



190.
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "

"LA PRETERINTENCIONALIDAD COMO ATENUANTE,
Y LA IMPORTANCIA DE SU DETERMINACION
DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN CARLOS LAZCANO CAMPOS

ASESOR: LIC. ROBERTO MARTIN LOPEZ



ENEP
ARAGON

MEXICO 1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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

CAPITULO I

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DELITO

1.1. Concepto de delito	14
1.2. Antecedentes históricos del derecho penal	18
1.3. Concepto legal del artículo 8º del Código Penal, vigente para el Distrito Federal	27
1.4. Elementos Típicos del delito	29
1.4.1. "El querer"	29
1.4.2. "El entender"	35
1.4.3. "El nexa causal "	41
1.4. Extensión y alcance del elemento volitivo	50
1.5. Contenido de la teoría de la culpabilidad	55

CAPITULO II

CLASIFICACION LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD

II.1. Circunstancias calificativas, atenuantes y excluyentes en el delito	58
II.1.1. Los delitos intencionales o dolosos	58
II.1.2. Los delitos no intencionales o de imprudencia	74
II.1.3. Circunstancias agravantes y atenuantes del delito	86
II.1.4. Causas de justificación	93

CAPITULO III

CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD

III.1 Antecedentes históricos del delito en México, y su inclu sión en el Código Penal para el Distrito Federal.....	115
---	-----

III.2. El artículo 8° fracción III, en el Código Penal vigente para el Distrito Federal	143
III.3. Elementos del concepto	155
III.3.1. Resultado típico.....	155
III.3.2. Resultado querido	168
III.3.3. Imprudencia	174
III.4. Medios comisivos	179
III.5. Sanción del delito	184

CAPITULO IV

LA VALORACION DE LA PRETERINTENCIONALIDAD DENTRO DE LA AVE- RIGUACION PREVIA COMO NECESIDAD JURIDICA, Y SU ACTUAL DETER- MINACION DENTRO DE LA INSTRUCCION.

IV.1. Elementos para determinar la preterintencionalidad en la declaración primordial	191
IV.1.1. Exámen psicológico o psiquiátrico	191
IV.1.2. Valor de la entrevista de la trabajadora social ...	202
IV.1.3. Dictamen de psicólogo o psiquiátra, considerando lo recabado por la trabajadora social	212
IV.1.4. Resolución del Ministerio Público al dictamen del psicólogo o psiquiátra en la consignación penal....	219
IV.1.5. La determinación de la preterintencionalidad dentro de la instrucción y la problemática de su valoración.....	230

CAPITULO V

CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR EN LA CONSIGNACION, LA PRE TERINTENCIONALIDAD COMO ATENUANTE.

V.1. Inicio de la averiguación previa hasta la consignación...	
V.1.1. La denuncia o la querrela	248
V.1.2. La declaración primordial del presunto responsable	278
V.1.3. Los dictámenes periciales (psicológico o psiquiátrico).	298
V.1.4. La consignación penal como delito preterintencional....	303
LA PRETERINTENCIONALIDAD EN DIVERSOS CODIGOS PENALES.....	310
CONCLUSIONES.....	317
ANEXOS.....	327
BIBLIOGRAFIA	356

INTRODUCCION

A través de nuestros estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México, nació la inquietud de examinar en nuestro tema de tesis, algunos aspectos del derecho penal, y aportar, en la medida de nuestras posibilidades, alguna idea que en lo futuro constituyera una semilla, que quizá algún día echara raíz y fuera considerada e incluida en nuestro régimen jurídico.

En el presente trabajo, empezamos por exponer de manera sistemática los conceptos fundamentales de lo que es el delito, ello sin pretender ser demasiado técnicos. Así pues, nos remontamos a España a hablar de los Reyes Católicos, para tener una idea de cómo influyeron en nuestro derecho algunos -- principios del PAPA ALEJANDRO VI, es especial la "BULA INTERCAETERA", analizamos como a través de la conquista se implantaron en América Meztiza principios del derecho español, que sirvieron de base para los primero Códigos Penales que rigieron en nuestro país, como es el caso del Código Penal de 1871. Hablamos de los elementos típicos del delito, como son "el -- querer", "el entender", "el nexo causal", así como de algunas teorías de la culpabilidad, y desde luego, de la más acertada, según nuestro criterio.

En seguida, pasamos a examinar la regulación jurídica en México, en cuanto a responsabilidad penal se refiere, para lo

cual hablamos de lo que es el delito doloso; de lo que entendemos por delito culposo; de las circunstancias agravantes, como son: la premeditación, la ventaja, la alevosía y la traición; de las circunstancias atenuantes del delito, como son: el estado de pasión excusable, de emoción, de intenso dolor o por temor, haber actuado por influencia de una muchedumbre o por alguna situación que haya afectado la voluntad de momento del agente; de las causas de justificación, es decir de: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica e impedimento legítimo; así como de las causas de inimputabilidad, dentro de las que encontramos a: la fuerza física exterior irresistible, miedo grave o temor fundado y la enagenación mental.

En el capítulo tercero, tratamos en general el tema central del presente trabajo, es decir el delito preterintencional, para lo cual empezamos dando su concepto y citamos al ilustre Profesor Carrará, quien fuera representante de la Escuela Clásica, al que se le atribuye la paternidad del concepto preterintencionalidad.

Dentro de los antecedentes históricos del concepto ultra intencionalidad, mencionamos al primer Código Penal que reguló el delito preterintencional, el Código Italiano de 1930. Así mismo, citamos las circunstancias en que la Cámara de Se-

nadores propuso la inclusión de la preterintencionalidad en -- nuestro Código sustantivo, sugerencia que fué aceptada y entró en vigor en día 13 de abril de 1984, que continúa vigente a la fecha. También hablamos de los elementos que integran el concepto, de la forma de comisión de dicha modalidad delictiva y la sanción a la misma.

En el cuarto capítulo, hacemos algunas propuestas de los elementos que según nuestra opinión, deberían ser considerados para valorar la preterintencionalidad a nivel de averiguación previa, entre las sugerencias que hacemos, se encuentra la de valorar la ultraintencionalidad auxiliándose de un estudio socio-económico realizado por una trabajadora social, así como por medio de un test de inteligencia o una entrevista, ambos elaborados por un psicólogo o psiquiatra, elementos que conjuntamente con las diligencias de la indagatoria, nos podrían ayudar a determinar, si un ilícito se pudo haber cometido con modalidad preterintencional. Lo anterior obedece a que, tanto el estudio socio-económico y el test o entrevistas, nos indicarán las tendencias de la gente, con lo que se podría saber si los hechos realizados por el mismo, tuvieron el propósito que éste manifiesta.

Por otra parte, en el último capítulo tratamos de lo que es la denuncia en general, desglosando sus elementos, lo mismo hacemos con el concepto de querrela, e indicamos para ambos --

conceptos su fundamentación legal, tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en el Código Adjetivo Federal. De la misma manera, hablamos de la declaración del presunto responsable, de los elementos que debe -- reunir, de las circunstancias en que se debe rendir y de los requisitos que debe tener la confesión. También tratamos de los dictámenes parciales (psicológico o psiquiátrico), donde expresamos que sin necesidad de modificar la ley es posible realizar la valoración de la modalidad preterintencional, e indicamos en que artículos se puede fundamentar. Por último, hablamos de la consignación, de su concepto y la misma en que -- estribaría para realizarse por un ilícito con modalidad preterintencional.

A lo largo de los capítulos que integran el presente trabajo, encontraremos criterios que ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto en tesis, ejecutorias, como en jurisprudencia, elementos que sirven de base legal para reforzar nuestros puntos de vista en la presente tesis.

Al término de los capítulos de nuestra exposición, encontraremos el concepto de preterintencionalidad, así como su sanción en los diversos Códigos Penales de la República Mexicana.

Por último, al final del presente trabajo están insertados anexos, los que son los criterios que ha expresado la Su-

prema Corte de Justicia de la Nación en relación a la preterin
cionalidad. Material que tendrá alguna utilidad para quienes -
deseen conocer más a fondo el tema central de nuestro estudio.

I. ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DELITO

I.1. Concepto de delito

La presente parte se refiere a los elementos básicos para considerar a una conducta típica y antijurídica, por lo que para abordar el tema es necesario dar una definición de delito; el que para nosotros es una infracción a la ley del Estado, de convivencia, resultante de una conducta del hombre, con capacidad de querer y entender, conducta que puede ser de acción u omisión.

Para el autor Carrancá y Trujillo: "El delito es siempre una conducta (acto o omisión) reprobada o rechazada (sancionados)...(1)"; Ampliando los conceptos de este autor diremos, que la conducta va a ser siempre atribuible al hombre y, está puede dar nacimiento a un delito formal o a un ilícito material, y estos a su vez pueden ser por su modalidad: delitos culposos (de omisión) o dolosos (de acción); continuando con nuestro autor, éste señala más adelante: "... La reprobación opera mediante la amenaza de pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz consecuencia en la pena; basta que ésta la amenace, es decir, se anuncie como consecuencia de la misma, legalmente necesaria... (2)".

(1) Raúl Carrancá y Trujillo, "Derecho penal mexicano", Méx., Ed. Porrúa, 1980. pág. 222.

(2) Id.

La reprobación de la conducta antijurídica significa la aplicación de una pena, por la infracción de la ley penal, la cual va a ser aplicada por los órganos previamente constituidos para ello.

El concepto de nuestro autor, señala acertadamente que no es requisito indispensable para sancionar la conducta, - que ésta llegue a su consecución del resultado esperado, sino que basta que la misma se realice, aún y cuando el sujeto no logre el resultado esperado (grado de tentativa); o que una - conducta en sí misma encierre un daño latente al sujeto, como es el caso del delito de amenazas.

Para el Ministro Francisco Pavón Vasconcelos, el delito: "Es una conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible...(3)". En su concepto encierra varios elementos que - consideramos pertinente comentar:

En principio habla de la conducta o hecho, entendiéndose la primera que produzca un resultado material, una serie de actos realizados para lograr un fin específico; y el hecho es un cambio que se va a presentar en el mundo físico y que va a producir un resultado material; por lo que la conducta y el - resultado van a traer como consecuencia "el nexo causal".

 (3) "Manual de derecho penal mexicano", México., Ed. Porrúa, 1977, pág.165.

El segundo elemento que cita Pavón Vasconcelos es la Tipicidad, que es la encuadración de una acción (conducta), al tipo penal. En lo que respecta al tipo, éste es la descripción de una conducta prohibida, señalada por una norma jurídica-penal.

En cuando a lo antijurídico, es cierta conducta que viola lo previsto en la norma jurídica, que ha sido establecida por los órganos del Estado para la convivencia social, lo que constituye un delito; por lo tanto lo antijurídico es la conducta que viola una norma jurídica establecida en una Sociedad.

Lo culpable, lo va a constituir la imputación que le va a al sujeto (activo) que ha realizado una conducta típica y antijurídica, y es una exigencia de reprochabilidad, que le hace el Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, a el violador de una norma jurídico-penal; y va a ser el vínculo que liga a el autor de un acto antijurídico con la violación de un principio de convivencia, donde se le va a hacer responsable de la conducta asumida. En éste principio intervienen causas agravantes y atenuantes de una conducta, la que puede ser dolosa, culposa ó preterintencional, aspectos que se tratarán más adelante en detalle.

La culpabilidad va a ser una oposición a una orden jurídico preestablecido, por parte del sujeto (activo), de tal --

manera que se quebranta el orden normativo de convivencia social.

Punible, es cuando la conducta violatoria de una norma jurídico-penal, va a ser amenazada por las leyes penales, con alguna de las medidas de seguridad, mismas que va a imponer una pena al infractor: la pena se va a dar aplicando la ley a un caso específico y como medida de seguridad para la sociedad, por lo que la rechabilidad de una conducta se materializa en aquélla.

Por lo que la punibilidad se va a presentar cuando se reúnan los elementos que ya vimos, que son: que se realice una conducta o un hecho, típico, antijurídico, culpable y punible.

La concepción del delito en la Jurisprudencia, es el criterio de nuestro máximo Tribunal, el que es muy escueto en sus definiciones, y en algunos casos nos remite a el Código Penal en su artículo 7º, observando siempre el respeto al espíritu de la Ley Penal, por consiguiente a Nuestra Carta Magna, solo mencionaremos algunas tesis:

- a) Según el artículo 7º del Código Penal del Distrito Federal delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de modo que la consumación del delito se obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga." (Semanao Judicial de la Federación, T. XLIV, P.1328).

b) "El delito consiste en un acto antisocial y antijurídico - que es una negación del derecho, que está sancionado con - una pena y causa perturbación social." (Anales de jurisprudencia T.11, P.695).

Por lo que una vez que hemos examinado las teorías más -- trascendentes, a nuestro criterio, concluimos que el delito - tiene elementos esenciales invariablemente, los cuales son: - UNA CONDUCTA, TIPICA, ANTIJURIDICA, CULPABLE Y PUNIBLE.

1.2. Antecedentes históricos del derecho penal

Remontandonos a la historia del derecho penal, diremos: en el Pueblo Visigodo siempre existió un órgano de la sociedad - llamado Juez, cuya función era el sancionar a un infractor - del orden jurídico, dado que siempre se iba a tratar de pre- servar el orden social preestablecido por la propia sociedad, por lo que "Los delitos que afectaban a la comunidad eran por ella perseguidos y castigados(4)"; pero si en cambio solo un - individuo resultaba afectado, éste tenía el derecho de pedir_ la sanción del sujeto activo de la violación de una norma ju- rídica, o castigarlo por propia mano lo que constituía la ven- ganza privada, o existía la opción de llegar a un arreglo con el infractor, lo que era conocido como la autocomposición (- hoy en nuestro derecho son los delitos perseguibles por que- lla), aunque para llegar a la sanción del sujeto infractor en

.....
 (4) T. Esquivel Obregón, "Apuntes para la historia del derecho en México", México, Ed. Porrúa, 1984, pág. 36.

alguna de las modalidades referidas, se tenía que declarar -- previamente culpable al mismo (infractor) y privarlo de sus derechos civiles, para que el propio infractor y sus bienes quedaran a merced del ofendido o sujeto pasivo, pero para llegar a ello el reo tenía que ser juzgado y se tenían que dar -- "... Las partes sustanciales: emplazamiento, demanda, contestación, pruebas y sentencia... (5)", por lo que en todo proceso debía de haber acusador, acusado y Juez, aunque cabe aclarar que como excepción, en caso de que el presunto responsable fuera descubierto en flagrante delito, a este se le detenía y se le llevaba ante el órgano Jurisdiccional por el ofendido y los testigos de los hechos, se le juzgaba y se le aplicaba una sentencia sin seguir el procedimiento señalado anteriormente, y a falta de testigos, el juramento y el juicio de Dios hacían las veces de testigo.

Es importante señalar que originalmente el pueblo visigodo no tuvo un derecho escrito, ya que lo que hacían las veces de ley era la costumbre, misma que era transmitida de generación en generación, y posteriormente, cuando ocupa el Danubio, tiene oportunidad de conocer y apreciar el derecho escrito (el pueblo Visigodo), ya que en el reinado de EURICO, que comprendió de 466 a 484 D.C. se crea una colección (y la primera) de leyes que llevan el nombre de ése Monarca, aunque más adelante se conocieron leyes con el nombre de ANTIQUE, éstas han

(5) Id.

sido consideradas como de origen Euriciano.

A la llegada del Derecho Español a América, se trató de yuxtaponer a dos razas, la Española y la India, y no era posible una amalgama de tal naturaleza, ya que los Españoles, conscientes de su superioridad, se impusieron a los Indios, en cuanto a que aquéllos habían evolucionado como los Europeos, y en cambio los Naturales de América se habían quedado en una cultura primitiva y quizá hasta excesivamente salvaje.

Según la BULA INTER CAETERA, dada por el PAPA ALEJANDRO VI, el 4 de mayo de 1493, a los Reyes Católicos que disputaban el derecho de las tierras descubiertas por don Cristobal Colón, con los Reyes de Portugal; el PAPA ALEJANDRO VI, considerando que el Nuevo Mundo descubierto, no solo habían encontrado lo que originalmente se proponía don Cristobal Colón, que era oro, plata y especias, sino que además habían encontrado Indios y, teniendo al antecedente el PAPA, que los Reyes Católicos propagaron la fé Católica en la reconquista de Granada, se consideró obligado a estimularlos concediéndoles el derecho de las nuevas tierras conquistadas, y de esta manera pone fin al litigio con los Reyes de Portugal, que decían tener mejor derecho sobre dichas tierras.

El fundamento de la expedición de la BULA INTER CAETERA de EL PAPA ALEJANDRO IV, lo encontramos en el concepto dado por Silvio Zavala: "Las Bulas eran instrumentos públicos tra-

dicionalmente aceptados, con valor autentificador, correspondiéndole al Papado la función de notario Mayor de los derechos de los Reyes(6)".

EL PAPA ALEJANDRO VI, seguro de que los reyes Católicos iban a propagar la fé católica, en las nuevas tierras descubiertas, entre los nativos de las mismas, en su Bula les dijo a los Reyes: "Por la autoridad del omnipotente dios a Nos en San Pedro concedida, y del Vicario de Jesucristo que ejercemos en la tierra con todos sus señoríos de ella, ciudades, -- Fortalezas, Lugares, Villas, Derechos, Jurisdicciones y todas sus pertenencias, por el temor de las presentes les damos, -- concedemos y asignamos a perpetuidad a Vos a nuestros herederos y sucesores los reinos de Castilla y de León, con el libre y absoluto poder de Autoridad y Jurisdicción (7)".

Es importanté subrayar que el PAPA les estableció condiciones y obligaciones a los Reyes Católicos, para con los Naturales de las tierras descubiertas, ya que les dijo que en virtud de la obediencia que le prometieron al mismo, procuraran enviar a dichas tierras: hombres buenos y temerosos de -- Dios, doctos, sabios y expertos, para que instruyeran a los susodichos naturales en la fé católica y les infundieran buenas costumbres.

(6) Cit. por T. Esquivel Obregón, Op. Cit. pág. 193.

(7) Id.

La Reina Isabel la Católica, pronto entendió la misión que se le había encomendado por el PAPA ALEJANDRO VI en la BULA INTER CAETERA, ya que se trataba no solo con la misma de otorgar una concesión espiritual a la reina, sino además le encomendaba proteger y evangelizar a los indios, y así lo escribió en su testamento en la cláusula respectiva: "Por -- cuanto al tiempo, dice ésa cláusula, que nos fueron concedidos por la Santa Sede Apostólica las Islas y tierras firmes del mar Oceáno, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fué al tiempo que suplicamos al PAPA ALEJANDRO VI, de buena memoria que nos hizo dicha concesión, de -- procurar inducir y atraer los pueblos de ellas y los convertir a nuestra sana fé católica y enviar a dichas islas y tierras firmes preladados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir los vecinos y moradores a la fé católica, y las doctrinas enseñar buenas costumbres, y poner en ello diligencia debida, según más largamente en las letras de dicha concesión se contiene... Y no concientan ni den lugar a que los vecinos moradores de dichas indias y tierras firmes ganadas y por ganar reciban -- agravio alguno en sus personas y sus bienes, más manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido lo remienden y lo provean, de manera que no se exceda cosa alguna lo que por las letras apostólicas de dichas concesión nos es inyungido y mandado(8)".

 (8) Ibidem, pág. 195.

Por lo que se puede considerar que la BULA INTER CAETERA, constituyó el primer documento que sirvió de antecedente a la primera Constitución político social del mundo, ya que reunía los elementos: objeto, límite y poder del Nuevo Mundo.

Más adelante en el derecho español, en la Epoca Colonial las leyes eran "El dictado por la razón (9)". Por lo que las normas jurídicas tendieron al bien común, mismas que debían ir acorde con el derecho natural, por lo que si el rey dictaba una ley que fuera contra dicho derecho, se consideraba que no debía cumplirse, por que dicha ley no había sido una voluntad conciente del Monarca, ya que éste debía de preservar el Derecho Natural y el orden común, por lo que las disposiciones del Monarca deberían ser obedecidas pero no cumplidas en caso de que fueran violatorias del derecho natural, y además: El Consejo, Oidores y los Oficiales, no deberían de suscribir ni carta, ni abala que fuera contraria al derecho natural, -so-pena de perder su oficio, es importante subrayar que "Entre éstos derechos que las disposiciones reales no podían contrariar se hallaban las garantías de la vida, la libertad, la propiedad y la de audiencia judicial, consignadas en las leyes 3, 6, 7 del título 4, libro 4 de la Novísima (10)"; y en caso de que alguien fuera afectado de la violación de esos --derechos, sólo tenía que recurrir al rey para que suspendiera

(9) Pass, Ibid., pág. 266.

(10) Ibid., pág. 581.

la ejecución del acto violatorio. Como podemos apreciar siempre existió una regulación jurídica, aunque incipiente, y también se dieron en su momento los medios de defensa e impugnación respectiva, para hacer valer sus derechos las personas - que se encontraban sujetas a un proceso judicial.

Pero la realidad en la Nueva España era otra, ya que los españoles cambiaron radicalmente la esencia del derecho español, aplicandolo a su conveniencia, por lo que se cambió drásticamente el derecho de nuestros naturales, ya que a éstos se les sometió y se les desconocieron todo tipo de derechos inherentes al hombre, como ejemplo diremos que antes de la conquista de los Españoles, se acostumbraba entre los naturales, que cuando éstos conquistaban una tierra no quitaban a los habitantes de la misma, sino que únicamente se concretaban a pedirles un tributo como reconocimiento de su Vasallaje, de acuerdo a lo que la tierra producía (la que previamente había sido designada por los vencedores), tributo que era llevado por los subditos a los Mayordomos. Los religiosos de España, observando que los peones (macehuales) no tenían retribución alguna por sus labores, únicamente una alimentación miserable, tratan de mejorar la vida de los peones, por lo que concertaron con los patronos de los mismos, para mejorarles su remuneraciones por lo que se estableció una jornada de trabajo, habiéndose realizado por escrito la sugerencia de los religiosos y firmada por los señores, y el resultado fué: "Y lo que-

se hizo con santocelo, dice, y por favorecer a los Macehuales, que es gente común y labradores, ha sido causa de su desociego y de abatir y destruir todo de los Señores Naturales; porque de aquí tomaron ocasión para comenzar a se quejar de ellos sus subditos y Vasallos a decir que no cumplían ni guardaban lo -- que con ellos había quedado concertado y se les había mandado; entraron entre ellos a levantarlos contra sus Señores, Españoles, Mestizos y Mulatos que viven de esto, y ha venido a tanto, que ellos y sus señores están perdidos en lo espiritual y temporal, y les chupan la sangre los que los revuelven(11)" Lo que provocó una gran desorganización y anarquía, ya que a falta de respeto a sus gobernantes (Señores Naturales) y ausencia de tributos, éstos se quedaron paupérrimos, y además fueron abatidos, ya que se levantaron contra ellos sus subditos, alentados por los Mestizos y Españoles, para finalmente hacer a los Señores subditos de sus subditos: "Dicen los indios viejos que con la entrada de los españoles dió toda la tierra gran vaiven y vuelta en todo que han perdido su justicia y la orden que tenían de castigar los delitos y el concierto en todo lo que había, y que no tienen poder ni libertad para castigar a los delincuentes, y que ya no se castiga como solian los que mienten, los perjuros, ni los adulterios; y que a esta causa hay tantas mentiras y excusas y tantas mujeres malas (12)".

 (11) Ibidem, pág. 255 a 256.

(12) Ibid., pág. 257.

La ambivalencia entre el poder del PAPA y por otro lado el del Emperador, dió origen a una dualidad espiritual y temporal, por lo que en virtud de la decadencia del Hombre, se hizo necesario la creación de un Estado, para que éste hiciera uso de fuerza, y de esta manera preservar el orden social y con ello se podría llegar a la consecución del Plan Divino. Por lo que más adelante, después de la Edad Media, en la Época Moderna, el Estado habría de prevalecer sobre la iglesia, pero el Estado debía de estar sujeto a la Iglesia en lo espiritual y ésta subordinada al Estado en lo temporal.

Así, "Durante la época de la Colonia, rigieron en la Nueva España, conjuntamente con la recopilación de las leyes Indias, mandadas observar por Carlos II en el año de 1680 el Fuero Juzgo, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio y la Real Ordenanza de Intendentes expedida por Carlos II en el año de 1786, aunque los preceptos de más frecuente uso que siguieron observandose en México, muchos años después de consumada la independencia, fueron las Leyes Partidas así como diversas pragmáticas, cédulas y disposiciones acordadas por el Consejo de Indias (13)".

Después de la Independencia de la Nueva España del "Viejo Mundo", no había un Código Penal, ya que Gobiernos -

 (13) Juan José Gonzalez Bustamante, "Derecho procesal penal", Ed. Porrúa, Méx., 1988, pág.17.

se iban y otros se sucedían, tal era el estado incipiente de la naciente República Mexicana, en su Gobierno como en sus -- leyes, que en el aspecto penal se sancionaban la hechicería y los encantamientos, entre otros delitos, y las penas iban des de azotes hasta marcas.

I.5 Concepto Legal del artículo 8° del Código Penal, vigente para el Distrito Federal.

Por necesidades propias, en fecha 7 de diciembre de 1871 se expidió el Código Penal, el que fuera el primero de nuestra república, habiendo presidido su redacción el ilustre Licenciado don Antonio Martínez Castro, documento que constituyó el primer esfuerzo de la República por unificar el Código Penal, y con este documento se puso fin a las irregularidades que se cometían cuandos e juzgaba a un "infractor", ya que antes de este Código la sanción no estaba unificada en un -- cuerpo legal, por lo que a partir de la vigencia del citado -- documento se logró una mayor justicia penal, en virtud de que el mismo, consideró elementos importantes que intervienen en la comisión de un ilícito, como lo son el autor material, el -- complice, y el encubridor; Así, también habló de delito consumado, intentado y frustrado, aunque este documento tuvo -- efimera duración, sirvió de base a las posteriores codificaciones penales.

El 15 de diciembre de 1929, entró en vigor el segundo --

Código Penal, el que tuvo poca vigencia, ya que adolecía de concepciones reales sobre el sujeto activo, V.gr. consideraba que no había delitos sino delincuentes, por lo que éste Código catalogaba peligroso al sujeto activo, por el solo hecho -- de que el mismo cometiera un ilícito sin justificación y a -- este se le iba a reprochar su conducta atendiendo a las cir-- cunstancias agravantes o atenuantes de su comisión que eran_ las que determinaba su duración y alcance; y no a la mayor o menor gravedad del peligro que representaba.

En virtud de la gran cantidad de conceptos erróneos de_ que estaba plagado el Código de 1929, es suprimido por uno -- nuevo, el Código de 1931, el que entrara en vigor el 18 de -- septiembre de 1931, habiendo sido publicado en el Diario Ofi_ cial de la Federación con fecha 14 de agosto de 1931, y la -- comisión redactora del mismo estuvo integrada por: José Ló-- pez Lira, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto Garza.

El artículo 8° del Código Penal vigente para el distrito Federal, se mantuvo íntegro de 1931 a 1984 ya que en ésta última fecha fué modificado dicho artículo y se adicionó, in_ cluyéndose una tercera forma de culpabilidad: la preterinten_ cionalidad. En todo delito encontramos dos elementos invaria_ blemente, que son: Una conducta, y ésta debe ser atribuible_ al hombre, lo que para algunos autores constituye el elemen-

mento moral; y como segundo elemento tenemos el resultado material de dicha conducta, y ésta puede ser de acción u omisión reunidos los dos elementos de conducta y resultado material, - tenemos el fundamento para fincar la responsabilidad penal.

Partiendo de que "Solo las conductas humanas pueden constituir delito (14)", se estructuró el artículo 8° del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el cual sanciona cualquiera de los tres tipos de conducta que adopte el sujeto activo misma que sirve de fundamento para fincar la responsabilidad penal.

1.4. Elementos típicos del delito

1.4.1. "El querer"

El querer constituye uno de los elementos que es indispensable reunir, para que una conducta sea considerada un ilícito; es valorado el querer como un elemento subjetivo, que va a ser determinado por el aspecto psicológico-volitivo del sujeto activo hacia una situación definida.

Por su parte el diccionario de psicología define la conducta como:

 (14) Carlos A. Madraco Pintado. "La reforma penal", Ed. Porrúa, Méx. 1989, pág. 107.

Manera de comportarse de un individuo. La conducta no se reduce a datos materiales y motrices, según creían los conductistas(...), ni a reacciones del organismo, consideradas en su medio y tratando de reducir las tensiones provocadas por éste, constituye, en cambio una respuesta a una motivación (sexual, profesional, etc.) que pone en juego componentes psicológicos, motores, y fisiológicos. Conducta aprobatoria es aquella mediante la cual se refuerza la conducta observada en otro ser (puede usarse como esfuerzo positivo o como esfuerzo negativo en ausencia de la misma). //.../// conducta personal, se llama así a la conducta propia de cada individuo y que configura su manera de ser.//...(15)".

En efecto, existen diversas definiciones de conducta en psicología, las que tienen todos aspectos subjetivos, en consecuencia se traduce en una manifestación exterior de una idiosincrasia, la que se va a manifestar en actos o hechos, los que veremos más adelante en detalle.

En algunos de los tipos descritos por el legislador, el querer constituye una finalidad, y es uno de los elementos indispensables que le va a dar existencia al tipo penal, ya que sin ese elemento no es posible integrar determinados deli

(15) "Enciclopedia de la psicología", España, Ed. Oceano, 1983, pág.68.

tos, como ejemplo tenemos el ilícito de atentados al pudor, - el que requiere para su integración una intención lasciva, en la realización de actos eróticos sexuales, ya que si no existe dicha intención no se podrá encuadrar esa conducta como -- delito de atentados al pudor.

Puesto que el querer es uno de los elementos necesarios e indispensables para la existencia de un ilícito, "... Los - supuestos del delito, que contribuyen a dar el hecho significación y relevancia... (16)". Entonces, el querer debe ser - atendido como uno de los presupuestos del ilícito, pero ya -- considerado después de que se ha aplicado a una conducta es-- pecífica, y ésta ha sido previamente catalogada como antijurí dica y punible por la propia ley.

Además es importante subrayar, que la conducta en oca-- siones va a estar vinculada con un hecho, ya que el querer - se va a materializar en una conducta en particular, aplicada a una situación específica, y perfectamente definida. "Desde el punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo. A tal - proceder se suma en algunos casos, un resultado que en un -- nexa causal viene a configurar el hecho, el cual al encua-- drar la hipótesis legal, se dice resulta típico... (17)". No -

 (16) Fco. Pavón Vasconcelos, "Derecho penal mexicano", Méx., Ed. Porrúa, pág. 178. 1987.

(17) Ibid, pág. 182.

debemos perder de vista siempre, que para la encuadración de un ilícito, no basta la reunión de uno solo de los elementos establecidos como necesarios por el legislador, los que son: la conducta, o el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, - la culpabilidad y la punibilidad; sino que se requiere de la concurrencia de todos los elementos mencionados, para que - una conducta sea sancionada. En la acción "Se habla de actividad, en la cual se encuentra siempre un factor físico, -- consistente en un movimiento corporal, al que se suma otro - de naturaleza psíquica, identificado con la voluntad del sujeto de realizar una actividad...(18)".

Dice el maestro Pavón Vasconcelos que en la conducta, - la existencia del aspecto psíquico funciona al igual que el físico, con carácter fundamental, y éste en si mismo, en su entidad material o física no basta para consituir un ilícito, sino que además requiere del factor psíquico, que es el que - le va a dar significación a una conducta respecto de su autor. De acuerdo a nuestra legislación existen diversos tipos de responsabilidad, como lo es en: Los delitos intencionales los que como requisito para una acción, se requiere una representación psicológica, y ésta debe coincidir exactamente con el resultado obtenido; Los delitos imprudenciales, los - que solo requieren el querer, del sujeto activo, sin que éste se haya propuesto un fin determinado, ya que únicamente -

 (18) Ibid., pág. 187

el mismo va a realizar (y quiere) una conducta en un sentido definido, sin que tenga previamente a su comisión del ilícito una representación psicológica del resultado específico que va a obtener; y por último, tenemos los delitos preterintencionales, en los que se va a desplegar una conducta (querida), específica, y se espera un resultado determinado, y éste no se va a dar, sino uno más grave, pero el mismo no debe ser consecuencia necesaria de la conducta asumida y querida. Observamos que en las tres situaciones antes citadas existe un factor común, que es un impulso psíquico, o sea un querer, y éste se manifiesta en una voluntad y ésta en un resultado.

Cabe aclarar que existen actos involuntarios como los movimientos reflejos, de los cuales no entraremos en detalle, porque en ellos no intervienen la voluntad del sujeto que los realiza. En cuanto a los actos inconscientes en éstos no intervienen el querer conciente del individuo, sino una de las partes no controladas de la personalidad, llámese: Superyo, Ello o, Padre, Niño (19), las que consideramos de poca trascendencia por el momento y no entraremos en detalle de ellas.

La acción constituye: la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, lo que significa que la acción es la materialización de un querer en una conducta, y ésta se traduce en un movimiento corporal y voluntario.

(19) Cfr. Thomas A. Harris, "Yo estoy bien, Tu estás bien", - Barcelona, Ed. Grijalbo, 1973.

Por otro lado, hay presupuestos de la conducta y el hecho, los que son situaciones previas a una serie de actitudes realizadas por el sujeto, por lo tanto son un antecedente jurídico o material. Y en éstos se incluye la previsión hecha por la norma de que una conducta o un hecho constituyan delito, ya -- que tienen un antecedente jurídico antes de la realización de una acción. Y además esa conducta o hecho, son necesarios para la existencia del tipo penal que así lo exige. Por lo que la - conducta o hecho deben encuadrar a lo descrito por el legislador en el tipo penal.

Existen elementos esenciales del delito, y cada uno de los elementos, es por lo tanto, el componente indispensable para la integración del delito en general, y según Porte Petit son: elemento esencial general material; elemento esencial general valorativo y; elemento general psíquico. Después de todo, a nosotros nos interesa el último citado, el que es un requisito intrínseco que se va a presentar en cualquier tipo de culpabilidad y, va a ser querer una determinada conducta.

En efecto, el elemento psíquico puede ser representado en una conducta o en un hecho, dependiendo del tipo penal, ya que en ocasiones el tipo requiere un elemento objetivo que es la conducta, cuando se trata de un delito de acción u omisión; y en otros requiere un hecho, cuando además de acción y omisión se requiere un resultado material. Por lo que concluimos que cuando el tipo requiere una actividad o inactividad se trata -

de conducta y, cuando requiere un resultado material se trata un hecho. Es importante diferenciar el citado tipo de hechos, de los fenómenos provenientes de la naturaleza, en donde no interviene la voluntad del hombre, por lo que son hechos naturales. Por lo que la conducta humana resulta un comportamiento humano y voluntario, positivo o negativo, cuya finalidad es un propósito, lo que se traduce en un querer, en el sentido que se quiera. Afirma Mariano Jiménez Huerta: "La voluntad de un ser humano por su propia naturaleza constantemente se orienta hacia una o varias perspectivas, y cuando se decide por alguna, ésta se convierte en fines o propósitos(20)".

Finalmente, concluimos que el querer se va a manifestar en una conducta o un hecho, que sean típicos y antijurídicos, en donde el autor de ese querer puede o no desear el resultado obtenido.

I.4.2. "El entender"

El entender constituye la capacidad de discernir del individuo, y ésta se encuentra determinada por su capacidad mental, según nuestra Carta Magna, se define a partir de los dieciocho años de edad, ya que desde esa edad se considera al individuo como ciudadano, y es cuando es posible la reprochabilidad de una actitud antijurídica y punible.

(20) Pass, Mariano Jiménez Huerta, "Derecho penal mexicano", T.I. Méx., Ed. Porrúa, 1980, pág. 106.

Además, nuestra Constitución Política de 1917, en el Capítulo IV de los ciudadanos mexicanos, en su artículo 34 a la letra decía "Son ciudadanos de la República todos los que teniendo calidad de mexicanos, reúnan, además los siguientes requisitos: I.- Haber cumplido diesiocho años, siendo casados, o veintiuno si no lo son..." en la actualidad, el mismo artículo ha sido derogado, y solo ha quedado, que a partir de los diesiocho años de edad se es ciudadano.

El entendimiento se encuentra vinculado a la conciencia, y ésta actúa como un seleccionador de una conducta, al que debe ser acorde, con los lineamientos de una Sociedad como son: religión, valores, costumbres, cultura, etc., y es así como el legislador capta los elementos predominantes en una cultura y los plasma en la legislación.

Por lo que el entender va a ser externado siempre como una conducta o un hecho, dependiendo de cada sociedad, y ésta nos va a limitar e indicar hasta donde nos es permitido actuar"... Del mismo modo como existe un tipo de humildad que no tiene nada que ver con el odio a sí mismo, también existen imperativos de conciencia que son genuinos, y un sentido de deber que no está arraigado a la hostilidad, estos sentimientos legítimos son parte de la personalidad integrada y el obedecer a sus demandas constituye una afirmación del Yo (21)".

 (21) Erick Fromm, "El miedo a la libertad", Méx. Ed. Paidós, 1988. Pág. 108.

Es importante aclarar que la sola materialización de un hecho no constituye un delito, sino que ésta deberá ser expresión de una personalidad de un individuo, y determinada por acciones delictuosas, atribuibles a un sujeto con capacidad de discernir y consideradas como un ilícito en el tipo penal. Por lo que para que una acción (u omisión) sea incriminable - además de antijurídica y típica, ha de ser culpable, y la culpabilidad va a reprochar la actitud de un sujeto imputable. Las condiciones psíquicas del individuo forman la voluntariedad, y ésta es la libertad de elegir y asumir determinadas conductas.

Además, afirma Carrancá y Trujillo: "Que el fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenando el tipo legal; condiciones -- que aprueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche (22)". En el juicio, es donde entra la capacidad intelectual del sujeto activo de una conducta, ya que para que éste sea responsable, no solo requiere que haya querido una conducta, sino que el mismo debe entender que la conducta constituye un delito, por lo tanto debe ser el sujeto activo, mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales.

 (22) Op. cit., pág. 414.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, dice - en su artículo 68: "Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos."; lo que significa que a dichas personas no se les va a sancionar porque se consideran inimputables, por lo tanto no responsables de su conducta o hecho asumido, ya que no tuvieron y no tienen capacidad de razonamiento ó madurez de razonar sus pensamientos, en el mismo artículo se incluye a los afectados de sus facultades mentales y a los menores de edad.

Por lo tanto, dentro de los inimputables que no tiene capacidad de discernir se encuentran los deficientes mentales, ya que su incapacidad intelectual no les permite conocer y apreciar la realidad. "Ellos mismos son víctimas de su enfermedad, en la cual ha de verse la verdadera causa interna de sus determinaciones tomadas del proceder de la voluntad que no ha podido conformar al juicio; el remedio requiere vigilancia y el uso de medidas terapéuticas que se orienten hacia la corrección del vicio que encarna este género de peligrosidad, y de ninguna manera el juicio y sanción penales (23)".

Por otro lado, tenemos a los ⁱⁿimputables que no tienen capacidad de discernir por ser menores de edad, ya que los úni-

(23) Ignacio Villalobos, "Derecho penal mexicano" Méx., Ed. Porrúa, 1983, pág. 280.

cos con capacidad de querer y entender son los adultos con mente sana, así los niños menores de edad, en quienes no se ha formado una conciencia jurídica, que les permita diferenciar lo bueno y lo malo de sus actos, ya que éstos van a actuar por impulsos biológicos y gustos, sin discriminarlos de si están bien o mal; por lo que las medidas adecuadas aplicadas a los mismos, cuando han adoptado una conducta antijurídica y punible, se deben concretar a encausar la formación de conciencia, y por ende de los valores y patrones dados por la sociedad a través de las leyes que son vigiladas por el estado; según se desprende del numeral 119 del Código Penal.

Las partes de la conciencia según consideró Freud, son: el Yo que es un órgano de mediación con respecto al ELLO y al SUPER YO que asegura la unidad de integridad de la persona, y se haya bajo la influencia especial de la percepción. El ELLO es el polo que hace a un organismo hacia instintos en una personalidad. y por último el SUPERYO que es el ideal del yo, y la parte del YO, que presenta una conexión menos firme con la conciencia. Estas partes las mencionamos muy brevemente, y consideramos que tienen relación con los dos puntos antes vistos.

Dentro del entender tenemos la figura jurídica denominada "acción libre en su causa", la que se va a presentar cuando un sujeto se coloca en un estado de inimputabilidad para come-

ter un ilícito y la conducta la decidió en un estado de imputabilidad, y el resultado se produce en un estado de inimpunitabilidad. En éste caso se va a sancionar al sujeto activo, en virtud de que al momento de idear la comisión de un ilícito se encontraba en un estado de imputabilidad y pudo determinar que su conducta constituía un delito; "En tales casos hay responsabilidad porque la acción fue voluntariamente desarrollada, siendo indiferente el momento en que se produjo el resultado; el momento del impulso dado para que el resultado se produzca es el momento decisivo porque es la causa... (24)". - Por lo tanto en nuestra legislación penal la "acción libre en su causa" es considerada una conducta dolosa, ya que el sujeto activo previó la acción y pudo prever el resultado, en consecuencia, antes de realizar una actitud emitió un juicio de valor y después realizó una conducta o un hecho.

Ha evolucionado el criterio del propio Código Penal, ya que en la actualidad al delincuente se le considera como un - desadaptado y no como un "loco o anormal", dado que la conducta se va a producir con la intervención de las facultades - - humanas de discernimiento y voluntad, en ésto estriba la culpabilidad, la que se da por haber querido con inteligencia - un acto o un hecho, y haber tenido la voluntad para la ejecución del mismo, aunque con la conducta o el hecho no se haya queri

 (24) Raúl Carrancá y Trujillo, Op. cit., pág. 414.

do cometer un ilícito. Por lo tanto la culpabilidad es el --
nexo psicológico entre un hecho y un sujeto, así también, es --
aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochado sub
jetivamente. Por lo que para reprochar un acto, éste antes -
debió de haber pasado por el conocimiento del sujeto y ser --
transformado en voluntad.

1.4.3. "El nexu causal"

El nexu causal es la relación existente entre la conduc-
ta o hecho asumido (por un sujeto imputable) y el resultado -
obtenido, és decir, es una relación de causa efecto, por lo -
que el nexu causal tiene dos elementos que son: una conducta_
y un resultado.

El nexu causal existe únicamente en las conductas produc
toras de un resultado material, ya que en las que no haya una
consecuencia material no existe nexu causal, en virtud de que
la causalidad es el vínculo que nace entre el sujeto activo y
el resultado delictivo, porque con la existencia del nexu cau
sal, es posible imputar el resultado material al agente pro
ductor del mismo, por lo que la relación causal se va a dar -
únicamente en los ilícitos cuya consumación la ley requiera -
un resultado material, y este lo requiere cuando indica en --
verbos transitivos: causar, dañar, destruir, falsificar, in-
ferir, ocasionar, etc.

Por lo tanto las conductas de hacer o no hacer (de acción u omisión) que producen un resultado, van a estar vinculadas a su autor por un lazo causal, ya que el agente de la conducta produjo el resultado, y por tanto él va a estar ligado a su acción y ello va a constituir un vínculo entre la conducta y el resultado material, y éstos fundamentan la responsabilidad del agente.

Es importante que consideremos que el nexo causal es fundamento de la responsabilidad, pero éste en sí mismo no es suficiente para fincar una responsabilidad, ya que requiere el elemento psicológico de un querer y un entender, y ya estos elementos reunidos podremos afirmar que efectivamente si existe vínculo causal y por ende responsabilidad del agente productor de un resultado material con su conducta o hecho sumidos.

Para Porte Petit "...La relación de causalidad es el nexo existente entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado ... (25)". Y dice que para la existencia de la responsabilidad del sujeto no basta el nexo naturalístico causa-efecto (conducta-resultado), sino que se requiere un presupuesto psicológico entre el sujeto activo y el resultado material, que es función de culpabilidad y por ende constituye elemento del delito, "Así pues, una vez que se comprueban los elementos del hecho y consi

(25) "Apuntamientos de la parte Gral. de derecho penal". Méx. Ed. Porrúa, 1982, pág. 341.

guientemente, la relación causal, es necesario la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad... (26)". por tanto, el citado autor considera la culpabilidad como un elemento del delito y no como un "correctivo" del mismo, ya que la culpabilidad es indispensable para el nacimiento del delito.

De la misma manera, en la conducta de acción u omisión, la primera trae como consecuencia (en ocasiones) un hecho, -- que es una materialización de una conducta; por otro lado, es la conducta de omisión se deja de hacer lo que se tiene obligación de hacer y con ello se produce un resultado material. -- En ambos casos la materialización o mutación del mundo exterior está ligada a su autor, y ello va a constituir el nexo causal (conducta-resultado) atribuible a un determinado sujeto. Por lo tanto en los delitos de comisión por omisión su -- fundamento lo constituye la inactividad, y la misma vincula a su autor con la conducta asumida, en virtud de que no realizó una "acción positiva" como tenía obligación y esto trajo como consecuencia un resultado material, por lo que la solución al problema de la causalidad radica en la propia omisión, puesto que ésta constituye la acción causal, y es ella la del resultado (por ser *conditio sine qua non*).

(26) Id.

"El sentido común intuye, la razón dicta, y la experiencia enseña, que una relación de causalidad material entre el comportamiento y el resultado solo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana (27)". Los "tipos" que cita el legislador que requieren un resultado material, vinculan al efecto material realizado con su autor, de tal manera que él es la causa física, y por tanto, el efecto material es consecuencia de su acción u omisión, ya que el movimiento corporal o la inactividad del sujeto "activo" causa un resultado.

Sin émbargo, lo que le interesa al derecho penal no es la correlación causa-efecto, dado que en materia punitiva se trata de investigar si una determinada actitud o comportamiento han producido un resultado relevante jurídicamente, lo que significa que lo trascendente para el derecho penal es determinar si un resultado puede ser atribuido a un individuo.

Así, respecto de la causalidad han surgido diversas teorías, entre las que mencionaremos:

- I. - LA TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O CONDITIO SINE QUA NON O DE LA CONDICION.- Tiene su origen en Alemania hacia 1850 y, se fundamenta en que la causa es el conjunto de todas las condiciones positivas o negativas que -

 (27) Mariano Jiménez Huerta, Op. cit., pág. 176.

afluyen a producir el resultado. Esta teoría considera todo resultado previamente determinado por antecedentes causales, y causa es el conjunto de condiciones que han contribuido a su producción, por lo que uno solo de los elementos que han contribuido a una causa no tiene valor, sino la gama de condiciones que han provocado un resultado, "...Pero como, por otra parte, cada condición que concurre a la causación del resultado es circunstancia determinante de su producción, toda condición es causa necesaria del mismo (28)".

El error de ésta teoría radica en considerar al conjunto de condiciones como causa del efecto producido, y por tanto darles un valor igual a las mismas, lo que resulta equivocado, ya que la actitud humana no es conducta ciega, en virtud de provenir de un ser pensante, y por ende con aptitud de dominar las fuerzas de la naturaleza y dirigirse a un fin específico.

II.- TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA O DE LA ADECUACION. -
 Fué concebida por Romaunosi en 1871, y Carrará, la misma sostiene que "La causa es, dentro del conjunto de condiciones causales concurrentes solo aquella que resulta adecuada para producir el resultado (29)".

 (29) Ibid., Pág. 182.

(29) Francisco Pavón Vasconcelos, "La causalidad del delito", México, Ed. Porrúa, 1983, pág. 69.

Esta teoría destaca la particular importancia en el orden jurídico que tiene la causalidad humana, y con ello quiere significar que si la causa tiene idoneidad del resultado producido, ella es causa eficiente, con lo que se trata de personificar la causa y determinar sus límites.

En efecto, en esta teoría, para que exista un vínculo causal entre conducta y resultado, es necesario que el hombre haya asumido una conducta idónea para su realización. Es así como lo trascendente jurídicamente es que la causalidad sea adecuada e idónea para la producción de un resultado típico por lo que esta teoría es aludida para deslindar responsabilidad cuando se produce un hecho antijurídico excepcional, para tratar de excluir una imputación.

La crítica a ésta teoría radica en que la misma deja de considerar los factores que motivaron una conducta o un hecho, ya que éstos van a darle peculiar sentido, y en ocasiones la licitud, como el caso de la legítima defensa. Por lo que el resultado no puede establecerse conforme a un patrón universal de eficiencia, ya que para considerar y calificar una causa es importante calificar al factor humano en las condiciones peculiares en que éste actuó como son tiempo, modo, circunstancia, y ocasión, y con éstos factores se podrá considerar si las concausas cooperantes rechazan o no el nexo causal.

III.- LA TEORIA DE LA ULTIMA CONDICION O DE LA CONDICION MAS PROXIMA.- Se le atribuye a Ortmann y considera ésta teoría - que no todas las condiciones van a producir un resultado, si no la causa que se encuentre más próxima al mismo, "... - Causa es sólo la última de un conjunto de condiciones, o sea aquella que está mas próxima al resultado (30)". Por lo que - la última condición próxima al resultado es la causa del efecto.

En esta teoría la última condición la va a constituir - la última acción del sujeto antes de cometer el ilícito, ó -- la acción más próxima al mismo.

La crítica a esta teoría radica en considerar como vínculo causal al última particularidad, las condición más próxima a un ilícito como la productora de un resultado material y soslayar que ello no siempre va a ser verdadero, ya que no invariablemente resulta de actual vigencia el criterio de la última condición, como en el caso de la fuerza física (Vis -- absoluta), en virtud de que en ésta situación, a pesar de ser la última condición, no es base para fincar responsabilidad, -- dado que al actuar bajo el impulso de una fuerza material -- irresistible, se excluye así la culpabilidad, y con ello queda descartada la última condición como vínculo causal ya que la misma no es siempre el motivo en la producción de un resul

(30) Ibid., pág. 61.

tado.

Así también, dicha teoría deja de considerar que las demás condiciones produzcan un resultado, es decir, cuando se generan un conjunto de acciones y éstas de manera global ---traen como consecuencia un resultado, y así, no solamente la causa última es la condición, sino el conjunto de causas las que producen el hecho.

IV.- LA TEORIA DE LA CAUSA EFICIENTE.- Es considerada idea de Kholer, y dice que "...En el resultado no intervienen como causa un conjunto de condiciones, sino solamente aquella que tiene, en sí misma, la capacidad de producirlo...(31)", lo que significa que lo trascendente jurídicamente va a ser la causa que tenga capacidad para producir un resultado, por lo que esa causa es la decisiva. En un hecho antijurídico intervienen una serie de condiciones, y una son "intrascendentes", pero solo hay una decisiva que es la que le da nacimiento a un hecho, y es la que tiene fuerza suficiente de producir el efecto (resultado), por lo tanto, las condiciones "intrascendentes" van a ser circunstancias que van a favorecer un resultado, pero no van a ser su causa determinante.

(31) Ibid., pág. 65.

Como consecuencia, la causa eficiente es individualizada, ya que va a destacar una sola de las condiciones como causa.

La crítica a ésta teoría es en el sentido de que en la "realidad jurídica", es común que se presenten ilícitos donde hay concurso de participantes, y aplicando la teoría de la causa eficiente no es posible encontrar solución en cuanto a la responsabilidad de los participantes, ya que si como dice la misma teoría una sola de las condiciones es la causa del resultado, los coparticipantes con el autor material de un ilícito no son sujetos de imputabilidad (de reproche) por no realizar conductas causales.

En nuestra legislación penal el nexo causal no está mencionado específicamente a lo largo de dicho ordenamiento, ya que únicamente se encuentra regulada la causalidad en el delito de homicidio en los artículos 303, 304 y 305, en estos preceptos se admiten las diversas teorías de la causa, sin que el criterio de las teorías se haya unificado al respecto por los diversos tratadistas, ya que unos opinan que en determinado artículo se está admitiendo una teoría y otros dicen que se trata de una teoría diversa. Nosotros consideramos que por el sentido cauísta de dichos artículos (los de homicidio), posiblemente puedan adecuarse a las teorías ya aludidas.

1.4 Extensión y alcance del elemento volitivo

La voluntad constituye la aptitud para actualizar y realizar las propias intenciones, lo que significa que las ideas se conciben, se deciden y se ejecutan.

El fundamento del delito es la voluntad antijurídica espontánea (dolo), externada como un agravio a la ley moral y al Estado, o como descuido o negligencia culpable (culpa), dado que si el hecho dañoso no es espontáneo, ya sea porque el sujeto activo se encuentre en estado de necesidad, dominado por una fuerza física (Vis absoluta), por una fuerza proveniente de la naturaleza o subhumana (Vis mayor), por una fuerza moral (Vis compulsiva) ó por una voluntad superior (hipnotismo), entonces, no habrá delito.

El acto volitivo es un elemento que es considerado como el coeficiente psíquico para la materialización de una conducta, ya sea de acción u omisión, y que cuando, "...Hay ausencia de conducta o imposibilidad de integración, cuando la acción u omisión son involuntarias, para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o inactividad, no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad (32)".

(32) Francisco Pavón Vasconcelos, "Derecho penal mexicano". Op. cit., pág. 254.

Por lo tanto, la voluntariedad para que tenga trascendencia jurídica en el ámbito penal, deberá ser espontánea, de tal manera que no deberá tener ningún tipo de influencia ya sea del hombre o de la naturaleza, lo que significa que el alcance de la voluntariedad es total y por lo tanto pleno, cuando para su manifestación no ha habido ninguna clase de influencia, por lo que el hombre en tal situación es perfectamente imputable y reprochable en su caso, de su voluntariedad expresada en una conducta o un hecho.

Por el contrario, se presentan situaciones bien definidas, donde si bien es cierto hay una materialización de un hecho, también es cierto que el mismo no existe una voluntad en la ejecución de dicha conducta, o si la hay, la misma se encuentra viciada y, por lo tanto es considerada como excluyente de responsabilidad.

Al respecto, específicamente nuestro Código Penal considera varias situaciones en su artículo 15 que son:

I.- VIS ABSOLUTA.- En ella el sujeto productor de la última condición en el proceso material, realiza un movimiento corporal o una actividad para la materialización de un hecho, sin que en el mismo intervenga su voluntad, dado que el sujeto activo realiza un hecho involuntariamente e impulsado por una fuerza exterior física que le impide resistirla, por lo consiguiente, aunque el hecho realizado en dicha circunstancia sea

un "ilícito", él no ha tenido una causa psíquica y por lo tanto no ha querido el resultado, lo que trae consecuencia que no sea imputable el ilícito ni como dolo, ni como culpa, en tal situación se es medio de comisión y no agente creador de la conducta. Por lo que concluimos que en la Vis absoluta no existe voluntad en la actividad o inactividad, de tal suerte que la expresión de una conducta de acción u omisión no tiene trascendencia jurídica por no existir el elemento psíquico, - siendo así que el agente material se convierte en mero instrumento, por encontrarse constreñido a una voluntad ajena a la que no se ha podido resistir.

La Vis absoluta según el artículo 15 del Código Penal - vigente, requiere de una actividad o inactividad involuntarios; que el origen sea una fuerza física, exterior e irresistible; y que un hombre diverso al que realiza una conducta sea la causa de la misma. En este concepto encontramos que un hombre actúa como medio material y otro como impulsor de aquél, ya que el agente impulsor despliega una fuerza material que no puede ser rechazada consciente y voluntariamente por el agente material, en este caso existe evidentemente una falta de relación psíquica entre el sujeto material y su propia conducta y a falta del elemento objetivo no hay antijuricidad y ello excluye a la punibilidad.

11.- LA FUERZA MAYOR.- Tiene similitud con la Vis absoluta, - solo que en la fuerza mayor la actividad o inactividad invo-

luntarias se van a presentar por el despliegue de una actuación sobre el cuerpo del agente material, y esa fuerza exterior a él, va a ser irresistible y tiene su origen la misma en la naturaleza o en seres irracionales (subhumana), en tanto, en la Vis absoluta dicha fuerza proviene del hombre.

En consecuencia, tanto en la fuerza Mayor como en la Vis absoluta va a existir involuntariedad y con ello ausencia de conducta, lo que trae como resultado inexistencia del delito, en virtud de que no hubo conducta, ya que el agente solo actuó como medio material, o como agente físico exclusivamente.

Por su parte el Código Penal vigente, en su artículo 15° fracción I, incluye como causas excluyentes de responsabilidad la Vis absoluta y la Vis mayor, al decir textualmente: - "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, -- Fracción I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad in voluntarias".

III.- EL SUEÑO.- Este es considerado como "acción libre en su causa", dado que el agente material pudo prever, que una vez que se encontrara dormido era factible cometer un ilícito y, no sopesó esa situación estando en un estado de imputabilidad aún y cuando el ilícito se materializó en un estado de inimputabilidad (sueño); a excepción, de que las circunstancias que rodeen a un "ilícito" determinen que fue materialmente imposible prever el resultado del mismo, y la materialización de -

los resultados dañosos, se debieron efectivamente a movimientos no voluntarios, ocasionados por un estado fisiológico de reposo (sueño).

IV.- EL SONAMBULISMO.- Es un estado de inconciencia al que -- llegan algunas personas después de haberse dormido, en el que se van adoptar determinadas actitudes, sin que en las mismas tenga intervención la voluntad. En él se van a materializar deseos reprimidos y el sujeto activo no actúa como seleccionador de su proceder, sino como ente material. El sonambulismo es considerado como excluyente de responsabilidad, siempre y cuando el sujeto activo desconozca que padece sonambulismo y por ello no pueda prever su acción, ya que en caso -- contrario, nos encontraremos ante la figura jurídica denominada "acción libre en su causa".

V.- EL HIPNOTISMO.- Es un estado de inconciencia, donde la -- voluntad del hipnotizado se encuentra dominada por el hipnotizador, y por lo tanto existe una supresión temporal de la conciencia del primero, debido a sugestión, lo que trae aparejado una ausencia de conducta, y ésta implica una inimputabilidad en caso de realización de actitudes consideradas como un ilícito.

VI.- LOS ACTOS REFLEJOS.- Son considerados movimientos compulsivos, que se van a presentar ante la presencia de un estímulo, sin que en su realización intervenga la voluntad del agen

te material, ya que en el acto reflejo se producen movimientos corporales sin que haya ingerencia volitiva del sujeto -- que los produce, lo que trae como resultado que dichos movimientos sean inimputables.

I.5. Contenido de la teoría de la culpabilidad

Esta, parte de que el sujeto con capacidad de discernir guía sus deseos a un fin específico, y con ello adopta una -- conducta o un hecho, lo que lo hace responsable del resultado que el mismo genere, así, observamos que el elemento predominante en la culpabilidad es la voluntad.

Por lo tanto, en la culpabilidad se dejan de observar - normas jurídicas, es decir, se van a soslayar normas legales_ en el ámbito punitivo, generado un reproche por la antijuricidad del acto, con lo cual el sujeto se constituye en causa - del acto reprobado, y ese reproche tiene como antecedente una valoración objetiva del acto, lo que implica que el sujeto so pesó su acción o debía sopesarla antes de ejecutarla, dado - que el sujeto activo pudo realizar una conducta o hecho di- versos a los realizados.

Como consecuencia, la culpabilidad tiene dos elementos - propios que son:

- a).- Una actitud psicológica del sujeto activo hacia un determinado fin.

b).- Una valoración normativa de su actitud.

Por lo que conjuntamente ambos elementos van a generar un juicio de reproche, y por lo tanto la imputabilidad, y ésta la culpabilidad.

Por otra parte, existen teorías de la culpabilidad: la primera es la TEORIA PSICOLOGICA, la cual consiste en el vínculo psíquico del agente con el acto exterior realizado por el mismo, o sea el nexu psicológico del autor con su acto.

En consecuencia, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, se va a presentar una vinculación del autor con su acto asumido. De lo que resulta que la culpabilidad se va a generar cuando el sujeto imputable realiza un acto, después de la valoración que hizo de una conducta o un hecho, o de la valoración que estaba obligado a hacer en los mismos. "En síntesis, para esta teoría, la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa (33)". Por lo que concluimos que en esta teoría lo común necesariamente va a ser la relación subjetiva del autor con su acto.

En segundo lugar tenemos a la TEORIA NORMATIVA, la que va a partir de la existencia de una conducta o un hecho anti-jurídicos, ya que se le va a hacer un reproche al autor de una

(33) Ibid., pág. 364.

acción u omisión, en virtud de haber tomado una actitud anti-jurídica, pese a haber podido adoptar una actitud diversa, o sea no antijurídica. En esta teoría encontramos una norma de derecho (juicio de referencia), y una norma de deber (juicio de valor), y cuando hay concordancia de ambas, es decir si se respetan los postulados, un acto no tiene trascendencia punitiva, pero cuando se violan sus principios se encuadra con -- ello una conducta o un hecho como ilícitos, porque se infringen normas de deber (internas), y normas de derecho (externas), ya sea dolosamente o culposamente, y con ello, también se violan normas punitivas, ya que se hace lo que se tiene -- prohibido hacer, y como consecuencia se adopta una conducta típica y antijurídica.

Cabe aclarar, que la norma de deber, es la que sirve para determinar los motivos internos de una actitud, y con ello la personalidad del autor de un acto, lo que permite determinar si una conducta le era exigible en un determinado sentido.

Por último, el fundamento del reproche estriba en asumir una conducta o un hecho antijurídico de manera espontánea, es decir, el sujeto activo realiza una valoración normativa (En el juicio de valor, así como en el juicio de referencia) antes de decidirse por una actitud, y después de su valoración adopta una conducta o un hecho antijurídicos, ya que el infractor bien pudo realizar una conducta antijurídica y no punible.

II. CLASIFICACION LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD

II.1. Circunstancias calificativas, atenuantes y excluyentes en el delito.

II.1.1. Los delitos intencionales o dolosos

En el derecho punitivo el dolo es considerado una voluntad del sujeto hacia un determinado fin, que necesariamente es realizar una conducta o hecho, típico, antijurídico, imputable y punible; es indispensable que el sujeto infractor se haya propuesto un fin específico, con conocimiento que la conducta o el hecho que va a realizar es un ilícito, es decir que el infractor tenga el propósito de cometer un ilícito.

En el "Código Martínez de Castro" 1871, en su artículo 9° decía: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exiga, la intención delictuosa para que haya delito." En este Código se presumía cualquier conducta o hecho infractoras, por el solo carácter de su violación normativa, serían dolosos, a menos que se pudiera demostrar que no se actuó con dolo, o que el tipo penal exigiera como elemento sine qua non la intención delictuosa del agente activo.

Por su parte, el Código Penal de 1931 mantuvo en su con

cepto la presunción del dolo en su artículo 9º, que a la letra decía: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario"; y enumeraba más adelante seis fracciones, aún y cuando se presentaran las mismas no se excluía el dolo, situación violatoria de los principios consagrados en nuestra Carta Magna, la que en su artículo 19 dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se le imputa al acusado: los elementos que constituyan aquel: lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado." De lo que deducimos que no era posible presumir la intención delictuosa, sino más bien probarla, y éstos datos deberían (y deberán) ser probados en la averiguación previa, para consignar como dolosa una actitud, ya que el dolo no puede consistir en ritos de la ley.

Por otro lado, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, antes de la reforma penal de 1984, que apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de enero de 1984, no definía al dolo, y éste concepto después de dicha reforma fué definido por dicho ordenamiento en su artículo 8º que dice a la fecha "Los delitos pueden ser; fracción I, Intencionales...", sin que éste artículo defina que considera por intención, pero es complementado por el artículo 9º del -

mismo Código Penal, el que dice: "obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

Así, encontramos dos elementos comunes en el delito doloso: el primero es un conocimiento, que es un saber que lo que va a realizar constituye un delito; y el segundo elemento es un querer o una voluntad que persigue un fin específico que es antijurídico, y una vez que se han reunido estos dos elementos, los mismos cumplen los requisitos que describe el tipo penal como ilícito y con ello se configura un delito.

Por lo tanto, el agente infractor se considera que actúa dolosamente, cuando sabe o conoce que lo que va a realizar constituye un ilícito, de tal suerte que el mismo quiere una conducta y quiere un resultado, específico, e incluso los ha previsto, por lo tanto el agente sabe que su conducta o hecho desplegados va a producir un resultado determinado con antelación y querido.

Cuando decimos que uno de los presupuestos del dolo va a ser el conocimiento previo del sujeto activo, con ello queremos dar a entender que el agente activo sabe que su conducta o hecho van a causar un daño bien particular a un sujeto pasivo, o al mundo exterior, y que debe emplear ciertos medios para lograr su propósito el agente activo, y que

su conducta o hecho van a producir una mutación en el sujeto pasivo o en el mundo exterior bien determinados, por lo que el resultado sufrido es esperado por el sujeto activo, constituye un ilícito, y éste es el que va a ligar a el autor con su acto, o sea se establece un vínculo casual, por lo tanto la previsión pertenece al dolo.

La intención es la voluntad dirigida hacia un determinado fin, por lo que un acto intencional es el concebido como un pensamiento guiado hacia un fin concreto, que es la designación de la voluntad, y cuando esta voluntad se encamina a la realización de un acto ilícito, típico, antijurídico y punible, nos encontramos frente a un ilícito penal doloso, por lo que está bien claro, que el fin que el sujeto activo se propone lograr con su actitud es el que le va a dar un carácter de ilícito a su conducta o hecho, dado que el sujeto infractor con su postura provoca una mutación y esta se da por una conducta y un resultado material, consecuencia de la misma conducta. No obstante, una intención que tenga un fin delictivo no configura una intencionalidad de carácter penal necesariamente, sino que para una conducta o un hecho tengan la naturaleza de ilícito, deberán de reunir invariablemente los elementos que indica el tipo penal, y esto es requisito intrínseco; v. gr. "injurias", ya que aún y cuando se tuviera la intención de cometer un ilícito penal, por medio de alguna expresión preferida, o alguna acción para manifestar desprecio a otro o causarle una ofensa, esta conducta no constituiría el delito de "injurias", ya que dicho precepto ya fue

abrogado. También se van a presentar situaciones en donde la intención del sujeto trasgresor no se dirige directa o determinadamente a la realización de una conducta o un hecho de tipo penal, y no obstante esa actitud se encuadra dentro de la figura típica descrita en un ilícito penal intencional, toda vez que dicho talante reúne los elementos que indican los preceptos de derecho correctivo vigente, lo que le van a imprimir a una conducta o hecho el carácter de intencionales o dolosos, dado que el agente activo prevé el resultado como posible y éste lo ratifica y acepta, al realizar su conducta o hecho, imprimiéndole contenido intencional a los mismos, de lo que concluimos que la intención delictuosa es eminentemente normativa.

En consecuencia, la intención transgresora del orden punitivo es representada y querida previamente por el sujeto activo, y constituye un acto antijurídico, que es meta de la voluntad del sujeto vulnerador, por lo que si éste previamente no se representa y quiere la realización del acto u omisión y no tiene conocimiento de su ilicitud, no se podrá encuadrar esa actitud como un delito intencional. "Pues lo que no es representado y querido en su facticidad y lo que no es conocido en su significación no puede ser intencionalmente realizado (1)". Por lo que es preciso que el transgresor --

 (1) Mariano Jiménez Huerta, Op. cit., pág. 423.

conozca las circunstancias que formen la figura típica, y la significación de las mismas, es decir, que tenga pleno conocimiento de que determinada conducta que haya sido previamente meditada y realizada por un sujeto con capacidad de querer y entender, constituye un delito penal, y este saber es conocido como elemento intelectual del dolo.

El conocimiento de su antijuridicidad del acto, implica la conciencia de que quebranta un deber, y que esta infracción constituye un ilícito en la ley punitiva, con carácter de doloso.

Como consecuencia, el conocimiento de los actos descritos en el articulado punitivo, implica que se capten las peculiaridades fácticas presentes y futuras de los ilícitos; en cuanto a las presentes se refiere a una valoración o apreciación de la significación de los actos realizados, por el autor en su intelecto; en cuanto se refiere a circunstancias futuras, éstas son la previsión y captación del resultado típico por el agente infractor, aunque es importante aclarar, que el agente agresor no siempre ya a obtener con su actitud el resultado esperado, ya que ello no es siempre previsible en todos sus detalles, sino de manera genérica.

El nexo causal en los delitos intencionales es muy trascendente, ya que se van a presentar con causas extrañas al agente que inciden en el acontecer de una conducta, y el nexo

causal va a ser un instrumento indispensable para la valoración de la intención del infractor, porque va a ligar a éste con el resultado obtenido con su conducta o hecho asumidos, y de esta manera se van a descartar circunstancias irrelevantes que intervienen en una actitud ilícita, es decir, "...El problema queda resuelto conforme a los principios que rigen el nexo causal, pues de su ámbito quedan eliminados de antemano todos aquellos cursos causales que no se encuentran en una relación típica de adecuación y de homogeneidad con la conducta del agente....(2)"; así pues, el nexo causal nos permitirá apreciar aquellas conductas o hechos que relacionan directamente al autor con el resultado de su acto, y de esta manera poder determinar fehacientemente un delito intencional o doloso, de otro tipo de ilícito. También se van a presentar situaciones donde hay desviaciones en el curso causal, que no son originadas por causas ajenas al agente, sino que las mismas implican formas distintas a las representadas en el resultado querido, sin embargo son intrascendentes dichas desviaciones, ya que aún con ellas existen intención delictuosa, V.gr. se quiere privar de la vida a Juan Salvador Gaviota, se espera a que llegue a su domicilio con la intención de matarlo, pero el tiro que se le dispara da en el vehículo, y no en Juan Salvador Gaviota, lo que ocasiona que aquél se impacte contra un árbol, lo que finalmente provoca

(2) Id.

la muerte de nuestro protagonista; en estos casos para negar el dolo, deberá existir una desviación esencial del resultado representado con el acontecido, es decir, deberá haber una desviación fundamental del curso causal real, del esperado y para valorar estos aspectos será necesario tomar en cuenta lo objetivo y lo subjetivo de la figura típica.

Resulta básico para considerar a un ilícito como doloso que el agente tenga conciencia de que su conducta o hecho asumidos tienen un perfil antijurídico, por lo que el que ignora que procede injustamente no cometerá un ilícito doloso, en virtud de que no tiene conciencia de la antijuricidad desplegada; de lo que deducimos que se cometerá un ilícito intencional cuando se tenga escrúpulo de que se viola una norma jurídica y con ello se causa un daño bien definido, de tal forma que dicha infracción deberá recaer en una norma de derecho y de deber, estando obligado a tener plena conciencia el sujeto activo de esta última, aunque ignore la primera parcialmente, ya que si el requisito que debiera cumplirse para cometer un delito doloso fuera de que el sujeto activo conociera plenamente las dos normas, tanto la de deber como la de derecho, en este caso solo los juristas cometerían ilícitos de esta naturaleza, ya que el pueblo en general ignora las normas jurídicas de manera bien específica, de lo que concluimos que el infractor deberá conocer que al actuar lo hace violando un deber estrictamente jurídico, y sobre todo, deberá -

tener una voluntad de causar un daño o una intención delictiva, lo que significa actuar con pleno conocimiento de que quebranta un deber de abstención u omisión con la voluntad de causar un daño.

El dolo existe en la conciencia del sujeto activo, como una intención de causar un daño determinado, de tal forma que su actitud se dirige directamente a realizar un ilícito previsto en el Código punitivo, aún y cuando ese fin perseguido por el agente activo no sea alcanzado, ya que el artículo 120. de dicho ordenamiento penal así lo establece, al indicar: -- "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo las que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"; este artículo, como podemos apreciar, indica que la voluntad encaminada inmediatamente a la comisión de un ilícito, constituye la intención delictiva.

De lo anterior se deduce, que el acto volitivo de querer se propone un fin específico para la realización de un hecho típico, por lo que, "...Entran en juego todos los coeficientes psíquicos e intelectuales que rigen el acto de voluntad, pues el agente tiene que representarse el hecho y después de representado volverse a realizarlo como concreta meta de su voluntad de acción ... (3); y es así como se origina el deli

(3) Ibid., pág. 425.

to doloso.

En el aspecto psicológico de la voluntad radica la finalidad última de la acción, algunos autores como Welzel, han dividido la dirección final de la acción en dos etapas, la primera se subdivide en:

- a).- La anticipación, la que transcurre en la mente de su autor, que es propiamente el proponerse un fin querido y desear exteriorizarlo.
- b).- La selección de los medios de la acción, para la ejecución del fin o fines propuestos, es donde se van a determinar los factores causales que es necesario reunir para la acción querida.

LA SEGUNDA ETAPA va a ser la dirección final, y es la que transcurre en el mundo real o material, ya que de acuerdo al fin mental y a los medios de acción, el sujeto activo realiza su plan previsto, para lograr el fin deseado con anterioridad.

De igual forma, la intención delictiva una vez que se ha meditado se ejecuta conforme a los propósitos deseados, y así cuando la acción fué reflexiva se convierte en premeditación y ésta en agravante calificativo de un proceder, de acuerdo a nuestra legislación penal vigente, la que es contemplada en los delitos de homicidio y de lesiones, en el artículo 315,

dado que en estos dos ilícitos es donde se demuestra abiertamente la voluntad del agente infractor.

La intención delictuosa, ésta, se presenta como producto de un proceder típico, antijurídico, imputable y punible, por lo que el resultado es consecuencia necesaria de la acción realizada por el agente. En virtud del vínculo causal que une a la representación del resultado por el agente, con el resultado mismo, la consecuencia de la acción se convierte en fin perseguido, y por lo tanto en fin directo y querido, lo que le imprime a un acontecer el carácter de doloso, y es lo que une al sujeto con su acción se convierte en fin perseguido, y por lo tanto en fin directo y querido, lo que le imprime a un acontecer el carácter de doloso, y es lo que une al sujeto con su acción que realiza.

En todo proceder intencional se van a presentar situaciones acordes a la conducta o hecho realizados, y las mismas, a veces pueden ser previstas por el agente activo, en base a la acción causal desplegada, o sea que pueden ser esperadas o por lo menos consideradas como posibles en la ejecución del fin perseguido, y por lo tanto, están vinculadas con la acción, y son todas aquellas situaciones con que el autor cuenta. Por lo tanto el fin querido va a estar ligado necesariamente al resultado obtenido y a las consecuencias concomitantes del mismo, y así, la voluntad se convierte en conciente causalidad, dado que si el agente activo no quisiera un resul

tado específico no actuaría previendo una causalidad y eligiendo la más apropiada para sus fines perseguidos, corrobora ésta postura el artículo 9° del Código Penal, que dice: "Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Dolo directo, éste se presenta cuando la voluntad se dirige a un fin determinado, ya que se requiere una conducta y un resultado, empleando el medio causal adecuado al fin perseguido. El dolo indirecto, es donde existe una intención infractora, y el resultado obtenido es efecto posible de la actitud asumida, y este resultado es captado por el sujeto y aceptado, por lo que el mismo forma parte de la voluntad del agente. En el Código sustantivo se habla de dolo directo e indirecto, en su artículo 52, párrafo tercero, que dice: "... Las circunstancias, ...Que demuestren su mayor o menor temeridad."

Respecto al dolo han surgido diversas teorías, y unas fundamentan éste en el elemento psicológico de la voluntad, y otras en la representación del sujeto activo del acto a realizar, por lo que a continuación veremos:

a).- LA TEORIA DE LA VOLUNTAD.- Entre los que apoyan esta teoría se encuentra Carmignani; el que concibe el dolo "el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores", para éste

autor la intención y dolo son equivalentes, por lo que - los mismos son perfectos cuando una voluntad está guiada por la inteligencia o las pasiones. Para Carrara es requisito esencial del dolo, el ánimo de querer lesionar un derecho, en los delitos que se dirigen contra el individuo; en cambio en los delitos que se dirigen contra la sociedad predomina la idea de causar un daño social, por lo que el ánimo de dañar a un sujeto en particular resulta indiferente para el fin perseguido. Así pues, vamos a encontrar elementos en común en el dolo, que es la previ sión del perjuicio que se causa con la conducta, y la vo luntad de producir el mismo; aunque el primero de los -- elementos es esencial, el segundo no lo es.

Para Carnelutti, el dolo es la intención de la vo luntad dirigida a un evento contrario al mandado por la ley, es decir, es la voluntad conciente dirigida a reali zar una conducta o un hecho previstos en la ley penal co mo ilícito.

b).- LA TEORIA DE LA REPRESENTACION.- Esta es sinónimo - de previsión, misma que trató de subsanar los errores en que incurre la teoría de la voluntad; ya que ésta es sim plemente el hecho de dirigir nuestra conducta a un fin - concreto, mismo que es deseado, ya que entendida así, se puede causar un delito sin la intención de provocarlo. - En cambio en la teoría de la representación se requiere un conocimiento del hecho a realizar, así como de su sig

nificación, lo que equivale a sopesar la situación y después adoptar una actitud adecuada para los fines perseguidos, es decir se requiere previsión para emplear la causalidad idónea y alcanzar la meta deseada.

Para Mayer, el resultado opuesto a una obligación no solo va a ser dolosa por su resultado típico, cuando en éste se han previsto las consecuencia que el mismo traerá consigo al realizarse una actitud, sino cuando al ver el posible resultado no se inmutó de su acción el sujeto activo.

Opina el autor Fontan Balestra, que la teoría de la representación tiende a enfocar el problema del dolo a causas externas, para poder determinar si el resultado fue querido o no por el agente activo, es decir, si fue voluntario o involuntario.

c).- TEORIA DE LA REPRESENTACION EN FORMA VINCULADA.- Esta teoría conjuga tanto al voluntad, como la representación de tal forma que las dos resultan indispensables para considerar una actitud dolosa, ya que no solo se requiere que el agente activo haya representado el hecho a realizar en su mente, sino que es necesario que el mismo haya conducido su voluntad a producir el resultado previsto.

Maggiore dice que actua dolosamente, el que prevé y quiere el resultado de su previsión (un delito), con todos

sus elementos, como son: acción, resultado, antijuricidad y culpabilidad.

Nosotros consideramos que la idónea es la teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada, porque conjuntamente reúnen dos elementos insoslayables como son: una voluntad y una representación, elementos propios de una postura eclética que no se excluyen, en virtud que la voluntad por sí sola no basta para considerar un ilícito doloso, sino que se requiere el conocimiento previo del agente activo que la conducta o hecho a realizar constituyen un delito, y después de valorar lo anterior adopta un comportamiento - idoneo para realizar el fin previsto, querido y aceptado, y éste deberá ser típico, antijurídico, imputable y punible, - de tal suerte que el sujeto activo va a estar vinculado a su acto por un lazo causal.

Sin embargo, hay situaciones donde se va a dar una desviación en el curso causal, esto es, se va a verificar un resultado totalmente contrario al esperado, habrá una desviación esencial de la causalidad, y con ello una tentativa dolosa. En cambio para Mezger, siempre se va a presentar una dismilitud entre el resultado anhelado y el real, de tal forma que el agente activo nunca va a poder prever en detalle las consecuencias de su conducta, ya que se va a presentar variantes entre el resultado ideado y el realizado por

el mismo sujeto transgresor, y si la esencia del delito doloso fuera una coincidencia exacta entre el producto previsto y el obtenido, sería imposible que se diera el delito doloso, ya que la concordancia de estos dos elementos como se espera en detalle es imposible.

Autores como Celestino Porte Petit y Pavón Vasconcelos han hecho varias clasificaciones del dolo, las que no analizaremos, por considerarlas de poca trascendencia para nuestro tema central.

En el concepto de Francisco Pavón Vasconcelos, "...En el dolo, como género, concurren la representación del hecho, así como el querer determinado efecto, elementos uno intelectual y volitivo el otro (4)"; lo que equivale a querer una conducta y querer un resultado, y una vez que se han seleccionado los medios adecuados al fin perseguido, se realiza éste de manera material para conseguir el objetivo deseado.

Por su parte el Código adjetivo, en su artículo 248, párrafo primero, a la letra dice: "El que afirma está obligado a probar". De tal forma que el dolo no deberá de presumirse, sino demostrarse de manera fehaciente. El propio ordenamiento citado manifiesta en su artículo 247: "En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa".

 (4) "Derecho penal mexicano", Op. cit., págs. 401 y 402.

Corroborando lo anterior, opina la Suprema Corte de Justicia:

DOLO.- Siendo el dolo un elemento subjetivo, lo único que puede probarse es si existe o no, razones que demuestren, el conocimiento que se tenía 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 solo podría probarse por la confesión. Quinta época, tomo XXVII, página 710.

PRUEBAS DE VALORACION DE LAS.- Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonablemente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatoria de garantías la sentencia que en perjuicio del reo deja de considerar una o varias de las que podían favorecerle. Quinta y Sexta época, segunda parte. Apendice de la Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Segunda parte, Primera sala, página 483.

II.1.2. Los delitos no intencionales o de imprudencia

Estos pueden considerarse desde tres puntos de vista, a saber: a) Dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin intención; b) Actuar sin dolo; c) Dejar las cosas al acaso. La culpa en forma générica constituye falta de reflexión, de

cuidado, atención o vigilancia, lo que conduce a la omisión de una obligación en nuestro actuar.

La culpa es generadora de culpabilidad, esto es, de la responsabilidad penal, por su nexa con el sujeto causante -- del ilícito, si en un acontecer existió la posibilidad de -- previsión del resultado por parte de su autor, y por causas imputables al agente activo se causó una infracción penal.

Resulta característico en la culpa que los elementos intelectuales y volitivos, no busquen una finalidad infractora a diferencia de los delitos dolosos, toda vez que en los delitos culposos el elemento intelectual es sustituido por la previsibilidad, y el elemento volitivo se reemplaza por una conducta negligente, dado que no se presta atención a una -- actitud que es necesario cuidar, y ésto ocasiona que se cause un ilícito.

Para Raúl Carrancá y Trujillo, "... Los delitos de imprudencia se caracterizan por falta de previsión y de intención, por haber producido un resultado no previsto ni querido, pero que es efecto necesario de la imprudencia (culpa) del sujeto, lo que justifica la imputación legal ... (5)". Es decir, la culpa para éste autor se da como consecuencia de una li-

(5) Op. cit., Ed. 1988, pág. 457.

gereza del sujeto hacia la conducta que realiza, lo que se traduce en la comisión de un ilícito no previsto y no querido por el propio sujeto, pero que de haber adoptado una actitud responsable al emprender su conducta se hubiere evitado el ilícito, ya que éste era previsible y evitable, y ésto es lo que justifica la acción punitiva de reprochabilidad.

La culpa se suscita por no prever lo previsible y no evitar lo evitable, y con ello se causa un daño a un bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Opina Ignacio Villalobos, la culpa se debe a un actuar por negligencia, imprudencia, falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios: los que producen un ilícito no querido directamente por la voluntad, pero este delito se debe a que no se previó y se pudo prever un resultado, dado que el ilícito era evitable por el agente productor del mismo. Así, encuentra elementos comunes en la culpa que son: a) Un actuar voluntario, ya sea de acciones u omisiones, es decir, una voluntad exclusivamente referida al acto. b) Que la conducta asumida encuadre en lo previsto en el tipo penal, lo que equivale a que se produzca un resultado no querido y éste sea un ilícito. c) Una ausencia de voluntad consistente en no querer ni consentir la realización del ilícito. d) Que el ilícito sea por negligencia o imprudencia del agente; la negligencia es

una falta de actividad necesaria; la imprudencia es una ausencia de discernimiento o precaución en una conducta; en cuanto a los términos: falta de atención, de reflexión, de precauciones o de cuidados, éstos van a ser las diversas formas en que se manifiesta la negligencia o la imprudencia. e) Que el transgresor del orden punitivo haya previsto un posible resultado de su conducta, o que la misma haya sido previsible por parte del agente. f) Que el sujeto violador del orden normativo haya tenido posibilidad de evitar el resultado. De esta manera concluye el concepto de culpa, el autor Ignacio Villalobos. (6)

Nuestro Código sustantivo en su artículo 8° dice: "los delitos pueden ser", y en su fracción II, reza: "No intencionales o de imprudencia". Y el artículo 9° dice en su párrafo segundo, "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen". Como fácilmente podemos observar, en éstos artículos se encuentra definida la culpa, la que va a tener elementos característicos como son: a) Un elemento moral, que es la actitud psíquica del sujeto, con carácter subjetivo, la que se va a manifestar en una negligencia o imprudencia; y b) Un elemento material, que es externo, objetivo, y puede consistir en una acción o una omisión, lo que ocasiona el poner en riesgo los bienes tutelados por

(6) Op. cit., pág. 309.

el derecho penal. De esta manera se encuadra una conducta o hecho, en los elementos descritos en el tipo penal, según el delito que se trate, y sin embargo cabe aclarar, que no todos los delitos pueden ser por culpa, dado que ésta solo se podrá generar donde el bien jurídico tutelado así lo permita.

En la imprudencia se va a ocasionar daños al bien tutelado, por una actitud culposa del sujeto activo, ya sea por una acción o una omisión, de lo que deducimos que es posible encontrar elementos característicos en la culpa, como son: a) Un daño, considerado como delito; b) Una imprudencia del agente activo, manifestada en acciones u omisiones imprevisoras, negligentes, irreflexivas ó por falta de atención; c) Una relación de causalidad, entre la actitud del agente imprudente ó negligente, y el daño causado al bien jurídico tutelado.

Al examinar el concepto anterior, se observa que para la exigencia de una conducta positiva o negativa al sujeto activo, se requiere que el daño ocasionado por el mismo, haya sido previsible de acuerdo a sus características personales, y además que dicho daño hubiere sido evitable con una conducta diversa a la asumida. Por lo que será necesario, para considerar a una conducta imprudente, que la actitud asumida haya sido previsible y evitable, ya que la imprudencia no es presumible en nuestro ordenamiento punitivo, por lo que para considerar a un delito imprudencial, será necesario la existencia de un vínculo causal entre la conducta y el resultado con

secuencia de la misma conducta.

La culpa, antes de la reforma al artículo 80. del Código Penal, que fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, era concebida por el citado artículo, en su fracción II, párrafo segundo, al decir: "Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que cause igual daño que el delito intencional." Donde observamos, con los elementos anteriores, que éstos van a producir una lesión al bien jurídico tutelado y con ello una conducta o un hecho de anti-juridicidad típica, la que no es querida por el agente, no es consentida por él, pero dicha lesión pudo ser prevista de antemano, ya que su realización era evitable por el propio agente

De lo que resulta, que tanto en el concepto citado precedente, como en el actual, en la conducta culposa vamos a encontrar elementos en común, los cuales son los mismos los de hoy en día, que los que existían antes de la reforma del artículo en estudio, ya que lo que se modificó fué el concepto que da el Código Penal de culpa. Los elementos de culpa van a ser clasificados de diversa manera por la reforma, pero ambos conceptos tienen un elemento en común, el quid de la culpa, que es imprevisibilidad del resultado que podía ocasionar un proceder.

Ferri, opina que no es posible que el resultado de una conducta ocasione un ilícito en los delitos culposos, ya que lo que produce éstos es una conducta involuntaria; pero dicha actitud se sanciona porque el Estado debe tender a la defensa social, reprimiendo acciones u omisiones, que de manera consciente o inconsciente lesionen la disciplina social establecida en las leyes; y que las actitudes infractoras del orden social son manifestaciones de la personalidad, más o menos desadaptadas a una sociedad, y por ello un tanto peligrosas, por lo que es necesario que el derecho penal las sancione, de lo que surge la pena como defensa social, adecuada a la ausencia de intención infractora, que solo considera al fenómeno intelectual de la atención y previsión, de suma trascendencia resulta el elemento intelectual para el efecto de la moderna sociedad industrial.

Binding, dice que la culpa debe ser considerada como un hecho voluntario y generador de un ilícito intencional y evitable, dado que la voluntad tiende a un acto claramente previsto en su aspecto causal, aunque no tenga matiz antijurídico, dado que con una conducta no se propone realizar un ilícito, sino el realizar una determinada acción o omisión simples, y el efecto antijurídico es consecuencia de la actitud asumida y querida, ya que es producida por un acto causal deseado, de lo que resulta que de un proceder surge la culpa, porque no se previó y previno un posible ilícito. Con los conceptos de este

autor, se deduce, que surge la voluntad en la culpa, porque no se previó lo previsible y evitó lo evitable. . .

En nuestro Código sustantivo, para que se dé la culpabilidad, basta que con una imprudencia se cause un ilícito, o con una negligencia, es decir, se produzca un resultado anti-jurídico y sancionado por la ley, toda vez que la consecuencia de una actitud era previsible y evitable por el sujeto activo. Sobre estos dos elementos dice el Código Penal en su artículo 60: "...La clasificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias especiales siguientes: I.- La mayor o menor factibilidad de prever y evitar el daño que resultó; II.- Si para ello bastaban una reflexión o atención; III.- Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y el cuidado 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 conductores de vehículos..." Estos elementos coinciden con los citados por Liszt en su Teoría orgánica de la culpa, el que manifiesta que en culpa deberá haber: a) Ausencia de cuidado en la exteriorización de una voluntad, o sea una desatención a la precaución requerida por el orden jurídico, y las circunstancias específicas del caso así lo marcan, ello es falta de voluntad; b) -

El agente activo no preve el resultado posible consecuencia de su acto, siendo previsible el mismo, en virtud de que el -- hombre como ser pensante puede discernir el acontecer de su -- conducta plenamente, lo que configura una falta de previsión; c) El no reconocer la significación transgresora de un acto -- por indiferencia del agente, es decir, falta del sentido de -- significación antisocial del acto.

Para Carrancá y Trujillo, la teoría del delito de imprudencia, requiere los siguientes elementos para su configuración, "... a) Un daño con tipicidad penal; b) Existencia de -- un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o falta de cuidado el cual se manifiesta en actos u omisiones; c) Relación de -- causalidad, física, directa o indirecta, entre los actos u -- omisiones y el daño; y d) Imputación legal del daño sobre -- quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto u omisión causal (7)".

Se ha clasificado de varias formas la culpa, Hippel por su parte, hace una diferenciación de la culpa consciente con representación, en que se preveen las consecuencias de una -- conducta, pero se espera que las mismas no ocurran, y el -- egoísmo, el que motiva que se adopte una actitud que va a producir un hecho ilícito; la culpa inconsciente o sin representación, es donde se adopta una conducta sin meditarla, a causa de una --

(7) Op. cit., pág. 460.

ligereza del propio agente.

En Código Penal se ha admitido la culpa levísima, la que es perseguible por querrela, y se encuentra comprendida en el artículo 62, que dice: "cuando por imprudencia se ocasione -- únicamente daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces al salario mínimo, se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta..."; el citado artículo fué reformado en fecha 30 de diciembre de 1983, y quedó como se cita, la sanción de ésta presión es una multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación del mismo al agraviado.

Por otro lado, el mismo Código sustantivo, en su artículo 60 dice: "Los delitos imprudenciales se sancionarán con -- presión 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 cause 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 misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte escolar." Al examinar éste texto se ve que se --

refiere a la culpa grave.

En cuanto a nuestro articulado, es de observarse que van a predominar en la culpa cualesquiera de sus dos elementos - esenciales, es decir uno u otro de los siguientes factores: - Una imprudencia, lo que equivale a desplegar una conducta de hacer, omitiendo elementos importantes en la misma conducta, lo que va a producir un ilícito con eficacia activa; El segundo elemento es una negligencia, que es lo mismo que no hacer algo que se tiene obligación de hacer, y ello produce un delito de eficacia pasiva. Por lo tanto un ilícito sólo se puede dar, si es culposo, por imprudencia o negligencia, pero no -- por ambas a la vez. Por otro lado, la imprevisión, y falta de reflexión o d- cuidado, van a ser elementos comunes a los dos tipos de culpa citados precedentemente.

El artículo 15, reza, "Son circunstancias excluyentes - de responsabilidad"; fracción X: "Causar un daño por mero - - accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". Por lo que el citado precepto, como se aprecia, preve situaciones en don de el "agente infractor" va a realizar todo lo que debe hacer, aún con las precauciones debidas, y con todo eso, se comete - un hecho considerado como "delito", en este caso no habrá tal, por deberse el mismo a un caso fortuito ajeno a la conducta - del hombre, ya que éste no pudo y no podía evitar lo acontecido, por no haber existido en su conducta ni dolo, ni culpa.

La participación de diversos agentes en un delito culposo, es posible, dado que el propio artículo 8° en su fracción II, no hace limitación alguna en cuanto al número de participantes en los delitos por culpa.

Tratando de explicar el vínculo que une a un sujeto con su conducta o hecho, culposos, han surgido diversas teorías, entre ellas están:

I.- LA TEORIA PSICOLOGICA, para la cual la culpabilidad es un nexo psíquico entre el agente y su acto exterior; o sea la posición mental del agente frente a su hecho, lo que equivale a adoptar una conducta un sujeto capaz, sin valorar lo que tiene obligación de reconocer, y con ello se produce un ilícito culposo, y éste se encuentra vinculado a su autor. -- Por lo tanto, se puede concluir que para la teoría psicológica, la culpabilidad resulta de la posición subjetiva adoptada por el agente frente a la conducta realizada, la cual tiene como presupuesto una valoración normativa.

II.- LA TEORIA NORMATIVA, ésta, parte de la existencia de una conducta o un hecho antijurídico, dado que la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico; - la culpabilidad es el reproche que se le hace al agente por no omitir una conducta o un hecho, antijurídicos y punibles, pudiéndolos haber omitido. "La culpabilidad para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica,

pués ésta solo representa un punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos de culpa (8)". Es decir, para la reprochabilidad de un resultado, habrá que considerar, los motivos que rodearon al mismo, y éstos nos indicarán si el hecho (resultado) era reprochable, en base, desde luego, a las normas de derecho y deber.

Al examinar las dos teorías precedentes, se ve que a las mismas no es posible considerarlas aisladamente para valorar las culpabilidad, sino conjuntamente, y solo así podremos determinar fehacientemente si un delito es culposo o no lo es.

II.1.5. Las circunstancias agravantes y atenuantes del delito

Las circunstancias agravantes y atenuantes de un ilícito van a marcar la sanción de una conducta o un hecho, en un obrar delictuoso, dependiendo de un mayor o menor daño sociales que los mismos causen, y en los criterios adoptados para imponer la sanción, se dice que deberán de considerarse: a) la tendencia al daño social del sujeto activo; b) la actitud criminalosa del agente transgresor; y c) el deber violado.

Para valorar en particular a un sujeto infractor del orden punitivo, es necesario saber como llevó a cabo la con-

 (8) Fco. Pavón Vasconcelos, "Derecho penal mexicano", pág. 367.

ducta delictuosa el mismo, considerar las circunstancias de su actitud, y con éstos elementos el juzgador podrá individualizar la pena en forma correcta a el infractor, dado que si se actuó en el extremo de un agravante, se deberán de imponer una mayor penalidad, es decir, se deberán de considerar para imponer una pena, las causas exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente, esto es, si el delito fué maquinado o no, y demás datos que nos permitan valorar la mayor o menor temibilidad del sujeto activo.

Las circunstancias agravantes y atenuantes, es posible valorarlas con mayor objetividad en los delitos de lesiones y homicidio.

Será necesario considerar, para valorar a un infractor, sus antecedentes penales, sus condiciones orgánicas anteriores y posteriores a la comisión de un ilícito, su precocidad, el aprovechamiento de las dificultades para defenderse del ofendido, las insidias y engaños empleados por el transgresor, el abuso de las condiciones inferiores del ofendido, y demás circunstancias que haya aprovechado el infractor para la comisión de su ilícito.

Desde el Código Penal de 1929, redactado por el ilustre don José Almaráz, entre otros, se contemplaban circunstancias agravantes y atenuantes en un delito, en los artículos 56 al 63; y en el artículo 55 del ordenamiento citado, se le conce-

día facultad discrecional al Juez para calificar las circunstancias mencionadas, hasta para valorar distintamente las señaladas por la propia ley, e incluso para considerar otras nuevas.

Para valorar las circunstancias agravantes y atenuantes de un ilícito, se establecieron penas máximas y mínimas, atendiendo a la mayor o menor temibilidad del sujeto activo, y así establecía el artículo 165 del Código sustantivo: "Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como síntoma de temibilidad del delincuente".

Posteriormente surgió el Código Penal de 1931, el que fué promulgado por el Presidente Constitucional, Ortiz Rubio, el 13 de Agosto de 1931, documento que contempla en sus artículos 51 y 52 las bases para aplicar las sanciones al agente transgresor, considerando la mayor o menor peligrosidad del mismo.

El artículo 51 del Código Penal, les confiere facultad discrecional a los Jueces y Tribunales para aplicar las sanciones a los infractores por los delitos cometidos, para lo cual se deberán de considerar las causas exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

Complementando al anterior, el artículo 52 del mismo Co

digo establece: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrán 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 los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren mayor o menor temeridad; 4° Tratándose de los delitos cometidos por los servidores públicos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 213 de éste Código. El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. Para los fines de éste artículo, el juez requerirá los dictámenes parciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes en su caso, a la aplicación de las sanciones penales." De lo cual se deduce, que el ordenamiento punitivo consideró todas aquellas situaciones que convergan en la comisión de un ilícito, y las mismas nos va a dar una idea del perfil del delincuente de manera objetiva, con lo que podremos calificar su actitud asumida y valorar su mayor o menor temeridad, y con ello, estar en condiciones de im-

poner la sanción correspondiente, de acuerdo al delito cometido, dependiendo de la mayor o menor peligrosidad que el transgresor del orden punitivo represente para la sociedad.

Las circunstancias agravantes son contempladas en los artículos 315 al 319 del Código Penal, en relación a los delitos de lesiones y homicidio, las cuales son: La premeditación, la ventaja, la alevosía y la traición.

La premeditación, es una actitud reflexiva y relativamente prolongada de una acción u omisión, que por su propia naturaleza agrava la responsabilidad del agente, y tiene la misma un carácter subjetivo, que tiende a convertirse en una resolución; y su realización va a tener como elementos: Su anterioridad, es decir, que el agente haya ideado previamente su ejecución; y su reflexión, o sea que se haya meditado la misma por el agente. Por lo que la premeditación se considera signo antisocial del individuo y signo violador de los sentimientos valorativos de la comunidad.

La ventaja, la misma se encuentra prevista en los artículos 316 a 317 del Código Penal vigente. Es la superioridad del agente frente a su víctima, o sea la invulnerabilidad del transgresor frente al pasivo de un ilícito; ésta circunstancia se va a presentar cuando el sujeto transgresor cometiendo su conducta ilícita no corre ningún riesgo de ser muerto o herido por parte del sujeto pasivo, y la misma circuns-

cunstancia es bien conocida por el propio agente transgresor.

La alevosía, está contemplada en el artículo 318 del Código punitivo, y la misma se refiere a la cautela utilizada por el agente infractor para cometer un ilícito, sin riesgo para el mismo; Es una actitud de acechanza que no permite defenderse al agredido, ni evitar el mal que se le quiere hacer. En una de sus manifestaciones, la alevosía se considera que debe existir previamente a su comisión en la mente del infractor, de tal forma que la misma no es circunstancia que surga espontáneamente, sino que es esperada por el agente activo, lo que equivale a un acto predictorio. En otra de sus formas la alevosía, es aprovechar circunstancias que de improviso se presentan, y que coinciden con un ímpetu de momento del agente activo, y que no han sido necesariamente premeditadas. Para que un ilícito sea considerado cometido con alevosía, deberá siempre probarse la intención del agente activo, sin que sea posible presumir la misma. Corroboran los criterios vertidos, el contenido del artículo en estudio, que dice, "La alevosía: consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal se le se quiere hacer".

La traición, es considerada ésta, como una alevosía específicamente calificada, porque concurre la deslealtad o infidelidad debidas respecto a la víctima; lo que equivale a --

que el agente violando la fé y seguridad que le guarda el pasivo, comete un ilícito; la misma fé o seguridad pueden ser expresa o tácita, ésta última es por gratitud, respeto, amistad, o algún otro vínculo. Como observamos, el texto anterior nos lleva al concepto que plasma el artículo 319 del Código Penal que reza, "Se dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fé o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza".

Las circunstancias atenuantes, van a ser en donde el agente infractor no resulta peligroso, dado que el agente no midió su responsabilidad penal, y ésto trae como consecuencia una disminución de la pena en relación al delito simple. De acuerdo a las causas exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, éste es considerado en éstos casos no peligroso para la sociedad, en virtud de que el mismo pudo haber actuado por un estado de pasión excusable, de emoción, de intenso dolor o por temor, el haber actuado por influencia de una muchedumbre, o bajo alguna otra circunstancia que presuma que el sujeto actuó no deliberadamente en un estado de ánimo lúcido, o por algún tipo de influencia que haya afectado su voluntad de momento.

II.1.4. Causas de justificación

Las causas de justificación, son aquellas circunstancias y condiciones prevalecientes en el momento de realizar una conducta o un hecho "típicos", que van a excluir de responsabilidad penal al propio agente, por representar dichas actitudes el aspecto negativo del delito, ya que en las mismas hay ausencia de antijuricidad, ésta constituye uno de los elementos esenciales del ilícito.

El Código Penal, en su artículo 15 habla de "circunstancias excluyentes de responsabilidad"; por otra parte, diversos autores han empleado distintos términos, y ellos finalmente llegan a un mismo punto, los que son, a saber: Carrancá y Trujillo, habla de "Causas excluyentes de incriminación"; Por te Petit, les llama: "Causas de licitud"; Francisco Pavón Vasconcelos, se refiere a "Causas de Justificación"; y nosotros adoptaremos éste término por resultarnos el más adecuado.

Una conducta, ya sea de acción u omisión, puede encontrarse en apariencia en contraposición a derecho, pero si está revestida de una causa de justificación a favor del agente resultará no antijurídica, aún y cuando reúna los demás elementos que requiere el tipo penal, ya que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad.

Las causas excluyentes de reprochabilidad son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación; causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

La diferencia esencial que vamos a encontrar entre las causas de justificación, y las causas de inculpabilidad; es que éstas van a tener una naturaleza subjetiva, personal e intransitiva; en tanto que aquéllas tienen una naturaleza objetiva, se refieren al hecho o una conducta y son impersonales.

En la inculpabilidad, encontramos que ésta se refiere a una actitud asumida por una persona capaz; a diferencia con la inimputabilidad, ya que ésta alude a una incapacidad psicológica, ya sea congénita u ocasional-transitoria. Por lo que la inculpabilidad anula la incriminación de quien fue capaz; en tanto en la inimputabilidad desaparece la posibilidad de responsabilidad de quien no pudo tenerla.

Las causas de justificación, dice el autor Fernando Castellanos Tena: "Recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa (9)". Situación que es verdadera, ya que una conducta o un hecho que se encuentren dispensados por una causa de justificación, ésta deberá ser objetiva y fácilmente valorada en una situación que rodee a una actitud.

(9) "Lineamientos elementales de derecho penal", Méx. Ed. Porrúa, 1981, pág. 183.

Las causas de justificación son reales, van a beneficiar a quienes intervengan en ellas, mismos que son copartícipes y su actuación en estas circunstancias es acorde a derecho, y - por lo mismo no va a existir ninguna obligación o responsabilidad de carácter penal o civil en el agente activo.

Nuestro Código Penal vigente, al mencionar en su artículo 15 las causas de justificación lo hace en forma enunciativa y no limitativa. "Supuesto ya que el contenido de toda anti-juricidad es el ataque, la puesta en peligro o la lesión a los intereses protegidos por la ley (...) es claro que faltará antijuricidad, o quedará excluida, cuando no exista interés que trata de amparar, o cuando concurran dos intereses, y el derecho no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro como medio para su preservación (10)". Al examinar éste texto se corrobora nuevamente, que el legislador previó varias de las circunstancias que en un momento dado se van a presentar, en donde la manifestación de la voluntad se va a exteriorizar de manera consciente en una persona capaz, y que sin embargo esta gente tendrá que afrontar situaciones difíciles, en donde se verá forzada a asumir una actitud que no es en esencia su voluntad, ya que las circunstancias prevalecientes la van a motivar a que asuma una postura, ya sea por necesidad o por obligación, que es contraria a lo que en una situación totalmente libre asumiría.

Por lo tanto, las causas de justificación, son una gama de situaciones en donde por falta uno de los elementos típicos de la infracción penal, no surge la responsabilidad para el agente activo.

Por otro lado, las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se refieren a la esencia de la conducta o hecho, punibles, las que impiden que éstos tengan trascendencia jurídica en el ámbito del derecho penal. Dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, tenemos:

En primer lugar, que las mismas se va originar por diversos motivos, como son: a) Por ausencia de acto, esto, ya sea debido a una fuerza física irresistible; b) Debido a la incapacidad psíquica de la conducta o voluntad del agente, por causas traumáticas o por supresión transitoria de conciencia entre éstas tenemos al sueño fisiológico, sonambulismo, desmayos, por enervantes. Estas situaciones, todas se encuentran contenidas en el artículo 15 fracción I del Código Penal, al mencionar el mismo: Se excluye de responsabilidad penal quien "Incorre en actividad o inactividad involuntarias."

En segundo término, tenemos a la exclusión de responsabilidad penal, por ausencia de tipicidad, o sea por no reunir los elementos descritos por la ley penal, la acción u omisión. Esto se encuentra contemplado en el artículo 15 que dice: --

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal"; -
 fracción: XI "Realizar la acción y omisión bajo un error inven-
cible respecto de alguno de los elementos esenciales que inte-
gran la descripción legal, o que por el mismo error estime --
 el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la re-
sponsabilidad si el error es vencible". Por lo que si no --
 existe nexo causal entre la conducta y el resultado consecuen-
cia de la misma, hay un excluyente de responsabilidad penal.-
 En esta fracción podemos incluir la ausencia de tipicidad, pa-
 ra el que realiza un hecho "ilícito", sin dolo con la debida diligencia (sin culpa), y con ello se causa un daño; o sea -
 que el resultado típico es producido por mero accidente, en -
 éste caso estaremos frente a un excluyente de responsabili--
 dad penal.

En tercer término, tenemos como causa excluyente de res-
 ponsabilidad, la enagenación mental, la que se encuentra pre--
 vista en el artículo 15 fracción II, que dice textualmente és-
 ta: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno
 mental o desarrollo intelectual retardado que le impida com- -
 prender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con
 esa comprensión, excepto en los casos en que el propio su-
 jeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o impru-
 dencialmente". En este último caso que cita la fracción prece-
 dente, nos encontraremos con la figura jurídica denominada "ac-
ción libre en su causa", la que ya fué tratada ampliamente en

el primer capítulo de este trabajo.

En cuarto lugar, tenemos a las circunstancias que tienen como fundamento la no exigibilidad de otra conducta, entre las que encontramos, según lo establece la fracción VI del artículo en estudio: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios a ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

Por otra parte, tenemos a las causas de justificación, en donde la conducta o el hecho aunque sean típicos, son conforme a derecho, dichas causas se han clasificado en: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

Las causas de justificación son las excusas legales absolutarias, en donde aún dándose los elementos del delito, no nace por mandato de la ley una pena, por razones de diversa utilidad.

I.- LA LEGITIMA DEFENSA.- Es definida por el Código Penal en su artículo 15, fracción II, que dice:

"Repeler el acusado una agresión, actual o inminente y derecho, en defensa de bienes jurídicos propios a ajenos siempre que exista necesidad racional de la defensa em-

pleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél -- que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren los bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo enciente en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Igual presunción favorecerá al que cause cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación -- siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".

Para Francisco Pavón Vasconcelos, la legítima defensa es: "La repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inmi-

nente para los bienes tutelados por el derecho (11)". Lo que en esencia viene siendo una repulsa del agente pasivo contra el activo, contra el mal que éste amenaza a aquél, siempre y cuando no se exceda el "agredido" en su defensa, de suerte tal, que la defensa será el emplear únicamente los medios necesarios para afrontar la agresión que de momento se presenta.

Vamos a encontrar dos aspectos, en la legítima defensa, que son: a) El agente defiende el bien particular protegido por el derecho; b) La necesidad que de momento enfrenta el propio agente de proteger y defender ese bien, frente a un ilícito. Estos elementos son considerados como excluyentes, en virtud de que: el Estado protege al que defiende el orden jurídico, al que defiende sus bienes particulares ó, a los que defienden lo que tienen obligación de proteger. Por lo que la figura jurídica de legítima defensa, es considerada como la autorización que hace el Estado, para autodefensa, y como una de las pocas excepciones al respecto. De ahí que en la legítima defensa desaparezca la antijuridicidad de la actitud asumida, dado que es una causa de justificación, y por ende, desaparece el injusto de un proceder.

Requisitos de la legítima defensa, las bases para "trans

 (11) "Derecho penal mexicano", op. cit., pág. 315.

greder" la norma penal, invariablemente van a ser:

- a).- LA AGRESION, ésta va a tener como respuesta una acción de repulsa del agredido, dado que éste va a repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de sus bienes jurídicos propios o ajenos, pero es válida, solo en caso que exista la necesidad racional de la defensa empleada y que no haya mediado provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. El concepto precedente fué reformado por decreto de fecha 16 de Diciembre de 1985, y entró en vigor el día 2 de Enero de 1986, y quedó como se citó líneas arriba. Ya que antes de la aludida reforma, el tipo de la legítima defensa exigía requisitos positivos y negativos, y con el cambio del concepto de la fracción en estudio, se precisaron más firmemente los requisitos de la agresión, los de defensa, y se amplió el concepto, al incluir a todos los bienes jurídicos, ya sean propios o ajenos.

La agresión deberá ser actual o inminente, debe que dar bien claro, que lo que debe ser inminente es la agresión y no el peligro. Por lo que la propia reforma así

lo establece al decir "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente..."; con lo que el legislador quiso decir, que dicha agresión deberá estar pronta a ocurrir, de manera inmediata.

b).- LA ACCION DE DEFENSA, no es otra cosa que una acción de repulsa a una agresión, para evitar el mal con que ésta amenaza, y así salvaguardar el bien o bienes jurídicamente tutelados.

El tiempo de la acción defensiva exige que la repulsa sea simultánea a la acción ilícita del ataque, esto es un requisito necesario, ya que lo que legitima a un contrataque, es que éste intimide al agresor, aunque con ello se lesione al mismo, y así el agente no llegue a la consecución de su propósito injusto.

Por lo que partiendo de que la legítima defensa va a tratar de impedir la lesión de los bienes jurídicamente tutelados, solo conseguirá su objetivo la misma, cuando no se hayan dañado dichos bienes. Lo que nos lleva a la conclusión de que la agresión que se rechaza deberá ser actual, y no anterior o posterior a la acción de defensa.

La necesidad racional, es la proporcionalidad de la -

defensa frente a la agresión que se afronta, la misma proporcionalidad indica de alguna manera el justo medio del mal -- que se repulsa, ya que no podrá el agredido mas que concretarse a repulsar la agresión, no pudiendo ir más allá de los límites marcados por el hecho que se rechaza. Ya que de ser menor la repulsa al ataque habría ineficiencia; y de ser mayor la repulsa a la agresión, habría exceso en la legítima defensa, y con esto estaríamos frente a un ilícito culposo, previsto en el artículo 16 del Código Sustantivo.

En cuanto a los bienes jurídicamente tutelados en la -- legítima defensa, antes de la reforma de la fracción en estudio, decía la misma: "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro...": Y actualmente la misma fracción dice: - "... En defensa de sus bienes propios o ajenos..."; con ésta fracción quedan tutelados todos los bienes susceptibles de tutela jurídica (V.gr. La vida, la salud personal, el honor, bienes patrimoniales), y con ello, los mismos pueden ser defendidos por quien su derecho represente, con las limitaciones que impone la propia ley, haciendo la aclaración, que los bienes a proteger pueden ser de cualquier naturaleza, y éstos pueden ser incluso de terceras personas.

La presunción de legítima defensa ha sido considerada -

en el propio ordenamiento punitivo, al manifestar el artículo 15, fracción III párrafo segundo: "Se presumirá - que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario...", y a continuación se menciona una serie de circunstancias que deben presentarse para - que exista tal presunción; por lo que se deduce que basta rá que existan indicios suficientes para presumir la agre sión, y así, quien haya actuado en esas circunstancias se presumirá que actuó en legítima defensa si no se demues- tra lo contrario.

II.- ESTADO DE NECESIDAD.- Es la situación en extre mo apremiante que de momento afronta el agente, donde se ve obligado a sacrificar un bien jurídico tutelado, para salvaguardar otro de mayor o igual valor. Lo que es en - suma "Una situación de peligro cierto y grave, cuya supe- ración, para el amenazado, hace imprescindible el sacrifi- cio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio (12)". Lo que en esencia, se traduce en un gra ve peligro que hay que afrontar y en ése momento la única opción viable es el sacrificio de otro bien jurídico tute lado, para salvaguardar el que está en peligro.

 (12) Ibid., pág. 327.

El estado de necesidad se encuentra previsto como excluyente de responsabilidad, en el Código Penal, en el artículo 15, Fracción IV que dice textualmente: "Obrar por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio aplicable y menos perjudicial a su alcance." Es importante que veamos, que a diferencia de la legítima defensa, en ésta, es la repulsa a una agresión ilícita; y en el estado de necesidad no hay ni repulsa, ni agresión ilícita que sufra en agente. En este precepto se incluyen todos los bienes susceptibles de ser tutelados por el derecho al igual que en la legítima defensa.

Porte Petit dice que en estado de necesidad, de acuerdo al concepto proporcionado en la fracción IV del artículo en estudio, nos encontramos frente a una causa de licitud en base al interés preponderante, cuando el agente para salvar un bien jurídico mayor, sacrifica a uno de menor valor; y nos encontramos frente a una causa de inculpabilidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor, pues el bien aunque tiene igual valor jurídico, el agente no le

es exigible otra conducta; y por último nos encontramos -- frente a un ilícito penal, cuando el valor sacrificado es - de mayor valor que el salvado.

Por otra parte, los requisitos positivos que requiere la fracción en estudio para que se de el estado de necesidad son:

- a).- UN OBRAR DEL AGENTE, o sea que el sujeto activo despliegue una conducta en un sentido positivo, o lo que es lo mismo, de acción.
- b).- POR NECESIDAD DE SALVAGUARDAR UN BIEN, lo que significa que la conducta debe ser resultado de un requerimiento inaplazable, para evitar la destrucción o el daño de - un bien jurídico tutelado. En cuanto a las características del bien este debe ser jurídico, o sea que la ley le proteja o tutele. El bien puede ser propio o ajeno, de lo que resulta, que el mismo puede ser del agente, e incluso de un tercero, de acuerdo con el concepto que - proporciona la fracción en estudio, ya que ésta no es - muy limitativa.
- c).- UN PELIGRO, lo que equivale a una amenaza a los bienes jurídicamente tutelados que traten de ponerse a salvo de

un peligro que los circunda, ésto constituye la justificación de actuar del agente frente al peligro. La amenaza a los bienes deberá ser real y no imaginaria. Que sea actual, lo que significa que la acción del agente deberá ser simultánea al peligro que afronta el mismo.

Que sea inminente, o sea que esté muy pronta a ocurrir - la amenaza al bien y haya plena certidumbre que sucederá fatalmente.

En cuanto a los requisitos negativos del estado de necesidad estos son:

- a).- LA PROVOCACION, y ésta puede asumir dos formas a saber: primera, no ocasionado intencionalmente, o sea que el -- agente no haya provocado el mal que amenaza al bien jurídico, ya que de ser el agente la causa del peligro inminente que amenaza al bien, no podrá aplicarse ésta fracción favoreciendo el agente activo. Segunda: ni por grave imprudencia, esta forma es semejante a la anterior y aquí se trata de que la imprudencia deberá ser no grave, ya que de lo contrario nos encontraremos frente a un ilícito culposos.
- b).- QUE EL AGENTE ACTIVO NO TUVIERA EL DEBER JURIDICO DE -- AFRONTAR, en ésta situación alude el precepto legal, a que no exista obligación del agente de salvaguardar los bienes, ya que de existir tal obligación, el agente debe

rá incluso de sacrificarse para hacer frente al peligro inminente que se presenta y amenaza al bien o bienes.

Por lo que las personas que en razón de su empleo que desempeñan, tengan la obligación jurídica de salvaguardar los bienes, no les favorecerá esta excluyente de estado de necesidad.

- c).- QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL AL ALCANCE. Esto se refiere a que el agente para resolver la situación apremiante que afronta no tiene más opción que sacrificar un bien jurídico tutelado, para salvar otro de menor o igual valor, ya que de existir otra opción, será innecesario sacrificar el bien jurídico.

Dentro del estado de necesidad, Porte Petit, incluye al robo de famélico, que se encuentra contemplado en el artículo 379, del Código Penal vigente, que dice textualmente: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". Así también se incluye al aborto necesario o terapéutico, el que esté previsto en el mismo ordenamiento, en el artículo 334 que reza: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el

el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO. Estas eximientes de responsabilidad penal, se refieren a las circunstancias especiales de una situación concreta, en virtud de las cuales, el agente realiza una conducta o un hecho, que es considerado "ilícito", pero dicha actitud se lleva a cabo por necesidad de un deber o un derecho, lo que las convierte en causas de justificación y por ende, en no antijurídicas. Para Ignacio Villalobos, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, es la realización de actos por lo general prohibidos, y la autorización para realizar dichos actos deriva de un concurso de intereses, donde el agente se obliga a elegir entre un deber y un derecho en aparente contradicción (relativos a un mismo sujeto), el más importante, y es lo que le da a una actitud el carácter de excluyente de antijuridicidad, y por lo tanto, el acto realizado va a adquirir el perfil de justo.

Dice Francisco Pavón Vasconcelos: "Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de ordinario, situaciones prohibidas y por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), mas cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren un carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando

toda responsabilidad penal... (13)".

Por su parte el Código sustantivo, en su artículo 15, dice que es excluyente de responsabilidad penal, fracción V: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Lo que nos lleva a considerar que tal eximente de responsabilidad, se va a encontrar limitada a la estimación de intereses en concurso por parte del agente, y a la naturaleza jurídica de los mismos, donde se deberá optar por el de mayor valor jurídico. "Eso sí: dentro de la esfera jurídica es necesario reconocer que no solo existen los deberes y los derechos que consignan directa y expresamente las disposiciones legales sino muchos otros que, aun conectados mediatamente con alguna norma jurídica, se concretan y actualizan mediante el ejercicio de alguna función, de un cargo público, de una profesión reconocida, de una orden o de una autorización expedida por quien tenga competencia para ello (14)". V. gr. los artículos 178, 179 y 400 fracción IV, todos del Código Penal, imponen la obligación de declarar al sujeto, de lo que tenga conocimiento para la integración de una investigación judicial; el artículo 211, impone la obligación de guardar secreto pro-

(13) Ibid., pág. 341.

(14) Ignacio Villalobos, Op. cit., pág. 355.

fesional.

Por otra parte, la diferencia que vamos a encontrar entre el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho; es que aquél capta las acciones que la ley manda, por lo mismo es preceptivo, y la violación a sus postulados trae como consecuencia una sanción, ya que este es concretamente exigido por la ley; y en cambio en el ejercicio de un derecho este hace alusión a las acciones que la ley faculta, por lo que es optativo y su no ejercicio no genera sanción alguna -- ya que es la adecuación de una conducta a una norma legal que establece ese derecho, mismo que tiene carácter subjetivo y se encuentra en conflicto con otro que se ejercita.

Dentro del cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, encontramos "la justificación" de las lesiones, o en casos extremos, el homicidio con motivo de prácticas deportivas, dado que el Estado con la autorización oficial para su práctica, los ampara, o los reconoce con carácter no antijurídico, por el fin que persiguen. Por otro lado, todo tipo de deportes para ser considerados no antijurídicos deberán estar regidos conforme a las exigencias y limitaciones reglamentarias de los ejercicios se traten, y su contravención a las mismas, los harán caer dentro del ámbito punitivo, y por ende, sus infractores incurrirán en responsabilidad penal.

Por lo que hace a las lesiones y homicidio con motivo -- de operaciones quirúrgicas, éstas encuentran su justificación en el cumplimiento de un deber, en virtud de que el fin que -- se persigue es lícito, dado que es la cura del enfermo. Por -- lo que no generarán responsabilidad para el agente, a menos -- que incurra el médico con motivo de un tratamiento en dolo o -- culpa.

IV.- LA OBEDIENCIA JERARQUICA.- Esta, parte de que el -- agente actua por mandato de su superior, por la obligatorie-- dad que el sujeto activo tiene para con él, y ello constituye una causa de justificación, en la comisión de un delito, pero siempre y cuando el agente desconozca que lo que se le ordena constituye un ilícito penal, o que sea evidente que dicha orden constituye una infracción. Además el mandato deberá prove-- nir de una persona con facultad para dar una orden de la natu-- raleza que la dicta, es decir que tenga atribuciones para -- ello en la propia ley.

El artículo en estudio, dice que es excluyente de respon-- sabilidad, en su fracción VII: "Obedecer a un superior legiti-- mo, en orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un-- delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que-- el acusado la conocía"; o se encuentre obligado a obedecer -- incluíblemente.

Por lo que el excluyente de responsabilidad penal estriba en que, "... quien cumple un mandato lo hace porque piensa que éste es jurídico; y si esta es la base, queda claro que el excluyente desaparecerá en el momento de que el ejecutor sepa (o piense) que el acto es ilegal (15)". Ya que lo que establece el tipo, es que el acto tenga apariencia de ser lícito. De lo cual resulta: que el que tenga conciencia que se le ordena cometer un ilícito, está obligado a utilizar los medios a su alcance para evitarlo, ya que de lo contrario no queda eximido de responsabilidad penal, dado que realiza un delito doloso. En una orden recibida es donde entra el criterio del subordinado frente al superior, ya que aquél está obligado a valorar la orden que le gira éste, con lo que le da un matiz a su actitud, de un hecho no antijurídico o ilícito penal, dependiendo de si el agente ignora que lo ordenado es delito, o si lo sabe y aún así acata la orden.

De lo cual se deduce que si el inferior no obedece una orden superior o se resiste a la misma, insubordinándose a ella con los medios a su alcance, es evidente que no la acepta, y por lo tanto no se generará responsabilidad penal para el propio agente. La violencia moral ejercida sobre el agente, en éstos casos no opera como excluyente de responsabilidad, por no ser en sí misma ley, ya que lo que impone el deber es la

(15) Ibid., pág. 368.

necesidad jurídica de obedecer.

V.- EL IMPEDIMENTO LEGITIMO.- El Código Penal en su artículo 15, dice que es excluyente de responsabilidad penal, -- fracción VII: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por impedimento legitimo." Esta fracción se refiere a la conducta negativa o de omisión, la que debe tener como antecedente el ser legitima, para ser no antijurídica, ya que a dicha conducta el agente la considera de mayor jerarquía que lo que la ley ordena, en virtud de que la omisión es de más valía que la norma jurídica, la inactividad queda legitimada.

Las causas de impedimento legitimo en estudio, dice Ignacio Villalobos, que pueden ser de hecho o de derecho, y -- ello origina tres eximientes de diversa naturaleza: a) La omisión tiene origen en una obligación, o un derecho, de carácter jurídico, que autoriza al sujeto a asumir una actitud típica y en apariencia delictuosa; b) La fuerza física irresistible, la que motiva que no se pueda ejecutar el acto debido a una causa ajena al agente, ya que en su actitud no interviene la voluntad; y c) Donde el agente omite el acto por impedimento de hecho, sin que el mismo anule sus determinaciones, ya que solo las motiva y forza moralmente.

CAPITULO III

CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA PRETERINTENCIONALIDAD

III.1. Antecedentes históricos del delito en México, y su inclusión en el Código Penal para el Distrito Federal.

Por principio, es importante dar un concepto de preterintencionalidad, la cual para nosotros es una conducta de acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, -- que se inicia como un dolo y termina como culpa, esto es, el agente en principio propone el realizar una conducta o un hecho ilícitos, para lo cual despliega la conducta necesaria para consecución de su fin, pero por causas no previstas por el agente e imputables al mismo, el resultado final - excede al que se propuso el propio transgresor, aún cuando dicho resultado es consecuencia de la acción inicial (dolo directo), lo que hace responsable directo al agente, aunque el resultado final (imprudencia) está revestido de un atenuante ya que aquél (resultado) no constituyó la voluntad del agente.

El origen del concepto preterintencionalidad, entendida como una forma de dolus, se remonta a la Escuela Clásica, su creador es el maestro Francisco Carrara, por lo tanto su iniciador.

El maestro Italiano Carrara, destaca que además del homicidio doloso y del culposo, se da dicho ilícito con un dolo in

determinado, que conforma una tercera figura de dicho ilícito, que surge de la equidad práctica, y es el homicidio preterintencional, mismo que conforma a la familia de los homicidios dolosos, en virtud de que tal infracción tiene su origen en el ánimo del agente a lesionar a una persona, pero -- con relación a la gravedad producida por el propio agente, -- ocupa dicha conducta un estado intermedio entre los delitos dolosos y los culposos.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, el delito preterintencional es "...El caso en que se tipifica conjuntamente una conducta dolosa por dirigirse a un fin típico y como culposa -- por la causación de otro resultado" (1). De lo que colegimos, que el delito preterintencional tiene su nacimiento en un proceder doloso, y su fin, en un resultado culposo atribuible al mismo agente.

Dice Ignacio Villalobos que la preterintencionalidad, -- no es posible que exista, dado que, "...No es enteramente -- propio hablar de 'delitos preterintencionales', puesto que -- suponiendo como se supone que la intención es una especie de culpabilidad y por lo tanto uno de los elementos del delito, afirmar que éste es preterintencional es colocar el todo (el delito) más allá de una de sus partes (la intencionalidad).-- En realidad lo que va más allá de la intención es el resul-

 (1) "Manual de derecho penal", Méx., Ed. Cárdenas, 1988, pág. 471.

tado o una tipicidad que se produce sin haber sido buscada; por lo tanto, más bien que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado o con tipicidad preterintencional"(2). Dice más adelante el mismo autor, que la preterintencionalidad es únicamente una forma de presentación del delito, por lo que las únicas especies de culpabilidad son el dolo y la culpa. Ya que si aceptamos que los ilícitos son dolosos culposos, habría que reconocer además de la preterintencionalidad, una cuarta forma de culpabilidad, la tentativa preterintencional en que la intención se queda mas acá de la intención; pero en realidad los delitos no pueden ser preterintencionales, ni en grado de tentativa preterintencional, sino únicamente dolosos o culposos, ya que ambas formas de culpabilidad se excluyen, por lo tanto no puede existir una forma mixta de culpabilidad, que incluya tanto el dolo como la culpa. Termina concluyendo nuestro autor, que el delito preterintencional, es simplemente aquél en que se realiza una tipicidad más allá de la intención; y ése resultado puede producirse con dolo indirecto o eventual, con culpa o sin culpa, o sin una ni otra especie de culpabilidad.

Mariano Jiménez Huerta se adhiere a la concepción de preterintencionalidad del maestro Jiménez Asua, y dice aquél: "La preterintencionalidad es un resultado que excede voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender

(2) Op. cit., pág. 323.

nuestro acto; pero por ser previsible el efecto más grave, - resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos sub_{jetivos}: el dolo y la culpa".(3)

Dice Vela Treviño respecto a la preterintencionalidad," ... Lo que da la nota distintiva a la preterintención se -- ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; - se tiene, en el inicio la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial, o sea aparece una figura típica de mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial" (4). - De lo que inferimos que también este autor considera que el delito preterintencional se inicia como un dolo, y éste excede a la intención del agente y termina en una culpa, consecuencia de la acción (u omisión) inicial.

Por su parte, para el Autor Francisco Pavón Vasconce--- los, "en los delitos preterintencionales se produce el fenó- meno en que el agente, al realizar dolosamente un hecho de- lictivo, produce otro más grave no abarcado con su inten- ción"(5); y éste es su causa indirecta que le da origen al

(3) Op. cit., págs. 443 a 444.

(4) "Culpabilidad e inculpabilidad", Méx., Ed. Trillas, 1987 pág. 261.

(5) Op. cit., Parte General, pág. 421 a 422.

último resultado producido.

Porte Petit concibe la preterintencionalidad como dolo directo respecto a la intención propuesta por el agente, y culpa en el resultado real causal, consecuencia de dicha intención, excluyendo al dolo eventual y la culpa con previsión; dice este autor: "No hay que limitar el delito preterintencional al daño excedido no previsto, pero previsible, sino extenderlo hasta la culpa con previsión atendiendo a la circunstancia de que el hecho de que un resultado excedido se haya previsto, no quiere decir que se haya querido, o se haya aceptado, pues se confundiría (al incluir así) el dolo directo, el dolo eventual y la culpa consciente".(6)

Expresa el Licenciado Reyes Navarro, en relación a la preterintencionalidad, "...Es criterio comunmente aceptado -- que este tipo de delito se configura cuando el daño causado es mayor de aquel que tenía intención de causar el agente, o dicho en otras palabras, cuando el resultado ha sobrepasado a la intención del agente"(7). Para Reyes Navarro, la preterintencionalidad es sinónimo de ultraintencionalidad y ésta es un mestizaje de dolo directo en cuanto a la intención, y culpa sin representación respecto al resultado producido.

De lo manifestado inducimos que existen diversos conceptos de preterintencionalidad, los que se resumen diciendo:

(6) "Revista Jurídica Veracruzana", Tomo IV No. 02, pág. 716.

(7) "Ensayo sobre la preterintencionalidad", Méx., Ed. Jus, 1949, pág. 100.

"Esta tercera forma de culpabilidad, es una conducta de acción, u omisión que se inicia como un dolo directo respecto al efecto que quiere causar el agente, y termina como una culpa, por el daño más grave que produce el propio agente, que rebasa la intención del mismo, a quiza tal, que la preterintencionalidad es una amalgama de dolo y culpa."

El concepto de preterintencionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido muy similar a los expuestos precedentemente, así lo corrobora la siguiente Tesis Jurisprudencial:

PRETERINTENCIONALIDAD E IMPRUDENCIA.- El delito cometido no puede considerarse como imprudencial únicamente porque el daño final de la conducta delictiva no sea el que se había -- propuesto causar el agente activo.

Sexta época, Segunda Parte: Vol. II, pág. 49. A.D. 1541/56.

Feliciano Estrada Francisco. 5 votos.

Vol. III, pág. 73. A.D. 2136/57 J. Guadalupe González.
Unanimidad de 4 votos.

Vol. XII, pág. 124. A.D. 2930/56. Agripino Gutiérrez
Castillo. Unanimidad 4 votos.

Vol. XXII, pág. 126. A.D. 56/56. Diego Valdez Serrano.
5 votos.

Vol. XLIII, pág. 78 A.D. 6559//0. Fernando Herrera Su-
veidía. Unanimidad 4 Votos.

Existen varias ejecutorias que definen la preterinten-
cionalidad y que también la consideran como se han expues-
to en lo que va del presente capítulo, entre ellas tenemos
la que dice:

PRETERINTENCIONALIDAD.- Aunque el agente activo aparente-
mente sólo quiso la lesión que infirió a su contrario al -
golpearlo con la pistola y no el efecto final por el disparo
de arma (preterintencionalidad), siendo previsible para el -
común de las gentes la causación de daños mayores por la fa-
cilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se ma-
nipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9° de la ley -
sustantiva en relación al 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 actividad del sujeto activo al ser previsible el
resultado de su conducta, sin ameritar atenuación como en
otras legislaciones que se toman en cuenta la mezcla de dolo
y de culpa.

Sexta época, Segunda Parte: Vol. XIII, pág. 123, A.D. -
1840/58. Manuel Hernández Reyes. 4 votos.

A continuación citamos una Tesis Jurisprudencial que -
define a la preterintencionalidad, la que expresa:

PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE LA.- Salvo cuando la ley expresamente determina otra situación, si el daño causado va más allá del que se propuso el agente activo es el caso de preterintencionalidad en que a título doloso se sanciona el resultado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado.

Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol. XV, pág. 127. A.D. --- 3330/57. Dionicio Hernández Campos, 5 votos.

Vol. XVI, pág. 203. A.D. 6775/57. Fernando González Piñón. 5 votos.

Vol. XXV, pág. 93. A.D. 813/58. José Yeñez Luna. 5 votos.

Vol. XXXIII, Pág. 78. A.D. 8215/59. Eduardo Ortega López. 5 votos.

Vol. L, pág. 33. A.D. 1244/61 Jesús Nava Sánchez. 5 votos. Tesis relacionada.

Una vez que hemos dejado bien claro que es la preterintencionalidad, pasaremos a sus antecedentes históricos de la misma.

En el Código Penal "Martínez Castro" de 1871 se reconoció esta tercera forma de culpabilidad, aunque no se denominó como ahora la conocemos, la misma se contempló en el Capí

tulo IV, de Circunstancias Atenuantes, y dice el artículo -- 42: "Son circunstancias de cuarta clase: Haberse propuesto un mal menor que el causado, a no ser en los casos exceptuados en la fracción la del artículo 10°."

En el Libro primero de los delitos, faltas, delincuentes y penas generales, se encuentra el numeral 10°, que contempla el principio "Versari in rei illicita" (de acuerdo -- con éste, el sujeto que ejecuta una acción ilícita responde de los resultados de ella a título de dolo, excluyendo la culpa), cuando dice: "La presunción de que el delito es intencional no se destruye aunque el acusado prueba alguna de las siguientes excepciones:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, - si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó; si éste fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; si el reo había previsto esa consecuencia, o ella es efecto ordinario del hecho ú omisión, y está al alcance del común de las gentes; ó si se resolvió a quebrantar la ley, fuera cual fuese el resultado."

Así, también el Código Penal en estudio, contempló la -- preterintencionalidad en el homicidio, en el capítulo VI, artículo 557 que dice: "Cuando alguno cause involuntariamente la muerte de una persona a quien solamente se proponga inferir una lesión que no sea mortal, se le impondrá la pena que

corresponda al homicidio simple (...), pero disminuida por falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de cuarta clase (...)."

Al llegar a este punto, se podría decir que la preterintencionalidad se contempló por el Código en estudio, pero -- sin que estuviera perfectamente delimitada.

Posteriormente al ser abrogado el Código Penal "Martínez Castro" de 1871, surge el Código punitivo de 1929, el -- que fuera el segundo de la República Mexicana, mismo que aún y cuando nació con nuevas concepciones, mantuvo algunas del Código anterior, como son el concepto de "Versari in rei -- illicita", lo que es evidente en su artículo 15 que manifiesta: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes -- circunstancias: Fracción II.- Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria 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 fuera cual fuese el resultado."

Es indiscutible que en los dos Códigos precedentemente -- citados, el de 1871 en su artículo 10° fracción II, y en el de 1929 en su artículo 15° fracción II, se pretendió estable

cer la culpabilidad de manera contumaz, soslayando las circunstancias que dichos artículos y fracciones mencionaban, ya que de haber sido más objetivo, tanto el Legislador, como los Tribunales, en los numerales no se hubiera culpado el agente, sino por un delito preterintencional, o por lo menos por un delito de carácter culposo, dado que de la lectura de los precedentes artículos y fracciones respectivas, se desprende que se trata de conducta con aquél tipo de culpabilidad (preterintencional).

Después de derogado el Código Penal de 1929, surgió el Código punitivo de 1931, que trató de superar los viejos conceptos de los dos anteriores, aún y cuando éste ordenamiento rebasó a los dos Códigos precedentes, mantuvo la presunción iuris tantum respecto a la intencionalidad, así nos lo demuestra el artículo 9° que dice: "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, y a continuación transcribe en su fracción II, el mismo concepto vertido en el Código de 1929, artículo 15 fracción II, que reza: "La presunción de que un delito es intencional no se destruirá...".

Al examinar los tres Códigos precedentes, se observa que violan de manera flagrante los principios más elementales de justicia, al establecer en todos los ilícitos la pre-

sunción de intencionalidad, dado que de los artículos transcritos y del estudio acucioso de los mismos, se puede apreciar fácilmente que dichas conductas o hechos, aún y cuando el Legislador los consideró como intencionales o dolosos, de ninguna manera tuvieron tal carácter, si no que más bien, se trató de delitos preterintencionales, ya que los mismos así lo indican al decir los Códigos Punitivos: De 1871 en su artículo 42, número 10: "Haberse propuesto un mal menor al causado..."; De 1929, artículo 15° fracción II, y el de 1931, en su artículo 9° fracción II, ambos dicen: "Que no se propuso causar el daño que resultó...". Ello nos lleva a valorar el craso error en los aludidos Códigos estuvieron inmersos, al crear un invulnerable principio de intencionalidad contra todo, e incluso contra la propia razón.

No faltaron críticos, conocedores "a conciencia" del derecho penal que consideraron que los artículos (y sus fracciones) precitados, constituían una aberración a la propia ley, entre los que podemos mencionar a, "...Porte Petit, --- quien enderezó sus más agudas críticas al Código Penal de 1931 hasta llegar a extremas y creativas conclusiones dogmáticas, al afirmar que el Código Penal mexicano incluía tres formas de culpabilidad: El dolo en el artículo 7°, la culpa en el 8° y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin en la fracción II del artículo 9°, como tercera forma de culpabilidad de naturaleza mixta pero que--

el Código la regulaba como dolosa, lo que equivalía a decir que el delito es intencional aunque no lo fuera" (8). Hasta este punto no existe ningún Código Penal en la República Mexicana que contemple a la preterintencionalidad de manera específica, ni siquiera la reconocen; y es el Código Penal Italiano de 1930, el que incorpora dicho concepto en sus artículos de manera clara y concisa. Posteriormente el concepto de preterintencionalidad se internacionalizó y se incorporó a diversos países, en los Códigos Penales, como en Uruguay, en Cuba, y en México, entre otros.

El nacimiento en la legislación penal de la tercera forma de culpabilidad denominada preterintencionalidad, se da en Italia, en el Código punitivo de 1930, el que fué decretado el 19 de Octubre del mismo año, misma que se contempla en el libro primero, Título Tercero denominado "Del delito", Capítulo I, artículo 43 que dice:

(Elemento psicológico del reato). II delito:

é doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che é il risultato de l'azione od omissione e da cui la legge fa dedendere l'assistenza del delitto, é -- dall'agente producto o voluto como conseguenza della propria azione od omissione;

 (8) Cit., por Mariano Jiménez Huerta, Op., cit., pág 444 y 445.

é preterintencional, o oltre l'intencióné, quando --- dall' azione od omisión deriva un evento dannoso o perico_ loso piú grave di quello voluto dall'agente;

é colposo, o contro l' intenzione, quando l' evento, an_ che se preveduri, non é soluto dall'agente e si verifica a - causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per ino_ sservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

La distinzione tra reato doloso o reato colposo, estabi_ litada questo articolo per i delitti, si applica altresí -- alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge pe_ nale faccia dipendera da tale distinzione un qualsiasi effe_ to giuridico.

El mismo concepto de preterintencionalidad se mantuvo - en el Código Penal de Italia de 1948, en la misma ubicación_ que el de 1930, y aquél dice lo mismo exactamente que este - en su artículo 43, que reza:

"Elemento psicológico del delito:

El delito es doloso, o de intención, cuando el hecho da_ ñoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión y del cual la ley hace depender la existencia del delito, -- del agente inculpada y agresor como consecuencia de la pro_ pia acción u omisión;

Es preterintencional, o más allá de la intención , cuan

do la acción u omisión deriba de un hecho dañoso o peligroso más grave de el querido o deseado por el agente;

Es culpable o contra la intención, cuando el hecho también se ha planeado y no es querido por el agente y se verifica por imprudencia, negligencia o ignorancia, o bien, por inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenes o disciplinas que es necesario acatar.

La diferencia entre un delito doloso y culposo, establecido o considerado en éste artículo como delito, se aplica de la misma manera a las contravenciones, cada vez que esta ley penal haga depender de tales diferencias cualquier efecto jurídico."

La concepción que dió el Código Penal Italiano sobre ul traintencionalidad, sirvió como cimiento a las posteriores ideas sobre preterintencionalidad que forjaron, tanto autores en doctrina, como Códigos de diversos países del mundo.

En México, bajo la dirección del ilustre maestro Celestino Porte Petit (ya que éste fungió como presidente de la Comisión redactora), nació el Código Penal de Veracruz, (mejor conocido y denominado "Código de Defensa Social de Veracruz"), en el año de 1948, el que contempló a la preterintencionalidad de manera específica, considerándola como tercera forma de culpabilidad, siendo concebida, la misma como una suma de dolo directo en el propósito querido, y culpa en

alguno de sus dos grados (con previsión y sin previsión), en el resultado obtenido.

Dice el Ministro Celestino Porte Petit, no es conveniente delimitar al delito preterintencional a un mero daño no previsto, sino que hay que ampliarlo hasta la culpa con previsión, considerando, el hecho de que el resultado mayor se haya previsto, ello no significa que se haya querido, y - menos aún que se haya aceptado, pues se confundiría así el dolo directo, el dolo eventual y la culpa conciente. "La doctrina nos enseña que en el primer caso, se prevé el resultado y se quiere, en el segundo, se prevé igualmente el resultado y se acepta, y en el tercer caso, se tiene la esperanza de que no se producirá el resultado que se ha previsto"(9).

El Código Penal para el Estado de Veracruz fué el primero en la República mexicana, que integra a la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad en su articulado, constituyendose así, en el pionero de la preterintencionalidad en la República Mexicana.

El Código de Defensa Social Veracruzano de 1948, nació siendo Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Veracruz, el ilustre Lic. Adolfo Ruiz Cortines, mismo documento que apareció publicado en la Gaceta Oficial el martes 6 de enero de 1948 a el 16 de marzo del mismo año, ya

(9) Op. cit., pág. 716.

que salieron los artículos en secuencia, y dicho Código Penal entró en vigor el 1° de julio de 1948; quedando así abrogados el Código de Competencia y Enjuiciamiento en materia penal, de fecha 10 de junio de 1932, así como sus ediciones y reformas, y derogadas las demás leyes que se opusieran al mismo.

El precitado Código punitivo, en el Título primero, de la Responsabilidad penal, dice en su capítulo I, referente a las Reglas Generales sobre delitos y responsabilidad:

Artículo 6.- "El delito puede ser:

I.- Intencional;

II.- De culpa.

Es intencional cuando se desean o se aceptan las consecuencias del acto u omisión.

Es de culpa cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederán; o cuando se causan un daño por impericia o falta de aptitud.

Existe Preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto al daño querido y culpa en relación al daño causado."

Lo que es lo mismo que una conducta que se inicia con dolo respecto al fin perseguido, y termina con culpa respecto al daño causado por el mismo agente.

Continuando con el Código en estudio, éste dice más adelante en el:

Artículo 7°.- "Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar un daño, o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

II.- Que creía que la ley era injusta o moralmente ilícito violarla;

III.- Que creía legítimo el fin que se propuso;

IV.- Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito."

Como observamos, éste ordenamiento aunque contenía muchas innovaciones importantes para su época, como lo es el integrar la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad, no por ello dejó de tener concepciones erradas, como lo es el concepto comprendido en el numeral 7° que reza: "Los delitos se presumen intencionales..."; mismo que envuel

ve el añejo principio: "Versari in rei illicita", del que ya se comentó al principio de éste capítulo.

Continuando con el numeral en estudio, éste dice más -- adelante: "Cuando alguien por error, cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la que iba dirigida su acción, no serán puestas a su cargo las circunstancias que deriben de la cualidad del ofendido, siendo en cambio valuadas, para los efectos de la sanción, las circunstancias subjetivas en las que deliberó y ejecutó el delito, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que dirigía su acción."

Por su parte, el artículo 8° del mismo ordenamiento expresa: "El que efectue un acto o incurra en una omisión, será responsable de toda lesión o peligro de lesión que a consecuencia de cualquiera de ellos produjere, en tanto no aparezca y se pruebe que el resultado sobrevino a virtud de un acontecimiento extraño a la conducta, y siempre que ésta fue adecuada en cada caso concreto para la consumación, típica del delito que se trate." Este precepto vincula por medio del nexo causal al sujeto con su acción.

EL Código de Defensa Social Veracruzano, la sanción de la culpabilidad la contempló en el Capítulo II, que denominó: "De aplicación de sanciones a los delitos preterintencionales, de culpa, por exceso en la legítima defensa, por es

tado de necesidad y tentativa.

Artículo 56.- "Los delitos preterintencionales y en tentativa serán sancionados atendiendo a lo dispuesto por el artículo 50, tomándose como base la sanción que correspondería al delito si hubiese sido intencional". Continúa diciendo dicho precepto: "En los delitos de culpa, por exceso en la legítima defensa y por exceso en el estado de necesidad, se impondrá sanción de tres días a nueve años de prisión y multa de diez a mil pesos, atendiendo a lo que dispone el artículo 540 y a la sanción que corresponda al delito si fuere intencional."

En el Título Tercero, de Aplicación de sanciones, Capítulo I, de Reglas generales, se encuentra el:

Artículo 50 que dice: "El juzgador, al dictar la sentencia, fijará la sanción que estime justa, dentro de los límites establecidos por éste Código para cada caso, conforme a su prudente arbitrio, apreciando las condiciones personales del delincuente, sumayor o menor peligrosidad, los móviles - del delito y todas las circunstancias que concurrieron en el hecho."

De esta manera el Código de Defensa Social Veracruzano contempló dentro de su articulado la preterintencionalidad, y fijó las reglas para la aplicación de las sanciones a la misma.

Posteriormente surgió el Código Penal de el Estado de -- Sonora, el que fué el segundo en la República Mexicana en incorporar la preterintencionalidad en sus numerales, y también en fijar una sanción específica para una infracción de tal naturaleza.

El Código Penal de Sonora de 1949, abrogó al Código punitivo de 1940 (y entró en vigor aquél el 10. de diciembre del mismo año), así como a todas las demás leyes que se opusieran a aquél.

La exposición de motivos de dicho ordenamiento sonorense de 1949 dice, "...La Constitución General de la República, -- inspirándose en ideas de la Escuela Clásica, consagró como garantía constitucional el principio de que no hay delito sin ley..."; lo que significa que nadie puede ser sancionado sino por los hechos que la ley previamente ha definido como delitos, ni con otras penas que las que ella establece, lo que es lo mismo que: Nullum crimen nulla poena sine lege; Así también contempló dicho ordenamiento, los principios que dicen: "No hay delitos sin conducta", y por último el principio de: "No hay delito sin injuria"; Y continúa diciendo la precipitada exposición de motivos, "...Pues precisamente la falta de una definición indispensable, ha dado lugar a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declare en recientes ejecutorias, que el Código Penal de Sonora de 1940 no puede -- aplicarse en determinados casos porque no se expresó el con--

cepto fundamental de determinado hecho o circunstancia; por ejemplo, en el Amparo Penal Directo interpuesto contra actos del Sumremo Tribunal de Justicia del Estado, se concedió el amparo y protección de la Justicia Federal sustentándose en la tesis siguiente: VENTAJA, CALIFICATIVA DE. (LEGISLACION DE SONORA).- El Código penal en el Estado no define en que consiste la calificativa de ventaja, circunstancia que por sí sola hace improcedente aplicar la sanción que le está señalada."

"TRAICION (LEGISLACION DE SONORA).- El Código Penal en el Estado, no define en que consiste la calificativa de traición, circunstancia que por sí sola hace improcedente aplicar la sanción que le está señalada. (Tomo XCIII, pág. 1909) Sin embargo, se han simplificado hasta reducir las a reglas sencillas, claras y breves, las normas de que se compone el nuevo Código y se han conservado sólo aquellas definiciones que se consideran indispensables para evitar confusiones y para no incurrir en violaciones a los principios constitucionales." Como es observable, en el Código en estudio, se trató de superar errores en que había incurrido el Código Penal de 1940, ya que éste, como vemos en los ejemplos, se concretaba a "sancionar" determinadas conductas, sin que éstas estuvieran previstas, sino que únicamente estaban sancionadas.

Señala más adelante el Código en estudio en su exposi--

ción de motivos, "... Hemos aceptado el cambio de terminología, tal como lo hace el anteproyecto citado y el Código de Veracruz, en virtud de que la 'imprudencia' resulta en algunos casos una especie de culpa, en efecto, la culpa en sus diversas hipótesis, puede ser imprevisión activa (imprudencia), imprevisión pasiva (negligencia) o aún ausencia del concepto de previsibilidad propia (impericia o falta de aptitud). El Doctor en Ciencias Penales Armando Hernández Quiroz, en torno al Anteproyecto de los penalistas Porte Petit, Garrido y Arguelles, dice: 'La llamada imprudencia, vigorosamente combatida de tiempo atrás, por el señor Lic. Raúl Carrancá y Trujillo (Derecho penal mexicano. Edición 1941, página 268) fué objeto de enmienda cuya bondad es indiscutible, salvándose el error en la denominación, resultante de utilizar una de las especies (imprudencia) para designar el género (culpa)...' La comisión aceptó en buena hora la tendencia que se advierte en los Códigos de Uruguay, Cuba, Costa Rica, Colombia y el proyecto que para Bolivia formuló Manuel López Rey y Arrojo, llamando al género con la voz de CULPA. Está fundada la culpa en el anteproyecto, en la previsibilidad y en la previsión, aceptándose la diferenciación entre culpa consciente y culpa inconsciente. Reparando el defecto de la Legislación revisada, se agregaron en el anteproyecto, las especies de la impericia y falta de aptitud, que contemplan otros supuestos jurídicos diferentes a los que se llevan mencionados, siendo merecedores por tanto, a una configuración propia.

En el mismo artículo 60 a que se acaba de hacer referencia, se comprende el delito preterintencional o ultraintencional y que se define: 'Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia, en el mismo acto, de dolo y -- culpa.'

Llama la atención - Dice González Bustamante en su trabajo LAS REFORMAS PENALES - que en los Códigos modernos no - haya encontrado acogida en nuestro país, el delito preterintencional."

"Se acepta pues el delito preterintencional que es el - delito doloso que produce efectos más graves que los propues- tos, en virtud de que se quiere obtener una fórmula sencilla para muchos que en la vida real se presentan. En efecto, pa- ra evitar que el resultado previsto o imprevisto sea conside- rado como un nuevo delito, o que sea estimado el resultado_ final, como un agravante del resultado querido o simplemente que se desestime en forma absoluta, se establece que el deli- to preterintencional se configura por la concurrencia de és- tos elementos: dolo directo respecto al daño querido, es de- cir, concurrencia de los siguientes elementos: Voluntad, in- tención y fin. (Ya sabemos que en el dolo eventual el resul- tado no es deseado por el agente, simplemente lo acepta). Y decimos que el delito preterintencional se configura por la concurrencia de estos elementos: Dolo directo respecto al da- ño querido, más culpa (que puede ser con previsión, sin pre-

visión, por impericia o por falta de aptitud) en relación al daño causado."

Con éstos precedentes se contempló la preterintencionalidad en el Código Penal de Sonora, mismo que apareció publicando en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora, el miércoles 03 de agosto de 1949, y empezó a regir desde el 1° de septiembre de 1949, siendo Gobernador Constitucional del Estado de Sonora el Lic. Horacio Sobarzo.

En el Código Penal de Sonora, en el Título primero, referente a la responsabilidad penal, Capítulo I, de Reglas Generales sobre los delitos y responsabilidad, se encuentra el artículo 5° que define al delito diciendo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Artículo 6°.- "Los delitos pueden ser:

- I.- Intencionales;
- II.- Culposos o
- III.- Preterintencionales.

El delito es intencional cuando se requiere o acepta el resultado.

La culpa existe cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido prevista se tuvo la esperanza de que no se realizará, o en casos de impericia o falta de aptitud.

Existe preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiéndolo directo respecto del daño requerido y culpa con relación al daño causado."

Artículo 7°.- "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que el delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna - de la siguientes circunstancias:

I.- Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

II.- Que erró sobre la persona o cosa en que se propuso - cometer el delito, y

III.- Que obró con el consentimiento del ofendido.

Cuando alguien por error, comete un delito en perjuicio de una persona distinta a aquella contra la que iba dirigida la acción, no serán puestas a su cargo las circunstancias -- que deriven de la cualidad del ofendido, siendo en cambio, - valuadas, para los efectos de sanción, las circunstancias -- subjetivas en que deliberó y ejecutó el delito, así como las cualidades inherentes a la persona contra la que se dirigía la acción."

Aunque éste Código tuvo un innegable avance al incluir_ a la preterintencionalidad; continuó manteniendo vetustas -- concepciones, como lo es el presumir la intencionalidad del agente, la que se basa en el principio que dice "No hay pena sin culpa" (Nulla poena sine culpa), cuyo origen se remonta_

a la Escuela Positiva, ya que para la misma todo infractor, aún y cuando no sea moralmente imputable, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal; resabio que demeritó hasta cierto punto la evolución del Código en estudio.

El Código Penal del estado de Sonora, manifiesta en el artículo 8°.- "La responsabilidad penal no pasa de la persona o bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley."

Más adelante en Código en estudio, señala en el Título tercero, de la aplicación de sanciones, Capítulo V, de Aplicación de sanciones por los delitos preterintencionales, artículo 60.- "El delito preterintencional se sancionará hasta las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional."

Después de los Códigos Penales de los Estados de Veracruz y Sonora, otros ordenamientos punitivos incluyeron a la preterintencionalidad como tercera forma contingente de delinquir; ellos fueron, entre otros, los de los estados de Baja California (artículo 5°), el de Michoacán (artículo 7°) - y el de Guanajuato (artículo 40); los que no estudiaremos -- por considerar que con los dos Códigos tratados de los estados de Veracruz y Sonora, es suficiente para nuestro fin.

Posteriormente, cuando varios Códigos Penales del inte-

rior de nuestro país ya habían contemplado a la preterintencionalidad en los mismos ordenamientos. Envió una Iniciativa de Ley el Titular del Ejecutivo a la Cámara de Senadores -- (fungiendo ésta como Cámara de origen), en fecha 28 de noviembre de 1983, proponiendo reformas, para adicionar y derogar diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Es importante saber, que el Ejecutivo Federal, no se propuso integrar a la preterintencionalidad en el Código Penal en estudio, ya que la idea de incluir ésta forma de culpabilidad en el Código sustantivo, se da en la Cámara de origen. El proyecto de la ley ya aprobado, se envió el día 21 de Diciembre de 1983 a la Cámara de Diputados para su revisión, y una vez examinado es aprobado por la misma en fecha 28 de diciembre de 1983, se promulga el 30 de diciembre del mismo año, y las Reformas son publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, entrando el vigor el 13 de abril del mismo año. Y es así como surge la fracción III del artículo 8º del Código Penal vigente, que prevee la preterintencionalidad como tercera forma de delinquir; y de la misma forma nace el párrafo tercero del artículo 9º del citado ordenamiento, que define a la preterintencionalidad diciendo: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce -

por imprudencia."

III.2. El Artículo 8° fracción III, en el Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, publicadas el 13 de enero de 1984, que incluyeron a la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad, tuvo su origen indirecto en la iniciativa del Titular del Poder Ejecutivo, para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones del Código punitivo, misma que fué enviada a la Cámara de Senadores en fecha 28 de noviembre de 1983, la sólo -- transcribimos los puntos que nos interesan para nuestro tema central, la que dice:

"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 éste ámbito, para -- mejorar sustancialmente la administración de justicia penal.

En virtud de lo anterior, el Ejecutivo a mi cargo ha -- presentado iniciativas ante la Soberanía de ése 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 Dis- trito Federal".

"En todo caso se ha pretendido proteger derechos y legí- timos intereses particulares, y amparar con eficacia al con- junto social, ambas cosas por medio de una procuración e im- partición de justicia atentas a las circunstancias del momen- to y respetuosas del hombre y la colectividad.

Igualmente el Ejecutivo Federal promovió una consulta - específica sobre posibles y convenientes reformas de la ley - penal sustantiva, tema que por lo demás, durante los últimos años ha merecido la atención de diversos Estados de la Repú- blica que han expedido nuevos Códigos Penales o han introdu- cido reformas apreciables en sus propios ordenamientos al - que no puede ser ajena la ley penal sustantiva para el Dis- trito Federal y Territorios Federales.

Como resultado de la consulta a la que me refiero, apo- yada en la difusión y el análisis de una versión preliminar para la Reforma del Código Penal, se ha escuchado con la de-

bida consideración el punto de vista de 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 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 exámen de este proyecto harán - los representantes populares permitirá enriquecer plantea--- mientos 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 éste 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 se encuentran en juego los valores trascendentes para el ser humano - y para la comunidad" (10).

La Cámara de Senadores al recibir la referida iniciativa del poder ejecutivo, en fecha 29 de Noviembre de 1983, la somete a estudio, la modifica, la aprueba, y además la adiciona al recomendar a la preterintencionalidad como forma de delinquir, y otorgarle a la misma una específica penalidad - en el Código Penal sustantivo para el Distrito Federal. A -- continuación citamos el dictamen emitido por la H. Cámara de Senadores a la propuesta del Poder Ejecutivo:

"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 de los textos legales en materia penal, no sólo porque existe una tendencia para la humanización de la legislación correspondiente, sino también por la

(10) Miguel de la Madrid Hurtado, "El marco legislativo para el cambio", septiembre - diciembre 1983. Vol. III. Tableros gráficos de la Presidencia de la República, págs. 195 - 233.

intima 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 habiéndolo 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 entre 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 que 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 objetivo de incorporar los delitos preterintencionales, manteniendo la denominación tradicional, referida a los 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 culpables, ya que múltiples figuras delictivas que no se reforman, aluden la intención o imprudencia.

2°.- Se propone la reforma del artículo 9°., para suprimir 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 co

mo 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 nuestro artículo 9°. , 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 ése orden de ideas, al indicarse que obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias personales la 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 el 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 preterintencionales, 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 permite 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' (11).

Una vez que la Cámara de Senadores concluyó el estudio del proyecto de la Iniciativa del Ejecutivo Federal, donde se sugiere por la propia Cámara se reformen, adicionen, y deroguen, diversas disposiciones del Código punitivo sustantivo, el Proyecto de Decreto, ya aprobado se envió a la H. Cámara de Diputados, para su revisión correspondiente, en fe-

(11) "Archivo de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión". Vol. XXIII, LII Legislatura. Ramo Público. Depto. de Sria. y Comisiones. Índice C.

cha 21 de diciembre de 1983, siendo recibida en la Cámara de Diputados en 22 de diciembre de 1983, y ésta actuando como - Cámara revisora, emite un Dictamen, aprobando el Proyecto - de Decreto el 23 de diciembre de 1983; dice:

"COMISION DE JUSTICIA:

Honorable Asamblea: A la Comisión de Justicia de la honorable Cámara de Diputados le fué 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 -- Federal, que fué enviada por la honorable Cámara de Senado-- res.

La Comisión de Justicia estudió y discutió 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: "excluyentes de responsabilidad"; "exceso en las excluyentes de responsabilidad"; "sustitutivos de la pena"; "sanción pecuniaria"; "decomiso y pérdida de los instrumentos y objetos relacionados con el delito"; "vigilancia de la autoridad"; "comunicación de circunstancias"; "exclusión de circunstancias"; "exclusión de la pena y razones de equidad"; "sancio-

nes atenuadas en determinados casos de error o ignorancia in-
superables"; "delitos imprudenciales"; "perdón del ofendido
o legitimado"; "prescripción"; "trata de personas y lenocinio";
delitos cometidos por 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 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 iniciativa 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, pa

para mejorar sustancialmente 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 penales y particularmente de la equidad - aplicada 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 de que la reforma que 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 al Proyecto de Derecho -- 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"-- (12).

Una vez aprobado el Proyecto de Decreto de la Cámara de Senadores, por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados el 30 de diciembre de 1983, es promulgado el mismo, y es publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, entrando en vigor el 13 de abril del mismo año.

En consecuencia, con los precedentes ya narrados, fué como surgió la fracción III del artículo 8º; y el párrafo --tercero del artículo 9º, ambos numerales del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, mismos apartados que contemplan a la preterintención como una manera contingente de delinquir.

 (12) "Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos", Año II. tomo II. Núm. 44. México, D.F., a 20 de diciembre de 1983, págs. 85 - 93.

III.3. Elementos del concepto:

III.3.1. Resultado típico.

El tipo, del latín tipus, que significa signo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. El tipo ha sido empleado en la doctrina para hacer alusión a una conducta vedada, preceptuada por la norma jurídico-penal; en tanto que la tipicidad ha sido concebida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legal.

Por lo que en derecho punitivo, un proceder es típico cuando es acorde a lo previsto en el precepto penal, es decir lo típico es todo lo que incluye en sí la representación de una cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella; V.gr.: El robo, es el hecho de disponer de un bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento del que puede disponer de el con arreglo a la ley; es la descripción típica, formulada por el artículo 367 del Código Penal.

Se ha aceptado en la doctrina, y es concenso generalizado, que el origen histórico del tipo corresponde al ilustre jurista Belling, el que elaboró un esquema antes formulado por Binding, para poder interpretar lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal Aleman de 1871. El concepto de tipo tiene una raíz histórica en el concepto corpus delicti contenido en añejas leyes y que todavía se encuentra contemplado en al-

gunos ordenamientos jurídicos modernos. Con la evolución, del tipo delictivo, del corpus delicti, se presenta aquél como el conjunto de todos los caracteres o elementos del delito en su contenido de acción. Autores como Hall, Antolisei y Jiménez Asua, entre otros, han coincidido y proclamado: que el tipo penal surgió del corpus delicti, y éste es la acción punible, es decir, el hecho objetivo.

El esquema elaborado por Binding fué el siguiente:

- a).- Binding había diferenciado dos aspectos esenciales de la ley penal: Uno, el precepto, o sea la norma que establece la pena; y la sanción que comprendía los elementos de terminantes de la punibilidad. Lo que lo llevó a concluir que el delincuente no obra contra la ley sino contra la norma que lógicamente le precede. Ya que el delincuente hace exactamente lo que dice la ley (mata a otro), pero al actuar de tal forma viola la norma que prohíbe matar. Por tal situación, lo violado es la norma y no la ley penal.
- b).- Bajo éste precedente teórico, Binding sustentó que toda acción contraria a derecho, existe conceptualmente un momento previo en que la actividad del agente coincide con la descripción contenida en la ley penal, y por ello surgió diferenciar los niveles de análisis que hasta entonces eran realizados bajo el común denominador de anti

juricidad.

Para saber si la acción es antagónica a la norma, previamente es preciso constatar si la misma coincide con lo que dice la ley, y es precisamente esa característica de acción de poder ser subsumida en la descripción legal a lo que Beling llamó tipicidad. Recién después es viable analizar si la conducta es antijurídica (contraria a la norma), lo que depende de causas de justificación o de licitud.

- c.- La diferencia entre el tipo y antijuricidad, así presentada, la utilizó Beling para resolver problemas de la teoría del error, pues si bien ambas características condicionan la pena, las mismas pueden diferenciarse según sea necesario que el transgresor las hubiere o no conocido.

Beling distinguió dos condiciones de punibilidad:

- 1).- Las que requieren ser conocidas por el autor para la imposición de una pena, y son las que pertenecen al tipo, y por lo mismo deben ser captadas por el dolo. Y es en ellas donde el error resulta relevante, dando origen al error de tipo.
- 2).- Aquellas donde el error no tiene trascendencia, dado que no requieren ser conocidas por el agente. Estas últimas se encuentran al margen del tipo, por lo que no requieren ser captadas por el dolo.

- d).- Así pues, la teoría desarrollada por Beling dió acceso a poder precisar en un primer momento el concepto de tipo, al limitarlo a uno solo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito ofreció el positivismo y que hoy conocemos como teoría clásica.

Este modelo facilitó una ordenación conceptual en la que cada eslabón de la teoría del delito mantuvo independencia, a saber: La acción concebida como elemento natural, el tipo como juicio de adecuación meramente descriptivo, la antijuridicidad como valoración referida a la parte externa de la conducta, y la culpabilidad como elemento que permitía valorar la parte interna (anímica) del comportamiento.

- e).- La evolución posterior que presentó el delito en general y el tipo en particular, se caracterizó en un abandono progresivo la delimitación conceptual propuesta por Beling.

Los factores que influyeron en tal evolución fueron muy variados, de los que destacaremos los más conspicuos. En principio se hizo necesario adecuar el esquema original antes descrito, al hacerse evidente que no necesariamente todos los tipos penales presentan solo una estructura descriptiva. Algunas leyes describen la prohibi-

ción incorporando elementos que requieren valoraciones normativas o culturales (elementos normativos del tipo); en tanto que otras exigen que el agente dirija su comportamiento en función de una especial finalidad (elementos subjetivos del tipo). El ejemplo del primero se observa con el solo hecho de que disponga para sí o para otro una cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio del agente, en el tipo de abuso de confianza, artículo 382, del Código Penal; y de lo segundo el ejemplo es: El que sin consentimiento y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual con intención lasciva o la obligue a ejecutarlo; que es el delito de atentados al pudor, artículo 260 del Código Penal.

f).- Influyó también la evolución de la teoría del error general y más específicamente algunas construcciones orientadas a asimilar el error de prohibición al tipo, adjudicándole similares efectos exculpantes (13).

Para Beling, el tipo es una suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia del delito e integra el núcleo del concepto en torno a la cual se agrupan los demás elementos del propio ilícito.

(13) Pass, Inst. de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario jurídico mexicano", Méx., ed. Porrúa, Segunda Ed., 1988, Tomo IV, págs. 3091 a la 3093.

Toda conducta o hecho no constituyen un ilícito, sino - que es necesario que los mismos sean típicos, antijurídicos, culpables y punibles, convirtiéndose así el tipo en uno de -- los requisitos intrínsecos para configurar un delito.

Es importante diferenciar el tipo, de la tipicidad; el - tipo es la descripción que hace la ley de una conducta o un - hecho en el ordenamiento penal; en cambio la tipicidad es la adecuación en concreto de la conducta o hecho descritos en la ley penal en abstracto.

De lo que resulta que el tipo es siempre prototipo, que - comprende a todos los sujetos de una especie (humana), dado - que se encuentra formado por elementos esenciales a todos - - ellos; lo que trae como consecuencia que el tipo penal sea -- descripción fundamental, objetiva, de una conducta o un hecho que se han producido en las condiciones previstas por la ley, la misma las considera delito (14).

Dice Ignacio Villalobos: "Tipo es la descripción del - - acto o hecho injusto o antisocial (previamente valorado como - tal), en su aspecto objetivo y externo; suponiendo, para de- clararle punible, que concurren las condiciones normales en - ésa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pueden presentarse situaciones excepcionales que eliminan la anti

(14) Pass, Ignacio Villalobos, Op. Cit., pág. 26.

juridicidad (formal y material) o la culpabilidad en algunos casos..." (15). El tipo es en esencia es la descripción hecho por el Estado, por sus órganos respectivos e impresa en la ley penal, de una conducta o un hecho considerados como ilícito en abstracto.

Pavón Vasconcelos considera tipo penal, "...La descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal" (16). Lo que en suma viene siendo, el delito mismo, es decir el conjunto de los presupuestos de acción u omisión atribuibles al hombre y considerados una infracción penal.

Para el autor Edmundo Mezger, el tipo es el injusto descrito por la propia ley en su articulado, y cuya realización de la previsión lleva aparejada una sanción penal, según el delito que se trate.

Por su parte, dice Jiménez Asua, que el tipo es una abstracción concreta, que ha trazado el legislador de manera genérica, soslayando detalles intrascendentes, catalogando de esa manera a una conducta o un hecho como ilícitos de manera general pero delimitada.

(15) Ibid., pág. 267.

(16) Parte general, Op. cit. pág. 271.

Francisco Pavón Vasconcelos al abundar en el concepto del tipo penal, manifiesta, que éste concretiza lo injusto, por ser el mismo anterior a aquél, de lo que resulta que lo anti-jurídico precede en el tiempo a su descripción; de tal forma que el tipo va a indicar lo injusto, cuando la conducta o el hecho en si mismos no eran anteriormente antijurídicos, pero se convierten en tal, al establecerse el tipo, dado que éste describe las conductas o hechos considerados como ilícitos.

El tipo se encarga de hacer la sola descripción de las conductas de acción u omisión consideradas ilícitos, dado que al tipo no compete el determinar lo justo o injusto de un proceder, así tampoco le concierne el decir si el agente es culpable o no lo es; ya que ambos conceptos corresponden a cuestiones de valoración de la propia acción, que son del ámbito de lo antijurídico y lo culpable, respectivamente.

El tipo es un elemento que sirve como indiciario de una conducta o un hecho, formando así la base para conocer la antijuridicidad. Por lo que el tipo en si mismo no constituye una valoración de la acción, pues en el no existe un contenido de valor, sino que existe dicho contenido en el fundamento congnotivo de lo injusto.

En la fase de identidad, el tipo es la ratio esendi de la antijuridicidad, el representante de ésta postura es Edmundo Mezger, ya que éste dice que el que actúa típicamente, tam

bién actua en forma antijurídica, en tanto no exista una causa de justificación o de exclusión del injusto. Por lo que el tipo penal posee las más alta significación en orden a la existencia de antijuridicidad, pero siempre y cuando la acción no se encuentre justificada por una causa de exclusión del injusto, ya que si ésto ocurre dicha actitud (típica), no será antijurídica pese a su tipicidad.

Es importante dejar bien claro, que para Mezger la antijuridicidad, es considerada no solo característica de la acción punible, sino como injusto típico e injusto material; lo que equivale a que el delito además de ser una acción antijurídica, deberá estar revestido de una antijuridicidad especial, tipificada y típica.

El penalista Francisco Blasco, considera a la antijuridicidad como la ratio esendi del tipo, es decir, para que una conducta de acción u omisión sea tipificada por la ley como infractora, deberá aquélla estar inmersa en grave antijuridicidad, por cuanto a que la conducta transgresora deberá ser antagónica a las normas culturales que sirven como patrón para el propio Estado, de acuerdo a su idiosincrasia jurídico-política, seguida para la creación de la propia ley penal.

Por lo general el tipo penal se presenta como una mera descripción de una conducta humana, como es el caso del artículo 173 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y

dice dicho precepto: "Se aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos:

- I.- Al que abra indebidamente una comunicación que no esté dirigida a él; y
- II.- Al que idebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido".

Como es de observarse en este artículo, se sanciona el hecho de abrir o interceptar correspondencia ajena.

Otras veces el tipo penal para su encuadramiento requiere un efecto o resultado material de la acción u omisión, como ejemplo tenemos el artículo 329 del Código sustantivo que dice: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". En éste caso el tipo está requiriendo la muerte del producto del embarazo, para que se integre el ilícito.

O bien, el tipo contiene referencias a los sujetos, como es el caso del artículo 123 del Código Penal que dice: "Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa de cincuenta mil pesos, al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes...", y a continuación se mencionan 15 fracciones, mismas que dicen: al que realice, tome, forme, destruya, reclute, etc.

En ocasiones el tipo hace alusión a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial, como en el caso del artículo 262, que señala como requisito por parte del sujeto activo hacia el pasivo el engaño en la promesa de matrimonio.

Otras veces el tipo requiere modalidades de la propia acción, como ejemplo tenemos el robo calificado que señala el artículo 372, al decir: "Si el robo se ejecutare con violencia...".

También el tipo puede hacer referencia a estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción, y a una serie de circunstancias que sería largo seguir enumerando.

Ahora bien, dentro de los elementos que integran los tipos, estos pueden ser de naturaleza objetiva, normativa, o subjetiva.

Dentro de los elementos objetivos, tenemos que son: aquellos que son susceptibles de ser apreciables por el simple conocimiento y cuya función primordial estriba en describir la conducta o hecho que pueden ser materia de imputación y responsabilidad penal para su realizador. Aunque la esencia del tipo es acción u omisión trascendentes para derecho, y estas conductas en general son expresadas por un verbo y en casos excepcionales por un sustantivo, son también elementos, todas

las situaciones conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma, cuando forman parte del precepto legal. (17)

Por lo que hace a los elementos normativos, éstos son --presupuestos del injusto típico, según Edmundo Mezger, sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Lo que viene siendo en suma, la descripción contenida en los tipos penales y tienen la denominación de normativos, ya que implican una valoración necesaria que debe hacer de ellos el que aplique la ley, dicha valoración es netamente de carácter jurídico, considerando el espíritu iuris del elemento normativo, o de índole cultural, cuando se hace necesario realizarla acorde a un criterio extrajurídico (18).

Los elementos normativos están relacionados con la anti-juridicidad, pero eso no implica que por ello pueda excluirse les de la descripción típica, y desconocerles el carácter de elementos del tipo.

En cuanto a los elementos subjetivos, "Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita" (19). Dichos elementos subjetivos, en ocasiones rebasan el marco de

(17) Pass, Ibid., pág. 278.

(18) Pass, Ibid., págs. 278 a 279.

(19) Ibid. pág. 279.

referencias típicas, pues su existencia en la conducta o hecho son indudables, se encuentren o no incluidas en la definición del tipo cuando éste los hace necesarios.

Harold Fischer, ha sido considerado como uno de los pioneros en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en el vínculo existente entre lo ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo que le va a imprimir un matiz de antijurídico a un proceder, va a ser en razón del propósito que persiguió el agente al desplegar su conducta de acción u omisión. También Harold Fischer consideró, que determinadas conductas o hechos, requieren para poder determinar su ilicitud, ciertas referencias subjetivas. "Estas quedan, en general, incluidas en la culpabilidad, en cuyo caso se les relaciona con la antijuridicidad" (20).

De lo cual se deduce que la culpabilidad se va a determinar en razón del elemento subjetivo del agente al realizar su conducta o hecho, es decir, la culpabilidad estriba en el desvalor del agente del precepto, en relación a la conducta asumida por el mismo; en tanto que la antijuridicidad se va a estimar considerando el fin o propósito perseguido por el sujeto activo al asumir una determinada postura, llámese conducta o hecho.

Menciona acertadamente el profesor Mario Jiménez Huerta, "No solo las figuras típicas geometrizan lo antijurídico sino también sirven de fundamento a la culpabilidad jurídico penal, pues ésta se basa en el aislado típico. Señeramente a través de él se penetra en la intimidad del autor y se valora su mis mi dad conforme a las normas de deber que emanan de las normas de derechos sin desviar la visura de las particularidades individuales y sociales de todos y cada una de las protagonistas del drama penal" (21).

Por último, el resultado típico, es la conducta desplegada por el agente que produzca una consecuencia acorde a lo -- que establece el artículo 90. en su párrafo tercero, que dice: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típi- co mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por impru- dencia." Por lo que el juzgador en cada caso deberá valorar ca da situación en particular, y determinar si se reúnen los elementos que establece el párrafo citado en relación al deli- to de que se trate.

III.3.2 Resultado querido.

Este apartado comprende el aspecto del agente, al desplegar una conducta, que tiene su cimiento en un dolo directo, - la cual se encamina a la consecución de un resultado previsto

(21) Op. cit., pág. 18.

por el mismo con antelación, y para lograrlo emplea los medios idóneos para la consecución de su fin, aun y cuando la imprudencia va a rebasar finalmente a la intención del agente en los delitos preterintencionales.

Nuestra opinión en relación a el resultado querido en la preterintencionalidad, se adhiere al criterio manifestado en la exposición de motivos del Código Penal para el Estado de Sonora de 1949, ya que tenemos la convicción que el resultado que desea producir el transgresor se encuentra determinado -- por un dolo directo, ya que en la actitud del agente existen bien delimitados los siguientes elementos: Una voluntad, una intención y un fin.

La palabra voluntad proviene del latín voluntas, y significa intención de un sujeto que intenta la consecución de determinados propósitos, por lo tanto provoca la aparición de efectos y consecuencias de derecho, normalmente previstos por el emisor de tal contenido volitivo.

Para entender mejor nuestra postura en relación al resultado querido recapitularemos en lo que es el dolo en general. La voz dolus, significa la conciencia del hecho criminoso que se quiere cometer.

El dolo es entendido como la dañada intención del agente, en que se haya propuesto y admitido el causar un ilícito, re_

presentándose previamente las circunstancias de su comisión y la significación de su acción, es decir, el agente tiene la voluntad de realizar una conducta o un hecho, ilícitos, de manera intencional, esto es en lo que estriba el dolo; en otras palabras, el dolo es un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente. En todos los elementos que han dado los diversos autores, encontramos un elemento en común del dolo que es la voluntas sceleris o voluntad de delinquir.

Para la Escuela Clásica el dolo es, la suma de la voluntad de ejecutar la acción (u omisión), y la conciencia de su oposición al derecho; o sea, la conjunción de los factores voluntad de realizar una conducta y la conciencia de que la actitud a realizar es contraria a derecho.

En cambio para la Escuela Positiva, el dolo para nacer requiere tres elementos necesariamente que son: Una voluntad, una intención y un fin. En cuanto a la voluntad, es la acción en sí misma; por cuanto hace al segundo elemento es el motivo de la acción; y por lo que se refiere al fin, es el resultado querido. A los elementos ya señalados se agrega un elemento más: la conciencia por parte del propio agente de la ilicitud de su conducta o hecho, de ésta manera se colige que la volición contiene cuatro elementos:

a).- La voluntad del acto en sí, o sea la voluntariedad, que considera la conducta o hecho en sí mismos;

- b).- La intención, que es el fin inmediato del acto, esto es, el efecto que el agente se propuso y trató de conseguir al querer el hecho, o sea el fin inmediato anterior al ilícito;
- c).- El motivo psicológico determinante, el móvil en fuerza del cual se quiere el acto; el motivo que impulsa éste, el fin lejano o remoto;
- d).- La conciencia del ilícito jurídico, es decir, la conciencia del injusto (22).

EL dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Sin ésta previsión jamás se podría hablar de dolo (23).

De lo cual se deduce, que para que exista dolo, es necesario el conocimiento y previsión del resultado ilícito por parte del agente, lo anterior viene siendo lo que se conoce como elemento intelectual del dolo. Por cuanto hace al elemento emocional del dolo, éste es la viciada voluntad de causación, es decir, los motivos del agente, se refieren al grado de íntima inmoralidad del mismo.

(22) Pass. Raúl Carranca y Trujillo, Op. cit.; pág. 225 y 257.

(23) Pass. Eugenio R. Zaffaroni, Op. cit. pág. 433.

Una vez que hemos recordado el concepto de dolo, veremos sus tipos que nos interesan en particular: El dolo indirecto "es denominado por Finzi 'preterintencional', o más allá de lo intencional, en el cual un delito doloso produce efectos - más graves que los previstos y propuestos" (24); o sea, el - resultado rebasa a la previsión y a la voluntad de causación_ del propio agente, y a ésta especie de ilícitos en la dogmática en Alemania se les denominó: "Delito calificados por el - resultado". Criterio con el que desde luego no estamos de - acuerdo.

El dolo directo para el autor Ignacio Villalobos, es - - "aquel en que la voluntad se encamina directamente al resulta do o al acto típico; es decir, se llama voluntad al dolo en - que hay intención, tomada ésta en su propio sentido" (25). - Este tipo de dolo es el que mayor trascendencia tiene para no nosotros en el presente apartado, por constituir precisamente és ta clase de dolo, un elemento indefectible, que se presentará en la figura jurídico-penal de nuestro tema central.

Decimos que en el delito preterintencional existe dolo - directo en su inicio, en virtud de que el agente tiene plena - conciencia de que lo que desea cometer tiene un carácter ilícito, es decir el resultado (contingente) de la acción es in-

(24) Cit. por Raúl Carranca y Trujillo, Op., cit. pág. 431.

(25) Op. cit. pág. 302.

tencionalmente querido, y por lo tanto éste ha sido previsto_ como seguro por el agente. Por lo tanto en la intención, el efecto criminal se previó por el agente y se quiso, calculándose como consecuencia de los propios actos, los que se ejecu tarán precisamente con el fin de producir, de un modo más o - menos cierto, determinadas consecuencias.

El dolo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, - ha sido concebido como la voluntad del agente de causar un da ño, así lo ha sustentado en algunas ejecutorias, de las que - mencionaremos una que dice:

DOLO, EXISTENCIA DEL.- El dolo existe con la sola volun- tad de causar un daño, independientemente de que no haya re- presentación cuantitativa del mismo.

Amparo directo 672/1961. Julio Castillo Monroy. Junio_ 21 de 1961. Unanimidad 4 votos. Ponente Mtro. J.J. Bustamante 1a. Sala, Sexta Epoca.

Vol. IX, 2a. Parte, pág. 25.

Por lo tanto, el resultado querido en la preterintencio- nalidad, es el fin que persigue el agente, va a tener su ori- gen en un dolo directo, ya que quiere y acepta el resultado - prohibido por la ley, pero además, el dolo es lo necesariamen te unido al querer del agente.

Es importante no soslayar que en la preterintencionalidad, de acuerdo al tipo, se va a presentar cuando el resultado producido es mayor al querido y no fué previsto por el propio agente, de ésta manera se adecua su conducta a lo descrito en el numeral 9o. párrafo tercero, de nuestro Código punitivo.

III.3.3. Imprudencia.

Consideramos importante hacer la aclaración, que el Código Penal vigente para el Distrito Federal, utiliza a la palabra culpa e imprudencia como sinónimos, en lugar de utilizar el término culpa únicamente, término que es más técnico; en virtud de que ambos términos tienen diverso significado, ya que el primero es el género y el segundo es la especie.

La imprudencia es una de las variadas formas que puede adquirir la culpa. Nuestro ordenamiento punitivo utiliza el término imprudencia como segunda forma de culpabilidad, en el artículo 8o. fracción II, la que es constitutiva de ilícito cuando de reúnen otros requisitos de la unidad conceptual denominada delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en relación al tema central de éste apartado en la ejecutoria que a continuación se cita:

IMPRUDENCIA.- En los delitos culposos, es imprescindible demostrar la existencia de un estado subjetivo en que el agente del delito incurra en falta de previsión de lo que humanamente es previsible; un estado objetivo, o sea la comprobación de los daños causados a consecuencia de que el agente del delito dejó de observar un deber de cuidado que personalmente le incumbía para evitar producir el daño, según la expresión del tratadista alemán Edmundo Mezger, y una relación de causalidad que vincula el estado subjetivo con el resultado dañoso.

Amparo directo 783/1959. Marcos García Pérez. Septiembre 10 de 1989. 5 votos.

1a. Sala. Sexta Epoca, volumen XXVII, segunda parte, - pág. 58.

Por lo tanto, en los ilícitos preterintencionales lo que va a hacer responsable al agente de su actuar imprudente, presenta dos formas, la primera deriva de la obligación genérica que tiene el mismo de respetar las normas legales, lo que conduce a la consiguiente exigibilidad del cumplimiento de esa obligación; la segunda está referida en particular al caso concreto que sirve para fundamentar la reprochabilidad, cuando a un sujeto determinado y en un momento también determinado, le era exigible el respeto al contenido de la norma.

Es bien importante dejar claro, que en cada caso en par-

ricular, al juzgador le corresponde resolver si respecto de un agente, al que se le atribuye la conducta causalmente típica, había exigibilidad específica, lo que equivale a determinar si el agente tenía que cumplir con el deber de imponer a su conducta un sentido determinado y, sobre todo, si ese sentido que debía imponer era suficiente para romper el lazo causal que produjo finalmente el resultado.

Es necesario, para no incurrir en errores, que el juzgador analice las condiciones del agente y las circunstancias concurrentes con el acontecimiento de que se trate, antes de emitir un juicio, ya que tales circunstancias le van a imprimir un matiz peculiar al delito en particular. Esta necesidad nace del hecho de que para que haya culpa no basta que se incumpla un deber exigible específicamente a un sujeto, sino que se requiere además que con el posible cumplimiento de deber se hubiere roto el proceso causal que produjo el resultado.

En relación a la necesidad que tiene el Juez de considerar a las especiales condiciones del sujeto actuante, así como a la eventualidad del agente para haber roto el lazo causal con una conducta diferente a aquella por la que optó equivocadamente; La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado acertadamente en sus ejecutorias, que para poder calificar las acciones u omisiones imprudentes es necesario que el daño resultante de las mismas, haya sido previsible por el -

agente, según su personal situación y de acuerdo con las normas medias de cultura, además evitable con una conducta diversa.

La previsibilidad es una circunstancia inata en un ser humano, por el solo hecho de tener inteligencia, por ende el mismo tiene la facultad de anticipar su mente al curso que habrán de seguir determinados acontecimientos, bajo determinadas circunstancias; ello constituye una facultad que crece con el paso de la vida, por lo tanto el desenvolvimiento social del hombre lo lleva a adquirir una serie de experiencias que pasan a formar una gamma de conocimientos propios, mismos que forman parte de la cultura a que el hombre pertenece. Estas circunstancias han sido consideradas por el legislador, al ocuparse de la imprudencia y establecer el imponer a el proceder un mínimo de conocimientos y experiencia para evitar peligros a los bienes jurídicamente tutelados por el Estado.

En virtud de las anteriores circunstancias, el hombre común puede determinar el curso causal que tomarán determinadas actitudes asumidas por el mismo, y así estará en plena posibilidad de prever las consecuencias dañosas o peligrosas de determinando proceder. Cuando el hombre no utiliza su capacidad latente de preveer las circunstancias, se torna peligroso para la sociedad. Por lo tanto la previsibilidad constituye una facultad propia del hombre.

Por otra parte, el aspecto negativo de la imprudencia es el caso fortuito, dicho en otras palabras, el resultado dañoso producido por mero accidente, derivado de una conducta lícita y precavida, no es punible en virtud de la imposible previsión del resultado inicuo por parte del agente, circunstancia que se encuentra debidamente contemplada en el artículo 15 fracción X, del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

El autor Vela Treviño resume la culpa magistralmente, diciendo que se integra cuando se cumplen los tres requisitos básicos que son:

- a).- Una conducta causalmente típica;
- b).- Una violación de deber exigible y;
- c).- Un resultado previsible y evitable.

La imprudencia de que habla el artículo 9o. en su párrafo tercero, debe ser entendida como la violación a un deber de cuidado que las circunstancias especiales y condiciones personales de la situación le imponen al agente, ello debido a la inadecuada conducción del proceso causal empleado en su proceder, lo que produce un resultado "de mayor reelevancia" para el derecho penal, cuya consecuencia ocasiona un resultado típico acorde a lo previsto en el párrafo en estudio.

De lo que colegimos, que el exceso de resultado en relación de la pretensión del agente, obedece al incumplimiento -

de un deber de cuidado que al propio agente le incumbía observar. Por lo que a contrario sensu, la atipicidad se va a presentar por ausencia de dicho deber de cuidado, o por la no violación de dicho deber.

La imprudencia en la preterintencionalidad es a quisa tal, que el agente al cometer un delito con dolo directo, por causas imputables al propio agente, el dolo es rebasado por la falta de cuidado en su proceder, lo que ocasiona una consecuencia con un efecto dañoso más grave que el querido y esperado, derivado de la misma actitud, y vinculado a su productor por el nexo causal existente entre aquél y el resultado final.

III.4. Medios comisivos.

El Código Penal vigente, no estableció de manera particular la forma de la realización de los delitos ultraintencionales, en virtud de la gran variedad de situaciones que se pueden presentar en su comisión, por lo que únicamente se concretó a enunciarlos de manera genérica pero no limitativamente, al definir la preterintencionalidad en el párrafo 9o. del ordenamiento en estudio.

Comisión del delito en general, es la realización de una conducta de acción u omisión voluntarias, sancionadas por la ley con una pena. La ejecución de una infracción penal, implica el adoptar una conducta contraria a una norma Jurídico-Penal, la que trae aparejada una lesión puesta en peligro de un bien -

jurídicamente tutelado por dicha norma. El concepto comisión, encierra un juicio de relación entre el comportamiento atribuible al hombre y la norma jurídica que su realización prohíbe. Por lo tanto la palabra comisión en lato sensu, hace alusión a las formas en que se puede manifestar la conducta infringiendo la norma: acción y omisión; de lo que se colige -- que la comisión de un delito se puede realizar por una "acción", lo que equivale a desplegar una actividad que violará una norma prohibitiva y dará nacimiento a un delito comisivo; y si es por "omisión", el ilícito se deberá a una inactividad, con lo que se violará una norma preceptiva y surgirá así un delito omisivo; de donde emanan los delitos de comisión y de omisión. Ello provoca que en stricto sensu "comisión de un delito", sea entendido sólo como la realización de una conducta delictiva mediante una "acción". Por lo tanto en sentido limitado, la comisión de un ilícito solo viene siendo una de las formas de realización de la conducta contraria a la norma penal, siendo la otra forma la omisión.

No obstante, tiene mayor aceptación el sentido amplio -- del concepto, en virtud de que se admite que el concepto de comportamiento comisivo no debe entenderse como sinónimo del de acción, pues mientras éste último tiene un significado naturalístico, el primero sólo adquiere sentido en relación con la norma (26).

 (26) Pass. Inst. de Invest. Jurídicas, Op. cit., T. I., pág. 525.

De acuerdo a nuestra legislación penal, si en los delitos de acción se infringe una norma prohibitiva y en los delitos de omisión una norma preceptiva, existe una tercera forma de comisión de los ilícitos en que la norma prohibitiva se viola mediante la infracción de una norma preceptiva; tal es el caso de los delitos de "comisión por omisión" o de "omisión simple". Estos ilícitos se caracterizan porque el autor hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo; siendo autores de conductas típicas de omisión impropia aquellos que tengan la "calidad de garante", es decir, un deber de garantía para el bien jurídico tutelado (27).

En nuestro ordenamiento punitivo también se encuentra contemplada como forma de comisión de los ilícitos "la tentativa". Aun y cuando de acuerdo a los tipos que establece el Código Penal, estos se refieren fundamentalmente a los delitos consumados. Pero considerando los principios de la parte general, también se consideran punibles, y por lo tanto delictivas, las conductas que no llegan a su consumación pero que se encuentran en una etapa que ya constituye por lo menos, un principio de ejecución de la acción descrita en el tipo. El artículo 12 del Código sustantivo en estudio, regula la tentativa, como forma de comisión de un hecho punible, cuando por circunstancias ajenas al agente, los actos ejecutivos a la consecución de su propósito no llegan a la consumación; es de

(27) 161d. Pass. págs. 525 a 526.

cir no se produce el resultado, pero la norma se lesiona al -
ponerse en peligro el bien jurídicamente tutelado. (28)

Ahora bien, en nuestro tema central que es la preterin-
tencionalidad, consideramos obvio que no es posible que se de
en grado de tentativa, por la amalgama de dos conceptos que -
aquella encierra: dolo y culpa, en una sola forma de culpabi-
lidad, por lo tanto, en los ilícitos en grado de tentativa no
se pueden presentar con una conducta "total", que produzca -
una consecuencia material, cuyo inicio sea con un dolo direc-
to acabado, con un resultado que rebasa la intención inicial
del agente y que se adecue a un tipo en particular; por lo -
tanto la preterintencionalidad no admite conductas en grado -
de "tentativa acabada", "tentativa inacabada", o alguna otra
circunstancia que no consuma el propósito del agente en su -
totalidad en su inicio, y por ello se quede en actos tendien-
tes a su propósito del mismo.

Al respecto manifiesta el autor Pavón Vasconcelos: "El -
mismo Manzani rechaza la tentativa de los delitos preterinten-
cionales, argumentando que si el evento más grave no ha sido
querido por el agente, resulta inconciliable una tentativa de
lo que no solo no ocurrió, sino que ni siquiera se quiso"; -
Y continúa diciendo el Ministro Pavón Vasconcelos: "Es acerta-
da la opinión de Manzini, pues el delito preterintencional -

(28) Id. Pass.

tiene, como rasgo distintivo e individualizador, la producción de un daño mayor al querido, resultando incongruente hablar de ejecución tendiente a un resultado no previsto y no querido, o que habiéndose previsto, en ninguna forma ha sido aceptado. Mezger, como excepción, admite la tentativa en los delitos calificados por el resultado, cuando el resultado más grave haya sido admitido en la 'resolución' del agente" (29).

Se ha admitido y es consenso generalizado, que el homicidio preterintencional no se puede presentar en grado de tentativa, por falta de dolo en el agente respecto a la muerte producida; por tanto, no puede haber tentativa inacabada o acabada respecto de un resultado no querido.

Por su parte, Antolisei manifestó que no es posible hablar de homicidio preterintencional en grado de tentativa, en virtud de que en dicho delito falta la voluntad del resultado que la perfecciona, es decir, de producir la muerte. Maggiore, opinó, la tentativa no es dable en el ilícito citado, porque la voluntad del agente no se dirige al resultado verificado (muerte).

La suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado, tanto en ejecutorias como en jurisprudencia (*), su criterio

(29) "La tentativa", Méx. Ed. Porrúa, 1982, pág. 164 a 165.

(*) Para mayor información ver los anexos del presente trabajo.

respecto a al preterintención, inclinándose por ésta forma de culpabilidad más que en otro tipo de ilícitos, tanto en las lesiones como en el homicidio, quizá por la naturaleza de estos dos tipos de ilícitos, en que se encuentra latente la posibilidad de realizarse con modalidad ultraintencional.

La preterintencionalidad se podrá presentar, como ya quedó manifestado en el presente capítulo, en cualquiera de las figuras típicas que su propia naturaleza así lo permita.

El artículo 13 del Código Penal, establece que un delito en general, puede cometerse no solo por una persona o por el número de personas expresamente señaladas por el propio tipo penal, sino también por varias personas que pueden intervenir como coautores, autores inmediatos, instigadores, provocadores y cómplices.

III.5 Sanción del delito.

Fue el filósofo Protágoras de Abdera el que logró una concepción del castigo y la sanción al infractor, a quisa tal que hasta la fecha no ha sido superada. Quien manifestó que nadie castiga al delincuente en atención o en razón de lo que ha hecho, pues lo acontecido no puede deshacerse, sino en razón del futuro, es decir, para que ni el propio autor vuelva a cometer los desafueros, ni otro que sea testigo de su castigo de aquél. Y quien así piensa castiga para intimida--

ción a los infractores en potencia. La intimidación es función del castigo (30).

"Las sanciones jurídicas: La infracción de un modo colectivo entraña una ilegalidad, que la coacción del Derecho trata de evitar a todo trance, o de subsanarla también a todo --trance, si se trata de una mera ilegalidad; y que además reprime con una pena, si se trata de un delito" (31). Como observamos, para el ilustre Sociólogo Ricasens Siches, la sanción es consecuencia de una infracción a una norma jurídica, y tiene aquélla la finalidad de evitar su reincidencia y corregir la infracción o ilegalidad, para lo cual se aplica una pena a el transgresor en tratándose de un ilícito.

La punibilidad ha sido definida de manera global por diversos autores, abarcando a los delitos en general, misma que trae aparejada una sanción, y ésta va a presentar diversas modalidades, según el delito de que se trate, el sujeto que cometa la infracción, y la forma de la comisión.

Para mejor comprensión de la sanción del delito preterintencional, veremos algunas concepciones de punibilidad de los autores más conspicuos, sin que por ello pretendamos ago-

 (30) Pass. Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. IV., Op. cit., pág. 2871.

(31) Luis Ricasens Siches, "Sociología", Méx. Ed. Porrúa, 1980, pág. 223.

tar dicho concepto, sino más bien dar una visión general a --
grosso modo de punibilidad.

Para Pavón Vasconcelos, la punibilidad es entendida como "...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" (32). De acuerdo a este autor, la punibilidad debe ser entendida como el empleo de coercitividad por parte del Estado, en aquellas situaciones donde se violen los derechosjurídicamente protegidos - por el mismo, a través de sus leyes, y así hacer respetar las propias leyes, cuya finalidad es el lograr un equilibrio social y permanente de un pueblo en los factores que lo conforman.

Manifiesta el autor Jiménez Huerta, que la punibilidad - "es la secuencia lógico jurídica del juicio de reproche: nu - lla poena sine culpa"(33). Por lo tanto la pena surge a consecuencia de una culpa, y ésta es resultado de una acción u omisión atribuibles al hombre, de ahí que no exista pena sin culpa.

Carranca y Trujillo dice: "Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta

(32) Parte general, Op. cit. pág. 452.

(33) Op. cit. pág. 459.

por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el jus puendi (...) y con las condiciones que según escuelas, requiere imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución de un mal por mal, expiación y castigo..."; es decir, la pena será el resarcir al mal ocasionado por el agente al pasivo, ello es un resabio de la "Ley del talión" y del "Código de hamurabi", que decían: "ojo por ojo y diente por diente", por otra parte también "La expiación y castigo" conformaron la evolución histórica del derecho penal que comprendió al llamado "Período consuetudinario de reparación" que abarca de la Edad Media hasta el Renacimiento, e incluye la expiación e intimidación como penas. Más adelante continúa diciendo el Profesor Carranca y Trijillo, "... Si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor, entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales"(34). Es evidente que nuestro Código Penal se ha inclinado a considerar a la pena y medidas de seguridad como medios de defensa social, y para aplicarlas valora necesariamente las causas exteriores de ejecución del delito y las características peculiares del infractor que lo comete.

(34) Op. cit., pág. 711.

El concepto punibilidad, es concebido por el Ministro -- Fernando Castellanos como la reunión indefectible de tres elementos básicos que son:

- a).- Merecimiento de penas;
- b).- Comunicación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y;
- c).- Aplicación de las penas señaladas en la ley (35).

El Ministro, Castellanos Tena, al dar su conceptualización arriba citada, es evidente que toma elementos de las diversas acepciones que encierra el término y elabora un concepto aceptablemente completo de punibilidad, dado que en el inciso a) manifiesta que la pena tiene su origen en el desplegar una conducta al agente, cuya característica es que ésta sea infractora de normas jurídico-penales, y la imposición de sanciones a esa actitud, va a radicar en el Estado, a través de sus órganos facultados para ello. En el inciso b), el citado tratadista, hace referencia al ejercicio monopolizador del Estado, para aplicar sanciones en caso de violación de ciertas normas jurídicas, en ejercicio del jus puniendi. Y por último, en el inciso c), se refiere a la aplicación real y concreta de una sanción prevista en la ley, al agente, en

(35) Op. cit. pág. 275.

un caso bien específico y particular, a posteriori a la comisión de un ilícito.

Para el Profesor Mariano Jiménez Huerta, la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad resulta ambigua por ser tan elaborada, pero aun así, la misma en su realidad, viene siendo una atenuación de la pena del delito intencional en virtud de que para aplicar la sanción a su comisión se considera como prototipo el delito doloso, convirtiéndose de esa manera la preterintencionalidad en una simple atenuación o - reducción de la pena del delito intencional.

Por otra parte, el Código Penal vigente para el Distrito Federal declara la existencia de los delitos preterintencionales en su artículo 80. fracción III; y el artículo 90. párrafo tercero es el que se encarga de definir a la preterintencionalidad. Los numerales antes citados, son completados por la fracción VI del artículo 60, que se encuentra en el capítulo II, referente a la Aplicación de sanciones a los delitos imprudenciales y preterintencionales, incluido en el Título Tercero, denominado Aplicación de sanciones, del libro primero del Código Penal, que dice: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuera intencional".

De esta manera, queda el arbitrio del Juez el disminuir la pena aplicable al delito intencional, hasta una cuarta parte; constituyendo de esa forma, una facultad discrecional del

juzgador, el aminorar el castigo al delito ultraintencional, a grado tal, que el juez podrá aplicar en este tipo de ilícitos hasta una cuarta parte de la sanción que le correspondería al infractor si el delito fuere intencional.

CAPITULO IV

LA VALORACION DE LA PRETERINTENCIONALIDAD DENTRO DE LA AVERI
GUACION PREVIA COMO NECESIDAD JURIDICA, Y SU ACTUAL DETERMI
NACION DENTRO DE LA INSTRUCCION.

IV.1.Elementos para determinar la preterintencionalidad en -
la declaración primordial (que propongo)

IV.1.1 Exámen psicológico o psiquiátrico.

En la comisión de un ilícito, existen posibilidades ili
mitadas de investigar el mismo, las cuales radican en la ha-
bilidad de las personas que se encарquen de la indagación, a
nivel de averiguación previa, será el Agente del Ministerio_
Público, el que con auxilio de la policia judicial, en la ma
yoría de los casos, excepto en los delitos de fraude, entre
otros, donde no intervendrá dicha corporación, indagará las
verdaderas circunstancias en que se realizó la infracción pe
nal. El apoyo legal para la actividad monopolizadora del Mi-
nisterio Público de investigar los ilícitos se encuentra con
sagrada en el artículo 21 Constitucional que dice: "La perse
cución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la -
policia judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando -
inmediato de aquél".

Ademas dicho representante social, contará con servi---
cios especializados como son lo peritos, los que serán ele-
mentos indispensables en tratándose de una situación que re-

quiera conocimientos especializados en determinadas artes, - ciencias o técnicas.

La palabra pericia proviene de la voz latina peritia, - que significa sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Esta definición hace referencia a conocimientos bien especializados que poseen algunos hombres (peritos) en cada rama científica, artística o en cuestiones prácticas, las que por su misma amplitud no pueden saberse por - un solo individuo común, ni tampoco por el propio Ministerio Público, por la necesidad que tiene éste de conocer los suce-sos fácticos, se hace necesaria la intervención de aquellos que puedan auxiliar sobre la ignorancia del Ministerio Públi-co, o bien sobre sus dudas, desde luego, en cuestiones técnicas o especializadas.

Es fundamental dejar bien claro, que es consenso genera-lizado por diversos autores, que el dictamen pericial no -- constituye un medio de prueba, sino únicamente es un mero -- elemento de juicio que complementa el saber del Ministerio - Público, y en su momento procesal, el del Juez, sobre cues-tiones técnicas o especializadas. Entre los autores que sus-tentan lo anterior encontramos a: Leonardo Prieto, Castro, - Manzini, Leone, Bett, y Colín Sánchez, entre otros.

Por otra parte, la diferencia entre peritación y testi-monio estriba en que, éste es un medio de prueba y aquél no -

lo es.

La fundamentación legal en que se apoya la intervención de los peritos está contemplada en los artículos 96, 112 y - 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 11 fracción II, 22 y 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y 22 - - fracción I del Reglamento interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Con todos los elementos auxiliares del Ministerio Público será posible en principio, investigar la comisión de un ilícito y determinar la participación de los diversos sujetos y circunstancias en la realización de un delito, así como el grado de responsabilidad de los mismos.

En la averiguación previa en ocasiones se hace necesaria la intervención de un perito psicológico o psiquiatra, - cuando a criterio del Ministerio Público la situación lo amerita, teniendo aquéllos la función de examinar a una persona o personas relacionadas con un ilícito.

Los peritos en psicología o psiquiatría cuentan con valiosas herramientas de trabajo como son los test y las entrevistas, entre otras, los que serán empleados de acuerdo al objetivo que se busque.

Así pues, el test mental, comenzó a utilizarse a principios del presente siglo, "... Como procedimiento idóneo para contrarrestar la variabilidad propia de la observación subjetiva. - En el año 1890, el psicólogo norteamericano Catell empleó pruebas psicofisiológicas para medir factores tales como el tiempo. -

de reacción, la estimación de pesos, la capacidad de presión, etc. con objeto de establecer diferencias individuales existentes -- entre miembros de un grupo de estudiantes. En 1905, Alfred Binet - y T. Simón crearon en Francia el primer Test de inteligencia, gracias al cual descubrieron que era posible medir las diferencias - individuales en las aptitudes intelectuales"(1).

En psicología el test mental constituye una prueba cuya finalidad es el medir o detectar una característica psicológica, ó los rasgos generales de la personalidad de un sujeto. La actitud que - el test provoca en un individuo es valorada por comparación estadística con el de otros individuos sometidos a la misma situación experimental, con lo que es posible una clasificación de un sujeto.

Dentro de marco de la psicología se encuentra la psicometría, la que constituye una disciplina que tiene por objeto la aplicación e investigación de los test. Por lo que el método psicométrico, es el conjunto de procedimientos que conducen a la valoración cuantitativa de los fenómenos psicológicos. Por sus características el método del test puede aplicarse para la investigar, entre otras cosas, las leyes de la -- vida psíquica, pero sobre todo, el test constituye un instrumento invaluable en la psicología aplicada. Esto debido a que el test además de poseer un valor diagnóstico, posee un valor predictivo o pronóstico que posibilita la clasificación. Estos - valores, junto a su carácter económico (por sus diligentes -- informaciones cuantificadas), hacen que el test --

(1) "Enciclopedia de psicología", Tomo 5, Op. cit., pág. 175.

sea sobrevalorado por nuestra sociedad occidental actual. -- "Sin embargo, hay que tener en cuenta que sólo constituye un procedimiento auxiliar y que por tanto, no debe concedércele un valor decisivo o altamente demostrativo como ocurre a menudo. EL test solo resulta útil cuando se emplea en el marco de una observación psicológica general, cuando forma parte de un conjunto de test denominado batería, cuando es uno más al lado de otros procedimientos y está en manos de especialistas adiestrados en su aplicación y evolución. Solamente el psicólogo está capacitado para utilizar el test en su justa medida, en tanto conocedor de las ventajas, pero, asimismo, de los límites de la psicometría" (2).

La psicología social nace, precisamente de la conjunción de dos realidades: la sociedad y personalidad. Sin embargo, el futuro de esta ciencia social reside en el modo de concebir la unidad de ambos elementos.

Constituye un importante auxiliar para conocerla conducta humana la psicología social. Esta disciplina enfrenta problemas para su desarrollo, entre los cuales podemos mencionar el tratar de asegurar la participación personal de sujetos, a la par que mantener el debido control sobre su ambiente-estímulo. En el "laboratorio" el problema al crear el realismo experimental, es hacer que el sujeto se comporte expon

(2) Id.

taneamente y que no refleje conscientemente su rol en el experimento. Para lograr este propósito ha sido práctica común de investigadores el ocultar al sujeto el propósito del experimento con su subterfugio apropiado. El propósito inmediato que persigue tal subterfugio es dar al sujeto un argumento plausible para comprometerlo en las actividades experimentales necesarias. Esto justifica de manera apropiada muchos procedimientos que de otro modo, aparecerían muy artificiales e incluso carentes de sentido y por ende poco confiables. El último propósito del subterfugio es maximizar el control y la participación, que son los ingredientes primordiales del realismo experimental. Lo que nos llevará a obtener la información lo más apegada posible a la realidad, es decir, a obtener información verdadera (3).

Es importante el no perder de vista que, "... No es posible experimentar con respecto a respuestas sobre las cuales los sujetos pueden ejercer control voluntario; si el investigador dice al sujeto de antemano cuál es la hipótesis de la teoría que investiga. Es una restricción obvia que el sujeto no se le informe hasta que haya dado sus respuestas acerca de la hipótesis experimental. Sin embargo, el psicólogo social va más allá del hecho de negar información, pues recurre a la fabricación deliberada de subterfugios frecuen-

(3) Pass, E.E. Jones y Harold B. Gerard, "Fundamentos de psicología social", Méx., Ed. Limusa, 1980, pág. 71.

temente muy elaborados que constituyen tergiversaciones manifiestas. EL experimentador se aprovecha de la confianza de sus sujetos, para ocultarles deliberadamente el propósito del estudio" (4).

Aún y cuando los autores Edward E. Jones y Harold B. Gerard, manifiestan lo dicho en párrafos precedentes, refiriéndose a "experimentos de laboratorio", consideramos bien importante, que los referidos principios no solo debieran ser empleados en los "experimentos", sino en la práctica, por la confiabilidad conductual que ellos implican.

Cabe recordar, como ya se mencionó, que para examinar a los sujetos no solo es posible aplicando test, sino que también constituye un importante auxiliar para la investigación la entrevista. Desde luego, ambas herramientas (tests y entrevistas) deberán ser empleadas con el control estricto de las variables, mismas que necesariamente inciden en la investigación, como factores que pueden restar valor a la misma, en caso de ser soslayadas.

Por otra parte, han surgido diversos estudiosos de la conducta humana, con cuyas aportaciones a la investigación se han logrado la evolución de la psicología, tal como la conocemos hoy en día. De los que solamente mencionaremos a algunos, sin que ello implique que los citados sean los más

(4) Id.

conspicuos, toda vez que su mención obedece a que sus conceptos apoyan a lo que queremos demostrar en el presente apartado.

Erich Fromm y Karen Horney, hacen nuevas aportaciones a la sociología y antropología, hacia el año de 1930, aportaciones que tienen relación con el psicoanálisis, dando de esa manera origen a las denominadas teorías neoanalíticas o corriente psicoanalítica culturista. Dentro de estas nuevas teorías, adquieren especial importancia el estudio y el análisis del carácter y las relaciones del hombre con la sociedad, y pierde importancia lo instintivo en beneficio de lo social o cultural de los procesos psíquicos individuales. -- Los dos citados autores, realizan un enfoque del psicoanálisis a través de su obra, que los hace desollar dentro de la psicología contemporánea.

El alemán ya fallecido, Erich Fromm, cuenta en su haber con numerosas obras escritas (mas de veinte) en diversos idiomas, entre las que tenemos a la intitulada "Anatomía de la destructividad humana", en la que nuestro autor manifiesta que existe en el hombre la agresión de índole defensiva al igual que en los animales, cuya finalidad es el garantizar la supervivencia. Pero también en el hombre radica una agresión inica o destructiva, en virtud de la cual el hombre mata sin un objetivo biológico o de carácter social, la que es peculiarmente humana y no instintiva, la que se ha ido acre-

centando paradójicamente conforme evoluciona la civilización hacia el progreso. La destructividad forma parte del carácter humano y es una de las pasiones del hombre como lo es el amor, la ambición y la codicia.

En la citada obra, Erich Fromm hace un estudio de los factores que dan nacimiento tanto a la agresión de índole defensiva, como a los factores que provocan la destructividad genuina, para lo cual se auxilia de la neurofisiología, antropología y la psicología animal, entre otras ciencias. También habla de como los factores sociales y culturales inciden en la destructividad.

En segundo lugar, tenemos al psicólogo Karen Horney, el que menciona y explica en su obra "La personalidad neurótica de nuestro tiempo", en que consiste el carácter neurótico contemporáneo.

También manifiesta y expone la influencia que tienen en el individuo las experiencias precoces infantiles, de donde surgen las neurosis también precoces, las que conjuntamente con las demás experiencias del individuo conforman su personalidad y dan nacimiento a la ulterior neurosis, la que también tiene su origen en factores ambientales, entre los que tenemos a la cultura en que se vive. Así mismo, habla de como los factores biológicos y fisiológicos se relacionan como cimiento de la neurosis, desde luego, esto en segundo tér

mino, pero tales factores deberán ser considerados únicamente cuando existan elementos fehacientes que los avalen.

También expone nuestro autor Karen Horney, que las orientaciones precedentes han dado margen a nuevas interpretaciones de los problemas básicos que presentan las neurosis.

Más adelante, menciona Karen Horney como genealogía de las conductas neuróticas, la primordial significación concedida al papel determinante de la angustia en la producción de los rasgos neuróticos del carácter.

Además, las circunstancias adversas dan pie a que el individuo reaccione desarrollando determinadas actitudes o estrategias defensivas (mecanismos de defensa), que le permiten enfrentarse al medio hostil y obtener cierta gratificación. En particular estos medios defensivos utilizados por el hombre, hacen posible el reducir los sentimientos de angustia, y el relacionarse con otros individuos. Cuando las tácticas rebasan al término de normalidad o son inadecuadas, se convierten en tendencias neuróticas. Mismas que no tienen un carácter instintivo, sino que se originan de acuerdo a la situación en que vive un determinado individuo.

De ahí que cada cultura, de acuerdo a las condiciones de vida en que se encuentra inmersa, engendre específicos temores, que pueden ser causados por diversos factores como lo

son: por peligros externos, por formas que adoptan las relaciones sociales y por las tradiciones culturales. Por lo tanto, cada cultura va a vincular a los individuos que a ella pertenecan, de una manera determinada, de tal forma que nadie puede sustraerse a dichos temores.

Como podemos observar, para los dos autores citados precedentemente, los diversos factores que confluyen a la personalidad, van a ser diferentes para cada cultura, y no obstante, existe un factor en común que va a forjar la personalidad: el medio social en que se desarrolla el hombre.

La personalidad constituye un laberinto intrincado que deberá ser asequible a el derecho, y la viabilidad a la personalidad la dará el psicólogo o psiquiatra, a través de su sapiencia para interpretar las actitudes y descifrar el génesis de la conducta.

Por lo tanto, en la fase indagatoria, es decir, a nivel de averiguación previa, de hecho el psicólogo o el psiquiatra intervienen a petición del Ministerio Público, cuando la persona o personas vinculadas a un ilícito, se presumen trastornadas en su intelecto ya sea de manera definitiva, transitoria u ocasional, de ahí que surja la necesidad de valorar a dichas personas para determinar su situación mental prevaliente en determinado momento.

Nosotros tenemos la inquietud de preguntarnos en este -

punto, ¿acaso un psicólogo o un psiquiatra no podrían intervenir momentos después de la comisión de un ilícito y evaluar si el resultado final de un delito se debió a un delito preterintencional o algún otro tipo de ilícito?, esto claro está, apoyándose en las actuaciones de la averiguación previa. La respuesta la dejaremos para el siguiente capítulo, - ello obedece a que la fundamentaremos ampliamente.

IV.1.2. Valor de la entrevista de la trabajadora social.

La trabajadora social a nivel de averiguación previa, - se encargará de realizar un estudio socioeconómico del presunto responsable, cuando éste se encuentre detenido. El que consistirá en indagar como es el seno familiar de donde proviene el agente, hasta como ocurrieron los hechos que se investigan; para lo cual le inquirirá, entre otras cosas, si vive con sus padres, si han vivido los mismos con el presunto responsable, si ellos (los padres) trabajan, si cuenta con hermanos, cómo es la relación del agente con ellos, - que sueldo percibe el agente, y también se le preguntará en relación a como ocurrieron los hechos motivos de su detención. Todos los datos quedarán asentados en una o varias hojas que se agregarán a las actuaciones de la averiguación previa, la que finalmente se remitirá al Juez.

Es innegable que el seno familiar constituye un núcleo social "restringido", donde el hombre irá moldeando su perso

nalidad, a través de los valores inculcados desde su nacimiento hasta la edad adulta, por sus padres, y por las personas que con él convivan. A este respecto han existido grandes investigadores que han estudiado la influencia que representa para la personalidad del niño, la familia en que éste se desenvuelve. De tales investigadores veremos solo algunos, los que satisfacen la pretensión del presente apartado.

Entre los que tenemos al autor Jean Piaget, éste psicólogo a la fecha es considerado una autoridad en el campo de la psicología infantil, por ser un connotado estudioso de las ciencias de la educación, y por haber escrito más de veinte libros sobre la misma materia en diversos idiomas.

El suizo Jean Piaget, entre tantas obras que ha escrito cuenta con la denominada "Seis estudios de psicología", en dicha obra se refiere a la psicología genética y evolutiva, especialmente de la inteligencia. Así, en el primer estudio habla de la evolución del psiquismo en general, desde el recién nacido hasta el adolescente; los cuatro siguientes se refieren a funciones más concretas como lo son: Lenguaje, pensamiento, inteligencia y noción de equilibrio; y el último trata de los problemas metodológicos de la especialidad.

Según el psicólogo Jean Piaget, el desarrollo mental del niño se va presentando por etapas, la primera incluye al recién nacido y al lactante; la segunda es la primera infan-

cia, que comprende de los dos a los siete años; la tercera etapa, abarca de los siete a los doce años; la cuarta y última etapa es la adolescencia, la que comprende de los doce a los dieciocho años en promedio.

Dentro de las etapas que divide la evolución del niño - nuestro autor, nos interesa la segunda infancia, por el fin que perseguimos en el presente apartado. En esta etapa el niño sufre transformaciones profundas en su afectividad, "... En la medida en que la cooperación entre individuos coordina sus puntos de vista en el marco de reciprocidad que asegura a la vez su autonomía y cohesión, y en la medida en que paralelamente, el agrupamiento de las operaciones intelectuales sitúa los diversos puntos de vista intuitivos dentro de un conjunto reversible desprovisto de contradicciones, la afectividad de los siete a los doce años se caracteriza por la aparición de ciertos sentimientos morales y, sobre todo, por una organización de la voluntad, que desembocan en una mejor integración del yo y en una regulación más eficaz de la vida afectiva" (5). Como observamos, la segunda infancia para el niño tiene una especial importancia, por ser ella donde el menor empieza a tener determinados sentimientos morales, los que le permiten descubrir su yo, aunque de manera incipiente.

(5) Jean Piaget, "Seis estudios de psicología", Méx., Ed. Seix Barral, 1979, pág. 85.

Los primeros sentimientos morales no nacen, sino que el niño los aprende de sus padres y de las personas que con él conviven. "Hemos visto más arriba (...) cómo los primeros -- sentimientos morales derivan del respeto unilateral del niño hacia el adulto, y cómo ese respeto comporta la formación de una moral de obediencia o de heteronomía. El sentimiento nuevo, que interviene en función de la cooperación entre niños y de las formas de vida social a que da lugar(...), consiste esencialmente en un respeto mutuo. Hay respeto mutuo cuando los individuos se atribuyen recíprocamente un valor personal equivalente y no se limitan a valorar tal o cual de sus acciones particulares. Genéticamente, el respeto mutuo procede del respeto unilateral del cual constituye una forma límite. Ocurre constantemente, en efecto, que un individuo siente a otro como superior desde cierto ángulo y hay reciprocidad desde un ángulo diferente: en éste caso, una valoración mutua global se produce desde temprano. De una manera general hay respeto mutuo en toda la amistad fundada en la estima, en toda la colaboración que excluya la autoridad, etc."

(6). De acuerdo a los principios postulados por Jean Piaget, con la evolución del niño, en su segunda infancia se inicia su formación moral, la que nace de la convivencia social y da lugar a que les asigne respeto unilateral a las personas con las que se relaciona, y por reciprocidad de ese respeto,

 (6) Ibid. Págs. 85 y 86

deriba el atribuirle un determinado valor al propio niño, y de ahí que exista una estima bilateral, en la interacción cotidiana del menor con su núcleo social.

Por otra parte, existieron varios investigadores que lograron importantes innovaciones en el pensamiento educativo occidental, de los que sería largo enumerar, de los que sólo mencionaremos a uno, la razón estriba en que para nuestro particular punto de vista, fué uno de los más grandes innovadores de la psicología y pedagogía, desde luego, en nuestra época contemporánea, nos referimos al profesor Alexander Sutherland Neill, mejor conocido como A.S. Neill, quien fuera fundador de la escuela "Libre", denominada Summerhill, este investigador en la misma escuela experimentó sus creencias y descubrió los mecanismos psicológicos que motivan al niño a adoptar ciertas actitudes, y redescubrió que el medio social en que se desarrolla el menor marcará su pensamiento de adulto, que cuando el niño se encuentre en un medio hostil se tornará huraño y taciturno, que el infante tiene una personalidad latente que requiere libertad para desarrollarse plenamente, que la tolerancia y el amor hacia el menor serán un valuar necesario para su posterior vida social. Lo que finalmente redundará en la felicidad general del mismo; la que fué concebida por Neill, como nacida del sentido cotidiano del desenvolvimiento y satisfacción con la propia participación en la vida.

El pensamiento de A.S. Neill, en general tendió a que el individuo se desarrollara en un medio social tolerante que le permitiera el desarrollo de su "Yo" latente, habiendo influido notablemente en su pensamiento el psicoanálisis, el que estuviera en voga en círculos intelectuales de vanguardia, simultáneamente cuando estaban en auge sus teorías de la escuela "libre", creada por nuestro autor.

Los veinte libros, en promedio, escritos por A.S. Neill avalan su sapiencia sobre la psicología infantil, aunque se dice que en sus libros continuó reelaborando el mismo material. En ellos predominaron las ideas del psicoanálisis, es decir, el concepto del Yo: La personalidad única del individuo. "Ese yo se establece genéticamente en la concepción; es dotado de una "naturaleza" que contiene sus propios patrones de crecimiento y desarrollo para el futuro" (7).

Entre tantas teorías que desarrolló A.S. Neill, se encuentra la de la moralidad, la que se ha encontrado con mayor oposición y crítica, "Neill sostiene que el reino moral no tiene ningún carácter absoluto, en contraposición a lo que se le impuso a él mismo desde niño. La moralidad es fundamentalmente un proceso social y si tiene algunos absolutos todos parten de un principio cardinal de respeto por el individuo.

(7) James Bowen y R. Hobson Peter, "Teorías de la educación" México. Ed. Limusa, 1987, pág. 311

Por lo tanto, la propiedad privada se justifica porque pertenece al individuo y ayuda a mantenerlo" (8).

De entre las obras más sobresalientes de A.S. Neill, encontramos a la deliciosa obra intitulada "Summerhill", en la que al abordar el tema de la moralidad manifiesta: "La mayor parte de los padres creen que malograrán a sus hijos si no les enseñan valores morales, si no señalan constantemente lo que es bueno y lo que es malo. Prácticamente, toda madre y todo padre consideran que aparte de cuidarse de las necesidades físicas de su hijo, la inculcación de valores morales -- constituye su principal deber, y sin esa instrucción el niño será un salvaje, de conducta indómita y con muy poca consideración para los demás. Esta creencia nace en gran parte del hecho de que la mayoría de la gente de nuestra cultura acepta, por lo menos pasivamente, el lema de que el hombre es un pecador por nacimiento, que es naturalmente malo, y que a menos que se le enseñe a ser bueno, será rapaz, cruel y hasta homicida" (9).

Los valores inculcados por la propia iglesia parten de que "el hombre es un miserable pecador", de ahí que tanto el sacerdote como el maestro, en consecuencia, tiendan a conducir al niño hacia la luz, no importa que dicha luz sea la de

(8) Ibid. pág. 313.

(9) "Summerhill", Méx. Ed. Fondo de Cul. Económica, 1976, pág. 204.

Cruz o de la cultura ética. En ambos casos el fin que se per sigue es el mismo, "elevar".

La iglesia y la escuela coinciden en señalar que el ni ño nace del pecado, por lo que no es de esperarse que los pa dres del menor esten en desacuerdo con ésas dos grandes au toridades. "La iglesia dice 'si pecas, serás castigado en - la vida futura'. El padre toma pie de eso y dice: 'Si vuel- ves a hacer eso, te castigaré ahora', Los dos tratan de ele- var mintiendo miedo" (10).

La propia Biblia avala lo anterior al decir: "El princi pio de la sabiduría es el temor a Jeová". Lo que se traduce frecuentemente en perturbaciones psíquicas. Porque el imbu- tir miedo al menor es dañino.

"El padre rara vez se da cuenta de los terribles efec- tos que ejercen sobre el niño una serie incesante de prohibi ciones, de exhortaciones, de sermoneo, y la imposición de to do un sistema de conducta moral a la que el niño no estaba - dispuesto, ni entendía y que por lo tanto, no aceptaba de -- buen agrado" (11).

Pero ocurre, que el padre del niño no tiende nunca a me ditar sobre su propio código moral, con la certidumbre que - puede distinguir lo que es adecuado para el menor y lo que -

(10) Id.

(11) Ibid., pág. 205.

no lo es, y que las normas las enunció autoritariamente de manera inmutable la Sagrada Escritura. Por lo que el padre - por lo general acepta las enseñanzas, tanto de sus padres, - de sus maestros, así como del código social consagrado. --- "Tiende a darlas como conocidas por todo el credo de su cultura. Pensar sobre esas creencias, analizarlas, implica una actividad cerebral excesiva. Recusarlas implica un choque - demasiado fuerte" (12).

Neill, considera que existen principios esenciales, de carácter psicológico, que son soslayados en el proceso del - primer adoctrinamiento habitual del menor. Entre los que des taca, "... Casi todo el mundo cree que el hombre es una cria tura con voluntad, que puede hacer lo que quiere hacer. Cual quier psicólogo se mostrará disconforme. La psiquiatría ha - demostrado que las acciones del hombre están dirigidas en -- gran medida por su inconciente. La mayor parte de la gente - diría que Dillinger habría podido no ser un asesino sólo con que se hubiese usado la voluntad. El Código Penal se funda - en la errónea creencia de que todo hombre es una persona res ponsable capaz de querer el bien y el mal. Así, bastante re cientemente fue metido en la cárcel, en Londres, a un indi viduo por salpicar con tinta los vestidos de las mujeres. Para la sociedad ese sujeto es un bribón que podría ser bueno sólo con que quisiera. Para el psicólogo es un hombre enfermo

(12) Id.

de neurosis que realiza un acto simbólico cuya significación desconoce. Una sociedad instruida lo llevaría amablemente a un médico" (13). De esta forma concluimos las teorías de A.S. Neill.

Los dos autores citados precedentemente, nos demuestran cuan importante es el medio social donde el individuo se desarrolla, mismo medio que es descubierto parcialmente por la trabajadora social al entrevistar al detenido, información que en su momento procesal tendrá un determinado valor.

Regresando a la entrevista de la trabajadora social, después de que ha sido recabada toda la información personal y familiar del infractor, esta y otras aportaciones, en su momento procesal oportuno, servirán al juzgador para que tenga una idea global de las características peculiares del delincuente, y con ello el Juez tendrá la posibilidad de imponer una sanción más acorde a la personalidad social cotidiana del transgresor.

Por último, es importante hacer notar que a nivel de -- averiguación previa, hasta la fecha en que se dejó de practicar el estudio socioeconómico, la información obtenida por la trabajadora social, carecía de trascendencia, a menos que -- aportara algún dato que sirviera para investigar los hechos --

(13). Id.

motivo de la indagatoria, y que hasta antes de agregar la citada información a las diligencias practicadas por el Ministerio Público, no hubiera sido considerada en las mismas.

No obstante lo anterior, consideramos factible que la información recabada por la trabajadora social pueda servir, junto con el test y/o la entrevista del psicólogo o psiquiatra y las diligencias de la indagatoria, para que en un momento dado se determine la preterintencionalidad a nivel de averiguación previa. Hablamos de considerar los diversos elementos citados, en virtud de que un error de apreciación en cuanto al tipo de ilícito que se trata, resultaría extremadamente grave.

IV.1.3. Dictamen del psicólogo o psiquiatra, considerando lo recabado por la trabajadora social.

El dictamen pericial es considerado como la opinión que rinde un perito o lego en cualquier arte, profesión o actividad, en el que da a conocer sus puntos de vista o resultado respecto del examen o análisis que haya hecho de alguna situación sometida a sus conocimientos, sobre una materia específica. De ahí que el peritaje no sea considerado un medio probatorio, sino algo sui generis (la ilustración ayuda al Ministerio Público, y en su momento al Juez, a tomar datos del proceso para que finalmente emitan su opinión al mismo).

A diferencia del dictamen pericial, el informe es la opi

nión del perito al ente que solicitó su intervención, al que le manifiesta que por el momento no es posible emitir su dictamen, e indica que elementos deberán aportarse para que esté en posibilidades de acordar el mismo (emitir el dictamen).

En materia penal, a nivel de averiguación previa, el dictamen pericial se encuentra sujeto a determinadas reglas y condiciones impuestas por el Ministerio Público que ordene la práctica del peritaje, sin que esto implique el coartar sus determinaciones al perito por cuanto hace a cuestiones técnicas, es decir, el perito al examinar las cuestiones sobre las que habrá de emitir su opinión fundada, serán sometidas a su criterio propio, experiencia y conocimientos; todo ello con la finalidad de obtener los elementos que sean útiles para llegar a una conclusión, que según su leal saber y entender, considere correcta. Sin que el órgano Investigador en esto tenga injerencia alguna; el apoyo legal lo encontramos en el artículo 175 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice: "Los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera, y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su dictamen."

De la misma manera, la base legal de la autonomía de los peritos está contemplada en la Ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artí

culo 20 que expresa: "El Procurador ejercerá autoridad jerárquica sobre todo el personal de la institución, sin perjuicio de la autonomía técnica que corresponde a los peritos." Además, la libertad pericial se rige por lo dispuesto en el mismo ordenamiento antes citado, solo que en su artículo 22 que refiere: "Los servicios periciales actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de juicio que les corresponde en el estudio de los asuntos sometidos a su dictamen." Todo lo anterior obedece a que es requisito sine qua non, que los dictámenes sean objetivos y no tendenciosos, para que en su momento procesal oportuno sea factible al juzgador pronunciar una sentencia justa y adecuada a la situación peculiar que se trate. Principio que consideramos totalmente plausible, por razones de justicia y equidad.

En efecto, el dictamen pericial procede, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando son necesarios conocimientos especializados en alguna ciencia, arte, técnica o cuando la ley lo ordena. Desde luego que el dictamen pericial puede ofrecerse únicamente cuando se expresen los puntos sobre los hechos que versará, sin cuyo requisito no es posible admitirse.

Como ya se mencionó al principio del presente apartado, la peritación no constituye un medio de prueba en sí. Tiene su origen en el proceso y sirve para el mismo, cuya finali-

dad es demostrar a los sujetos procesales los conocimientos de apreciación ignorados que habrán de ser valorados, en principio por el Ministerio Público y las partes, y en definitiva por el juzgador, conforme a criterios que las leyes determinen y autoricen. El dictamen es un medio subsidiario de la cultura y conocimientos, autónomo, que tiene semejanzas con el testimonio y con la inspección judicial, pero en contraste con éstos, aquél presenta notas exclusivas que lo personalizan en su individualidad. Posición que está considerada dentro de nuestro Código Procesal Penal.

"No obstante que la peritación, como antes se dijo, se concibe como una actividad que se desarrolla en el proceso por encargo judicial o mediante la aprobación del Juez cuando la solicitan las partes, en el proceso penal se presenta la pericia también como medida procesal previa y sin que medie intervención del órgano jurisdiccional, cual ocurre en esa etapa anterior al proceso criminal conocida como averiguación previa, y en la que el Ministerio Público se ve precisado, para ejercitar legalmente acción penal, a recabar dictámenes u opiniones de expertos en el exámen de los hechos que exigen conocimientos especiales para acreditar el cuerpo del delito o bien la presunta responsabilidad" (14). El cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de

(14) Marco Antonio Díaz de León, "Tratado sobre las pruebas penales", Méx., Ed., Porrúa, 1988, pág. 195.

la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito, mismo que se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el Título segundo, sección primera. Capítulo I, del cuerpo del delito, huellas y objetos del mismo, del artículo 94 a el 124. Por lo que hace a la presunta responsabilidad, se encuentra contemplada en el artículo 19 Constitucional que establece los elementos de forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión:

- a).- El delito que se le imputa al acusado y sus elementos constitutivos:
- b).- Las circunstancias de ejecución de tiempo y lugar, y;
- c).- Los datos que arroje la averiguación previa;

Como requisito de fondo los datos deberán ser suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado. Por lo tanto, la presunta responsabilidad existe cuando se presenten determinadas pruebas por las cuales se pueda suponer el compromiso del agente en relación a los hechos que se investigan.

En cuanto a la apreciación u opinión del perito a través de su dictamen, en los hechos sometidos a su consideración, éste no prueba en sí nada, en latu sensu, no acredita

ningún hecho (entendido el hecho como la adecuación del resultado al tipo, en cambio el dictamen acredita un acto o -- una acción, de la investigación), sino solamente proporciona al Ministerio Público, y en su momento al Juez, un fundamento técnico o especializado que sirve para valorar acerca de lo que el dictamen se refiera; de ahí que los jueces aprecia rán a todo juicio pericial, según las circunstancias, con -- apoyo en lo dispuesto en los artículos 254 del Código de Pro cedimientos Penales para el Distrito Federal y 288 del Códi go Federal de Procedimientos Penales.

Nosotros tenemos la convicción y por ende la certidum-- bre, que si el psicólogo o el psiquiatra, para emitir su dic tamen valoraran la información obtenida por la trabajadora - social, y el Ministerio Público considerara a dichos facto-- res, y además las actuaciones de la indagatoria, tendría este elementos de prueba bastantes, para poder determinar el - tipo de ilícito que se trate, ya sea doloso, culposo o preterin-- tencional, desde luego, cuando la indagatoria resulte ambi-- gña y la misma amerite considerar a los aludidos factores.

No obstante, ocurre que de hecho, el psicólogo o el psi quiatra son requeridos por el Ministerio Público para emitir un dictamen a nivel de indagatoria, solo cuando uno o varios sujetos relacionados con la investigación, a juicio del Mi-- nisterio Público, se encuentran afectados de su personali-- dad, de tal forma que puedan ser inimputables o incapaces -

por tener retraso, deficiencia, o alguna otra situación que afecte su mente. Así, también cuando hayan sufrido trastornos en su personalidad a consecuencia de un delito las personas relacionadas con una indagatoria.

El Ministerio Público, al realizar su función investigadora, tendrá que utilizar todos los medios a su alcance para lograr el cenit de su investigación o llegar al clímax de la misma, ya que de lo contrario se cometerán injusticias - por negligencia o imprudencia, al soslayar aspectos trascendentes de los hechos explorados. V. gr.: a un sujeto se le droga contra su voluntad, y bajo el efecto de narcóticos "comete" el delito de violación, después de "investigar" los hechos el Ministerio Público consigna al violador como presunto responsable de la comisión del delito de violación, sin que nos encontremos ante una acción libre en su causa por parte del transgresor, lo que ocasionará la consignación, será una injusta privación de la libertad del agente, en tanto se acredite, la afección prevalectante en la personalidad del sujeto activo y el génesis de la misma, al tiempo de la comisión del delito; en este ejemplo cabría hacer algunos cuestionamientos: ¿Acaso el Ministerio Público no estaba obligado a investigar la situación que rodeó al sujeto antes de estar en un estado de "inimputabilidad?"; ¿Acaso el Fiscal no tenía a su alcance el personal especializado capaz de poder determinar si el transgresor era un farmaco-dependiente,

o si la situación en que se encontró al "cometer" el ilícito - era nueva para él mismo?; las respuestas es que podemos encontrar infinidad de elementos por los que es posible investigar y - llegar a la verdad histórica, y con ello determinar acertadamente el tipo de ilícito que se trate, su origen, y en su caso, la responsabilidad de los que en él intervinieron, sin embargo, por lo general se soslayan en los puntos modulares de la investigación.

IV.1.4. Resolución del Ministerio Público al dictamen del psicólogo o psiquiatra.

Como ya se manifestó al inicio del presente capítulo, - el artículo 21 Constitucional proporciona una base jurídica sólida al Ministerio Público, y por, lo tanto, lo faculta para perseguir delitos, en dos momentos procedimentales: El preprocesal y el procesal; el primero comprende a la averiguación previa, la que se inicia con una denuncia ó una querella, donde la función del Ministerio Público es investigar y decidir sobre el ejercicio o abstención del ejercicio de - la acción penal, función que desarrolla con auxilio de la policía judicial; en la etapa procesal, el Fiscal es el órgano acusador, es una autoridad que va a un proceso no por un interés personal, sino porque la ley lo instruye para ello, en comendándole una especial función, de ahí que el Ministerio Público a nivel de proceso sea una parte formal o funcional, su carácter de autoridad prevalece invariablemente en todo - proceso.

La intervención del Ministerio Público se sustenta, a nivel de averiguación previa, en la investigación de hechos presumiblemente delictuosos, ya que de no ser así, la función de dicho representante social podría, incluso, ser peligrosa en cuanto a garantías individuales se refiere y desvirtuaría su razón de ser consagrada en nuestra Carta Magna en su artículo 21.

El Ministerio Público como representante social, actúa en su función investigadora, con las bases jurídicas que le proporcionan diversos ordenamientos legales como son:

- a).- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 14, 16 y 21.
- b).- EL Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículos 2,3, fracción I, 94 al 131, 262 al 286.
- c).- El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, artículos 8, 61,62,91,83,100, 101, 102, 104 105, 106, 107,108 109, 110, 111, 112, 118, 199 bis, 263 271, 274, 276, 360, y 399 bis.
- d).- La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 1,2, fracciones I y II, 3 apartado A, fracciones I, II, III, IV, y V.
- e).- El Reglamento Interior de la Procuraduría General de

justicia del Distrito Federal, artículo 16, fracciones, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y XI.

f).- La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 14 inciso A y 23.

En consecuencia, la averiguación previa es una fase del procedimiento penal, en la que el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias que considere necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta --responsabilidad, y una vez logrado lo anterior, optar por el ejercicio o la abstracción de la acción penal. Todas las diligencias practicadas por el Ministerio Público se asentarán en la propia indagatoria.

Manifiesta el profesor Marco Antonio Díaz de León: "En materia penal, ciertamente, desde la averiguación previa podríamos considerar que el Ministerio Público realiza una serie de apreciaciones acerca de los elementos de pruebas que se ventilan para tener por comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, más esta situación no se puede llevar hasta el extremo de que se estime --que el Ministerio Público efectúa una auténtica valoración de la prueba, al menos no en estricto sentido procesal que aquí hemos señalado..." (15). Ya que la valoración de prue--

(15) Ibid., Pág. 120

bas es el formar el convencimiento al Juez acerca de la existencia o no existencia de los hechos trascendentes del proceso, de manera contundente y objetiva. De ahí que el órgano - investigador haga una investigación parcial de los hechos -- sometidos a su consideración, toda vez que únicamente aprecia las pruebas de cargo, o sea, las que responsabilicen al _presunto responsable, y no las que lo beneficien como po- -- drían ser testigos de descargo, en consecuencia, su resolución del Ministerio Público no es concluyente, ya que será - hasta el proceso donde el juzgador valorará las pruebas, con lo que finalmente emitirá un fallo, considerado la verdad -- real, la verdad histórica.

De todo ello se deduce, que la función del Ministerio - Público como representante social de la comunidad será el -- reunir todos los elementos de prueba, practicando las dili-- gencias necesarias, para lograr en su momento, que el agente no evada la acción de la justicia, y se le pueda aplicar al mismo la sanción a que se ha hecho acreedor, de acuerdo a la infracción penal cometida.

"La función persecutoria impone dos clases de actividades, a saber:

a).- Actividad investigadora, y

b).- Ejercicio de la acción penal." (16)

a).- Actividad investigadora significa labor de averiguación es decir, una interacción constante del Ministerio Público con los hechos que se investigan, cuyo objetivo es - encontrar elementos de prueba que acrediten los delitos que indagan, así como la presunta responsabilidad del - agente causante de los mismos, y con ello fincar bases sólidas que avalen la participación del transgresor en los hechos investigados, y estar así en aptitud de excitar el órgano jurisdiccional para que este aplique la - ley al caso específico que se le presente a su consideración. Lo que implica, en principio, conocer la situación peculiar de los hechos delictivos y demostrar ese conocimiento de una manera fehaciente, a través de actuaciones de la averiguación previa, y éstas, una vez - agotada la investigación, remitirlas al Juez, solicitando la aplicación de la ley en la situación específica - que se le presenta.

Por lo tanto, se puede afirmar, que la actividad realizada por el Ministerio Público reviste un carácter social, - en virtud de que su labor tiende a proteger los intereses colectivos de una Nación.

(16) Manuel Rivera Silva, "El proceso penal", Méx., Ed. Porrúa, 1989, pág.41.

Para el Profesor Manuel Rivera Silva, la actividad investigadora se rige por los principios:

- 1.- Iniciación de la investigación, la que se regula por determinados requisitos de comienzo de indagación, los que previamente ha fijado la ley, y a los que debe sujetarse el Ministerio Público. Lo que nuestro autor denomina. "Principios de requisitos de iniciación."
 - 2.- La actividad investigadora se regula por el "Principio de la oficiocidad", lo que significa que el Fiscal cuando tenga conocimiento de la comisión de conductas o hechos presumbilmente delictivos (aún los perseguibles de quérrela), tiene la facultad de avocarse a la busqueda de pruebas que acrediten los elementos del tipo, según el delito que se trate. De lo que se colige, que la indagación para localizar elementos de prueba con el objeto de acreditar el cuerpo de delito y la presunta responsabilidad, es oficiosa.
 - 3.- La investigación se encuentra sometida a "El principio de la legalidad". Lo que trae aparejado que el Ministerio Público en su función se encuentre sujeto a leyes, de tal forma que la misma deberá ser respetando los principios que consagra nuestra Constitución Política, y las demás leyes relativas.
- b).- Ejercicio de la acción penal. Es la segunda actividad -

que entraña la función persecutoria, la que consiste en el llamado ejercicio de la acción penal.

Para entender dicha función, es necesario recordar que el Estado es un representante de una sociedad organizada y está formado por tres elementos básicos que son: territorio, población y poder, se creó con la finalidad de lograr una armonía social de la Nación que representa y una sana convivencia, de ahí que tienda a reprimir a aquellos agentes que quebranten o traten de quebrantar la paz social, por la que aquél vela. Para el Estado, al amparo de la representatividad que ostenta, en cuanto se violan los principios que el tutela, nace el derecho-obligación de actuar, de tal forma que en ese momento el ente creado por él, interviene investigando la conducta o hechos que irrumpen la paz social, hasta llegar a la conclusión, en su caso, de que la actitud asumida por el agente es delictuosa, y así, el Ministerio Público ejercita su derecho ante la autoridad judicial, solicitando la aplicación de la ley al infractor. "En otras palabras, si la autoridad judicial es la que reconoce para los efectos ejecutivos, los derechos y el Estado tiene facultad para exigir se sancione al delincuente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal una vez que ha reunido los elementos que lo convencen de la comisión del delito" (17).

(17) Ibid. págs. 43 a 44.

Continuando con nuestro autor, éste dice que los elementos que comprende el ejercicio de la acción penal son:

- "a).- La facultad en abstracto del Estado de perseguir los delitos.
- b).- El derecho en concreto de persecución que surge cuando se ha cometido un delito: acción penal;
- c).- La actividad realizada para verificar la existencia del delito;
- d).- La conclusión de que los sucesos investigados constituyen un hecho delictivo y por haber pruebas de quién o quiénes son los autores, debe reclamarse la aplicación de la ley; y
- e).- La reclamación hecha ante un órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto" (18).

De lo cual se deduce que:

- a).- El Estado, por su propia calidad, en él radica la función persecutoria, la cual se perenne, con carácter indefectible, e inextinguible, todo ello por la representatividad omnimoda del mismo, en cuanto a bienestar se refiere.

 (18) Ibid. Pág. 44.

- b).- En determinado momento se infringe una norma jurídico-penal (momento histórico) y el Estado con la representatividad que ostenta, interviene por la obligación que el acontecimiento genera, actuando en el caso concreto y en su momento, recurriendo al órgano jurisdiccional para que este aplique la ley al caso específico que se le presenta.
- c).- Para solicitar la aplicación de la ley al presunto responsable, al órgano jurisdiccional, es requisito indispensable que el Ministerio Público que se encargue de la exigencia del derecho persecutorio, prepare adecuadamente su petición, lo que implica que es condición sine qua non, que el Fiscal se haya cerciorado de la existencia de un delito y de la responsabilidad de quien o quienes hayan intervenido en el, con elementos indubitables y que los mismos obren en la indagatoria de una manera clara y concisa. Se inicia aquí la preparación del ejercicio de la acción penal (la llamada acción procesal penal), al través de la propia indagatoria.
- d).- Agotada la averiguación previa, es decir habiéndose acreditado en la misma por el Ministerio Público, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se presenta el momento culminante del ejercicio de la acción penal.

e).- Con apoyo en la certidumbre a que se contrae el inciso anterior, surge el ejercicio de la acción penal, o sea la consignación, misma que es la necesidad inminente de ir a excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso específico. En este momento termina la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el inicio de ella.

En esencia, el ejercicio de la acción penal, "...Es una función política y administrativa, si bien se desarrolla en el campo de la justicia. El Ministerio Público no es un órgano que se encargue de impartir justicia, sino un órgano administrativo que vela porque se aplique la ley estrictamente por aquellos que sí tienen la misión de impartir justicia. Es un órgano estatal requirente en el proceso para definir la relación penal" (19).

Ya que de ser considerado el Ministerio Público un órgano creado para impartir justicia, sería un órgano jurisdiccional, es decir, es un ente que dice el derecho, lo que violaría uno de los más elementales principios de derecho que dice: "No se puede ser Juez y parte". Lo que equivaldría a estar desarrollando simultáneamente, por una parte la actividad requirente y por la otra la del juzgador, siendo que ésta última

(19) Juventino V. Castro. "El Ministerio Público en México - Méx. Ed. Porrúa, 1985, págs. 26 a 27.

no le compete al Ministerio Público por ninguna circunstancia.

En efecto, el Ministerio Público al emitir su resolución a una indagatoria, considera todas las circunstancias que obran en actuaciones. Por lo que consideramos factible, que si de las mismas se desprende la comisión de un delito con modalidad preterintencional, y además se encuentra avalado por el dictamen del psicólogo o psiquiatra dicha forma de ilícito, no hay objeción para la consignación sea como un delito preterintencional. Pero desafortunadamente, es rarísimo que el Ministerio Público consigne por un delito con modalidad preterintencional, las razones pueden ser múltiples, no obstante, ello ocasiona que los transgresores permanezcan privados de su libertad injustamente por meses e incluso años (por la carga de trabajo que existe en los juzgados), hasta en tanto, el juzgador se percate que el delito cometido por el reo es con características preterintencional, y no con modalidad dolosa por la que fue consignado. Es aquí, donde nace la necesidad jurídica de diligenciar la averiguación previa auxiliándose el Fiscal de los dictámenes del psicólogo o psiquiatra, entre otros medios de prueba, para no incurrir en craso de error en la consignación penal.

Por otra parte, puede ocurrir que el Ministerio Público por medio del dictamen del psicológico o psiquiátrico, descubra que el agente activo padeció al momento histórico de la comisión del delito, un trastorno mental transitorio o desarro

llo mental retardado, lo que le impidió en su momento actuar voluntariamente, en ese caso, cuando la afección psíquica no haya sido provocada por el mismo agente, nos encontraremos ante una excluyente de responsabilidad, contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal, en su numeral 15, fracción II; por lo que no será posible jurídicamente ejercer acción penal contra del agente, por estar el mismo protegido por una excluyente de responsabilidad.

IV.5. La determinación de la preterintencionalidad dentro de la instrucción y la problemática de su Valoración.

La instrucción en su significado teórico-jurídico, es la face preparatoria del juicio cuya finalidad es la reunión de pruebas sobre las que versará el mismo, y el uso de procedimientos y formalidades para estar el asunto es aptitud de ser juzgado. La instrucción tiene como cimiento la necesidad de que exista una face previa al proceso penal, donde se reúnan pruebas y se prepare el material del juicio, para evitar desordenes, confusiones y contratiempos, así también, surge por la naturaleza del derecho público, que indica que en todo proceso deben de cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento, según lo dispone nuestra Constitución Política en su artículo 14, párrafo segundo. "La instrucción es la primera parte del proceso, en que se recogen y coordinan las pruebas con sujeción a las normas procesales, se perfecciona la investigación y se prepara el material indispen-

sable para la apertura del juicio, proporcionando al Juez las pruebas que han de servirle para pronunciar un fallo y al Ministerio Público y a la defensa los elementos necesarios para fundar sus conclusiones y sostenerlas en el debate" (20).

Dice más adelante González Bustamante, que no debe perderse de vista que la instrucción tiene la finalidad de descubrir la verdad; ya que para la sociedad es tan importante que no sea castigado a un inocente a que lo sea el culpable, de lo que se colige que es necesario, que las autoridades -- que tengan a su cargo la investigación de los delitos, y la búsqueda de pruebas, se aseguren el recoger con diligencia - los indicios y pruebas de culpabilidad e inculpabilidad, en virtud de que la instrucción ha de servir para el cargo de - descargo de las mismas.

El procedimiento penal denominado instrucción, se divide en tres períodos de acuerdo a nuestra legislación adjetiva, ellos son a saber:

Primero.- Es el que comprende las setenta y dos horas - ("término constitucional"), ocn que cuenta el Juez a -- partir del momento en que es puesto a su disposición el detenido, durante el cual deben aportarse las pruebas - que sirvan para resolver, cuando menos, respecto a la

 (20) Juan José González Bustamante, "Derecho procesal mexicana no", Méx., Ed. Porrúa, 1988, pág. 187 y 198.

formal prisión o libertad del acusado por falta de méritos.

Segundo.- Es el que abarca desde el auto de formal prisión a aquel en que se considera agotada la averiguación.

Tercero.- Se inicia con dicho auto (de formal prisión) y termina con el que cierra definitivamente la instrucción.

La instrucción inicia, una vez que se encuentra el presunto responsable a disposición del Juez, éste tiene un término de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del detenido, por lo que en ése lapso el juzgador deberá dictar el auto de libertad o de formal prisión, haciendo saber al agente privado de su libertad, desde luego, las circunstancias de tiempo, modo, y ocasión, así como los demás elementos que lo vinculan al delito en cuestión, a efecto de que el indiciado esté en posibilidad de contestar los cargos y preparar su defensa. El apoyo legal a lo anterior lo encontraremos en nuestra Constitución Política en los numerales que a continuación se citan:

Artículo 18.- "Solo por delito que merezca pena corporal habrá prisión preventiva."

Artículo 19.- "Ninguna detención podrá exceder del término

de tres días, sin que se justifique con auto_ de formal prisión, en el que se expresarán: - el delito que se le impute al acusado; Los -- elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que de_ berán ser bastantes para comprobar el cuerpo_ del delito y hacer probable la responsabili-- dad del acusado."

Artículo 20.- "En todo juicio de orden criminal tendrá el - acusado las siguientes garantías:

III.- Se le hará saber en audiencia pública, - y dentro de las cuarenta y ocho horas siguien_ tes a su consignación a la justicia, el nom-- bre del acusador y la naturaleza y causa de - la acusación, a fin de que conozca bien el he_ cho punible que se le atribuye y pueda contes_ tar el cargo, rindiendo en este acto su decla_ ración preparatoria."

Lo que implica las siguientes obligaciones del Juez, una vez iniciada la instrucción, las que son:

- a).- De Tiempo, porque debe ajustarse estrictamente a los tér_ minos constitucionales;
- b).- De forma, porque el Juez actuará siempre en audiencia pú_ blica;

- c).- De conocimiento, porque indicará al inculpado el cargo que se le hace.
- d).- De defensa, en cuanto debe oírse al inculpado y deben de aceptárseles todas las pruebas y constancias que - - ofrezca, otorgándole cualquier beneficio que consigne - la ley.
- e).- De declaración preparatoria, que ha de tomársele al acusado en el mismo acto, con el objeto de que se delimiten por parte del Juez las funciones de decisión que le competen.

Por otra parte, existen formalidades secundarias que le incumben al Juez, ellas son:

- a).- La publicidad, lo que significa que la declaración preparatoria debe ser rendida en el local donde tenga libre acceso el público, por lo que el procedimiento secreto está prohibido.
- b).- La oralidad, por lo que el Juez debe informarle de viva voz al indiciado el delito que se le imputa y podrá interrogarlo en relación a la acusación, sin que sea necesario (preciso) hacer constar el informe y las preguntas que se le formulen.

También se le informará si tiene la posibilidad de quedar libre bajo fianza de acuerdo a la ley. Por último,-

en caso de que existan testimonios en su contra se los dará a conocer.

Manifiesta el Profesor González Bustamante: "La declaración preparatoria es un acto procesal de mayor significación en el curso del proceso y tiene por objeto ilustrar al Juez para que determine la situación jurídica que habrá de guardar el inculpaado, después del término de setenta y dos horas, capacitando a éste para que obtenga exacto conocimiento de los cargos que existen en su contra y esté en condiciones de contestarlos y preparar su defensa" (21). El fin de todo proceso es hacer asequible al conocimiento, de manera objetiva, la verdad histórica. Por lo que el objeto de tomar la declaración preparatoria al presunto responsable se circunscribe a la aclaración de los hechos que de una u otra manera conduzcan a la verdad, dado que si el juez, desde iniciada la instrucción le es posible comprobarla, ello lo llevará a que logre un valioso adelanto respecto a las demás faces del proceso instructorio. La verdad histórica es la realidad de ciertos conocimientos y de ciertos hechos, realizados en determinado tiempo y en el espacio.

La declaración preparatoria, "es el momento propicio en que el Juez se pone en contacto con el presunto responsable, y lo conoce mediante sus propias observaciones o a través de informes de los peritos psiquiatras. La información la obtie

(21) Ibid. pág. 148.

ne el Juez en el interrogatorio del inculpado que puede reves
tir la forma de medio de defensa o de medio de prueba. El in
culpado sirve como órgano de prueba, cuando explica su con-
ducta y suministra informes sobre hechos que se le atribuyen.
Es objeto de prueba, cuando el Juez o los peritos examinan -
su persona en lo que se refiere a sus circunstancias peculiares,
como su edad, educación e ilustración, costumbres y con
ducta anteriores, los móviles que lo indujeron a delinquier,
sus condiciones económicas y, en general, todas aquellas cir
cunstancias que tengan relación con el delito y con el delin
cuente" (22). Más adelante, continúa exponiendo el Profesor_
Juan José González Bustamante, que para él, el término más -
adecuado es el de declaración preparatoria, no solo por ser
utilizado en nuestra legislación vigente, sino porque el mis
mo permite diferenciarlo de otras locuciones empleadas en -
los procedimientos de enjuiciamiento inquisitorio y mixto. -
Situación conceptual con la que estamos totalmente de acuer-
do.

Por lo tanto, la declaración preparatoria se rinde des-
pués del auto de radicación, la misma consiste en que la per
sona que se encuentra como presunta responsable de un ilícito,
comparece por primera vez ante un Juez a declarar, expli
cando los móviles de su actitud en el momento de ocurrir el
ilícito, en su aspecto de inculpación o en los aspectos de _

(22) Id.

atenuación y exculpación. De ahí que su propiedad por excelencia sea la de aclarar las dudas producidas o dejadas por otras - pruebas, con la finalidad de llegar a la verdad de los he---chos, y por ende su fin último es el delimitar la litis.

Ahora bien, si después de tomada la declaración preparatoria al presunto responsable, de actuaciones y de la propia declaración aludida, se desprende que el delito imputado al agente no merece pena corporal, o está sancionado con pena - alternativa, el Juez dictará auto con todos los requisitos - de la formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir responsabilidad, según lo dispone el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 162.

Una vez iniciada la etapa procesal denominada preins---trucción (Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 1º fracción II), el juzgador, dentro del término de tres días, deberá realizar diligencias tendientes a determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de los mismos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del acusado, de acuerdo a las circunstancias en que se hubiere cometido el ilícito, y considerando las características - peculiares del delincuente. Cuando de dichas diligencias se haya acreditado fehacientemente el cuerpo del delito y la --presunta responsabilidad del agente activo, el Juez dicta un auto de formal prisión, mismo que tiene la finalidad de que el agente se le someta a prisión preventiva y se le --

juzgue por los hechos que le imputan. "El proceso penal, en aquellos casos en los que, por imputarse al procesado delito que merece ser sancionado con pena carcelaria, lleva aparejada prisión preventiva (artículo 18 Constitucional), es un proceso ejecutivo, en tanto que esa medida precautoria procesal es igual a la sanción que podría imponerse si la sentencia es condenatoria. La Constitución reconoce la identidad entre la medida precautoria y la pena cuando admite que la primera se computará en el tiempo de la segunda (párrafo final del artículo 20) "(23).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta al respecto:

"AUTO DE FORMAL PRISION.- Por ningún motivo puede dejar de dictarse en un proceso el auto de formal prisión, salvo en casos en que el delito no merezca pena corporal porque aquel auto constituye la base de las conclusiones acusatorias, o, en otros términos, sin él, no hay juicio que resolver, y por lo mismo, es anticonstitucional la ley que ordene que no se decretará dicho auto, cuando antes de cumplirse el término constitucional, el inculcado haya sido puesto en libertad bajo --caución o bajo protesta."

 (23) Jesús Zamora-Pierce, "Garantías y proceso penal". Méx., Ed. Porrúa, 1988, pág. 4.

Tomo XIV - Sobrino, Dativo	1235.
Tomo XV - López, José de Jesús	233.
Tomo XXVI - González, Demetrio Coag	864.
Tomo XXVI - Mejía, Liborio	1298.
Jurisprudencia 32 (Quinta Epoca). Pág. 90, <u>Sección primera,</u> volumen 1a. sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1954. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, N° 154, Pág. 332.	

Tesis de Jurisprudencia definida Núm. 35, Apéndice ---
1917 - 1975. Segunda parte, Primera Sala, Pág. 86." (24).

Por otra parte, si dentro del término de setenta y dos horas señalado en el artículo 19 Constitucional, no se reúnen los requisitos que el propio numeral exige para dictar el auto de formal prisión, no se justifica ya su detención, y debe ponérsele en libertad inmediata. Así se hace, con el apoyo legal que brindan al juzgador los Códigos Procesales (el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 167, y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 299), los que le permiten al mismo emitir una resolución denominada auto de libertad por falta de elementos para procesar.

(24) Ibid., pág. 16

El auto de libertad no impide que posteriormente, si la acusación presenta nuevas pruebas, se proceda nuevamente contra el inculcado, con apoyo en lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 167 y, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 302. Situación que trae como consecuencia que -- quede abierta la averiguación sobre el inculcado por tiempo indefinido, hasta en tanto prescriba la acción penal por el delito o delitos en cuestión, y el agente, por lo tanto, tenga latente la posibilidad de que se reanude el proceso en su contra, atentando así, contra lo dispuesto en el artículo 23 Constitucional, por cuanto a que el Juez absuelve en instancia al acusado en virtud de que da por terminada ésta sin declararlo culpable o inocente.

Desde luego, cuando el auto que determine la situación jurídica de un detenido no sea dictado oportunamente, ello genera responsabilidad para la autoridad que ordene la detención o la concienta, así como para los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

En efecto, en caso de que el Juez no dictare un auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas en que fué puesto a su disposición, cometería el delito contra la administración de justicia que tipifica el numeral 255, fracción XVII del Código Penal.

Por lo que hace a los agentes, ministros, alcaides y -- carceleros que ejecuten la detención, y a los que se refie-- ren los artículos 19 y 107 fracción XVII constitucionales, si transcurrido el término de setenta y cinco horas no ponen en libertad al detenido, a pesar de no haber recibido copia autorizada del auto de formal prisión, serán responsables -- del delito de abuso de autoridad, tipificando en el artículo 215 fracción VII, del Código Penal, pues, teniendo conoci-- miento de una privación ilegal de la libertad, no la hicie-- ron cesar inmediatamente, estando esto en sus atribuciones.

Una vez que se ha dictado el auto de formal prisión, és te traerá determinadas consecuencias para el detenido:

- a).- Justifica la prisión preventiva. De los numerales 18 y 19 de nuestra Carta Magna se infiere que, si se le impu-- ta a una persona un delito que merezca pena corporal, - y si por esta causa se le priva de su libertad, su de-- tención sólo podrá exceder del término de setenta y dos horas si se justifica a un auto de formal prisión.
- b).- Fija la litis. El artículo 19 de nuestra Constitución - Política en su párrafo segundo, atribuye al Juez la fa-- cultad de fijar litis, precisamente en el auto de for-- mal prisión, o sea el determinar con precisión tanto -- los hechos que se le imputan al reo como el tipo penal que configuran.

- c).- Suspende las prerrogativas de ciudadano. Nuestra Carta Magna, en su artículo 38, fracción II, indica que por el hecho de estar sujeto a un proceso penal que merezca pena corporal, se suspenden los derechos y prerrogativas de ciudadano, como son: el derecho de votar y ser votado en los cargos de elección popular, el derecho de asociarse para tratar asuntos políticos del país, etc.
- b).- Determina el inicio del plazo que fija la Constitución para dictar sentencia. El numeral 20, fracción VIII, -- Constitucional, garantiza el acusado el término en que deberá ser juzgado: será juzgado antes del vencimiento de un plazo de cuatro meses, si se le imputa delito -- cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año, si la pena máxima excediera de ese tiempo, los plazos se contarán a partir de la fecha de el auto de formal prisión, según criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto en jurisprudencia como en ejecutorias; mismo criterio que se encuentra avalado por el numeral precedentemente citado (artículo 20 Constitucional), fracción X, párrafo --tercero, mismo que manifiesta: en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (25).

Desde el momento en que se pronuncia el auto de formal

 (25) Pass, Jesús Zamora-Pierce, Op. cit., págs. 13 y 14.

prisión, cambia la situación procesal del agente. El indiciado se ha convertido en procesado, por haberse encontrado elementos que lo vinculan al delito.. "Tenemos ya un proceso en que se ha hecho el análisis de las pruebas para el efecto de fijar el delito por el que debe setuirse, limitándose la actuación de las partes, del Ministerio Público y del Juez mismo. Existen mayores datos de convicción, y para saber los antecedentes penales de la persona a quien se procesa, debe procederse a su identificación en los registros penitenciarios. La diligencia de identificación tiene por objeto conocer a quien se enjuicia y saber si se trata de un reincidente o de un delincuente habitual, así como para determinar la curva que sigue la criminalidad" (26). Al llegar a éste punto se podría decir, que aquí es donde el órgano jurisdiccional se hace llegar a todos aquellos elementos indispensables para formarse un perfil de la personalidad del indiciado, para en su momento, adecuar la sanción a la propia personalidad del reo. "La identificación, y el pedimento de informes de anteriores ingresos, son consecuencia del auto de formal prisión y se producen en el segundo período de la instrucción, o sea, en la instrucción formal. El fin principal que persigue el Ministerio Público en este período, es aportar al proceso las pruebas conducentes para que la probable responsabilidad que quedó establecida en el auto de formal prisión, se convierta en responsabilidad plena, y para

(26) José González Bustamante, Op. cit., págs. 206.

conocer además, la participación que tuvo el inculpado en el delito, así como para robustecer las pruebas obtenidas en la primera fase de la instrucción que tienden a fundar la procedencia de la reparación del daño. Para la defensa, constituye la oportunidad de desvanecer pruebas tomadas en cuenta -- por el Juez, al dictarse el auto de formal prisión, con objeto de lograr la absolución del inculpado" (27). Dado que, precisamente el período probatorio denominado instrucción, - tiene como finalidad el acreditar de manera indubitable la culpabilidad, o la inocencia del presunto responsable.

Una vez de lo anterior, "...Llegamos al momento en que el Juez estima que no existen más diligencias que desahogar, porque ya se han practicado aquellas promovidas por el Ministerio Público o por el inculpado, o por la defensa, o las -- que el Juez decrete por iniciativa propia. Si esto sucede, pronunciará el auto DECLARANDO AGOTADA LA AVERIGUACION".(28).

Después de que el Juez declara que ya no existen diligencias que practicar, el mismo ya no puede practicar por sí más diligencias. "La causa quedará a disposición del Ministerio Público, del inculpado y de la defensa, para que dentro de plazos fijos improrrogables, promuevan las pruebas que juzguen convenientes, siempre que su desahogo pueda hacerse en breve término (artículo 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 150 del Código Federal

 (27) Ibid. Pág. 206.

(28) Id.

de Procedimientos Penales), si las partes renuncian a los -- términos señalados para la promoción de pruebas o han transcurrido aquéllos sin que se hubiesen promovido, el tribunal_ declarará cerrada la instrucción. Como este período se desti_ na a la promoción y desahogo de pruebas, es indudable que al declararse cerrada, ya no existe posibilidad legal de que -- después se admitan. Sin embargo, la regla no debemos enten-- derla en un sentido rígido y las pruebas podrán admitirse -- aún después de cerrada la instrucción, cuando se trate de la confesión del acusado, la inspección judicial y reconstruc-- ción de los hechos, la documental y aún la testimonial... -- "(29). Ya que si buscamos la verdad histórica de los hechos sobre lo que versa el proceso denominado instrucción, no es posible soslayar elementos o circunstancias que en un momen- to dado, nos puedan aportar información que nos conduzca a di- lucidar la verdad buscada, ello claro está dentro de los tér- minos que marca la propia ley.

"El tribunal, a la vez que declara cerrada la instruc-- ción ordena que la causa quede a la vista del Ministerio Pú- blico, primero, después de la defensa, para que formulen sus conclusiones. Automáticamente, la acción penal se transforma de persecutoria en acusatoria"(30). Lo que significa que el Juez en éste momento ya cuenta con un panorama amplio en re- lación a los hechos sobre los que trató el proceso, y se en- cuentra en aptitud de emitir una sentencia, considerando lo

(29) Ibid. pág. 215.

(30) Id.

aportado por las partes que en él intervinieron, así como -- las causas exteriores de ejecución y las peculiares del reo, y por ende, el Juez al dictar la sentencia, individualiza el delito, considerando la peculiar personalidad del delincuente.

Por lo tanto, nosotros hablamos de al problemática de la valoración de la preterintencionalidad en el presente -- apartado a nivel de instrucción, en virtud de que, como puede observarse en lo ya manifestado, el Juez únicamente puede actuar en base al requerimiento que le hace el Ministerio Público de que ejercite acción penal por determinado delito o delitos, para lo cual éste la presenta las diligencias -- practicadas en la indagatoria y al agente activo (estamos hablando de ocnsignación con detenido), pero ocurre muy a menudo que, el presunto responsable cuando llega al reclusorio, ya ha sido asesorado en la mayoría de los casos para que niegue los hechos que le imputan, y además, para que de otra -- versión de los mismos, por lo que las posteriores declaraciones que rinda el detenido después de la declaración primordial, generalmente ya han sido aconsejadas, de ahí que carezcan de relevancia para encontrar la verdad histórica de los hechos que se investigan. No obstante, el juzgador deberá tomar la declaración preparatoria, por así se lo indican: Nuestra Constitución Política en su numeral 20 fracción III; y, - el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Fede---

ral, del artículo 287 al 296, entre otros. En consecuencia, si en la primordial no existen indicios que hagan posible la existencia de un delito con modalidad preterintencional, en todo proceso de instrucción será muy difícil lograr encontrar indicios que no se cuidaron desde un principio de la investigación, y por lo tanto, si se encontraran los mismos -- dentro de la instrucción estarían en tela de juicio, partiendo del supuesto de que lo que no existió desde un principio, no es posible encontrarlo en un proceso, a menos, claro está, que se haya soslayado de manera evidente en las primeras diligencias del Ministerio Público la preterintencionalidad de manera imprudente, negligente o contumaz.

CAPITULO V

CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR EN LA CONSIGNACION, LA PRETE
RINTENCIONALIDAD COMO ATENUANTE.

V.1. Inicio de la averiguación previa hasta la consignación.

V.1.1. La denuncia o la querrela

La palabra denuncia deriva del verbo denunciar, que proviene del latín denuntiare, el cual significa "hacer saber".- "remitir un mensaje."

El artículo 16 Constitucional dice: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado..." De lo que se colige que, en la actualidad, a nivel Constitucional, solo son aceptadas y reconocidas dos instituciones que permiten el conocimiento del delito, ellas son la denuncia y la querrela.

La denuncia ha sido concebida por varios autores, a saber:

CARNELUTI: "El ejemplo más común del acto procesal facultativo es la denuncia, y a este respecto el lector es advertido sobre la diferencia, subespecie de la naturaleza de la relación procesal, entre la denuncia por -

una parte y la querrela por otra; por la misma razón -- que induce a contemplar en la querrela un negocio jurídico, debe ser reconocida a la denuncia la naturaleza de acto facultativo" (1).

FLORIAN: "La denuncia es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero a los órganos competentes. La denuncia es el -- instrumento propio de los actos (o hechos) perseguibles de oficio" (2).

OSORIO Y NIETO: "Denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio" (4).

Por lo tanto, la denuncia es un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano administrativo denominado Ministerio Público, la verificación de determinados hechos o conductas presumiblemente delictivos y perseguibles de oficio, con el fin de que dicho representante social los investigue, y en su momento, requiera al Juez para que se -----

(1) Cit. por Miguel Acosta Romero, "Delitos especiales", Méx., Ed. Porrúa, 1989, pág. 37.

(2) Id.

(3) Id.

(4) "La averiguación previa", Méx., Ed. Porrúa 1989, pág. 7.

aplique una sanción al presunto responsable. Por ende, el ministerio Público solicita al órgano jurisdiccional, se impongan las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento punitivo al indiciado, de acuerdo a la actitud desplegada - por éste en la comisión de un delito.

La denuncia da inicio a la averiguación previa, y es ésta donde principia el proceso penal; teniendo aquélla su fundamento legal en el artículo 16 constitucional, de donde se infiere que se prohíben las denuncias secretas y anónimas, y las pesquisas en general y particular.

Por cuanto hace a la forma de la denuncia, ésta puede ser formulada de manera verbal (de viva voz) o por escrito, ante el Ministerio Público o la policía judicial; dando origen aquélla, a la iniciación de una averiguación previa de inmediato; y la formulada ante la policía judicial, motiva que se inicie una acta de policía judicial, y ésta a su vez servirá para que se inicie una indagatoria, recordemos que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público. Ambas modalidades de denuncia, deberán contener insertadas en el propio texto la firma del denunciante y su domicilio; y el servidor público que la reciba deberá protestar al denunciante para que se conduzca con verdad, y advertirlo de que en caso de manifestar situaciones falsas podrá incurrir en el delito de falsedad en declaración ante una autoridad distinta de la judicial; de ahí que toda denuncia se reciba

bajo protesta de decir verdad.

La denuncia la presenta aquella persona que tenga conocimiento de la posible comisión de algún ilícito, donde la misma se limita a narrar los hechos supuestamente delictivos, es decir los describe y el Ministerio Público se encargará de clasificarlos, lo que significa que dicho representante social los encuadrará (los hechos) a un tipo penal en particular, en caso de que proceda, y se hará llegar todos aquellos elementos que sirvan para complementar la figura delictiva que se trate; fundamentalmente se buscará, el acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, en los hechos denunciados.

En efecto, la denuncia es la relación de hechos o actos presumiblemente delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora. Por lo tanto, la denuncia entrega los siguientes elementos:

"a) Relación de actos que se estiman delictuosos:

- b) Hecha ante el órgano investigador, y
- c) Hecha por cualquier persona" (5).

A) La relación de actos, consiste en exponer lo ocurrido de manera mas o menos sistemática, es decir, precisando tiempos

(5) Manuel Rivera silva, Op. cit., pág. 99.

po, modo circunstancia y ocasión de los hechos denuncia-- dos. En dicha exposición no se solicita la presencia de - la queja, o sea, del deseo de que se persiga al autor de esos actos y la misma puede hacerse de manera verbal o es crita.

- B) La relación debe ser hecha al órgano investigador denomi-- nado Ministerio Público, la excepción es que sea presenta da ante funcionarios y agentes de la policía judicial, -- así como ante auxiliares del Ministerio Público, los que desde el momento en que tengan conocimiento de la verifi-- cación de los actos presumiblemente delictuosos, están - obligados a investigarlos y dar parte a la brevedad al Mi nisterio Público, con fundamento en lo dispuesto en los - artículos 262, 274 y 275 del Código de Procedimientos Pe-- nales para el Distrito Federal; y con apoyo en los numera les 113, 116 y 118 del Código Federal de Procedimientos - Penales. Partiendo de que la denuncia se formula con la - finalidad de que el Ministerio Público se entere de la po sible comisión de un ilícito, es obvio que la relación de dichas conductas o hechos deberá llevarse a cabo preferen temente ante dicho representante social. En estricto dere cho, desde el punto de vista jurídico-procesal, la denun cia deberá ser presentada ante el Ministerio Público.
- C) Por lo que se refiere a que la denuncia sea formulada por cualquier persona, algunos autores no están de acuerdo, -

entre los que encontramos a Franco Sodi, el que manifiesta que la denuncia deberá realizarla un particular, descartando la posibilidad de que autoridades la presenten. Tesis que resulta absurda, pues en nada afecta que una denuncia se apresentada por una autoridad; ya que incluso el Código Federal de Procedimientos Penales así lo establece al manifestar en su artículo 117: "Toda persona que en ejercicio de funciones Públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que debe perseguirse de oficio, está obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público." Por lo anterior expuesto se deduce que, la denuncia puede ser hecha por cualquier persona, sin importar el carácter del denunciante, independientemente que pueda tener interés o no, como particular, en que se persiga el delito. De ahí que carezca de sentido el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuanto que prohíbe la intervención de apoderados de personas físicas para presentar denuncias, ya que en dicha situación, el apoderado deja de ser tal para convertirse en denunciante.

Por lo tanto, se puede concluir que, en tratándose de la denuncia existe una obligatoriedad parcial de su presentación, por las consideraciones siguientes:

- a).- El legislador cuando desea que no se cometan actos o hechos, establece sanciones a la comisión de los mismos.

- b).- Si el legislador quiere que sean denunciados actos o hechos delictivos de los cuales se tiene conocimiento, de be establecer una sanción para cuando no se haga la denuncia respectiva.
- c).- Los numerales 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen la obligación de presentar la denuncia, sin que señalen sanción a la falta de cumplimiento de dicho deber. Por lo tanto, se trata de artículos denominados en la doctrina como leyes imperfectas, ya que para la violación de dicha obligación no se encuentra prevista sanción alguna.
- d).- Por su parte, el artículo 400 del Código Penal establece sanción para el que: "No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo", y para el que "requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes", se debe concluir que en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, de los delitos que se están cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades), existe obligación de presentar la denuncia (6). "En los tres casos citados, lógico es concluir que una de las formas lici-

(6) Pass, *Ibid.*, págs. 102 y 103

tas de impedir la consumación de un delito que se va a cometer, es la denuncia; de los delitos que se están cometiendo (si no hay la detención por la flagrancia), - también hay obligación de presentar la denuncia y en el tercer caso, al aludirse al requerimiento de las autoridades, deben establecerse hipótesis cuando no hay denuncia, estas autoridades deben ser distintas del órgano - investigador, en cuyo caso hay obligación de presentar denuncia, so pena de incurrir en el delito de encubrimiento y si ya existe la denuncia, la hipótesis se desvincula del problema de la obligatoriedad de presentarla; desenvocandose en otra situación típicamente de encubrimiento, ajena al tema que se está tratando (obligación de presentar la denuncia por amenaza de pena)" (7)

Una vez concluido el estudio de los elementos de la denuncia, pasaremos a estudiar los efectos que esta origina.

Los efectos de la denuncia, en términos generales son: obligar al órgano investigador a que inicie su labor de indagación. La actividad investigadora del Ministerio Público está regida por el principio de la legalidad, mismo que se encuentra regulado por la ley . "Respecto de lo que debe hacer el Ministerio Público para cumplir su labor investigadora, - nos encontramos tres situaciones:

(7) Ibid., pág. 104.

- a).- Práctica de investigaciones fijadas en la ley para todos los delitos en general;
 - b).- Práctica de investigaciones que fija la ley para determinados delitos, y
 - c).- Práctica de investigaciones que la misma averiguación exige y que no están precisadas en la ley" (8).
- A).- Respecto de las investigaciones señaladas por la ley, - sin referirse a delito en especial, el Código de Procedimientos Penales, fija en síntesis, los siguientes:
- 1.- Recoger los vestigios o pruebas de la perpetración de un ilícito (artículo 94);
 - 2.- Describir en detalle el estado y las circunstancias conexas de las personas o cosas que se encuentren relacionadas con un delito (art. 95);
 - 3.- Nombrar peritos en caso de que sea necesario (recordemos que los peritos intervienen cuando se requieran ciertos conocimientos especializados en cierta técnica, arte o ciencia), para la debida apreciación de circunstancias, de la persona o cosa relacionada con un delito (artículo 96);
 - 4.- Reconocer el lugar donde se cometió el delito y hacer

(8) Ibid., pág. 105.

una descripción del mismo (inspección ocular), cuando este dato fuere necesario para la comprobación de la ilicitud penal (artículo 97);

- 5.- Recoger las armas, instrumentos u objetos que pudieran contener o contengan relación con el delito y se hallaren en el lugar en que se cometió, en sus inmediaciones, en poder del presunto responsable o en otra parte conocida, expresandose cuidadosamente en actuaciones el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron y haciendo se una minuciosa descripción del hallazgo (artículo 98);
- 6.- Cuando fuere necesario, nombrar peritos para apreciar mejor la relación de lugares, armas, instrumentos u objetos, con el delito (artículo 99);
- 7.- Cuando fuere conveniente para la averiguación, levantar plano del lugar del delito y tomar fotografías del mismo, así como de las personas que hubieren sido víctimas del ilícito (artículo 101);
- 8.- Cuando no queden huellas o vestigios del delito, deberán hacer constar, oyendo el juicio de peritos, si la desaparición de pruebas materiales ocurrió natural, causal o intencionalmente (artículo 102), y
- 9.- Si se tratare de delito que fuere de los que por su propia naturaleza no deja huellas de su comisión, se debe-

rán tomar las declaraciones de testigos por medio de las cuales se acredite la perpetración del evento delictivo, recibiendo las demás pruebas que demuestren la ejecución del delito y sus circunstancias (artículo 103; V.gr. El delito de amenazas).

El Código Federal de Procedimientos Penales ordena que inmediatamente que el Ministerio Público, o los funcionarios encargados de practicar las diligencias de policía judicial tengan conocimiento de la probable existencia de un delito deberán de:

- 1.- Dictarse todas las providencias necesarias para proporcionar auxilio a las víctimas y para impedir que se pierdan las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objetos o efectos del mismo.- De la misma manera, se dictarán las medidas pertinentes para saber qué personas fueron testigos y, en general, todas las que sean indispensables, a efecto de impedir que se dificulte la averiguación (artículo 123).
- 2.- Recibirse el testimonio de las personas cuyos dichos -- sean importantes y del presunto responsable, si se encontrare presente, debiendo hacer la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular, registrando nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar y el resultado de la observación de las.

particularidades que se hayan notado a raíz de los hechos --
ocurridos, en las personas que en ellos intervengan (artículo
124) (9).

B).- En lo referente a las investigaciones que la ley fija --
para determinados delitos y recogiendo, en términos ge-
nerales, la preceptuación de nuestros códigos procesales --
penales (haciendo la aclaración que las leyes adjetivas
aludidas, no indican siempre que se realicen las dili-
gencias a que nos referimos, pero se puede inducir que
ellas son necesarias para acreditar el cuerpo del deli-
to y la presunta responsabilidad), tenemos:

- 1.- Se fija práctica de diligencias especiales en el delito
de homicidio, pudiéndose presentar dos situaciones cuan-
do se encuentra el cadáver y cuando no se encuentra. En
el primer caso el Ministerio Público girará oficio al --
director de Servicio Médico Forense (SEMEFO), para que
practique la autopsia al occiso, con la finalidad de --
que peritos médicos forenses especifiquen las lesiones --
internas del mismo y determinen la causa de su muerte. --
Además, de ser posible se procurará que declaren dos --
testigos de identidad del cadáver, en caso de no contar
con tales testigos, se tomarán fotografías al rostro --
del occiso y con las mismas se elaborará la "Cédula de

(9) Pass, *Ibid.*, págs. 106 y 107.

identidad", la que contendrá la media filiación del occiso, donde fué encontrado y los demás datos que permitan su identificación, de la que una (Cédula) se agregará al expediente y las restantes se pondrán en lugares Públicos, con la finalidad de exhortar a que comparezcan a declarar los familiares o conocidos del occiso, si lo hubiere. La segunda situación se refiere a cuando el cadáver no sea encontrado, en donde se pueden presentar dos hipótesis: que existan testigos que hayan visto el cadáver y que no existan tales testigos. En la primera hipótesis se tomará la declaración a los testigos, quienes harán una descripción minuciosa del cadáver que vieron, así como del número de lesiones, naturaleza y ubicación de las mismas, el posible instrumento que las produjo (indicarán). Se les inquirirá a los testigos para que manifiesten si conocieron en vida al occiso, y proporcionen información que lo pueda identificar, así mismo, se les cuestionará sobre sus hábitos y enfermedades si las tuviere. Con dicha información se les dará intervención a peritos Médicos Forenses para que determinen la posible causa de la muerte. En la segunda hipótesis, cuando no se encuentren testigos que hubieren visto el cadáver, se buscará el testimonio de personas que puedan comprobar la preexistencia del sujeto, sus costumbres, su carácter, sus enfermedades, y en general que puedan aportar datos sobre el occiso, los que deberán manifestar el último lugar y fecha en que lo vieron,

la posibilidad de que el cadáver hubiera podido ser --
ocultado o destruido y los motivos que tenga para supo-
ner la comisión de un delito (artículos 105 y 108 del -
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federa-
l; 171 y 172 del Código Federal de Procedimientos Pe-
nales).

- 2.- También en el delito de lesiones, se deben practicar di-
ligencias especiales, como son el dar fé de las mismas,
describirlas minuciosamente e indicar su etiología y lo
más importante, solicitar peritos Médicos legistas para
que estos las describan y clasifiquen, debiendo indicar
los mismos, de que tipo de lesiones se trata, es decir,
si son de las que tardan en sanar menos de quince días_
o más de quince días, y en general, deberán los peritos
de manifestar su naturaleza de las lesiones en relación
a la salud del sujeto pasivo, para lo cual emitirán un_
dictamen de lesiones.

Por lo que hace a las lesiones causadas por envenena- -
miento, deberán recogerse cuidadosamente todas las vasi-
jas o demás objetos que presumiblemente hubiere usado -
el pasivo, los restos de alimentos, bebidas y medicinas
que hubiere ingerido, las deyecciones y vómitos que - -
hubiere tenido, los que serán recabados y examinados -
por peritos químicos u otros peritos, a efecto de --
que los identifiquen y hagan el análisis de las - -
sustancias recogidas, emitiendo su dictamen (artícu-

los 113 y 123 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 170 del Código Federal de Procedimientos Penales.

- 3.- En el delito de aborto y en el de infanticidio, se deben practicar las mismas diligencias indicadas para el homicidio, pero en el primero se ordenará que los peritos reconozcan a la madre, describan las lesiones que presenta, indicando si estas pudieron ser la causa del aborto, así como el tiempo de gestación del producto. En el infanticidio expresarán la edad de la víctima, si la misma nació viable y todo aquello que puede servir para determinar la naturaleza del delito (artículo 112 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 173 del Código Federal de Procedimientos Penales).
- 4.- Tratándose del delito de incendio, también se fija la práctica de diligencias especiales, como son la de ordenar que peritos determinen el modo, el lugar y tiempo en que se efectuó el incendio, el foco de propagación, la calidad de la materia que lo produjo; las circunstancias por las cuales pueda conocerse la comisión intencional y, la posibilidad de que haya existido un peligro mayor o menor, para la vida de las personas o cosas, así como los perjuicios y daños causados (artículo 118 del Código de Procedimientos Penales para el Distri

to Federal).

- 5.- En los casos de falsedad o falsificación, se ordena como diligencias especiales la minuciosa descripción del instrumento argüido de falso, haciendo que firmen sobre el, si fuere posible, las personas que depongan acerca de su falsedad (artículo 119 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).
- 6.- En materia Federal se establece, en el artículo 175 del Código de Procedimientos Penales respectivo, que en el robo, cuando el presunto responsable no hubiere confesado y no haya prueba de que ha tenido en su poder alguna cosa que por circunstancias personales no sea verosímil que haya adquirido legítimamente, se investigue de inmediato si el indiciado pudo adquirir en forma legal la cosa que se dice robada; la preexistencia, propiedad y falta posterior de la misma; así como si la persona -- ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fe y crédito.
- C).- En relación a la tercera situación, es decir, la práctica de investigaciones que la misma averiguación exige y que no están precisadas en la ley, tenemos que el Ministerio Público no solo debe practicar las diligencias -- que de manera expresa señala la ley (las situaciones citadas en los incisos "A" y "B"), sino que, para cumplir

su cometido, llevará a cabo todas las diligencias que - la misma averiguación haya originado, de acuerdo al de lito que se trate (artículo 2° de la Ley de la Procuraduría General de la República y 2° de la Procuraduría - General de Justicia del Distrito Federal) (10).

Por lo que hace a la querella, la voz querella proviene del latín querella, que significa acusación ante el Juez o -- tribunal competente, con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso, la acción penal contra los responsables del delito.

La querella es conceptuada por diversos autores de la - siguiente manera:

C A R N E L U T I: "Que una ofensa no sea punible sino a querella de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo, no en el sentido de que tal juicio sea suficiente sino en el que es necesario; no obstante, la querella, un hecho puede ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado (11).

F L O R I A N: "La querella es una exposición que la parte lesionada por el delito hace a los órganos adecuados para que se inicie la acción penal.

(10) Pass, Ibid, págs. 107 a 112.

(11) Cit. por Miguel Acosta Romero, Op. cit., pág. 38

Lo más acertado es considerar a la querella como una -- condición de procedibilidad, pues se afirma la existencia del delito con independencia de ella; la querella no es una condición de procedibilidad de derecho sustantivo, sino una institución que tiene existencia en el ámbito del proceso; es decir una institución procesal" (12).

LEONE : "Desde el punto de vista sustancial se considera como manifestación de voluntad del sujeto pasivo de pedir el castigo del delito; de manera que se ha observado exactamente que vincula a un derecho de -- perdón"(13).

OSORIO Y NIETO : "La querella puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio postestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal" (14).

MANUEL RIVERA SILVA : "La querella se puede definir, como la relación de hechos, expuesta por el ofendi-

(12) Id.

(13) Id.

(14) Op. cit., pág. 7.

do ante el Organó Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito" (15).

Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia ha manifestado en jurisprudencia, respecto de la querrela:

"QUERRELLA NECESARIA.- Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, basta, para que aquélla exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que consiste el delito."

Quinta época.

Apendice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Segunda parte. Primera Sala, página - 490.

En nuestro derecho, es requisito esencial para la iniciación del procedimiento penal, en determinado y bien delimitado tipo de ilícitos, la presentación de querrela, la que da vida al procedimiento indagatorio; constituye una facultad potestativa que hace valer ante el Organó Investigador - el agraviado o quien sus derechos represente, requiriéndole al titular de la investigación denominado Ministerio Público, que ejercite acción penal contra del presunto responsable del ilícito. Para lo cual deberán considerarse determinados presupuestos procesales de procedibilidad (establecidos

(15) Op. cit., pág. 112.

en nuestra Carta Magna y en los Códigos sustantivos y adjetivos) y las condiciones objetivas de punibilidad.

La gran mayoría de ilícitos contemplados por nuestro ordenamiento punitivo, en su parte especial, se inician con la denuncia, en cualquiera de sus modalidades, ya sea verbal o escrita, misma que se presenta ante el Ministerio Público o algún otro servidor público que tenga obligación de investigar las conductas o los hechos delictivos, no obstante, existen determinados ilícitos que para su persecución requieren como requisito de procedibilidad la querrela (artículo 263 y 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales). Como ejemplo tenemos el daño en propiedad ajena, estupro y robo entre cónyuges, entre otros ilícitos.

Para Manzini, los presupuestos procesales son condiciones de existencia, o sea, requisitos esenciales para el nacimiento y válida constitución de la relación procesal, considerada en sí misma y en sus distintas fases.

Es importante precisar la diferenciación de los presupuestos relativos al contenido material del proceso, de los relativos a la esencia y a los contenidos formales de él. - Los primeros conciernen al derecho penal sustantivo, con independencia de que tengan reflejo obvio en el derecho penal adjetivo. Los segundos atañen, directa e inmediatamente, a la existencia de la relación jurídico procesal, ya que suponen la promoción jurídica procesal.

Por lo que los presupuestos procesales se pueden sintetizar en los siguientes:

- a).- La iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;
- b).- La legítima constitución del Juez, y
- c).- La intervención, la asistencia y, eventualmente, la representación del imputado en los casos y formalidades preceptuadas por la ley.

No obstante lo precedente, los presupuestos procesales sin cuya presencia no puede darse el procedimiento penal auténtico, presuponen un elemento material o material-formal, indispensable para su consideración práctica.

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito, noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos, que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento, etc.), o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la realización plena de la relación mencionada.

En las aludidas condiciones, para que se dé el proceso, resultan indispensables:

- a).- Un órgano jurisdiccional penal, legítimamente constituido.

- b).- Una "jurisdicción penal genérica", sea o no competente para el concreto supuesto fáctico;
- c).- Una relación jurídico penal de carácter sustantivo;
- d).- La presencia del Ministerio Público, y
- e).- La intervención de la defensa.

En función de lo anterior, se colige la necesidad jurídica de todo un conjunto de antecedentes jurídicos, previamente exigibles, para la realización del proceso.

Por lo que hace a las condiciones objetivas de punibilidad, noción esencial e inminentemente de carácter sustantivo penal, son exigencias específicas y concretas, que el legislador establece, con carácter ocasional, para la punición de -- algunos eventos. Como caso típico tenemos V.gr. El delito de adulterio, comprendido en los artículos 273 y 276 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Es posible apreciar una cierta identidad entre dichas -- condiciones objetivas de punibilidad y las denominadas cuestiones prejudiciales, que quedarían conceptuadas como cuestiones de derecho, cuya resolución es presentada como antecedente lógico jurídico, de la estricta problemática sustantiva penal, objeto del proceso, y que atañen a una relación, de naturaleza particular y debatida, y muestran su similitud con los requisitos de procedibilidad (16).

 (16) Pass. Inst. de Invest. Jurídicas, Op. cit., págs. 2647 a 2649.

"En sustancia, puede hablarse de aspectos diversos de una misma cuestión, porque cuando nos referimos a las condiciones objetivas de punibilidad estamos utilizando la perspectiva penal sustantiva en general, y cuando aludimos a cuestiones prejudiciales el enfoque se avoca al conocimiento del punto de vista procesal stricto sensu, enlazando todo ello con los requisitos de procedibilidad como condiciones que han de ser cumplidas en cuanto a trámite previo para proceder contra quien ha infringido una específica norma penal sustantiva" (17).

Para Colín Sánchez, algunas veces, al referirse a la querrela, la ubica dentro de las condiciones objetivas de punibilidad, en otras ocasiones le proporciona a la misma un carácter de auténtico instituto procesal. Por lo tanto, persiste la doble vertiente de significación lingüística. Los requisitos de procedibilidad son: La querrela, la excitativa y la autorización.

Dentro de nuestro ordenamiento sustantivo penal, encontramos una gama de ilícitos en donde es encesario que se de la querrela para el desarrollo completo del proceso, ya que aún y cuando el Ministerio Público al investigar los hechos motivo de la indagatoria consignara al presunto responsable sin reunir los requisitos de procedibilidad (querrela no sería posible llevar a un buen término dicho proceso penal.

La querrela, entre los requisitos de procedibilidad, es

 (17) Ibid., págs. 2648 y 2649.

uno de los más interesantes, particularmente por su problemática. Es una conceptualización generalizadora, mas que nada descriptiva. La querrela es una facultad o derecho potestativo, del ofendido (sujeto pasivo o quien sus derechos represente) por el delito, para hacerlo llegar al conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido.

Recordemos que el Ministerio Público tiene la titularidad de la persecución de los delitos, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 21 constitucional, y por ende, a él compete en exclusiva el ejercicio de la acción penal. Por lo que al Ministerio Público ya sea local o federal, incumbe iniciar un juicio criminal, a través de la consignación, que equivale a demanda en las restantes ramas de enjuiciamiento.

De acuerdo a la interpretación del numeral 21 Constitucional, los Códigos Procesales mexicanos han consagrado el -- principio del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del propio Ministerio Público, los artículos 3 al 8 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el 136 a 140 del Código Federal de Procedimientos Penales, -- así lo avalan. Mismos ordenamientos que son normaciones típicas para los restantes Códigos de las diversas entidades federativas de la República Mexicana.

Este principio citado en el párrafo precedente, tiene -- varias consecuencias dentro del enjuiciamiento penal, ya que

por una parte, el ofendido carece de la calidad de parte, ni siquiera en forma subsidiaria, así lo establece el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que solo concede al sujeto ofendido la facultad de proporcionar elementos que conduzcan a comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del presunto responsable (y, en forma similar, lo preceptúa el artículo 9° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Sólo se admite la participación del ofendido o de sus causa-habientes tratándose de la reparación del daño y de la responsabilidad del presunto responsable, exclusivamente en cuanto otorga perdón tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte o de querrela necesaria, según lo establece el artículo 93 del Código Penal.

El principio del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público ha sido llevado a extremos que, un gran sector doctrinal ha estimado inconveniente, tanto por la legislación como por la jurisprudencia, en cuanto el propio Ministerio Público puede negarse a ejercitar acción penal, o bien, cuando se ha iniciado el juicio, formular conclusiones no acusatorias o desistirse de la acción penal, con efectos vinculatorios para el Juez de la causa, a través de un simple control interno del mismo Ministerio Público, determinado el sobreseimiento definitivo y la libertad del inculcado con idénticos efectos a los de una sentencia ab

solutoria, según lo previenen los numerales 323 a 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 298, fracciones I y II del Código Federal de Procedimientos Penales.

Si el Ministerio Público no realiza la consignación, de siste de la acción penal, o formula conclusiones no acusatorias, el ofendido carece de legitimación para acudir al juicio de amparo solicitando el examen judicial de estas decisiones del Ministerio Público, de conformidad con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 - 1975, segunda parte, primera sala, tesis número 198. Pág. 408).

Situación que reviste suma gravedad, como resultado de lo dimanante tanto en la normación legal como de la tesis jurisprudencial indicada, a lo que se une que la policía judicial, a pesar de su denominación, depende de las ordenes del Ministerio Público, según lo establece el artículo 3º, fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; el artículo 3º, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales; y el numeral 21, párrafo primero de nuestra Carta Magna. (17)

La querrela tiene una doble proyección: sustantiva (ba-

(17) Bis. Pass. Ibid., págs. 2649 a 2650.

jo el aspecto de condición objetiva de punibilidad), y estrictamente procesal (donde toma la configuración de requisito de procedibilidad).

En su aspecto sustantivo, puede ser considerada como -- una manifestación del sujeto pasivo (o de su causabiente) del delito, dirigida a solicitar el castigo del mismo; bajo esta -- concepción queda en estrecha conexión con el perdón, en -- cuanto a derecho.

El fundamento de la institución jurídica de la querrela reside en una doble exigencia:

- a).- En determinados eventos típicos, por su escasa relevancia comunitaria, la ley permite al sujeto pasivo del delito (al titular del bien o bienes jurídicamente tutelados), una determinación volitiva en orden a la misma -- ilicitud del factum, o de la oportunidad o no, de poner -- en movimiento la maquinaria judicial.
- b).- En otros delitos, éstos si de mayor trascendencia socio-comunitaria, la ley remite a la voluntad del sujeto pasivo del delito la elección o no de la vía judicial; V. gr. estupro, artículos 262 a 264; abuso de confianza, -- numerales 382 a 385, del Código penal, entre otros.

La razón de éste segundo supuesto, es que la utilización de la vía judicial podría, en su momento, provocar al -- mismo ofendido un daño mayor que la posible reparación o sa--

tisfacción judicial.

De lo que se colige que, los dos supuestos vienen a desembocar en el principio de la subordinación del interés público al particular, subordinación que es consecuencia de la conveniencia que representa para el Estado el atender el interés particular frente al interés público, o por lo tenue del interés público.

Por lo tanto, la querrela es la excepción a la regla general, ya que la mayoría de delitos se persiguen de oficio, de ahí que la querrela solamente proceda en casos previstos expresamente por la Ley, Códigos o Leyes especiales.

Por lo que hace a los requisitos de procedibilidad de la querrela, la misma la podrán presentar:

- a).- El ofendido (artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales y 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).
- b).- Su representante legítimo, y
- c).- El apoderado, siendo suficiente la tenencia de un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, sin necesidad de acuerdo previo o ratificación del Consejo de administración o asamblea de socios o accionistas, ni poder especial para el caso concreto (artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

to Federal).

En cuanto al contenido de la querrella, ésta incluirá:

- a).- Una relación verbal o por escrito de los hechos o actos por los que se querrella;
- b).- La ratificación ante la autoridad correspondiente, del presentador de la misma.

El propio Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 264, manifiesta que la querrella estará válidamente interpuesta, y por ende debidamente formulada, cuando sea presentada por la parte ofendida independientemente que sea menor de edad.

El derecho de querrella se extingue:

- a).- Por muerte del agraviado;
- b).- Por perdón; .
- c).- Por consentimiento;
- d).- Por muerte del presunto responsable, y
- e).- Por prescripción (18).

Es pertinente recordar, que los delitos que requieren para el ejercicio de la acción penal querrella necesaria o querrella de la parte ofendida, que por concurrir el consentimiento o concederse el perdón se extingue la acción penal, de acuerdo a nuestro Código Penal vigente para el Distrito Fede

(18) Pass, Ibid, págs. 2650 a 2651.

ral, son los siguientes:

Daño en propiedad ajena y lesiones con motivo del tránsito de vehículo, cuando el conductor no esté ebrio o bajo -- los efectos de drogas o sustancias que produzcan efectos similares, y no se de a la fuga (artículo 62); peligro de contagio venereo entre conyuges (artículo 199 bis); estupro (artículo 260); adulterio (artículo 274 y 276); lesiones intencionales que sanen en menos de quince días (artículo 289, párrafo inicial); difamación o calumnia con extensión a favor del cónyuge (artículo 360); abandono a personas (artículo 337); robo o fraude, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieren participado en la ejecución del delito con los sujetos mencionados (artículo 399 bis) y, abuso de confianza (artículo 385).

Para el inicio de la indagatoria, será indiferente que exista la denuncia o la querrela, ya que por cualquiera de dichos medios puede iniciarse la investigación. "Por el contrario, en los delitos perseguibles por querrela necesaria, como en el abuso de confianza, estupro, rapto, adulterio, injurias, difamación, delitos de daño en propiedad ajena, cometidos en el tránsito, etc., o en ciertos delitos patrimoniales cometidos por parientes colaterales o afines, la obligación impues-

ta al ofendido, se convierte en facultad; se abandona a la voluntad del quejoso la investigación del delito y la promovilidad de la acción penal". (19)

En la denuncia es posible hacer una investigación tan amplia como la habilidad del Ministerio Público lo permita, de ahí que en la etapa de indagación no existan limitaciones para determinar la modalidad del delito cometido, -- por lo que si el Fiscal conoce a la perfección las particularidades de los ilícitos, no le será difícil encontrar los elementos que constituyan cada ilícito, ya que incluso buscará los mismos para integrar debidamente el tipo en su modalidad idónea, ya sea como un delito doloso, imprudencial o preterintencional.

V.I.2. La declaración primordial del presunto responsable.

El presente apartado se refiere a la primera afirmación que hace el acusado ante el Ministerio Público, de los hechos que se investigan, donde el mismo manifiesta su versión de los acontecimientos que se indagan, declaración que para nuestro tema central reviste una gran importancia, en virtud de que será esta manifestación de acontecimientos del presunto responsable, la que nos dará la pauta para determinar acertadamente si el ilícito investigado reviste una modalidad preterintencional, partiendo de que en ésta forma de responsabi-

(19) Juan José González Bustamante, Op. cit., pág. 127.

lidad existe una conducta con resultado culposo, mismo que re
basa la intención del transgresor.

Con lo anterior no queremos decir que la declaración --
del presunto responsable por si sola servirá para determinar_
si existe la modalidad preterintencional en un ilícito, sino
que dicha declaración servirá de mucho para establecer la par
ticularidad del ilícito, considerando los demás elementos que
existan en la indagatoria. Ya que para fincar la responsabili_
dad del agente activo de un ilícito, no basta con la confe---
sión de culpabilidad del mismo, sino que dicha confesión debe
rá estar avalada con otros elementos que la hagan verosímil y
la acrediten de manera fehaciente.

En relación a la confesión, ha expresado la Suprema Cor_
te de Justicia de la Nación:

" CONFESION COACCIONADA, DETENCION PROLONGADA.- Es cri-
terio reiterado de esta sala, que la prolongada detención de
un indiciado, durante la cual se encuentra a disposición de -
quienes lo detienen y bajo la presión que esta circunstancia -
produce, indudablemente ocasiona sobre él una coacción moral
que afecta su mente para declarar con plena libertad y que ne
cesariamente le resta validez a la confesión que emite ante_
el agente del Ministerio Público, por lo que si no hay algu-
na otra prueba que robustezca esa confesión, debe decirse que
ésta, dadas las condiciones dentro de las cuales se rinde, no
tiene valor de convicción suficiente para comprobar por sí --

sola la responsabilidad del inculpado en el delito materia de la condena."

Amparo directo 1698/79. José Angulo Zavala. 9 de Noviembre de 1979. Mayoría de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidente Ernesto Aguilar Alvarez.

Semanario Judicial, Séptima época. Volúmenes 127-132-Julio-diciembre de 1979. Segunda parte. Primera sala, página -- 62.

Sostiene la misma tesis:

Amparo directo 5227/78. Carlos Cornejo Gallegos y otros 7 de septiembre de 1979. Mayoría 3 votos. Ponente Raúl Cuevas Mantecón. Disidentes: Manuel Rivera Silva y Ernesto Aguilar - Alvarez.

Precedentes;

Séptima época:

Volúmen 40. Segunda parte, pág. 25

Volúmen 90. Segunda parte, pág. 17

Volúmen 193 - 108. Segunda parte, pág. 39

"CONFESION DEL REO.- Si la confesión del reo no está -- contradicha por prueba o por presunciones que la hagan inverso símil, debe ser aceptada en su integridad."

Tomo IV - Huerta, Enrique	259.
Tomo XV - Arteaga, Patricio	954.
Tomo XVI - Torres, Emilio	286.
Rivas García, Jesús	444.
Tomo XXVI - Mendoza, Juan	2501.
Jurisprudencia número 254, apéndice al Tomo CXVIII, pág. 493.	

La declaración que ~~hace~~ hace el presunto responsable, es la manifestación que éste hace, relacionada con los hechos que se investigan, ante el Ministerio Público o la Policía Judicial, es decir, ante la autoridad investigadora. Todo ello -- con la finalidad de aportar elementos para el esclarecimiento de los hechos, constituyendose de esa manera la declaración en un medio de prueba, que tendrá un determinado valor en el proceso; de dicha declaración es posible obtener elementos que, si el caso lo amerita, serán la pauta para la práctica de diversas diligencias. Todas las diligencias practicadas -- por el Ministerio Público tendrán como objetivo, el encontrar elementos suficientes que conduzcan a dilucidar o descubrir la verdad.

Para el desahogo de el interrogatorio, a que se sujeta a el presunto responsable de los hechos que se investigan, el Ministerio Público se ve obligado a hacerle al mismo diversos cuestionamientos, los que serán vertidos en la averiguación -

previa por medio de la propia declaración del indiciado. La declaración puede hacerse de manera espontánea y, en forma provocada, esta última a través de interrogatorio.

De ahí que, tanto la declaración espontánea como la provocada, constituyan un medio de prueba, en beneficio o en contra, y el interrogatorio, un recurso para obtenerla, en tanto pueda aportar indicios sobre la verdad material. El interrogatorio, en la etapa de la averiguación previa, se encuentra a cargo del Ministerio Público, ya que este servidor es el que tiene el monopolio de la persecución de los delitos, para lo cual deberá desahogar las diligencias que conduzcan a tal fin.

En la indagatoria o averiguación previa, el Ministerio Público, antes de tomar la declaración al presunto responsable, lo exhorta para que se conduzca con verdad en las diligencias que va a intervenir, ello obedece a que de acuerdo a nuestra Carta Magna nadie puede ser compelido a declarar en su contra. La falta de dicha formalidad no invalida el acto, o sea que resulta intrascendente su omisión. Por lógica, es necesario que antes de vertir su declaración el presunto responsable, tenga conocimiento de los hechos que investigan, así como de los datos que lo vinculan a los mismos.

El interrogatorio que se le formule al indiciado será tomando como bases esenciales del mismo, los aspectos positivos y negativos del delito. Por lo que el cuestionamiento que

se le formule al presunto responsable deberá estar encaminando a precisar si existen los siguientes elementos:

- 1.- Conducta (de acción u omisión) o hecho, o ausencia de conducta (vis mayor o fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, Vis absoluta o fuerza física irresistible proveniente del hombre, Vis compulsiva o miedo grave, temor fundado, desarrollo intelectual retardado, trastorno mental transitorio, el hipnotismo, sonambulismo y movimientos reflejos).
- 2.- Tipicidad (adecuación de la conducta o hecho al tipo penal del Código Sustantivo), lo que prácticamente facilitará una denominación específica de conducta o hecho, de acuerdo a la catalogación contenida en la propia ley; o bien la atipicidad (la conducta o hecho no se adecua al tipo penal por ausencia de uno o más de los requisitos establecidos en el mismo), para cuyo efecto es necesario inquirir acerca de los siguientes aspectos: ausencia de calidad exigida por la ley al sujeto activo y pasivo, falta de objeto material o de objeto jurídico, ausencia de referencias temporales y espaciales exigidas por el tipo, la no realización de la conducta o hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley, y falta de elementos del injusto legalmente exigidos.
- 3.- Antijuridicidad (si se actuó con violación a derecho),-

- o ausencia de antijuridicidad; es decir, el interrogatorio deberá conducir a precisar si el sujeto activo se colocó en alguna hipótesis de causa de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho o el impedimento legítimo.
- 4.- Imputabilidad (capacidad de querer y entender), elemento muy importante. El interrogatorio podrá contribuir a precisar dicho elemento, pero no necesariamente será el interrogatorio donde se determine.
- 5.- Inimputabilidad (ausencia de capacidad de querer y entender), aspecto negativo del delito, que igualmente puede desprenderse del interrogatorio, o por lo menos, a partir de éste, se pueden fijar ciertas premisas para que se le dé intervención a un psicólogo o psiquiatra, a efecto de que examinen a un sujeto y nos determinen si el mismo tiene capacidad de querer y entender, ello a través de un dictamen; sin olvidarnos que la culpabilidad tiene como antecedente de sustentación a la imputabilidad; por lo que se le cuestionará, según el caso que se trate, si en el presunto responsable existió algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impidió comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión (artículo 15, fracción II, del Código Penal para el Distrito Fede

ral); Así mismo, se le preguntará si existió miedo grave sordomudez, o alguna otra circunstancia que haya anulado la capacidad de querer y entender del agente.

- 6.- Culpabilidad en cualquiera de sus formas (dolo, culpa o preterintención), es materia del interrogatorio, que se sustentará a base de preguntas dirigidas a precisar: si la voluntariedad de la conducta se encaminó directamente a producir el acto o hecho, típicos; si el sujeto se propuso un fin, a pesar de estar cierto que se producirían otros resultados antijurídicos, ajenos a su voluntad con tal de lograr los propósitos rectores de conducta; si el agente tuvo la intención de delinquir, sin proponerse causar un daño especial; si el sujeto se propuso un daño determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y, a pesar de ello, no retrocedió en su propósito inicial; si la conducta se realizó sin la voluntad de producir el resultado típico, pero éste surgió, a pesar de lo previsible y evitable, por no poner en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas; si el agente previó el resultado como posible, pero no solamente no lo quiso, sino que abrigó la esperanza de que no ocurriría, o bien, si no fue posible que previera el resultado por ser imprevisible e inevitable (caso fortuito); por último, si el agente se propuso cometer un delito doloso (base), pero por culpa --

del propio agente, se produjo un evento no querido más grave, vinculado este daño a la intención inicial del agente activo, por un nexo causal.

7.- Inculpabilidad (ausencia de culpabilidad, es decir, de conocimiento y voluntad), para determinar es obligado que el interrogatorio propicie las respuestas necesarias para saber si se anuló la culpabilidad, ya sea por error de hecho o de derecho, esencial e invencible o -- por la no exigibilidad de otra conducta, en el resultado típico.

8.- Punibilidad (consecuencia del delito) o su aspecto negativo (excusas absolutorias); para su operancia, mucho -- tendrá que ver el resultado del interrogatorio, aunque no dejamos de advertir que tiene como presupuesto indispensable el delito mismo, con todos sus elementos. (20)

Los precedentes ocho elementos, son la base fundamental para determinar en las respuestas al interrogatorio, con toda certidumbre, el grado de culpabilidad del presunto responsable, de manera casi completa (en virtud de que será necesario también considerar otros elementos de la indagatoria para no incurrir en craso ----- error), pero desafortunadamente, de hecho, el interrogatorio no se lleva a cabo tocando -

 (20) Pass. Guillermo Colín Sánchez, "Der. mex. de procedimientos penales", Ed. porrúa, Méx. 1989, págs. 306 a -- 308.

los citados elementos, ello en perjuicio de las personas involucradas en los diversos ilícitos.

Es necesario precisar que, cuando el presunto responsable declara espontáneamente los hechos que se investigan, o contestando el interrogatorio, su declaración de acuerdo al momento procedimental en que se emita, se denominará primordial o indagatoria, o bien preparatoria; ambas, por su peculiaridad, pueden ser susceptibles de adquirir el carácter de confesión.

Por lo tanto, la declaración primordial o indagatoria es la que rinde el presunto responsable en la averiguación previa, y la preparatoria, dentro de término de 48 horas a que se refiere el numeral 20, fracción III, de nuestra Carta Magna.

El concepto confesión, ha sido concebido por diversos autores, a saber:

MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON: "La palabra confesión proviene del latín confessio que significa declaración que hace una persona de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otra" (21). Evidentemente la misma deberá ser rendida ante alguna autoridad que conozca de la causa, ya sea administrativa o judicial, en cualquier etapa pro

(21) Op. cit., pág. 143.

cesal.

JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE: "La confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, acerca de la verdad de un hecho, y se divide en simple o compuesta, expresa o tácita, divisible o indivisible, calificada, judicial o extrajudicial y circunstanciada" (22). División que sólo es reconocida en tantas variantes por la doctrina.

MANUEL RIVERA SILVA: "La confesión es el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad" (23).

GUILLERMO COLIN SANCHEZ: "La confesión es un medio de prueba, a través del cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado parte, en alguna forma, en los hechos motivo de la investigación" (24).

FERNANDO ARILLA BAZ: "La confesión es al reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos, constitutivos de delito, que se le imputan" (25).

Por lo tanto, se puede concluir que, la confesión va a ser la manifestación que hace el indicado ante la autoridad,

(22) Op. cit., pág. 339.

(23) Op. cit., pág. 211.

(24) Op. cit., pág. 308.

(25) "El procedimiento penal en México", Ed. Karatos, Méx., 1989, pág. 107.

en la etapa preprocesal o procesal, de los hechos que se investigan, donde el propio acusado reconoce haber participado en los mismos, independientemente del grado de responsabilidad que derive de dicha intervención.

El autor Colín Sánchez, considera que la confesión no es necesariamente el reconocimiento de culpabilidad que hace el presunto responsable de los hechos que se le imputan, sino que mas bien es la aceptación de su intervención en los mismos, que sirve como indicio para esclarecer los hechos que se investigan, ya que dicha manifestación de los acontecimientos alcanzará el carácter de confesión, hasta que sea corroborada por otros elementos. De lo que se infiere que la confesión no implica necesariamente culpabilidad penal del confesante, ya que la misma declaración será base para posteriores investigaciones, de donde se dilucidará de manera mediata o inmediata, si el extenante (confesante) es culpable o no lo es, atendiendo a la circunstancia de que en una actitud pueden existir causas de justificación o excluyentes de responsabilidad.

Por lo tanto, la confesión entendida como participación del sujeto extenante en los hechos, en algunos casos será:

- 1.- La admisión total del delito;
- 2.- La aceptación de algunos elementos del delito;
- 3.- El reconocimiento de ciertos elementos del tipo y,

4.- Un medio para la integración del tipo.

En el primer supuesto, se estará reconociendo la autoría de la conducta o el hecho, reconocimiento que se adecua en forma total al tipo penal preestablecido.

En el segundo supuesto, el agente señala haber realizado la conducta o el hecho típico, pero bajo alguna causa de justificación.

En el tercer supuesto, de la declaración del presunto responsable, sólo se desprenden ciertos elementos del tipo - V. gr. haber tenido relaciones sexuales (cópula) con una persona, pero existiendo resistencia del pasivo al principio, éste accedió al ayuntamiento carnal por propia voluntad, finalmente, sin que mediara para ello violencia física o moral de parte del sujeto pasivo.

En el cuarto supuesto, la confesión es un medio de integración del tipo, cuando alguno de los elementos del injusto, por disposición expresa de la ley, se da por comprobado con aquélla; tal es el caso de situaciones previstas en el código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los numerales 115, fracción II, y 116.

La doctrina ha hecho diversas clasificaciones de la confesión y la ha catalogado como: judicial, extrajudicial, expresa, ficta, pura o simple, calificada, espontánea, juramen

tada, etc., clasificaciones de las que únicamente analizaremos brevemente las dos primeras por ser trascendentes para el fin perseguido en el presente apartado.

La confesión judicial, es la que se emite ante los órganos jurisdiccionales. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 136, manifiesta: "la confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Concepto que en su última parte se encuentra herrado, ya que considera como autoridad judicial a la policía judicial, situación que es falsa en nuestro régimen jurídico.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales manifiesta en su artículo 207: "la confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, Juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

La confesión extrajudicial, es la que se produce ante algún órgano distinto de los jurisdiccionales. Entre los que podemos encontrar al Ministerio Público, dentro de la averiguación previa; y a la Policía Preventiva, particulares, Presidentes Municipales, entre otros, como sujetos ajenos al procedimiento.

La confesión es posible emitirla, de acuerdo a los numerales 137 y 207 del Código de Procedimientos Penales y Federal, respectivamente, ante el Ministerio Público, en la averiguación previa; y ante el Juez instructor, desde el momento en que se comparece ante éste o en cualquiera de las etapas procedimentales posteriores.

Ahora bien, en nuestra legislación, la confesión debe reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 249, que expresa:

- I.- Que esté plenamente comprobada la existencia del delito, salvo lo dispuesto en los artículos 115 y 116;
- II.- Que se haga por persona no menor de dieciocho años, en contra, con pleno conocimiento, sin coacción ni violencia física o moral;
- III.- Que sea de hecho propio;
- IV.- Que se haga ante el Ministerio Público, Juez o Tribunal de la causa, y en presencia del defensor o persona de su confianza y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento y del proceso;
- V.- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones

que la hagan inverosímil a juicio del juez".

Así mismo, el Código Federal de Procedimientos Penales, establece los requisitos que deberá reunir la confesión, al manifestar en su artículo 287;

- I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, - con pleno conocimiento y sin coacción, ni violencia física o moral;
- II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculcado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso;
- III.- Que sea de un hecho propio, y
- IV.- Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil".

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener declaraciones si lo hace éstas carecerán de todo valor probatorio".

De los artículos precedentes se colige que, el Legislador al crear los mismos quiso establecer determinados requisitos para la confesión, así pues, en el numeral 249 fijó como presupuesto:

- a).- La comprobación del cuerpo del delito;
- b).- Requisitos de edad;

- c).- El pleno conocimiento;
- d).- Que lo manifestado sea contrario al que lo emite;
- e).- La espontaneidad;
- f).- Que sea hecho propio;
- g).- Que lo confesado sea ante el Juez o tribunal de la causa y,
- h).- La ausencia de elementos que la hagan inverosímil.

Por su parte, en el numeral 287, estableció para la confesión los siguientes requisitos:

- a).- La mayoría de edad;
- b).- La conciencia del confesante, de lo que expresa;
- c).- Vedo la incomunicación al confesante, o alguna otra situación que afecte su voluntad de expresión.
- d).- La confesión realizada ante autoridades administrativas no facultadas para recibirla, estará afectada de nulidad, hasta en tanto, sea ratificada ante la autoridad competente;
- e).- Excluye la "confesión" de un hecho ajeno, al que lo expresa y,
- f).- Que sea crible, lo manifestado por el confesante.

En consecuencia, la confesión tiene un valor pleno, cuando se reúnen los requisitos que establecen los numerales: 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, ambos artículos, con sus respectivas fracciones.

Así también, la confesión hará prueba plena para acreditar

tar el cuerpo del delito, en los casos previstos en los artículos 174 y 177, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al numeral 279 del mismo ordenamiento.

La declaración del presunto responsable, es posible que sea vertida por éste negando los hechos que se le imputan, en tal hipótesis, dicha declaración no favorecerá nada al acusado, si tal afirmación no está avalada por elementos convincentes de prueba que la respalden. Dado que, toda afirmación deberá estar apoyada y justificada, por pruebas que la avalen, según se desprende del artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La retracción de la confesión, es el revocar lo manifestado de una manera expresa. Del numeral 248 antes citado, se colige que el que se retracta deberá manifestar los elementos en que se apoya para desconocer importancia a lo primeramente manifestado, de ahí que, para que tenga valor la retracción, deberá estar apoyada con datos y pruebas que sean bastantes para justificarla jurídicamente.

La primera declaración, tiene mayor validez a las posteriores, en virtud de que la misma al ser rendida se produce cuando ha transcurrido poco tiempo de los hechos investigados, y en donde el presunto responsable no ha sido asesorado, ni ha meditado los mismos, por lo que dicha declaración debe prevalecer sobre las posteriores, si no existen elementos fehacientes que la desvirtuen o destruyan.

Respecto a la primera declaración la Suprema Corte de Justicia ha expresado:

"CONFESION, VALOR DE LA PRIMERA.- El juzgador debe estar a la primera de las manifestaciones del acusado, cuando es bien sabido no se hacen valer cerca de éste influencias extrañas que lo determinan al alterar los hechos para mejorar su situación jurídica".

Quinta Epoca; Tomo CXXVI, Pág. 647. A.D. 71/55. unanimidad de 4 votos.

"CONFESION.- Merece mayor crédito la confesión que rinde el acusado al ser examinado por primera vez, que las posteriores rectificaciones, especialmente si la primera está corroborada por otros elementos probatorios, y las otras carecen de base de sustentación, pues éstas por regla general, obedecen a sugerencias del defensor, para engañar a la justicia, y la sentencia que condene fundándose en dicha confesión, no viola ninguna garantía constitucional".

Quinta Epoca: Tomo CXVII, Pág. 196. A.D. 3777/55. 5 votos.

"CONFESION PRIMERA.- El juzgador debe estar a la primera de las manifestaciones del imputado, cuando es bien sabido -- que el agente hace un relato cierto, sincero y verdadero de la conducta desplegada, por ser vertido, en el tiempo próximo a la realización del evento".

Amparo Directo 1922/56. Agosto 18 de 1956. Unanimidad 4

votos. 1a. Sala Tomo CXXIX, Pág. 534.

Manifiesta adecuadamente Colfn Sánchez: "Es oportuno -- volver a insistir en nuestra seguridad respecto a la utilidad y pertinencia de un sistema libre en el que sí impere la 'valoración crítica' suficientemente razonada y fundada" (26). - Lo que significa que la confesión deberá ser valorada conjuntamente con otras pruebas para no incurrir en injusticias.

De lo cual se colige que, la confesión en la actualidad ha dejado de ser la reina de las pruebas (la regina probatio-num), para convertirse en un elemento mas, cuya justa valoración, provocará que el juzgador emita un fallo acorde a derecho, con justicia y equidad. No por ello soslayamos que, aún y cuando la misma constituye un elemento para la valoración de una situación en particular, es quizá una de las más trascendentes, y en ocasiones constituye un elemento definitivo para fundar una sentencia, cuando existen otros elementos -- convincentes en el juicio en cuestión, convirtiéndose en tal situación la confesión en un elemento de prueba contundente, V.gr. Pedro Páramo en su declaración manifiesta que se apoderó de un bien mueble, que se encontraba en el interior de un vehículo estacionado en la vfa pública, sin consentimiento y sin derecho del que podía disponer de el con arreglo a la ley, en tal caso la confesión del presunto res-

(26) Op. cit., pág. 322.

ponsable no justifica el cuerpo del delito, sino que deberán acreditarse los requisitos que establece el artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

V.I.3. Los dictámenes periciales (psicológico o psiquiátrico)

Los dictámenes periciales emitidos por el psicólogo o psiquiatra, serán un trascendente instrumento que auxiliará al Ministerio Público en su tarea investigadora. Volvemos a reiterar que dichos peritos (psicólogo o psiquiatra) solo intervendrán cuando el Ministerio Público lo solicite, la participación del Fiscal a los peritos para que emitan su dictamen, no solo será en tratándose de una persona en apariencia trastornada en su intelecto o que sufra desarrollo intelectual retardado, sino también en los casos en que el presunto responsable guarde absoluto mutismo, o haya duda por parte del Ministerio Público, en el sentido de que el acusado trate de ocultar determinadas tendencias, en tal caso, el perito con su oportuna intervención facilitará la investigación, ya que sus dictámenes nos permitirán conocer la manera de ser del agente y ello nos conducirá a saber si es posible que hayan ocurrido los hechos manifestados por el acusado, como el mismo los relata.

El autor Colín Sánchez, manifiesta que en la comisión de un delito, "...En general, no es algo que surja de improviso, de una decisión improvisada, es el producto de una ma-

duración interna, más o menos larga o compleja, y en la cual entran en juego diversos factores; es todo el resultado de un proceso interior, cuyos más lejanos orígenes están en las fases de la vida del hombre, razón por la cual toda política -- criminológica ha de tener siempre como punto de partida el estudio de la personalidad del delincuente." (27)

Es innegable que la persona que perpetra un delito con modalidad dolosa, lo realiza habiéndolo meditado anteriormente a su comisión, aún y cuando la conducta no produzca el resultado esperado por el agente, en la sola decisión de delinquir entran en juego factores psicológicos y sociales, los -- que de concierto determinan a el agente a asumir una cierta actitud, lo que finalmente traerá como resultado la comisión de un ilícito. Por lo consiguiente, la conducta desplegada por el sujeto es posible apreciarla con un test o una entrevista, elementos que tendrán mayor valor si son realizados mo mentos después de la comisión de un ilícito, en circunstancias en donde el agente se encuentre ajeno a todo tipo de influencia que pueda restar mérito a los mismos. La oportunidad que se nos presenta y quizá la única, de apreciar verdade ramente y de manera neutral la personalidad del presunto responsable, es a nivel de averiguación previa, donde el agente se encuentra, en ocasiones, desconcertado por su propia acti-

(27) "Así habla la delincuencia", México., Ed. Porrúa, 1989, pág. 178.

tud, donde se encuentra ajeno a toda comunicación con su abogado u otras personas que le indiquen que declarar, donde no ha sido aleccionado para que de determinadas respuestas si se le practica un exámen de personalidad.

El interrogatorio que le formula en la fase indagatoria el personal del Ministerio Público al presunto responsable, si no se realiza de manera insistente y con cierta presión psicológica (ello no implica amenazas o situaciones análogas), no se obtendrá, por lo general, elementos que ayuden a integrar debidamente la indagatoria. Por lo que nosotros estamos convencidos que el examen de personalidad constituye un elemento indispensable, que nos podrá arrojar mayores datos, para que en el momento de resolver una indagatoria, se determine adecuadamente la misma, y sin cometer injusticias para con el presunto responsable, o con las demas personas relacionadas en el misma averiguación. El dictamen psicológico o psiquiátrico, no solo servirán en la etapa preprocesal, sino también en la procesal, donde el presunto responsable ya se encuentra más conciente de su situación y tratará de salir de la misma lo mejor librado posible. Por lo tanto, si en la etapa procesal ya obra en actuaciones un examen de personalidad del presunto responsable, se contará con determinados elementos que servirán como indicadores, de la manera de ser del presunto responsable, a los que no podrá sustraerse el mismo, aun que lo desee. Semejante situación se -

da, si el indiciado ha declarado lo más ampliamente posible - (reuniendo los elementos del tipo) ante el personal del Ministerio Público a nivel de averiguación previa, donde el acusado manifestará algunas situaciones que dejarán entrever su idiosincrasia, misma que nos permitirá apreciar, si existe la posibilidad de que los hechos investigados hayan ocurrido como lo manifiesta el presunto responsable. Como ejemplo de que en ocasiones al indiciado, previamente a su examen psicológico se le asesora, tenemos lo manifestado por Salvador Castañeda: "Recordó, poco antes de pasar a la subdirección (Para que se le practicara a un examen psicológico), las recomendaciones de las mujeres de trabajo social, con las que ellos tenían -- una buena amistad, que no sólo les permitía obtener información sino, como en este caso, prevenirlos: los van a poner a dibujar figuras humanas, les dijeron, y hay que hacerlas sin orejas, con las manos abiertas y la boca cerrada, no recalcar los trazos, tampoco con mucho detalle. Les pedirán dos figuras: una masculina y otra femenina, en este caso empiecen siempre con la masculina y si una de ellas la dibujan incompleta, lo mismo deben hacer con la otra. También dibujarán una casa, en este caso dejen las puertas y ventanas abiertas, no le pongan camino para llegar a ella..."(28)..

Para la práctica del examen de personalidad, no queremos pasar por alto que, de hecho, el Ministerio Público por

(28) "¿Por qué no dijiste todo?", Méx., Ed. Grijalbo, 1980, pág. 17.

lo general, labora a "marchas forzadas", por la presión de tiempo que sobre él se ejerce, para que sea resuelta lo más pronto posible la situación jurídica del detenido, ello no obsta para que al presunto responsable se le practique un exámen de personalidad, mismo que no tomará mucho tiempo y servirá a nivel judicial como ingrediente, para que el juzgado dicte una sentencia.

El Ministerio Público a nivel de averiguación previa tiene como finalidad, recoger los elementos que le sea posible, para una futura consignación, a fin de obtener las bases para que el Juez individualice la pena, de acuerdo al caso concreto que se le someta a su consideración. Así se colige de los numerales del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 284: "Los funcionarios del Ministerio Público y de la policia judicial asentarán, en el acta que levanten, todas las observaciones que puedan recoger acerca de las modalidades empleadas para cometer el delito."

Artículo 285: "Los mismos funcionarios asentarán también en dicha acta todas las observaciones que acerca del carácter del delincuente hubieren recogido, ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante la detención del presunto responsable, o bien durante la prácti

ca de las diligencias en que hubieren intervenido...".

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales establece similares disposiciones, al expresar que el acta de policía judicial deberá contener, según el artículo --124: "El resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan", y "Los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar."

De esta manera concluimos el presente apartado y dimos respuesta a la pregunta que nos planteamos en el capítulo anterior, punto uno que dice: ¿A caso un psicólogo o un psiquiatra no podrían intervenir momentos después de la comisión de un ilícito y evaluar si el resultado final de un delito se debió a un delito preterintencional o algún otro tipo de ilícito?.

V.1.4. La consignación penal como delito preterintencional

La palabra consignación proviene del latín consignare y significa sellar o firmar.

Una vez "agotada" la investigación por parte del Ministerio Público, éste puede, si se han acreditado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, determinar como resolución a la denuncia o querrela, una consignación.

La consignación da inicio al ejercicio de la acción penal, para lo cual se requiere que el Ministerio Público haya

dado satisfacción al artículo 16 Constitucional, "...Precepto que, sin embargo, no habla de consignación ni de acción penal, sino sólo, en la porción que ahora nos interesa, de los supuestos del libramiento de la orden de aprehensión" (29). De la interpretación textual del numeral 16 referido, se infiere que no se exige del Fiscal la comprobación del cuerpo del delito, sino únicamente se le reclama que acredite la presunta responsabilidad del agente. Por lo tanto, el artículo en cuestión, a nuestro juicio, al igual que para García Ramírez, se encuentra incompleto, ya que es necesario que la presunta responsabilidad del agente se refiera a un delito en particular, y si éste no se encuentra acreditado, no se podrá hablar de presunta responsabilidad.

Por lo tanto, la comprobación del cuerpo del delito es un elemento esencial previo a la consignación, ya que sobre aquél versa ésta. de ahí que competa al Ministerio Público el acreditar el cuerpo del delito como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal.

Los dos presupuestos de la consignación son: el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. Por lo que no podrá existir acción penal, si previamente no se han acreditado los dos elementos citados, es decir, si el Fiscal omite designar el delito imputado o el delincuente.

(29) Sergio García Ramírez, Op. cit., Pág. 404.

La consignación es concebida por diversos autores, a saber:

GUILLERMO COLIN SANCHEZ: "La consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejerce la acción penal, poniendo a disposición del juez -- las diligencias o al indicado, en su caso, iniciándose con ello el proceso penal". (30)

CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO: "La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y, en virtud de la cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas o cosas relacionadas con la averiguación previa, - en su caso" (31).

MANUEL RIVERA SILVA: La consignación de la necesidad de ir a excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto (32).

En consecuencia, la consignación es un acto procedimental que realiza el Ministerio Público, ante el órgano jurisdiccional, cuando de las diligencias se ha acreditado el --

 (30) Op. cit., pág. 239.

(31) Op. cit., pág. 25.

(32) Op., cit., pág. 45.

cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del agente, solicitándole o requiriéndole que se aplique la ley penal por el delito cometido, para lo cual le remite al detenido, y en su caso, las diligencias practicadas (tratándose de consignación sin detenido), y pone a disposición del mismo -- los objetos relacionados con éstas, si los hubiere, iniciándose así la etapa procesal penal.

El cuerpo del delito se encuentra definido en el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el que expresa: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite al existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho -- efecto previene este código."

Como se observa, el cuerpo del delito se integra con el total de los elementos contenidos en el tipo penal, es decir, con elementos objetivos, subjetivos o normativos; por lo -- tanto, el cuerpo del delito es el conjunto de elementos contenidos en el tipo penal, en relación a ejecución y circunstancias (33).

"Por lo que hace a la probable responsabilidad, se en---
tiende la posibilidad razonable de que una persona determina

[33] Pass, Cesar Augusto Osorio y Nieto, Op., cit., pág. 24.

da haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriben elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción, preparación o ejecución o inducir o compe ler a otro a ejecutarlos" (34). Lo que significa que para -- acreditar la presunta responsabilidad, el agente se deberá - ubicar en tiempo, modo, circunstancia y ocasión, en el cua-- dro de los hechos. De ahí que se requieran meros indicios pa ra acreditar la presunta responsabilidad del agente, ya que la plena convicción del compromiso del indiciado con los he chos que se investigan será materia de la sentencia.

Por su parte, la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su numeral 3º, fracción - III, establece que el Ministerio Público, en su carácter de representante social tiene como atribuciones: "Practicar las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del - delito y la probable responsabilidad de quienes en ellos hu- bieren intervenido, para fundamentar en su caso, el ejerci- cio de la acción penal." Más adelante el mismo numeral en su inciso "B", fracción II, reconoce como atribución del Minis terio Público "Ejercitar la acción penal ante los juzgados_ competentes por los delitos de orden común, cuando exista de nuncia, o querrela, y esté comprobado el cuerpo del delito -

(34) Ibid., pág. 25.

y la probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido...".

Por lo tanto, se puede concluir que, a nivel de averiguación previa, es posible realizar una consignación por un delito con modalidad preterintencional, considerando los elementos ya citados a lo largo del presente capítulo, como son: La denuncia o la querrela, la declaración del presunto responsable, los dictámenes psicológico o psiquiátrico. Elementos que en su conjunto nos podrán aportar indicios para poder determinar si un ilícito tiene una modalidad preterintencional, no con ello queremos decir que dicha determinación sea la última palabra, ya que hasta el término del proceso será posible determinar si la actitud del agente tuvo una modalidad ultraintencional u otra modalidad delictiva.

Lo que pretehdemos es que aquellas actitudes asumidas por el agente, que de alguna manera presuman la comisión de un delito preterintencional, sean resueltas con total apego a derecho y con plena seguridad, es decir, nuestra propuesta es en el sentido de que les sea practicado una entrevista -- por una trabajadora social al presunto responsable y además, que un psicólogo o un psiquiátra determinen acerca de la personalidad del agente, si el mismo es posible que no haya querido de manera directa el resultado que obtuvo al desplegar una determinada conducta. Elementos que conjugados con los citados en el presente capítulo, arrojarían indicios sobre -

las tendencias del agente activo. Lo anterior obedece a que pensamos que es mejor hacer algo para investigar la modalidad de un ilícito que el no hacer nada y dejar la investigación para la etapa procesal.

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN DIVERSOS CODIGOS PENALES

El presente apartado nos proporcionará una semblanza "a vuelo de pájaro" de como es concebido el delito preterintencional y la sanción al mismo, en los diversos Códigos Penales de la República Mexicana, se hace la aclaración que en nuestro país aún existen Estados en donde no se incluye la preterintencionalidad como tercera forma contingente de delinquir, por lo que únicamente se citarán los Códigos que sí incluyen en su Código Penal la ultraintencionalidad de manera específica. Después del nombre del Estado a que pertenece cada Código, se encuentra un número encerrado entre paréntesis, el que indica el año de la ley citada.

El Código Penal para el Estado de Baja California Norte (1989), en su numeral 15, fracción III, indica: "Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico más grave al querido, si aquél se produce culposamente". En su artículo 77, establece la sanción, para lo cual expresa: "Al responsable de un delito preterintencional, el juez podrá reducirle la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

El Código Penal para el Estado de Baja California Sur (1982), en su artículo 12, fracción II, dice que el delito: "Es preterintencional, cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría". En el capítulo de sanciones no tiene ningún nume

ral que contenga penalidad para el ilícito ultraintencional, quizá ello obedece a alguna omisión del legislador.

El Código Penal para el Estado de Sonora (1985), en su artículo 6º, último párrafo, expresa: "Existe preterintencionalidad, cuando se causa daño mayor al que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado". Más adelante, en su numeral 66, establece la sanción al delito preterintencional, al expresar: "El delito preterintencional se sancionará con las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional".

El Código para el Estado de Durango (1983), establece el concepto de delito preterpropositum en su numeral 17, al manifestar: "Existe preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor al que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto al daño querido y culpa con relación al daño causado". Y en su artículo 68, fija la sanción al decir: "Al responsable de un delito preterintencional se le aplicará prisión de un mes a nueve años atendiéndose a lo que dispone el artículo 66 (éste se refiere a las causas exteriores de ejecución y peculiares del delincuente) y a la sanción que le correspondería al delito si fuere doloso".

El Código Penal para el Estado de San Luis Potosí (1986) conceptúa el delito preterintencional en su artículo 6º último párrafo, que dice: "El delito es preterintencional cuando se cause un resultado mayor que el querido o aceptado, habiendo

dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado". Por su parte, el numeral 61 se encarga de establecer la sanción al expresar: "A los responsables de de lito preterintencional se les impondrá, desde una tercera -- parte hasta las tres cuartas partes de la sanción que debiera imponérseles en caso de que fuera delito intencional".

El Código Penal para el Estado de Querétaro (1987), en su artículo 14, último párrafo, define al delito extra inten tionum al expresar: "Obra preterintencionalmente el que cau sa un daño que va más allá de su intención y que no ha sido previsto ni querido". En su numeral 79, fija la sanción al mismo tipo de ilícito al indicar: "Al responsable de un deli to preterintencional se le aplicará de tres meses hasta tres cuartas partes de la pena que correspondería el delito si - fuese doloso. Las demás penas o medidas de seguridad se apli carán hasta las dos terceras partes de las correspondientes - al delito doloso, en cuantía o duración".

El Código Penal para el Estado de Michoacán (1988), en su artículo 7º, último párrafo, precisa al delito extra pro positum diciendo: "El delito es preterintencional cuando cau se un resultado mayor que el querido o aceptado, habiendo do lo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado". Por su parte, el numeral 60, establece la san ción al delito preterintencional, expresando: "Al responsa- - ble de delito preterintencional se le aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que correspondería imponer -

al delito producido si hubiere sido doloso".

El Código Penal para el Estado de Guanajuato (1981), delimita al delito preterintencional en el mismo numeral que lo sanciona, por lo tanto, en su artículo 43 dice textualmente: "Obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente. La sanción aplicable será de tres días a ocho años de prisión, pero no podrá exceder de las tres cuartas partes de la que correspondería si el delito fuese doloso. Si tuviere señalada pena alternativa aprovechará esta situación el acusado".

El Código Penal del Estado de Veracruz (1989), fija la concepción de ultraintencionalidad en su numeral 17, que expresa: "Existe preterintencionalidad cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél se produce en forma culposa." En el artículo 67, fija la sanción al mismo diciendo: "Al responsable de un delito preterintencional se le aplicará prisión de un mes a nueve años y multa hasta quince mil pesos, atendiendo a lo que dispone el artículo 65 (considerando las causas exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente) y a la sanción que correspondería al delito si fuese doloso".

El Código Penal para el Estado de Puebla (1986), expone su concepto de delito ultra intentionem diciendo en su artículo 15: "El delito es preterintencional si se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo, respec

el daño querido y culpa con relación al daño causado". Por su parte, el numeral 93 es el que se encarga de establecer la sanción al mismo, diciendo: "El delito preterintencional se sancionará con multa y prisión o solo con ésta o aquélla, según la o las sanciones que corresponderían al delito si fuese intencional, pero el término máximo será, en ambas, las dos terceras partes, y el término mínimo de tres días de prisión, y el importe de tres días de salario la multa".

El Código Penal para el Estado de México (1989), reconoce como tercera forma de delinquir a el ultrapropositum, diciendo en su artículo 7º, último párrafo, lo siguiente: "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 idóneo para causar el resultado". Más adelante, en su numeral 66 establece la sanción al mismo, diciendo: "Al responsable del delito preterintencional se le aplicarán hasta dos terceras partes de la pena que le correspondería si el delito hubiese sido doloso".

El Código de Defensa Social del Estado de Yucatán (1988) acepta la preterintencionalidad, definiéndola en su artículo 11, que expresa: "Son delitos preteintencionales, aquéllos en los que la conducta dolosa del agente produce un resultado más grave que exceda de la intención del infractor, y que sea consecuencia de dicha acción criminosa". El artículo 80, fija

la sanción a dicha modalidad delictiva diciendo: "Los delitos preterintencional se sancionarán con prisión de un año hasta las tres cuartas partes del máximo de la sanción establecida por el delito intencional".

El Código Penal para el Estado de Quintana Roo (1979), - admite la existencia del delito ultra cogitatum, afirmando - en su artículo 7º, lo siguiente: "El delito es preterintencional cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquel no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría". El numeral 45, se encarga de establecer su sanción, manifestando: "Al responsable de delito preterintencional, se le aplicará -- prisión de tres días hasta las tres cuartas partes de la sanción que correspondería imponer al delito producido si hubiese sido doloso".

En general, todos los Códigos precedentes, definen la preterintencionalidad de manera análoga, ya que la definen diciendo: "Obra preterintencionalmente, el que se propone dolosamente cometer un ilícito determinado, pero por causa de una culpa del propio agente, el resultado esperado es rebasado por uno más grave, imputable al mismo agente, ya que éste hubiera podido prever las consecuencias de su acción con la debida atención, en virtud de que el resultado final se encuentra vinculado a el sujeto activo por un "nexo causal". Por lo que hace a la sanción, como puede apreciarse, es muy variable de

un Código a otro, quizá por el mosaico de culturas que conforman nuestra República Mexicana.

CONCLUSIONES

- 1.- Delito, es el asumir una conducta de acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible. Dicha conducta debe estar prevista de una sanción, ya sea en el Código Penal o en alguna ley especial, dando origen esta última a un delito especial.
- 2.- El Código Penal de 1871, estuvo inspirado en principios de la Escuela Clásica, también influyeron en el mismo Código conceptos del Derecho Español como fueron: La Novísima Compilación, El Fuero Fuzgo, Las Ordenanzas de Bilbao, entre otros.
- 3.- El concepto legal del artículo 8º, fracción III, que reconoce la preterintencionalidad como manera contingente de delinquir, fué promulgado en día 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, al igual que el numeral 9º, párrafo tercero, que define a la ultraintencionalidad.
- 4.- "El querer" es un elemento subjetivo, que es determinado por el aspecto psicológico-volitivo del sujeto hacia una situación definida.
- 5.- "El entender" es la aptitud de discernir de un individuo y la misma se encuentra determinada por su capacidad mental, la que según nuestra legislación, alcanza su madurez despues de los 18 años en un individuo sano, así se des--

prende del Código Penal de 1931, que estableció como base el dejar al margen a los menores de edad y sujetarlos a una política tutelar y educativa, protegiéndolos y proporcionándoles apoyo físico y moral.

- 6.- "El nexa causal" constituye la relación que se da entre una conducta y un resultado, es decir, es el vínculo que liga a una conducta con su consecuencia. El nexa causal va a existir únicamente en los delitos reales o materiales, por ser aquél la relación de causa a efecto material.
- 7.- Extensión y alcance del elemento volitivo. La voluntad es la aptitud de realizar las propias intenciones, de ahí que la característica de la voluntad sea la espontaneidad, por lo que si el hecho se debe a: una fuerza física irresistible, una fuerza proveniente de la naturaleza o subhunama, a sueño, a sonambulismo, a hipnotismo o a actos reflejos, entonces no habrá delito, por ser el hecho ajeno a la voluntariedad del agente, es decir, no espontaneo.
- 8.- Las teorías de la culpabilidad, se refieren a la relación psicológica existente entre un autor y su hecho, relación que puede ser directa (dolo) o indirecta (culpa) pero siempre vinculada con la conducta. Dentro de las teorías de la culpabilidad está la psicológica, la que -

es definida como el vínculo psíquico existente entre el agente con su acto exterior. Teoría normativa, ésta se -- basa en la existencia de una norma de derecho (juicio de referencia) y una norma de deber (juicio de valor), las que son conocidas previamente por el agente, y éste, sabe dor de las mismas, infringe las normas de derecho como las de deber, con lo que comete una infracción penal, la que puede ser de carácter doloso o culposos.

- 9.- El delito intencional o doloso, es aquél que se produce cuando el agente adopta una actitud, conociendo de antemano las circunstancias del elemento típico, y quiere y acepta el resultado de su conducta.
- 10.- El delito imprudencial, es el que se da cuando se realiza un hecho típico, cuya consecuencia se debió a la falta de reflexión, de cuidado, atención o vigilancia, lo que hace responsable al agente productor, del resultado, si aquél violó un deber que las circunstancias y condiciones personales le imponían.
- 11.- Las circunstancias agravantes, son situaciones que por denotar alta peligrosidad del agente, alcanzan mayor sanción en el Código Penal, las mismas se han clasificado en: premeditación, ventaja, alevosía y traición.
- 12.- Las circunstancias atenuantes, a contrario sensu, es donde el agente no resulta peligroso, en razón al ilícito co

metido, dado que el sujeto activo no midió su responsabilidad penal. Entre las circunstancias atenuantes encontramos: el estado de pasión excusable, de emoción, de intenso dolor o temor, haber actuado por influencia de una muchedumbre o bajo alguna circunstancia que haya afectado su voluntad del agente de momento.

- 13.- Las causas de justificación, son una serie de situaciones donde por no concurrir todos los aspectos positivos del delito no surge la responsabilidad penal para el agente, es decir, las causas de justificación representan el aspecto negativo del delito, ya que en las mismas hay ausencia de antijuridicidad. Las causas de justificación son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo. Por lo tanto, las causas de justificación son de naturaleza objetiva, se refieren a una conducta y son impersonales.
- 14.- Las causas de inimputabilidad tienen naturaleza subjetiva, personal e intransitiva, nuestro Código Penal reconoce expresamente como tales a: la fuerza física exterior irresistible, el miedo grave o temor fundado y la enajenación mental.
- 15.- Los antecedentes históricos del delito en México. Se le atribuye al insigne Profesor Carrará, el término prete-

rintencionalidad, mismo que fuera definido por él diciéndose: "Hay preterintencionalidad cuando el agente tiende dolosamente a un fin perjudicial, pero ocasiona un efecto más grave que el que deseaba; 'el efecto ha superado al efecto'".

Posteriormente, en el año 1930 en Italia, el Código Penal incorporó a su articulado la preterintencionalidad, en su numeral 43, reconociéndola como una tercera modalidad de delinquir.

En México, hacia 1948, el Código de Defensa Social de Veracruz incluyó a la preterintencionalidad en su artículo 6° párrafo tercero. Constituyéndose de esa manera en el primer Código Penal que contempló la preterintencionalidad, a éste le siguieron otros Códigos de la República Mexicana que incluyeron a la ultraintencionalidad como manera contingente de perpetrar un ilícito.

- 16.- El artículo 8°, fracción III y el 9° párrafo tercero, del Código Penal, se debieron a la iniciativa propuesta por la Cámara de Senadores, misma que fue enviada, ya aprobada, a la Cámara de Diputados el día 21 de diciembre de 1983, para su revisión correspondiente, donde se aprobó y entró en vigor el día 13 de abril de 1984.
- 17.- Los elementos que integran el concepto ultraintencionalidad son:

a).- Un resultado típico, o sea que el agente despliegue una conducta acorde a lo que establece la descripción legal del delito que se trate. En el caso que nos ocupa, se requiere que el agente haya provocado un ilícito mayor al que se propuso, y que el resultado final no lo haya querido, pero que esté vinculado por un nexo causal al propósito doloso del agente,.

b).- Un resultado querido, éste se refiere a la intención del agente, la que deberá tener como requisito esencial, el que el sujeto activo se proponga dolosamente cometer una infracción penal.

c).- Una imprudencia, lo que significa que el agente para que se le considere responsable de un ilícito ultraintencional, deberá provocar con su actitud culposa un resultado más grave al que se propuso, pero evitable y previsible.

18.- El delito preterintencional, únicamente se dará cuando el agente se haya propuesto intencionalmente causar un delito de naturaleza real o material, y su intención haya sido rebazada por una culpa, misma que provocará un daño mayor al querido, pero vinculada a la intención del agente por un lazo causal.

19.- La sanción al delito ultraintencional, se encuentra contemplada en el Código Penal, en el numeral 60, fracción

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

20.- El dictamen, es la opinión que emite un perito en una ciencia, arte o técnica, que requieran conocimientos especializados, con el fin de hacer asequible al conocimiento del Ministerio Público o del Juez, una determinada situación que se encuentra vinculada a hechos materia de una denuncia o querella.

21.- Los elementos que deberán ser valorados para poder determinar en la primera declaración que rinda el agente, ante el personal del Ministerio Público, si el delito cometido es con modalidad ultraintencional son:

a).- Un examen psicológico o psiquiátrico, consistente en test o entrevistas, tendientes a indagar los impulsos e inhibiciones del agente.

b).- Un estudio socio-económico, con la finalidad de conocer el núcleo social de donde proviene el agente, y así formarse un perfil de la idiosincrasia del mismo.

Una vez reunidos los dos elementos anteriores, que el psicólogo o psiquiatra considere a ambos, y emita un dictamen, donde manifieste el carácter que tiene la personalidad del agente.

- 22.- La resolución del Ministerio Público al dictamen psicológico o psiquiátrico, significa que deberá considerar -- aquél, además del dictamen, las diligencias que obren en actuaciones, y si de ambos elementos se desprende la comisión de un ilícito con modalidad preterintencional, -- así deberá de consignar.
- 23.- El problema que existe para valorar la preterintencionalidad a nivel de proceso, es que muchos indicios que en su momento existieron ya han "desaparecido". Por otra -- parte, el procesado una vez que se encuentra a nivel de juzgado, conciente de su situación, tratará de extravíar a la verdad histórica, con auxilio de su abogado, a fin de no tener responsabilidad en los hechos que se investigen y se le imputan.
- 24.- Los elementos que es posible considerar para determinar en la consignación, la preterintencionalidad como atenuante son:
- a).- La denuncia, la que es la puesta en conocimiento que hace un particular o una autoridad, al el Ministerio Público, de la posible comisión de un delito perseguible de oficio, a efecto de que se investigue, y en su momento procesal, se ejercite la acción penal contra el presunto responsable.

b).- La querrela, es definida como la facultad potestiva que hace un gravado o su representante legal, a el Ministerio Público, a efecto de que sea sancionado penalmente el responsable de un ilícito perseguible a instancia de parte.

c).- La declaración primordial del presunto responsable, es la exposición que el mismo hace, ante el personal del Ministerio Público, dando su versión de los hechos que se investigan. Se considera como confesión a dicha declaración, si el presunto responsable reconoce su participación en los hechos de la indagatoria, independientemente del grado de responsabilidad que derive de dicha intervención.

d).- El dictamen psicológico o psiquiátrico, el que conjuntamente con las actuaciones de la indagatoria, auxiliará al Ministerio Público, a efecto de determinar el aspecto subjetivo del agente, es decir, le ayudará a determinar las circunstancias psíquicas que rodearon a un ilícito.

25.- La consignación como delito preterintencional, es la actividad requiriente, que realiza el Ministerio Público, a el Organismo jurisdiccional, a fin de que se aplique una específica sanción al presunto responsable de la comisión de un ilícito, para lo cual, cuando consigna sin --

detenido únicamente le remite las actuaciones, y cuando lo hace con detenido, además de remitir a éste, envía las diligencias practicadas al propio Juez.

A N E X O S

Los presentes anexos, son el resultado de la búsqueda minuciosa de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, material que servirá como complemento para entender como se puede aplicar el concepto de delito preterintencional en diversos casos específicos.

TESIS RELACIONADAS

PRETERINTENCIONALIDAD, CALIDAD DE DOLOSO DE LOS DELITOS EN -
CODIGOS QUE NO PREVEN LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA).

El artículo 5° del Código Penal del Estado de Oaxaca - tiene una estructura idéntica al 9° del Código Penal Federal, El artículo 4°, del Código de la entidad federativa nombrada, repite el contexto del 8° del Código Federal, estableciendo como únicos posibles grados de la culpabilidad el dolo y la culpa. La ley habla de delitos intencionales y delitos imprudenciales, y para referirse al dolo utiliza la expresión "intención delictuosa". La doctrina jurídica, que no es otra -- cosa que la sistematización de los principios que informan - la Ley y que viene a ser en último término el descubrimiento de los principios rectores de la misma, en vez de utilizar - el término intención dolosa, prefiere el de "dolo", para evi - tar la confusión que puede sobrevenir, y de hecho sobreviene, entre intención y dolo. Atenta la estructura del artículo 4° del Código Penal del Estado de Oaxaca, relacionándola con el 5° del propio Ordenamiento, debe decirse que es legalmente - incorrecto equipar la intención pura y simple al dolo, llama do por la Ley "intención delictuosa". Del contexto del artí - culo 5° se desprende que la no coincidencia entre la inten - ción y el resultado producido no entraña la ausencia de dolo, si es que el sujeto voluntariamente penetró al terreno de la tipicidad, que vale tanto como decir al terreno delictual, - entendida la tipicidad en su significado material. En códi - gos como el últimamente citado, en que no se reconoce la pre - terintencionalidad como un tercer grado de la culpabilidad, debe de sostenerse que si el resultado producido va más allá del que el sujeto quería, tal resultado se reprocha como doloso, no porque - concretamente se haya querido, sino porque hay solo dos formas -

para entrar al terreno de la ilicitud típica: el dolo y la culpa. Si el sujeto penetró a dicho terreno voluntariamente, los resultados que lo sean dentro de una secuela lógico-material se le reprocharán como dolosos, no tanto porque los haya querido concretamente, sino porque violó la prohibición primitiva implícita en todos los tipos de no realizarlos voluntariamente en un terreno de ilicitud. De sostenerse una posición contraria a ésta, se llegaría al absurdo de concluir que en un concurso formal será doloso únicamente el resultado que rido y que los demás que se produjeron no son dolosos porque el sujeto no los quería. Lo que es correcto desde el ángulo puramente psicológico, puede no serlo contemplado bajo el prisma legal. Generalmente coinciden intención y resultado, pero su no coincidencia no implica la ausencia de dolo en los sistemas que no comprenden la preterintencionalidad dentro del esquema de la culpabilidad. En tales ordenamientos - y el de Oaxaca es uno de ellos - cuando existe una voluntad inicial del contenido típico, el resultado que se produzca se reprocha como doloso, no porque específicamente se haya querido -- sino porque se penetró voluntariamente al terreno delictual y es la voluntad de la ley el que quien tal haga, responda de dicha consecuencia que lo fue de una conducta que en sí misma era delictiva.

Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 68, Pág. 37. A.D. 2999/73. Ezequiel García Rodríguez. Mayoría de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD EN LA RIÑA

Estándose en presencia de una riña, no importa que exista o no la intención específica de causar la muerte o un daño menor, y si el daño causado fue más allá de lo que se propuso el agente activo, se está en la circunstancia de preterintencionalidad, figura en que a título doloso, ya que fue requerida por el agente activo, se sanciona el resultado si éste es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal.

Séptima Época, Segunda parte: Vol. 66, Pág. 46. A.D. 701/74. J. Jesús Alvarado Lozoya. 5 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS

El artículo 8° del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales 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, aunque 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 mil novecientos treinta y uno no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad como ha sucedido en algunos códigos de la República como Sonora y Veracruz, en que se habla del delito preterintencional o ultraintencional. Y como puede verse en el Tomo IV de la exposición de motivos 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 de 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 penal mexicana, sería contrario a la hermenéutica jurídica que se pretendiera imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. LIX, Pág. 29. A.D. 6668/61.
Ernesto Padilla Plascencia. Mayoría de 3 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD, INEXISTENCIA DE LA,

EN EL CODIGO PENAL (ANTES DE LA REFORMA DE 1984). Si la propia confesión del inculcado se desprende que su conducta no fue irreflexiva, pues trató de causarle un mal a la víctima y aún cuando sea cierto que su intención no haya sido provocarle la muerte, también lo es que el Código Penal para el Distrito Federal (antes de su reforma de 1984) no contempla la culpabilidad preterintencional y en consecuencia la sanción que debe aplicarse a dicho inculcado es la correspondiente al homicidio simple intencional.

Amparo directo 4950/83.- Marcelino Martínez Carrillo.- 29 de febrero de 1984.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

Quinta Epoca. Vols. 181-186, 2a. parte, p. 87.

PRETERINTENCIONALIDAD NO CONFIGURADA
(LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE SONORA)

El artículo 5° del Código Penal de Sonora reconoce como forma de responsabilidad la preterintencionalidad, pero para aceptarla no es suficiente que el activo desee un mal menor al que en realidad ocurre, sino además precisa que los medios empleados racionalmente no puedan causar un daño mayor al querido y que este solo sobrevenga por causas ajenas o insalvables en relación a la voluntad del agente; por otro lado, el artículo 7° del propio ordenamiento establece que la intención delictuosa se presume. Conforme a lo anterior -- para la operancia de aquella forma de culpa sería menester que sus elementos quedaran plenamente acreditados, situación que no ocurre en el caso en el que se hacen disparos con un arma de fuego sobre una persona y a corta distancia, pues aún en el supuesto de aceptar que el agente no se propuso --

causar la muerte de la víctima, si representó en su mente o debió tener presente la consecuencia, por ser efecto ordinario de su conducta y estar al alcance de la generalidad de las gentes que la misma conlleva un alto riesgo de que sobrevenga la muerte del pasivo, y en tales condiciones el agente responde a título intencional.

Amparo directo 10082/83.- Juan Reyes Valdez.- 2 de Julio de 1984. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.
Quinta Epoca. Vols. 187-192, 2a. parte, p. 55.

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

1917-1985

2a. PARTE. 1a. SALA. MEXICO. 1985.

PRETERINTENCIONALIDAD E IMPRUDENCIA

El delito cometido no puede considerarse como imprudencial únicamente porque el daño final de la conducta delictiva no sea el que se había propuesto causar el agente activo.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. II, Pág. 49. A.D. 1501/56. Feliciano Estrada Francisco. 5 votos.

Vol. III. Pág. 73. A.D. 2136/57. J. Guadalupe González. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XII, Pág. 124. A.D. 2930/56/. Agripino Gutiérrez -- Castillo. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXII Pág. 126. A.D. 56/56. Diego Valdez Serrano. 5 votos.

Vol. XLIII, Pág. 78. A.D. 6559/60. Fernando Herrera Suveldía. Unanimidad de 4 votos.

PRECEDENTES QUE NO HAN INTEGRADO JURISPRUDENCIA1969-1985

PRIMERA SALA. SEMANARIO JUDICIAL DE LA
FEDERACION. MEX. 1987.

PRETERINTENCIONALIDAD INEXISTENTE EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.- Aún cuando al golpear intencionalmente a la víctima, el inculpado no hubiese tenido el propósito de ocasionarle la muerte, le corresponden las penas del homicidio simple intencional, pues el Código Penal del Distrito Federal aplicable no contempla la preterintencionalidad.

Amparo directo 1070/82. Juan Jorge Hernández Escamilla. 9 de agosto de 1982. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Séptima Epoca. Vols. 163-168, Segunda Parte, Pág. 88.

Precedente:

Amparo directo 701/74. J. Jesús Alvarado Lozoya. 6 de Junio de 1974. 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Epoca. Vol. 66, Segunda Parte Pág. 46.

Véase:

Tesis de Jurisprudencia No. 238 y sus relacionadas, Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Pág. 315 y siguientes.

PRETERINTENCIONALIDAD. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

El artículo 62 del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua se refiere a la aplicación de medidas de defensa social en caso de imprudencia, sin que se considere que la parte relativa de la norma en cuestión en donde se prescribe que se entienda por imprudencia, y que añade que en general, todo acto u omisión en que su actor no haya buscado con ello la producción del resultado dañoso sobrevenido, establezca una forma de preterintencionalidad, pues esta figura se contempla dentro de lo establecido por el artículo 6° del cuerpo de leyes invocado, que textualmente dice: "La intención de violar la ley con un fin antisocial y antijurídico, se presume por el solo hecho de cometer una infracción antisocial o participar en cualquier forma en su ejecución. Esta presunción no admite más excepciones que los casos a que se refiere al artículo

62 de este Código, ni se destruye aunque el acusado pruebe algunas de las circunstancias siguientes: I.- Que no se propuso el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió la infracción, 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 fuere el resultado; III.- Que creía que era legítimo fin que se propuso; IV.- Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer la infracción y V.- Que obró con el consentimiento del ofendido, salvo que se trate de infracciones que sólo pueden perseguirse previa querrela de la víctima".

Amparo directo 1627/73. Ricardo Chavira Anguiano. 5 de septiembre de 1973. Mayoría de 4 votos, Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Epoca: Vol. 57, Segunda Parte. Pág. 47.

PRETERINTENCIONALIDAD NO CONFIGURADA.- No existe la preterintencionalidad, si aún en la hipótesis de que el agente no hubiera querido el efecto lesivo que resultó, esta cuestión psicológica causal quedo desvirtuada con la objetividad desplegada, al tirar el dicho agente no sólo un golpe a la víctima, sino, al verla caída como consecuencia de éste, lanzarle otro, por lo que se contradice la ausencia de propósito.

Séptima Epoca. Vol. 75, Segunda Parte, Pág. 39.

Amparo directo 3884/74. Juan Manuel Ruiz González. 7 de marzo de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

PRETERINTENCIONALIDAD. NO LA CONTEMPLA EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.- El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales no contempla la figura de la preterintencionalidad, por lo que la sanción aplicable es la correspondiente al homicidio simple intencional.

Amparo directo 2805/74. Aarón Pérez Pérez. 18 de octubre de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y A.

Séptima Epoca. Vol. 70, Segunda Parte, Pág. 27.

PRETERINTENCIONALIDAD, PUNIBILIDAD DE LA.- Aún cuando el delito cometido por el inculpado sea de los conocidos por la doctrina como de los llamados preterintencionales, lo que consiste en que el resultado del daño causado va más allá de la intención del agente activo, si de la confesión de aquél se desprende que quiso castigar y en consecuencia causar daño a la víctima (su hermana menor) y que el castigo fue excesivo, debe señalarse que ese tipo de delito, contemplado por la fracción II del artículo 9° del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, no carece de sanción, toda vez que el numeral mencionado señala únicamente que 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 notoria del hecho en que consistió el delito; y si según el acta de autopsia, se llega al convencimiento de que la menor falleció debido precisamente a la conducta de dicho inculpado, de manera alguna no puede decirse que el hecho carece de sanción, ya que resultó ser el delito de homicidio. En consecuencia, la conducta exteriorizada por el mismo inculpado, no está asusente de antijuricidad, ya que el artículo 8° del Código Penal establece que los delitos serán intencionales o de imprudencia, y el artículo 9°, en su fracción II, viene a determinar que la intención delictuosa se -

presume, y si el inculpado tuvo la intención de causar un mal a la menor que falleció, aunque no el de privarla de la vida, como ésto último fue consecuencia necesaria y notoria de sus actos, legal es que se tenga a aquél como penalmente responsable del delito de homicidio simple intencional.

Amparo directo 3606/74. Jerónimo Díaz Bárcenas. 27 de agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos, Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Epoca: Vol. 80, Segunda Parte, Pág. 44.

Precedentes:

Sexta Epoca: Vol. LIX, Segunda Parte, Pág. 29.

Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, Tesis 238, Segunda Parte, Pág. 515.

PRETERINTENCIONALIDAD Y NO IMPRUDENCIA (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).- La mera circunstancia de que de ordinario no se produzca la muerte, cuando un sujeto golpea a otro con los puños, no lleva jurídicamente a concluir que tal resultado no sea prévisible, pues atendiendo a la naturaleza de los hechos es perfectamente probable que un golpe o puñetazo propinado con gran fuerza, en partes sensibles del organismo, pueda producir graves lesiones y aun la muerte de quien lo recibe, máxime si éste es un individuo de escasa fotaliza o resistencia física, o bien que por su edad o estado de salud resulte fácilmente vulnerable. En tales condiciones, cuando la muerte se produce por un solo golpe, no es posible considerar el evento como imprudencial en lugar de intencional. En efecto, es de explorado derecho que en la fracción II del artículo 6° del Código Penal de Coahuila, de similar estructura a la fracción II del artículo 9° del Código Penal del Distrito Federal, de aplicación federal, se ha dado cabida al por algunos llamado dolo preterintencional y por otros delito preterintencional, el cual se caracteriza por ser intencional o

dolosa la acción, ya que el sujeto se propone dañar, aunque no producir el resultado final que va más allá de dicha intención, justificándose así que la doctrina afirme que en tal hipótesis concurre el dolo respecto de la acción y la culpa por cuanto el resultado no previsto ni querido, o si bien previsto no aceptado en la representación del autor, con lo cual se abarcan, respecto al evento, las dos conocidas formas de culpa: con o sin representación o previsión. Ahora bien, descartada la primera hipótesis recogida en la fracción II del artículo 6°, que se refiere al llamado dolo de consecuencia necesaria, en que el sujeto si bien no se propuso causar el daño que resultó, éste fue consecuencia necesaria y notoria del acto (hecho) u omisión en que consistió el delito, no puede desecharse la segunda previsión legal, en que aún cuando el sujeto no se propuso causar el daño que resultó, éste era de naturaleza previsible y como tal imputable a título de dolo, a virtud de la presunción legal de intencionalidad que no admite prueba en contrario. No puede negarse el carácter previsible del evento, por estar al alcance del común de las gentes que se puede producir la muerte de un puñetazo más aún cuando entre quien golpea y quien recibe el golpe existe una notoria diferencia por cuanto a fortaleza física.

Amparo directo 5230/80. Pedro Hilario de la Rosa Muñoz. 24 -- de noviembre de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

Séptima Epoca. Vols. 139-144, Segunda Parte, pág. 115.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIONPRECEDENTES QUE NO CONSTITUYEN
JURISPRUDENCIA

PRETERINTENCIONALIDAD. HOMICIDIO.- Si el acusado golpeó al ahora occiso y éste cayó al suelo, donde el procesado lo siguió golpeando, dándole de "patadas", y existe nexos causal entre su conducta y el resultado de muerte, pero el reo -- afirma que solo tuvo intención de golpearlo y que no quiso el resultado de muerte tal afirmación debe, o bien tenerse como válida por sí misma o sujetarse al análisis de la prueba, aún cuando por su naturaleza interna o subjetiva salta a la vista la dificultad de su apreciación. En la investigación respectiva cobra indudable importancia el medio empleado, criterio que resulta de decisiva eficacia en la comprobación del elemento interno del delito o estado psíquico -- del agente en el momento de cometer el hecho criminoso, y el funcionamiento de tal criterio debe determinarse en el sentido de presumir el ánimo de matar o negarlo, según si el medio empleado debía razonablemente ocasionar o no la muerte. Si se atiende a la circunstancia de que los puntapiés o "patadas", dura y repetidamente propinados, de ordinario producen lesiones graves o mortales, razonablemente -- deben estimarse como medio adecuado para causar la muerte, por lo que se debe congruentemente concluir en que la utilización de tal medio establece la presunción de animus occidendi o necandi en el acusado. La primera parte de la fracción II del artículo 9º, recoge el llamado dolo de consecuencia necesaria, cuando que el agente "no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito", y encaja en su supuesto legal todo caso en que entre el daño resultante y la acción ejecutada hay una dependencia --

de carácter necesario y notorio, tal y como según se ha precisado, sucede en la situación antes mencionada; pero el hecho de que la ley establezca para esta hipótesis una presunción juris et de iure de que se obró dolosamente, no implica desconocer la naturaleza esencialmente preterintencional de la hipótesis, puesto que se parte de considerar que el agente no se propuso causar el daño que resultó, lo que está - - evidenciando que el resultado ha ido más allá de la intención. Así pues, la cuestión planteada constituye un delito de naturaleza preterintencional al que la ley otorga el carácter de doloso, en virtud de que el resultado fué consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito.

Amparo directo 6776/57.- Luciano Hernández Cañamares.- 14 de Octubre de 1958.- 5 votos.- Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca, Vol. XXIV, 2a. parte, p. 265.

PRETERINTENCIONAL, HOMICIDIO
(LEGISLACION DE CHIHUAHUA)

Si el empujón o golpes que el inculpado 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 6º, fracción II, del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua a la conducta observada, porque el daño no fué 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 un resultado delictivo que el legislador ha querido castigar.

Amparo directo 1381/61.- Urbano Navarrete de la Peña.- 27 de Julio de 1961.- Mayoría de 3 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva.- Disidente: Angel González de la Vega.- Juan José -- González Bustamante.

Sexta Epoca. Vol. XLIX. 2a. parte, p. 74.

PRETERINTENCIONALIDAD

Aún en la hipótesis de que el agente no hubiere querido el efecto lesivo que resultó, esta cuestión psicológica causal quedó desvirtuada con la objetividad desplegada en la ocasión, si después de abatir a su oponente a puñetazos, se ensaño propinándole puntapiés cuando estaba yacente, por lo que contradujo aquella ausencia de propósito, siendo aplicable al respecto el artículo 9º, fracción II, del Código Punitivo, por ser previsible que por la persistencia de los -- golpes con los puños y el ensañamiento referifo. Se cause la muerte del oponente.

Amparo directo 594/55.- Castro Villagrán.- 22 de Julio de -- 1957. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sexta Epoca. Vol. I. 2a, parte, p. 85.

PRETERINTENCIONALIDAD

La acción criminosa ni siquiera puede contemplarse desde el punto de vista de la preterintencionalidad de la conducta, esto es, que el reo no hubiera propuesto causar el daño que resultó, si está demostrado que éste fué consecuencia necesaria y notaria de la conducta desplegada por él, pues es bien sabido que lo que es causa de la causa, es causa del mal causado.

Amparo Directo 4709/57.- Salvador Sepúlveda Holguín.- 19 de Marzo de 1958.- 5 votos.- Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Epoca. Vol. IX, 2a. parte, p. 109.

PRETERINTENCIONALIDAD

Aunque el agente activo aparentemente sólo 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 9o. de la ley sustantiva en relación con el numeral 8o., no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último, toda vez que, verificada la materialidad, el legislador mexicano presume dolo a la actitud del sujeto activo al ser previsible el resultado de su conducta, sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa.

Amparo directo 1840/58.- Manuel Hernández Reyes.- 4 de Julio de 1958.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sexta Epoca. Vol. XIII, 2a. parte, p. 123.

PRETERINTENCIONALIDAD

Si la muerte, aunque no querida por el reo, fue efecto directo de los golpes recibidos, se está frente a un delito preterintencional, llamado así por la doctrina, aun cuando no se refiera expresamente a él la ley aplicable, pero como el que se decide a violar la ley está a todas sus

consecuencias, aún cuando el reo no hubiere tratado de dar muerte al ofendido, el delito de homicidio existe en cualquier forma, por la relación de causalidad entre las lesiones recibidas y el resultado final a que se llegó.

Amparo directo 3330/57. Dionisio Hernández Campos.- 11 de septiembre de 1958.- 5 votos.- Ponentes: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca. Vol. XV, 2a. parte, p. 127.

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 fué 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 lo forzoso, obligado e imprescindible, en que el resultado no es sino la consecuencia de una ley natural física o biológica; y debiendo entenderse como notoria, cuando la consecuencia sea fácilmente previsible para el común de las gentes.

Amparo directo 813/58.- José Yáñez Luna.- 16 de Julio de 1959.- 5 votos.- Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Epoca. Vol. XXV, 2a. parte, p. 93.

PRETERINTENCIONALIDAD

El Código Penal de Veracruz, en su artículo 6°, establece que el delito es preterintencional cuando se produce un daño -- mayor del que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al causado.

Amparo directo 6872/60.- Higinio Torres Monroy.- 24 de enero de 1961.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca. Vol. XLIII, 2a. parte. p. 78.

PRETERINTENCIONALIDAD

La presunción juris tantum de intencionalidad criminal no se destruye aún cuando el sujeto demuestre que no se propuso -- causar el daño que resultó, esto es, que el resultado final de la acción criminal va más lejos que la representación mental -- que del daño se hacía el agente, de acuerdo con la hipótesis -- que prevé la fracción II del artículo 9o. del Código Penal aplicable.

Amparo directo 8711/61.- Conrado Martínez Martínez.- 14 de marzo de 1962.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Agustín Mercado - Alarcón.

Sexta Epoca. Vol. LVII, 2a. parte, p. 55.

PRETERINTENCIONALIDAD

(LEGISLACION DE HIDALGO). Sin duda que se está en el caso de que el infractor no se propuso causar el daño que resultó, -- si sólo tuvo la intención de propinar un golpe a su víctima con la piedra que le tiró, pero no quiso procurar su muerte, de tal manera que, si creyendo que con la pedrada que le dió lo privó de la vida, escondió el cuerpo con una gran cantidad de paja, -

ocasionando la asfixia con resultado un letal, éste debe -- estimarse como una consecuencia necesaria y notoria del he -- cho en que consistió el delito. La actividad del infractor por tanto, lo coloca en la clase de dolo que la doctrina - moderna llama "de consecuencia necesaria" y que enmarca -- en la primera hipótesis de las que agrupa la fracción II - del primera 6o. de la Ley Penal del Estado de Hidalgo, to -- da vez que entre el daño resultante y la acción ejecutada_ existe una dependencia de carácter necesario y notorio, -- hipótesis con relación a la cual la ley ha establecido una preseunción iuris et de iure. Por lo tanto, justificándose la intención delictuosa del agente, resulta correcta la -- conclusión a que llega el Tribunal Superior de considerar_ al acusado responsable del delito de homicidio simple, lo_ que elimina, por consiguiente, la posibilidad de existenc -- cia de un tipo imprudencial.

Amparo directo 8215/59.- Eduardo Ortega López.- 23 de mar -- zo de 1960.- 5 votos.- Ponente: Angel González de la Vega. Sexta Epoca. Vo. 33. 2a. parte, p. 78.

PRETERINTENCIONALIDAD

(LEGISLACION DE SONORA).- El dolo, entendido esté -- como voluntad del resultado, constituye la base para la - represión de conducta ilícitos y lo racional es suponer -- que quien asesta golpes en partes nobles del cuerpo de una persona, como acaece en el caso en que el acusado dió pun -- tapiés en la parte posterior del cráneo y en el abdomen, - con ello aportó una condición del resultado; y como quiera que la causa de la muerte de la víctima se debió a congestión masiva consecutiva de los traumatismos en el cráneo - del sujeto pasivo de la infracción, debe concluirse que el comportamiento del quejoso revela una manifestación de vo -- luntad directamente encaminada a la producción del homicidio. En apoyo de esta tesis debe hacerse notar que confor --

me al artículo 7o. del Código Penal en consulta, la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario, a no ser que se acredite alguna de las circunstancias de excepción que dicho precepto enumera, extremo éste no satisfecho en las páginas del proceso, ya que el acusado no aportó ninguna prueba para demostrar su acerto, en el sentido de que no se hubiera propuesto causar la muerte del ofendido.

Amparo directo 8153/59.- Rivas Ortega Jesús.- 14 de marzo de 1960.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca. Vol. XXXIII, 2a. Parte, p. 79.

PRETERINTENCIONALIDAD

(LEGISLACION DE VERACRUZ).- Por imperativo legal el legislador veracruzano señaló la misma penalidad a los delitos dolosos o intencionales y a los delitos preterintencionales o ultraintencionales.

Amparo directo 5458/58.- José Flores López.- 22 de enero de 1959.- 5 votos.- Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca. Vol. XIX, Segunda parte, p. 195.

PRETERINTENCIONALIDAD (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL)

Aún admitiendo que el procesado no hubiera tenido intención de causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y notoria de la acción ejecutada, la imputación dolosa encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 9o. fracción II, del Código Penal del Distrito Federal, excluyéndose la aplicación del artículo 60 del Código Penal, que sanciona los delitos imprudenciales.

Amparo directo 6559/60.- Fernando Herrera Suvelúa.- 19 de enero de 1961.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca, Vol. XLIII, 2a. parte, p. 78.

PRETERINTENCIONALIDAD
(LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

La ley penal vigente en el Estado de Chihuahua, no prevee el delito preterintencional que la doctrina reconoce, cuando la representación mental que del delito se hace el acusado antes de cometerlo, no resulta conforme a la realización exterior del mismo; más, no obsta lo anterior, para que el juzgador deba tomar en cuenta en el delito preterintencional, el menor propósito del inculpado de causar el daño, a fin de regular su arbitrio en la aplicación de la pena.

Amparo directo 8378/65.- Higinio Santa Cruz Calixto.- 14 de abril de 1966.- 5 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva.

Sexta Epoca. Vol. CVI, 2a. parte, p. 47.

PRETERINTENCIONALIDAD
(LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60. del Código Penal del Estado de Coahuila, se sanciona como doloso el resultado producido por quien voluntariamente ejecuta una conducta ilícita en sí misma, aún cuando la consecuencia sea manifestamente superior a la voluntad aparente del sujeto, pues dicha legislación no admite lo que en otras legislaciones se conoce como preterintencionalidad.

Amparo directo 9405/61.- Sergio Martínez Silva.- 19 de Junio de 1964.- 5 votos.- Ponente: Abel Huitron y Aguado.

Sexta Epoca. Vol. LXXXIV. 2a. parte, p. 18.

PRETERINTENCIONALIDAD, AUSENCIA DE.- El delito preterintencional se integra con la suma de dolo en cuanto a la finalidad prevista y deseada y culpa respecto al resultado causado, que rebasó la intención original. Así, si en un caso, - el autor llegó hasta la casa de la víctima, y mediando sólo unas palabras; de inmediato sacó su arma que llevaba con -- "cartucho cortado", y le disparó al pasivo, privándolo de la vida, es palpable que estamos en presencia de una actitud dolosa, pues atendiendo al medio empleado y al desarrollo de los hechos, únicamente se objetivizó la intención de - - causar lesiones mortales; siendo manifiesta la ausencia de culpa, excluyéndose en consecuencia la preterintención.

Amparo directo 3881/85.- Carlos Rosas Cisneros.- 11 de septiembre de 1935.- 5 votos.- Ponente: Luis Fernández Doblado.

Séptima Época.- Vols. 199-204, 2a. parte p. 47.

PRETERINTENCIONALIDAD, CUANDO NO SE DA, EN EL HOMICIDIO, LA. El artículo 9, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, recoge la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, en la cual se contempla la concurrencia de la intención respecto al resultado querido o -- aceptado (dolo directo y dolo eventual) y de la imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido. No puede darse tal forma de culpabilidad, en el caso particular considerando, - al quedar el dolo de manifiesto, desde el momento en que los acusados, ahora quejosos, en compañía de un tercero, infirieron voluntariamente al pasivo varios golpes en diferentes -- partes del cuerpo, pues con ello hicieron una aportación causal culpable en la muerte de la víctima, pues ésta se origina en las alteraciones viscerales y tisulares causadas en -- los órganos interesados por traumatismo cráneo-cervico-medular, clasificado de mortal, por lo que el comportamiento de

los citados quejosos reveló una manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción del homicidio, la -- cual excluye que este resultado pueda sancionarse en forma preterintencional.

Amparo directo 6749/85. José Antonio García Sandoval y Héctor García Sandoval, 6 de febrero de 1986. 5 votos.- Ponente Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia - Martínez de Duarte.

Séptima Epoca.- Informe Suprema Corte de Justicia 1986, 2a. parte, 1a. Sala, p. 19.

PRETERINTENCIONALIDAD EN LA RINA

Estándose en presencia de una rifa, no importa que -- exista o no la intención específica de causar la muerte o - un daño menor, y si el daño causado fue más allá de lo que se propuso el agente activo, se está en la circunstancia de preterintencionalidad, figura en que a título doloso, ya - que fue requerida por el agente activo, se sanciona el resultado si este es consecuencia necesaria y notoria de la - acción criminal.

Amparo directo 701/74.- J. Jesús Alvarado Lazoya.- 6 de Junio de 1974.- 5 votos.- Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Séptima Epoca. Vol. 66, 2a. parte, p. 46.

PRETERINTECCIONALIDAD

La preterintencionalidad de la acción no implica que la misma esté ausente de antijuricidad, o que pudiera encuadrarse el acto como culposo, pues es bien sabido que la culpa se caracteriza porque el agente ejecuta un acto lícito, pero sin tomar las precauciones requeridas, o como la define la Ley Penal, debido a la falta de reflexión o de cuidado.

Quinta Epoca. T. CXIX, p. 3122, Amparo penal directo 2373/49, 28 de octubre de 1953, unanimidad de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD

Si el imputado pretende justificar su comportamiento, al afirmar que disparó contra su víctima no con el propósito de lesionarla, sino con el de amedrentarla, tal preterintencionalidad de la conducta no excluye el reproche penal de su comportamiento.

Quinta Epoca. T. CXXIV, p. 1056, Amparo Penal Directo 3553/53, 18 de Junio de 1955, Unanimidad de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD

La preterintencionalidad consiste en la conjunción del dolo directo respecto del resultado querido y de la culpa en relación con el daño causado, siendo previsible.

Amparo directo 4604/55.- 17 de enero de 1956.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Quinta Epoca. T. CXXVII, p. 229.

PRETERINTENCIONALIDAD

(HOMICIDIO).- El Código Penal de 31 suprimió la forma atenuada de homicidio que consignaba el artículo 557 del Código de 1871, y ante esta omisión de la ley actual, el juzgador no puede - - crear la forma del homicidio preterintencional. Además la Ley Penal vigente en el Distrito Federal sólo considera el delito de homicidio que puede ser culposo, en riña, simple tumultuario y calificado, y como existe la regla general de presunción de dolo del artículo 9º, del propio ordenamiento, la acción -- del homicida que produce la destrucción de una vida sólo puede integrar una u otra de aquellas figuras delictivas, los hechos del acusado sólo pueden ser considerados como constitutivos -- del delito de homicidio simple, si encajan en los términos de la fracción II del artículo 9º, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que establece que la presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el inculcado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó si este fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión constitutivo del delito.

Quinta Epoca. T. CIIT, p. 1662, Amparo penal directo 7650/49, Galván Ríos Antonio, 17 de Febrero de 1950, unanimidad de 4 -- votos.

PRETERINTENCIONALIDAD

(LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN)

Admitiendo que el reo golpeó con la mano en la cabeza al occiso, y que éste, al chocar con el pavimento sufrió la lesión que lo privó de la vida, se está en presencia de un homicidio preterintencional, por haber desenvuelto una actividad - dirigida a dañar a la víctima, con medios inidóneos para causar la muerte, obteniéndose un resultado excedente de la intención; delito que el Código Penal de 1871 contempla en su artí-

culo 557, asignándole una sanción atenuada, por ocupar un plano intermedio, mirando al factor psicológico, y con referencia el delito doloso y al delito culposo; pero la Legislación penal del Estado de Michoacán, no contempla en especie el homicidio preterintencional y, en consecuencia la sanción que le fué impuesta al acusado, por el delito de homicidio intencional simple, no viola en su perjuicio garantías individuales, tanto más, si se le impuso el mínimo de la pena prevista por el artículo 292, reformado de la ley punitiva del Estado.

Quinta Epoca. T. CI, p. 1733. Amparo penal directo 978/48. García Sánchez Rutilio, 19 de agosto de 1949, mayoría de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD DELICTUOSA

El artículo 9° del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, resuelve los casos de preterintencionalidad delictuosa, o sea, aquellos en que el daño supera al propósito y en los cuales la imputabilidad ésta condicionada a la previsibilidad del resultado; por lo que a un aceptando la declaración del inculcado, en el sentido de que las lesiones apreciadas a la víctima, fueron debidas al golpe recibido, por haberlo aventado contra el mostrador de un establecimiento, tal circunstancia no modifica su responsabilidad, pues está fuera de duda que quien golpea a una persona que está en estado de ebriedad, puede prever, que dicha persona perderá fácilmente el equilibrio con la posibilidad de lesionarse en la caída; tanto más si el número y topografía de las lesiones, hace más probable lo dicho por la víctima, en el sentido de que el acusado lo atacó con un arma cuya naturaleza no pudo apreciar.

Quinta Epoca. Tomo LXXIX, p.932. Amparo penal directo 8915/43, Vázquez Torres Francisco, 17 de enero de 1944, unanimidad de 4 votos.

INFORME RENDIDO A LA S.C.J.N. EN1987.2a. PARTE. 1a. SALA. MEXICO 1987.
PRETERINTENCIONALIDAD. INEXISTENCIA DE LA,

El concepto de violación en el cual al quejosa afirma - debió sancionarse con las penas señaladas para el homicidio preterintencional es infundado. En efecto, el artículo 9º del Código Penal del Distrito Federal precisa, en su último párrafo, que el resultado típico mayor al querido o aceptado por el autor, se atribuye preterintencionalmente cuando se produce por imprudencia, lo que se excluye definitivamente si se tiene en cuenta que la conducta, realizada por la hoy quejosa, de tomar la pistola que el hoy occiso había dejado en el entrepaño del ropero y con ella disparar contra él, cuando éste se dirigía al baño, según se desprende de su confesión inicial, cuyo valor resulta preponderante, revela claramente que hubo en ella representación o previsión del hecho, es decir que -- tuvo plena conciencia del alcance ilícito de su proceder, por su contrariedad al derecho, no obstante lo cual no se detuvo en su actuar causalmente homicida, lo que pone de relieve su libre determinación de matar. No es exacto, por ello, que la quejosa obrara preterintencionalmente, porque esta forma de actuación precisa que la voluntad no se encamine a la producción del resultado causal obtenido a consecuencia de la acción u omisión, sino a un daño menor, y que el evento mayor se produzca a virtud de que el autor no actuó del tal manera que el efecto dañoso se limitara al representado y querido, sino por lo contrario, su proceder infringió, además, el deber de cuidado que le incumbía para así evitar un daño mayor, en cuyo caso éste le sería imputable a título preterintencional, lo que no ocurrió en la especie, según se tiene dicho, pues obró intencionalmente al tener plena conciencia del hecho típico (homicidio) y querer libremente dicho evento.

Amparo directo 5795/86. Silvia Elena Alfaro Sánchez. 12 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Olga Estrever Escamilla.

PRETERINTENCIONALIDAD, NO LA CONTEMPLA EL CODIGO
DE SAN LUIS POTOSI

El delito preterintencional no está contemplado en el Código Penal del Estado de San Luis Potosí; por tanto, la autoridad juzgadora obra correctamente al encuadrar la conducta antisocial del acusado dentro de lo dispuesto por la fracción II del artículo 8° del Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 58, Pág. 63. A.D. 3177/73.
Enrique Ramos Moreno Unanimidad de 4 votos.

B I B L I O G R A F I A

- A. HARRIS, Thomas. Yo estoy bien, tú estás bien.
19a. ed. México, Ed. Grigalbo, 1973.
- ACOSTA KUMERO, Miguel y LOPEZ BENTANCOURT, Eduardo. Delitos especiales. México, Ed. Porrúa. 1989.
- ARILLA BAS, Fernando. El procedimiento penal en México. 12a. ed., México, Ed. Kratos. 1989.
- BOWEN, James y HOBSON, Peter R.. Teorías de la educación. - México, Ed. Limusa. 1979.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano. 14a. y 16a. eds., México, Ed. Porrúa, 1980 y 1988.
- CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. 7a. ed. - México, Ed. Porrúa, 1986.
- CASTANEDA, Salvador. ¿Por qué no dijiste todo?. México, Ed. Grijalbo, 1980.
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. 16a. y 27a. eds., México, Ed. Porrúa, 1981 y -- 1989.
- CASTRO, V., Juventino. El Ministerio Público en México, Ed. Porrúa, 1985.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Así habla la delincuencia. México Ed. Porrúa, 1987.
Derecho mexicano de procedimientos penales. 11a. Ed., -- México, Ed., Porrúa, 1989.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre pruebas penales. 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1988.
- ESQUIVEL OBREGON, T., Apuntes para la historia del derecho en México, 2a. ed., Tomos I, y II, México, Ed. Porrúa - 1984.

- FINIZI, Marcelo. El delito preterintencional. Tr. Conrado A. Finizi. Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma. 1981.
- FROMM, Erich. Anatomía de la destructividad humana. 5a. ed., México, Ed. Siglo XXI, 1980.
El medio a la libertad. México, Ed. Paidós, 1988.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 13a. ed., México, Ed. Porrúa. 1982.
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Derecho procesal penal. 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 1980.
Justicia penal, México, Ed. porrúa, 1982.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Derecho procesal mexicano. 9a. ed., México, Ed. Porrúa. 1988.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho penal mexicano, 18a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982.
- HORNEY, Karen. La personalidad neurótica de nuestro tiempo. México, Ed. Paidós, 1988.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano: Derecho penal mexicano. 3a. y 5a. eds. Tomo I; México, Ed. Porrúa, 1980 y 1985.
- JONES, Edward E. y GERARD, Harold B. Fundamentos de psicología social. México, Ed. Limusa, 1980.
- MADRAZO, Carlos A. La reforma penal. México, Ed. Porrúa. 1989.
- MARCHIORI, Hilda. Psicología criminal. 5a. ed., México, Ed. -- Porrúa. 1985.
- ORELLANA WIARCO, Octavio A. Manual de criminología. 4a. ed., - México, Ed. Porrúa, 1988.
- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La averiguación previa. 4a. ed. México, Ed. Porrúa. 1989.

- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 8a. ed. México, Ed. Porrúa. 1987.
La causalidad del delito. 2a. ed., México, Ed. Porrúa. - 1983.
La tentativa. 3a. ed., México, Ed. Porrúa. 1982.
Lecciones de derecho penal. 5a. ed., México, Ed. Porrúa 1985.
- PIAGET, Jean. Seis estudios de psicología. 6a. ed., México Ed. Seix Barral, 1979.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. 6a. y 12a. eds., México, Ed. -- Porrúa, 1982 y 1989.
Dogmática sobre los delitos contra la vida y salud personal. 8a. ed., México, Ed. Porrúa. 1985.
- RECASENS SICHES, Luis. Sociología. 18a. ed., México, Ed. Porrúa 1980.
- REYES NAVARRO, Angel. Ensayo sobre la preterintencionalidad. - México, Ed. Jus. 1949.
- RIVERA SILVIA, Manuel. El procedimiento penal. 18a. ed., México, Ed. Porrúa, 1989.
- SOLIS QUIROGA, Hector. Sociología criminal. 3a. ed., México, - Ed. Porrúa, 1985.
- SUTHERLAND NEILL, Alexander. Summerhill. México, Ed. Fondo de cultura económica 1976.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. México, - Ed. Trillas, 1987.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho penal mexicano. 4a. ed., México - Ed. Porrúa, 1983.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Manual de derecho penal. México, Ed. Cárdenas. 1988.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y proceso penal. 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 1988.

DICCIONARIOS

El pequeño Larrouse. México, Ed. Larrouse, 1982.

Gran diccionario de sinónimos. 3a. ed., Barcelona. Ed. Bruguera, 1979.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico mexicano. 2a. ed., Tomos A-CH-, D-H, I-0 y P-Z., México Ed. Porrúa, 1987.

ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia de psicología oceano. Tomos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, Barcelona. Ed. Oceano, 1985.

LEGISLACION

Códigos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales 1871, 1929 y 1931 (este último antes de su reforma de 1984, se denominó así y después de ella, para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia Federal).

Código Penal italiano de 1930 y 1948.

Códigos Penales para los Estados Libres y Soberanos de: Baja California Norte de 1989; Baja California Sur de 1982; Sonora

de 1949 y 1985; Durango de 1983; San Luis Potosí de 1986; -- Querétaro de 1987; Michoacán de 1988; Guanajuato de 1981; Veracruz de 1948 y 1989; Puebla de 1986; Estado de México de 1989; Yucatán de 1988 y de Quintana Roo de 1979.

Código Federal de Procedimientos Penales de 1991.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1991,

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de 1991.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de 1991.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Código Penal comentado. 7a. y 9a. eds., México, Ed. Porrúa, 1988 y 1989.

OBREGON HEREDIA, Jorge. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (comentado y concordado). 4a. ed., México Ed. Porrúa, 1987.

REVISTAS

Revista jurídica veracruzana, Jalapa, Veracruz, Tomo IV, número 2.

"El marco legislativo para el cambio", septiembre-diciembre 1983, Vol. III. Talleres gráficos de la Presidencia de la República. Págs. 195-233.

"Archivo de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión", Vol. XXIII, LII Legislatura. Ramo Público. Depto. de Sría. y Comisiones, Índice C. Expediente 32.

"Diario de debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos", Año II, Tomo II. Núm. 44. México, D.F. a 20 de diciembre de 1983, pág. 85-93.