiere a la "ultra intentionem"; asimismo Tiberio Deciano y Cavallo utilizan la frase "praeter voluntatem"; Filippo Decio utiliza por su parte la locución "praeter opinionem"; entre otros de no menor trascendencia -- que hacen alusión con expresiones en el mismo sentido para rememorar a la preterintención, mas no desde un punto de vista jurídico dogmático, sino como ya quedó asentado, desde una perspectiva terminológica o conceptual.

Ahora bien, técnicamente hablando, son numerosos los doctrinarios que se refieren a la preterintención en su sentido jurídico, obvio es, de acuerdo a las características inherentes con -- que cada uno de ellos concibe a la mencionada figura legal, esto es al delito preterintencional. Entre otros encontramos al notable tratadista alemán Pablo Juan Anselmo von Feuerbach, quien se refiere a la preterintención, adoptando la locución "culpa determinada por el dolo", que en la generalidad de la doctrina alemana es denominada como "delitos agravados por el resultado", en tratándose de los juristas italianos, las denominaciones que se han profirido, son diversas, así encontramos que Francisco Carrara, en sen-

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Vol. VI. Fd. Lozada. Argentina 1980. p. 26.

(3) Cfr. Ibidem. pp. 26 y 27.

tido símil al utilizado por Feuerbach, lo expresa en los términos "culpa informada por el dolo"; Enrique Pessina, quien a consideración de muchos utiliza la fórmula más acertada al anotar sobre la preterintención, se vale de la locución "culpa mixta de dolo"; - posteriormente dentro de la misma senda italiana se habla de "dolo preterintencional", "delito preterintencional" y "preterintención", finalmente.

En Argentina, el maestro Núñez, se sirve de la frase - "delitos con resultado preterintencional".

Vemos así, lo conflictivo de esta figura jurídica que - en lo sucesivo denominaremos preterintención, y que en su oportunidad dilucidaremos sobre su naturaleza y los elementos que comprende ⁽⁴⁾, toda vez que en las frases citadas arriba nos proporcionan diversas particularidades, de acuerdo al sentido que designan y traslucen.

(4) Consultar infra. p. 147 y ss.

1. La preterintención lato sensu.

Al desarrollar el presente apartado, primeramente nos a vocaremos a consultar y comentar obras o glosarios que nos indican el sentido del término preterintención desde un punto de vista general, esto es, sin otorgarle un enfoque técnico-jurídico restringido, sino desde consideraciones en ocasiones exclusivamente lingüísticas, en otras dándole tintes gramaticales, sin olvidar, claro está, el aspecto etimológico; siendo pertinente aclarar que por ser considerada esta figura jurídica, desde un marco tan amplio en ocasiones se incurren en crasos errores, que sólo se eliminan al precisar y delimitar a la preterintención desde un razonamiento más objetivo y apegado a la lógica jurídica.

Desde el punto de vista etimológico, es decir por sus raíces lingüísticas, observamos que el término preterintención, contiene implícitamente dos voces perfectamente delimitables; la primera es "preter" que a su vez proviene del vocablo latín, que sirve como prefijo, "praeter", que significa más allá⁽⁵⁾, y de la palabra "intención", que se origina de la voz latina "intentio", que se refiere a la determinación de la voluntad en orden a un fin⁽⁶⁾.

De lo anterior es sencillo inferir que etimológicamente hablando, la preterintención significa más allá de la voluntad que persigue un fin. Asimismo es notable que tal conceptualización está un tanto cuanto alejada del sentido jurídico con que se le acepta actualmente, en la inteligencia de que no se está delimitando, desde la postura legal.

(5) Diccionario Enciclopédico Universal Ilustrado, Vol. VII. Ed. Creds. España 1979. p. 3356.

(6) Cfr. Ibidem. Vol. V. p. 2120.

Anotemos ahora, las conceptualizaciones que a este particular profieren algunos diccionarios de la lengua española:

"Delito preterintencional: Aquel cuyo resultado es más grave de lo que el agente se propuso. El concepto ha sido muy debatido; Impallomeni y Finzi en el siglo XIX y Jiménez de Asúa - en el actual han aclarado la doctrina y se mantiene modernamente el criterio de que si el agente debió prever el resultado, ha de castigársele según la magnitud de éste. Son las características de este delito el propósito doloso y el resultado culposo" (7).

"Preterintencionalidad: En derecho penal, circunstancia de haberse producido un daño más grave que el manifiestamente deseado o pretendía, o lógicamente podía esperarse de los medios empleados por el autor de un delito. Constituye una atenuante, a menos que jurídicamente resulte una figura delictiva distinta" (8).

"Preterintencionalidad: Circunstancia que produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto.

En derecho penal, la preterintencionalidad presenta una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el --perseguido por el sujeto. Para que ocurra esta especial figura delictiva es necesario que una persona tenga intención de realizar un determinado hecho ilícito penal (difiere de un delito culposo, puesto que en este caso la voluntad no va dirigida a la ejecución de un hecho delictivo) y debe tener lugar un hecho que perjudique materialmente, y sea más grave que el daño que deseaba --causar el autor, siempre que sea de la misma especie que el que -

(7) Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A. Vol. III. Ed. U.T.E.H.A. México 1964. p. 1210.

(8) Diccionario Enciclopédico Danae. Vol. XV. Ed. Danae. España 1977.

quería ocasionar" (9).

Observamos en las anteriores conceptualizaciones, que se refieren a la preterintencionalidad, comprendiendo que ésta -- constituye un delito, cuyo resultado excede a la intención o voluntad del agente responsable, resaltando la desproporción manifiesta entre la voluntad delictiva y el efecto más grave.

De acuerdo a las ideas que se suceden a continuación, es conveniente efectuar una aclaración adelantándonos mínimamente a lo que en su oportunidad se estudiará con la amplitud que es menester (10), en la inteligencia de que ésta nos allanará el entendimiento de lo que posteriormente se anota.

El artículo 8°. del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, reza al siguiente tenor:

- "Art. 8°. Los delitos pueden ser:
- I. Intencionales;
 - II. No intencionales o de imprudencia;
 - III. Preterintencionales".

El artículo 9°. del mismo ordenamiento legal, nos especifica de guisa taxativa lo que se debe entender por cada uno de los referidos supuestos al establecer lo siguiente:

"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 in

(9) Diccionario Enciclopédico Salvat Universal. Vol. XVII. Ed. Salvat. España 1976. p. 254.

(10) Cfr. infra. p. 30 y ss.

cumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquí se produce por imprudencia".

Advirtamos de lo anterior, que en nuestro marco jurídico positivo, se precisa para actuar delictivamente con preterintención, de un resultado mayor al intentado o deseado, bajo la condición de que se efectúe de guisa imprudencial, esto es, incumpliendo un deber de cuidado (previsión), que imponen las características personales del responsable.

Mas no siempre y en todas las legislaciones se ha pro-puesto a la preterintención de la anterior forma descrita, y es -bajo aquel supuesto como nosotros entendemos a nuestra figura jurídica desde un enfoque amplio o lato.

En algunos casos (que posteriormente se enunciarán) se comprende al delito preterintencional, basándose al resultado, al efecto o a las consecuencias de una conducta; no interesando en ningún momento la subjetividad del responsable, el aspecto volitivo en el actuar típico, incurriendo las legislaciones y estudiosos que así contemplan al delito preterintencional en una mera --responsabilidad objetiva, creando un error en la punibilidad en este tipo de conductas delictivas. Cabe decir que aquellos ilícitos de responsabilidad objetiva o causal en materia penal, son los que la doctrina alemana ha designado "delitos calificados por el resultado", y a los cuales en lo particular no podemos llamarlos propiamente preterintencionales, debido a que se pretiere en aquéllos el elemento subjetivo de la previsibilidad o cuidado que las circunstancias personales imponen al responsable, y se sancionan como si el proceder siempre fuese intencionado y el resultado deseado o querido, lo cual de ninguna manera encaja en un razona-

miento lógico-jurídico, al hablar de la preterintención.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la figura jurídica en comento y en sentido lato nos dice que "son delitos en los que la pena más grave se impone al autor por el simple hecho de haberse producido un resultado más grave, sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la previsión ni de la previsibilidad"⁽¹¹⁾; opinión que compartimos parcialmente, ya que a nuestro parecer, en tratándose de delitos preterintencionales no podemos hablar de dos penas, sino de una sola, en virtud de existir un resultado delictivo exclusivamente, acorde esta pena a la naturaleza y magnitud del ilícito causado, además de no dejar de considerar la concepción bajo la que esté contemplada nuestra figura jurídica (lato o stricto sensu).

No debemos olvidarnos que la generalidad de los pueblos primitivos, al sancionar a los delitos preterintencionales, lo hicieron como "delitos calificados por el resultado", esto es, sin advertir siquiera el elemento volitivo o subjetivo en la conducta del responsable; por supuesto que con el devenir histórico-jurídico se depuró tan obsoleta concepción de nuestra figura jurídica, no obstante que aún en la actualidad existen legislaciones en las que la punibilidad permanece supeditada al resultado.

En el Derecho Romano son innumerables los textos en los que atendiendo al resultado, se sanciona una conducta delictiva, no interesando la culpabilidad o deseo del resultado por parte del responsable; incurriendo así susodicha legislación, en los "delitos calificados por el resultado", cuando se trata verdaderamente de delitos preterintencionales y, para ejemplificar esta si

(11) Ob. cit. Vol. VI. p. 22.

tuación, citaremos el fragmento 38 del Libro XLVIII del Digesto, cuya interpretación nos dice: "Si el propinar (el abortivo) acarrea la muerte, el hecho se pena aunque no existiera una correspondiente intención criminal, pero se pena porque ya es delito como tal".

Denotamos en el anterior caso, que no obstante, vislumbrar el elemento subjetivo de la intencionalidad en la comisión - así como el resultado de un determinado delito, no deja de sancionar con el mismo rigor a tal ilícito, independientemente de la existencia de tan importante característica, que a nuestro personal parecer, merece por ende una consideración particular en cuanto a la punibilidad. No deja de extrañarnos, que habiendo sido tan técnico y acertado en la generalidad de sus apreciaciones, el Derecho Romano haya acatado a los delitos preterintencionales como simples ilícitos intencionales y sobre todo que asimismo los haya sancionado como "delitos calificados por el resultado", cuya acepción lingüística fue "versari in re illicita"⁽¹²⁾.

En el auge del Derecho Canónico, durante la Edad Media, primeramente fue aceptado el criterio romanista en lo que a este aspecto es atinente, es decir el "versari in re illicita", sin embargo, con posterioridad formularon un principio de particular relevancia en el marco jurídico, hasta nuestros días inclusive. Dicho principio consiste en que, cuando una determinada consecuencia de la conducta del sujeto sea de imputar a éste bajo la forma de dolo, a él mismo débense referir todas las ulteriores consecuencias enlazadas con aquella primitiva acción, hayan sido o no queridas por el responsable; que a consideración de los estudiosos de nuestra materia aparece por primera ocasión entre los años

(12) Cfr. Julián Pereda. Versari In Re Illicita. Ed. Reus. España 1958. p. 52.

comprendidos de 1191 a 1198 en la Summa Decretalium de Bernardus Papiensis.

A este respecto, cabe proferir la misma opinión que adjudicamos al Derecho Romano, en el sentido de que la apreciación con que se califica al resultado no deseado por el agente, dentro de un determinado delito, no considera en absoluto a tan importante elemento subjetivo para la punición del ilícito; omitiendo todo aspecto volitivo o intencional para tan delicado asunto de -- nuestra materia, como lo es la punibilidad en los delitos.

Así es como comprendemos a la preterintención en lato - sensu, es decir en su carácter amplio; y en el transcrito principio del Derecho Canónico, se nos presenta encuadrado muy claramente, ya que desde este punto de vista, para la aplicación de una - determinada sanción como consecuencia a la comisión de un delito puede prescindirse u omitirse, de todo elemento subjetivo, como - lo pueden ser la conciencia, la voluntad, la previsión, en cuanto al resultado de la conducta, con la circunstancia condicionante - que dicho efecto se origine en un hecho primariamente ilícito.

Sin embargo, este trascendente principio, asimismo pretere el nexo o relación causal, entre la conducta humana inicialmente dolosa e intencional y el resultado propiamente preterintencional; de este elemento de la preterintención nos ocuparemos en su momento oportuno; no obstante debemos afirmar que el resultado excedente debe poseer correspondencia con la intención inicialmente propuesta, esto es, el enlace unívoco entre la pretensión dolosa y el resultado culposo más grave, toda vez que de no existir - relación causal o disparidad en cuanto al efecto, no se puede afirmar que estemos en presencia de la preterintencionalidad, sino que dado este supuesto, correctamente se debe aseverar que existe un concurso de delitos. Es conveniente anotar lo que expresa el

maestro mexicano Fernando Castellanos, con respecto al concurso de delitos, "En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso sin duda porque en la misma persona concurren varias situaciones y autorías delictivas"⁽¹³⁾.

El mismo Francisco Carrara, al parafrasear el principio canónico en comento, nos proporciona un elemento más para comprender la incorrección de esta postura, pues Carrara asevera que en este principio se encuentra abiertamente la figura jurídica preterintención; mas oremos que el tratadista incurre en craso error técnico, en virtud de que él considera a nuestra institución jurídica como una mixtura de dolo y caso fortuito, lo que definitivamente constituye un caso típico de "delitos calificados por el resultado", claro está, cuando se sanciona la conducta en atención al efecto concreto; ahora bien a nuestra consideración, en el supuesto del notable maestro debe punirse exclusivamente observando la voluntad dolosa, no configurándose así un ilícito preterintencional.

Pero lo más disímil con los principios establecidos por el Derecho Canónico, es la diametral postura de la punibilidad en los delitos preterintencionales, en este caso calificados por el resultado, y el espíritu humanitario profesado por la Iglesia, - que está por encima, aun de la justicia y el orden jurídico; lo que a nuestro particular parecer significa una notable contradicción de criterios.

En la alta Edad Media, observamos de nueva cuenta la figura jurídica materia de la presente exposición, sólo que ahora la encontramos en la legislación española, en su modalidad de "de

(13) Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1981. p. 295.

litos calificados por el resultado". Para exponerla nos remitimos al autorizado maestro José Orlandis, que al abordar en específico el punto que ahora nos ocupa, nos expresa: "El elemento objetivo, el daño, desempeña una función preponderantemente delimitativa del concepto del delito en estos sistemas penales escasamente desarrollados. Delito será en ellos, toda producción anti-jurídica de un resultado dañoso; este elemento de hecho, el resultado es el decisivo, y a este mismo elemento de hecho externo va ligada la responsabilidad, que será por tanto, una responsabilidad por el resultado; lo que significa que se desatiende el elemento voluntad y pretenda sancionarse el resultado dañoso como la expresión sensible de la voluntad criminal"⁽¹⁴⁾.

Destacamos de la anterior transcripción un sentido más técnico de los "delitos calificados por el resultado", ya que como acertadamente opina el maestro Orlandis, no se omite el elemento volitivo en el prececer delictivo, sino que en el resultado de éste se presume la expresión sensible de la voluntad del agente; pero no dejamos de interrogarnos qué valor fue el que se le atribuyó a tal presunción, además de que no deja de parecernos sino una acepción más de los multicitados "delitos calificados por el resultado" o como nosotros lo entendemos, preterintencionales lato sensu, en la inteligencia de que no se puede discernir con nitidez entre la consecuencia dañosa y la evidente intencionalidad o voluntad del responsable de una conducta típica, para así imponerle una determinada sanción. Nótese pues que en este pasaje de la evolución de la figura jurídica analizada, no escapa totalmente a la influencia de los elementos objetivos del delito, lo cual es una evidente muestra de la génesis al través de la cual la preterintención ha ido desarrollándose paulatinamente.

(14) Anuario de Historia de Legislación Española. Vol. III. Ed. U.T.E.H.A. México 1966. p.963.

A continuación citaremos algunos ejemplos legiferados, - en donde puede percibirse de manera concreta, casos específicos de delitos preterintencionales lato sensu, o bien, "delitos calificados por el resultado", pudiéndose denotar que no sólo los ubicamos dentro de la historia jurídica, sino que a su vez, los encontramos excepcional y esporádicamente en legislaciones vigentes inclusive.

Dentro de los códigos antiguos, encontramos al Derecho - general para los Estados Prusianos, de 5 de febrero de 1794, en cu yo parágrafo 67, se establecía un claro ejemplo de los designados "delitos calificados por el resultado", o preterintencionales lato sensu, al decir: "Cuando la acción esté constituida de tal modo - que el resultado antijurídico debiera producirse necesariamente de ella, según el orden de las cosas, en general o bien según el or-- den de las cosas apreciado en particular por el agente se presume que el crimen ha sido cometido voluntariamente". Debemos apresu-- rarnos a esclarecer que la presunción a la que se refiere el cita-- do parágrafo, es valorado "iuris et de iure", ergo, trátase de de-- litos preterintencionales lato sensu. Mas no debemos dejar inad-- vertido que se deja vislumbrar ya, la consideración de la previsi-- bilidad o elemento subjetivo por parte del agente, lo que a nues-- tra particular consideración es un adelanto en el desarrollo de la figura jurídica materia de nuestro análisis.

El Código de Baviera, de singular relevancia en el mundo jurídico de su época, hace alusión asimismo a los delitos en comen-- to, y en su artículo 41 preceptuaba: "aquel que con la resolución de cometer un delito emprendía una acción capaz de ocasionar un - crimen mayor, será castigado por este último y no se le admitirá - la excusa de no haberse tenido la intención de cometer más que el delito menos grave". En comentario al precepto del Código Bávaro que antecede, se establece que la excusa común de los acusados o - responsables de un delito, consiste en afirmar que no han tenido - el elemento subjetivo o intención de cometer sino un delito, o pro

vocar un resultado menos grave que el cometido; a nuestro criterio es por demás insostenible primeramente el artículo 41 del Código - de Baviera arriba transcrito, asimismo el comentario que intenta - justificar susodicho precepto. Expresamos que es de antemano, ob - jeto de la ciencia jurídica el dilucidar correctamente hasta qué - punto se actuó con la plena intención delictiva, y dónde inicia - realmente el resultado dañoso no deseado o intentado por el agente y, que en ocasiones como la presente, hacen errar al jurista en - sus apreciaciones referentes a la culpabilidad y por ende a la pu - nibilidad.

En cuanto a la ley penal vigente en Francia, encontramos que en el artículo 316 otro caso de delito preterintencional lato sensu, al preceptuar que: "si de la castración, ejecutada dolosamente, resulta la muerte, del sujeto pasivo, antes de los cuarenta días, el responsable sufrirá la pena capital"; de guisa similar, - dentro del mismo ordenamiento invocado se encuentran preceptos que establecen normas en el mismo sentido.

También algunas otras codificaciones penales vigentes, - contienen en su articulado disposiciones equiparables a la inmedia - ta precedente, que en este pequeño opúsculo sólo enunciaremos con fines ilustrativos, sin olvidar hacer mención que las legislacio- - nes, que a continuación se citan no son homogéneas en cuanto a las apreciaciones que mantienen respecto a los delitos preterintencio- - nales; pues bien, estas legislaciones son la belga, la legislación alemana, el Código Penal de la India, entre otros, no menos impor- - tantes y trascendentes.

Otra postura es la de considerar a los delitos preterin- - tencionales en un sentido amplio, como aquellos en donde la conduc - ta o acción inicial, y sobre todo la del menor daño, se efectuó - culposamente, esto es, sin el elemento subjetivo o volitivo del -

que hemos afirmado es indispensable en el deseo delictivo inicial, para así poder configurar nuestra figura jurídica analizada; también al segundo momento de la vida jurídica de nuestro ilícito, y la de mayor resultado naturalmente, se le atribuye la citada característica de ausencia de deseo delictivo por parte del agente.

Todo esto, y aun bajo el supuesto de que se propusiera - la previsibilidad del resultado mayor y más grave, carece de fundamento para afirmar que nos encontramos ante un delito preterintencional propiamente; y bien podría afirmarse que dado el anterior supuesto, se le debe otorgar la designación de "delitos calificados por el resultado"; en virtud de no reparar en ningún momento a sopesar el elemento subjetivo del agente responsable de la comisión de un delito, tasando la culpabilidad exclusivamente en el efecto típico y antijurídico.

2. La preterintención sensu stricto.

Una vez que hemos tratado sucintamente, aquellos casos en los cuales, la figura jurídica denominada preterintención, es considerada desde un ángulo inadecuado, o desde una apreciación in completa, en virtud de sostener criterios que han sido superados via evolución jurídica, que es incesante; nos ocuparemos de la misma, en un sentido más técnico, con indubitables tintes de desarrollo, es decir, lo que para nosotros constituye la preterintención stricto sensu.

Denotamos en la concepción lata o amplia del delito preterintencional, cómo se soslaya en ocasiones marcadamente, en otras no tanto, el aspecto subjetivo, volitivo en el agente, que evidentemente debe acompañar de guisa indefectible cuando se realice este supuesto; y para resaltar precisamente esta diferencia nosotros le designaremos, al tratarla en esta exposición, preterintención sensu stricto.

En lo que a este apartado respecta, no nos es tan interesante el aspecto conceptual o terminológico de la figura jurídica en comento, sino resaltar el contenido subjetivo o intencional del responsable, con su acción de un resultado dañoso no deseado o esperado, pero que tal supuesto debió cuando menos factiblemente ser previsto, por susodicho agente que inicialmente con su conducta em prendió un ilícito doloso, siendo éste de un resultado dañoso de menor trascendencia y estrago en el mundo jurídico.

La preterintención sensu stricto, a nuestro parecer denota primeramente la intención de infringir algún ordenamiento legal con el elemento subjetivo intención bien definido, no obste y aten diendo las circunstancias que rodean particular y personalmente al agente, le es factible prever en su conducta, y como consecuencia de ésta, la posibilidad de resultar un daño más grave.

Es acertada la conceptualización que profiere al respecto Jiménez de Asúa al expresarla con los siguientes términos: "la preterintención es una alianza de dolo y culpa, en que el autor del acto doloso origina una consecuencia más grave que el agente pudo, al menos prever"⁽¹⁵⁾. No obstante la postura apropiada del ilustre maestro argentino, cabe hacer notar, que, entre ambos resultados, el que originalmente se propuso perpetrar, y en el cual se obró dolosamente, así como en el no intentado o perseguido en donde encontramos el resultado superior, además de culposo; necesariamente debe existir un nexo de causalidad, una relación de correspondencia que refleje la conexión entre el actuar doloso y el daño culposo. Lo anterior en virtud que, de no hacerlo, puede incurrirse en el supuesto de un concurso de delitos del cual ya se anticipó una conceptualización⁽¹⁶⁾, o bien una mixtura de dolo y caso fortuito.

También es pertinente esclarecer que, en el actuar ilícito el agente, primeramente se debe encontrar dolo o intención de delinquir perfectamente delimitada y encuadrada, esto es, un propósito concreto en el aspecto subjetivo del responsable; en la inteligencia de que si así no sucede, estaríamos en el supuesto comentado en el apartado que antecede; bástenos recordar aquellos ilícitos en los cuales el actuar inicial es culposo, los cuales enmarcamos dentro de los "delitos calificados por el resultado".

Así como afirmamos que la conducta con que se inició la comisión de un delito propiamente preterintencional debe ser dolosa, además es menester determinar que en el resultado más grave, dentro del mismo ilícito, indefectiblemente se debe encontrar la -

(15) Ob. cit. Vol. VI. p. 35.

(16) Ver supra. p. 11.

característica culposa o no deseada en su elemento subjetivo, pero dando oportunidad y estando comprendido dentro de los efectos contingentes, como previsible; ya que de no contener la descrita característica, se podría tildar de caso fortuito, con lo cual es tarifamos de nueva cuenta en presencia de la preterintención en su apreciación amplia, ya arriba descrita.

En lo que resta del presente apartado, nos avocaremos - al estudio y análisis de la evolución por la que ha atravesado la preterintención sensu stricto, adelantándonos a comentar que no - en todas las ocasiones la encontramos tan refinada como hoy la - comprendemos, en virtud de que esta concepción es resultado precisamente de las transiciones que ha observado la referida figura - jurídica. Debemos aclarar aquí, que en los anales de la histo-- ría jurídico-penal, la presente figura jurídica tiene un desenvol vimiento no muy lejano en el aspecto cronológico, es decir, su g nesis se debe ubicar en la época jurídica contemporánea realmente pudiéndose decir que se inicia con la atenuación en la interpre-- tación del principio jurídico de Derecho Romano ya en esta exposi ción citado con antelación, "versari in re illicita".

Al decir que se atenuó la interpretación del transcrito principio romano, es nuestro deseo entender por tal, una apreciación menos tajante, menos severa; dando pauta con su postura a -- que en lo sucesivo fuese adquiriendo con is cada vez más progresivas exégesis, su forma más depurada técnica y jurídicamente hablando; tal y como hoy la concebimos. Tal espiritualización o a tenuación en el citado "versari in re illicita", tuvo sus principios en el siglo XVI, vía interpretaciones dogmáticas y fustigaciones a los textos legislados vigentes en aquella época, es por ende que establecemos que la historia del delito preterintencional sensu stricto, en el aspecto legiferado se remonta y debe ady cirse a nuestros días.

En efecto, dentro de las legislaciones que pioneramente comprendieron a la preterintención en sentido restringido, encontramos algunos códigos italianos, como el sardo, asimismo el toscano que distinguieron el dolo propiamente y el dolo mixto dentro del cual contemplaron a nuestra figura jurídica. El Código toscano vigente a partir de 1853, en su numeral 311 establecía: "El homicidio ultra intención, producto de una lesión personal premeditada, se pena: a) con la casa de fuerza de ocho a quince años, si el agente pudo prever como consecuencia probable de su hecho, la muerte del ofendido; y b) con la cárcel de dos a seis años, si el agente pudo prever, como consecuencia posible de su hecho, la dicha muerte".

Como es fácil observar, el Código toscano efectuó en tratándose del presente homicidio preterintencional, una diferenciación punitiva, radicando su fundamento en las situaciones, según hayan sido "probable" o "posible" su previsión en cuanto al resultado más grave que el dolosamente intentado y aceptado, siendo más severos en la punición del homicidio naturalmente, cuando debió ser previsto por el agente responsable del ilícito, utilizando para este caso la terminología probablemente previsible; y atenuando la sanción cuando el homicidio se debió a la mezcla de dolo y caso fortuito, citando para este supuesto jurídico, la locución posiblemente previsible; lo que acudiendo a nuestra jerga jurídica, o argot convencional crearía dudas e implantaría contradicciones en virtud de la escasa o nula distinción entre ambos términos de los que se vale el Código toscano, al cual aludimos.

Otro Código italiano, el sardo, promulgado el 20 de noviembre de 1859, en su numeral 241, penaba de manera extraordinaria, es decir con una sanción atenuada al homicidio preterintencional, precisando la condición del elemento subjetivo de ausencia de deseo del resultado culposo en el agente; lo cual no deja en cla-

ro el comentado código, es el aspecto de la previsibilidad, ya que para darse este supuesto, debió el mismo agente carecer de previsibilidad, mas no hace referencia alguna a si debió o no ser previsito por el agente, acorde a las circunstancias personales durante la ejecución del ilícito; lo cual es una omisión técnica imperdonable dentro de este código, si consideramos que tuvo su observancia dentro del mismo país que el anterior código analizado.

Para comprender mejor la estructuración que ha observado al través de su evolución, la preterintención hasta llegar a su -- sentido restringido o estricto, a continuación anotaremos las diversas acepciones o consideraciones que al respecto se han preferido. Las opiniones de diversos juristas o tratadistas de la materia que se han avocado al estudio de nuestra figura jurídica, los podemos clasificar en grupos para simplificar su exposición; aclarando que la agrupación de las diversas apreciaciones no corresponde de al orden cronológico en que han sido establecidas, sino al devenir progresivo que ha denunciado la preterintención.

Podemos decir que las opiniones expresadas al respecto -- son factibles de repartirse en los siguientes grupos; incluyendo -- en éstos a los glosadores, los prácticos, los canonistas, entre -- otros antiguos juristas: a). quienes imputan, sin más exigencia, el resultado querido; b). aquellos que imbuidos en la anterior postura, solicitan en el agente el elemento subjetivo o volitivo; c). los que no cargan punitivamente al responsable, el resultado -- dañoso más grave que el deseado o intentado; y d). aquellos que para sancionar, un resultado culposo, dentro de un ilícito preterintencional, precisan el requisito de cuando menos la posibilidad de haberlo previsto, de acuerdo a las circunstancias personales y materiales del agente.

a). Nos adelantamos a hacer la pertinente aclaración, --

que la referencia a este inciso encajaría con mayor adecuación en el apartado que precede, no obstante, para lograr un panorama general de la exposición que pretendemos, lo ubicamos igualmente aquí, considerando que no se acarreará con ello, mas que una vi---sión total de las consecuencias que la figura jurídica en comento ha observado dentro de su trayectoria evolutiva.

Pues bien, dentro de este grupo se acudió al dolo indirecto, para imputar al agente responsable de un daño mayor al deseado, el resultado culposo, fuese cual fuere éste; en efecto en el siglo XVI, la generalidad del Derecho Común vigente, se tornó menos estricta en cuanto a la punición del delito preterintencional, ya que se imponía una pena extraordinaria en este supuesto, permutándola así por la pena ordinaria. Lo anterior fue severamente fustigado por Benedicto Carpzovio, al expresar que esta apreciación adolecía de sentido, en virtud de contemplar con tal supuesto una especie anómala en tratándose de delitos, ya que se preceptuaba una sanción intermedia entre la lesión grave y la del ilícito doloso simple. Notamos en el aserto del citado autor, - la locución de lesión grave, lo cual se debe sin duda alguna a - que en la etiología del ilícito preterintencional fue de gran influencia el homicidio precisamente no deseado.

Lo que de ninguna manera aceptamos es la equiparación, que dentro de este grupo se concibió, entre lo que definitivamente es culpa con el dolo indirecto, toda vez que como ya se dijo - en líneas precedentes, la culpa consiste en un actuar ilícito infringiendo un deber de cuidado que personalmente le incumbe al agente, y cuyo resultado pudo al menos prever⁽¹⁷⁾, en cuanto al dolo indirecto, estamos de acuerdo con lo que afirma el maestro Castellanos Tena, cuando asevera que existe dolo indirecto cuando el

(17) Cfr. Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. Vol. II. Pá. Reus. España 1955. p. 172.

sujeto responsable se propone un fin y sabe que se producirán otros resultados indefectiblemente, los cuales no son objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito de su conducta⁽¹⁸⁾.

La diferencia, como de suyo resalta, consiste en que dentro de la culpa existe una absoluta ausencia de voluntad o intención en el obrar delictivo, en tanto que en el dolo indirecto, a pesar de que no es deseo del agente ocasionar un determinado resultado típico y antijurídico, sí existe el aspecto objetivo y volitivo de actuar ilícitamente; ergo es conveniente dejar asentada nuestra opinión en el sentido que en ningún aspecto son equiparables estas dos figuras jurídicas.

Dentro de esta corriente, cabe destacar la opinión que al respecto profiere el tratadista Carmignani, quien nos dice:

"Cuando el agente, con deliberada intención de dañar a otro, le infiere una lesión, del hecho de la cual, si bien por circunstancias no previstas por él, ni por él previsibles, nace una lesión más grave que aquella que quería inferirle, y de índole irreparable, no puede servirle de excusa ni el error, ni la ignorancia, porque en el caso de lesión irreparable, la ley, puesto que encuentra en quien obra con ánimo preordenado a dañar a otro y el daño sobrevenido, debe tomar su norma de la simpatía que el caso despierta, no pudiendo concebirse ninguna en favor del ofensor; ni es alegable por su parte la regla de la culpa, ya que los términos de ella faltan ciertamente en el caso"⁽¹⁹⁾.

b). En tratándose de este grupo, es aún más drástica su posición, toda vez que no sólo se equipara la culpa al dolo in

(18) Cfr. Ob. cit. p.210.

(19) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit. Vol. VI. p. 38.

directo, sino que tildan a aquélla de dolo y por lo tanto en la -- punibilidad correspondiente se comprenderá la carencia de inten-- ción como si hubiera existido, simplemente omitiendo en forma to-- tal el aspecto subjetivo en el agente responsable de un resultado culposo, que no deseó pero que fue posible su previsión. Se hace hincapié dentro de esta apreciación, que la naturaleza del medio - empleado, brinda la pauta para determinar así que dentro de un de-- lito preterintencional, existió definitivamente dolo aun en el re-- sultado evidentemente no deseado por el agente.

Entendemos, al través de la interpretación que se deriva de la posición arriba expresada que al dolo al cual se equipara la culpa, es al dolo directo el cual existe de acuerdo al criterio -- que compartimos "cuando el agente ha previsto como seguro y ha que rido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resul-- tados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corres-- pondiente a la intención del agente" (20).

Es pues insostenible la afirmación proferida por este -- grupo, toda vez que es a todas luces contradictoria y aberrada, - puesto que no es posible aceptar que hubo intención en donde jamás existió y menos aún, dado el supuesto de la comisión de un delito preterintencional, que haya correspondencia entre la voluntad dolo sa y el resultado culposo, que es característica indefectible de - los citados delitos.

Dentro de este grupo, encontramos entre otros no menos - loables a juristas como Albarico da Rosciate, Bartolomeo de Cipo-- lla, Edigio Bossio.

(20) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Ed. Bosch. Argentina 1984. p. 365.

c). Desde esta posición, denotamos un adelanto en esta materia, ya que suaviza la pena para los responsables de un delito preterintencional; no se impone a este agente la pena ordinaria correspondiente a un delito intencional, toda vez que se atienda pero en virtud de equipararlo a un delito culposo en su totalidad, esto es, sin distinguir que en su inicio se presentó como un delito doloso, pero en cuanto a su resultado más grave, lo es culposo; lo que no representa en este sentido adelanto alguno, en la inteligencia de que se sigue incurriendo a reputaciones equívocas en la consideración de la preterintención.

Podemos mencionar como el más destacado representante de esta postura al notable tratadista Tiberio Deciano, que como no es de extrañar, tuvo su inspiración a este particular en las Leyes Cornelianas.

d). Con Santo Tomás de Aquino, se da el inicio de la corriente materia de este inciso, ya que fue él quien da origen al término preterintención, además de vislumbrar la previsibilidad en el resultado culposo dentro de un delito de esta naturaleza; ahora bien, cuando se prescindía de la previsibilidad en el daño más grave no deseado por el agente, sólo se le imputaría su dicho resultado si es consecuencia natural y común, mas no si es obra de la casualidad⁽²¹⁾.

Con lo anterior, el paso definitivo estaba logrado, ahora sólo faltaban efectuar algunas depuraciones técnico-jurídicas, con lo que se convertirían en postulados tan acertados como los de Francisco Carrara, Enrique Pessina, Pablo Juan Anselmo von Feuerbach entre otros tratadistas igualmente relevantes.

(21) Cfr. Ob. cit. p. 162.

Podemos decir de quisa general que una vez que el principio de Derecho Romano, "versari in re illicita" antecedente lejano de la preterintención sensu stricto, fue evolucionando paulatinamente, se contempló la existencia de ilícitos en donde el resultado rebasaba la evidente intención del agente; el cual primeramente fue equiparado al dolo (tanto en su modalidad de dolo directo, como en la de dolo indirecto), para posteriormente ser reputado como culpa pero abarcando la totalidad de la conducta típica y antijurídica; para por último y dentro de la corriente más acertada, considerarlo como propiamente un delito preterintencional, el cual, va a contener un resultado culposo que cuando menos debe poseer la factibilidad de ser previsto por el agente.

Veremos ahora, cómo contemplaron y contemplan algunas legislaciones a nuestra figura jurídica, observando que entre éstas se presentan casos en donde se aprecia claramente el adelanto jurídico al establecer verdaderamente a la preterintención sensu stricto.

El Proyecto del Código Penal de Austria de 1909, en su párrafo 8°. establecía: "Las penas más graves que la ley establece cuando se realizan determinadas consecuencias de una acción punible, sólo pueden ser impuestas cuando esas consecuencias sean generalmente previsibles, según las circunstancias del caso, reconocibles por parte del autor".

Posteriormente en el Proyecto del mismo país, pero del año de 1912, en su párrafo 7°. precentuaba: "Las penas agravadas que la ley impone cuando sobrevengan determinadas consecuencias de una acción punible, sólo deberán ser impuestas cuando el agente produjo culposamente esas consecuencias". Lo que representa un gran acierto, ya que en esta norma transcrita, se deriva que la imposición de la sanción correspondiente al resultado más

grave no deseado por el agente, sólo se efectuará si éste obró - culposamente, esto es, si no tuvo la intención en su actuar de acarrear el daño culposo, pero éste cuando menos debió ser previsible para el responsable.

El Código de Japón de 1931, expresa en términos símiles el criterio establecido por el austriaco a este respecto, ya que también supedita la punición del resultado más grave no deseado - por el agente, a la posibilidad de su previsión por parte de éste; lo anterior se deduce al leer su párrafo 12, el cual era -- del siguiente tenor: "En el delito calificado por el resultado, - sólo se castigará al autor más severamente, cuando el resultado - hubiera podido preverse". En lo que no estamos de acuerdo, es - en la denominación que el Código japonés otorga a los delitos preterintencionales, ya que les denomina "delitos calificados por el resultado", con lo que conlleva a rememorar a la concepción lata o ambigua, de los ilícitos preterintencionales, no obste, no deja de ser loable el contenido del párrafo japonés mencionado.

El Código Penal italiano de 1930, reviste singular im-- portancia, en la inteligencia de permanecer siempre en los sitios de vanguardia jurídica a nivel universal; pues bien, en su artícu-- lo 43, el cual tiene por título "Elemento psicológico de la in--- fracción", hace referencia en su párrafo primero al delito dolo-- so; en el segundo alude al delito preterintencional; y por último en su párrafo tercero atiende al delito culposo. De la coloca-- ción intermedia de la preterintención entre el dolo y la culpa, - establecida por el Código Penal italiano, se infiere que la pre-- terintención dentro de este ordenamiento legal posee una situa--- ción intermedia, precisamente entre el dolo y la culpa, ahora -- bien, en lo atinente al párrafo segundo, que es en donde se explica el delito preterintencional, reza de la siguiente manera:

"El delito es preterintencional, más allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva un resultado dañoso o más grave que el querido por el agente".

Huelga advertir que en este código, se contempla tácitamente la previsibilidad en el resultado más grave no deseado subjetivamente, menos materialmente por el agente responsable, toda vez que comprendiendo que exista una mixtura de dolo y culpa, en el citado delito preterintencional, y que dentro del elemento culpa, está contenida la posibilidad de al menos prever el resultado no intentado por el agente; así pues no hay justificación de dilucidar conflictos al respecto, puesto que no los hay.

El Código Penal suizo, de 1942, es muy importante para efectos de nuestra materia, ya que desde antaño ha servido de precedente para la postulación de otros similares que adoptan criterios insertos en aquél, y en lo que a este particular concierne, el Código Suizo no podía dejar de marcar pauta al establecer dentro de su articulado que para punir al delito preterintencional, es menester que el resultado culposo haya podido ser previsto por el agente.

Lo anterior se contempla en una gran cantidad de artículos contenidos dentro del presente Código. Asimismo, deja de sancionar aquel resultado más grave que el deseado por el agente, si éste se debe a la presencia de un acontecimiento fortuito, ajeno totalmente a la conducta del responsable de un ilícito con estas características; dando con el establecimiento de este criterio, un paso definitivo en la ciencia jurídico-penal; ya que elimina así, la equiparación o comprensión errónea de los "delitos calificados por el resultado", dando margen a delimitar correctamente el delito preterintencional propiamente o sensu stricto.

El mejor ejemplo de lo arriba expresado nos lo otorga el Código suizo en su numeral 124, llevando éste por título "Consecuencias fortuitas de una lesión", que es del siguiente tenor:

"Cuando el delincuente hubiera causado un resultado grave que no había querido causar, y que no pudo prever, será penado por la lesión que él quiso causar".

Hacemos patente que es loable esta acertada posición, en cuanto a la consideración del delito preterintencional, diferenciándolo notablemente de los "delitos calificados por el resultado", que no dejan de ser antecedente de aquéllos; pero cuya postura con el devenir y evolucionar jurídicos ha sido evidentemente su perada, y con la concepción que el Código suizo sanciona al delito preterintencional, queda perfectamente ilustrado este avance.

En lo que respecta al Código de Alemania, que data del año de 1953, debemos notar, que introduce susodicho Código en su articulado, un precepto que enuncia perfectamente la esencia de la preterintención sensu stricto, además de establecer una punibilidad especial, en caso de la realización de este supuesto jurídico.

Cabe destacar que es un precepto legal, en donde encontramos perfectamente esclarecido el problema de apreciación en la preterintención, hallando en esta norma elementos suficientes para reconocer en ella a la preterintención en su más correcta y depurada acepción.

Dicho Código alemán, establece tal conceptualización en su parágrafo 56, el cual determina: "Cuando la ley señala una pena más alta o una especial consecuencia del acto, sólo se impondrá aquélla al autor, cuando haya ocasionado la consecuencia al menos culposamente".

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que en la

preterintención, el resultado más grave no deseado por el agente, pudo cuando menos ser previsto por éste; partiendo inicialmente de un acto típico y antijurídico doloso, pero cuyas consecuencias rebasaron el deseo del responsable por su actuar culposo, debiendo existir un nexo causal entre la conducta dolosa y el resultado culposo; para existir y configurarse un delito preterintencional en su genuino sentido.

3. La preterintención desde el punto de vista legal.

El Código Penal para el Distrito Federal, contempla en su artículo 8°. los diversos grados de culpabilidad, clasificando los delitos atendiendo al elemento subjetivo en el agente. Cabe destacar que el citado artículo 8°. fue reformado mediante Decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de enero de 1984; dicha reforma adicionó al artículo 8°. una fracción más, ya que anteriormente sólo se admitían en este precepto dos supuestos; los delitos intencionales, y los delitos no intencionales o de imprudencia, intentando agotar así los diversos grados de culpabilidad posibles en la comisión de un ilícito.

De acuerdo a esta reforma, se acepta otro aspecto dentro de la graduación de la culpabilidad; y es la fracción III, -- que al efecto agrega a los grados de culpabilidad anteriormente concebidos por nuestro ordenamiento penal, a la preterintencionalidad, aspecto que previa la reforma de 1984, permaneció omitido por nuestro Código Penal; que ya en su oportunidad se explicará la ubicación de ésta dentro de la teoría de la culpabilidad⁽²²⁾.

Entendemos por culpabilidad para fines de la presente exposición el criterio que al respecto manifiesta el maestro Jiménez de Asúa, al decir que "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"⁽²³⁾.

Ahora bien, el citado artículo 8°. del Código Penal para el Distrito Federal vigente, reza de la siguiente manera:

(22) Consultar infra. p. 139 y ss.

(23) La Ley y el Delito. Ed. Hermes. Argentina 1957. p. 426.

"Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia;
- III. Preterintencionales".

Queda así comprendida la preterintencionalidad, dentro de la agrupación de los ilícitos establecidos expresamente por -- nuestro ordenamiento legal en materia penal, atendiendo a los grados de culpabilidad, siendo de antemano loable dicha inserción -- al artículo 8º., toda vez que de haber continuado la clasificación como se establecía antes de la mencionada reforma, se tendría que aceptar una concepción incompleta o trunca de los supuestos que -- factiblemente se presentan dentro de las conductas típicas, antijurídicas y culpables, sancionadas por el Código Penal.

El mismo ordenamiento legal, con base a la reforma que -- se le efectuó al artículo 8º., el 13 de enero de 1984 y que entró en vigor el 13 de abril del mismo año, nos proporciona los lineamientos para discernir los delitos intencionales, no intencionales o de imprudencia y los preterintencionales; y es precisamente en -- el artículo 9º., en donde se establece esta diferenciación, al delimitar las características que sustentan cada uno de los grados -- de culpabilidad determinados en el adicionado artículo 8º. Nos -- dice el artículo 9º. del Código Penal lo siguiente:

"Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza un 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".

Denotamos en el transcrito precepto, que el legislador establece los elementos contenidos en cada uno de los grados de la culpabilidad; esto es el dolo, la culpa y la preterintención.

Lo que la fracción I del artículo 8°. llama "delitos intencionales", no son otra cosa sino lo que dentro del elemento del delito denominado culpabilidad, se le conoce como conducta dolosa, o bien dolo; el cual como ya quedó asentado líneas arriba consiste en la previa existencia de voluntad en el agente de ocasionar un resultado típico y antijurídico con su acto u omisión, es decir, el responsable de una conducta dolosa, está plenamente consciente que infringe un precepto legal, además de haber previsto y aceptado el resultado que ocasionará su conducta, coincidiendo plenamente su voluntad con el resultado causado.

Y esto es lo que nos viene a establecer el párrafo primero del artículo 9°. de nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal; claro está, en términos generales, al implantar las características del delito intencional desde un punto de vista legal.

En el párrafo segundo del artículo 9°. se determina lo que a consideración del legislador es el delito no intencional o de imprudencia, equiparando a éste con lo que en la teoría de la culpabilidad conocemos como la conducta culposa o simplemente culpa, que retomando el texto legal (párrafo segundo del artículo 9°. del Código Penal para el Distrito Federal), y confrontándolo con lo ya expuesto en lo que a este punto concierne, podemos decir que consiste en una conducta típica y antijurídica que ocasiona un resultado dañoso omitiendo el agente su previsión, que dadas las características y circunstancias personales se espera de él, o bien exigida esta previsión jurídicamente, por ende no existe en el agente el deseo o la intención de producir con su conducta (acción u omisión), un resultado delictivo, sin embargo, de su conducta se

deriva una consecuencia que sanciona nuestro ordenamiento penal, - con base a la ausencia de previsibilidad que fue factible en el agente y que de haberse dado, ésta, el resultado típico hubiera sido evitable.

Por último, la fracción III del artículo 8°. de nuestro Código Penal, nos viene a indicar, mediante su adición al referido precepto legal, otro grado de culpabilidad, al establecer que los delitos pueden ser preterintencionales, con lo cual se viene a complementar e integrar las posibles categorías o aspectos de la culpabilidad, en virtud que de seguir omitiéndose a la preterintencionalidad en la enumeración que efectuaba el artículo 8°. , se tendría una concepción incompleta que desembocaría indefectiblemente en errores que la técnica jurídica reprueba acremente con justa razón.

El artículo 9°. , en su párrafo tercero se encarga de describir lo que vamos a entender por obrar preterintencionalmente, - desde un punto de vista legal. Al hacerlo resume lo expresado en lo que a dolo se refiere en tanto que hace alusión a una conducta típica y antijurídica, previendo, deseando y aceptando de antemano un determinado resultado, sin embargo en el desenlace del acto u omisión y debido a la imprudencia, se ocasiona una consecuencia mayor más grave en un bien jurídicamente tutelado; comprendiendo así el resultado culposo o culpa, cuando se hace referencia a la imprudencia, cabe destacar que se implica a la carencia de previsión - por parte del agente, así como la ausencia del elemento subjetivo o volitivo, dentro del cual cabría el deseo y aceptación de susodicho resultado excedente; lo cual representa el toque característico en los delitos preterintencionales.

A pesar de que el párrafo tercero del aludido artículo - 9°. de nuestro Código Penal, realiza una acertada descripción de -

lo que se debe entender por un delito preterintencional, en la inteligencia de que al hacerlo acepta dentro de éste, la presencia bien definida del dolo y la culpa; consideramos que dado el género de los delitos materia de esta exposición, el legislador al delinear sus características no debió soslayar que debe existir necesariamente un nexo causal entre la conducta delictiva del agente y el resultado más grave originado, no deseado ni intentado mediante la acción u omisión del responsable de un ilícito preterintencional; además de cuando menos aclarar, para así evitar posibles confusiones o erradas apreciaciones, que no puedan encuadrarse dos delitos diferentes con este obrar preterintencional; ya -- que al darse este supuesto se precisa remitirse a un concurso de delitos.

Ahora bien, como ya lo hemos expresado, no deja de ser plausible, la insertación de la preterintencionalidad en nuestro ordenamiento penal vigente, además no podía ser más atinada su colocación, en cuanto no está en un punto intermedio entre el dolo y la culpa, como lo contempla el Código Penal de Italia que da -- margen innegablemente a una inconclusa determinación y naturaleza de la preterintención; sino que se le ubica después del dolo y la culpa, otorgando así a nuestra figura jurídico-penal una naturaleza propia e independiente de ambos grados de la culpabilidad; lo cual abordaremos y explicaremos más adelante⁽²⁴⁾.

(24) Ver infra. p. 149 y ss.

4. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el presente apartado, expondremos la concepción que - mantiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo tocante a la figura jurídica en comento.

Nuestro propósito fundamentalmente, consiste en establecer, la conceptualización que de preterintencionalidad ha proferido nuestro máximo tribunal, tanto en sus tesis, como en la jurisprudencia. Sin embargo al desarrollar este punto, nos encontramos con dos obstáculos que originan dificultades al dilucidar sus dicha conceptualización.

El primero de estos óbices, consiste en que hasta ahora, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha proferido criterio alguno con respecto a los delitos preterintencionales, sino -- que exclusivamente ha dictaminado si la conducta delictiva en análisis, debe ser estimada como dolosa o culposa; no obstante, de -- las explicaciones y estimaciones emitidas por nuestro máximo tribunal, cuando se avoca al conocimiento de ilícitos cuyo resultado excede la intención del agente, inferiremos lo que la Suprema Corte de la Nación, entiende, aunque de guisa tácita, por preterintencionalidad.

El segundo escollo que interfiere en la presente exposición, lo denotamos en el aspecto temporal, en virtud de que al analizar la totalidad tanto de los precedentes como de la propia jurisprudencia existente en este aspecto, observamos que datan de fechas anteriores a la en que se efectuó la reforma al Código Penal para el Distrito Federal, y por medio de la cual se incluyó en este ordenamiento a la preterintención.

Ahora bien, en la inteligencia de que la figura jurídico penal en estudio, no adquiere su naturaleza y caracteres jurídicos

al través de su inclusión en nuestra codificación punitiva vigente, sino que encuentra su configuración y delimitación mediante la técnica jurídica, asimismo valiéndose de la infinitud de aseveraciones emitidas por la doctrina; consideramos que ninguno de los anteriores obstáculos, tergiversa la validez como la veracidad en las siguientes líneas, que pretenden describir la interpretación que nuestro máximo tribunal ha establecido en lo atinente a los delitos preterintencionales

Primeramente citaremos un precedente jurisprudencial, el cual se refiere a un homicidio preterintencional con respecto al Código Penal del Estado de Chihuahua.

"Homicidio Preterintencional.

Si el empujón o golpes que el agente propinó a la víctima no le originaron la muerte, sino el golpe que recibió en el cráneo al caer sobre unas piedras, cabe concluir, que este resultado no puede considerarse vinculado con arreglo al Derecho Positivo, artículo 60, fracción II, del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua a la conducta observada, porque el daño no fue una consecuencia necesaria y notoria del proceder del quejoso, de donde puede válidamente afirmarse que tal proceder no implicó una condición puesta por el agente que encuadre dentro del ámbito de las conductas típicas con resultado delictivo que el legislador ha querido castigar" (25).

Denotamos en esta ejecutoria que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoce y admite que en el delito cuyo resultado excede a la intención delictiva del agente; no obstante que este resultado superior posee la característica de ser factiblemente previsible por el sujeto que lesiona con su conducta, un bien -

(25) Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Época. Segunda Parte. Vol. XLIX. p. 74.

jurídicamente tutelado; existe definitivamente preterintencionalidad.

A continuación transcribimos algunos precedentes jurisprudenciales, en los cuales es sencillo advertir, que a pesar de tratarse de verdaderos ilícitos preterintencionales; en virtud de haber sido perpetrados con antelación al 13 de enero de 1984, fecha en que se llevó al cabo la ya mencionada reforma a nuestro ordenamiento punitivo; a consideración de nuestro máximo tribunal y atento a lo establecido al respecto por el Código Penal, en ese entonces vigente, entran al menos desde el punto de vista punitivo dentro del grupo de los delitos cometidos a título doloso. Postura equivocada y estimación que desvirtúa la intrínseca estructura de este tipo de conductas delictivas, es la mantenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al atribuirles una apreciación que como ya quedó establecido, es obviamente errónea.

En cuanto al precepto de que se sirve el máximo tribunal en nuestro país al fundamentar su desacertado criterio en lo atinente a este respecto, y que fue reformado precisamente en la misma fecha ya aludida, en la que se reformó el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; en líneas abajo explicitamos ampliamente el error de técnica jurídica y legislativa que permite y propicia la presente aberración de estimar y punir un ilícito preterintencional, como si estuviese investido de las características propias y necesarias de un delito doloso (26).

Las tesis en cuestión están proferidas al siguiente tenor:

(26) Consultar infra. p. 189 y ss.

"Preterintencionalidad.

Aunque el agente activo aparentemente solo quiso la lesión que infirió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final por el disparo del arma (preterintencionalidad), - siendo previsible para el común de las gentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9°. - de la ley substantiva en relación con el numeral 8°. , no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último toda vez - que verificada la materialidad, el legislador mexicano presume dolosa la actitud del sujeto activo al ser previsible el resultado - en su conducta sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla de dolo y de la culpa" (27).

"Preterintencionalidad en los delitos.

El artículo 6°. del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios clasifica los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y define lo que debe entenderse por imprudencia y que consiste en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional; en seguida, en el artículo 9°. previene que la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario, y que no se destruirá la presunción de que un delito es intencional, aun que el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; es decir, el legislador de 1931 no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido en algunos otros códigos de la República, como Sonora y Veracruz, en que se habla de delito preterintencional o ultraintencional. Y como puede verse en el Tomo IV de la exposición de mo

(27) Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Epoca. Sembría Parte. Vol. I. p. 85.

tivos de los trabajos de revisión del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno, redactado por el Señor Licenciado Don Miguel S. Macedo, esta fracción II se tuvo en cuenta al discutirse las observaciones al proyecto y se consideró que la primera parte del artículo 9°. rige todo el precepto. La doctrina de la Escuela Clásica al igual que la Escuela Positiva y modernamente algunos tratadistas europeos y sudamericanos, aún no despejan esta anómala figura del delito preterintencional, pero desde el punto de vista de la legislación mexicana, sería contrario a la hermenéutica jurídica que se pretendiere imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso" (28).

"Preterintencionalidad.

El análisis sistemático de la fracción II del artículo 9°. del código represivo, conduce a examinar, entre otras, la siguiente hipótesis: la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... 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. Esta norma se refiere a un primer caso de dolo preterintencional, eventual o indirecto, en que el resultado final de la acción criminal va más lejos que la representación mental que del daño se hacía el agente es decir, cuando éste se proponía causar un daño menor y resulta uno mayor al que se proponía realizar.

Así pues, para reputarse como intencional el resultado a pesar de la ausencia de propósito la ley penal exige que la consecuencia sea necesaria y notoria; entendiéndose por consecuencia necesaria la forzosa, obligada e imprescindible, en que el resultado no es sino la consecuencia de la primera ley natural o biológica; debiendo entenderse como notoria, cuando la consecuencia sea fácil

(28) Ibidem. Vol. LIX. p. 29.

mente previsible para el común de las gentes" (29).

Por último asentaremos una jurisprudencia, en virtud de antecederle a ésta cinco tesis en el mismo sentido, sin haberse emitido ninguna en contrario; la cual adolece del mismo padecimiento de las tesis arriba transcritas, y es por lo tanto que manifestamos la misma observación que la efectuada a los mencionados precedentes jurisprudenciales.

Esta jurisprudencia a la letra dice:

"Existencia de la Preterintencionalidad.

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 coloso se sanciona el resultado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado" (30).

Estamos relativamente de acuerdo en la caracterización que establece esta jurisprudencia, toda vez que es categórico -- nuestro rechazo a la equiparación de un ilícito, cuyo resultado -- excede la voluntad delictiva del agente, a la presunción de dolo, preceptuada por el artículo 9º., específicamente en su fracción -- II, de nuestro ordenamiento penal hasta antes de la ya citada reforma realizada el 13 de enero de 1984; siendo pertinente la aclaración que esta analogación se refleja en la punibilidad que recibieron inadecuadamente aquellas conductas preterintencionales, -- hasta que susodicha reforma a nuestro Código Penal se llevó al cabo; en la inteligencia que el máximo tribunal de nuestro país, --

(29) *Ibidem.* Vol. XXV. p. 93.

(30) *Ibidem.* Vol. L. p. 33.

asimismo reconoce que no obstante la penalización a título doloso de este tipo de transgresiones a los intereses o bienes jurídicamente protegidos, éste admite que propiamente constituyen la figura jurídico-penal en estudio.

Estimamos que continuar citando más fallos de los emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es tarea que no coadyuvaría en absoluto a dilucidar la conceptualización que de la preterintencionalidad ha creado nuestro máximo tribunal; siendo patente que considera a aquélla como la desproporción existente dentro de la perpetración de un delito, entre la conducta delictiva (dolo) y el resultado más grave efectuado, factiblemente previsible y que contiene la característica de sustentar una relación causal entre el daño deseado y aceptado previamente por el agente, y el efecto superior excedente (culpa), verificado al través de una conducta delictiva.

Con lo anterior, agotamos la exposición del presente -- punto, que se avoca a enunciar el criterio que con respecto a la preterintencionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, en virtud del desempeño de su peculiar función jurisdiccional.

5. Concepto propio.

Ahora que ya hemos expuesto las diversas acepciones con que se acoge la figura jurídico-penal denominada preterintención, tanto en su sentido amplio, como en el restringido, así como el criterio que ha proferido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no olvidando lo que nuestro ordenamiento penal al respecto establece; es conveniente el externar lo que a nuestra opinión --viene a constituir la preterintencionalidad. No sin antes, efectuar la pertinente aclaración en el sentido de que lo expresado -- en el presente apartado, conforma la interpretación y asimilación de las características que no deben olvidarse en ningún momento -- al abordar la figura jurídica en comento. La conceptualización que aquí expresamos, es producto de la síntesis de los elementos que se presentan en la preterintención, y que en ocasiones se omiten uno o algunos de ellos, originándose así, apreciaciones erróneas, o delimitaciones truncaas al soslayarse susodichos elementos indefectibles en estas conductas antisociales.

Cabe destacar que en lo sucesivo, cuando se haga referencia en lo atinente a la figura materia de la presente exposición, se estará aludiendo a la propuesta aquí; en la inteligencia y aceptando de antemano que es factible que se externen y asienten críticas que fustiquen acremente nuestro concepto; no obstante hacemos hincapié que la concepción, que a este particular profesamos, responde al análisis y estudio metódico de las diversas posturas que se han y siguen manifestándose a este respecto, amén de subsanar las deficiencias que éstas presentan a nuestro particular entendimiento jurídico.

Observamos en primer término, que es menester la existencia de una conducta (acción u omisión) que se encuentre expresamente sancionada por nuestro ordenamiento penal vigente, esto es la tipificación que el Código Penal establezca para una deter-

minada conducta que lesione o transgreda un bien jurídicamente tutelado.

Asimismo y en segundo término, una vez existente la legislación referente a un determinado delito; se precisa la existencia de un delito preterintencional, de un agente al cual vaya dirigido el ordenamiento jurídico-penal, el cual haya resuelto efectuar susodicha conducta típica, previendo de antemano el resultado que con ésta se va a originar igualmente, deseando y acentuando anticipadamente las consecuencias que de este actuar van a derivar

Con lo anterior, se estaría ante la presencia efectivamente de un delito intencional de acuerdo al artículo 8°. fracción I del Código Penal, o bien doloso de acuerdo a la doctrina jurídica, claro está siempre que la voluntad del agente se lleve al cabo y el resultado deseado y previsto se produzca, lesionando así el bien protegido por la ley.

Pero en el delito preterintencional, no quedan aquí las cosas, sino que además de que el agente tuvo la intención y previsión de los efectos que acarrearía con su obrar ilícito, éstos sobrepasan su pronóstico, y que es el que normal y generalmente se presenta y concuerda ante una conducta similar a la desarrollada por el agente. Este resultado mayor al deseado, asimismo debe preexistir como delito en nuestra legislación punitiva vigente, - esto es, debe constituir plenamente un ilícito para nuestro Código Penal aquella consecuencia que excede al resultado deseado por el responsable de la conducta delictiva. Lo anterior vendría a constituir el tercer término para la conformación de un delito preterintencional.

En cuarto término, cabe destacar la ausencia absoluta - en el agente que obra preterintencionalmente, de la voluntad o deseo de causar con su conducta, el resultado ocasionado, que definitivamente sobrepasa a su intención que de antemano previó y aceptó al iniciar su acción ilícita. Lo cual constituye la no intencionalidad o imprudencia que preceptúa nuestro Código Penal, - en tanto que la doctrina prevaleciente designa con el nombre de exculpa, siempre y cuando esté acompañado tal supuesto de la exigencia de previsibilidad, lo cual inmediatamente pasamos a exponer.

Pues bien, el resultado dañoso más grave al deseado por el agente, debe necesariamente contener la característica de ser factiblemente previsible, dadas las circunstancias y peculiaridad des personales del responsable de esta conducta preterintencional o bien que esta previsibilidad sea exigida expresamente por nuestro ordenamiento punitivo positivo. Es decir, el resultado que excede a la voluntad dolosa del agente, debió cuando menos ser prevista por éste, no obstante por causas indeterminadas, el agente no previó o concibió originar con su conducta, las consecuencias que penalmente se le van a imputar, debido a la lesión que sufrió algún bien jurídicamente tutelado y contemplado por la legislación en vigor.

Como último término, mas no por ello se crea que es menos relevante, siendo además condición necesaria, para la integración de un delito preterintencional, es el que se presente un nexo causal entre la conducta desarrollada por el agente que infringe la ley, el cual desea y acepta con antelación un determinado resultado que reprocha legiferadamente el Estado, y el resultado dañoso más grave que el deseado subjetivamente, y que también lesiona un bien jurídicamente tutelado. Digamos que existe relación causal cuando ante la presencia de un determinado resultado típico y antijurídico, no es posible suprimir o eliminar la con-

ducta (acción u omisión), que lo produjo y originó, debido a que si se elimina la conducta y aún así el resultado se produce, es reflejo de que no existe relación o nexo causal. El notable maestro Giuseppe Maggiore nos expresa al referirse al nexo causal que en la conceptualización de una acción se presupone la idea de una relación existente entre la conducta del agente (acción u omisión) y el resultado que con ésta se produce, puesto que por conducta se entiende un hacer o un no hacer que necesariamente producen, ya sea una o la otra, un cambio en el mundo exterior. Esta relación es dinámica y productiva toda vez que la acción produce el resultado al obrar como su causa⁽³¹⁾. Apreciación que aceptamos, con la sola observación que el resultado, consecuencia de una conducta, indefectiblemente tiene que transgredir un bien que la ley protege expresamente, en virtud de hacer posible así su imputación al responsable de guisa punitiva.

El nexo causal en tratándose de los delitos preterintencionales, reviste singular importancia, dadas las particularidades que distinguen a estos ilícitos, no huelga el recalcar que para la configuración de un delito de esta categoría es menester la existencia de un nexo, de un vínculo que ostensiblemente señale la relación entre el obrar intencional o doloso y el resultado o consecuencia más grave al deseado y aceptado por el responsable de un delito de esta naturaleza.

Cuando en la comisión de un determinado ilícito, se presenten todas las características citadas en este apartado, se debe tener la certidumbre de que tal ilícito puede propiamente aceptar la denominación de delito preterintencional. Mas adelante se estudiará con mayor detenimiento los elementos que contiene todo delito que excede en el resultado dañoso, la voluntad o deseo que --

(31) Cfr. Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1956. p. 193.

que previamente se aceptó.

Para concluir el presente capítulo, externamos a continuación la conceptualización que a nuestro personal entendimiento y comprensión jurídicos, viene a determinar en su más acertado sentido a la figura jurídica materia de la presente obra, es decir, los delitos preterintencionales.

Puede designarse como delito preterintencional, aquel en el cual el agente pretende transgredir un determinado precepto legal con su conducta ilícita, previendo y aceptando de antemano el resultado que con ello se derive; no obstante el resultado ocasionado, supera, excede a la determinación dolosa inicial, consistiendo este resultado dañoso más grave, en culpa careciendo de deseo o voluntad, pudiendo ser previsto este efecto excedente dadas las características personales del agente, exigida por la ley; median-do una relación causal entre la conducta (acción u omisión) y el resultado que indefectiblemente lesiona un bien jurídicamente tutelado. Dando con esto, un delito que por sus particularidades, -- constituye un aspecto autónomo de la culpabilidad.

CAPITULO II.

REFERENCIA TEORICA Y LEGISLATIVA.

SUMARIO.

1. Doctrina Alemana.
 2. Doctrina Suiza.
 3. Doctrina Italiana.
 4. Doctrina Francesa.
 5. Doctrina en Iberoamérica.
- 5.1. Caso de México antes de la Reforma al Código Penal en 1984.

CAPITULO II.

REFERENCIA TEORICA Y LEGISLATIVA.

Bajo el rubro que antecede expondremos sucintamente las diversas doctrinas que a nuestra consideración son dignas de especial atención, en virtud de la trascendencia que cada una de ellas ha reflejado en el pensamiento jurídico universal. A decir verdad confesamos que ningún criterio es motivo de menosprecio u olvido de nuestra parte, ya que cualquier opinión a este respecto merece de reconocimiento, independientemente de la acentación que se le otorgue, o bien la refutación y rechazo que provoque en el ámbito jurídico-penal. No obstante lo anterior, no es objeto, - de la presente exposición el agotar en toda su extensión, la totalidad de opiniones y posturas que en tratándose de los delitos - preterintencionales se han emitido; sino que simplemente pretende mos explicar aquellas apreciaciones que de algún modo han provocado un avance evidente, o han logrado un lugar especial dentro de la cultura jurídica en general. Ya que de no apegarnos a este - objetivo, sería inevitable el caer en tendencias inocuas, además de tergiversar los fines a cubrir al través de la presente obra.

Ahora bien, antes de iniciar propiamente la exposición de alguna doctrina en particular, es conveniente hacer notar, que en su desarrollo es posible que se haga la acertada observación - en el sentido de que algunas de estas posturas ya se citaron con antelación en el presente opúsculo; y con lo cual se crea que inexcusablemente se constituye una tautología; sin embargo al explicar las escuelas que en lo sucesivo se exponen, no debemos truncar en ningún aspecto el singular pensamiento que dentro de cada una de ellas se ha concebido con respecto a la figura materia de la presente exposición. Asimismo se denotará que en cada una de las doctrinas estudiadas a continuación, se acude aunque indirectamente a posiciones equívocas y superadas por las que en la actualidad, con

un sentido técnico-jurídico muy depurado consideran a la preterintencionalidad, en la inteligencia que en caso de omitir, ya sea -- estas opiniones un tanto cuanto vetustas, o bien algunas consideraciones arriba ya asentadas, se obtendría solamente una visión parcial e incongruente que una determinada doctrina jurídica expresa -- con respecto a la figura penal denominada preterintención.

1. Doctrina Alemana.

En Alemania, es en donde la preterintención logra alcanzar la cúspide en el ascenso de su constante evolución, no obstante que de este mismo país proviene la teoría de los "delitos calificados por el resultado"; sin embargo en su Código Penal vigente en lo atinente a los delitos preterintencionales, exige el elemento subjetivo de la previsibilidad por el agente, originando con lo anterior un considerable adelanto en lo que a nuestra materia jurídica concierne. Sin embargo, no hay que olvidar que este elemento volitivo, ya en los inicios del desarrollo doctrinal en la República Federal Alemana, se precisaba expresamente, pero con el transcurrir del tiempo decayó notablemente hasta caer de guisa ineluctable en la responsabilidad objetiva; hasta que se rectificó esta postura, y en virtud de la inexacta posición y el acertado antecedente relegado al olvido, se retoma para conformar así el criterio correcto que delimita a la preterintención; es decir que el resultado dañoso más grave no deseado por el agente, fuere posible de prever por éste, o exigido por la ley.

Para exponer en conjunto la presente doctrina, dando un enfoque general pretendiendo que no adolezca de continuidad, vamos a clasificar las diversas teorías formuladas por los más eminentes autores alemanes en lo que respecta a la figura jurídica en observación, que en Alemania actualmente se designa bajo el título de "especiales consecuencias del acto", en la llamada tercera ley de reformas de fecha 4 de agosto de 1953.

Agrupamos de la siguiente manera las ideas proferidas -- por la escuela alemana, atendiendo al orden cronológico y evolución técnica que ha contemplado la preterintención: a). La antigua exigencia de la previsibilidad; b). La responsabilidad objetiva; c). -- los críticos, en vista de lege ferenda; d). Doctrinas que tratan -- de justificar la mera responsabilidad causal; e). La moderna exi--

gencia de la previsibilidad.

a), La antigua exigencia de la previsibilidad. Es a nuestro parecer, indiscutible que dentro de los delitos preterintencionales, es requisito indefectible la posibilidad de prever la factible presencia de un resultado más grave que lesione un interés que la ley protege específicamente, por parte del agente responsable; y algunos tratadistas ya lo habían agregado como tal a nuestra figura desde antiguo, pero que desgraciadamente en criterios posteriores se perdió este trascendente elemento subjetivo.

Encontramos como precursor de esta doctrina al eximio maestro Pablo Juan Anselmo von Feuerbach, el cual proponía la alianza entre dolo y culpa para delimitar al ilícito preterintencional.

Para el maestro alemán, será imputable al sujeto el efecto de su conducta, a título de dolo, siempre y cuando haya sido -- previsto susodicho efecto como probable, o al menos factible de -- prever; creía pues Feuerbach que el agente actúa dolosamente en -- cuanto que desea y acepta las consecuencias de su obrar ilícito, y definitivamente se encuentra en culpa al ocasionar un resultado -- más grave al querido. A lo anterior el mismo Feuerbach denominó "culpa determinada por el dolo".

En este mismo grupo, ubicamos a Berner, que al abordar este tema explica que en algunas conductas típicas y antijurídicas, al efecto que el agente pretende originar, se añade una consecuencia derivada del obrar ilícito que asimismo lesiona un interés jurídicamente tutelado, y que nunca fue siquiera, deseada por el responsable; sin embargo este resultado más grave, pudo o debió en todo caso preverse. Observamos aquí también, que al considerar las características de los delitos preterintencionales, se acude al -- acertado razonamiento de comprender a éstos como una alianza que -- comprende al dolo y a la culpa.

Adolfo Merkel⁽³²⁾ al hablar sobre este particular, nos comenta que en algunas situaciones judiciales, fácilmente se colige que el resultado que sobreviene a la comisión de un ilícito, nunca siquiera estuvo al alcance de la previsión por parte del sujeto responsable; en la inteligencia de que tal resultado dañoso es consecuencia evidente de caso fortuito y en tales casos no se precisa ninguna prueba de la posibilidad de previsión, además de no ser imputable al agente los efectos que se derivan de caso fortuito; pero cuando el resultado dañoso más grave al querido por el agente se presenta como consecuencia de su conducta ilícita y fue dable su previsión, entonces esto implica para el propenso responsable, una presunción de culpa. Obvio es que el maestro Adolfo Merkel al hacer alusión a esta presunción de culpa, se refiere exclusivamente al resultado dañoso más grave, que excedió la voluntad del agente, ya que en cuanto al deseo evidente de originar un determinado resultado, será imputable este efecto a título de dolo.

Externamos nuestra aprobación a esta teoría, en la medida de su visión avanzada al considerar a la preterintencionalidad como una mixtura de dolo y culpa, figurando dentro de esta última, la posibilidad de previsión de un resultado dañoso más grave determinado; no deja de ser loable el que así demarcaran pioneramente a nuestra figura jurídica los citados tratadistas dentro de esta doctrina, dando pauta a que posteriores criterios emitidos a este respecto la acogieran con especial beneplácito.

b). La responsabilidad objetiva. En el presente grupo, se observa un claro retroceso al no considerar en ningún momento el aspecto subjetivo o volitivo del sujeto que infringe un ordenamiento legal, bastando para la imputación punitiva, simplemente un resultado típico y antijurídico, esto es, que se presenten elementos objetivos y concretos. Si este criterio es inoperante al

(32) Cfr. Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 53.

atribuir al agente un delito doloso, o en su defecto no intencional; es a todas luces inaceptable en tratándose de ilícitos preterintencionales. No debe perderse de vista, en ningún momento, la subjetividad que intervino y se presentó en quien actúa delictivamente, amén de no incurrir en errores de apreciación, o adjudicar aspectos inválidos o inexistentes a un determinado ilícito.

Quien defendió con mayor ahínco la presente doctrina, -- fue sin duda alguna Ernst von Beling⁽³³⁾, que al desarrollar su -- teoría manifiesta abiertamente que en algunas conductas delictivas independientemente de la perpetración culpable del delito, necesariamente debe estar acompañada de determinadas circunstancias materiales, siendo estas circunstancias elementos puramente objetivos del ilícito.

Encontramos opiniones en el mismo sentido por parte de -- otros no menos notables tratadistas, como son los casos de Hell--munt Mayer; Hans Welzel y Richard Schmidt; quienes no exigen en la comisión de un delito en particular, la existencia de aspecto subjetivo alguno en el agente, sino solamente la presencia de un resultado objetivo que transgreda un bien jurídicamente protegido.

Cayendo con esta postura a la obsoleta y superada aceptación de los "delitos calificados por el resultado", en su más acedrada manifestación.

Definitivamente rechazamos de antemano esta doctrina por alejarse incommensurablemente de nuestro criterio, además de ser incompatible con todo principio de justicia y lineamientos de la lógica jurídica. Es sin duda, tarea de todo verdadero jurista el dilucidar qué elementos subjetivos han intervenido en el agente al obrar típica y antijurídicamente, para así imputar con ecuanimidad

(33) *Ibidem.* p. 53.

la punición adecuada.

c). Los críticos, en vista de leq ferenda. In este grupo incluiremos aquellos tratadistas que con sus acertadas opiniones, protestaron decididamente contra el criterio abominable - que acepta a los "delitos calificados por el resultado", y con so brada razón, puesto que no es admisible estimar un delito con base únicamente al resultado, al efecto derivado de un acto del agente, sin tomar en consideración las características subjetivas o volitivas de éste, para efectivamente canalizar así, una imputación punitiva acorde a la magnitud e índole de la voluntad del su jeto, como la previsión existente o posibilidad de darse éste.

Una de las primeras objeciones que acarreeó la teoría de la responsabilidad objetiva, fue la proferida por el maestro H. - Seuffert, que con magistral censura, demandó la supresión de tan vetustas reminiscencias del pasado al través de la subordinación del resultado dañoso más grave a la culpabilidad. Lo que el brillante maestro Seuffert, pretendía al exponer su petición era que se sancionara al agente responsable de las consecuencias que origine su conducta, exclusivamente en la medida en que éste haya -- previsto o podido prever, el resultado de su obrar que infringe - un ordenamiento jurídico-penal.

Opinión preclara, además de aplicable aún en nuestra actual situación jurídica, no obstante de haber sido emitida por - Seuffert en los albores de nuestro siglo.

Franz von Liszt, es otro de los que se pronuncian termi nantemente en contra de los "delitos calificados por el resulta-- do", y al hacerlo nos dice "Según el derecho vigente existe penalidad agravada, principalmente en una serie de casos cuando, por un acto en sí mismo culpable, se produce involuntariamente un resultado más grave.

La pena más grave, es pues, infligida en ese caso aunque no haya habido en relación con el resultado más grave, ni dolo ni culpa del autor" (34), sigue así Liszt fustigando a la responsabilidad objetiva con las siguientes observaciones que son contundentes:

"No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado no responde, ni a la conciencia jurídica actual, ni a los principios de una política criminal razonable" (35). Huelga decir que aunamos nuestra opinión a lo expresado de guisa tan perspicua por el maestro de Berlín, a este particular.

Edmundo Mezger, por su parte profiere una tibia crítica a los "delitos calificados por el resultado", aunque finalmente se rinde ante esta desacertada postura al decir que: "El único argumento convincente para la fundamentación de la renuncia a una culpabilidad que abarque el resultado más grave, es la referencia a la historia de esas disposiciones. A esta razón histórica se añade la sistemática" (36). Nos extraña sobremanera, que el ilustre maestro de Munich haya arremetido con tan poco entusiasmo al abordar este tema; pero no creemos correcto que el apoyarse en la historia de estos ilícitos, así como en la sistemática sea suficiente para otorgar validez a un punto de vista erróneo desde cualquier ángulo.

El aspecto histórico siempre debe dar pauta a la superación de una determinada figura jurídica, dado que es susceptible de evolucionar mediante el mejoramiento y perfeccionamiento constante, lo cual es válido y aplicable a la preterintencionalidad.

(34) Tratado de Derecho Penal. Vol. II. Ed. Reus, España 1948. p. 362.

(35) IBIDEM. p. 263.

(36) MEZGER, Edmundo. Ob. cit. Vol. I. p. 157.

Ahora bien, la sistemática, adquiere aquí cierta fuerza - al repasar el criterio de Mezger, no obstante ésta no está sujeta a parámetros inflexibles e inmutables, sino que también es posible -- que abandone un criterio determinado, en la inteligencia de que en ocasiones es imperativo el reconocer nuevos elementos o aspectos -- que superan notablemente los anteriores contemplados quedando éstos relegados precisamente a la historia jurídica.

d). Doctrinas que tratan de justificar la mera responsabilidad causal. Aunque contraria a nuestra opinión, no debemos omitir esta doctrina alemana, que no sólo acepta, sino que además la justifica y en algunos casos de guisa brillante y loable, más no -- por ello dejamos de poner de relieve, que este criterio de la responsabilidad objetiva, fue ya superado desde antiguo, y que es verdaderamente causa de lamentación el que conspicuos escritores continúen aferrados a principios tan obsoletos como desatinados en materia de culpabilidad. De antemano dejamos aseverado que no participamos en lo más mínimo de esta acepción, independientemente de los arduos esfuerzos que se efectúan para defenderla y cimentarla dentro del ámbito jurídico.

Quien más denodadamente ha esgrimido argumentos razonados con el fin de fundamentar la responsabilidad objetiva, dentro de -- los autores alemanes, es sin duda Roberto von Fippel⁽³⁷⁾, que cuando habla con respecto a aquellos delitos calificados por las consecuencias nos dice que precisamente estos efectos que sobrepasan la voluntad del agente responsable, son consecuencias que en general, conoce todo hombre, no obstante dentro de este resultado dañoso más grave se exige la causación idónea en cada caso en particular.

Ahora bien, ante la presencia de este obrar ilícito, no -- cabe duda que las referidas consecuencias sean inmutables al autor

(37) Cfr. Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. II. p. 56.

para penarle de manera agravada, puesto que en otros casos, el agente ocasionó al menos culposamente, el peligro de que se originara la citada consecuencia típica. En este mismo sentido encontramos el parecer de Mauricio Liepmann.

En nuestro concepto, no porque el sujeto responsable, con su conducta típica y antijurídica origine el peligro de que sobrevengan consecuencias más graves a la que verdaderamente se esperaba acarrear, y sobre todo esta causación de peligro es no aceptada, no deseada por el agente; debe necesariamente atribuírsele al agente aquel resultado mayor como si efectivamente hubiera sido propuesto y aspirado. De lo anterior se desprende nuestro abierto rechazo a este principio de la doctrina alemana.

e). La moderna exigencia de la posibilidad de prever.

En la República Federal Alemana, es a partir del 4 de agosto de 1953, que en su legislación penal se introduce acertadamente la exigencia de la culpa, atendiendo al resultado más grave en los delitos preterintencionales, desapareciendo con lo anterior un vestigio que no tiene cabida alguna en la actual época jurídica-penal alemana que siempre se ha conservado a la vanguardia en nuestra materia.

En la legislación penal alemana encontramos la delimitación de los delitos preterintencionales en su parágrafo 56, el cual se expresa al siguiente tenor: "Cuando la ley señala una pena más alta a una especial consecuencia del acto, sólo se impondrá aquélla al autor, cuando se haya ocasionado la consecuencia al menos culposamente".

Al referirse al precepto transcrito, Mezger nos dice -- que esta nueva regla es trascendente y satisfactoria, toda vez que el principio de culpabilidad, anteriormente inexistente, desde -- siempre fue reclamada por la doctrina, y ahora que se contempla en el Código Penal de Alemania se deja atrás un aspecto jurídico que era de suyo intolerable⁽³⁸⁾. Se comprende el punto de vista del célebre maestro de Munich, sin embargo cuando fustigó los delitos calificados por el resultado, lo efectuó mostrándose muy blando en cuanto a sus apreciaciones, más no deja de ser plausible su rectificación al aceptar la evolución conseguida con el establecimiento expresamente de los delitos preterintencionales propiamente.

Es también claro como válido el criterio que a este particular sostuvo Eduardo Kohlrausch, quien nos dice que los "delitos calificados por el resultado", tal y como la historia nos lo demuestra, no son mera responsabilidad por ese efecto, sino que además se ligan originariamente, a antiguas formas de culpabilidad, que sin duda son restos del "versari in re illicita" que ha sido ya superadas por el incesante evolucionar jurídico⁽³⁹⁾.

Jürgen Baumann, dice con respecto a la implantación del citado parágrafo 56 en la legislación penal alemana que la abolición de los "delitos calificados por el resultado", se debe al auge que han adquirido las medidas de seguridad, sobre todo contra los delincuentes habituales, y asimismo por el amplio margen que se otorga y reconoce a los jueces, permitiéndose considerar el resultado, sin necesidad de acudir a una disposición legal taxativa que ordene la agravación de la pena, basada en la vetusta fórmula de la responsabilidad objetiva⁽⁴⁰⁾.

(38) Cfr. *Ibidem.* p. 58 y 59.

(39) Cfr. *Ibidem.*

(40) Cfr. *Ibidem.*

Denotamos que son abundantes las opiniones que admiten - sin ambages la insertación de los delitos preterintencionales en - el párrafo 56 del vigente Código Penal alemán, y sobrados los e-
nemigos que en repetidas ocasiones propugnaron por la supresión de
los "delitos calificados por el resultado", siendo motivo de extra-
ñeza el que habiendo ocasionado múltiples reacciones aversivas, no
hayan sucumbido con antelación para dejar su naso a la postura a--
certada que sostiene el Código Penal de Alemania vigente en su pa-
rráfo 56.

2. Doctrina Suiza.

Es sobremanera importante desde el punto de vista histórico, la doctrina suiza en virtud de haber servido, como ya quedó asentado en líneas anteriores, como antecedente definitivo a legislaciones que acogieron con beneplácito el principio de la exigencia de previsibilidad o la posibilidad de ésta en el resultado dañoso más grave por parte del agente. Es precisamente en el Código Penal de Suiza, aplicado en toda la Confederación helvética, en donde se pone de relieve el principio de culpabilidad, bajo el cual consideran los delitos preterintencionales. Cabe destacar que la apreciación suiza a este particular es muy similar a la adoptada por la doctrina alemana, tratada en líneas arriba.

En general los escritores suizos, rechazan de antemano la vetusta postura de los "delitos calificados por el resultado", por considerar que ésta constituye un fósil jurídico que no debe ya figurar dentro de ningún ordenamiento penal positivo. Nosotros compartimos ampliamente la opinión de los tratadistas suizos ya que al cualificar un determinado ilícito, más que contemplar el resultado concreto de éste, es menester atender el aspecto subjetivo que intervino en el agente en el momento en que efectuaba su conducta delictiva; y dentro de este proceder dilucidar efectivamente si se obró con dolo, o se presentó con una mixtura de culpa, para determinar adecuadamente un delito preterintencional.

Sin embargo algunos autores consideran que no ha sido abrogado en su totalidad el criterio legal de contemplar los "delitos calificados por el resultado". Así Ernst Hafer cree encontrar todavía dentro de la legislación jurídico-penal estas características⁽⁴¹⁾, estos casos son la riña, y los actos punibles

(41) Cfr. *Ibidem*, p. 60.

ejecutados por un sujeto que se encuentra en estado de irresponsabilidad causada por embriaguez o intoxicación culpables. En opinión de Hafter y en tratándose de la riña, observa que este resto de responsabilidad objetiva sustenta como objetivo indirecto allanar el conflicto de fundamentar las pruebas en el procedimiento judicial.

Es fácil colegir que a pesar de que Hafter describe estos casos en los que se pudiera reputar la responsabilidad objetiva, éstos son excepcionales, además de que se recurre a tal posición en virtud de una errónea apreciación legislativa y para facilitar la tarea concerniente al juez; lo cual es por demás reprochable en virtud de que al acudir a la obsoleta responsabilidad objetiva, aun y cuando son excepcionales los casos, sin duda alguna demerita la técnica jurídica con lo que el resto de este ordenamiento punitivo está concebido además de que es labor de todo jurista, discernir concreta y verazmente cuándo en un determinado efecto o resultado típico existió dolo o culpa en la conducta que la originó, y cuándo esta consecuencia, que se presenta con un excedente con respecto a la voluntad o intención del agente, sustenta una - mixtura de ambos elementos de la teoría de la culpabilidad.

3. Doctrina Italiana.

Al abordar las principales teorías de origen italiano, - no dejamos de lamentar que en la legislación penal vigente de este país, cuna de ilustres juristas, la preterintención no haya observado la misma trayectoria ascendente como lo denotamos en las doctrinas arriba analizadas; lo anterior lo externamos por razón de - que se soslaya y no se precisa de quisa expresa como es menester - la previsibilidad dentro de la culpabilidad en el artículo 43 del Código Penal de 1930, aspecto que no debe pasar inadvertido si se pretende conformar correctamente la teoría de la preterintencionalidad. Amén de no presentar una exposición vacua y farragosa al - referirnos a esta doctrina en particular, vamos a organizarla en - grupos que no siguen un orden cronológico en cuanto a sus representantes, sino a la afinidad de criterios expresados en lo atinente a nuestra figura jurídico-penal en análisis. Los grupos a desarrollar, son los que a continuación se mencionan: a). Opiniones de quienes creen que puede hablarse de "dolo preterintencional" o de la preterintención dolosa; b). Negadores de la previsibilidad y mantenedores de la responsabilidad objetiva; c). Teoría del con curso de dolo y culpa; d). La preterintención como tercera especie de la culpabilidad; e). Otras doctrinas.

a). El "dolo preterintencional" y la preterintención - como dolosa. Consideramos inadecuada la denominación que se emplea para identificar a la presente doctrina, toda vez que en la - preterintención así como interviene el dolo en la pretensión del - agente, también denotamos la presencia del factor culpa, sin el - cual no podemos hablar propiamente de la figura en comento; entonces la terminología aquí asentada no deja de ser a nuestra particular opinión una aberración, desde el punto de vista técnico que en - cierra una grave contradicción insita. No obstante por así haber sido denominada, además de ser el criterio de los tratadistas que sostienen esta postura, adoptaremos, no sin la reserva debida, tal

terminología.

El maestro Juan Bautista Impallomeni, aunque al abordar el tema, materia de la presente exposición, se refiere acertadamente a los delitos preterintencionales, con lo cual parece que va a proferir un criterio correcto, y sin embargo, de lo cual se muestra muy alejado, ya que éste considera del todo impropio considerar que dentro de la preterintención se presente la mixtura de dolo y la culpa, lo cual encaja en la postura que nosotros aceptamos. Nos dice el maestro italiano que dentro de los delitos dolosos, encontramos delitos dolosos voluntarios y delitos dolosos preterintencionales. Al conceptualizar al ilícito preterintencional, desde su peculiar criterio, Impallomeni nos expresa: "El delito preterintencional es un delito doloso, como aquel previsto -- que nosotros llamamos intencional, en el sentido de que la causa del delito es el dolo"⁽⁴²⁾. Y para confirmar sus palabras a este respecto, asevera la intrascendencia de la previsibilidad del resultado más grave, supeditado ésta al dolo en el agente al desear un determinado efecto derivado de su conducta; son estas las palabras del maestro Juan Bautista Impallomeni: "el resultado más grave no querido, previsible o no, ocasiona un delito más grave que aquél previsto"⁽⁴³⁾.

Observamos en el maestro Impallomeni, confusión al exponer sus ideas en lo que a este particular corresponde, cuando afirma que al delincuente se le debe imponer una pena atenuada en este caso, pero no en virtud de la participación del dolo con culpa, sino atendiendo a la menor peligrosidad demostrada por el delincuente, por el ánimo dirigido a un ilícito menos grave al que se encuadra por el resultado y por la manera de obrar, que revela una

(42) Cfr. *Ibidem*. p. 62.

(43) Cfr. *Ibidem*.

intención, que de haberse producido exclusivamente no hubiese originado este efecto más grave. Nos parecen inconciliables las ideas de Juan Bautista Impallomeni, que por una parte propone que se equipare la culpa al dolo en el delito preterintencional y por la otra sugiere que se disminuya la pena en estos ilícitos con un fundamento en la peligrosidad del agente. Al establecer esta última proposición se expresa así el controvertido autor italiano:

"Insistimos, pues, en decir, para evitar sutilezas curialescas y moralistas, que a fin de distinguir un delito preterintencional de un delito intencional, el camino seguro es el de considerar la relación en que esta acción del agente con el resultado producido: si el resultado es la consecuencia, además de natural originaria de la acción dolosa, fuerza es considerar que aquél fue querido; si no es la consecuencia ordinaria, de modo que según la experiencia común se debe considerar que no ha sido previsto por el agente, entonces sólo es lícito concluir que el delito es ultra intencional. En fin nosotros decimos que el delincuente quiso o tuvo el propósito de cometer el delito sobrevenido cuando nos persuadimos de que era el resultado, previsible por la estadística de los hombres, de su modo doloso de obrar"⁽⁴⁴⁾.

Otro autor italiano que considera que el agente que haya perpetrado un delito preterintencional, ha de imputársele todo lo ocurrido a título de dolo, es Vicenzo Manzini, quien expresa que el delincuente en su obrar ilícito no desea y acepta solamente lo que intenta, sino que además todo aquello que se derive de su conducta (acto u omisión) delictiva, sabe de artemano y basándose en la experiencia común, cuáles son las consecuencias distintas o mayores de las aspiradas que su hecho puede producir. Dice así la opinión del maestro de Roma: "En el caso de la presente conducta causal, no es simplemente contraria, en modo genérico o específico

(44) Cfr. *Ibidem*.

a la policía o a la disciplina, sino que es específicamente contra ria al Derecho Penal, y consiste en la comisión de un delito doloso. La conducta causal no depende de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de disciplina, etc., proviene de voluntad dolosa; es decir, intencionalmente dirigida a un delito, aun cuando menos grave que aquel realmente ocasionado⁽⁴⁵⁾. Lo cual, nos parece inadmisibile en virtud de que el agente al obrar dolosamente, acepta y prevé el resultado que su proceder delictivo originará, pero ésta excede el efecto deseado, no se debe afirmar taxativamente que se obró conociendo y aprobando anticipadamente las consecuencias más graves y tampoco adjudicarle punitivamente esta derivación dañosa mayor al sujeto a título de dolo.

No podemos catalogar a esta teoría, dentro de la esfera de tratadistas que defienden y postulan la responsabilidad objetiva, cuando se proponen esclarecer y explicar los delitos preterintencionales; esto es, aquí se alude exclusivamente, al resultado concreto de la comisión de un ilícito para atribuir al agente una sanción acorde a aquél, soslayando el aspecto subjetivo de la culpabilidad: la previsibilidad.

b). La negativa de previsibilidad y la responsabilidad objetiva. En este grupo encontramos autores que centran erradamente su punto de vista únicamente en las condiciones objetivas -- del resultado que originó una conducta delictiva, para imputarle al agente una sanción acorde a este efecto, sin considerar en absoluto la posibilidad de previsión, puesto que opinan que ésta no es necesaria para la determinación de un delito en particular.

(45) Cfr. *Ibidem.* p. 64.

El notable tratadista G. Sabatini es el primero en identificarse dentro de esta postura al comentar a este respecto: "En cuanto al resultado, subsiste la responsabilidad por haberlo producido en consideración a que se quiere cometer un delito; por tanto sería superflua la búsqueda de si el resultado más grave se ha realizado por culpa, bastando el nexo de causalidad material entre la conducta y el resultado mismo. Puesto que en el delito preterintencional no debe ser querido el resultado más grave, no tiene importancia que haya previsto, además que el resultado es único y única es la lesión jurídica, si bien que la querida por el culpable" (46).

El maestro Enrique Ferri no se encuentra muy alejado del parecer de Sabatini en cuanto a este particular, ya que al abordar este problema expresa: "El autor debe responder de los efectos -- más graves siempre que estos efectos más graves fueren más o menos previsibles naturalmente o imprevisibles. En este caso de la preterintencionalidad que puede determinar una especial figura de delito o bien una circunstancia agravante" (47).

Quien asimismo coloca a los delitos preterintencionales dentro de la responsabilidad objetiva es el maestro Francisco Antolisei, que al hablar sobre el resultado más grave dentro de los ilícitos que invisten estas características nos dice que "se trata de un delito doloso, en cuanto al agente ha querido un cierto resultado. El resultado que excede a la voluntad del agente es característico de los delitos agravados por el resultado" (48).

(46) Cfr. *Ibidem*.

(47) *Principios de Derecho Criminal*, Ed. Reus, España 1938, p. 418.

(48) Cfr. Citado por Jiménez de Asúa, *Tratado...* Ob. cit. Vol. VI p. 69.

Para el maestro italiano, los delitos preterintencionados tienen cabida dentro de aquella categoría de ilícitos; negando con esto la importancia que merece la previsibilidad o la posibilidad de que fácticamente se presenta ésta en el resultado dañoso -- más grave no deseado por el agente.

Otro destacado tratadista italiano que asume abiertamente esta posición es Giuseppe Zuccala, ya que imputa todas las consecuencias típicas en base exclusivamente a la mera causación objetiva de un efecto derivado de una conducta delictiva, cuando en lo atinente a nuestra figura jurídico-penal establece: "el delito preterintencional es un hecho que la norma atribuye al reo fuera de cualquier ligamen culposo, siempre que el resultado más grave se derive causalmente del comportamiento doloso del propio autor" (49).

Por último citaremos, las palabras del maestro Stefano Riccio, que son muy específicas en lo referente a la responsabilidad objetiva, pero asimismo incorrectas a nuestra personal consideración pues bien nos dice el jurista italiano lo siguiente: "El resultado agravante en los delitos calificados por el resultado, no debe estar necesariamente ligado por un nexo de causalidad con la conducta del agente; es bastante que sea derivación del delito-base o que sobrevenga en ocasión del delito-base. Puede hablarse, por tanto, de una conexión ocasional o condicional o de una causalidad particular. Sin embargo, y a pesar de que es necesario que se trate de una expansión o desviación del hecho doloso, no ha de hablarse de voluntariedad, siendo indiferente para la voluntad, no sólo el resultado, sino la relación de causalidad" (50).

(49) Cfr. *Ibidem*.

(50) Cfr. *Ibidem*.

En ningún sentido aprobamos esta doctrina que intenta relegar al olvido la subjetividad en el agente que al obrar ilícitamente, el resultado ocasionado traspasa a su deseo y actuar doloso; siendo suficiente la existencia de un efecto típico concreto u objetivo para atribuírsele a título de dolo susodicho resultado dañoso más grave que el querido.

c). Teoría de la concurrencia de dolo y culpa. La postura que esta teoría propone, es la de comprender dentro de la preterintención una mixtura de dolo y culpa, cuestión que nosotros aceptamos como en líneas más adelante lo estableceremos⁽⁵¹⁾. Los tratadistas italianos que defienden esta posición son en definitiva quienes sustentan el criterio más adecuado en cuanto a la consideración que efectúan con respecto a reconocer en el delito preterintencional la presencia conjunta de dolo y culpa, ambos elementos de la teoría de la culpabilidad, que se funden en los ilícitos de esta naturaleza.

Cuando Francisco Carrara, habla a este respecto, reconoce el concurso del dolo y la culpa, dentro de la preterintención en el caso de homicidio con estas características, ya que nos dice que debe atribuírsele al agente una imputación intermedia del hecho doloso y del hecho culposo. "En el homicidio preterintencional (explica el ilustre maestro italiano) se advierte el dolo que nace de la intención de dañar al enemigo; pero en cuanto al efecto mortal hay culpa porque se supone que no se previó la muerte"⁽⁵²⁾, distinguiendo acertadamente el maestro Carrara, que el resultado dañoso más grave no deseado por el agente no fue previsto, sin embargo pudo haberse dado la previsión de este efecto ilícito y por este motivo se imputará al agente a título de culpa.

(51) Consultar infra. pp. 137, 145 y 156.

(52) Programa del Curso de Derecho Penal. Ed. Temis. Colombia 1956. p. 269.

También Enrique Pessina, acepta, este criterio al reconocer la existencia del dolo y la culpa en la comisión de un ilícito preterintencional, aseverando que no debe ser la sanción que corresponde a una conducta que sustente estos elementos, análoga a la que se imputa a un delito doloso únicamente, debiendo ser mayor ésta última, en la inteligencia de preexistir la previsión y aceptación del resultado en el sujeto responsable. Nos dice el maestro de Nápoles que: "siempre se castigará levemente la culpa pura, la otra (la que se presenta en el delito preterintencional) será considerando el hecho que por sí mismo es delito y agravando la pena por el resultado culposo que de él ha derivado"⁽⁵³⁾. Entendemos que Pessina no considera diferente a la culpa pura de la que se presenta en la preterintención sino que distingue que la punición que corresponda a un delito culposo únicamente será menor que la que se imponga al delito que comprenda dolo y culpa simultáneamente, punto de vista acorde a nuestro criterio en este aspecto.

El ilustre maestro italiano Bernardino Alimena, da una apreciación muy acertada al delimitar la imputación de un delito determinado, partiendo precisamente del elemento subjetivo que presentó el agente responsable de un resultado típico. Nos dice el gran tratadista al referirse a la preterintención que: "el límite de la imputabilidad sólo puede darlo la previsibilidad.

Es inútil buscar en otra parte el fundamento de la imputabilidad de este resultado mayor. Muchas veces junto al resultado directo y principalmente querido, se ve o se entrevé otro resultado ulterior y mayor. Si, a pesar de esto, se obra y el resultado mayor se produce, de éste responde por dolo, pues dicho resultado mayor había sido previsto. Pero, deteniéndose aquí, salgamos de la hipótesis. Esta nace, precisamente, cuando el resultado ma

(53) Elementos de Derecho Penal. Ed. Reus. España 1936. p. 339.

yor no querido sea uno de aquellos que por sí mismos son culros---
sos" (54).

Anotaremos a continuación la opinión de Giuseppe Maggiore, que mantiene el mismo criterio de los anteriores autores al considerar una concurrencia de dolo y culpa en la preterintencionalidad, que dentro de las teorías italianas es una de las que mejor resisten a la crítica jurídica, aún en la actualidad. Al decir del maestro Maggiore, considera que en el delito preterintencional "es dolo directo el encaminado a producir el resultado menor; y es culpa, aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor. La fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta por consiguiente verdadera" (55).

Denotamos en el pensamiento del maestro italiano, que efectuó una muy pertinente distinción en cuanto se refiere al dolo, destacando en él la intención de ocasionar un resultado típico, sin embargo al presentarse igualmente la culpa dentro de la conducta encaminada dolosamente, se produce un resultado mayor al deseado; obteniéndose así un delito preterintencional. Nosotros compartimos la opinión del notable jurista italiano.

Por último citaremos las palabras del maestro Giuseppe Bettiol, que con antelación se había inclinado por la postura que propugna por la responsabilidad objetiva y posteriormente rectificó su criterio al adoptar la postura que comprende la mixtura de dolo y culpa en la figura jurídica que analizamos. "Es más convincente la opinión, según la cual en el delito preterintencional

(54) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 74.
(55) Ob. cit. Vol. I. p. 582.

nos encontramos frente a una hipótesis de dolo mixto de culpa, en el sentido de que hay dolo en cuanto concierne al delito menos grave previsto y querido, y culpa en relación al delito más grave realzado⁽⁵⁶⁾. Se observa que al referirse al dolo el tratadista italiano, expone la previsión y la aceptación del resultado que se producirá al realizar la conducta ilícita, y que en la culpa, a pesar de derivarse un efecto más grave, no se puede decir que se hayan presentado estos elementos que son propios del actuar doloso.

Esta doctrina, es a nuestro parecer acertada en cuanto reconoce la ambivalencia de la preterintencionalidad, ya que ésta contiene indefectiblemente un obrar doloso y un resultado culposo que merecen, dadas sus características un manejo especial, propio para cada uno, y una consideración particular si ambas concurren en una sola conducta típica y antijurídica.

d). La preterintención como tercera especie de la culpabilidad. Algunos tratadistas italianos, observaron que el ilícito preterintencional manifiesta algunas particularidades en cuanto a su estructura y por ende de inmediato propugnaron por que a éste se le diera una ubicación independiente de las ya establecidas al examinar los aspectos subjetivos que intervienen en el agente que transgrede un ordenamiento jurídico-penal. En nuestra opinión, en efecto, no debe ser considerado el delito preterintencional como una conjunción de dolo y culpa que se dan independientemente el uno del otro, tampoco podemos imputar al responsable de un ilícito de esta naturaleza sanciones autónomas en atención a su conducta dolosa por una parte y el resultado dañoso

(56) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 80.

más grave que evidentemente es culposo por la otra. Por tanto a-severamos anticipadamente que adoptamos esta teoría de creación italiana, con la reserva de que en líneas posteriores abundaremos en lo que a este particular concierne⁽⁵⁷⁾.

Quien desarrolla esta postura con mayor claridad es el jurista Leonardo Galli, quien reconoce en la preterintención una tercera especie del elemento subjetivo en el agente. Se apoya es te tratadista italiano en el artículo 43 del Código Penal italiano vigente; cuando aborda la referida postura Leonardo Galli nos expresa que "En cuanto a la teoría que ve en el delito preterintencional una mezcla de dolo y culpa y, por tanto, en la culpa el fun damento de la responsabilidad por el resultado no querido, observamos que si bien es cierto que el resultado diferente puede ser con siderado de naturaleza culposa cuando se examina a la luz de la -- culpa presunta, y que si bien es exacto hablar de dolo mixto de -- culpa cuando se examina el delito preterintencional en su forma-- ción, no lo es ya si el examen se hace, como debe hacerse en esta parte, en referencia además a la preterintención, con cuyo rite rio el fundamento de la responsabilidad por el resultado no querido, aparecerá precisamente que es la preterintención"⁽⁵⁸⁾.

Es conveniente resaltar que, quienes se ubican dentro de esta postura, exigen la presencia del elemento subjetivo de la ausencia de voluntad en el resultado más grave y la posibilidad de ser factible su previsión, para así conformar de quisa adecuada la culpa que interviene conjuntamente con el dolo en los delitos preterintencionales; estableciendo con este criterio una postura co-

(57) Véase infra. p. 139 y ss.

(58) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 83.

recta en cuanto al estimar a nuestra figura jurídico-penal.

e). Otras doctrinas. En este apartado expondremos aquellas opiniones que en virtud de su singularidad, no pueden ser colocadas en ninguna de las teorías precedentes; ya observamos que algunos tratadistas italianos comentan que es válida la teoría de la responsabilidad objetiva, algunos otros aseveran la concurrencia de dolo y culpa, para que también afirmen otros que el delito preterintencional constituye una tercera especie autónoma de la culpabilidad; además existen juristas italianos que al referirse a este punto sostienen un punto de vista diferente a los citados y son precisamente estos los que a continuación pasamos a explicar.

El notable procesalista Francisco Carnelutti considera que el delito preterintencional es uno de los casos en que se presenta la atenuación de la pena en virtud de que constituye la hinc tesis precisamente inversa a la figura jurídica de la tentativa, o torquando con su afirmación un parentesco a la preterintención con el delito doloso⁽⁵⁹⁾. Concepto que no compartimos en lo absoluto ya que en la preterintención, es cierto que interviene fatalmente la culpa, pero siempre va a estar precedida de una conducta dolosa, sin la cual no podemos comprender a un ilícito con las características que sustenta la preterintención.

El notable tratadista italiano Pannain⁽⁶⁰⁾, sostiene que el delito preterintencional es un ilícito especial, además de que comenta que éste es dable sólomente en el homicidio. No exige -- Pannain la previsibilidad que es menester exista en el agente en cuanto al resultado más grave no deseado para configurar propiamente

(59) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 85.

(60) Cfr. *Ibidem*.

te la preterintencionalidad.

No aceptamos que el delito preterintencional conforme a un delito especial, puesto que aun dentro del Código Penal italiano de 1930 encontramos a la preterintención dentro de la parte general y no en la especial, de lo cual se colige que esta figura penal es punto particular de la culpabilidad y de ninguna manera una especie de delito específico; asimismo negamos que la única posibilidad de constituir un ilícito preterintencional lo sea en el homicidio, en virtud de que existiendo en cualesquier transgresión al ordenamiento penal la concurrencia de dolo y culpa en la conducta del agente, puede decirse que se está en presencia de la preterintencionalidad. Por último si interviene la culpa dentro del ilícito preterintencional, es innegable que debe precisarse cuando menos la posibilidad de haber sido previsible el resultado típico; por lo expuesto, consideramos que la posición del maestro italiano es del todo equívoca

Para terminar el presente apartado, no podemos dejar de citar la concepción que el maestro Nicola Vitale expresa al hablar sobre nuestra figura jurídica, para Vitale debe ser considerada ésta como la teoría de la figura típica de la política criminal, en virtud de que comprende que ésta se da por razones de política criminal, nos dice el maestro italiano lo siguiente: "Varías son las discusiones, por tanto a este respecto: no se trata de delito doloso, no se trata de delito culposo, no es una forma de responsabilidad meramente objetiva, precisamente porque se trata de una figura típica, expresamente y claramente definida por la ley; o sea, la preterintencionalidad. Solo desde el punto de vista de la política criminal se podrán indagar las razones que han determinado al legislador a tratar de esta forma del elemento psicológico de manera más leve en cuanto se hace en caso de dolo y más grave en cuanto se hace caso de culpa.

La preterintención es, puesto que se pena no solamente - porque tiene su fundamento ecléctico, un componente de dolo, o de culpa, o de caso, o de responsabilidad objetiva, o de política criminal, o de oportunidad jurídica, o de configuración anómala, o figura de delito sui generis, sino porque una o más o todas estas razones hacen de ella una institución verdaderamente compleja o bien ecléctica" (61).

Al repasar las ideas de Vitale no dejamos de encontrar - en ellas, las veleidosas opiniones que han tenido su origen en Italia además de no acertar a definir su fundamento, ni su naturaleza dejando así, una concepción ambigua y oscura en cuanto al genuino delito preterintencional. Comprendemos que ante el cúmulo de ideas proferidas atinentes a este respecto y en sentidos tan dispares, es probable adquirir una concepción vaga y difusa, siempre -- que no se profundice en el estudio y en su análisis necesarios para dilucidar correctamente los aspectos que delimitan y constituyen a los delitos preterintencionales en su condición más depurada.

(61) Cfr. *Ibidem.* pp. 86 y 87.

4. Doctrina Francesa.

Los juristas franceses, que por siempre han sido reconocidos por su acertado criterio jurídico, en la generalidad del campo del Derecho, cuando se avocan al estudio del delito preterintencional y en su gran mayoría adoptan la arcaica postura de la responsabilidad objetiva, derivándose así un juicio respecto a este particular que es incongruente con el resto de los principios jurídicos franceses; no obstante ~~no todas~~ las opiniones escritas son erradas del todo, son excepcionales por desgracia los tratadistas que le otorgan el sitio apropiado y a éstos nos referiremos a continuación.

Primeramente nos ocuparemos del maestro francés Robert Vouin, quien a pesar de su esfuerzo por discernir la culpa en el resultado más grave no deseado ni previsto por el responsable de un ilícito preterintencional, incurre en adjudicar este efecto excedente a título de dolo eventual. Afirma el maestro Vouin -- que la imprudencia que continúa de una conducta dolosa, debió ser previsto por el agente o haber sido considerado por éste como no culpable por lo que denota un dolo eventual en este resultado dañoso más grave, debiendo ser asimilado este resultado previsible al obrar doloso con que se inició la transgresión a la ley. Cuando conceptualiza el delito preterintencional lo hace en los siguientes términos: va a existir éste "cuando el resultado excede del fin que se proponía el agente. Así ocurre en el caso de golpes o heridas voluntarias que ocasionan la muerte sin intención de darla"⁽⁶²⁾. Al analizar las palabras del maestro de París, observamos que realiza una apreciación errónea en cuanto al aspecto

(62) Cfr. *Ibidem*.

subjetivo, del agente, que con su conducta dolosa provoca un efecto mayor culposo, que debe ser considerado como tal para integrar un ilícito preterintencional, esto es, el sujeto de antemano acepta y desea que su obrar típico y antijurídico origine un determinado resultado, pero éste sobrepasa su intención, provocando su conducta dolosa un resultado que pudo ser previsto por el agente, más no lo fue.

Pues bien, cree el tratadista Robert Vouin que este efecto más grave fue previsto y no evitado por el transgresor en el transcurso de su conducta delictiva, supuesto que presentándose -- configuraría un delito doloso y de ningún modo preterintencional.

Para erradicar dudas a este respecto citaremos las palabras que el maestro Franz von Liszt expresa al referirse al dolo eventual para así distinguir la diferenciación existente entre dolo eventual que expresa el maestro Vouin, equiparándola incorrectamente a la culpa que interviene en la preterintencionalidad dice -- el notable jurista Liszt que en el dolo eventual "el autor tiene -- como posible la producción del resultado, es decir el autor no evita la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: el resultado no sobrevendrá" (63).

Quien definitivamente dentro de la corriente francesa, -- emite una opinión correcta al considerar nuestra figura jurídico-penal es el profesor René Garraud, en virtud de que reconoce que -- cuando se suscite un ilícito preterintencional, invariablemente se presentará una concurrencia de dolo y culpa, con lo cual se coloca en la postura correcta en tratándose de la preterintencionalidad.

Nos dice el ilustre maestro italiano que en el delito -- preterintencional "la consecuencia producida por el hecho voluntario no es habitual, o, lo que viene a ser lo mismo, el agente igno

(63) Ob. cit. Vol. II. P. 413.

raba que esta consecuencia debía producirse. En esta hipótesis, la intención criminal desaparece relativamente a esta consecuencia, puesto que el agente no la ha querido, ni siquiera eventualmente: sólo existe una culpa, más o menos grave, que debe añadirse, para el cálculo de la culpabilidad, al elemento intencional.

Este es el caso de concurso de dolo y culpa. Por ejemplo en una riña el agente propina voluntariamente golpes o hace voluntariamente heridas que ocasionan la muerte de la víctima, -- sin intención de dársela; la intención criminal existe en cuanto a los golpes o heridas hay culpa en cuanto al homicidio a causa de la falta de previsión que acarreó la muerte de la víctima" (64).

No deja de extrañarnos sobremanera que la doctrina jurídica francesa, sea tan exigüamente acertada en lo que a este particular concierne, no obstante, por la preeminencia que ésta sustenta dentro del ámbito jurídico no debemos soslayar su apreciación a este respecto en la presente exposición.

(64) Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. n. 22.

5. Doctrina en Iberoamérica.

Al desarrollar el presente apartado, consideramos conveniente exponer en forma resumida, las principales escuelas, que se avocan al estudio de la preterintención en lengua española; prescindiendo de aquellos puntos de vista teóricos o legislaciones que para definir o atender a nuestra figura, retoman y reproducen criterios ya proferidos en lo atinente a este respecto; en la inteligencia de que al agotar la generalidad de posturas que se han manifestado en tratándose de este punto en Iberoamérica, se obtendría una perspectiva farragosa y copiosa; amén de no caer en este supuesto, intentamos ser lo más sintéticos posible.

Ahora bien, primeramente abordaremos la doctrina y legislación española, para acto seguido, ocuparnos de la opinión argentina, tocando por último algunas legislaciones, que en base a nuestros objetivos, resultan menos relevantes como es el caso de Uruguay y Cuba, entre otros; aclarando que en lo atinente a México se estudia separada y aisladamente, en virtud de la trascendencia que reviste en la presente exposición.

A). La preterintención en España.

En España, como en los demás países que contemplan la preterintención, ésta ha observado una evolución constante, partiendo desde el vetusto principio de la responsabilidad objetiva, hasta arribar al delito preterintencional propiamente hablando. Durante el siglo XVI, encontramos la opinión del maestro Antonio Gómez, -- quien centra la atención de un ilícito, en virtud del resultado que la comisión de éste provoque, ya que incurre en este supuesto, no deteniéndose a observar el aspecto subjetivo que intervino en el responsable de una transgresión a las normas penales. Comprendemos el criterio del notable maestro español, de acuerdo a la época

en que emitió su aseveración, mas de ninguna manera la aprobamos, - por encontrarse alejada de nuestra postura en lo referente a este - punto.

Otro autor español que alude a los delitos que exceden - en su resultado la conducta dolosa del agente es Diego Covarrubias quien otorga un avance jurídico en este aspecto, ya que no abandona la justificación de la responsabilidad objetiva, pero considera que únicamente debe sancionarse objetivamente una conducta delictiva cu yo resultado es más grave que el deseado, pero éste es consecuencia generalmente de la conducta y resulta habitualmente de susodicho -- proceder, háyase o no previsto; sin embargo cuando este excedente - en el efecto es producto de lo accidental, de lo fortuito e imprevi sible, no es factible la punición, sino únicamente por el resultado previsto y deseado. Es pues esta acertada observación, un toque - de prosperidad en lo referente a la figura jurídica en comento.

Pero fue el distinguido tratadista Francisco Suárez, --- quien dentro de los escritores españoles de los pasados siglos, con cede a la preterintención un enfoque adecuado; nos dice Suárez que no debe ser castigado el resultado ilícito más grave, que no fue de seado ni previsto por el agente, en la inteligencia de que este ex-ceso en el resultado nunca fue voluntariamente querido o aceptado, debiéndose atener el juzgador exclusivamente a la voluntariedad ilf cita en el responsable. Nos dice Suárez que en toda conducta de-lictiva, es notable la relación que guardan entre sí, la intención y el resultado, pero en éste último y basándose en aspectos materia les externos, es aún más evidente la proporción o desproporción en su caso, entre la intención y el resultado ilícito, de lo cual se - debe servir el juez que inflija la punición correspondiente ⁽⁶⁵⁾.

(65) Cfr. Citação por Julián Pereda. Ob. cit. p. 254.

No deja de ser loable la visión jurídica correcta que demuestra este tratadista español al asignarle a la preterintencionalidad un sitio acertado y justo.

Ya en la época contemporánea, los autores españoles se pueden agrupar en dos tendencias bien definidas, ouestas la una de la otra al considerar la figura jurídica en comento. En un primer grupo, los tratadistas españoles afirman que en el ilícito preterintencional, se da una alianza de dolo y culpa, comprendiendo que en la porción de culpa, debe haber existido la previsibilidad del resultado, en la inteligencia de que si ésta faltare, se estaría ante un caso fortuito; dentro de este grupo encontramos a los maestros Puig Peña, Sánchez Tejerina, entre otros. Otros autores, que conforman el segundo grupo, creen que el dolo que participa en la preterintención, debe cubrir indefectiblemente todo resultado que se derive de la comisión de un delito, incluso si éste reviste las características de la culpa; los juristas que encuadran su opinión dentro de este suruesto son entre otros Quintano Pinollés y Fucenio Cuello Calón. Denotamos de lo anterior que en el primer grupo se sustenta una postura acertada, mientras que en el segundo se mantiene un criterio vetusto y superado jurídicamente hablando, retrotrayéndose a la época en la que imperó en principio del "versari in re illicita", motivo por el que rechazamos susodicha aseveración de antemano.

Desde el aspecto leniferado, en España se asienta como antecedente de la preterintencionalidad, una circunstancia atenuante desde el Código Penal de España de 1848, en su artículo 9º., circunstancia 3a., al preceptuar una atenuante en cuanto a la punición de un delito, lo establecía con este tenor: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo". Se colige de lo anterior que cuando se presenta este supuesto el resultado que produce una conducta ilícita, traspasa la intención que se pretendía alcanzar, siendo este efecto más grave -

previsible para el agente; concurriendo dolo y culpa en un sólo acto antijurídico, ya que de carecer de esta cualidad (previsibilidad), se incurriría en un actuar doloso y la contingencia del caso fortuito, razón por la que no podría tildarse como atenuante a la culpabilidad del agente infractor.

Ahora bien, en la legislación penal española vigente, - esto es el Código de 1944, encontramos a la preterintención en el artículo 9º., atenuante 4a., ya que éste establece:

"Art. 9º. Son circunstancias atenuantes...

4a. La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo".

Se observa que el sentido que acoque susodicho precepto, es el mismo que profirió el Código Penal de España de 1848, hace más de un siglo; no obstante lo longevo de éste, permanece vigente susodicho principio en virtud de su acertado criterio jurídico.

En lo único que es criticable la postura española en lo atinente a este particular, es en lo referente a la ausencia de de nominación que presenta nuestra figura jurídica, ya que no se alude específicamente a la preterintención, aun y cuando se encuadra perfectamente dentro de esta categoría la citada atenuante 4a., -- del artículo 9º., otorgándole precisamente el sitio de una circunstancia atenuante, sin embargo consideramos que no es trascendente esta carencia de acreditación gramatical, toda vez que este defecto no transgrede la esencia de la preterintencionalidad.

Asimismo notamos que la mencionada atenuante 4a. del artículo 9º. del Código Penal español, no hace alusión alguna en -- cuanto a la previsibilidad de que debe existir en el resultado que excede la intención del sujeto que infringe una norma penal, es de

cir, en el elemento culposo que indefectiblemente se destaca en un ilícito preterintencional, sin embargo creemos que a pesar de ser recomendable el que sea insertada esta característica con fines ilustrativos; no es indispensable que se contemple en dicho precepto legal, en la inteligencia de que es sencillo inferir que así, - se manifiesta el sentido de esta circunstancia atenuante del artículo 9º., del Código Penal de España, como ya se explicó en líneas que a ésta preceden.

Sin embargo, y muy a nuestro pesar, en la generalidad - de los fallos emitidos por el Tribunal Supremo de España, al través de su jurisprudencia que a este respecto se refiere, impera la tendencia de la responsabilidad meramente objetiva; imputando al agente en algunas ocasiones inclusive, el efecto más grave que el deseado, que sobrevino a causa del caso fortuito. Siendo lo anterior del todo inadmisibles, dado el sentido que se deriva de la interpretación de la transcrita atenuante 4a., del artículo 9º., -- creando con ello una antinomia jurídica, ya que se encuentran en - sentidos opuestos la referida atenuante y la jurisprudencia que se ha emitido con respecto a este particular.

El tratadista español Julián Pereda, fustiga severamente la postura que admite el Tribunal Supremo de España, cuando emite fallos en tratándose de este aspecto en particular; y para llevar al cabo lo anterior se sirve de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el año de 1876, cuyos hechos fueron los siguientes: "Una pobre mujer, que solía llevar sobre sus hombros ligeros cargas de brezo y ramas, se encuentra con niños de siete a doce años que la molestan todos los días y tiran de las ramas, no dejándola en paz. Cansada de sufrirlos, conió un día una pequeña piedra y la tiró contra el grupo de chiquillos. Por desgracia -- dio en la cara de uno de ellos y le causó una ligera erosión, que ni por la región que ocupaba, ni por los órganos lesionados, ofre

cía gravedad alguna; pero presentóse el tétanos y el niño murió a los pocos días" (66).

Julián Pereda considera que este caso está investido inquestionablemente de caso fortuito, razón por la cual, al punirse - de esta manera se está en presencia de la abominable responsabilidad objetiva, ya que se imputa en este supuesto, un homicidio doloso al agente aun y cuando se reconoce la ausencia total de previsibilidad de tan grave efecto (67).

Claro está, que no todos los fallos emitidos por el Tribunal Supremo de España mantienen la misma dirección equívoca que - desvirtúa lo ordenado por la atenuante en comento; la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo con fecha 8 de julio de 1933, se - expresó en los siguientes términos: "No son imputables al agente a aquellas consecuencias que revelan de modo inequívoco haber obedecido a situaciones no sólo no previsibles para el reo, sino extrañas totalmente a sus propósitos y debidas particularidades específicas de la víctima; por lo que debe reducirse la responsabilidad del culpable al resultado que naturalmente y en condiciones normales, se - hubiese producido como efecto directo e inmediato de su actuación - dolosa" (68). Lo cual es significativo y loable, ya que verdaderamente atiende a los principios rectores de la culpabilidad, como lo son la previsibilidad y la intencionalidad que de guisa subjetiva - en el agente que transgrede un ordenamiento penal intervienen.

El notable jurista español, a pesar de mantener una concepción errada en cuanto a la preterintención concierne, no deja de loar la interpretación que se otorga a esta atenuante, ya que nos -

(66) Cfr. *Ibidem.* p. 303.

(67) Cfr. *Idem.*

(68) CUELLO CALÓN, Dugenio. *Ob. cit.* Parte General. p. 312.

comenta el maestro que: "Conforme a esta racional doctrina que marca una nueva orientación, el agente sólo responderá de las consecuencias previsibles de su acto y no ajenas a sus propósitos" (69).

Es importante resaltar que en este caso, no se presenta una mixtura de dolo y culpa, ergo tampoco la preterintención; pero sí se observa la alianza de dolo y caso fortuito, y toda vez que este último es imprevisible para el agente, no se puede imputar el resultado más grave que sobrevino accidentalmente, dando con esto pauta a la adopción de un criterio correcto en cuanto a la preterintencionalidad.

La generalidad de criterios sustentados por el Tribunal Supremo, afirman que no se debe aplicar la atenuante en análisis, - en aquellos delitos cuya calificación y punición, no mantienen una relación con el mal ocasionado, ni en aquellos que no tienen más límites que la voluntad e intención del agente; lo cual nos parece -- por demás obvio. Lo que resulta inaceptable es que a pesar de contar con la atenuante 4a. del artículo 9º. del Código de 1944, el Tribunal Supremo de España, siga manteniendo en muchas de sus sentencias el criterio de la responsabilidad objetiva, soslayando el verdadero espíritu de la mencionada circunstancia atenuante.

Hacemos hincapié en que los ejemplos aquí citados, no corresponden a la época del vigente Código Penal español, sin embargo y dada la trayectoria que ha contemplado esta circunstancia atenuante en el devenir jurídico de aquel país, no afecta en lo absoluto - ni su validez, ni su relevancia que mantienen en la presente exposición.

(69) Cfr. *Ibidem*.

Como corolario de lo ya expresado, queremos resaltar la disimilitud existente entre la actual atenuante 4a, del artículo - 9º. del Código en estudio, y la jurisprudencia que a este respecto ha emitido el Tribunal Supremo de España, lo que a nuestro parecer es consecuencia de una errónea interpretación y consideración de la mentada circunstancia atenuante que a nuestro parecer, constituye propiamente la preterintencionalidad.

B). La preterintención en Argentina.

En este país, nuestra figura jurídica no ha mostrado la evolución que los juristas desean, toda vez que en algunos códigos en materia penal ya abrogados, se contempla la preterintención de guisa genérica, esto es, se acepta a ésta como una manera de actuar típica y antijurídicamente, sin embargo en el Código Penal de Argentina vigente, ya no se contempla la preterintencionalidad bajo esta apreciación, sino aisladamente en determinados ilícitos -- que pueden equipararse a la figura jurídica en comento. En seguida se expondrá sucintamente la secuencia que ha guardado la preterintención en este país hasta la época actual, obvio es, con sus respectivos comentarios pertinentes en cada caso específicamente.

En tratándose de la legislación argentina, en el ámbito penal, tanto el Proyecto Tejedor, como el Código de 1886, al avocarse a normatizar sobre la preterintención, basaron su apreciación en la establecida en el Código Penal de Baviera⁽⁷⁰⁾, claro está que en la legislación penal de 1886 se considera desde una perspectiva más técnica; no obstante de que tilda a la conducta preterintencional de dolosa, en virtud de servir de excusa ordinariamente a los delincuentes; se establecía en su artículo 89, inciso 3º. una atenuante, cuyo precedente lo encontramos en la legisla---

(70) Véase supra. p. 13.

ción española y cuyo tenor era así: "No haber tenido el delincuente la intención de causar todo el mal que produjo", incurriendo la referida codificación en grave contradicción, ya que por una parte mantuvo la postura abominable de la responsabilidad objetiva y por la otra reconocía como motivo de aminoración en la punición a la preterintención, demostrando así su poco acertamiento en lo atinente a este punto.

Posteriormente observamos, en los textos legales de Argentina, que al establecer legiferadamente la preterintención, se aprecia a ésta con un sentido más depurado, mas no correcto del todo, así en el Proyecto Coll-Gómez que data del año de 1937, en su numeral 4º., se refiere a tan interesante figura al establecer que "El delito es preterintencional, en los casos especialmente determinados por la ley, cuando el resultado excede a la intención que se tuvo al ejecutarlo, si el medio empleado no debió razonablemente producirlo"⁽⁷¹⁾. Pero como es fácil denotar, el precepto --- transcrito, omite absolutamente el aspecto fáctico de previsibilidad que debe estar contenido en el resultado más grave no deseado por el agente, presentando con esto, una falla que es justificable si se considera que su antecedente inmediato, esto es, el Código - de Italia de 1930, adolece del mismo error.

Asimismo el artículo en referencia, hace alusión taxativa al medio empleado como pauta para determinar la intención dolosa o la conducta culposa en su caso, que tuvo el agente en su proceder típico y antijurídico, cuestión que a nuestro particular parecer carece de relevancia en la determinación de un ilícito cuyo efecto excede a la intención del agente, aspecto éste, que expron--

(71) Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. V. n. 107.

dremos líneas abajo (72).

Ahora bien, como ya se adelantó, en el Código Penal argentino vigente, desafortunadamente no se cuenta con un precepto - que enfoque de guisa global a la institución penal en análisis; - postura que no deja de extrañarnos, si se considera que este país ha guardado desde antaño una reconocida posición en cuanto a nuestra materia concierne. Mas no por ello deja de atender los ilícitos preterintencionales; en efecto la codificación argentina positiva que data del año de 1921, aborda en algunas normas jurídico-penales la preterintencionalidad, no de manera expresa, pero que - difícilmente puede inadvertirse la reputación que con esta guarda, y son precisamente estos ilícitos los que ensequeida se exronen:

a). Homicidio preterintencional. Dentro del Código Penal de Argentina en vigor, encontramos como supuesto, el homicidio que presenta las características de la figura materia de esta exposición; y lo encontramos precentuado en el artículo 81, inciso 1º. b), que reza así: "Se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años: ...Al que con el propósito 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" (73).

Es pertinente resaltar que la legislación argentina vigente, en lo relativo a este delito en específico, aún no ha honrado salvar el vestigio de recurrir al medio empleado en la comisión de una transgresión al orden jurídico, apreciación que nos parece intrascendente, además de propender al desacierto jurídico.

(72) Consultar infra. n. 189 y ss.

(73) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 109.

La jurisprudencia argentina en relación a este punto en particular, hace alusión a dos aspectos claramente distinguibles, el primero se refiere al aspecto externo de la conducta preterintencional, es decir a la configuración de la prueba que determina que este actuar ilícito - sustenta las características que la misma ley asienta; el segundo, que pudiera catalogarse de interno, acude de guisa más acertada, en tratándose de la preterintencionalidad propiamente, a la posibilidad fáctica de previsibilidad de originar un resultado más grave - al deseado, por parte del sujeto que con su conducta lesiona un interés jurídicamente tutelado, en la inteligencia de que si concurre esta característica en una conducta típica y antijurídica se pueda imputar adecuadamente este daño excedente del proceder doloso.

En cuanto al aspecto externo, la citada jurisprudencia establece como presupuestos para la configuración de la preterintención los siguientes: 1). que haya querido producir un daño - en el cuerpo o en la salud que llegó a la muerte; 2). que el arma empleada no pueda razonablemente producir el mal causado. Respecto al aspecto interno, algunos tribunales argentinos en sus fallos relacionados con nuestra figura penal, adoptan un criterio que nosotros aprobamos, puesto que para calificar de preterintencional un homicidio atienden al aspecto subjetivo que tuvo lugar en el agente; en este sentido encontramos una sentencia que se dictó en 1938 - en la ciudad de Rosario, la cual sostuvo que "las figuras preterintencionales no son otra cosa que figuras delictivas complejas en las cuales dos hechos, doloso el uno y culposo el otro, se funden en una sola pena"⁽⁷⁴⁾. Con lo cual se abandona de manera total el principio de responsabilidad objetiva asimismo no pretende denunciar al través del medio empleado la voluntad ilícita del sujeto que transgrede una norma jurídica.

b). Aborto seguido de muerte. Otro delito en parti-

(74) Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 111.

cular que se reputa como preterintencional, dentro de la codificación penal vigente en Argentina, es el que establecen los incisos 1º) y 2º)., del artículo 85, ya que éstos preceptúan que el máximo de la sanción aplicable al responsable de practicar un aborto -seguido de la muerte de la mujer, ascenderá hasta seis o quince años de prisión, de acuerdo a la circunstancia de ausencia o presencia del consentimiento de la mujer en quien se practicó el aborto.

c). Violencias causantes del aborto. Esta figura -- que está impregnada de preterintencionalidad la encontramos en el Código Penal argentino de 1921, en su numeral 87, el cual es del siguiente tenor: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fue re notorio o le constare"⁽⁷⁵⁾.

Aunque en preceptos separados, la legislación argentina se ocupa en este caso de delitos preterintencionales, a los cuales vamos a referirnos conjuntamente por presentar aspectos comunes.

Consideramos que en ambos supuestos se está en verdaderos ilícitos preterintencionales, a pesar de que en el aborto seguido de muerte, se tutelan dos bienes jurídicamente diferentes como lo son el demográfico y la vida respectivamente; asimismo en las violencias causantes de aborto los bienes protegidos no presentan paridad, puesto que por una parte es la integridad física y -- por la otra lo es un interés demográfico; sin embargo, es sencillo inferir que existe en ambos supuestos una intención y conducta dolosa bien definidas en su inicio, no obstante, el agente con su actuar traspasa el resultado por él previsto y aceptado, lesionando intereses jurídicamente diversos a los primeramente procurados, ob

(75) Cfr. *Ibidem.* p. 115.

servando que existe una progresión lesiva sobre la misma línea, es to en virtud de que la transgresión inicial se agrava dentro del mismo género de intereses jurídicos; en la inteligencia de que cada uno de los bienes ya enunciados, guardan directa relación con uno en común y superior a todos, como es el caso de la persona física.

A este respecto, la jurisprudencia de Argentina contempla en el mismo sentido a ambos preceptos legales, es decir, observa y comprende como preterintencionales estos delitos, claro está, en sendas jurisprudencias.

Interesantes resultan a este particular los fallos emitidos en Argentina, y que cita Luis Jiménez de Asúa en su obra; - transcribimos en primer término una sentencia a este respecto del 14 de diciembre de 1943; posteriormente el voto de García Zavalía en un caso referente a los preceptos de la ley penal argentina.

"El artículo 87 del Código Penal a pesar de que algunos autores lo catalogan indebidamente como aborto culposo, se remite a un hecho calificado por el resultado: violencia a la que sigue el aborto, sin el propósito de causarlo y siendo notorio o conocido el embarazo. 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" (76).

"El acusado al prestar declaración indagatoria confiesa haber aplicado a la víctima un puntapié en sus órganos genitales, que le ocasionó una fuerte hemorragia, lo que a su vez le provocó un aborto traumático, como se acredita con los informes médicos --

(76) Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 116.

agregados en estas actuaciones. Es indudable que la intención - del inculpado fue la de castigar a su esposa, a raíz de ciertas - desavenencias conyugales y para ello ejerció violencia y sin que - rerlo ocasiona un aborto, consecuencia ésta que pudo y debió pre - ver, ya que dada su condición de marido que vivía bajo el mismo - techo, debió necesariamente conocer el estado de gravidez de la - cónyuge ofendida. Debe, en consecuencia, responder por el deli - to de aborto en los términos del artículo 87 del Código Penal" (77).

Es pues obvio, que no obstante la diversidad de intere - ses jurídicamente tutelados que se lesionan al efectuarse cuales - quiera de estas hipótesis legales, se trata de delitos preterinten - cionales, amén de presentarse tanto una progresión lesiva en un - interés común superior, así como se da dolo y culpa mixtos en una sola conducta y resultado típicos y antijurídicos.

Incluido en el Código Penal de Argentina, se encuen - tran además otras normas que en específico se refieren a delitos preterintencionales, y que agotarlos sería tarea tediosa y redun - dante, por lo que sólo enunciaremos algunos, con fines meramente ilustrativos: las lesiones gravísimas; abandono de personas con daño corporal o muerte, violación o estupro con resultado de muer - te de la persona violada; entre otros casos similares.

C). La preterintención en Uruguay.

En Uruguay merece mención especial el notable tratadis - ta José Irureta Goyena, quien además de mantener a nuestra consi -

(77) Idem.

deración un acertado criterio al abordar nuestra figura jurídica (78), es quien elaboró el vigente Código Penal de este país.

Pues bien, Irureta Goyena al redactar el susodicho Código, infiere a la preterintención como un aspecto de la culpabilidad concretamente, ya que en su exposición de motivos que lo conllevan a concebir así a la figura jurídico-penal en comento, este escritor nos dice: "1°. Doy en el proyecto una definición, la que me ha parecido más científica, de la Intención, la Ultraintención y la Culpa. 2°. Asími lo la previsión del resultado, como hecho posible a la intención; y la previsión, como hecho imposible, a la culpa; poniendo término, por medio de la ley, a un debate doctrinario de difícil liquidación" (79).

Cabe resaltar que este jurista, otorga a la previsibilidad un sitio relevante para la determinación de la existencia de dolo, culpa o bien, preterintención, explicando que cuando la previsión tuvo lugar en el agente, éste actúa dolosamente; y cuando no se dio, pero factiblemente tuvo que haberse dado (por así decretarlo la ley), se está en presencia de culpa, dentro de la comisión de un delito. Lo que nos da pauta para la correcta disposición de nuestra figura jurídica, en la inteligencia de que cuando en un actuar que transgrede un ordenamiento penal, existe la previsión y aceptación de un determinado resultado, pero sobre viene además un efecto más grave que pudo preverse, mas esto no sucedió; efectivamente afirmamos que el agente ha perpetrado un delito preterintencional.

(78) En el país de referencia, tanto en la codificación penal prevaiente, como en la doctrina jurídica dominante, se utiliza la denominación ocupada por Carpozio (Cfr. supra. p. 2.), es decir, en tratándose de la preterintención propiamente, se emplea la locución "ultraintención".

(79) Citado por Jiménez de Asúa. Tratado... Ob. cit. Vol. VI. p. 127.

Veamos ahora lo que nos dice el Código Penal uruguayo - vigente, en tratándose de la preterintencionalidad. En el artículo 18 hallamos la definición de esta clase de ilícitos al establecer que éstos existen "cuando el resultado excede de la intención siempre que tal resultado haya podido ser previsto"⁽⁸⁰⁾.

Agreguemos a guisa de corolario, que el código en cuestión, en lo relativo a la preterintención, se mantiene con su estructura, al nivel de los más trascendentes, puesto que ubica y define correctamente a la institución penal que nos ocupa, atendiendo a su conformación.

D). La preterintención en Cuba.

En el artículo 20 del Código Penal cubano, se encuentra definida la preterintención como "la concurrencia en un mismo acto del dolo y la culpa"⁽⁸¹⁾.

Aceptamos la definición que profiere en lo atinente a este respecto el Código de Cuba, con la reserva y aclaración que deben ocurrir en este supuesto, las características que ya hemos expresado y con las cuales hemos distinguido a nuestra figura jurídico-penal.

Estimamos inútil el análisis que realiza el jurista cubano Miguel A. D'Estefano Pisani, cuando se avoca a la búsqueda de los delitos en los que la preterintencionalidad tiene cabida, ya que este estudio sería justificable si su codificación penal adoleciera de una definición y referencia genérica, como lo es el caso de la legislación de Argentina ya comentada. Por lo demás concor

(80) Idem.

(81) Citado por D'Estefano Pisani. El Delito Preterintencional. Ed. Forum. Cuba 1953, p. 23.

damos nuestro criterio con el del maestro D'Estefano, cuando comenta el transcrito artículo 20 del Código Penal de Cuba, ya que admite que en un ilícito preterintencional "se aprecia la comunión de dolo y culpa dentro de una misma conducta delictiva, que deriva en un resultado superior previsible"⁽⁸²⁾. Es pues tangible cómo el maestro D'Estefano, corrobora nuestro criterio en lo que a este aspecto concierne, asimismo, pasa posteriormente a esclarecer la participación de dolo y culpa en una conducta preterintencional al decir "En el delito preterintencional hay un acto inicial del a gente que es doloso, por que aquél se propone causar un mal a su víctima (acto querido), pero ese elemento subjetivo de toda transgresión penal, que es el dolo, no se mantiene de modo constante -- hasta llegar al resultado dañoso, pues concurre luego en segunda parte, la culpa (acto no querido)..."⁽⁸³⁾.

Con lo anterior damos por concluida la exposición de la preterintencionalidad en Iberoamérica en general, para pasar a su análisis en particular considerando el caso exclusivo de México, - en la inteligencia de que este país denota extrema relevancia dentro de la presente obra.

(82) Ob. cit. p. 143 y ss.

(83) *Ibidem.* p. 145.

5.1. Caso de México antes de la Reforma
al Código Penal en 1934.

En México, dentro del Código Penal para el Distrito Federal, hasta el 13 de enero de 1984, no se contemplaba en su parte general, un precepto que estableciera o definiera a la preterintención expresamente, lo anterior a pesar de que destacados tratadistas la reconocían y estudiaban ya con antelación, asimismo algunas legislaciones punitivas estatales ya normatizaban a este respecto, y sobre todo que nuestro ordenamiento penal tuvo su inspiración, - como de todos es conocido, en el Código Penal italiano de 1930, - que como ya se aseveró, en su artículo 43 hace alusión a la figura jurídica en comento.

Ahora bien, como consecuencia de esta deficiencia implícita en la referida codificación, la generalidad de escritores de esta materia en nuestro país, pretendieron encontrar o equiparar a la preterintención propiamente, en la presunción legal de dolo -- que se establecía en nuestra legislación penal hasta la fecha ya asentada, enmarcada en el artículo 9º. del Código Penal para el Distrito Federal.

En aquel artículo 9º., en lo conducente se decretaba:

"Artículo 9º. 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:

II. ... Si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; ..."

A nuestra consideración, no debemos analizar desde ningún ángulo a la preterintencionalidad con la presunción legal de dolo insertada en la fracción II del artículo 9º., del Código Penal para el Distrito Federal antes de la reforma a éste en 1974.

Como es fácil apreciar, el fragmento de la fracción citada determina dos supuestos, el primero de ellos se refiere a si el agente previó la consecuencia de su conducta ilícita, lo cual no proporciona problema alguno, en la inteligencia de que se estaría aquí en un actuar simplemente doloso; el segundo hace referencia expresamente a la posibilidad de prever (previsibilidad) que -- fácticamente se pudo presentar en el agente, con respecto al resultado de la acción u omisión que transgrede el ordenamiento punitivo, pero la característica de que este efecto ordinariamente prosigue a la realización de la conducta típica y antijurídica, además de estar al alcance común de cualquier persona. Si se asegura -- que susodicha consecuencia se presenta al entendimiento próximo de la generalidad de la gente, y que definitivamente pudo ser prevista por cualquier sujeto, entonces nos debemos remitir a la culpa - inconsciente⁽⁸⁴⁾, para de esta manera otorgarle su sitio correctamente; mas en ningún caso de los preceptuados, debemos asimilar a nuestra figura jurídica, ya que en el primer supuesto hallamos un proceder doloso y en lo atinente al segundo, se observa una conducta culposa inconsciente, sin embargo no encontramos a éstos dos en una sola acción u omisión de guisa conjunta, ergo no es posible -- configurar un delito preterintencional acudiendo al artículo 9º. y atento a su fracción II, en virtud de no suscribir este precepto - las características que sustentan la figura jurídico-penal materia de la presente exposición.

(84) Cfr. infra. p. 128 y ss.

En otro orden de ideas y con el propósito de confirmar - lo aseverado, a continuación mencionamos una jurisprudencia relativa a este particular: "Los delitos preterintencionales no pueden calificarse como culposos, ya que ambas figuras difieren sustancialmente en lo que se refiere a la existencia del elemento moral del daño, pues en tanto que en los primeros la determinación de la voluntad es en orden especial, de propósito lesivo, aun cuando no a la intensidad del daño final, muy difícil de prever, en los delitos de imprudencia el daño se realiza en ausencia de esa determinación volitiva. Aunque la preterintencionalidad no destruye la presunción de intencionalidad, el juez, para aplicar la penalidad en uso de su arbitrio, debe tomar en cuenta el propósito del agente. Se dice que un delito es preterintencional cuando la representación mental de él, que se hizo el agente antes de cometerlo, no estuvo de acuerdo por exceso o por defecto, con la realización exterior del mismo. El dolo eventual se da cuando el activo tiene la representación ideal o previsión de que pueda producirse el daño" (85). Aceptamos pues, el criterio sustentado en este fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no admite la reputación de los delitos preterintencionales con los culposos, naturalmente porque para ser factible la realización de aquel tipo de ilícitos, se precisa la comunión de dolo y culpa en un sólo actuar típico y antijurídico. Asimismo estimamos del todo errónea la presunción legal de que quien ha cometido una lesión a un interés tutelado jurídicamente de guisa culposa, se le imputase presuntamente este ilícito a título de dolo, creando así una antinomia bastante crasa, ya que toda transgresión efectuada al Código Penal para el Distrito Federal, anticipadamente ya estaba tildada de dolosa. A este respecto el tratadista mexicano Ricardo Abarca, muy acertadamente profiere que al establecerse estas hipótesis en nues

(85) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado. F.A. Porrúa, México 1983. p. 39.

tro artículo en referencia "no queda lugar para la aplicación de las sanciones a los delitos de imprudencia, pues todos los delitos resultan intencionales" (86).

Atento a lo expresado, resulta evidente la disimilitud prevaeciente entre la fracción II del artículo 9°. contenido en nuestro ordenamiento penal para el Distrito Federal, hasta la mencionada reforma, tanto en su aspecto estructural (culpa inconsciente), como en su apreciación punitiva al considerarla presuncionalmente como dolo; ahora bien, los juristas que intentaban ubicar -- dentro de este precepto legal a la figura jurídica en comento se encuentran en un error técnico, toda vez que si el legislador hubiese deseado contemplar dentro de nuestra codificación, susodicha figura jurídico-penal, se habría establecido y reconocido a ésta expresamente y no veladamente, además de estar insertada en un sitio inapropiado como lo es dentro de la presunción legal de dolo en la comisión de un ilícito.

Asimismo resulta a nuestra consideración una rostura de satinada la mantenida por el Código Penal para el Distrito Federal hasta la fecha ya aludida, dado que en diversas legislaciones estatales y proyectos de Códigos para determinados Estados de nuestro país, ya incluían correctamente a la preterintención en cuanto a su definición y delimitación metodológica no manteniendo este acierto en tratándose de la punición a esta clase de delitos. Nos remitimos ahora, a referir algunas de ellas para ilustrar y concordar lo preceptuado por éstas con lo asentado a este particular de acuerdo a nuestro pensar.

(86) ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México. Ed. Jus. México 1941. pp. 219 y 220.

Dividiremos el presente análisis, desde un punto de vista geográfico, para observar así, que la preterintencionalidad comprendida en legislaciones estatales, no abarca un sitio o región exclusivamente en nuestro país. En cuanto al norte, denotamos -- que el Código Penal para el Estado de Sonora en su artículo 6°. admite los delitos preterintencionales al establecer lo siguiente:

"Artículo 6°. Los delitos pueden ser:

III. Preterintencionales.

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".

En lo que a esta codificación respecta, consideramos -- que es adecuada la definición que establece en lo atinente a la figura en estudio.

En tratándose del centro de nuestro país, acudimos al - proyecto del Código Penal para el Estado de México que igualmente contiene en una norma específica la conceptualización de esta finura jurídica. Así el artículo 6°. era del siguiente tenor:

"Artículo 6°. Los delitos pueden ser:

III. Preterintencionales.

Es preterintencional, cuando el daño causado es mayor - que el querido, por el agente, sin haberlo previsto, siendo previ-sible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se pro-duciría".

En lo que a este proyecto corresponde, manifestamos -- nuestra abierta desavenencia en lo relativo al último supuesto, esto es, cuando se asevera que existe preterintencionalidad cuando -

el agente previó el resultado, sin embargo, éste abrió la esperanza de que el efecto más grave no sobrevendría; aceptando dentro de nuestra figura penal la culpa consciente o con previsión, postura que nosotros desechamos de antemano, y que en líneas más adelante expondremos como es menester (87).

Ahora bien, el vigente código para este Estado, observa en su artículo 7°. a los ilícitos preterintencionales, al prece-
tuar:

"Artículo 7°. Los delitos pueden ser:

III. Preterintencionales.

El delito es preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado".

Denotamos que aunque la vigente codificación punitiva - para el Estado de México mejora su conceptualización a este respecto no logra perfeccionarla, en virtud de emplear un aspecto probatorio, como lo es el medio empleado, para delimitar a la preterintención, punto que es irrelevante e innecesario una vez que se establecen como presupuestos de esta clase de ilícitos, el dolo y la culpa concurrentes en una misma conducta delictiva.

Por último, en el sur de los Estados Unidos Mexicanos, citaremos el ordenamiento penal veracruzano vigente desde el año de 1948, en cuyo artículo 6°. conceptualiza la preterintención de guisa idéntica a la instituida en el Código del Estado de Sonora,

(87) Consultar infra. p. 136 y ss.

por lo que vale para aquella, el comentario proferido en lo conducente al Código de Sonora.

Por lo que toca a la punibilidad que los Códigos referidos, infligen a la figura jurídico-penal en comento, es notable -- que la generalidad, excepto el Código Penal para el Estado de México en vigor, deleguen al juez que conoce de un delito preterintencional, la facultad de sancionarlo conforme a su prudente arbitrio concediendo con ello, la posibilidad de que se castigue al agente responsable de un ilícito de esta naturaleza, de acuerdo a la postura que se sigue al punir una conducta típica y antijurídica, culpablemente dolosa; en la inteligencia de no establecer una sanción aplicable específica y únicamente a los delitos preterintencionales. Ahora bien, es plausible el criterio que adopta el Código Penal del Estado de México vigente, en lo que a este renglón concierne, ya que éste sí determina una sanción aplicable particularmente a este tipo de ilícitos al preceptuar en su artículo 66 que "Al responsable del delito preterintencional, se le aplicarán hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería si el delito hubiese sido doloso".

Es pertinente hacer la aclaración, que en el Proyecto del Código Penal para el Distrito Federal de 1958, sí configuraba como un tipo concreto de delito, el preterintencional, ya que su artículo 8°. rezaba del siguiente tenor:

"Artículo 8°. Los delitos pueden ser:

III. Preterintencionales

Son delitos preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría".

Como se observa, este proyecto, incluyó a la culpa cons
ciente como supuesto en la configuración de los delitos de esta es
pecie, al igual que lo hizo el Proyecto del Código Penal para el -
Estado de México, luego entonces son asimismo atribuibles los co-
mentarios expresados a este respecto, al proyecto punitivo del Es-
tado de México, ya analizado.

Fue ésta la situación que imperó en el ámbito jurídico-
penal en lo atinente a los delitos preterintencionales, hasta que
de guisa legiferada se adoptó en nuestra codificación punitiva pa-
ra el Distrito Federal, el 13 de enero de 1984; con lo cual agota-
mos la referencia teórica y legislativa propuesta a desarrollar en
el presente capítulo⁽⁸⁸⁾.

(88) Cfr. supra. p. 30 y ss.

CAPITULO III.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCION.

SUMARIO.

1. El dolo en la comisión de un delito.
2. El delito doloso en nuestra legislación.
3. La culpa en el delito.
4. El delito culposo en nuestro Código Penal.
5. El delito preterintencional.
 - 5.1. El dolo dentro del delito preterintencional.
 - 5.2. La culpa en el delito preterintencional.
 - 5.3. El delito preterintencional como "sui generis".

CAPITULO III.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCION.

El delito preterintencional, precisa para su integración como ya antes lo hemos aseverado, de la concurrencia indefectible, tanto del dolo, como de la culpa en una sólo conducta (acción u omisión) típica y antijurídica; pues bien, en este capítulo abordaremos un sucinto estudio de uno y otro, así como su peculiar participación dentro de un ilícito cuyo efecto excede a la intención y previsión del agente; estableciendo asimismo que la figura jurídica materia de la presente obra, contiene características que la distinguen de ambas formas de culpabilidad, haciendo a ésta, una institución "sui generis", fácilmente diferenciable de aquéllas, - con lo cual es menester conferirle una ubicación y reconocimiento autónomos, dentro de la clasificación de delitos que estatufa anteriormente el artículo 8º., esto es, intencionales y no intencionales o de imprudencia, y que con la reforma a nuestra codificación punitiva para el Distrito Federal ocurrida en 1984, se agrega a la tradicional concepción de grados o formas de culpabilidad, a saber dolo y culpa. Lo anterior con la finalidad de obtener una perspectiva de suyo adecuada, además de aclarar y determinar su posición frente a las otras formas de culpabilidad.

1. El dolo en la comisión de un delito.

En la comisión de un delito, necesariamente deben intervenir en la conducta que infringe un determinado precepto legal, - la tipicidad por una parte y la antijuridicidad por la otra, amén de intervenir asimismo la culpabilidad, claro está, desde una presentación positiva respectivamente, en la prelación lógica del delito.

Una conducta para ser delictiva, ha de ser típica, entendiendo por tal, la adecuación o encuadramiento que ésta rinde a la descripción o enunciación que efectúa la ley penal a guisa de hipótesis normativa. Es correcta la conceptualización que con respecto a este particular nos proporciona el maestro Celestino Forte Petit, quien nos dice que la "tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula nullum crimen sine tipo" (89).

Ahora bien, no consideramos que sea la ley, quien realiza la creación de los delitos existentes en una determinada legislación punitiva, sino que susodicha ley, sólo reconoce y sanciona una conducta que está encaminada en la senda contraria al bien común u orden jurídico que el Derecho resguarda, vía codificaciones legisladas.

La conducta delictiva, también debe estar investida de antijuridicidad, que conforma el elemento externo del ilícito.

Así encontramos que Cuello Calón entiende que la antijuridicidad "presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.

Tal es el juicio de carácter objetivo, por sólo recaer

(89) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Ed. Veracruzana. México 1946. p. 37.

sobre la acción ejecutada" (90).

Esta conceptualización denuncia, como la mayoría que a este respecto se han proferido, que imbuida en la antijuridicidad necesariamente está inmanente una oposición, un antagonismo hacia lo preestablecido por un ordenamiento legal; tal vez sea consecuencia lógica de que el término antijuridicidad, se integra inicialmente por el prefijo "anti", que denota contrariedad, disimilitud, encauzadas hacia lo jurídico, a lo legal. Pero aquí, hacemos hincapié al afirmar nuevamente que la ley no es quien crea los delitos, sino su finalidad es únicamente reconocerlos y sancionarlos; en la inteligencia de lo que se transgrede mediante una conducta delictiva, son las normas positivas de cultura, es decir, aquellas reglas o mandatos que una determinada sociedad organizada, impone a sus individuos con el objeto de salvaguardar sus intereses, que son comunes a sus miembros; y que en todo caso están tutelados y protegidos por el Derecho al través de legislaciones establecidas por el Estado.

Es por tanto, que aunamos nuestro criterio, al emitido por el maestro Carlos Binding, cuando en su concepción de la antijuridicidad expresa que: "la norma crea lo antijurídico, la ley - crea lo punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe" (91).

Entendiendo que cuando se refiere a la norma, el tratadista Carlos Binding alude a la norma de cultura ya comentada.

Ahora bien, algunos estudiosos de nuestra materia, consideran a la antijuridicidad, desde un doble aspecto, tal es el ca

(90) Citado por Jiménez de Asúa. La Ley... Ob. cit. n. 284.

(91) *Ibidem.* p. 331.

so del maestro Ignacio Villalobos, quien afirma que en tratándose de la antijuridicidad contenida en una conducta delictiva, debemos observar que: "la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en -- donde da forma tangible a dichas normas" (92).

Resaltando del criterio del jurista en mención, que en referencia a la primera parte de su aseveración, en donde expresa que en la antijuridicidad formal existe una infracción a las leyes establecidas, nuestro criterio es discrepante, toda vez que como -- ya lo asentimos, la oposición y quebrantamiento es a las normas -- que la ley reconoce y sanciona propiamente hablando.

El tratadista Hans Welzel, al abordar el estudio referente a la antijuridicidad, afirma que es necesario distinguir entre lo antijurídico y lo injusto, toda vez que de no hacerlo se -- crearían grandes malentendidos. Nos dice Welzel que la antijuridicidad es "una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre ella y el orden jurídico.

En cambio lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo; la acción antijurídica; la antijuridicidad en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción" (93).

Consideramos adecuada la postura que mantiene el jurista Hans Welzel cuando propone que en el ámbito penal, se utilice --

(92) Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México 1980. n. 49.

(93) Citado por Favón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México 1982. p. 287.

el término injusto, debiéndose omitir el término antijurídico; no obstante para nosotros es innecesaria esta conmutación terminológica en la inteligencia que no proponamos una interpretación gramatical de la antijuridicidad, sino una significación acorde a la lógica jurídica, tal y como ya se aseveró líneas arriba.

Ahora pasaremos a estudiar lacónicamente el elemento -- subjetivo que tiene lugar en el delito, es decir la culpabilidad.

La culpabilidad ha aceptado tradicionalmente dos manifestaciones o acepciones: el dolo y la culpa, y recientemente se ha propuesto como una forma más de culpabilidad a la preterintención, tendencia que aún no ha recibido la acogida que merece, en virtud de la inmovilidad a que en ocasiones tiende el Derecho, como a la pensión de toda teoría a permanecer inalterada.

Por ahora sólo nos ocuparemos del dolo; creyendo que es pertinente aclarar, que omitimos la evolución que esta institución jurídica ha observado al través de su desarrollo dentro del universo del Derecho, esto en virtud de que lo interesante de ésta, en la presente exposición es el estado y concepción con que actualmente se le comprende.

El actuar dolosamente consiste a nuestro parecer, en una conducta en donde el agente conscientemente provoca un resultado típico y antijurídico, que con antelación ha previsto o se ha representado dicha consecuencia lesiva o dañosa a un interés jurídicamente tutelado y la cual ha aceptado y deseado.

Aceptamos asimismo la conceptualización que con respecto al dolo profiere el maestro Luis Jiménez de Asúa, quien expresa que dolo es: "La producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de -

la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (94).

A continuación estudiaremos los elementos que integran al dolo, así como las diversas clases que de éste se reconocen en la doctrina, explicando sólo aquellas que revisten de mayor relevancia jurídica y prácticamente en lo que concierne a los objetivos a desarrollar en las líneas del presente apartado, ya que arrojar la totalidad de clasificaciones propuestas en lo atinente al dolo, sería una tarea además de exhaustiva, superflua, atento a los fines de esta nimia exposición.

A). Elementos del dolo.

Existen diversas teorías que en tratándose de los elementos del dolo existen, algunas consideran sólo aspectos aislados para conformar a éste, ocasionando evidentemente una estructura mutilada de esta forma de la culpabilidad; otras más acertadas acogen una posición ecléctica, al tomar los elementos de las teorías que contemplan de guisa incompleta la estructura del dolo, - tan sólo por considerar que un determinado elemento es el prevalente en el encuadramiento del referido grado de culpabilidad.

Unas teorías estipulan que el aspecto más importante en la conformación del dolo, lo es definitivamente la voluntad (teoría de la voluntad); algunas otras afirman que sin duda, el rasgo preeminente en este grado de culpabilidad, se compone del conocimiento que se tenga del hecho querido (teoría de la representación); y la posición ecléctica que es a nuestra particular -

(94) La Ley ... Ob. cit. p. 298.

consideración la correcta, conjunta a los dos elementos ya referidos, para así determinar que los elementos esenciales del dolo son por una parte la previsión del efecto delictivo, es decir las consecuencias que origina la acción ilícita, y por la otra, la voluntad de causación, es decir la resolución del agente de ocasionar ese resultado típico y antijurídico (teoría de la representación y de la voluntad, en forma vinculada). Ahora bien, agregamos aunque subsidiariamente, un elemento más, que enriquece la técnica psicológica en cuanto a la integración y adecuación del dolo, este punto consiste en el motivo psicológico o determinante, esto es, el móvil que estimula la realización de la conducta y hace deseable la consecuencia, la consecución del fin lejano o remoto; este elemento fue propuesto por Eugenio Florian⁽⁹⁵⁾, y si bien participa secundariamente en la estructura del grado de culpabilidad en mención, denotamos que se presenta ineluctablemente en el agente que efectúa una conducta dolosa.

Por lo anteriormente expresado, es fácil colegir que esencialmente, el dolo sustenta concomitantemente dos elementos, -- que son los siguientes:

a). Un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación, es decir el conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber, y,

b). Un elemento emocional o afectivo, que se traduce en la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

En relación a las teorías que aseveran encontrar en un

(95) Citado por Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México 1987. p. 239.

sólo aspecto segregado, la correcta integración de esta forma de culpabilidad, cabe citar las palabras de Giuseppe Maggiore, para hacer notar el craso error en que incurren al mantener su postura recalcitrante, pues bien el maestro Maggiore nos expresa que: "No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin voluntad es vana. El Derecho no puede prescindir de ninguna de las dos"⁽⁹⁶⁾.

B). Diversas especies de dolo.

En cuanto a las variedades existentes de dolo, se han pronunciado numerosas clasificaciones, en la inteligencia de que cada autor profiere la que a su consideración es la adecuada; motivo por el que nosotros explicaremos únicamente aquellas que presenten mayor trascendencia en cuanto a su factibilidad práctica, omitiendo las que están fundadas en cuestiones inocuas.

Sin duda alguna, una de las clasificaciones más completas en cuanto a las especies del dolo, es la que mantiene el jurista Celestino Porte Petit, quien en su obra formula la siguiente catalogación:

- "a). En cuanto a su nacimiento:
 - 1). Dolo inicial o precedente.
 - 2). Dolo subsiguiente.
- b). En cuanto a su extensión:
 - 1). Dolo determinado.
 - 2). Dolo indeterminado.

(96) Cfr. *Ibidem*, p. 238.

c). En cuanto a las modalidades de la dirección:

- 1). Dolo directo.
- 2). Dolo eventual.
- 3). Dolo de consecuencia necesaria.

d). En cuanto a su intensidad:

- 1). Dolo genérico.
- 2). Dolo específico.

e). En cuanto a su duración:

- 1). Dolo de ímpetu.
- 2). Dolo simple.
- 3). Dolo de propósito.

f). En cuanto a su contenido:

- 1). Dolo de daño.
- 2). Dolo de peligro.
- 3). Dolo de daño con resultado de relieve.

g). En razón de su categoría:

- 1). Dolo principal.
- 2). Dolo accesorio.

h). En razón de su realización:

- 1). Dolo posible.
- 2). Dolo real⁽⁹⁷⁾.

Ahora bien, como lo indicamos, solamente exponemos aquellas clases de dolo de mayor importancia, en atención a los objetivos del presente apartado, no entendiéndolo con ello que las no estudiadas carezcan en todo caso de relevancia y consideración en

(97) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Vol. II.
Ed. Porrúa. México 1979. p. 231.

la ciencia jurídica.

Primeramente nos ocuparemos del dolo genérico, el cual - consiste en la intención dañosa, común a la mayoría de los delitos establecidos en una codificación penal, cabe aclarar que esta especie de dolo se presume de pleno derecho, motivo por el cual no precisa de prueba.

En cuanto al dolo específico, cabe hacer notar que se -- constituye mediante la intención dañosa especial, la cual debe estar taxativamente consignada en la ley penal, a manera de presupuestos para considerar efectuada una determinada conducta típica y antijurídica; esta clase de dolo, debido a su particularidad no se debe presumir, teniendo que ser probado el dolo, o los presupuestos expresamente establecidos por la codificación punitiva

Por cuanto hace al dolo directo, éste se presenta cuando en el agente, se da la representación del resultado típico y antijurídico y además lo desea; se observa que existe en el agente voluntad en la conducta o querer del resultado. A mayor abundamiento, el resultado delictivo coincide con el propósito deseado por el agente.

El tratadista Eugenio Cuello Calón, establece que se entiende por dolo directo: "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o -- los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente"⁽⁹⁸⁾.

En lo que respecta al dolo de consecuencia necesaria, es el maestro argentino Jiménez de Asúa, quien se encarga de elucidar

(98) Ob. cit. Parte General. p. 375.

este punto, al afirmar que en esta clase de dolo "la producción de sus consecuencias no es aleatorio sino irremediable"⁽⁹⁹⁾.

Esta especie de dolo es reconocida por el maestro Ignacio Villalobos, con la salvedad de que lo nombra indirecto, existiendo una correspondencia y concordancia entre ambos asertos⁽¹⁰⁰⁾.

El dolo indeterminado, se presenta cuando el agente posee una intención imprecisa de delinquir, sin proponerse concretamente perpetrar un delito en particular o determinado.

Por último abordaremos el dolo eventual en el cual se propone a desarrollar una conducta delictiva determinada y prevista con antelación, además de existir ciertamente la suposición de que es factible el ocasionar un daño consecutivo, es decir otro resultado diverso del previsto y querido, pero sin la voluntad positiva de originar este último resultado. Nos dice el mismo Villalobos que se va a estar en presencia de dolo eventual "cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial"⁽¹⁰¹⁾.

(99) La ley... Ob. cit. p. 294.

(100) Ob. cit. p. 372.

(101) *Ibidem.* p. 373.

2. El delito doloso en nuestra legislación.

El Código Penal para el Distrito Federal, hasta la reforma que se le efectuó en 1984, únicamente comprendía a las tradicionales formas de culpabilidad, a saber dolo y culpa, que como ya antes se indicó⁽¹⁰²⁾, permanecieron insertas en el artículo 8º., con la denominación de delitos intencionales y no intencionales, o de imprudencia respectivamente. Ahora bien, en la fracción I de suso dicho artículo, se reconoció a los delitos intencionales, que la doctrina identifica con el nombre de dolosos; soslayándose en este precepto la conceptualización que legalmente debiese corresponderle siendo por ende taxativo el reconocimiento que el legislador concedió a este grado de culpabilidad. Ahora bien, hasta la reforma -- precisada, en el artículo 9º., de nuestro ordenamiento unitivo, se indicaba la presunción legal de dolo, siempre que concurrieran las circunstancias por esta norma establecidas, dando pauta a identificar algunas de las clases de dolo ya comentadas

Para poseer un criterio preciso de lo anterior, reroducimos el referido precepto, contenido en nuestra codificación penal hasta el 13 de enero de 1984:

"Artículo 9º. 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:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño:
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó si es

(102) Véase *supra*, p. 95 y ss.

te 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 estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la - ley fuere cual fuese el resultado;

III. Que creya que la ley era injusta o moralmente l cito violarla;

IV. Que creya que era legítimo el fin que se orruso;

V. Que erró sobre la persona o cosa en que oiso oerter el delito; y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, ex--ceptuando el caso de que habla el artículo 93".

Por lo que toca a la fracción I del artículo transcri--to, se denota que se trata obviamente de dolo indeterminado, pues to que el agente tiene la intención genérica de delinquir, mas no ha determinado el daño o lesión a un interés específico, que jurf--dicamente permanece protegido.

En la fracción II, se contienen tres supuestos, identi--ficándose la primera hipótesis con el dolo de consecuencia necesaria, o bien dolo indirecto, según sea estudiado por los tratadist--tas Jiménez de Asúa o Villalobos, respectivamente. En el segundo supuesto, como ya lo señalamos⁽¹⁰³⁾, observamos que debemos consi--derar la presencia de dolo eventual, en la inteligencia de que se presenta en el agente la previsión de que probablemente sobrevenga efectos no deseados, mostrándose indiferente ante imminente o sibilidad, esto en lo tocante a su primer contenido; correspondien--do al segundo, la catalogación de culpa inconsciente o sin previ--sión. Por lo que concierne a la última hipótesis, es fácil cole--gir que se está en presencia de nueva cuenta, de dolo determina--

(103) Cfr. *supra*. p. 113.

do.

Por lo que atañe a las fracciones siguientes del transcrita artículo 9º., carecen de incumbencia para nuestra exposición, por establecer condiciones ajenas a una conducta dolosa.

Hacemos patente, que tampoco dentro de este precepto, se identificó expresamente entre las diversas especies de dolo -- que se presumían "juris tantum", en la activación de conductas delictivas que contenían las características expresadas por el artículo 9º.

Como consecuencia de la reforma que se efectuó al Código Penal para el Distrito Federal, el 13 de enero de 1984, el artículo 9º. dejó de contener la presunción legal de dolo, aspecto plausible en virtud de que tal disposición debe estar inserta en un ordenamiento procesal o adjetivo, no teniendo cabida, desde un punto de vista técnico-jurídico, en una codificación sustantiva; además de que es incorrecta la presunción genérica de dolo, si se considera que en la comisión de determinados ilícitos no es factible la posibilidad de que se perpetren culposamente; por último -- cabe destacar su redundancia, toda vez que en ocasiones el mismo Código Penal, preceptúa la presunción de dolo en delitos específicos, tal es el caso del ilícito de Falsificación de Monedas, en cuyo artículo 235, fracción III se estipula la presunción de dolo y es por ello que reiteramos nuestro reconocimiento al legislador que acertadamente eliminó del artículo 9º., la presunción legal de dolo y conmutó en su lugar la conceptualización de cada una de las formas de culpabilidad reconocidas en el artículo 8º. del mismo ordenamiento normativo⁽¹⁰⁴⁾.

(104) Cfr. supra. p. 98.

Para ratificar lo aseverado a este particular, estimamos conveniente reproducir una jurisprudencia que se encarga de elucidar esta cuestión: "Siendo el dolo un elemento subjetivo lo único que puede probarse es si existen o no razones, que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión que es - en lo que el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario sólo podría probarse con la confesión" (105).

A partir del 13 de enero de 1984, en la fracción I del artículo 9º., del Código Penal para el Distrito Federal, se describe lo que legalmente debemos entender por obrar intencionalmente, - que encuentra su elemento concomitante en el artículo precedente, - fracción I, ya que éste establece que los delitos pueden ser intencionales; como ya aducimos, la doctrina entiende por delito intencional, la comisión de un ilícito doloso, por lo que nosotros utilizaremos el término que nuestro ordenamiento utiliza.

El artículo 9º., vigente a partir del 13 de abril de 1984 en lo conducente establece:

"Artículo 9º. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley".

De la lectura del precepto reproducido, es sencillo inferir que en tal conceptualización, están comprendidos los elementos esenciales del dolo, que como ya indicamos lo son el elemento intelectual, y el elemento emocional volitivo o afectivo. En lo único

(105) Citado por Carranca y Trujillo. Código... Ob. cit. p. 32.

que disentimos de la referida enunciación legal, es en lo atinente a que se asevera que el resultado típico que se produce al obrar - intencionalmente es prohibido por la ley; consideramos que la ley no permite, ni prohíbe, al establecer las conductas delictivas, si no que reconoce las normas culturales y al que las quebrante lo -- sanciona, tal y como dentro del mismo ordenamiento punitivo se indica en el artículo 7°.

3. La culpa en el delito.

Corresponde ahora, abordar el elemento subjetivo del delito que conforma la segunda forma tradicional de culpabilidad, es decir la culpa; al igual que en el análisis del dolo, omitiremos la exposición de la referencia histórica de la culpa, así como su evolución técnico-jurídica, atento a símiles consideraciones que las expresadas en lo referente al dolo.

Existen también, múltiples teorías que intentan encontrar el fundamento de la culpa, atendiendo a factores aislados y que sólo conjuntamente es como integran a la figura en comento; algunas otras al otorgar supremacía a un determinado elemento de los concurrentes en la culpa, obtienen con su postura, una comprensión parcial e imperfecta de lo que efectivamente debe considerarse como culpa propiamente.

Así ubicamos entre algunas otras teorías sobre la culpa, aquellas que consideran como fundamento de la figura jurídica en estudio a la previsibilidad; la imprudencia o negligencia; la causalidad eficiente; el error evitable; un defecto de la inteligencia, etcétera. Respetables todas ellas, sin embargo incompletas o truncan la generalidad, en virtud de basar su postura en sólo uno o algunos de los elementos que informan a la culpa.

El jurista mexicano Ignacio Villalobos asevera que el agente actúa culposamente "cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica 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" (106).

A nuestra particular consideración, denotamos en la conceptualización del tratadista en mención, no debió ser tan descriptivo en sustantivos que contingentemente pueden presentarse en la culpa, pudiendo comprender a todos en la simple enunciación de carencia de cuidado que la ley y las circunstancias personales imponen al agente; asimismo para nosotros es imposible hablar de culpa si el sujeto previó el resultado de su conducta ilícita, aspecto que elucidaremos en su oportunidad (107).

Más apropiada es la conceptualización que a este particular profiere Edmundo Mezger, en cuanto que atiende a la esencia de la culpa como es la previsión y el incumplimiento de un deber de cuidado por parte del agente; pues bien, nos dice Mezger que -- por culpa se entiende: "La infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe pudiendo preverse la aparición del resultado" (108).

Para continuar con el desarrollo del presente apartado, y dar continuidad a la exposición, nos avocaremos al estudio de los elementos que integran la culpa; las diversas especies que de ésta reconoce la doctrina; para finalizar con la manifestación de nuestro particular juicio en lo que a este punto concierne.

A). Elementos de la culpa.

En virtud de existir diversas teorías que pretenden explicitar la naturaleza de la culpa, se presentan asimismo diferen-

(106) Ob. cit. p. 298.

(107) Véase infra. p. 124 y ss.

(108) Ob. cit. Vol II. p. 177.

tes posturas al enumerar los elementos que integran esta forma de culpabilidad.

Así encontramos que Franz von Liszt, considera como elementos de la culpa los que a continuación se citan:

a). Una carencia de precaución en la manifestación de la voluntad en el agente: entendiéndose por tal, la no aplicación de la atención, el no cumplimiento debido que refleja un desprecio al cuidado que la ley exige.

b). La falta de previsión, esto es, que el resultado haya sido previsible para el agente; y

c). El defecto de sentido de significación del acto; reconociendo por esto, la ausencia de valoración del contenido antijurídico de la conducta del agente⁽¹⁰⁹⁾.

Por su parte el maestro Fernando Castellanos Tena, considera que son elementos del ilícito imprudencial los siguientes:

a). Una conducta voluntaria por parte del agente, incluyendo tanto a la acción como a la omisión dentro del comportamiento delictivo;

b). La carencia de cautelas o precauciones pertinentes para la realización de susodicha conducta;

c). El efecto resultante de la consumación de la conducta intencional, ha de ser previsible y evitable, además de estar tipificado por el ordenamiento punitivo; y

d). La existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado no previsto ni acepta-do⁽¹¹⁰⁾.

(109) Cfr. Ob. cit. Vol. II. p. 261.

(110) Cfr. Ob. cit. p. 247.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, -asimismo se ha avocado al esclarecimiento del punto que ahora nos ocupa; estableciendo en una jurisprudencia, cuáles son los elementos del delito culposo, postura que dada su trascendencia en nuestro ámbito jurídico-penal, no debemos soslayar, por lo tanto a continuación transcribimos el mentado criterio jurisprudencial.

"Los elementos del delito culposo son:

- a). Existencia de un daño con tipicidad penal;
- b). Existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; relación de causalidad física directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante; y
- c). Imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión causales.

Por lo tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible"⁽¹¹¹⁾.

A continuación exponemos sucintamente aquellos elementos que ineluctablemente integran al ilícito culposo; los cuales son resultado de una sencilla confrontación de las anteriores ideas y teorías emitidas a este respecto. Anticipadamente aclaramos que este criterio responde a nuestra particular consideración y satisface -asimismo la esencia de lo que entendemos por esta forma de culpabilidad, denominada por nuestra codificación penal vigente: "delitos no intencionales o de imprudencia"; pues bien, estos elementos lo son:

(111) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código... Ob. cit. p. 36.

a). Una conducta voluntaria por parte del agente;
b). Un efecto derivado de este proceder delictivo, - con las inherentes características que acompañan concomitantemente a un resultado ilícito, esto es, un resultado típico y antijurídico;

c). La existencia invariable de una relación causal, en la inteligencia de que en tratándose de este tipo de ilícitos al igual que en los dolosos, debe existir una correspondencia indefectible entre la conducta del agente y el efecto originado -- con este proceder imprudencial;

d). El efecto que resulta de un ilícito culposo, necesariamente debe contener el carácter de previsible, es decir, que el resultado pudo y debió ser previsto por el agente, mas -- por no satisfacer un deber de cuidado, esta previsión no se efectuó;

e). El agente asimismo, debe carecer absolutamente - de la intención o voluntad del advenimiento del resultado que su conducta produjo; radicando en este elemento, al igual que con - el inmediato precedente, una de las más peculiares características que contienen los ilícitos materia del presente apartado;

f). En la comisión de un delito culposo, se presenterá por parte del agente, una violación o incumplimiento a los deberes de cuidado, que las circunstancias personales le influyen, o bien la ley impone, precisamente para salvaguardar los bienes que ésta protege coercitivamente, dándose con la observación de estos deberes de cuidado, la evitabilidad del acaecimiento de la consecuencia que concreta un obrar imprudencial.

Los elementos que se han enunciado inmediatamente, concuerdan con la conceptualización que en lo particular aceptamos y proferimos líneas arriba, pretendiendo agotar la totalidad de caracteres que identifican y distinguen a la ilicitud culposa, aunto a nuestra apreciación técnico-jurídica.

B). Clasificación de la culpa.

Cuando analizamos las diversas clases de culpa, que son aceptadas por la generalidad de los tratadistas que estudian a esta forma de culpabilidad, inmediatamente observamos que son dos las manifestaciones en que es susceptible de presentarse la culpa.

Los dos tipos de culpa que se reconocen son, la culpa consciente, con previsión o con representación por una parte; e inconsciente, sin previsión o sin representación por la otra.

a). Culpa consciente. También denominada con previsión o con representación, se da, según el criterio del tratadista hispano Cuello Calón, "cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán" (112).

En nuestra opinión el maestro citado, adoleció de terminología adecuada, en cuanto se refiere al resultado que origina una conducta culpable, ya que además de ser éste perjudicial, es imprescindible que sea típico y antijurídico, y por ende catalogado propiamente como ilícito.

En muy similares términos comprende la culpa consciente el jurista Edmundo Mezger, quien expresa: "Existe en el agente culpa consciente cuando ha considerado como posible la producción del resultado típico, pero ha confiado en que éste no se ha de producir" (113). Sin embargo denotamos que Mezger sí resalta

(112) Ob. cit. Parte General. p. 405.

(113) Ob. cit. Vol. II. p. 161.

la tipicidad en el resultado de la conducta culposa del agente, por lo tanto es más acertada la presente conceptualización que la aseverada por Cuello Calón.

Para nosotros, aunque no aceptamos definitivamente esta presentación de la culpa ⁽¹¹⁴⁾, ésta se presenta cuando el agente no obstante que en su conducta se presenta la voluntad, al igual que la previsión de la factibilidad de la producción del efecto típico y antijurídico, no acepta la mencionada consecuencia en virtud de abrigar la esperanza de que no sobrevendrá.

b). Culpa inconsciente. Conocida también con el nombre de culpa sin representación o sin previsión se da, según la opinión del tratadista J. J. Maus, cuando el agente no ha previsto necesariamente el mal resultado de su conducta, sin embargo pudo haberse previsto. El citado autor, igualmente nos expresa que este tipo de culpa acepta dos modalidades, las cuales son: 1°. El agente no ha conocido la naturaleza de su acción; no ha sabido que podría producir el resultado de que ha sido causa, existiendo en el caso una ignorancia o error sobre un hecho especial o sobre sus circunstancias esenciales; pero el autor está en culpa por haber dejado de adquirir el conocimiento; 2°. El agente ha conocido la naturaleza de su acción, sabía que consecuencias deplorables podían resultar, pero no ha pensado en la desgracia que ha sucedido. Habría pues, podido preverla, si hubiera reflexionado, si hubiera hecho de sus facultades intelectuales el uso que el deber le prescribía. La causa interna del delito es una desatención, una irreflexión culpable ⁽¹¹⁵⁾.

(114) Cfr. infra. p. 126.

(115) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. cit. p. 399.

Nuestro criterio no es compatible con el emitido por el maestro Häus, en lo conducente a la primera acepción que infiere a la culpa inconsciente, en la inteligencia de que en nuestro concepto, tanto el error, como la ignorancia son sendos aspectos que constituyen la forma negativa de la culpabilidad, esto es, no estamos dentro, sino fuera de ésta; son ambas, causas de inculpabilidad. En cuanto a la segunda manifestación que de esta clase de culpa profiere el autor en cuestión, conforma propia y correctamente lo que entendemos por culpa inconsciente, sin previsión o representación.

A nuestro parecer, la culpa inconsciente, consiste en la causación de un resultado típico y antijurídico, por la falta de cuidado en el agente, no obstante de no desear, ni aceptar el efecto delictivo, no se previó, siendo posible su previsión y ergo evitable.

c). Nuestro criterio. Consideramos irrelevante la clasificación que de la culpa asienta la generalidad de estudiosos de nuestra materia, en virtud de que la culpa consciente, con previsión o representación, no debe ser factible de perfeccionamiento, toda vez que debe ser asimilada ésta por el dolo eventual. En la culpa consciente, indefectiblemente se efectúa la previsión y representación del resultado ilícito que sobrevendrá si no se siguen los deberes de cuidado que la ley y las circunstancias le imponen; no obste, el agente toma la determinación de realizar la conducta, anhelando no sobrevenga el efecto típico, fundamentando su deseo en una frágil y endeble esperanza que no debió abrigar. Con lo anterior se quebranta uno de los elementos integrantes de la culpa, que como ya se indicó, en ésta debe ser previsible el resultado, pero no previsto por el agente. Por ende no debemos aceptar como una modalidad de la culpa a la culpa consciente, con previsión o con representación.

Afirmamos pues, que aunque acuí se carezca de intención en ningún momento estamos privados de la previsión, así como también denotamos que subsiste una conducta voluntaria, es decir, - existe la voluntad en el agente; elementos y argumentos suficientes para reputar acertadamente esta supuesta clase de culpa como un obrar doloso, en su modalidad de eventual.

Cabe destacar que el tratadista español Isafas Sánchez Tejerina⁽¹¹⁶⁾, opina en el mismo sentido, y que el maestro Juan - José González Bustamente⁽¹¹⁷⁾ asimismo acoge susodicha postura; - que como ya aseveramos a nuestra particular consideración es la - correcta, no obstante que la mayoría de los juristas mantengan un criterio contrario, tal vez porque en la tradición doctrinal, esta concepción parece ser ya inmutable.

Pero atendiendo a nuestra personal apreciación y remitiéndonos a los fundamentos inmediatamente precedentes, afirmamos que la única culpa que debe reconocerse en nuestra materia, es la culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, en virtud de satisfacer todos y cada uno de los elementos que conforman a a quella y que con antelación ya indicamos.

(116) Citado por Carrancá y Trujillo. Derecho Penal... Ob. cit. Parte General. p. 256.

(117) La Problemática de la Culpa. Ed. Universitaria. México 1961. p. 47.

4. El delito culposo en nuestro Código Penal.

Al abordar un somero estudio de la postura desde la --- cual nuestro ordenamiento punitivo contempla y define a la forma de culpabilidad en comento, inmediatamente denotamos, a diferencia de como sucede con el dolo, que en aquella no se modificó en cuanto a su esencia; hasta antes de la reforma que se le hizo a nuestra codificación penal el 13 de enero de 1984, se conceptualizaba a la culpa en el artículo 8°. (in fine), omitiéndose de guisa absoluta referencia alguna a la forma de culpabilidad denominada por nuestro Código Penal, delito intencional, aspecto que vamos en líneas anteriores⁽¹¹⁸⁾. Ahora bien, nuestra legislación penal hasta antes de la reforma ya citada, establecía una conceptualización abundante en sustantivos, y por ende carecía de concreción lógico-jurídica, lo anterior en virtud de que dicha conceptualización legal que de la culpa establecía nuestro ordenamiento punitivo era más descriptiva que definidora.

A continuación, y para corroborar las ideas antes profesadas, consideramos pertinente transcribir la conceptualización legal que preceptuaba nuestro Código Penal hasta antes de la reforma que se aplicó a éste en el año de 1984.

"Artículo 8°. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause un daño igual que un delito intencional".

De la lectura de la terminología que empleaba nuestra codificación jurídico-penal, resulta obvio que al pretender deli-

(118) Véase supra. p. 114.

mitar desde un punto legal, lo que debía entenderse por culpa, el legislador pecó de redundante y tautológico, toda vez que todos -- los sustantivos con los que conceptualizó al grado de culpabilidad en análisis, más que delimitar, ejemplifican casuísticamente las conductas que son susceptibles de calificarse culposas (119).

Asimismo, algunos de los transcriptos sustantivos contenidos en el artículo 8º., en referencia a la definición legal de la culpa, hasta antes de la reforma, resultan antinómicos y disímiles; así denotamos, que entre las conductas que enunciaba la aludida conceptualización de esta forma de culpabilidad, que nuestro ordenamiento sancionador denomina delitos no intencionales o de imprudencia, se encuentran la imprudencia y la negligencia, conductas opuestas y contradictorias la una de la otra, atendiendo a lo aceptado por la doctrina jurídica; a este respecto, compartimos el criterio que expresa en lo particular el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, quien nos dice que es inaceptable que en el concepto legal de la culpa inserto en el transcrito artículo 8º. se haya pretendido agotar ésta al través de la descripción de la imprudencia, y que comprenda dentro de una conducta imprudencial una omisión derivada de la negligencia, resultando así una oposición en cuanto a la reseña de la culpa que el legislador estableció en nuestra ley penal, y que tuvo vigencia hasta el 13 de abril de 1984. El maestro Carrancá y Trujillo expresa a este particular: "Ahora bien, notemos que la imprudencia es un no hacer omitiendo algo (los deberes de cuidado que la ley y las circunstancias imponen al agente), mientras que la negligencia es un no hacer; la primera contiene eficacia activa, en tanto que la segunda eficacia pasiva" (120).

(119) Cfr. supra. p. 120.

(120) Derecho Penal... Ob. cit. Parte General. p. 256.

Para confirmar este aserto, acudimos a lo que nos expresa el diccionario, en referencia a estos términos. En relación al vocablo imprudencia nos dice: "Actuar voluntario, omitiendo la previsión que es menester para evitar las faltas y peligros en que se pueden provocar mediante la realización de una conducta" (121).

Con respecto al término negligencia, se afirma: "abandono voluntario de una conducta, con lo que se establece una consecuencia perjudicial adjudicable a quien incurrió en la omisión o abandono" (122).

Es pues certero el comentario que fustiga el criterio -- del legislador en lo conducente al referido artículo 8°. (in fine) proferido por el jurista Carrancá y Trujillo, y al cual apenamos nuestro particular parecer.

Por otra parte, el artículo 8°. en análisis, contenía igualmente los sustantivos imprevisión y falta de reflexión o de cuidado, pretendiendo elucidar lo que legalmente debíase entender por imprudencia (denominada por los tratadistas de nuestra materia como culpa), incidiendo de nueva cuenta el legislador en error tautológico, toda vez que ambas expresiones denotan una omisión, la que encontramos indefectiblemente en todo obrar culposo, sólo que una es consecuencia de la otra; así si se carece de reflexión o de cuidado, invariablemente no existirá la previsión de las consecuencias que una determinada conducta ocasionará en el ámbito jurídico. Ergo era inadecuada la ilustración que el legislador efectuó al preceptuar lo que debíase entender por un obrar imprudencial, ya que bastaba con la enunciación sucinta de que ésta consiste en la efectuación de una conducta incumpliendo los deberes de cuidado que las circunstancias y la ley imponen al agente; resultando irre-

(121) Diccionario Enciclopédico Abreviado. Vol. V. Ed. Espasa-Calpe. España 1979. p. 361.

(122) Ibidem. Vol. II. p. 149.

levante y en ocasiones contradictorias las ideas que estableció a este respecto dentro del citado artículo 8º., y que tuvo vigencia hasta el 13 de abril de 1984.

Cabe destacar que a partir de la reforma que se efectuó a nuestro ordenamiento penal en el año de 1984, se contempla al delito culposo, resumiendo todos los sustantivos con lo que se pretendió anteriormente agotar la conceptualización de este tipo de ilícitos, con la simple característica que es común a todos aquellos sustantivos, y conforma propiamente un obrar imprudencial o no intencional. Es dentro del artículo 9º. del Código Penal para el Distrito Federal, párrafo segundo, en donde se preceptúa el concepto legal de culpa; y que responde al siguiente tenor: - "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

Es fácil colegir, de la confrontación de ambas conceptualizaciones (la vigente y la mantenida hasta antes de la reforma del 13 de enero de 1984), que en esencia no se modificó el criterio del legislador, sino que éste se corrigió y perfeccionó, en cuanto a la culpa respecta, ya que se condensó a todos los sustantivos con los que se elucidaba a este grado de culpabilidad, estableciendo únicamente la característica común a todo proceder culposo, como es el incumplimiento de los deberes y cuidados que son menester para la evitabilidad de consecuencias típicas; es por tanto loable la reforma efectuada a nuestro ordenamiento punitivo en este punto en particular.

En otro orden de ideas, y de acuerdo a la forma de punir los ilícitos con esta característica⁽¹²³⁾, nuestra legisla---

(123) Véase infra. p. 173 y ss.

ción penal vigente diferencia entre culpa leve y grave⁽¹²⁴⁾, toda vez que para sancionar una determinada conducta culposa, se deben observar los supuestos establecidos en el artículo 60., de lo que nos ocuparemos en su oportunidad, siendo pertinente establecer aquí, que susodicha distinción obedece a la mayor o menor facilidad de previsión del resultado que sobrevendrá a la realización de esta conducta, por parte del agente.

(124) "En Roma se distinguían dos clases de culpas: la grave (culpa lata) y la leve (culpa levis). La levisima, de que tanto se ha hablado, surgió posteriormente, en los comentarios a los textos clásicos. La primera de aquellas consistía en no tomar las más elementales precauciones, en no hacer lo que todos considerarían necesario en casos análogos. La segunda, en cambio, ofrecía dos modalidades diferentes, conocidas con los calificativos de culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto, según que se omitiesen los cuidados de un buen padre de familia o se demostrase que no faltó diligencia que habitualmente el obligado pone en sus propios asuntos" (Enciclopedia Jurídica Omeba. Vol. V. Ed. Bibliográfica Argentina. Argentina 1968. p. 167).

5. El delito preterintencional.

Corresponde ahora ocuparnos del ilícito preterintencional, denotando el aspecto doloso que forma junto con un proceder culposo, a nuestra figura jurídico-penal; ahora bien, en la presente exposición, especificaremos cuál es la participación que -- mantienen en particular, tanto una como otra, dentro de la comisión de un delito preterintencional, desde nuestra particular consideración.

Lo anterior, en virtud de que no consideramos que en un ilícito con las características que distinguen como preterintencional a la figura jurídica en análisis, sea susceptible de presentarse en cualesquiera clase o tipo de dolo, o bien una especie indeterminada de culpa, y constituir con esto, un delito preterintencional propiamente.

Asimismo, expondremos dentro de este apartado, la singularidad que sustenta esta clase de delitos, lo que nos lleva a afirmar que se le debe considerar como una especie autónoma de los grados o formas de culpabilidad que con antelación se aceptaban - de guisa inmutable, dejando así a nuestra figura jurídico-penal como un ilícito intermedio y muchas de las veces con una naturaleza indefinida, que originaba confusión y errores en su estudio, - así como en su exposición.

5.1. El dolo dentro del delito preterintencional.

En líneas anteriores nos avocamos al estudio del dolo en la comisión de un ilícito⁽¹²⁵⁾, y aseveramos que obra dolosamente quien con su conducta provoca un resultado típico y antijurídico, que con antelación ha previsto y aceptado. De igual modo, sucintamente enunciamos las diversas clases de dolo que se reconocen en la doctrina jurídica, pretendiendo obtener con ello, un panorama a decuado en lo referente a este grado de culpabilidad en particular para así dar pauta a exponer fundadamente cuál es la participación que ésta guarda en la comisión de un ilícito preterintencional.

Ahora bien, en la consumación de un ilícito cuyo efecto rebasa la intención delictiva del agente, necesariamente debe presentarse un obrar doloso, en la inteligencia de que el sujeto de antemano prevé y acepta el resultado que sobrevendrá como consecuencia de la realización de su conducta típica y antijurídica, -- una vez que el susodicho agente ha reflexionado, previsto y aceptado el efecto específico que originará su conducta, se resuelve a llevarla al cabo, conociendo lo injusto de su proceder, no obstante, en la comisión de un delito preterintencional, no es factible que intervenga cualesquiera de los tipos de dolo ya indicados en su oportunidad expositiva, sino que invariablemente el aspecto doloso que participa en la conformación de un ilícito con las características ya anotadas, debe permanecer restringido a un tipo de dolo exclusivamente, que a saber es dolo directo; en el dolo directo como ya quedó apuntado, el resultado típico y antijurídico mantiene coincidencia con la intención o propósito delictivo del agente, siendo precisamente esta clase de dolo la que indefectiblemente se presentará en la integración de la figura jurídico-penal, materia de la presente exposición.

(125) Véase supra. p. 104 y ss.

Para que un delito pueda ser calificado apropiadamente - de preterintencional, es pues menester, que el agente prevea y desee anticipadamente un determinado resultado típico y antijurídico produciéndose éste en virtud de la perpetración de su conducta delictiva, manifestándose de esta forma, el obrar doloso (dolo directo) dentro de la constitución de un delito preterintencional; por ende, si no existe un fin determinado en la intención delictiva -- del agente (dolo indeterminado), no se puede establecer la intención de un delito preterintencional correctamente.

En cuanto a la conceptualización que con respecto al delito preterintencional proferimos previamente⁽¹²⁶⁾, se observa claramente la intervención que el proceder doloso mantiene en la comisión y composición de este tipo de ilícitos cuando expresamos que en el delito preterintencional el agente se propone transgredir un precepto legal con su conducta, previendo y aceptando el resultado típico y antijurídico que con su obrar origina.

Mas no es suficiente para la completa conformación de la preterintención, la simple participación y consumación de un obrar doloso (dolo directo), sino que además es menester la realización de un proceder impregnado de culpa, como a continuación se explica.

(126) Cfr. supra. p. 46

5.2. La culpa en el delito preterintencional.

En líneas anteriores⁽¹²⁷⁾, dejamos asentada nuestra postura en cuanto a la clasificación que tradicionalmente se establece al considerar a la culpa, como una forma más de culpabilidad; toda vez que aceptamos como única especie de un proceder culposo a aquel que esté impregnado de las características propias de la culpa inconsciente, sin representación o sin previsión; dejando dentro del dolo eventual a la conducta típica y antijurídica que se pretende encuadrar como un delito no intencional o de imprudencia, denominado como culpa consciente, con previsión o representación por la doctrina, no es necesario que abundemos en lo que a este punto respecta. Es pues, suficiente que asentemos que se precisa un obrar culposo, para así configurar adecuadamente un ilícito preterintencional, siendo además menester que concomitantemente a esta conducta, le preceda un obrar doloso (dolo directo).

Lo que sí es conveniente aclarar, es el orden, el sitio que cada uno de éstos elementos ocupan interiormente para integrar a la preterintención. Para calificar propiamente a un ilícito de preterintencional, es condición indefectible el acontecimiento de un resultado típico, antijurídico y culpable; la culpabilidad va a presentar la característica de componerse de la mixtura de dolo y culpa, pero necesariamente en este orden, es decir primeramente se producirá un obrar doloso, que será siempre directo; una vez perpetrado y cumplimentado este proceder delictuoso del agente, constituyendo de esta guisa una conducta culposa inconsciente, sin previsión por el agente, dados los deberes de cuidado que la ley y las circunstancias imponen a éste.

(127) Consultar supra. p. 46.

Con lo anterior, no estamos aceptando que la preterintencionalidad sea una simple unión de dolo y culpa, que carezca de características propias que la distinguen de ambos grados de culpabilidad, que no contenga una naturaleza independiente; en virtud de que el delito preterintencional contiene elementos particulares -- que lo distinguen y caracterizan, estructurando una figura "sui generis", como se explicitará en el siguiente apartado.

Si explicamos gráficamente la participación que desempeñan, tanto el dolo, como la culpa, al constituir la preterintencionalidad, atento a lo ya aseverado, obtenemos la siguiente fórmula:

$$A \quad + \quad B \quad = \quad C$$

A. Dolo + B. Culpa = C. Preterintención

Dolo directo + Culpa inconsciente = Delito "sui generis".

Resultando sencillo colegir, que para la integración de la preterintencionalidad, necesariamente debe perpetrarse una conducta culpable, que en su inicio, contendrá las características de un proceder doloso, en su modalidad de dolo directo; una vez que se agota éste, sobrevendrá un resultado que supera la intención -- del agente en su previsión dolosa, constituyéndose un obrar culposo (culpa inconsciente), dado que el resultado excedente debió ser previsto por el agente; formándose con lo anterior una figura diversa y disímil de las dos formas de culpabilidad que integran al delito preterintencional.

Es imposible la estructuración de nuestra figura jurídico-penal, si no se presentan los elementos esenciales arriba descritos y en el orden indicado, toda vez que de alterarse susodicha sucesión de factores, no es susceptible la conformación del ilícito

to preterintencional; para ilustrar esta aseveración es suficiente expresar que cuando una conducta ilícita, tiene su base o inicio en un proceder culposo, y el resultado excede al normal o previsible, no queda sino aceptar que se está en presencia de un concurso de delito culposo y caso fortuito, quedando en manos de la legislación, el tratamiento punitivo que observará susodicha amalgamación.

Es pues manifiesta la participación que mantienen las formas de culpabilidad, que desde antaño se reconocen como exclusivas, y que conjuntamente dan vida a una figura jurídico-penal diversa tanto de la una, como de la otra.

5.3. El delito preterintencional como "sui generis".

En el apartado precedente, indicamos que a nuestra particular consideración, la forma jurídica en comento, constituye una tercera forma de culpabilidad, junto con el dolo y la culpa, que son todavía las que únicamente se aceptan como grados de culpabilidad penal.

En el presente nos proponemos, elucidar el por qué de -- nuestra afirmación.

Debemos aclarar primeramente lo que comprendemos por delito "sui generis"; pues bien, por éste no concebimos a un ilícito único, excepcional, que sea factible de perfeccionarse y agotar en un exclusivo supuesto; lo anterior en la inteligencia de que la -- preterintencionalidad admite múltiples supuestos y casos en particular, siendo suficiente para su integración el que contenga los -- elementos que intervienen en su conformación⁽¹²⁸⁾.

Asimismo no sostenemos tampoco, que la preterintencionalidad, sea "sui generis" en virtud de que merezca su normativización, en la parte especial de nuestra codificación punitiva, es decir en el libro que se avoca a la preceptuación de los delitos en particular; toda vez que la figura penal en comento, encuentra su sitio, en el que ahora ocupa dentro de nuestro Código Penal, esto es en la parte general, específicamente en el artículo 8°. frac---ción III, que a nuestro parecer es el adecuado. Sólomente las legislaciones penales más avanzadas en cuanto a técnica jurídica respecta, contienen en su parte general a la preterintención, como lo son el Código Penal de Alemania, el Código Penal de Italia, entre otros no menos trascendentes, no obstante algunos, al enunciar le-

(128) Cfr. infra. p. 154 y ss.

galmente a nuestra figura jurídico-penal, la colocan intermediamente entre el dolo y la culpa, además de considerarla como un ilícito intermedio entre ambas formas de culpabilidad, tal es el caso - del ordenamiento punitivo de Italia, acarreando así un pensamiento dubitativo en lo referente a la naturaleza de nuestra figura jurídica en estudio.

Es pues plausible, el que a partir de la reforma a nuestro ordenamiento penal, efectuada el 13 de enero de 1984, se haya aceptado a la preterintencionalidad como una modalidad delictiva, no intermedia, sino independiente del dolo y la culpa, desde un -- punto de vista posicional legiferado, en la inteligencia de que aparece en nuestro Código Penal posterior tanto a una como a otra -- forma de culpabilidad.

Lo que expresamos al afirmar que la preterintención congtituye un delito "sui generis". es que al configurarse ésta, obtenemos una forma o grado de culpabilidad autónomo de los tradicionalmente aceptados tanto por la generalidad de legislaciones, como por los tratadistas de nuestra materia. Con esto, nuestro desigño, es el rechazar abiertamente que la preterintención sea simplemente una unión de dolo y culpa, cuyo tratamiento punitivo corresponda a la mixtura de sanciones respectivas, tanto al proceder doloso como a la conducta culposa.

Después de haber realizado esta pertinente aclaración, -- expondremos sucintamente, los motivos de los que partimos para comprender fundadamente a la preterintencionalidad como un ilícito -- "sui generis".

A). Unidad en la imposición punitiva⁽¹²⁹⁾.

Denotamos que al sancionar una conducta con las características propias de la preterintención, nuestro Código Penal vigente, no dispone que se adicione a la pena correspondiente del proceder doloso, una sanción imputable a la conducta culposa; ahora --- bien, de darse este supuesto, efectivamente se tendría que reconocer que la presencia simultánea de ambos grados de culpabilidad, o casionaría una unión de castigos, derivados de dos ilícitos inconciliables, como se sanciona adecuadamente hoy el concurso de delitos. Nuestra codificación penal al establecer la sanción aplicable al responsable de un ilícito preterintencional, preceptúa unitariamente la pena correspondiente; toda vez que en la punición de un delito preterintencional no puede considerarse separada y aisladamente a la mixtura de dolo y culpa.

B). Unidad de resultado.

En la perpetración de un delito con estas características, desde ningún ángulo es susceptible la estimación desligada -- del resultado originado por la conducta dolosa por una parte, y la consecuencia excedente de la intención del agente por la otra.

Considerando que el resultado preterintencional, contiene una relación definida entre los intereses jurídicos que se --- transgreden, asimismo que el resultado antijurídico, para considerarlo propiamente como preterintencional, precisa ser superior a - la intención del agente, resulta inocua la consideración inderen--

(129) El juez al infligir una determinada pena al responsable de un ilícito, debe acatar invariablemente los márgenes de punibilidad establecidos - en la sanción de cada delito en particular; es decir al punir una conducta delictiva el juez no debe transgredir los límites mínimo y máximo que se estipulan específicamente en el ordenamiento punitivo; lo anterior en virtud de lo preceptuado por el artículo 51 de nuestra codificación penal vigente (Consultar infra. p. 173 y ss).

diente de sendos resultados. En las legislaciones modernas y antiguas, en las que se omite el reconocimiento de esta clase de ilícitos, y se atiende al resultado para punir determinadas conductas antijurídicas, asimismo es única la sanción para aquellos delitos que en consideración a sus características pueden denominarse preterintencionales, corroborándose así el criterio que a pesar del concurso de dolo y culpa, en específico cuando el resultado supera la intención del agente, la sanción es una y no la suma de dos.

Encontramos con ello, otra característica inmanente en todo ilícito que sobrepasa la intención delictiva del agente; al existir unidad en el resultado que preterintencionalmente lesiona un interés legalmente tutelado, deriva como consecuencia jurídica la imposición de una pena específica, y de ninguna manera la sanción aplicable al resultado que coincide con la intención del agente, más la adición de la pena correspondiente al resultado que extralimita la voluntad del sujeto, es decir de la conjunción de los castigos atinentes al dolo y la culpa.

C). Indivisibilidad del delito.

En la teoría del delito, algunos juristas consideran a éste como un bloque monolítico, no siendo factible de escindir, -- con lo cual estamos parcialmente de acuerdo; el notable tratadista Giuseppe Bettiol⁽¹³⁰⁾ por su parte expresa a este respecto que el "delito como entidad no es susceptible de dividir en factores diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar".

Del mismo sentir es el maestro Francisco Antolisei, al proferir en lo conducente a este particular que la "verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes

(130) Citado por Forte Petit. Apuntamientos... Ob. cit. Vol. I. p. 241.

del mismo y tampoco en su suma, sino del todo y en su intrínseca - unidad: ...sólo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea" (131). Esta postura que considera al delito desde una concepción unitaria, recibe el nombre de totalizadora; ahora bien, como ya indicamos, nosotros sólo de guisa relativa compartimos este criterio, toda vez que en la conformación de un determinado delito, intervienen factores, que únicamente en su conjunto pueden integrar o estructurar un ilícito, sin embargo al existir estos elementos, no se dan de manera aislada e inconexa, sino que se enlazan unos con otros debido a su afinidad, para en su conjunto conformar un ente unitario en cuanto a su manifestación integral, denominado delito. Al avocarse a este punto específicamente, el maestro Martínez Licona, resume nuestra idea al expresar que "si el método unitario o sintético estima al delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos, tan hondamente como sea posible, para separarlos -- conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario, a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidara la gran síntesis funcional que el concepto del delito implica" (132). Es decir, aceptamos que el ilícito presente unidad e indisolubilidad en tratándose de sus elementos conformantes, sin embargo negamos - que su estructuración esté basada exclusivamente en un sólo elemento indismembrable, toda vez que todo delito, precisa para su conformación, la participación de diversos requisitos indefectiblemente.

Ahora bien, la indivisibilidad en un delito, desde nuestro particular criterio, consiste en su perfeccionamiento, así co-

(131) Cfr. *Ibidem.* n. 242.

(132) Cfr. *Ibidem.*

mo en su estimación y valoración para otorgarle una singular punición, lo anterior desde su catalogación o consideración legiferada. En lo atinente al ilícito cuyo resultado excede la intención del agente, denota unidad en cuanto a su configuración, y no obstante su heterogénea composición, no es susceptible de desmembrarse o desunir, so pena de destruir a nuestra figura jurídica, cuya estructura y acomodo de sus elementos es de suyo inseparable, atento a los principios de lógica jurídica.

D). Inseparabilidad de momentos psíquicos.

Hemos aseverado con antelación que la culpabilidad, es un aspecto subjetivo, volitivo que sucede en el agente que con su conducta lesiona un interés que la ley protege y tutela⁽¹³³⁾; pues bien, en tratándose de un delito preterintencional, admitimos que intervienen subjetivamente el dolo y la culpa, sin embargo en el sujeto éstos no se presentan separadamente, toda vez que a pesar de iniciar la conducta ilícita, con la intención de transgredir -- una determinada norma establecida en el ordenamiento punitivo, el resultado es superior a la intención y representación de susodicho sujeto, siendo imposible para éste, la separación psíquica y deslinde cronológico, en que culminó su proceder doloso, en el cual coincidió el resultado con su intención delictiva, y en donde inicia su conducta culposa, con la que se originó una consecuencia antijurídica no deseada pero previsible y evitable por el referido agente. Es por demás obvio que partiendo desde este punto de vista, la preterintención denota también ausencia de división en cuanto a su conformación, así como una característica más que coadyuva a la correcta apreciación de nuestra figura jurídica como "sui generis".

(133) Véase supra. p. 107.

E). La reunión de dos especies irreductibles.

Al efectuar un conjunto compuesto de diversos elementos integrantes, todos y cada uno de éstos no pierden su esencia, su característica fundamental; no obstante susodichos miembros pierden su carácter de singulares, para hacer posible la completación de un conjunto propiamente. Un conjunto, es pues una totalidad, una unidad, compuesta de todos y cada uno de sus elementos unidos unos a otros por la relación de conjunción establecida entre el complejo de elementos que integran el citado conjunto. Ahora bien, en nuestra materia, no podemos concebir que la unión de las dos formas o especies de culpabilidad aceptadas consuetudinariamente, derive simplemente la unión de los dos grados de culpabilidad nuevamente; lo que nuestra particular consideración admite, es que el resultado de la indicada reunión, contendrá características propias, diversas de sendas especies de culpabilidad, debiéndose considerar a la consecuencia de esta combinación como una figura jurídica independiente de ambos grados, con características singulares, y una estructura propia y diversa, tanto del dolo, como de la culpa, debiéndose catalogar por todo esto, como una especie más o un grado particular de ambas formas de la culpabilidad.

A guisa de corolario, lo que nos conlleva a considerar al delito preterintencional como "sui generis", es el que proponemos por que se reconozca a éste como una especie más, un tercer grado de culpabilidad; rechazando de antemano la postura que mantienen algunas legislaciones penales (el caso del Código Penal de Italia), así como el criterio proferido por perspicuos juristas de nuestra materia, que contemplan a la preterintencionalidad como una subespecie, que debe colocarse intermedicamente entre el dolo y la culpa. Las características que fundamentan nuestra postura de considerar al delito preterintencional como un tercer grado de culpabilidad en materia penal, son las siguientes:

La unidad en cuanto a la imposición punitiva; la unidad en el resultado antijurídico; la indivisibilidad de cualquier delito; la inseparabilidad de los momentos psíquicos que intervienen en el agente; y, la reunión de dos especies irreductibles, que ya han sido nimamente explicitadas líneas arriba.

CAPITULO IV.

ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCION.

SUMARIO.

1. Naturaleza de la preterintención.
2. Elementos de la preterintención.

CAPITULO IV.

ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCION.

Una vez que hemos expresado las características que sustentan, así como los elementos que conforman tanto al dolo, como a la culpa, no olvidando indicar las diversas clases en que una y otra son susceptibles de presentar en la comisión de un ilícito, estamos en condiciones de establecer cuál es la esencia y la estructura de la preterintención, sin olvidar que como ya se afirmó nosotros consideramos al delito preterintencional como "sui generis" (134).

En el presente capítulo, abordaremos primeramente, la naturaleza que presenta la preterintención, en donde pretendemos esclarecer y fundamentar la particularidad que a nuestro personal criterio, caracteriza a la figura jurídico-penal en comento; para posteriormente avocarnos a la exposición de los elementos que inelectablemente, integran a nuestra figura, materia de la presente obra, así como a la debida explicación de cada uno de ellos.

(134) Véase supra. p. 139 y ss.

1. Naturaleza de la preterintención.

En cuanto a la naturaleza de la institución en estudio, la generalidad de los tratadistas mantienen un criterio que a nuestro parecer es erróneo, en virtud de que éstos permanecen inmutables a la evolución técnico-jurídica que innegablemente ha revolucionado la conformación de la figura en análisis; negándose de cusa recalitrante a aceptar la postura correcta, que responde a la verdadera esencia de la preterintención, como institución autónoma en el ámbito penal, y no como la mayoría de los juristas la catalogan desde antiguo, como una subespecie, una modalidad que debe permanecer supeditada a las tradicionales formas de culpabilidad.

Iniciaremos propiamente el desarrollo del presente apartado, con la enunciación de la norma penal que fundamenta, desde el aspecto legiferado a nuestra figura jurídica, para continuar -- con la elucidación de la naturaleza que presenta el delito preterintencional, claro está, no soslayando en ningún momento lo ya asertado en lo conducente a la institución penal en estudio.

A). Fundamento legal de la preterintención.

Como ya hemos indicado, el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, no contemplaba al delito preterintencional hasta antes de la reforma que se le efectuó el 13 de enero de -- 1984, a partir de esta modificación se comprende desde este importante aspecto, el legal, como una hipótesis delictiva (en atención al aspecto subjetivo del agente, o sea la especie de culpabilidad con que se perpetra la conducta ilícita), a la figura jurídica en análisis. Es loable esta transformación en el criterio del legislador al integrar a las formas de culpabilidad tradicionalmente aceptadas, a saber dolo y culpa, la preterintención, que desde tiempo atrás, las legislaciones punitivas de vanguardia la enun---

cion en su sección general, además de ser sugerido y propugnado -- por la generalidad de juristas que reconocen a nuestra institución como un aspecto de los grados que componen la culpabilidad en la comisión de un ilícito.

Pues bien, a partir de la reforma a nuestro ordenamiento punitivo, ya indicada, acertada por cierto, en lo atinente a la hipótesis delictiva en comento, ésta tiene su fundamento desde la perspectiva legislada o legal en el Libro Primero, Título Primero (Responsabilidad Penal), Capítulo I (Reglas generales sobre delitos y responsabilidad), artículo 8º. fracción III de nuestro Código Penal para el Distrito Federal vigente.

B). Naturaleza de la preterintencionalidad.

Al exponer la naturaleza de la figura penal en análisis, no debemos en ningún momento, desviar u olvidar el criterio que -- rige nuestro pensamiento en lo que a preterintención respecta, y -- que de guisa general ya hemos planteado, lo anterior amén de no incurrir en afirmaciones encontradas o antinomias técnicas. A nuestra personal consideración, comprendemos al delito preterintencional, como una concurrencia de dolo y culpa, fusionadas ambas por -- las características inmanentes de esta institución en particular; en consecuencia afirmamos que se trata de un delito complejo y progresivo; todo lo anterior nos proporciona ineluctablemente un delito "sui generis" atento que adquiere elementos suficientes para -- considerarse como una tercera especie de culpabilidad.

A continuación explicamos sucintamente cada uno de estos rasgos esenciales que discurren la singularidad que sustenta el delito preterintencional.

a). Convergencia de dolo y culpa. Hemos insistido en el desarrollo de la presente exposición, que para integrarse un ilícito preterintencional, es menester la participación consecutiva de dolo y culpa bajo las características ya indicadas, no siendo necesario el reiterar lo ya expresado en lo conducente a arbas formas de culpabilidad (dolo y culpa) en su desarrollo dentro de la configuración de la figura en comento.

b). El delito preterintencional como complejo y procreativo. Denotamos que el ilícito cuyo resultado supera la intención y previsión del agente, sustenta dos características que inquestionablemente definen su particular naturaleza, estos rasgos atienden respectivamente a la estructura o composición que presenta como al desenlace del efecto que la conducta del agente origina.

De ambas características nos ocuparemos brevemente a continuación.

1). La preterintencionalidad como delito complejo.

Los delitos son susceptibles de múltiples manifestaciones de acuerdo al análisis a que se sometan, al avocarnos al estudio de nuestra figura penal, nos es particularmente interesante examinarla en función de su estructura, para elucidar su naturaleza. Pues bien, la preterintencionalidad ofrece desde esta postura, la singularidad de un delito complejo, y al evolicar este rasgo acudimos a lo aseverado por el maestro Fernando Castellanos Tena, cuando explica la clasificación de los delitos y afirma que: "Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a un figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente"⁽¹³⁵⁾.

(135) Ob. cit. p. 141.

Ergo afirmamos que la figura jurídico-penal materia de la presente exposición, sustenta esta característica, en virtud de componerse de la mixtura de dolo y culpa, dando lugar con ello a un delito que en virtud de la unidad del resultado, no debe escindirse tajantemente en sus elementos indefectibles, colocándose así la preterintención, dentro de esta especial categoría de delitos.

2). El delito preterintencional como progresivo. Des de el aspecto externo, en atención al efecto que produce el agente que supera con su proceder ilícito el resultado previsto y deseado, nuestra figura jurídica nos proporciona un rasgo más que denota su naturaleza jurídica. La preterintención es a nuestra particular consideración, un delito progresivo; sin embargo aquí no nos referimos a la progresión común o aceptada generalmente, es decir aquella progresión en donde lo que progresa es la conducta típica y antijurídica del agente, esto es, que en el desarrollo y culminación del resultado, se agota el efecto esperado y previsto por el sujeto, aunque inicialmente este efecto fuese menor que el obtenido una vez acabado el transcurso de la conducta y el resultado ilícitos (tal es el caso del artículo 303, fracción II de nuestra codificación punitiva vigente)⁽¹³⁶⁾, no se trata de ninguna manera de esta clase de progresión, sino que la preterintencionalidad mantiene una progresión de carácter objetivo, en cuanto que, una vez que se completa y satisface el resultado, previamente aceptado por el agente, mediante una conducta dolosa, susodicho resultado es superado por un proceder culposo, ahora bien, este efecto excedente debió ser previsto por el agente, mas no lo fue. No obstante que al parecer existe una aparente concurrencia de que al presentar una afinidad en lo relativo a los bienes jurídicos transgredidos --

(136) "Artículo 303. Para la aplicación de las sanciones que correspondan a al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal la lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:
II. Que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días -- contados desde que fue lesionado".

con la perpetración de un ilícito con estas especiales características, el primer resultado referido queda absorbido totalmente por el segundo, integrando un delito propiamente preterintencional.

Este singular rasgo aunado al de ser asimismo un ilícito complejo, otorgan a nuestra figura jurídico-penal cualidades que - esclarecen su naturaleza específica.

c). La preterintención como "sui generis". Habiendo quedado de manifiesto que en tratándose de nuestra institución jurídica, se presentan como rasgos inherentes a su naturaleza el ser una mixtura de dolo y culpa, así como sustentar la característica de presentarse en su conformación como un delito complejo y que atento al aspecto o resultado objetivo se conforma como un ilícito progresivo; no podemos sino aseverar que se trata efectivamente de un delito "sui generis", lo anterior en virtud de la comprensión de las cualidades ya anotadas en líneas precedentes, asimismo no olvidando lo referido en lo conducente al apartado homónimo al presente punto⁽¹³⁷⁾. Dicho lo anterior y para evitar redundancias innecesarias, sólo expresamos como corolario en lo atinente a lo asentado a este tema en específico, que la preterintencionalidad constituye una tercera especie, una tercera categoría o grado del elemento subjetivo en el agente que comete un delito determinado, denominado en la doctrina de nuestra materia, culpabilidad. Esta tercera especie de la culpabilidad (la preterintención), no obstante de constituirse de las formas tradicionalmente aceptadas dentro de la teoría de la culpabilidad, fusiona en su interacción a sendos aspectos de la culpabilidad en el orden ya indicado, no adquiriendo características que predominen en una u otra, amén que el efecto originado por la conducta ilícita del agente, adquiera un matiz exclusivo del delito preterintencional y que no es factible de

(137) Cfr. supra. p. 139 y ss.

presentarse en ningún otro tipo de delitos. Por tanto desde nue
tra particular consideración, y en consecuencia de lo asentado en
la presente obra a este respecto, aceptamos que el delito preterin
tencional establece e integra una tercer forma de culpabilidad au
tónoma e independiente de las anteriormente acooidas y reconocidas
por la generalidad de los juristas que desarrollan y explican las
especies o tipos de culpabilidad en el desarrollo de sus respecti
vas obras jurídicas referentes a nuestra materia, soslayando abso
lutamente lo afirmado por nosotros en la presente exposición y que
nos hacen divergir totalmente a lo manifestado por éstos a este --
particular, esto es, cuando ubicamos a la preterintencionaliad --
como "sui generis", ergo nuestra figura jurídico-penal compone un
tercer grado, una tercera especie de susodicha subjetividad, que -
la doctrina denomina culpabilidad.

2. Elementos de la preterintención.

En tratándose del delito preterintencional, inmediatamente denotamos que en lo que respecta a su constitución, éste presenta caracteres que lo diferencian de los tiros de culpabilidad tradicionalmente aceptados, es decir, nuestra figura penal se distingue tanto del delito doloso como del culposo en atención a los elementos que integran a cada uno de ellos. Ya en líneas anteriores nos ocupamos de la composición que sustentan respectivamente el dolo y la culpa⁽¹³⁸⁾, ahora pasamos a asentar y explicar los elementos que concurren de modo indefectible en la composición de los delitos preterintencionales.

Para desarrollar el presente apartado, acudiremos primeramente al criterio que a este particular profieren algunas obras y tratadistas de nuestra materia, para posteriormente exponer nuestro particular punto de vista en lo conducente a este respecto.

El maestro Francisco Carrara, cuando en su obra se avoca a referirse de los elementos constitutivos del delito preterintencional, nos expresa que son elementos integrantes de los ilícitos cuyo resultado excede a la intención y previsión del agente, los siguientes: 1°. que el agente tuviese ánimo de lesionar la persona del interfecto; 2°. que no previese actualmente la consecuencia letal, si bien podía preverla⁽¹³⁹⁾. Del juicio emitido por el insigne maestro italiano, es sencillo colegir que éste se refirió al establecer los elementos de nuestra figura jurídico-penal en análisis, particularmente al homicidio preterintencional, no obstante lo anterior para reconocer lo acertado de su aseveración en este sentido; si bien es cierto que únicamente menciona co

(138) Véase supra. p. 104 y ss.

(139) Ob. cit. Vol. II. p. 327.

mo elementos de la preterintención por una parte la intención dolosa; y el excesivo resultado de carácter culposo por la otra, con ellos abarca la esencia misma de la preterintención, faltando solamente algunos aspectos por elucidar, no tan relevantes como los citados por el jurista italiano.

Asimismo en el Diccionario Enciclopédico Durvan, en el apartado correspondiente al estudio de nuestra figura jurídico-penal, encontramos como requisitos para la configuración del delito preterintencional, los siguientes: "a). que una persona tenga la intención de realizar un delito; b). que su intención se traduzca en actos externos que produzcan en la realidad un daño material; c). que ese daño sea más grave que el que quería producir el actor; y d). que la lesión jurídica más grave que se ha producido pertenezca a la misma especie deseada"⁽¹⁴⁰⁾. Siendo pertinente la aclaración en el sentido de que al igual que el pensamiento de Francisco Carrara, esta opinión la encontramos incompleta; - ahora bien, cuando se expresa que la lesión superior producida debe encontrarse dentro de la misma especie que la transgresión deseada y prevista, debemos entender que se hace referencia a que en la preterintención se denota una progresión en cuanto a la lesión jurídica deseada y el exceso en el resultado, no deseado ni previsto por el agente, siendo suficiente que sendas lesiones recaigan sobre un mismo bien jurídico superior, como ya lo indicamos con anterioridad.

Una vez expuestas las anteriores opiniones, consideramos conveniente manifestar cuáles son los elementos que conforman a nuestra figura en estudio, por supuesto, desde nuestra particular consideración. Para facilitar el desarrollo y conferir congruen-

(140) Ob. cit. Vol. VII. p. 82.

cia e hilaridad a las ideas ya proferidas, abstraeremos los elementos de la preterintención, partiendo de la conceptualización que de la misma hemos asentado; aseveramos en su oportunidad que entendemos por ilícito preterintencional "aquel en el cual el agente --pretende transgredir un determinado precepto legal con su conducta ilícita, previendo y aceptando de antemano el resultado que con --ello se derive; no obstante el resultado ocasionado, supera, excedente a la determinación dolosa o inicial, consistiendo este resultado dañoso más grave o final en culpa, careciendo de deseo o voluntad, pudiendo ser previsto este efecto excedente, dadas las características personales del agente, o exigidas por la ley; mediando una relación causal entre la conducta (acción u omisión) y el resultado que indefectiblemente lesiona un bien jurídicamente tutelado. Dando con esto, un delito que por sus particularidades, constituye un aspecto autónomo de la culpabilidad"⁽¹⁴¹⁾.

De un somero análisis del concepto arriba citado, es posible derivar los elementos que integran a la institución penal en comento; así pues, estimamos que la preterintención sustenta los siguientes elementos:

A). Una voluntad definida de transgredir un precepto legal (dolo).

B). Un resultado ilícito superior, no previsto ni deseado por el agente, pero previsible (culpa).

C). Los bienes o intereses lesionados al través de este tipo de ilícitos, deben mantener un orden progresivo, o bien en cerrar un bien jurídico superior.

(141) Cfr. supra. p. 46.

D). Relación causal entre la conducta tónica y antijurídica del agente, y, el resultado originado, excedente a la intención dolosa.

Aunque de guisa indirecta ya hemos abordado sucintamente cada uno de los elementos integrantes de la preterintencionalidad arriba enunciados, consideramos pertinente, establecer algunas ideas a este respecto, que sin duda coadyuvarán a reafirmar lo ya explicitado en líneas anteriores.

A). Una voluntad definida de transgredir un precepto legal (dolo). El agente que con su conducta pernetra un ilícito preterintencional, ciertamente da inicio a su proceder típico y antijurídico con una intención determinada y ancauzada a originar un resultado delictivo, previamente aceptado y previsto. Este efecto que transgrede un bien jurídicamente tutelado, necesariamente debe ser menor que el que se ocasiona por medio de los delitos cuyo resultado supera la intención del agente. Cabe hacer hincapié en que con una conducta dolosa, por parte del agente, se da comienzo a la configuración de la preterintencionalidad, y que susodicho proceder doloso sustenta la característica de manifestarse en su modalidad de dolo directo, como ya quedó debidamente explicitado en su oportunidad expositiva⁽¹⁴²⁾.

B). Un resultado ilícito superior, no previsto ni deseado por el agente, pero previsible (culpa). Una vez anotada la conducta dolosa, debe sobrevenir en el agente un proceder culposo que ocasionará ineluctablemente un resultado mayor al previsto; -- este efecto excedente debe contener la característica de ser fácti

(142) Véase supra. p. 137.

camente previsible, esto es, que el agente, dadas sus condiciones personales, o bien atento a los deberes de cuidado que la ley impone, le fue posible efectuar la previsión de que posiblemente ocurriría el resultado que con su conducta ilícita originó; no obstante lo anterior, el sujeto no previó susodicho resultado típico y antijurídico superior o más grave; constituyendo de esta manera el segundo elemento de nuestra institución jurídico-penal el proceder culposo del agente.

Cabe destacar que la conducta culposa que interviene en la configuración del delito preterintencional, encuentra su ubicación y aparición inmediatamente después de acabada la acción u omisión dolosa, y es en este orden precisamente, como siempre observaremos que se presentan durante la consumación de un ilícito cuyo efecto es mayor al deseado y aceptado previamente por el agente.

Igualmente es apropiado aclarar que al referirnos al elemento culpa, dentro de la integración de nuestra figura penal no hacemos alusión a las formas que de ésta tradicionalmente se aceptan, a saber: culpa consciente, con previsión o representación; y culpa inconsciente, sin previsión o sin representación; en la inteligencia de que como ya lo indicamos anteriormente, partiendo de nuestro criterio, sólo podemos aceptar como culpa propiamente y en este caso, la que va a formar parte integrante de la preterintencionalidad, a la culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, equiparando a la otra forma de conducta culposa al dolo eventual (143).

Es importante considerar estos aspectos en tratándose de la conformación del delito preterintencional, en virtud de que al soslayarse cualquier consideración atinente a este particular, se

(143) Consultar supra. p. 126.

perdería ineluctablemente la correcta estructura de nuestra institución en estudio, o en su defecto, se obtendría una errónea comprensión de la composición del delito preterintencional.

C). Los bienes o intereses lesionados al través de este tipo de ilícitos, deben mantener un orden progresivo, o bien en cerrar un bien jurídico superior.

Hemos afirmado que no es menester, en tratándose de la preterintencionalidad, que los intereses jurídicamente tutelados que se transgreden, pertenezcan al mismo grupo o familia, sino que es suficiente que ambos mantengan un orden progresivo, es decir, que la lesión inicial o dolosa progresa en una línea, hasta agotarse en una violación superior más grave, encerrando ambas lesiones, un quebrantamiento a un bien más alto o mayor⁽¹⁴⁴⁾.

D). Relación causal entre la conducta típica y antijurídica del agente, y, el resultado originado, excedente a la intención dolosa.

Es requisito inobjetable que para atribuir o imputar un determinado efecto o resultado delictivo (preterintencional en este caso) a un sujeto, éste transgreda con su conducta un bien jurídicamente tutelado; ahora bien, entre la conducta ilícita del agente y el resultado típico y antijurídico producido, necesariamente debe mediar una relación o nexo causal, para poder realizar la referida incriminación al sujeto.

Este nexo causal, consiste en la correspondencia o conexión tanto material como psicológica que media entre la acción u omisión típica y antijurídica del agente y el efecto o resultado i-

(144) Cfr. supra. p. 151.

lícito, producido por el citado proceder delictivo; esto es, existe nexa causal en un delito preterintencional cuando no es factible la supresión de la conducta ilícita del agente, para ocasionar la producción del resultado que supera a la previsión y aceptación de aquél, en la inteligencia de que si se suprime la conducta delictiva, no siendo óbice para la producción del efecto que transarede un bien jurídico superior, no es posible afirmar que se haya perpetrado una conducta sancionada por las leyes punitivas.

A este singular punto, el maestro Porte Petit Candaudap, expresa una interesante opinión, que además de acertada, resume --- nuestro particular criterio, en lo atinente a este respecto, motivo por el cual transcribimos a continuación su aserto. "La relación causal es el nexa que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: el resultado. De aquí -- el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, deben concurrir para dar por existente 'el hecho', elemento del delito -- (cuando el tipo así lo exige): una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento 'hecho', se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexa naturalístico entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto). Pero para que un sujeto sea responsable, no basta el nexa naturalístico, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, verificar la existencia de una relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad, lo cual constituye un elemento del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y consiguientemente, la relación causal, es necesario la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad"⁽¹⁴⁵⁾.

(145) Importancia... Ob. cit. p. 341.

No huelga reconocer lo atinado del párrafo transcrito a rriba, además de resaltar que el jurista citado, acepta como elemento del delito al nexu o relación causal, juicio que nosotros - hacemos extensivo en lo conducente a nuestra figura jurídico-pe-nal.

Con esta lacónica exposición, agotamos los objetivos -- propuestos en el presente capítulo; ahora pasamos a desarrollar - en capítulo separado, el aspecto punitivo de la institución jurídica en comento.

CAPITULO V.

PUNIBILIDAD EN LA PRETERINTENCION.

SUMARIO.

1. La punibilidad como consecuencia de la comisión de un delito.
2. La punibilidad en los delitos intencionales e imprudenciales en nuestro Derecho Positivo.
3. La punibilidad en los delitos preterintencionales.
 - 3.1. Artículo 60 del Código Penal.
 - 3.2. Referencia a algunos casos concretos.
4. Crítica a la punibilidad en los delitos preterintencionales de acuerdo a nuestro Código Penal.
5. Nuestra postura a seguir en la punibilidad en los delitos preterintencionales.

CAPITULO V.

PUNIBILIDAD EN LA PRETERINTENCION.

Mediante el desarrollo del presente capítulo, pretendemos fundamentalmente exponer, primeramente nuestra consideración con respecto a la punibilidad de los delitos, esto, en la inteligencia de explicitar cuál es nuestra postura en lo atinente a este particular, para posteriormente efectuar una crítica en cuanto a la punición de los delitos preterintencionales, de acuerdo a lo establecido por nuestra codificación penal vigente, toda vez que no compartimos el criterio que el legislador asentó en lo conducente a la institución jurídica en análisis, para por último, proponer el tratamiento punitivo que partiendo de nuestra opinión es el correcto, en lo que respecta a la preterintención. Desde luego, -- para conseguir lo anterior, es preciso presentar una exposición en cuanto a la punibilidad de los ilícitos preterintencionales; así pues abordaremos aunque un tanto cuanto de guisa reducida, la punibilidad que nuestro Código Penal aplica a los delitos intencionales, así como el tratamiento que en este sentido preceptúa nuestra codificación penal en lo respectivo a los ilícitos no intencionales o de imprudencia según terminología empleada por el Código Penal para el Distrito Federal vigente. Una vez delimitado el contenido del presente capítulo, en términos generales, estamos en condiciones de iniciar propiamente el desarrollo de los apartados que componen a éste.

1. La punibilidad como consecuencia de la comisión de un delito.

En este apartado, consideramos conveniente aclarar cuál es la ubicación que corresponde a la punibilidad dentro de la Teoría del delito, atento lógicamente a nuestro criterio; lo anterior en virtud de que aún no prevalece en la doctrina jurídica, una consideración aceptada unánimemente por los estudiosos de nuestra materia. Iniciaremos la presente exposición presentando algunas -- conceptualizaciones con las que se comprende a la punibilidad, manifestando la nuestra, para continuar con la aseveración y fundamentación de estimar a la punibilidad como consecuencia de un delito

A). Concepto de punibilidad.

Son múltiples las conceptualizaciones que se han expresado en lo tocante a la punibilidad, aquí sólo citaremos algunas de éstas, no pretendiendo agotar de ninguna manera su totalidad, pero sí las más atinadas a nuestra consideración.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra expresa que la punibilidad es la "amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social" (146).

De la lectura de la conceptualización transcrita, se colige que al parecer del tratadista Pavón Vasconcelos, la punibilidad es el empleo de la coercitividad por parte del Estado, en toda ocasión que se violen los intereses jurídicamente tutelados por éste; aunque acertada la comprensión que el maestro mexicano efectúa a este particular, consideramos que soslaya absolutamente que algu

(146) Ob. cit. Parte General. p. 421.

nas conductas que transgreden las normas legales impuestas, no son castigadas en virtud de no reunir la totalidad de los elementos que integran un delito, o bien por así convenir a la política criminal, tal es el caso de las excusas absolutorias.

Por su parte el jurista Fernando Castellanos Tena, al abordar el presente punto expresa que la punibilidad es: "a). Merecimiento de penas; b). Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos; y c). Aplicación fáctica de -- las penas señaladas en la ley"⁽¹⁴⁷⁾.

El maestro Castellanos Tena, al insertar la conceptualización arriba citada, realiza una compilación de las diversas acepciones con que se acoge el término punibilidad, ya que en el inciso a). de su conceptualización se refiere a este término en el sentido de que una conducta es punible en cuanto merezca la aplicación de un castigo, tal merecimiento va a originar que el Estado al través de sus instituciones imponga legalmente susodicha sanción. En lo referente al inciso b). el insigne tratadista hace referencia al ejercicio del "jus puniendi" que el Estado realiza mediante la cominación de infligir determinadas conductas previamente reconocidas y sancionadas en la codificación penal, aún de que se reúnan los requisitos exigidos por los presupuestos legales; por último en el inciso c). indica que también se entiende por punibilidad la acción específica y particular de imponer al agente, la pena concreta a -- que se hizo acreedor en virtud de su conducta ilícita.

Consideramos que a pesar del esfuerzo efectuado por el ilustre maestro mexicano, al expresar su concepto a este respecto, - no delimita apropiadamente el carácter que es inmanente a la puniblidad, incurriendo en consideraciones generales en lo atinente a es

(147) Ob. cit. p. 267.

te particular; en donde encierra más acertadamente la característica ineluctable de la punibilidad, a nuestro parecer es en el inciso b).

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo, ofrece en una conceptualización del término punibilidad, una acertada exposición de lo que ésta, en su esencia contiene, así nos dice el citado jurista que una acción es punible "cuando en la ley está conminada con una pena, requiriéndose en ésta, condiciones objetivas para su justificación"⁽¹⁴⁸⁾.

No obstante lo somero del aserto proferido por el citado jurista, denotamos que no omite la esencia que contiene la punibilidad, esto es una conminación o amenaza de imponer una sanción, por parte del Estado a quien con una conducta típica y antijurídica (que reñe los requerimientos exigidos), lesione un bien jurídicamente protegido.

Por nuestra parte, entendemos por punibilidad la conminación o amenaza que el Estado por medio de la ley penal, dirige a los sujetos de Derecho que con su conducta lesionen un bien de la sociedad, reconocido y protegido jurídicamente, toda vez que se presenten la totalidad de elementos y condiciones objetivas de los tipos en particular.

B). La punibilidad, consecuencia de un delito.

Hemos indicado que en lo tocante a este punto, no existe un criterio uniforme en cuanto a considerar a la punibilidad como un elemento, o bien como una consecuencia del delito, es por ende que consideramos pertinente aclarar cuál es nuestra postura en

(148) Derecho Penal... Ob. cit. Parte General. p. 218.

este aspecto, aduciendo los razonamientos que nos conducen a mantener nuestro criterio en lo relativo a este punto.

Primeramente, presentaremos algunas opiniones de notables juristas, erróneas en nuestro concepto, toda vez que estiran a la punibilidad como un elemento del delito, para posteriormente manifestar nuestro criterio, es decir, exponer a la punibilidad como una consecuencia de un ilícito, transcribiendo algunas consideraciones en este sentido de loables tratadistas, asimismo expresando las nuestras, en lo conducente a la presente exposición.

Dentro del grupo de tratadistas que consideran equivocadamente a la punibilidad como parte integrante de todo ilícito, citaremos a los siguientes: a). Franz von Liszt; b). Luis Jiménez de Asúa; y c). Eugenio Cuello Calón.

a). Franz von Liszt, notable jurista alemán, al emitir en su obra el concepto de delito, comprende dentro de éste a la punibilidad, otorgando erradamente con esto, el carácter de elemento del delito: "un acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena" (149).

Al fundamentar la aseveración que nos ocupa el insigne maestro explica:

"El legislador no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción, pues de los actos culpables selecciona algunos para formar hechos constitutivos de delitos sancionados con penas" (150).

(149) Ob. cit. Vol. II, p. 265.

(150) Ibidem, p. 266.

b). El tratadista argentino Luis Jiménez de Asúa, al avocarse a la exposición de la punibilidad, explica que la característica primordial de todo ilícito, lo constituye precisamente el de ser punible, opinión que nos sorprende, dado el acierto que generalmente mantiene el maestro Jiménez de Asúa al exponer su criterio jurídico.

Pues bien, el autor en comento, considera que la punibilidad es "el carácter específico del crimen, pues sólo es delito - el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena"⁽¹⁵¹⁾.

c). Para el jurista Eugenio Cuello Calón, el delito - consiste esencialmente en una "acción punible"⁽¹⁵²⁾, confiriendo - con este criterio a la punibilidad, la cualidad de condición indefectible para la configuración de cualquier ilícito, incurriendo - con tal postura en craso error de consideración en lo que respecta específicamente a la punibilidad.

No obstante de provenir las ideas transcritas, de prominentes estudiosos de nuestra materia, mantiene cada una de ellas - la equivocación de ubicar a la punibilidad inmersa en los elementos que conforman e integran invariablemente al delito.

Pasamos ahora, a presentar algunas de las ideas que correctamente consideran a la punibilidad como una consecuencia de - un ilícito penal. No afirmamos, claro está, que quienes mantienen este criterio, tengan mayor relevancia que los arriba mencionados, más sí que, en lo conducente a este particular, poseen la opinión acertada. Anotaremos dentro de este grupo de juristas, las ideas a este respecto proferidas por a). Fernando Castellanos; -

(151) La Ley... Ob. cit. p. 460.

(152) Ob. cit. Parte General. p. 195.

b). Ignacio Villalobos; c). Sebastián Soler; d). Celestino Por_{te} Petit; y e). Raúl Carrancá.

a). Expresa acertadamente el maestro Castellanos Tena, cuando explicita que la punibilidad es consecuencia del delito:

"La punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral, dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. Una sanción o una abstención humana son penas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles"⁽¹⁵³⁾.

b). Por su parte el tratadista Ignacio Villalobos, man_{tiene}, igualmente, la postura de que la punibilidad no es en definitiva, un elemento de los que integran al delito, confiririéndole por ende la calidad de consecuencia de éste, así nos dice el maestro mexicano que: "la pena es la reacción de la sociedad y por ello externa a aquél, constituyendo su consecuencia ordinaria; un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible"⁽¹⁵⁴⁾.

(153) "La punibilidad y su Ausencia". Criminalia. Año. XXVI. Ed. Porrúa, México 1960. p. 115.

(154) Ob. cit. p. 204.

c). Es digno citar también la concepción que a este -- respecto expresa Sebastián Soler, quien manifiesta en su obra que -- no debe considerarse a la punibilidad como un rasgo esencial del de-- lito, toda vez que tal criterio es del todo equivocado, en la inte-- ligencia de que efectivamente una consecuencia, un efecto del deli-- to; transcribimos a continuación el razonamiento efectuado por el -- referido tratadista que lo conlleva a concluir susodicha asevera--- ción: "Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y -- adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir el delito como acto punible y decir que éste es un acto antijurídico, culpable, y, punible, importa incurrir en el -- error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que -- precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene defi-- nir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que cuando los elementos concurren, la pena pueda o deba apli-- carse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto -- más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos".⁽¹⁵⁵⁾.

d). El maestro Celestino Porte Petit Candaudap, aunque en un principio optó por estimar a la punibilidad inmersa en la con-- figuración del delito, criterio obviamente desacertado, posterior-- mente recapacita acertadamente y se retracta de su afirmación, rec-- tificando ergo, su opinión en cuanto a apreciar a la punibilidad co-- mo una consecuencia sólo del delito. De esta guisa Porte Pe-- tit primeramente profirió erradamente su criterio al afirmar: "Pa-- ra nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexi-- cana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del -- ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter --

(155) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Vol. I. Ed. Depalma. Argentina 1951. p. 240.

del delito y no una simple consecuencia del mismo" (156).

Posteriormente, como producto de diversas y extensas investigaciones, el jurista en cuestión, corrige su anterior apreciación en lo respectivo a la punibilidad, aduciendo los siguientes planteamientos: "cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual -- viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito" (157).

e). En el mismo sentido, Raúl Carrancá y Trujillo, reconoce y manifiesta, que es menester estimar a la punibilidad como una consecuencia originada por una conducta típica y antijurídica, siendo por lo mismo acertada la postura acogida por el maestro mexicano, huelga decir que nosotros, decididamente apoyamos y nos apegamos a lo expuesto a este particular por el referido jurista Carrancá y Trujillo que en lo conducente, establece en su obra:

"El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito ha sido criticado por decirse que está contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable o bien porque, si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que se hace es dar al delito un sello externo y distintivo de las demás acciones.

Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, no con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibi-

(156) Importancia... Ob. cit. p. 60.

(157) Apuntamientos... Ob. cit. Vol. I. p. 150.

lidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito" (158).

Los criterios arriba reproducidos, convergen absolutamente con nuestra postura en lo atinente a la consideración de -- cuantificar a la punibilidad como una consecuencia del delito y no como un elemento, por lo que sería tautológico y redundante continuar expresando nuestras ideas en este sentido; siendo apropiado lo ya anotado para comprender nuestro sentir en lo relativo a este tema en particular.

Nos ocuparemos brevemente ahora, de lo preceptuado por el artículo 7°. de nuestra codificación punitiva. Dice en lo conducente el referido precepto legal:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

De lo anotado cabe destacar que el legislador pretendió al proferir la anterior conceptualización, considerar a la punibilidad como elemento integrante del delito, lo que a nuestro parecer es un craso error; toda vez que en un ordenamiento penal es innecesario expresar lo que debe entenderse por delito, ya que de ello se encarga diligentemente la doctrina, además que incurre en una equívocación técnica al estimar a la punibilidad como elemento y no como consecuencia del delito.

El legislador, al establecer las conductas que van a ser sancionadas punitivamente, debe enunciar simplemente cuáles son las condiciones objetivas que se precisa concurren en una conducta y su resultado, para así consecuentemente renar concretamente susodicha acción u omisión. La punibilidad debe servir, para

(158) Derecho Penal... Ob. cit. Parte General. p. 219.

efectos legislativos y en su caso de procesabilidad, para distinguir las conductas que socialmente no lesionan un interés, de aquellas que con su realización sí transgreden un bien social, asi mismo para conminar con una pena la perpetración de estas últimas.

Es por lo anterior que estimamos, por una parte innecesario que nuestro Código Penal comprenda la conceptualización del delito, y por la otra, equivocado el criterio del legislador al incluir para la integración del ilícito a la punibilidad, toda vez que ésta es consecuencia de aquél y no elemento como lo estableció en el transcrito artículo 7°.

2. La punibilidad en los delitos intencionales e imprudenciales en nuestro Derecho Positivo.

En el presente apartado, expondremos de guisa sencilla, el tratamiento punitivo que nuestro ordenamiento penal, preceptúa deben aplicarse a los delitos cometidos dolosa o culrosamente.

Primeramente nos ocuparemos de los ilícitos intencionales para pasar a tratar en lo conducente a los no intencionales o de imprudencia, como los denomina el Código Penal para el Distrito Federal en su numeral 8°.

A). Punibilidad en los delitos intencionales.

En tratándose de ilícitos cuya realización esté impregnada de los caracteres de dolo, su punición no presenta mayor problemática, atento a lo dispuesto a este respecto por nuestra codificación punitiva; cuando la comisión de un determinado delito pueda calificarse acertadamente de intencional, sencillamente se estará a lo que específicamente establece nuestro ordenamiento penal, esto es a los límites que expresamente determina la referida ley - (parámetro de la sanción) a cada una de las conductas jurídicamente reconocidas como delitos. A mayor abundamiento, a cada delito cometido dolosamente, corresponde una punición específica, contenida singularmente en la ley penal vigente.

Consideramos pertinente transcribir, las reglas legales que en la imposición concreta de las sanciones, es menester que el juez conocente de un delito, observe para expresar su sentir judicial.

Primeramente citaremos el precepto que otorga al juez - el arbitrio judicial que éste debe utilizar al fijar las penas, como consecuencia de la comisión de un ilícito, aclarando que susodicho arbitrio no es absoluto, sino restringido, toda vez que para ser

virse de éste, el juez debe contemplar la naturaleza de la pena -- que la ley penal ordena se imponga a cada conducta delictiva en -- particular, así como, los lineamientos a que ésta debe sujetarse.

El artículo 51, párrafo primero, del Código Penal para - el Distrito Federal, reza al siguiente tenor:

"Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de - ejecución y las peculiares del delincuente".

Por su parte el artículo 52, se encarga de indicar aquellos datos personales y sociales del agente responsable de un ilícito, así como las circunstancias que tienen lugar en la comisión de un delito, que van a regular el arbitrio judicial, que menciona el artículo arriba mencionado.

Cabe hacer mención, que mientras el artículo 51, párrafo primero, de nuestra codificación penal, se refiere a los caracteres externos de ejecución y las de índole personal del agente desde una concepción general; el artículo 52, especifica y particulariza estas peculiaridades, incurriendo con esto, en una conexión - redundante dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Asimismo es digno el reconocer que en su generalidad, el artículo 52 del Código Penal vigente, determina reglas que no son consideradas convenientemente, o bien su observancia es nula en la práctica judicial, debido sobre todo a la costumbre forense de --- nuestros órganos que ministran la justicia.

El referido artículo 52 de nuestra ley penal establece - lo siguiente:

"Artículo 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

2°. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas;

3°. Las condiciones especiales en que se encontraba - en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, - de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

4°. En tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 213 de este Código".

Dicho lo anterior, afirmamos de nueva cuenta que en lo referente a la punibilidad en los delitos intencionales, o bien de losos como los llama la doctrina jurídica, no existe dificultad -- trascendente alguna, en virtud de la especificidad que nuestra ley penal establece.

B). Punibilidad en los delitos imprudenciales o no intencionales.

Nuestro ordenamiento punitivo, al establecer específicamente las sanciones aplicables a los delitos perpetrados culposa o

no intencionalmente, determina reglas de carácter general que deberán inobjetablemente ser acatadas por los jueces que conozcan de este tipo de ilícitos. Aseveramos que son normas de carácter general, debido a que, por el contrario de lo que sucede en la punibilidad específica de los delitos intencionales, en los no intencionales o de imprudencia, se aplican penas que obedecen a lineamientos globales previamente preceptuados por la ley; el juez no debe en ningún momento dejar de atender las características que nuestro Código Penal vigente, contiene para la punición de esta clase de conductas antisociales.

El artículo en el cual localizamos la punibilidad de los delitos no intencionales o de imprudencia⁽¹⁵⁹⁾, es el señalado con el numeral 60 de nuestro ordenamiento penal vigente, el cual en lo conducente es del siguiente tenor:

"Artículo 60. Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la

(159) En el artículo 60 de nuestro Código Penal vigente, se incluye asimismo la punibilidad aplicable a los ilícitos preterintencionales, lo anterior se contempla en la fracción VI; sin embargo por ser esto, materia de estudio y elucidación pormenorizadas en la presente obra, omitimos deliberadamente su transcripción, reservando su adecuado examen a líneas posteriores (Consultar infra. p. 185 y ss.).

misma naturaleza. Igual pena se impondrá, cuando se trate de --- transporte escolar.

La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá 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 resultó;

II. Si para ello bastaban una reflexión o atención or dinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

III. Si el inculpaado ha delinquirido anteriormente en - circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cui- dado necesarios;

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en - los servicios de empresas transportadoras, y en general, por con- ductores de vehículos.

En líneas precedentes, comentamos que nuestra legisla- ción penal vigente al indicar la punición de los delitos culposos, atiende a la vetusta clasificación de la culpa en leve y grave⁽¹⁶⁰⁾, en virtud de conceder al juez, el arbitrio judicial para conside- rar la mayor o menor facilidad de previsión con que contó el agen- te para actuar ilícitamente, o en su caso de evitar el daño que so- brevino como efecto de un proceder culposo y con fundamento en su- sodicha estimación, imponerle una pena adecuada y apegada a lo dis- puesto en lo conducente por la legislación punitiva; lo anterior - lo observamos claramente expresado en las fracciones I, II, y IV - del artículo arriba reproducido, en la inteligencia de que no co- rresponderá igual sanción al agente cuya conducta conlleva inmanen-

(160) Véase supra. p. 132.

te cierta facilidad para prever el resultado que ésta originará, - que a aquél cuya previsión del efecto que ocasiona con su acción u omisión típica y antijurídica, presente un innegable mayor grado - de dificultad.

Por su parte el artículo 61 del Código Penal para el -- Distrito Federal, establece y delimita el máximo que puede contener la pena o sanción que debe aplicarse al agente responsable de un delito no intencional o de imprudencia, esto es, la punición -- que corresponde al agente que cometió culposamente un delito, la - referida sanción no debe exceder de las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito cometido dolosamente.

Lo arriba indicado, no obstó para que el legislador, en la referida codificación penal, haya establecido un acertado encau zamiento punitivo, al favorecer al agente que comete un ilícito de guisa no intencional, cuya pena sea alternativa y contenga una que no sea de carácter privativa de la libertad; esta última prevalece rá en este caso en particular, sobre la sanción que sí priva de la libertad al agente. Este avance contenido en el artículo 61 de - nuestro Código punitivo, lo encontramos precisamente en su párrafo segundo.

El citado artículo 61, a la letra dice:

"Artículo 61. En los casos a que se refiere la prime- ra parte del primer párrafo del artículo anterior, las penas por - delitos de imprudencia, con excepción de la reparación del daño no excederán de las tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito de que se trata fuere intencional.

Siempre que al delito intencional corresponda sanción - alternativa que incluya una pena no corporal, aprovechará esa si--

tuación al delincuente por imprudencia".

Por último aludiremos sucintamente a una excepción de lo dispuesto por la primera parte del artículo 60, en relación con lo establecido por el numeral 61, ambos de nuestro ordenamiento penal ya comentados en este apartado. Aseveramos que constituye una exclusión a la regla general, en virtud de que a los delitos de imprudencia comprendidos taxativamente en el artículo 62 de nuestra legislación punitiva vigente, se les otorga una pena atenuada comparativamente con lo preceptuado por los artículos 60 y 61 a este respecto.

Así denotamos que en el párrafo del artículo 62 del Código Penal para el Distrito Federal, se indica que en tratándose de determinados delitos contra la integridad corporal o el patrimonio, con la característica de que su comisión se haya efectuado culpablemente, se precisa de querrela de parte ofendida para su legal persecución y punición al agente responsable; demostrando con lo anterior una medida acertada de política criminal, en la inteligencia de que estos ilícitos, si son cometidos culpablemente, deben ser tratados punitivamente atendiendo a la consideración de que el agente que incurrió en un delito de estas características, no es propiamente un delincuente, sino un imprudente cuya ausencia de previsión le impidió abstenerse en la realización de su conducta típica y antijurídica; los beneficios que reditúa la aplicación de susodicha medida son a la postre, el evitar que los imprudentes se conviertan en verdaderos delincuentes, amén de penas inapropiadas o convivencia con delincuentes, en virtud de su reclusión al purgar una condena privativa de la libertad.

Pasamos ahora, a transcribir el precepto en comento, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 62. Cuando por imprudencia se ocasione únicamente daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo, se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta.

La misma sanción se aplicará cuando el delito de imprudencia se ocasione con motivo del tránsito de vehículos cualesquiera que sea el valor del daño.

Cuando por imprudencia y con motivo de tránsito de vehículos se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290⁽¹⁶¹⁾, de este Código, sólo se procederá a petición de parte, siempre que el presunto responsable no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares

Lo dispuesto en los párrafos anteriores, no se aplicará cuando el delito se cometa en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos, navíos, aeronaves o en cualquier transporte de servicio público federal o local, o transporte de servicio escolar".

Observamos que en lo atinente a la punibilidad de los ilícitos cuya comisión reúne los elementos del grado de culpabilidad denominado culpa, se estará a lo establecido por los artículos arriba citados y brevemente comentados, los cuales preceptúan reglas de carácter general, salvo mínimas excepciones. Desde nuestro personal punto de vista, la punición que ordena nuestra legislación penal vigente a este tipo específico de delitos, es apropiada en virtud de que les otorga un tratamiento ecuánime al no tasarles su respectiva sanción con apoyo al resultado material que

(161) Las lesiones a las que hacen alusión los artículos 289 y 290 del ordenamiento punitivo en vigor, son aquellas que al inferirse, no ponen en peligro la vida del agraviado y tardan en sanar menos o más de quince días. Igualmente se refieren a las lesiones que ocasionan alguna cicatriz perpetuamente notable en la cara del lesionado.

se deriva de una conducta culposa, sino que al punir a estos ilícitos, se estima el estado volitivo del agente, esto es, la ausencia de previsión y la carencia de deseo o aceptación del resultado, efecto de susodicha conducta de imprudencia. Asimismo aseveramos que nuestro ordenamiento punitivo en vigor, al delimitar la punibilidad fundamentalmente con base en la subjetividad del agente, sienta un correcto criterio a este respecto; confiriendo de esta guisa al juzgador elementos suficientes para allanar su función en el caso concreto de la penalidad de los delitos culposos.

Así colegimos que en lo referente a la punibilidad de -- los delitos dolosos, existe un tratamiento particular, de acuerdo -- al delito determinado que haya que punir; y en tratándose de delitos culposos, nuestro ordenamiento punitivo vigente establece reglas de carácter general, para que con fundamento en éstas se sancione este tipo de ilícitos, siendo a nuestra consideración, acertadas ambas estipulaciones del legislador en lo atinente a este punto.

3. La punibilidad en los delitos preterintencionales.

Dentro de este apartado, abordaremos brevemente, por una parte las diversas opiniones que se han referido en cuanto a la punición correspondiente a los delitos preterintencionales y, por la otra, comentaremos el criterio que en particular adopta nuestra ley penal sustantiva en este sentido, asimismo el tratamiento punitivo concreto que se ha conferido en determinados casos especifi--cos valorados por nuestro poder judicial.

Cabe destacar que los puntos arriba mencionados, tendrán un desarrollo precisamente descriptivo, reservándonos las críticas a que haya lugar, las cuáles son materia del siguiente apartado.

Hemos aseverado en el transcurso de la presente obra, -- que en la comisión de un ilícito preterintencional, existe desproporción entre la intención o propósito del agente y el delito o resultado derivado de la acción, por ser éste último, superior a su--sodicha intención; además demostramos que no obstante la mixtura -- que existe en este tipo de ilícitos de dolo y culpa, debe conside--rarse a éstos como delitos "sui generis", atento a lo expuesto en lo atinente a este particular; ahora bien, los estudiosos de nues--tra materia aún no emiten una estimación unánime, en lo referente a la punibilidad que debe observarse en tratándose de los ilícitos preterintencionales. Así denotamos que actualmente, la doctrina del Derecho Penal, al establecer la punibilidad correspondiente a los delitos que nos ocupan, fundamentalmente considera que son a--plicables dos acepciones perfectamente diferenciadas: la primera que atiende al elemento subjetivo del ilícito, esto es a la inten--ción delictiva del agente; y la segunda, la cual se apoya en el e--lemento objetivo del resultado típico y antijurídico, es decir al efecto derivado de la conducta ilícita, que excede a la intención del agente en este caso en específico.

Para simplificar la presente exposición, nos permitimos desarrollar por separado ambas posturas.

A). Para el primer grupo de estudiosos de nuestra materia, los cuales propenden hacia la estimación del elemento subjetivo para sancionar los delitos preterintencionales, omitiendo un -- tanto cuanto el resultado que constituye un ilícito progresivo, -- superior comparativamente con el que inicialmente deseó perpetrar el agente, la pena correspondiente a este tipo determinado de conductas delictivas, debe atender precisamente al delito que aquél -- quiso cometer, es decir a la intención delictiva del agente; ergo se punirá la preterintencionalidad como si únicamente se hubiese -- efectuado el delito que de antemano deseó y aceptó el delincuente, soslayando completamente el resultado que debido a la ausencia de previsión de aquél, sobrevino.

B). En cuanto al segundo grupo, que basa su valoración en el aspecto externo del ilícito, en el elemento objetivo de éste se atribuye la totalidad del resultado, aun el excedente de la intención delictiva del agente, a la voluntad de éste, es decir, como si el efecto superior hubiese sido deseado y aceptado (previsto) anticipadamente por el delincuente, atento a esto, para este -- grupo la pena aplicable a los delitos preterintencionales será idéntica a la correspondiente a los ilícitos dolosos, no apreciando en ningún momento que existe marcada desproporción entre la intención y el resultado conformantes de esta clase de transgresiones a la ley penal. Con esta consideración, los ilícitos preterintencionales adquieren características de los denominados "delitos calificados por el resultado", aspecto que en definitiva ya ha sido superado por la doctrina jurídica de vanguardia.

No debemos aceptar de ninguna manera, que exista una posición intermedia en la apreciación de la preterintención, especí-

ficamente en lo referente a su punición; es decir que para sancionar un delito de este tipo en particular, primeramente se castigue de acuerdo al estado volitivo del agente, lo que concierne a un delito doloso, además de adicionar la sanción correspondiente al resultado mayor o excedente a título de culpa, y una vez efectuada la suma, el total obtenido, equivaldrá al castigo imputable al agente; toda vez que susodicha opinión encajaría dentro de la punición análoga al concurso de delitos, situación que se encuentra bien definida y diferenciada de la preterintención, no aceptando ésta, tratamiento punitivo similar al del citado concurso delictivo; amén de que al incurrir en el anterior y erróneo supuesto, tendría necesariamente que negarse la ubicación de delito "sui generis", y con lo cual se invalidaría rotundamente la naturaleza de la preterintención, que con antelación explicitamos⁽¹⁶²⁾.

Hasta aquí, las interpretaciones proferidas por los estudiosos de nuestra materia al abordar a la punibilidad en tratándose de delitos preterintencionales. A continuación anotamos el criterio que sostiene nuestra codificación punitiva en vigor.

(162) Consultar supra. p. 139.

3.1. Artículo 60 del Código Penal.

En virtud de la adición efectuada a la ley penal aplicable dentro del Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal⁽¹⁶³⁾, precisamente al artículo 8º., reconociendo en su fracción III a los delitos preterintencionales, hubo la necesidad de otorgarle a éstos una determinada punibilidad, toda vez que con antelación no existió reconocimiento expreso dentro de susodicho ordenamiento punitivo; fue -- así como se adicionó simultáneamente el artículo 60, el que desde entonces establece la punición correspondiente a la preterintencionalidad en su fracción VI, en relación a lo establecido en lo conducente por el artículo 51, párrafo segundo del mismo ordenamiento legal.

Ya nos hemos referido anteriormente al artículo 60 de nuestra codificación penal vigente, sin embargo ahora nos es particularmente interesante lo establecido concretamente en la fracción VI de este precepto legal, el cual reza al siguiente tenor:

"Artículo 60.

VI. En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

Asimismo es conveniente reproducir el párrafo segundo, del artículo 51, que guarda estrecha relación con la ya transcrita fracción VI del numeral 60 de nuestro Código Penal en vigor, y que a la letra expresa:

(163) La codificación punitiva en mención, acudió una serie de reformas y adiciones, que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984.

"Artículo 51. En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64 bis., y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días".

En cuanto a la punibilidad de los delitos preterintencionales, atento a lo dispuesto por el artículo 60, fracción VI de -- nuestra ley punitiva, cabe hacer hincapié en la facultad concedida al juez, para que éste, de acuerdo a su arbitrio disminuya o no la pena que se inflija al agente que incurra en una transgresión a un bien jurídicamente protegido, mediante la perpetración de un ilícito con estas peculiaridades, teniendo en cuenta o partiendo de la pena prevista para cada delito que se cometa dolosamente.

3.2. Referencia a algunos casos concretos.

Considerando que para el desarrollo del presente punto, es menester recurrir al criterio judicial que en tratándose de delitos preterintencionales, se ha proferido; nos avocamos a la búsqueda de sentencias cuyo fallo recayera sobre ilícitos cuyo resultado fuese superior a la voluntad delictiva del agente responsable es decir, preterintencionales.

No obstante de agotar la generalidad de juzgados penales con este objetivo, nuestra exploración resultó infructuosa, en virtud de la inexistencia absoluta de siquiera alguna resolución judicial que contuviera o refiriera este tipo de ilícitos.

Al comprender y comprobar esta situación, que definitivamente no satisfaría el objetivo a cumplir en este apartado; optamos por cuestionar a algunos jueces penales, en materia del Fuero Común, huelga decir, que no todos estos funcionarios accedieron a conversar con nosotros sobre este respecto. Ahora bien, los que consintieron en ser abordados con preguntas referentes a este particular, comentaron que desafortunadamente es excepcional emitir alguna sentencia que catalogue a un ilícito como preterintencional toda vez que lo habitual es sancionar una conducta típica y antijurídica como dolosa y culposa, mas es difícil encontrar algún ilícito preterintencional. Lo anterior es resultado primordialmente de la práctica forense, que aún conserva como válida y única la tradicional postura de encuadrar las conductas antisociales dentro de la clasificación bipartita de los grados o especies de culpabilidad, a saber: dolo y culpa. Dando como resultado que no se emitan sentencias con respecto a la preterintención.

Cabe destacar que en el punto referente a la concertualización que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desarrolla

do con antelación⁽¹⁶⁴⁾, igualmente resultó estéril la búsqueda de algún criterio jurisprudencial, o bien un precedente asentado en lo atinente a este respecto, a partir de la vigencia del artículo 8º., fracción III, en virtud de la reforma al Código Penal para el Distrito Federal, efectuada el 13 de enero de 1984. Lo que viene a confirmar la carencia de fallos proferidos por los jueces conscientes de delitos cuyas características concuerdan con los de los preterintencionales propiamente.

En atención a lo anterior, confirmamos nuestra aseveración de que los ilícitos preterintencionales permanecen omitidos en cuanto a su consideración doctrinal, y en este caso judicial, ya que no obstante que han sido legalmente reconocidos, éstos no han encontrado su verdadera y legítima relevancia jurídicas y permanecen así, mientras no se acoja una postura diferente en cuanto a la preterintención concierne, lo cual es imperativo impostergable para subsanar errores al sancionar específicamente determinadas conductas típicas y antijurídicas, así como convertir a los preceptos legales contenidos en nuestro ordenamiento penal vigente, relativos a la preterintención, en letra muerta, sin aplicación alguna; debido a vicios de apreciación y valoración jurídicas por parte de los órganos jurisdiccionales competentes en este aspecto en particular.

Es por lo referido, que propugnamos por un adecuamiento efectivo en lo atinente a la estimación doctrinal y judicial en tratándose de la preterintencionalidad, no dejando de lamentar la situación que impera actualmente, en lo referente a la institución jurídica-penal, materia de la presente exposición⁽¹⁶⁵⁾.

(164) Cfr. supra. p. 35 y ss.

(165) Los juzgados penales en Materia de Fuero Común del Distrito Federal consultados; así como sus respectivos titulares, los cuales abordamos mediante entrevista, amén de satisfacer los objetivos de la presente investigación fueron los siguientes: Juzgados 3º., 4º., 14º., 33º., 34º., 35º., 36º., 51º., 52º., 53º., 63º., 64º., y 65º.

4. Crítica a la punibilidad en los delitos preterintencionales de acuerdo a nuestro Código Penal.

Daremos inicio al desarrollo de este apartado, ubicando de acuerdo a las posturas ya citadas, las cuales proponen el tratamiento punitivo que debe corresponder a los delitos preterintencionales, partiendo de sus particulares interpretaciones y consideraciones estimativas a la punibilidad que establece nuestro ordenamiento penal vigente, precisamente en la fracción VI de su numeral 60 arriba transcrita.

No es difícil inferir, de un sucinto análisis del párrafo legal en comento, que definitivamente el legislador al determinar la pena aplicable a la preterintencionalidad, acogió el criterio que estima a este tipo de ilícitos, a partir del elemento externo, del resultado superior a la voluntad típica y antijurídica del agente, aseveramos lo anterior en virtud de que al preceptuar la punición correspondiente a los delitos preterintencionales, -- nuestra ley penal parte o regula ésta, en consideración a la punibilidad establecida para las conductas típicas y antijurídicas dolosas, asimismo el legislador propende hacia la apreciación del elemento externo del ilícito en tratándose de la penalización de la preterintención, en virtud de que en su numeral 60, fracción VI establece y concede al juez conocente de esta clase de delitos, potestatividad suficiente para que éste a su arbitrio, atente o no -- la sanción atribuible a un proceder ilícito y doloso, cuando tenga que expresar su sentir judicial en cuanto a un delito que reúna -- los elementos y características de la preterintención. Lo anterior nos lleva a proferir dos comentarios a este respecto:

a). La primera observación en cuanto a la punibilidad que determina nuestro Código Penal vigente, en lo relativo a los ilícitos preterintencionales, es en lo que respecta a la considera-

ción de la que parte el mismo, que al determinar la sanción aplicable a los delitos en comento, lo hace basando susodicha punición, en la atribuible a los ilícitos perpetrados de guisa dolosa; esto es, que al indicarse en la fracción VI del artículo 60 de nuestra ley penal, no establece una punibilidad propia y específica para la preterintencionalidad, sino que remite a la penalización respectiva a los ilícitos dolosos. En nuestra apreciación, esta disposición obedece fundamentalmente a que al valorar y sancionar la preterintención, no es posible omitir el resultado derivado de una conducta típica y antijurídica del agente en su inicio y resultado menor fue dolosa, pero que en su desenlace y resultado superior definitivamente intervino una conducta culposa; desde este punto de vista, estimamos que el criterio jurídico empleado para reglar la punición de este tipo de delitos, que ordena nuestra legislación punitiva en vigor es adecuado, en la inteligencia de que atento a las cualidades propias de la preterintencionalidad, no es posible, bajo ninguna circunstancia, soslayar la apreciación del resultado excedente de la intención y previsión que tuvo lugar en el agente durante la comisión de un delito preterintencional.

Es por lo anterior, que acertadamente el legislador observó como punto de partida, al regular la punibilidad en la preterintencionalidad, a la correspondiente a los delitos dolosos, o bien intencionales como él mismo les denomina, ergo es que a nuestra consideración es encomiable esta determinación legal.

b). La segunda anotación al punto que ahora nos ocupa, es en relación a, por una parte la reductibilidad de la sanción correspondiente a un ilícito doloso, en tratándose de la atribuible a la preterintención; por la otra, la potestatividad que el legislador otorgó al juez para hacer efectiva o no susodicha reductibilidad de la pena, en tratándose de la preterintención en particular. Debido a esta doble consideración, nos permitimos escindir

el presente punto.

1). En lo relativo a la reductibilidad de la sanción que preceptúa la fracción VI del artículo 60, de nuestro Código Penal en vigor, aseveramos que es del todo inapropiada, toda vez que concede un tratamiento punitivo a los ilícitos materia de la presente exposición, con carácter atenuante; en nuestra opinión la preterintencionalidad de ninguna manera debe considerarse como una atenuante de la culpabilidad, en la inteligencia de que acuella -- constituye como ya lo demostramos con antelación, un delito "sui generis", es por ende que manifestamos nuestra absoluta desaprobación a la determinación de la reductibilidad plasmada en nuestra ley penal vigente; amén de que aceptar abiertamente este criterio erróneo, equivaldría a admitir que carece de relevancia, el reconocimiento expreso que nuestro ordenamiento punitivo contiene en lo referente a la preterintención, como una clase de delitos, específicamente en su numeral 8º., a partir del 13 de enero de 1984.

Como corolario de lo arriba dicho, deseamos agregar que no es factible consentir que la preterintencionalidad reciba el -- tratamiento punitivo preceptuado en la fracción VI del numeral 60 de nuestro Código Penal vigente; específicamente de la reductibilidad ya aludida, toda vez que en su oportunidad afirmamos que esta clase de ilícitos conforma una especie independiente de los grados de culpabilidad que tradicionalmente ha aceptado la doctrina jurídica de nuestra materia, por lo tanto es menester otorgar a la preterintención un trato propio y particular, en este caso una punibilidad apropiada a su singular naturaleza, y de ningún modo, apreciarla como una simple circunstancia atenuante de la especie de -- culpabilidad denominada dolo.

2). En lo referente a la potestatividad que concede -- nuestro Código Penal en vigor, en su artículo 60, fracción VI, al

juez para que éste, a su prudente arbitrio disminuya o no la pena correspondiente a un delito preterintencional, con base a la sanción aplicable a un ilícito intencional; es por demás franco y to tal nuestro desacuerdo, en virtud de que al otorgar nuestro ordenamiento punitivo susodicha facultad al juez conoscente y encarga do de infligir la penalidad atribuible al agente responsable de un delito preterintencional, coloca a esta clase de ilícitos en un plano nada definido, en lo referente concretamente a su puni- ción, toda vez que el juez puede adjudicarle con fundamento en el precepto en análisis, una penalización análoga a la determinada para las conductas típicas y antijurídicas perpetradas dolosamente, o bien, sin desatender susodicho precepto legal, disminuir la pena en consideración a su particular sentir judicial; lo que o- quivale a por una parte, soslayar su carácter preterintencional y tildar punitivamente a esta figura jurídico-penal como dolosa o intencional, retrocediendo de esta guisa al criterio superado de los "delitos calificados por el resultado", negando absolutamente su especial naturaleza; y por la otra, simplemente aminorar su pe- nalización, estimando a este tipo de delitos, como una circunstancia atenuante de la culpabilidad en que incurrió el agente con su conducta típica y antijurídica, no considerando que jurídicamente la preterintención como una especie particular de delitos, se con- forma de una serie de elementos cuyo concurso perfecciona y da lu- gar a este grado de culpabilidad dentro de la teoría del delito.

Es por ende que fustigamos abiertamente la potestatividad que el legislador otorgó al juez, al establecer la punibilidad aplicable a la preterintención, en la inteligencia de que la citada facultad, niega de plano la particular naturaleza de la -- institución penal materia de la presente obra.

Atento a lo arriba aseverado, propugnamos por la corre- ción de la fracción VI del artículo 60, en lo conducente al trata- miento punitivo atenuado, así como de la potestatividad conferida

al juez para reducir o no la penalización de los delitos en los -- que se presenta una desproporción entre la intención del agente y el resultado originado de su proceder típico y antijurídico, ya -- que en el contenido de la norma legal en estudio, encontramos y de nunciamos un craso error técnico-jurídico.

Amén de establecer un juicio general en lo que respecta a la punibilidad que se determina en el artículo 60 de nuestro Código Penal vigente, a continuación proferimos breves comentarios a preceptos que guardan estrecha relación con el mentado numeral legal; éstos son los artículos 51, párrafo segundo; y 52, párrafo primero.

A). En cuanto a lo preceptuado por el artículo 51, párrafo segundo de nuestro ordenamiento punitivo vigente, cabe hacer primeramente la aclaración de que este tiene lugar legalmente, exactamente a partir de la misma fecha en que se reconoció en el artículo 0°, fracción III de la misma codificación legal, a los delitos preterintencionales, es decir el 13 de enero de 1984. El precepto en comento, conserva relación con lo expuesto en el inciso a). de este apartado, toda vez que se refiere a la consideración de que se precisa basar la penalización de las hipótesis que la misma norma enuncia, entre ellas la fracción VI, del artículo 60 del mismo ordenamiento, partiendo de los mínimos y máximos (márgenes o parámetros de la punibilidad), que se establecen como pena para los delitos perpetrados intencional, o bien dolosamente.

A este respecto, cabe el mismo comentario expuesto dentro del inciso a). de este apartado, es decir, consideramos que es conveniente que al estimar y valorar jurídica y específicamente en lo relativo a la punición de nuestra figura jurídico-penal, se par ta del resultado típico y antijurídico, que en este caso en particular, siempre será superior a la intención delictiva del agente,

y como consecuencia de lo anterior, otorgarle una punibilidad propia, acorde con su naturaleza.

El aludido artículo 51, párrafo segundo del Código Penal vigente, reza así:

"Artículo 51.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 63, 64 -- bis., y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, - de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

Quando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días".

B). El artículo 51 de nuestra codificación penal en vigor, se refiere a determinadas circunstancias, que al aplicar la punición al agente responsable de un ilícito, deben considerarse y valorarse. Mas a nosotros, nos es especialmente interesante su parágrafo primero, en virtud de que en lo conducente hace mención expresa a los medios empleados en la perpetración de un ilícito.

En el caso que nos ocupa, explicitaremos sucintamente la trascendencia y estimación que a nuestro personal criterio deben concederse a los medios empleados por el agente que con su conducta típica y antijurídica, perpetra un delito preterintencional.

Partiendo de nuestro punto de vista, el juzgador al penalizar concretamente un ilícito preterintencional, debe ser por demás meticoloso al considerar el medio o los medios empleados por el agente al desarrollar su conducta típica y antijurídica. Toda persona que con su proceder doloso, desea y acepta un determinado resultado delictivo, invariablemente se valdrá de uno o varios me-

dios o instrumentos para alcanzar susodicho resultado, estos medios presentan gran disimilitud en atención al delito específico que con éstos se pretende perpetrar aquél; el agente, de acuerdo a su intención y previsión los empleará en la medida que sea menester para conseguir su finalidad ilegal, no obstante lo anterior, en virtud de la ausencia de previsión por parte del agente, el resultado derivado de su conducta ilícita, supera sensiblemente su intención dolosa, a pesar de haberse valido de los medios que de acuerdo a su intención, originarían un efecto menos grave concordante a su deseo y previa aceptación. A mayor abundamiento, el agente puede valerse de un medio en extremo peligroso, pero utilizarlo en una medida mínima, sin embargo este empleo es apegado a conseguir un determinado efecto ilícito, pero al no prever lo previsible, con su conducta ocasiona una lesión que transgrede un bien jurídico superior; o bien, el agente puede ocupar un medio que por su propia naturaleza, en circunstancias normales no producirá el resultado delictivo que éste pretende ocasionar, pero debido a la desmesurada utilización del medio en cuestión por parte del agente naturalmente el efecto típico y antijurídico correspondería a su intención delictiva, pero asimismo, el sujeto al omitir una previsión factiblemente efectuable, ocasiona un resultado excedente al deseado y aceptado, constituyendo en ambos supuestos la preterintencionalidad.

Anotado lo anterior, reiteramos que el juez al penar la preterintención, precisa de una cuidadosa examinación de los medios empleados por el agente, al desarrollar su conducta típica y antijurídica; en nuestro concepto, se debe estimar y valorar esta circunstancia en particular, en atención a la conducta dolosa del sujeto, es decir en función exclusivamente del resultado ilícito que previó y de antemano aceptó, en la inteligencia de que el efecto superior, no corresponde subjetivamente a la intención del agen

te sino obviamente a la no previsión de lo que definitivamente debió prever al efectuar su conducta ilegal. Con esto colegimos -- que existe una ruptura, en la dicotomía jurídica de medio empleado a fin efectuado, mas permaneciendo inmutable la característica in defectible de causa a efecto, la cual constituye la ya expuesta re lación causal. Es pues obvio y necesario que el juzgador valore en su función judicial, el medio empleado por el agente, en atención a su conducta dolosa, para así justipreciar la trascendencia de aquél en la perpetración del ilícito en particular, así como no olvidar que en tratándose de nuestra figura jurídico-penal el resultado superior es consecuencia irrefutable de una ausencia de - previsión por parte del sujeto responsable.

Cabe citar aquí, el criterio sostenido por el maestro -- Francisco Carrara, quien en lo referente a este punto, específicamente al homicidio preterintencional, asevera: "Por lo demás no - se crea que la naturaleza simplemente contundente del instrumento empleado, basta siempre para excluirla. Este es un criterio demo strativo que las más de las veces resultará exacto en el primer sen tido, y casi siempre lo será en el segundo. He dicho más arriba que son presunciones; pero no he dicho que sean presunciones iuris et de iure, porque en Derecho criminal no creo que éstas puedan -- ser admitidas. No siempre el homicidio cometido con instrumen to contundente será, por esta sola consideración, declarado preter intencional; podrá apartarnos de ese concepto la particularidad -- del instrumento (como el tamaño del bastón o de la piedra), la ito ración o la dirección de los golpes, la seria manifestación del án nimo, la causa para delinquir, la índole del acusado y otras semejantes. Pero ni siquiera se puede decir que el instrumento corra tante quite en modo absoluto al juez toda facultad de declarar la preterintencionalidad, cuando circunstancias particulares demues-- tren concluyentemente que el agente no previó la muerte, y que és ta fue el resultado de contingencias extraordinarias, difícilmente

reproducibles en condiciones de hecho idénticas. La doctrina está en el concepto; los medios materiales no son más que una exteriorización de él" (166).

Denotamos que lo expresado por Carrara en lo atinente al medio empleado en la preterintencionalidad, es análogo a nuestro -- criterio, por lo que nos aunamos a la opinión del notable jurista -- citado, a la vez que hacemos hincapié en nuestra postura, arriba inserta.

Para dar término al presente apartado, transcribimos el precepto legal de nuestro Código Penal vigente, materia del presente análisis:

"Artículo 52. En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido".

(166) Ob. cit. Vol. III. p. 350.

5. Nuestra postura a seguir en la punibilidad
en los delitos preterintencionales.

Una vez efectuada la crítica a la punibilidad de la preterintención, atento a lo establecido por nuestra codificación penal en vigor, estamos ya en condiciones apropiadas para asentar, - la que a nuestra particular criterio jurídico, es la postura adecuada a observar, en tratándose de la punibilidad en nuestra figura jurídico-penal. Naturalmente que al expresarla en el presente apartado es preciso tener en consideración, todo lo expuesto en este pequeño opúsculo, para así no pasar por alto aspecto alguno en lo aseverado o fustigado con antelación; para así ser factible de aceptación por quienes aún mantienen una opinión equívoca a este respecto, es conveniente que reflexionen mesuradamente en los razonamientos antes proferidos, para que en efecto, adquieran y propugnen por la correcta punición de los ilícitos preterintencionales.

Ahora bien, nuestro propósito al indicar el tratamiento punitivo correcto de nuestra figura jurídico-penal, en consideración a nuestra particular opinión, no es solamente fustigar acremente el precepto legal que a este punto se refiere, sino que lo es primordialmente el planteamiento de la modificación del párrafo VI del artículo 60 de nuestro Código Penal, o tal vez sea más correcto decir, la corrección de este precepto legal, en la inteligencia de que como está conformado actualmente, denota un evidente error de técnica jurídica, de parte del legislador, lo que hace susceptible innumerables penalizaciones desacertadas, provenientes de los jueces conoscentes de delitos preterintencionales, sin incurrir éstos en interpretaciones erróneas al precepto mencionado.

Por principio de cuentas, consideramos que en virtud de haber demostrado que nuestra figura jurídico-penal, merece un sitio propio dentro de la teoría de la culpabilidad, asimismo es por

tinente otorgarle un tratamiento punitivo acorde a su naturaleza y características inherentes, esto es, una punibilidad que observe - las cualidades que contiene ineluctablemente, las cuales hacen de ésta, una especie "sui generis", atento a la clasificación de los delitos, teniendo en cuenta la culpabilidad del agente.

Ergo, no es factible que aceptemos en tratándose de nuestra figura jurídica, la aplicación punitiva que propiamente corresponde a circunstancias atenuantes en la comisión de un ilícito, -- tal y como lo establece en lo conducente el artículo 60, fracción VI de nuestro Código Penal vigente. Si admitimos la punibilidad dispuesta por nuestra codificación penal, atribuible a la preterintención, sería irrelevante, primeramente su reconocimiento legiferado, así como la aseveración ya indicada, en el sentido que la figura en comento, por su propia naturaleza, es indubitadamente un delito "sui generis".

por tanto afirmamos que es erróneo, utilizar un tratamiento punitivo similar al correspondiente a una diversa situación jurídica, no equiparable bajo ningún aspecto, a la preterintencionalidad; siendo necesario el establecimiento de un tratamiento punitivo especial para nuestra figura jurídico-penal, que manifieste de guisa clara, reciprocidad a la naturaleza particular de aquella.

Ahora bien, en lo atinente a la potestatividad que nuestro Código Penal vigente concede al juzgador de un delito preterintencional, estimamos tal y como ya lo expresamos, es desacertada, en la inteligencia de que susodicha facultad permite al juez conocer de un ilícito de esta naturaleza, disminuir o no la penalización infligible a un delito doloso, tergiversando los parámetros - de la punibilidad contenidos en toda indicación relativa a la sancionabilidad de una conducta típica y antijurídica.

Los parámetros de punibilidad, indefectibles en cada punición determinada en un Código Penal positivo, necesariamente debe expresarse en sentido positivo, y la determinación de la pena concreta en relación a un ilícito en específico, debe encontrar su fundamento en las circunstancias que jurídicamente se estiman para catalogar el grado de culpabilidad y peligrosidad del agente a castigar penalmente; cuestión que en referencia al punto en comento, permanece absolutamente desatendido, siendo por ende, necesaria una rectificación por parte del legislador

Dicho lo anterior, asentimos categóricamente que es necesario que el juzgador se vea prescindido de la potestatividad que le está conferida, en tratándose de la punibilidad de los delitos preterintencionales, atento a lo dispuesto por el precepto legal aludido de nuestro Código Penal en vigor.

No soslayando todo lo referido en esta sucinta obra, pasamos a determinar la que a nuestro personal criterio jurídico, es la postura acertada, al punir los delitos preterintencionales, y que sería plausible, se insertara, en sustitución de la que prevalece a este respecto en nuestra codificación penal vigente.

El criterio que proponemos, está basado fundamentalmente en tres principios irreductibles: A). La catalogación de la preterintención como delito "sui generis"; B). La mixtura de dolo y culpa en la integración de ésta; y C). El margen de punibilidad que debe observar toda sanción penal. A continuación explicitamos brevemente los principios ya mencionados:

A). La catalogación de la preterintencionalidad como delito "sui generis".

Demostramos en su oportunidad, que los delitos preterintencionales son de suyo "sui generis", ergo estimamos que asimismo

es conveniente asignarles una punibilidad apropiada que atienda a su particular naturaleza, tal y como se han establecido tanto para los delitos dolosos, como para los culposos respectivamente; siendo insostenible determinar una penalización que es correcta exclusivamente para las circunstancias jurídicas atenuantes que el mismo Código Penal vigente establece, ya que en tratándose de nuestra figura jurídica, no es factible siquiera una analogación con aquéllas. Es pues imperativo, la corrección del precepto legal en referencia, en lo que a este punto respecta, en el sentido de señalar una punibilidad "ad hoc" aplicable a los delitos preterintencionales.

B). La mixtura de dolo y culpa en la integración de la preterintención.

Para desarrollar el presente punto, subdividimos su exposición en dos aspectos, el primero en atención al dolo que interviene en este tipo de ilícitos, y el segundo en virtud de la culpa que concomitantemente con el proceder doloso conforma la preterintencionalidad. Es conveniente anteponer la pertinente aclaración en consideración a este punto en particular, que no debemos acatar ninguno de los criterios que tradicionalmente ha propuesto la doctrina de nuestra materia, es decir que se estime únicamente la conducta dolosa, o en su defecto, el resultado superior al deseado y aceptado por el agente, para designar el tratamiento punitivo conducente; ya que acoger cualesquiera de las posturas indicadas, sería अपreciar bajo una valoración mutilada a los ilícitos de esta naturaleza.

1). Es ineluctable la participación de una conducta dolosa en la conformación de un delito preterintencional, esta intención delictiva necesariamente marca el inicio de la perpetración de un ilícito con las características immanentes a nuestra figura penal, es obvio que susodicho efecto previsto por el agente, alcanzará su realización mediante la ejecución de la acción u omisión dolo

sa. Lo anterior nos conlleva a retomar como punición mínima aplicable a los delitos que exceden en su resultado a la intención del agente, la correspondiente a la conducta delictiva dolosa; ahora bien como no debemos soslayar que se trata de una mixtura de dolo y culpa, y que la culpa indefectiblemente va a suceder al dolo, es tímamos que no es procedente asignar la sanción mínima determinada para el delito doloso, sino promediar la suma aritmética del margen de punibilidad respectivo, y prescribir el resultado obtenido como pena mínima aplicable a la preterintencionalidad.

2). Aceptamos en líneas precedentes⁽¹⁶⁷⁾, que es aceptado, acoger como referencia la punición del delito superior perpetrado de guisa preterintencional, mas no por esto, es aceptable equipararlo y menos aún penalizarlo exclusivamente con fundamento - en susodicho efecto excedente de la conducta dolosa, en la inteligencia de que se incurriría en la vetusta y obsoleta postura, superada por cierto, de los "delitos calificados por el resultado"; -- por ende solamente va a observarse la punibilidad del delito mayor como un punto de partida, al preceptuar la máxima sancionabilidad aplicable a un ilícito preterintencional.

Toda vez que, admitimos como acertada la consideración de partir punitivamente del ilícito análogo en su resultado, para determinar el margen máximo que corresponde a la punición de los delitos cuyo resultado es evidentemente superior a la intención delictiva del agente, es apropiado establecer algunas observaciones que coadyuvarán determinadamente a fundamentar nuestro criterio.

Denotamos que el legislador al fijar la sanción infligible a los responsables de ilícitos en grado de tentativa punible, prescribe como máximo de pena aplicable, las dos terceras partes de la sanción imputable en el supuesto de que la conducta típica y

(167) Véase supra. p. 190.

antijurídica hubiese sido agotada hasta su último fin; esto es, - que no obstante que el agente, en este caso, a pesar de efectuar la conducta (acción u omisión) dolosamente, directa e inmediatamente a la consumación de un delito, y por causas ajenas a la voluntad, aquél no se realiza, el juez solo podrá imponer como sanción extrema, hasta las dos terceras partes, criterio que a la luz de nuestro criterio jurídico, es aprobable.

Este aserto encuentra su fundamento legal en el artículo 63 del ordenamiento sustantivo penal vigente, para el Distrito Federal.

Asimismo, resulta interesante lo que establece en lo conducente, el artículo 61 de la codificación en referencia, en virtud de que el precepto aludido determina que en tratándose de un ilícito no intencional o de imprudencia, la pena aplicable no debe exceder a las dos terceras partes de la atribuible si éste se hubiese cometido de guisa intencional; es decir que atento a lo establecido por nuestro Código Penal, las conductas típicas -- culposas, se sancionarán teniendo como tope, las citadas dos terceras partes al ilícito análogo consumado de forma dolosa.

Por último, nos remitiremos a lo dispuesto por el Código Penal para el Estado de México en vigor, en lo atinente a la aplicación de sanciones, en lo que respecta al caso de preterintencionalidad, pues bien, el ordenamiento en comento, en su numeral 66 preceptúa en lo conducente que al agente responsable de un delito preterintencional se impondrá como pena, hasta las dos terceras partes de la que le correspondería si el ilícito se hubiese perpetrado dolosamente. No debemos olvidarnos que el ordenamiento en mención, es de los más avanzados en lo que respecta a técnica jurídica, en la inteligencia de que es uno de los últimos que se han promulgado en nuestro país.

Lo anterior nos conlleva a elucidar el parámetro máximo, aplicable en cuanto a punición concierne en tratándose de la preterintención dentro del Código Penal para el Distrito Federal vigente. No aceptamos de ninguna manera que a la conducta efectuada dolosamente, pero que por circunstancias ajenas al agente, el resultado no alcanza a verificarse (tentativa punible), se inflija una pena menor a la aplicable a un ilícito preterintencional, en la inteligencia que en éste, el resultado dañoso superior obedece a una conducta culposa, sin previsión, ni aceptación del resultado en tanto que en aquél, existe plena y previamente el deseo del resultado de la acción u omisión típica y antijurídica. Ahora bien en nuestra codificación sustantiva en vigor, se determina una sanción superior (hasta la pena análoga, aplicable al ilícito consumado de guisa dolosa) infligible al agente responsable de un delito preterintencional, en relación y parangón a la establecida como máxima para los actos típicos y antijurídicos en grado de tentativa punible (hasta las dos terceras partes de la imputable al ilícito, de haberse consumado), situación que nos es imposible admitir en aspecto alguno.

Ya anotamos que el artículo 61 de nuestro ordenamiento punitivo vigente, establece que la penalidad máxima imputable a un ilícito no intencional o de imprudencia, no excederá a las dos terceras partes de la sanción correspondiente a la conducta típica y antijurídica análoga perpetrada intencionalmente; hipótesis que -- consideramos apropiada, ahora bien, si estimamos que en la comisión de un delito preterintencional, el resultado superior o excedente obedece a una conducta culposa, colegimos que la punición a ésta adjudicable, necesariamente se debe atener a lo preceptuado por la norma legal aludida, y que de ninguna manera debe reflejar discrepancia técnica, esto es, que creemos pertinente que el parámetro más alto atribuible al delito cuyo resultado excede a la voluntad del agente, indefectiblemente debe guardar similitud y no -

rebasar, a la imputable a un ilícito cometido de guisa culposa.

Para finalizar, es conveniente resaltar lo establecido en lo conducente, del Código Penal para el Estado de México en vigor, que como ya anotamos profiere un adecuado tratamiento punitivo en tratándose de preterintencionalidad, en la inteligencia de que dicha codificación es una de las más jóvenes en lo atinente a promulgación, dentro de nuestro país; pues bien, el ordenamiento penal en mención señala como margen punitivo máximo imputable a los delitos de esta naturaleza, hasta las dos terceras partes de la que, en el supuesto de haberse consumado intencionalmente, se impondría.

En virtud de las breves consideraciones inferidas, y atento a nuestro personal criterio jurídico, colegimos que para establecer un margen razonable en cuanto a los parámetros de la punibilidad, debemos asentir que la sanción máxima infligible a la preterintención es hasta las dos terceras partes del tope punitivo de terminado para los delitos cometidos de guisa intencional. Sólo aplicando este principio positivamente en relación a nuestro ordenamiento penal vigente, se eliminará la potestatividad concedida al juzgador en la penalización de los ilícitos de este género, que es a nuestro parecer un craso error de técnica jurídica, y causa evidente de factibles desaciertos en la imputación de las penas, -- por parte del juzgador conoscente de un ilícito preterintencional.

C). El margen de punibilidad, que debe observarse en toda sanción penal.

Una vez señalados los parámetros de punibilidad en lo atinente a la figura jurídico-penal materia de la presente exposición, no resta mucho que manifestar a este respecto. Basta designar que dentro de los límites ya indicados, aplicables a la preterintención, el juez debe apreciar y valorar las condiciones persona

les y sociales del agente, esto es, su particular peligrosidad, -- los móviles que le impulsaron a desear y aceptar previamente un resultado típico y antijurídico, entre otros; y en consecuencia estipular la pena concreta aplicable al agente responsable de un delito preterintencional, haciendo uso de esta manera, de un correcto arbitrio judicial.

Dentro del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal vigente, encontramos que el artículo 52, establece las -- circunstancias que deben reglar el arbitrio judicial.

Ya que hemos agotado la elucidación de los principios sobre los cuales cimentamos nuestra postura, es conveniente ensayar la redacción del texto que a nuestro personal criterio, debe fungir en nuestro ordenamiento penal, para establecer la punibilidad de los delitos preterintencionales, siendo menester la reforma en este sentido de la fracción VI del artículo 60 del referido cuerpo legal.

La fórmula que expresa nuestra postura a seguir en la punibilidad de los delitos preterintencionales, responde al siguiente tenor:

'A los responsables de delitos preterintencionales, se aplicará como pena, desde el promedio de la suma aritmética de la sanción aplicable al delito que se tuvo intención de cometer, hasta las dos terceras partes de la penalidad máxima correspondiente al delito análogo en su resultado, teniendo en consideración lo -- dispuesto por el artículo 52 de este ordenamiento'.

CONCLUSIONES

Primera. La preterintención, institución perteneciente - al Derecho Penal, deviene desde el principio mismo de la constitución y formación de esta trascendente rama del Derecho, figura universal e inveterada, ha sustentado múltiples e inasotables configuraciones, así como denominaciones; hasta nuestros días y a pesar de su vetusta existencia, aún presenta serios dilemas en cuanto a estructura, naturaleza y punición se refiere, ni los juristas más eximios, mucho menos las legislaciones punitivas abroadas y vigentes han mantenido un criterio o estimación uniforme y coherente que dé unicidad y significación singular a los ilícitos que ocupan la presente disertación.

Segunda. La preterintencionalidad, encuentra su más remoto antecedente en el "casus", figura jurídica perteneciente al Derecho Romano, que excluye la responsabilidad al agente que incurra - en este supuesto, que con la interpretación que le otorgó el Derecho Canónico, lo encontramos converso posteriormente en el principio jurídico denominado "versari in re illicita", el que con la evolución técnico-dogmática que es propia a toda institución jurídico-penal, ha llegado hasta nuestros días en los que le encontramos en casi la totalidad de ordenamientos punitivos positivos, con algunas sensibles variantes.

Encontramos en la más alta evolución de esta figura, dos acepciones bien diferenciadas, antagónicas entre sí; resultado del desarrollo de diversos criterios al asumir su estudio y establecer la legiferadamente; así obtenemos la preterintención en dos sentidos: lato y estricto.

En cuanto al sentido o acepción amplia, observamos que - se trata de ilícitos en los cuales atendiendo exclusivamente al ac-

to delictivo que produjo un resultado más grave que el deseado, previsto y de antemano aceptado por el agente, se impone en éstos la sanción aplicable al delito que presente analogación en cuanto al resultado más grave originado, soslayando en absoluto el elemento subjetivo en la voluntad del autor del delito, asimismo, omitiendo la consideración de la factible previsión o previsibilidad de que se efectuase el daño superior. En este caso se habla de "delitos calificados por el resultado".

En lo que respecta a la preterintención sensu stricto, se denota una técnica más acertada al establecer como signo fundamental y característica trascendental de esta institución jurídico-penal al elemento subjetivo que interviene en el agente al cometer un ilícito de esta índole. Entendemos a la preterintención bajo esta perspectiva como una alianza de dolo y culpa, en la que el agente con una conducta dolosa, origina un resultado más grave al deseado y previsto, sin embargo, el delincuente factiblemente pudo prever este resultado más grave, concurriendo así, la culpa. Recibiendo un tratamiento punitivo adjudicable a una circunstancia atenuante de culpabilidad.

No obstante que encontramos en lo anterior, el desarrollo último que sustenta en la actualidad la institución en estudio, aunque en opiniones dispares; en lo personal nos resulta imposible aprobar y por ende adherirnos absolutamente a cualesquiera de ambas acepciones. En virtud de que si aceptamos absolutamente el primer criterio, esto es, la preterintención lato sensu, incurriríamos en la obsoleta postura de los "delitos calificados por el resultado" - que la encontramos sólo excepcionalmente en legislaciones muy atrasadas en cuanto a técnica jurídica respecta, ya que actualmente ha desaparecido virtualmente la citada acepción de nuestro universo jurídico-penal. Ahora bien, si propendemos a aceptar irrestrictamente el segundo parecer, a los ilícitos cuyo resultado excede a la voluntad del responsable, en su sentido estricto, cosentiríamos en --

que a la figura jurídica en estudio, se le considere desde una perspectiva incompleta, ende imperfecta, en la inteligencia de que quienes profieren este parecer, catalogan a la preterintención adoleciendo de elementos suficientes para delimitar su estructura así como su naturaleza jurídica que le son immanentes. Lo anterior nos conlleva a rechazar de plano el primer supuesto en cuanto al reconocimiento de la institución penal en comento; y acertar bajo cierta reserva, atento a su inconclusa perfección, el segundo criterio emitido al particular que nos ocupa.

Tercera. En atención a un análisis objetivo y detenido de carácter técnico y sintético, en lo personal entendemos por preterintención aquella conducta (acción u omisión) ilícita, típica y antijurídica, con la que el agente pretende transgredir un determinado precepto legal, previendo y aceptando de antemano el resultado que con aquélla se derive; no obstante el resultado ocasionado, supera, excede a la determinación colosa o inicial, consistiendo este resultado dañoso más grave o final en culpa (de índole inconsciente), careciendo de deseo o voluntad, pudiendo factiblemente ser previsto este efecto excedente, dadas las características personales del delincuente, o bien exigidas por la ley; mediando una relación causal entre la conducta y el resultado que indefectiblemente lesiona un bien jurídicamente tutelado. Dando con esto, un ilícito que por sus particularidades conforma un aspecto autónomo de la culpabilidad.

Cuarta. La preterintención al constituir una especie o forma de culpabilidad, diversa de las tradicionalmente reconocidas por la doctrina jurídica imperante en nuestra materia, como lo son el dolo y la culpa; mantiene a su vez, una estructura propia e innatamente que le confiere la presencia de caracteres presentes e indefectibles en su constitución y perfeccionamiento. Dicho lo anterior, colegimos que en la totalidad de conductas antisociales que deban tildarse de preterintencionales, es menester que concurren --

los siguientes y determinados elementos:

A). Una voluntad definida de transgredir un precepto legal (dolo).

B). Un resultado ilícito superior, no previsto ni deseado por el agente, pero previsible (culpa).

C). Los bienes o intereses lesionados al través de este tipo de ilícitos, deben mantener un orden progresivo, o bien encerrar un bien jurídico superior.

D). Relación causal entre la conducta típica y antitípica del agente, y, el resultado originado, excedente a la intención dolosa.

Huelga decir que a falta de concurso de cualesquier aspecto de los enunciados arriba, es inconcebible la correcta interpretación de un ilícito de carácter preterintencional.

Quinta. Atento a una naturaleza peculiar, denotamos en la preterintención rasgos inherentes que la ubican en un plano independiente de los grados de culpabilidad, de tradición aceptados; su es dichas cualidades consisten en que este tipo de delitos fusiona en su perfeccionamiento al dolo y la culpa, ergo es, que de acuerdo a su estructuración, la preterintención presente el carácter de un delito complejo, a la vez que, de acuerdo a un análisis externo, es to es, considerando el resultado efecto de esta clase de conductas antisociales, nuestra figura jurídico-penal compone un delito progresivo.

Lo anterior conlleva a que aseveremos de nusa catorónica que, la institución en comento, se erige ineluctablemente como un delito "sui generis", en oposición a lo de hábito asentido por juristas y legisladores, en lo que a nuestra materia respecta; elucídando así, una vetusta controversia en cuanto a la naturaleza y caracteres que sustenta la preterintención como materia de estudio -

dentro de la Teoría del Delito.

Sexta. Anteriormente, en nuestra legislación se omitió - en absoluto, este aspecto de relevancia singular en lo atinente a - la culpabilidad en materia penal, pero sí se consideró expresamente en el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, que data - del año 1958; mas en una ley penal positiva no ha figurado taxativa - mente. Fue hasta el 13 de enero de 1984, cuando en virtud de una - reforma efectuada al Código Penal para el Distrito Federal en Mate - ría de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Fe - deral, vigente desde 1931, que reconocíose a la preterintención como una forma específica de delinquir en la fracción III del numeral 8º., en el párrafo tercero del artículo 9º. del mismo ordenamiento punitivo se establece lo que al entendimiento legal, significa el o - brar preterintencional, en cuanto a su nunciación, ésta encuentra ca - bida en la fracción VI del artículo 60. Es pues, en los citados - preceptos normativos donde la preterintención tiene su fundamento - legal.

Aun cuando el legislador, al reconocer a la preterinten - ción taxativamente en la ley penal vigente, ha logrado un marcaño a - vance en lo referente a técnica legislativa, no atinó así en cuanto al tratamiento punitivo que impuso a esta quisa delictiva "sui gene - ris", toda vez que a la luz del artículo 60, fracción VI, del orde - namiento sustantivo en referencia, el juez conoscente de los ilícitos materia de la presente disertación, potestativamente puede redu - cir o no a éstos la pena aplicable y atribuible al agente responsa - ble de una conducta típica, antijurídica y culpable en su modalidad dolosa. Nos resulta franca y totalmente inaceptable esta postura punitiva, ya que en virtud de la naturaleza, características y, es - pecial conformación, la preterintención precisa de una punibilidad determinada; ahora bien, si el juzgador reduce la sanción arriba -- mentada, otorgaría con tal determinación a nuestra institución ne--

nal, el tratamiento propio y correspondiente a una circunstancia atenuante de la culpabilidad, incurriendo en el contingente supuesto en una errónea apreciación jurídica de este grado autónomo de la culpabilidad.

Rechazamos por lo anterior, de antemano y de quisa resuelta, el modo en que de acuerdo a nuestra ley penal vigente se sancionan las conductas antisociales que puedan propiamente calificarse de preterintencionales.

Séptima. Como resultado de un detenido examen de las cualidades que por la especial naturaleza de los delitos preterintencionales, acompañan, integran y estructuran a éstos inseparablemente, nos es menester proponer una reforma sensible a la catalogación punitiva infligible a la preterintención, contenida en nuestro Código Penal vigente en su numeral 60, fracción VI, dado nuestro desacuerdo por tan craso error de técnica jurídica.

La punición que a nuestra personal consideración responde y refleja correspondencia con este delito "sui generis", está contenida en la siguiente fórmula, prospectiva de enunciado normativo:

A los responsables de delitos preterintencionales, se aplicará como pena, desde el promedio de la suma aritmética de la sanción aplicable al delito que se tuvo intención de cometer, hasta las dos terceras partes de la penalidad máxima correspondiente al delito análogo en su resultado, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 52 de este ordenamiento.

Octava. Encomiable es, como en su oportunidad asentimos, la reforma (adicción en el caso que nos ocupa) que afectó a nuestro código de conductas antisociales, vigente desde el 13 de abril de -

1984 (aplicable a partir del 13 de abril del año citado), toda vez que admite legiferadamente la figura jurídico-penal en estudio; no obstante, en tratándose de su particular punición, asimismo comprendida dentro de susodicha reforma, es franco nuestro desacuerdo, por lo que proponemos una modificación en cuanto a su especial tratamiento punitivo, vía reforma al precepto legal que contiene actualmente la sanción atribuible a este específico tipo de delitos.

Sin embargo, no concluye con lo anterior nuestra personal desaprobación, en la inteligencia de que en la práctica forense judicial, nos fue imposible localizar una sola sentencia en la que se sancionara un delito preterintencional, toda vez que la totalidad de transgresiones al ordenamiento punitivo vigente, se califican, clasifican e infligen coercitivamente ya de quisa dolosa, bien atento al grado de culpabilidad denominado culpa; lo que origina una absoluta omisión y olvido del tipo de ilícitos materia de la presente exposición, en virtud de las complicaciones inherentes que -- contrae la punición de la preterintencionalidad, dado el desconocimiento de esta especie "sui generis" de delitos, así como continuar con la postura recalcitrante de sancionar a todo tipo de conductas antisociales atento a las costumbres arraigadas de estimar, ya dolosa, o bien culposa, a la totalidad de conductas antisociales típicas, antijurídicas y culpables.

Por lo que consideramos, que en nuestra materia, es imperativo e imposterizable, una detenida reconsideración en cuanto a la preterintención respecta, obteniendo como resultado el que se acoja una correcta postura y consideración acertada en tratándose de aquella, en sus aspectos estructural y punitivo, para otorgar así a --- nuestra figura jurídico-penal, el correcto sitio que de suyo le corresponde dentro de la Teoría del Delito.

BIBLIOGRAFIA

1. ABARCA, Ricardo.
El Derecho Penal en México.
Ed. Jus.
México 1941.
2. AQUINO, Tomás de.
Suma Teológica.
Ed. Espasa-Calpe.
España 1979.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.
Código Penal Anotado.
Ed. Porrúa.
México 1983.
4. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.
Derecho Penal Mexicano.
Ed. Porrúa.
México 1982.
5. CARRARA, Francisco.
Programa del Curso de Derecho Penal.
Ed. Temis.
Colombia 1956.
6. CASTELLANOS TENA, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Ed. Porrúa.
México 1981.
7. CUELLO CALON, Eugenio.
Derecho Penal.
Ed. Bosch.
Argentina 1984.
8. D'ESTEFANO PISANI, Miguel A.
El Delito Preterintencional.
Ed. Forum.
Cuba 1953.
9. Diccionario Enciclopédico Abreviado.
Ed. Espasa-Calpe.
España 1979.
10. Diccionario Enciclopédico Danae.
Ed. Danae.
España 1977.

11. Diccionario Enciclopédico Durvan.
Ed. Durvan.
España 1973.
12. Diccionario Enciclopédico Ilustrado.
Ed. Creasa.
España 1979.
13. Diccionario Enciclopédico Salvat Universal.
Ed. Salvat.
España 1958.
14. Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A.
Ed. U.T.E.H.A.
México 1964.
15. Enciclopedia Jurídica Omeba.
Ed. Bibliográfica Argentina.
Argentina 1968.
16. FERRI, Enrique.
Principios de Derecho Criminal.
Ed. Reus.
España 1938.
17. FONTAN BALESTRA, Carlos.
El Elemento Subjetivo del Ilícito.
Ed. Depalma.
Argentina 1957.
18. FRANCO GUZMAN, Ricardo.
La Subjetividad en la Ilícitud.
Ed. Cajica.
México 1959.
19. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.
La Problemática de la Culpa.
Ed. Imprenta Universitaria.
México 1961.
20. JIMENEZ DE ASUA, Luis.
La Ley y el Delito.
Ed. Hermes.
Argentina 1957.
21. JIMENEZ DE ASUA, Luis.
Tratado de Derecho Penal.
Ed. Lozada.
Argentina 1980.

22. LISZT, Franz von.
Tratado de Derecho Penal.
Ed. Reus.
España 1948.
23. MAGGIORE, Giuseppe.
Derecho Penal.
Ed. Temis.
Colombia 1956.
24. MEZGER, Edmundo.
Tratado de Derecho Penal.
Ed. Reus.
España 1955.
25. ORLANDIS, José.
Anuario de Historia de Legislación Española.
Ed. U.T.E.H.A.
México, 1966.
26. PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Manual de Derecho Penal Mexicano.
Ed. Porrúa.
México 1982.
27. PEREDA, Julián.
Versari In Fe Illicita.
Ed. Reus.
España 1958.
28. PESSINA, Enrique.
Elementos de Derecho Penal.
Ed. Reus.
España 1936.
29. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.
Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.
Ed. Porrúa.
México 1979.
30. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.
Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.
Ed. Veracruzana.
México 1946.

31. REYES NAVARRO, Angel.
Ensayo sobre la Preterintencionalidad.
Ed. Jus.
México 1957.

32. SOLER, Sebastián
Derecho Penal Argentino.
Ed. Depalma.
Argentina 1951.

33. VILLALOBOS, Ignacio.
Derecho Penal Mexicano.
Ed. Porrúa.
México, 1980.

LEGISLACION.

1. Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
2. Código Penal para el Estado de México.
3. Código Penal para el Estado de Sonora.
4. Código Penal para el Estado de Veracruz.

OTRAS FUENTES DE INFORMACION Y CONSULTA.

- A. Semanario Judicial de la Federación.
- B. Entrevista efectuada a diversos jueces penales en Materia de Fuero Común, del Distrito Federal.

APENDICE.

Este agregado obedece fundamentalmente, a que es nuestro deseo que la presente exposición contenga y ofrezca elementos apropiados y suficientes, que permitan a quien a ésta recurra, obtener al través de su ponderación, un panorama completo con respecto a la institución que ocupa nuestra atención... la preterintención.

En las páginas que se suceden, nos permitimos reproducir en lo conducente, el desarrollo legislativo que tuvo lugar con motivo de las reformas, adiciones y derogaciones al Código Penal para el Distrito Federal, con la participación de los diversos Poderes de la Federación que intervienen indefectiblemente en este tipo de procesos legislativos; huelga establecer que la reforma a la que aludimos, se efectuó el 13 de enero de 1984, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación.

En susodicha reforma a nuestra codificación penal vigente, se comprendió a los delitos preterintencionales, así como su respectiva punibilidad; entre otras muchas modificaciones que para los efectos que nos ocupan, resultan intrascendentes; es por ende que, en este anexo nos interesa exclusivamente, delinear de guisa general, el proceso legislativo de la citada reforma en lo atinente a la preterintención.

Primeramente transcribimos algunos párrafos de la Iniciativa que Reforma, Adiciona y Deroja diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, enviado para su consideración por parte de la honorable Cámara de Senadores, remitida por el titular del Ejecutivo Federal el 28 de noviembre de 1983.

Cabe destacar, que dentro del contenido de esta Iniciativa, se exponen las causas que originan la proposición de modificar

sustancialmente el ordenamiento legal de referencia, asimismo se ha de constatar los aspectos en los que se sugiere una innovación, siendo pertinente aclarar que en el documento que nos ocupa, no se contempla en absoluto a los ilícitos preterintencionales, es decir, en la Iniciativa del Ejecutivo Federal no se propone en ningún punto, la inserción de esta figura jurídica en nuestro código punitivo en vigor.

Posteriormente citamos el dictamen que a raíz de la discusión de la referida Iniciativa, emitió la honorable Cámara de Senadores, que fungió en esta reforma, como Cámara de Origen. Resulta interesante apreciar cuáles fueron los motivos que impulsaron a esta Asamblea a aprobar la Iniciativa del Ejecutivo Federal; ahora bien, precisamente emanó de esta Cámara de Origen dentro del presente proceso legislativo, la recomendación de incluir a los delitos preterintencionales, como una contingente forma de delinquir, así como otorgarle una específica punición amén de completar lógicamente esta hipótesis normativa dentro del Código Penal para el Distrito Federal. En la inteligencia de que en la honorable Cámara de Senadores, nace propiamente la inquietud de reconocer a la preterintención como una particular especie de delitos, es en este documento en donde se encuentra la justificación a la posterior injerencia de esta clase singular de ilícitos, en lo que existe desproporción entre el resultado y la intención-previsión del agente, en nuestra actual ley penal.

El Proyecto de Decreto, debidamente aprobado, se envió a la honorable Cámara de Diputados, para su revisión, el 21 de diciembre de 1983.

Por último reproducimos, en lo relevante, el dictamen del mandado de la honorable Cámara de Diputados, que en este particular, participó como Cámara Revisora; una vez efectuado un mesurado examen de la minuta despachada por la Cámara de Senadores, se tuvo a -

bien asimismo, aprobar el 28 de diciembre de 1983, el Proyecto de - Decreto por el que se Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposi- ciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fue- ro Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

El respectivo Decreto Promulgatorio tuvo lugar el 30 de diciembre de 1983; como ya quedó asentado con antelación, este cúmu lo de reformas se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984; y son aplicables desde el 13 de abril del mis- mo año.

Iniciativa que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de -- Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, -- remitida por el Ejecutivo Federal para la consideración de la honorable Cámara de Senadores.

"CC. SECRETARIOS DE LA
H. CAMARA DE SENADORES
DEL CONGRESO DE LA UNION.
P R E S E N T E S .

Durante la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública se produjo una amplia expresión de opiniones conducentes a modificar la legislación penal federal, en sus diversos órdenes, incorporando normas que correspondan a las necesidades del presente y a la evolución de las ideas y de los requerimientos en este ámbito, para mejorar sustancialmente la administración de la justicia penal.

En virtud de lo anterior, el Ejecutivo a mi cargo ha presentado Iniciativas ante la Soberanía de ese Honorable Congreso de la Unión para sustituir las leyes orgánicas de la Procuraduría General de la República y de la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito Federal, para modernizar, con sentido de justicia y equidad, el procedimiento penal federal y el procedimiento penal del -- fuero común en el Distrito Federal. A esta misma intención renovadora corresponde la Iniciativa para expedir, por primera vez en -- nuestra historia reciente una Ley sobre Administración de Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno en la ciudad de México. En todo caso se ha pretendido proteger derechos y legítimos intereses de los particulares, y amparar con eficacia al conjunto -- social, ambas cosas por medio de una procuración e impartición de -- justicia atentas a las circunstancias del momento y respetuosas del

hombre y de la colectividad.

Igualmente el Ejecutivo Federal promovió una consulta específica sobre posibles y convenientes reformas en la ley penal sustantiva, tema que por lo demás, durante los últimos años ha merecido la atención de diversos Estados de la República que han expedido nuevos códigos penales o han introducido reformas apreciables en sus propios ordenamientos al que no puede ser ajena la ley penal sustantiva para el Distrito Federal y Territorios Federales.

Como resultado de la consulta a la que me refiero, apoya da en la difusión y el análisis de una versión preliminar para la reforma del Código Penal, se ha escuchado con la debida consideración el punto de vista de los especialistas en Derecho Penal y, en general de representantes de diversos grupos sociales, que han señalado, correspondiendo al propósito democrático que motivó la consulta, diversos puntos que pueden sustentar importantes reformas inmediatas, así como otros temas que han de someterse a mayor examen, dentro de un proceso de revisión que busca lograr, hasta donde sea posible, un razonable consenso nacional.

Por lo dicho, y en cumplimiento del compromiso de renovar a fondo, con atención a los planteamientos sociales, el Código Penal sustantivo, por el digno conducto de ustedes me permito someter a la elevada consideración del Honorable Congreso de la Unión la presente Iniciativa de Reformas y Adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, seguro de que el inteligente examen que de este proyecto harán los representantes populares permitirá enriquecer planteamientos y avanzar, con oportunidad, en la reforma que la sociedad reclama en el ámbito de justicia penal.

No ignora el Ejecutivo, y desea subrayarlo, que en este ámbito aparecen múltiples y a menudo dolorosos problemas individuales y sociales, que es preciso abordar, mejorando y actualizando -- nuestras fórmulas jurídicas, en los términos que resultan del progreso de las disciplinas penales y, particularmente, de la equidad aplicada a las cuestiones que comprende el Derecho punitivo, en cuyo marco entran en juego valores trascendentes para el ser humano y para la comunidad" (*).

(*) MADRID HURTADO DE LA, Miguel. El Marco Legislativo para el Cambio. Septiembre-Diciembre 1983. Vol. III. Talleres Gráficos de la Presidencia de la República. p. 195-233.

Dictaminación efectuada por la honorable Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos, con respecto a la Iniciativa que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, enviada por el titular -- del Ejecutivo Federal, recibida el 29 de noviembre de 1983.

"HONORABLE ASAMBLEA:

Como puede advertirse, la Iniciativa recoge en los veintiseis capítulos sintéticamente destacados por las Comisiones que suscriben el presente dictamen, algunos de los más apremiantes pronunciamientos de la opinión popular y de los especialistas en la materia. Estas Comisiones, sin embargo, estiman que la dinámica social impone la necesidad de insertar frecuentes revisiones y adecuaciones de los textos legales en materia penal, no sólo porque existe una tendencia para la humanización de la legislación correspondiente, sino también por la íntima vinculación que existe entre los cambios sociales y la conceptualización moral y jurídica del delito el delincuente, la pena, las medidas de seguridad y la rehabilitación social.

Este proceso dialéctico ha sido reconocido no sólo en la Iniciativa sino también en la comparecencia del Procurador General de la República, quien ha aceptado que la norma debe ser cultura antes de ser Ley, y que el relativismo cultural en materia de leyes penales se da en el tiempo y en el espacio. Así, es un aserto indiscutible que entre las leyes del pueblo debe haber identidad para la valoración de la vida individual y colectiva. Resulta por ello menos riesgoso el cambio en las leyes penales, que la persistencia de cuerpos normativos que habiendo sido buenos en su inicio han perdido legitimidad frente a la renovación constante de la sociedad y de sus instituciones. La iniciativa plantea así, un mecanismo en-

tre otros, para acceder a la sociedad más igualitaria y democrática en la que el derecho es un contribuyente, también entre muchos mecanismos más, reconociendo que las leyes represivas son el último recurso de control social, recurso que ha de sustentarse en el ideal de una sociedad en que las desviaciones de sus miembros se entiendan como conductas excepcionales en el quehacer constructivo.

En consecuencia de lo anterior, estas Comisiones advierten los amplios beneficios que acarrea en lo general el conjunto de reformas, adiciones, modificaciones, derogaciones y cambio de denominaciones de títulos y capítulos que contiene la Iniciativa dictaminada, algunos de los cuales proceden del trabajo de las propias Comisiones y de las sugerencias incorporadas en Iniciativas de ciudadanos senadores".

"Las Comisiones Unidas al recoger otros puntos de vista tanto de técnicos como de Iniciativas de los propios senadores y demandas populares, estimaron conveniente adicionar la Iniciativa con modificaciones a ellas y la introducción de otras no consideradas en el Proyecto del Ejecutivo Federal. Estas, son las siguientes:

1°. Se propone reformar el artículo 8°. con el objeto de incorporar los delitos preterintencionales, manteniendo la denominación tradicional, referida a delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia, en virtud de que la Iniciativa del Ejecutivo, se contrae a reformas y adiciones, por lo que resulta no conveniente cambiar la actual denominación, por la más técnica de delitos dolosos y culposos, ya que múltiples figuras delictivas -- que no se reforman, aluden la intención o imprudencia.

2°. Se propone la reforma del artículo 9°. para su--

primir las presunciones de intencionalidad, que dan lugar a continuas injusticias, ya que en virtud de tales presunciones legales, - que no admiten prueba en contrario, se sancionan como intencionales delitos que en realidad no tienen ese carácter.

Por otra parte, se distinguen claramente los conceptos - de intención e imprudencia, acogiendo el criterio manejado por nuestro foro y sustentado por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, al señalarse en el artículo 9º., cuya reforma se propone, que obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido -- por la Ley, se incorpora el criterio que fundamenta la intención o dolo, no sólo en la voluntad, sino en la aceptación del resultado - prohibido por la Ley.

En ese orden de ideas, al indicarse que obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias personales le imponen, se precisa - el concepto de imprudencia o culpa, con el apoyo en la posición doctrinal unánimemente aceptada, que justifica el reproche en la omisión del deber de cuidado.

Al incorporar el concepto de preterintención, se pretende no sancionar como intencionales, conductas que realmente no lo son, que es lo que ocurre cuando el responsable del ilícito, quiere causar un delito menor y ocasiona imprudencialmente uno más grave.

Para determinar una sanción adecuada a los delitos preterintencionales, dejándole al Órgano jurisdiccional un marco adecuado de arbitrio, se propone la adición de la fracción VI del artículo 60, para que el juez pueda reducir la pena en los delitos pre-

terintencionales, hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

"Por todas las consideraciones de orden general y particular, expresadas en el texto del dictamen que rinden las comisiones que suscriben, se permiten proponer a la Honorable Asamblea, la aprobación del siguiente:

Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal"(**).

(**) Archivo de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. Vol. XXIII. LII Legislatura. Ramo Público, Departamento de Secretaría y Comisiones. Índice C. Expediente 32.

Dictaminación efectuada por la honorable Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos, con respecto a la minuta de Proyecto de Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, recibida el 22 de diciembre de 1983.

"Comisión de Justicia:

Honorable Asamblea: A la Comisión de Justicia de la honorable Cámara de Diputados le fue turnada para su estudio y dictamen, la minuta que contiene el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, que fue enviada por la honorable Cámara de Senadores.

La Comisión de Justicia estudió y discutió tanto la minuta de referencia, como la iniciativa del Ejecutivo que le dió origen y consideró pertinente recomendar a vuestra soberanía su aprobación.

En la Iniciativa, el Titular del Ejecutivo expresa las razones que la fundan, en los siguientes rubros: Clasificación de Delitos; Excluyentes de Responsabilidad; exceso en las Excluyentes de Responsabilidad; Sustitutivos de la Pena; Sanción Pecuniaria; De comiso y Pérdida de los Instrumentos y Objetos Relacionados con el Delito; Vigilancia de la Autoridad; Comunicación de Circunstancias; Exclusión de la Pena y Razones de Equidad; Sanciones Atenuadas en Determinados Casos de Error o Ignorancia Insuperable; Delitos Imprudentiales; Perdón del Ofendido o Legitimado; Prescripción; Trata de Personas y Lenocinio; Delitos Cometidos por los Servidores Públicos en la Administración de Justicia; Ejercicio Indebido del Propio Derecho; Responsabilidad Profesional; Retención Indebida de Pacientes

Recién Nacidos y Cadáveres y Otros Delitos en Servicios de Salud y Funerarios; Delitos Sexuales; Delitos Cometidos sobre Cadáveres; Lesiones a Menores e Incapaces; Incumplimiento de Deberes Alimentarios; Secuestro; Tráfico de Menores y Delitos Patrimoniales.

Por razón de economía no se reproducen aquí los argumentos expresados en cada uno de los rubros mencionados.

La honorable Cámara de Senadores, a través de las comisiones unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito y Segunda Sección de Estudios Legislativos, estudió y dictaminó la iniciativa adicionándola con modificaciones derivadas de la deliberación y con la introducción de otros puntos de vista tanto técnicos, como de iniciativas de los propios senadores y de demandas populares.

Tanto la iniciativa, como la minuta coinciden en el propósito de modificar la legislación penal, incorporando normas que correspondan a las necesidades del presente y a la evolución de las ideas y de los requerimientos en este ámbito, para mejorar la administración de la justicia penal.

Para tal efecto se tuvo presente que durante los últimos años, diversos estados de la República han expedido nuevos códigos penales o han introducido reformas apreciables en sus ordenamientos penales, lo que ha generado un impulso de renovación al que no puede ser ajeno la Ley Penal sustantiva para el Distrito Federal y para la Federación.

Todo lo anterior tiene como finalidad actualizar y mejorar las fórmulas jurídicas en congruencia con el progreso de las disciplinas, penas y particularmente de la equidad aplicable al derecho punitivo, en cuyo marco entran en juego valores trascendentes para el ser humano y para la comunidad.

La Comisión de Justicia está consciente que la reforma - que se estudia es parte importante de un conjunto de adecuaciones - legislativas promovidas por el Ejecutivo Federal, con el propósito fundamental de conseguir una mejor procuración, administración e impartición de justicia, que corresponsabilice a las autoridades que tienen a su cargo dicha importante función, así como a todos y cada uno de los ciudadanos de la República.

Por lo anterior, la Comisión de Justicia concluye que -- procede recomendar a vuestra soberanía la aprobación, en sus términos, de la minuta que contiene el Proyecto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal" (***) .

(***) Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Año II. Tomo II. Núm. 44. México, Distrito Federal, 28 de diciembre de 1983. p. 85-93.