

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA PRETERINTENCION EN LA LEY SUSTANTIVA
PENAL Y SU APLICACION A LOS CASOS CONCRETOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LIC. EN DERECHO

P R E S E N T A

EUDOXIO LOPEZ VERDE

1 9 9 3

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

CAPITULO I

EVOLUCION DOCTRINAL Y JURIDICA DE LA PRETERINTENCION

	PAG.
1.- ROMA	2
2.- ESPAÑA	4
3.- ITALIA	13
4.- ALEMANIA	22
5.- AMERICA LATINA	24
a).- ARGENTINA	26
b).- BRASIL	31
c).- URUGUAY	34
d).- PERU	36
e).- CHILE	37
6.- EL "VERSARI IN RE ILLICITA" EN EL DERECHO CANONICO.	40
7.- LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO	49



	PAG.
CAPITULO II	
LA PRETERINTENCION Y SUS DIFERENTES CONCEPCIONES.	
1.- CONCEPTO DE PRETERINTENCION.	50
a).- LATO SENSU	
b).- STRICTU SENSU	
2.- LA PRETERINTENCION COMO TERCERA FORMA DE LA CULPABILIDAD.	
a).- CONCEPTO DE CULPABILIDAD	65
b).- FORMAS DE CULPABILIDAD	82
3.- LA PRETERINTENCION COMO DOLOSA	91
a).- DOLO EVENTUAL	94
b).- DOLO DIRECTO	94
c).- DOLO INDIRECTO	95
d).- DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS	95
4.- LA PRETERINTENCION COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA	96
a).- CONCEPTO DE DOLO	98
b).- CONCEPTO DE CULPA	101
5.- LA PREVISION COMO FUNDAMENTO DE LA PRETERINTENCION	104
a).- LA ANTIGUA PREVISIBILIDAD	104
b).- LA MODERNA POSIBILIDAD DE PREVER	105
6.- LA PRETERINTENCION Y EL CASO FORTUITO	108

CAPITULO III

ESTRUCTURA DE LA PRETERINTENCION

PAG.

1.- NATURALEZA DE LA PRETERINTENCION	112
a).- ELEMENTO OBJETIVO	113
b).- ELEMENTO SUBJETIVO	114
2.- ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCION	117
a).- SEGUN FRANCESCO CARRARA	117
b).- SEGUN LUIS JIMENEZ DE ASUA	119
3.- EL MEDIO EMPLEADO EN EL DELITO PRETERINTENCIONAL	122
4.- LA PREVISION EN EL DELITO PRETERINTENCIONAL	125

CAPITULO IV

EVOLUCION DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA LEGISLACION PUNITIVA MEXICANA.

1.- CODIGO PENAL DE 1871 (DE MARTINEZ DE CASTRO)	129
2.- CODIGO PENAL DE 1929 (CODIGO DE ALMARAZ)	132
3.- CODIGO PENAL DE 1931 VIGENTE	134
4.- REFORMAS AL ARTICULO 9 PARRAFO TERCERO	136
5.- PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1949, PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.	139
6.- PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1958 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.	141
7.- PROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DEL AÑO DE 1963.	143

CAPITULO V

LA PRETERINTENCIONALIDAD ACTUALMENTE EN LA LEGISLACION DE MEXICO.

- | | | |
|------|---|-----|
| 1.- | TEORIA ACEPTADA EN LA LEGISLACION MEXICANA | 146 |
| a).- | LA PRETERINTENCION COMO TERCERA FORMA DE LA CULPABILIDAD. | 146 |
| 2.- | COMENTARIO AL ARTICULO 9 PARRAFO TERCERO, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN <u>MATE</u> RIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. | 149 |
| 3.- | JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA ACERCA DE LA PRETERINTENCION. | 155 |

INTRODUCCION

El Derecho Penal siendo rama del Derecho Público se -- ocupa de los delitos, del delincuente, de las penas y medidas de seguridad etc., y sobre todo al ocuparse la Ciencia Penal de los elementos objetivos y subjetivos del delito adquiere -- mayores proporciones de las imaginadas.

Quiero decir y refiriéndome concretamente a los elementos subjetivos del delito, sus modalidades y formas que encierra el mismo han sido motivo de discusiones durante varias decadas, sin que los tratadistas unifiquen criterios respecto -- de este concepto: la culpabilidad y no es que me refiera a la concepción de la culpabilidad sino a la discusión de las formas que en ella se sustentan y apoyan.

Han sido reconocidas unicamente y durante mucho tiempo las tradicionales formas de la culpabilidad; el dolo y la culpa, sin aceptar alguna modalidad que pudiera surgir de entre las dos o al lado de ellas, como algo independiente, con propia vida o algo que tenga que surgir de las entrañas del propio delito, el cual cuente con sus propios órganos que le favorezcan la vida, su crecimiento, desarrollo, etc., y no por el contrario se le supla con mecanismos frecuentemente insuficientes y cargados a la interpretación de la jurisprudencia.

No es posible que dentro del dolo y la culpa se pretendan encerrar todas las conductas ilícitas que despliegan los transgresores de la ley, y aunque a la primera forma de la culpabilidad se le hayan adherido diversos conceptos tales como: dolo directo, dolo eventual, dolo indirecto, de consecuencias necesarias, etc.; y a la culpa quien también tratándose de cubrir las lagunas existentes se desmembra en culpa consciente, que es en la que se ha representado el resultado, y culpa inconsciente, en la que la representación no se ha producido, ello no es suficiente y deja al arbitrio la posibilidad de acomodar las conductas dentro de los conceptos ya marcados.

Aún, con esta cobertura que pretenden dar a las formas señaladas, creo, que escapan a las mismas otras conductas que si no llenan los requisitos de la primera y luego tampoco las abarca la segunda, tendríamos como resultado que habría conductas delictivas que no encuadrarían dentro de los conceptos delictivos previstos. Siendo necesario buscar alguna fórmula que pudiera subsanar esa coyuntura y que sin duda alguna la preterintención con su carácter de tercera forma de la culpabilidad se superarían los problemas que ofrece la técnica jurídica.

De tal manera encontraríamos que la culpabilidad estaría formada por tres elementos: el dolo, la culpa y la preterintención que vendría a complementar esas lagunas existentes

en el derecho. No sin antes advertir que dicha formula debe de manejarse con singular cuidado de lo contrario nos encerramos en un malhadado concepto que en lugar de despejar dudas nos metería en un laberinto sin salida. Precisamente este trabajo servirá para buscar el sentido lógico y natural -- del concepto señalado: **La Preterintención.**

CAPITULO I

EVOLUCION DOCTRINAL Y JURIDICA DE LA PRETERINTENCION

Para iniciar nuestro estudio del desarrollo evolutivo y doctrinal de la preterintención, es necesario referirnos un poco a los delitos que son llamados "delitos calificados por el resultado", ya que estos, son el antecedente inmediato o anterior que dió nacimiento a los delitos que hoy en día se conocen con el nombre de preterintencionales estos últimos -- son el efecto casi tardío de los delitos calificados por el resultado en los que se excluía por completo el elemento subjetivo (voluntad, conciencia, representación, previsión, etc.), de los que más tarde hablaré ampliamente.

Por el momento solo queda decir que la preterintención es de tiempos modernos, en nuestro país, por lo que trataremos de dar una pequeña referencia histórica de su paso -- por los pueblos; mas adelantados jurídica y culturalmente hablando; o dicho de mejor manera del nacimiento y florecimiento de las teorías respecto del tema objeto de nuestro estudio.

1) ROMA

Desde la época del florecimiento del Imperio romano, ya se le excluía al casus o caso fortuito de la responsabilidad es decir, que al realizar un individuo una conducta lesiva menor y al acometer contra la persona del ofendido, este muere sin tener el ejecutor el propósito de matarlo y que se producía por causas ajenas a la voluntad del agente. Según Ferrini (1), "tuvo un sentido muy amplio ya que abarcó todo lo que excede de la intención" (2). Y que según opinión del mencionado autor, es un caso de preterintención.

No podemos alejarnos mucho de la idea de que en aquella época únicamente se legislaba sobre delitos calificados por el resultado ulterior y encontramos la única excepción -- de no responsabilizar en el caso fortuito. En este sentido podemos decir que los romanos, no solo fueron los primeros en conquistar el mundo sino que también fueron los primeros grandes compiladores de toda una amplia gama de leyes además de ser creadores de fórmulas jurídicas que autores de nuestros días se asombran por la sencillez y talento en ellas impreso, haciendo del derecho en general una Biblia a la que todos acu

(1) Jiménez de Asua Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo - VI, ed. 1a. Editorial Lozada, Buenos Aires 1962.

(2) Opus. cit. pág. 22

dían y acuden en busca de apoyo para la formulación de su pro pio derecho, y esto no es una vagedad ya que es palpable que en casi todo el derecho estén inmersos los principios romanos, siendo las bases de los muros que sostienen el actual y moderno derecho universal.

En la historia también encontramos que Santo Tomás de Aquino, utilizó por primera vez la locución latina "praeter - intentionem", asimismo, autores contemporaneos a él formularon frases parecidas, probablemente para designar a la preterintención, es decir para lo que esta fuera de la intención.

2) ESPAÑA

En la alta Edad Media española se pena por el resultado dañoso, es decir, que en ella lo único que se calificaba - era el resultado acaecido sin tomar en cuenta en ningún momento el elemento subjetivo, o sea, aquel en el que si el reo tuvo o no la intención de realizar el hecho delictivo. Figuraban como es de sentirse los delitos calificados por el resultado.

A partir del Código penal español de 1848, encontramos encuadrada la preterintención como una circunstancia atenuante, es decir, como una forma de preterintención como mezcla de dolo y culpa y no como una tercera forma de culpabilidad. El texto original de dicho artículo decía:

ARTICULO 9.- Son circunstancias atenuantes...

3a. "La de no haber tenido la intención el delincuente de causar todo el mal que produjo". Sin duda que la regla contenida en esta tercera circunstancia atenuante, es muy --- avanzada de acuerdo a los tiempos en el que imperaba y que en algunos países imperan aún, los delitos calificados por el resultado. En la transcrita circunstancia ya encontramos una - formula a mi forma de ver de una preterintencionalidad aunque con algunos defectos, como son:

- a).- Que se refería a delitos generales, como atenuante.
- b).- Sin tomar en cuenta cualidades o circunstancias.
- c).- Sin clasificar los tipos de efectos.

En el Código Penal Español de 1870, sigue teniendo la misma redacción o sea la de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo. Y en el Código de 1944 la redacción del artículo noveno era la siguiente:

ARTICULO 9.- Son circunstancias atenuantes ...

4a.- " La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". En derredor de la atenuante cuarta del artículo noveno, se dieron las mas variadas opiniones en favor de la citada formula.

Para nosotros es de gran importancia la emitida por el profesor Quintano Ripollés (3), el cual dice "El reconocimiento pleno de la preterintencionalidad en la atenuante cuarta de nuestro Código, es otra de las más legítimas glorias del derecho penal español positivo. Cuando apareció por vez primera, en el de 1848, carecía en absoluto de precedentes y concordancias que aún hoy en día, fuera de ciertos países his

(3) Citado por Jiménez de Asua, Opus cit. pág. 91.

panoamericanos, son bien raras de hallar, a pesar de su indudable pertinencia y utilidad, reconocidas por los científicos de todas las escuelas. Al respecto José María Rodríguez Devesa (4), dice; "Nuestro Código no conoce esta forma intermedia entre el dolo y la culpa, haciendo de la preterintencionalidad tan solo una causa de atenuación (5)". Es de notarse que aquí no cabe hablar de la preterintencionalidad y no como quieren los italianos de una tercera especie de culpabilidad.

También comentando el tema de que nos ocupamos el --- Maestro Eugenio Cuello Calón (6), refiere acerca de la preterintencionalidad lo siguiente: "Sucede algunas veces que de la acción u omisión se origina un resultado más grave que el querido por el agente, entonces aparece la figura jurídica -- del llamado delito preterintencional (praeter intentionem), - un ejemplo: el agente golpea a otro sin ánimo homicida, pero a consecuencias de las lesiones causadas sobreviene su muerte -sigue diciendo el distinguido autor- El hecho es intencional pero la intención ha sido superada por el resultado. Se ha sostenido que aquí existe delito doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar, etc." (7)

Según Florian (8)" no es posible atribuir un mismo he

-
- (4) José Ma. Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Par. General, 7a.ed., pág. 667, Edit. Gráficas Carasa, Madrid 1979.
 (5) Opus cit. pág. 667.
 (6) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, decimoséptima edición, pág. 469, Editorial Bosch, Barcelona 1975.
 (7) Opinión de Mancini, citada por Cuello Calón, opus cit. p. 469.
 (8) Citado por Cuello Calón. Opus cit., pág. 469.

cho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa) que no pueden obrar al mismo tiempo".

Para la existencia de la preterintencionalidad- dice Cuello Calón- se exige que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género que los lesionados por el acto inicial, así v.gr., cuando sin ánimo homicida se causan lesiones y sobreviene la muerte del lesionado (los bienes en cuestión son análogos, integridad personal, vida) pero si el agente causa un daño esencialmente diverso del resultado querido (como --- cuando queriendo romper un cristal de una ventana hiere a un transeúnte) el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad". Siendo en este mismo sentido la opinión de Mancini (9).

La preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido, sea previsible -dice Cuello Calón- y si dicho resultado es previsto y aceptado por el agente el hecho constituye el delito integrado por el resultado más grave imputable a dolo eventual. Si las consecuencias son imprevisibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho queda fuera de la hipótesis del concurso de dolo y culpa, concurren dolo y caso fortuito, por lo que debe castigar-

(9) Citado por Cuello Calón, opus. cit. pág. 470.

se solamente el delito originario (9 bis)

Existe un problema de distinción en las definiciones dadas por el artículo primero párrafo tercero y la atenuante cuarta del artículo noveno, dice el artículo 1 en su párrafo tercero:

"El que cometiere voluntariamente un delito o falta - incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado - fuere distinto del que se había propuesto ejecutar (10)". Para resolver este problema que ofrece el Código penal español en los artículos citados, generalmente se sigue el criterio - impuesto por Silvela (11), mismo que dice así: "el párrafo -- tercero del artículo primero será aplicable con su correlativo artículo 50". A Cuello Calón también le parece que existe duda en cuanto a la aplicación de entre las reglas citadas- cuando- en el caso concreto el que queriendo tan sólo causar lesiones causa la muerte, responderá del resultado de su ac-- ción -y dice- pero surge una duda sobre el precepto penal -- aplicable en este caso, pues en el Código existen dos disposiciones que parecen de posible aplicación. Uno de ellos es la atenuante cuarta del artículo 9, misma que quedó transcrita - hojas arriba y el artículo 50, que a la letra dice: Para los

(9 bis) Idem.

(10) Citado por Rodríguez Devesa, opus. cit. pág. 667.

(11) Citado por Cuello Calón, opus cit., pág. 471.

casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable". Establece la imposición de la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo. Este caso es resuelto tomando en cuenta la opinión de Silvela, citado anteriormente, por Eugenio Cuello Calón y Rodríguez Devesa, tal y como se acaba de exponer.

Según la jurisprudencia española estima que para tomar en cuenta la circunstancia 4a. es necesaria una notoria -desproporción entre la actuación criminosa del agente y el resultado, de tal suerte que en circunstancias normales y prescindiendo de lo que de eventual haya en cada caso, tendría un mayor adecuación a los propósitos revelados por el infractor.

Llama la atención, de manera muy especial un caso que presenta el Padre Julian Pereda citado por Jimenez de Asua(12) en este y otros muchos casos las decisiones del Tribunal Supremo han sido duras y de gran desacierto -esta- es de 10 de Febrero de 1876 y los hechos que me permita transcribir en su totalidad para la mejor percepción del caso. Fueron los siguientes: "Una pobre mujer, que solía llevar sobre sus hombros ligeras cargas de brezo y ramas, se encuentra con niños de siete a doce años que la molestan todos los días y tiran de las ramas, no dejándola en paz. Cansada de sufrirlos, cojió -

(12) Opus. cit.

un día una pequeña piedra -así lo dice la sentencia- y la tiró contra el grupo de chiquillos. Por desgracia dió en la cara de uno de ellos y le causó una pequeña erosión, que -según - el propio fallo- ni por la región que ocupaba, ni por los órganos lesionados, ofrecía gravedad alguna; pero presentóse el tetanos y el niño murió a los pocos días. El Tribunal la condenó como responsable de homicidio doloso y en Casación se -- confirmó la sentencia". El Padre Pereda presenta este caso - como de responsabilidad objetiva y dicho de otra manera como delito calificado por el resultado. Jiménez de Asua (13), expresa" que tampoco el Maestro Toscano hubiera aceptado, en esos - hechos, la mezcla de dolo y culpa, sino de dolo y casus (ca-- so fortuito), en el más exigente de los casos y -continúa di-- ciendo- y decimos en el más exigente de los casos, aquí ha--- bría en verdad un acto lícito de legítima defensa de la pobre mujer, contra las injustas agresiones de los muchachos, y si se considera que no eran verdaderos ataques por el animus iocandi, tenían los niños, podría alegarse un derecho de corrección impuesto a los muchachos ajenos, sin expreso encargo, tesis - defendida por Von List y varios penalistas alemanes. (13 bis) Este es un caso solamente para ilustrarnos y creo que ofrece una facilidad total para darse cuenta de lo injusto que eran los fallos, en cuanto que no se apreciaba en su acepción la -

(13) Opus. cit.

(13 bis) Idem.

regla comentada, ya que resulta facil extraer datos que nos den la pauta que la injusta pena aplicada a la pobre mujer es del todo reprobable y criticable.

Es importantísima por el gran contenido y solución da dos a la sentencia pronunciada el 8 de Julio de 1933 (14), en la que no sólo con claridad sino con superlativo acierto se exige la previsibilidad del resultado letal. Por lo que se sancionó al autor como responsable solamente de las lesiones producidas. En ella se declara que no solo no previsibles pa ra el reo, sino extrañas totalmente a sus propósitos y debidas a particularidades específicas de la víctima y añade, que debe reducirse la responsabilidad del culpable al resultado que naturalmente y en condiciones normales se hubiese producido como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa, es decir, que el elemento objetivo mixto de dolo y culpa que caracteriza la preterintención se disuelve y en vez del enlace que caracteriza la culpabilidad preterintencional, se nos pre senta otro; mestizaje de dolo, en cuanto a las lesiones y caso fortuito respecto de la muerte. En esta sentencia que es del todo novedosa y de gran acierto para los tribunales españoles se toma ya en consideración el elemento subjetivo del hecho, es decir que al reo no se le sentencia por el resultado efectuado sino de acuerdo a la culpabilidad que el agente realmente tuvo, será más explícito. En este caso, si el agen

(14) Sentencia citado por Jiménez de Asua, opus cit. pág. 96.

te actuó inicialmente con dolo y que la cadena que se desarrolló, no estuvo al alcance de su mano, sino que sucedió por causas ajenas a su voluntad y que ese resultado va más allá del planeado por el autor y sobre todo que este resultado no era previsible y lo que no es previsible, está fuera del derecho penal, por tanto ese resultado material es concluido en caso fortuito, es decir, delito iniciado dolosamente en lo -- que a las lesiones corresponde y caso fortuito en lo tocante al resultado de mayor gravedad que de ninguna manera era posible prever. Varios autores españoles aplaudieron la citada sentencia por la bien planteada y acertada solución, tales como: Eugenio Cuello Calón, Juan del Rosal y el Padre Julian Pereda, entre otros.

3) ITALIA.

En Italia encontramos en gran parte el nacimiento de esta fórmula de la preterintención y que ahora se encuentra desgarrada, debido a la manifestación de múltiples doctrinas de las que más tarde nos ocuparemos al estudiarlas. Por el momento diremos que en Italia y expresamente en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, en quién originalmente nace la palabra de la "praester intentionem" probablemente el antecedente inmediato de la figura jurídica ahora conocida como "preterintención".

Con algunas variantes encontramos frases que sin duda nos ilustran sobre el mismo tema en las expresiones de algunos prácticos, las cuales me permito transcribir en este momento: Hypólito de Marsilli, *ultrapositionem*; Bartolomeo de Saliceto, *Ultra cogitatum*; Horacio Percio, *Extraintentionem*; Carpzovio, *Ultra intentionem*; Tiberio Deciano, y Cavallo, *praeter intentionem* (15) y muchos más que en sus diferentes obras, plasmaron locuciones latinas referidas a lo que se encuentra ajeno a la intención a lo no perteneciente a lo voluntario.

Se dice que la verdadera historia es casi nueva y sobre todo dentro de lo que se haya legalizado precisamente en

(15) Citados por Jiménez de Asua. Opus cit., pág. 26.

un marco jurídico práctico, anteriormente nos hemos referido a ella en algunos otros países y Códigos pero cabe notar que era solamente en un espíritu netamente jurídico doctrinal - pero no reglamentada y como dije anteriormente no demarcada en una ley y aplicada a casos reales.

En los códigos italianos es plasmada a mediados del si glo XIX. Esto, ocurre en el Código sardo y el toscano que - ya en forma más depurada, distinguieron el dolo puro y el do lo mixto de culpa incluyendo en el segundo la preterinten-- ción.

El código Toscano de 1853 ya distingue el homicidio preterintencional, la consecuencia de la muerte que pudie- ra preverse como "probable", de la que pudo preverse como po sible. Dice el citado artículo: "El homicidio ultra la in- tención, producto de una lesión personal premeditable, se pe na:

a) Con la casa de la fuerza de ocho a quince años, - si el agente pudo prever como consecuencia probable de su he cho, la muerte del ofendido; y b).- Con la cárcel de dos a seis años, si el agente pudo prever, como consecuencia posi- ble de su hecho, la dicha muerte.

El Código sardo del 20 de Noviembre de 1859, y que --

también estuvo rigiendo en Nápoles decía en su artículo 241, (16): "Las lesiones seguidas de muerte como si se tratara de un homicidio voluntario, salvo si se demostrase la falta de intención e incluso la falta de previsibilidad". En este artículo que acabamos de transcribir, es de infiltrarse ya la idea de una preterintención más equipada, más completa ya -- que habla del elemento subjetivo la previsibilidad que también es un elemento actual, de la preterintencionalidad.

Jiménez de Asua, cita frases de los glosadores y prácticos así, como de los antiguos canonistas y que al referirnos a ellos únicamente se citará el nombre de los aludidos - sin anotar su correspondiente aportación al derecho, siendo válido decir, que esta es de gran utilidad y en cada frase - se nota inmediatamente esa idea de separar si no en mucho, todos aquellos casos en que se excluía a la intención o voluntad del hecho o acto ilícito cometido.

Es importante decir que cuando se prescinde de la previsibilidad, el resultado más grave, solo podrá cargarse al sujeto que obra si es consecuencia natural y común, pero no causal, del acto emprendido. Y si nosotros quisieramos agotar todas las citas de las frases, que son de gran importancia por el avance significativo, del derecho penal.

Ahora dedicaremos algunas hojas al Código penal de Italia
(16) Citado por Jiménez de Asua, pág. 36.

lia, en el que es de llamar la atención la forma en que defi-
nen los delitos en el artículo 43, y que antes de dar su de-
finición, remarca el elemento psicológico de la infracción y
señala que el delito es: doloso ..." es preterintencional..
." y "es culposo"... En el espacio relativo de nuestro tema
de estudio, dice: "El delito es preterintencional, más ---
allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva -
un resultado dañoso o peligroso más grave que el querido por
el agente". De este artículo y del texto que emana de él se
apoyan los tratadistas italianos para fundamentarse al decir
que la preterintención es una tercera forma de culpabilidad
ya que está después del dolo y antes de la culpa, de lo cual
más tarde daré mi opinión y diré si a mi parecer es correcta
la tesis de los italianos o no al exponer nuestro criterio
al repasar las doctrinas y cual de ellas predomina o cual de
ellas debería predominar en nuestro derecho penal vigente y
en el mundo entero.

En el Código penal italiano de 1930, no toma partido
sobre la cuestión de la previsibilidad en el delito prete--
rintencional ya que ésta es una teoría rechazada por los ita-
lianos.

En la relación ministerial de dicho Código (17) dice:
La distinción entre el delito preterintencional y el delito

(17) Citado por Jiménez de Asua, opus cit. pág. 45.

doloso está plenamente justificada, no porque el primero no sea doloso, sino porque no es doloso solamente; hay en él -- una parte del resultado que no es querido por el agente pero que se pone a su cargo como consecuencia de su acción u omisión. La disputa sobre el título en base al cual la ley considera que se imputa al agente esta parte del resultado, que superó el propósito, no está todavía extinguido; pero que -- no tiene influencia sobre la determinación del nomen iuris -- que se ha adoptado". La misma relacione continua diciendo, En el delito preterintencional la intención va dirigida a -- ejecutar un acto antijurídico previsto en la ley como hecho punible (reato) o delito, la ecuación entre resultado querido y resultado producido, pero los dos resultados se emparejan en cuanto el resultado producido, pero los dos resultados se emparejan en cuanto el resultado querido reclamaría -- la aplicación de la ley penal. En el hecho culposo, en cambio, la voluntad se dirige a un resultado que constituye un ilícito penal y por ello, si el resultado contraviene a la -- ley penal, es contra y no solo fuera de la voluntad del agente".

Ya hemos dejado asentado, que existe el problema en el derecho italiano de que al momento de desglosar el problema de la preterintención no aceptan a la previsibilidad como elemento de la misma y que incluso la llegan a identificar -- con aquella.

Se puede considerar en el derecho italiano que hay pluralidad de delitos preterintencionales ya que el Código penal así lo dice, apoyado por la relazione arriba transcrita que - también le da el nombre de delitos preterintencionales. Lo que sí no es concebible, es el hecho de que siendo un país en el que por tradición y además, de ser cuna de grandes e ilustres juristas, citando solo los más importantes como lo es el maestro Francesco Carrara, el cual llamó a la preterintención "Culpa informata a dolo", y que, ya entre los juristas contemporáneos italianos se ha pensado decididamente que la preterintención es una tercera forma o elemento subjetivo de la culpabilidad.

En cuanto a las doctrinas que prevalecen en Italia, diremos que se han dado las más plurales ideas, lo que a nuestro juicio y que a través del presente trabajo constataremos, que los juristas se han dado a tratar de inhovar con sutilezas nada saludables derrumbado" el castillo jurídico construido por solo citar a Fco. Carrara, Carmignagni, etc. Por lo que toca a este tema, solamente enumeraremos la tesis mejor dicho las tesis relacionadas a lo antes dicho y en el apartado correspondiente nos ocuparemos de hacer el desglose de cada una de ellas, expresando nuestro parecer en el momento --- oportuno. La tesis a que nos referimos son las siguientes:

1.- Tesis de los que creen que la preterintención es

dolosa.

- 2.- Los que defienden a la responsabilidad objetiva o más familiarmente a nosotros, a los delitos calificados por el resultado.
- 3.- Tesis de la alianza del dolo y la culpa.
- 4.- Y por último, a la teoría que define a la preterintención como tercer elemento subjetivo de la culpabilidad.

Ahora, me permito exponer en su totalidad, por su gran importancia e influencia la teoría del Maestro Francisco Carrara, que a mí parecer es de gran trascendencia. Carrara, habla del homicidio preterintencional y decía que éste se desprende del dolo indeterminado, aquel pertenece a la familia de los homicidios dolosos, por que se origina en el ánimo dirigido a lesionar a una persona; pero, respecto a su gravedad, ocupa un lugar intermedio entre los dolosos y los culposos. (18)

El homicidio preterintencional presupone necesariamente el ánimo de causarle daño a la persona de aquel a quien se le ha dado muerte, y esto es lo que lo separa de la familia de los homicidios meramente culposos, y lo mantiene en la de los dolosos; pero también - continúa diciendo el maestro toscano- presupone que la muerte, además de no haber sido voluntaria o querida, no

(18) Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. 1 parte especial, trad. de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, 2a. edición, Edit. Temis Bogotá, 1967.

fue tampoco prevista, aunque hubiera podido preverse; y esto lo distingue del homicidio por dolo indeterminado, y hace de él una especie intermedia entre los homicidios completamente dolosos y los simplemente culposos. Representa el grado máximo de "la culpa informata por el dolo" y un grado inferior al dolo indeterminado. Lo que lo separa del homicidio puramente culposo, es que el agente tuvo la voluntad de ofender; y lo que lo aleja del homicidio voluntario, es que debe juzgarse que el agente no previó que podía dar muerte. (19)

Importantes son las conjeturas que hace Carrara de los delitos a los cuales define de la siguiente forma "No es homicidio con dolo indeterminado, por faltar la previsión del --- exceso, es decir, de la muerte; ni es pura culpa, por que hubo una intención mala, dirigida al daño ajeno; ni es verdadero dolo en cuanto a la muerte, por que faltaron, no solo la - voluntad de matar, sino también la previsión actual de causar la muerte. (20)

Continuando con su exposición de la preterintencionalidad, en renglones más abajo habla de intención directa y también de intención indirecta negativa y se expresa en este sentido ". . . Hay intención directa, y también se dice en cuanto a la ofensas; y hay intención indirecta negativa en cuanto

(19) Carrara, Francesco. Opus cit. párrafo 1101, pág. 83.

(20) *Ibid.*

a la muerte. No habrá nunca en él intención indirecta positiva, ni en cuanto a la ofensa, porque es directa o (voluntaria) ni en cuanto a la muerte, porque en negativa o (imprevista). Y para finalizar con el estudio que a la preterintención hace Carrara, anotaremos lo que piensa el maestro toscano sobre -- las formas de intención en que se propone el agente realizar un delito y que a su parecer son tres: "La primera consiste en haber querido integro el efecto para el cual se perpetró -- el delito (y ésta es la intención directa o dolo determinado). La segunda consiste en haberse propuesto el delito dentro de ciertos límites, y en haber previsto que fácilmente podía seguirse un efecto mayor que el que se buscaba, pero sin consentirse en él (y esto es el dolo indeterminado, la intención indirecta positiva). La tercera consiste en haber querido ciertamente el delito, pero sin haber previsto que de él podía seguirse un efecto mayor que el que se buscaba, y que sin embargo se sigue involuntariamente (y esta es la intención directa de hacer daño, unida a la intención indirecta negativa, en -- cuanto a la muerte; ésta es nuestra preterintencionalidad). (21)

(21) Ibidem.

4) ALEMANIA

El Alemania desde antiguo se ha legislado de acuerdo a los conceptos de los delitos calificados por el resultado (erfolgsqualifizierte delikte), o delitos de responsabilidad objetiva.

Anselmo Von Feuerbach, es el precursor de la doctrina, quizá hasta ahora la más correcta y que en su tiempo fue invocada por el profesor Carrara, quién les llamó "Culpa determinada a dolo" y el primero les bautizó con el nombre de "culpa determinada por dolo (durch dolus bestimente). Hay quienes afirman que en Alemania aún persisten los delitos calificados por el resultado en los casos siguientes: Según Edmundo Mezger, (22) resistencia contra guardas forestales y lesiones, - violación con resultado de muerte, exposición de personas con grandes lesiones corporales o muerte; riña tumultuaria con -- resultado de muerte, etc..

Es de hacerse notar la gran influencia ejercida por -- las doctrinas alemanas, tanto en países europeos como en algunos otros del orbe. Podemos decir, que en Alemania los autores jurídicos le han dado el toque final o mejor dicho la brillantez que el derecho penal necesitaba para ser más justo.

(22) Citado por Jiménez de Asua, opus.cit. pág. 29.

No hay que olvidar que de allí nació, la teoría de la culpabilidad, el tipo penal y sus elementos, las condiciones objetivas de punibilidad, etc.

También respecto a la teoría de la mixtura del dolo y la culpa en la preterintención, como anteriormente vimos lo expuso magistralmente Anselmo Von Feuerbach y que más tarde otros grandes penalistas de la talla de Beling, von List, Meyer, etc. y ahora con Edmundo Mezger, que se encargaría de modo alguno a contribuir en el engrandecimiento del castillo -- ahora construido; técnica arquitectónica de la mayoría de los muros que sostienen los Códigos Penales de muchos países.

Por el momento, diremos que también en Alemania, nacen las teorías edificadoras de la previsibilidad, y que ahora -- son perfeccionadas de la manera más elocuente por los juristas alemanes de gran renombre, y que más tarde haremos alusión a las teorías, ampliándolas en lo posible para su comprensión.

5) AMERICA LATINA

En América Latina diremos que desde siempre se ha tenido el sentido paternalista dependiente de lo que antes ocurra en otros países, principalmente los europeos y esto sobre cualquier materia y en esta, la jurídica penal no es la excepción. Por lo que en todo nuestro estudio percibiremos ese efecto o empuje que han dado las doctrinas extranjeras que mediante sus lineamientos, van perfilando un derecho cada vez más humanitario en las legislaciones penales de todo el mundo y que en algunos de los casos, se empeora, se transforma o perfecciona y que hace de aquellas una forma más simple y detallada tal y como lo vamos a constatar en cada uno de los temas por nosotros a desarrollar en que se han tomado esas perspectivas modernas, siempre partiendo de las premisas e ideas modernas nacidas tanto en Alemania, Italia, España y Francia, por solo citar los más importantes y que de ellas, precisamente se han tomado algunas veces exagerando en la fiel copia, y otros adecuando ese criterio a las costumbres y filosofía propias de cada país, esto, dependiendo también del nivel educativo, social y económico y sobre todo principalmente el político, ya que debido a este último es a quién corresponde la tarea de realizar la planeación de la política criminal adecuada para la prevención y sanción de los delitos cometidos por los naturales y en las situaciones especiales que determinan expresamente las propias leyes al sancionar a los extranjeros al come

ter los delitos en las circunstancias previstas. Creo que --
con este pequeño, pero acertado comentario es suficiente para
el entendimiento de los antes transcritos renglones así como
de los subsecuentes. Por lo que nos remitiremos a seguir la
temática de nuestra investigación y reanudamos nuestro estu-
dio con la república de Argentina.

a) ARGENTINA

En este país también encontramos esta figura delictiva conocida como preterintención, y precisamente encontramos su origen en el artículo 112, párrafo 4o. del proyecto del Código Penal de 1891, en el que según opinión de Luis Jiménez de Asua, " No se hacía constar la razonable aptitud letal de los medios como recurso para acreditar la preterintención (23). Pero en ella o bien en la exposición de motivos ni en el mismo proyecto se hablaba de preterintención sino de "homicidio con dolo indeterminado". Aquí todavía nos encontramos en que había una total confusión en cuanto a la distinción entre esas dos figuras penales y que en el proyecto de 1906, se vuelve a repetir, lo dicho anteriormente por el proyecto de 1891.

En el Código Penal Argentino de 1922, ya se nota que hay un poco más de claridad en este sentido. Pero anticipamos que esta figura no se refiere a una preterintención estricto sensu, es decir, genérica sino más bien, única y exclusivamente habla de homicidio preterintencional en su artículo 81, inciso primero, letra "b" dice: "Se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años..

a).- "Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona --

(23) Ibidem.

cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

En cuanto a la aplicación de esta figura dentro de la práctica de los tribunales, en algunas ocasiones ha sido tan equívoca como en la sentencia dictada el 7 de noviembre de --- 1939. (24) En la que se declara que debe calificarse de homicidio preterintencional y no de homicidio culposo, la acción de golpear violentamente a una criatura de escasos cuatro --- años, ocasionándole la muerte al herirle con un destornillador oculto en uno de los bolsillos de la chaqueta de pijama - porque si bien el ejecutor no recordaba haber colocado el destornillador en la prenda -decían los jueces- que el autor --- obró con dolo porque la acción del autor estaba encaminada a producir un daño en el cuerpo o salud del menor aún cuando, razonablemente, no a darle muerte. Fontan Balestra, (25) quién fue el defensor del acusado en este caso -expreso- 'Si el destornillador no hubiese estado en el bolsillo de la prenda, ni aún las heridas se hubieran causado a la criatura, el autor - material del hecho, que no recordaba haber puesto ese objeto en el pijama, acaso no debió ser penado más que por golpes y lesiones, ya que era incalculable que con tan ligera prenda - de vestir o de dormir se produjese la muerte de persona alguna, por corta que fuese su edad.

(24) Citado por Jiménez de Asua. Opus. cit. pág. 109.

(25) Citado por Jiménez de Asua. Opus. cit. pág. 110.

La Suprema Corte de provincia de Tucumán dice que el homicidio preterintencional representa el grado máximo de la culpa informada de dolo y un grado inferior de dolo indeterminado. Aquí vemos retomamos lo dicho por F. Carrara. Como es de notarse tanto la Cámara de Apelaciones de la capital Argentina como la Suprema Corte de Tucumán, por muchos años estuvieron aplicando de manera incorrecta a la preterintención y lo que es peor confundiendo con cualquier otro tipo de dolo, como es de advertirse en líneas arriba expuestas.

En 1938 la Cámara de Apelaciones de Rosario, sostuvo - que "las figuras preterintencionales no son otra cosa que figuras delictivas complejas, en los cuales dos hechos doloso - uno y culposo el otro, se fundan en una sola pena". Más tarde mediante sentencia de 29 de julio de 1954 , (26) la Suprema Corte de Tucumán, aclara lo siguiente "que de acuerdo a lo considerado es evidente que nos encontramos con el homicidio preterintencional, mezcla de dolo y culpa".

Por último diremos que Sebastián Soler (27) también estudia este tema con el rubro de hechos preterintencionales y dice que "En tales casos o figuras, la ley se refiere, en el aspecto objetivo y subjetivo, a un hecho menos grave, al cual la acción del sujeto se dirige; pero de ese hecho, ya en sí - punible, deriva una consecuencia mayor no querida y -continua

(26) Citado por Jiménez de Asúa, opus.cit., pág. 113 y 114

(27) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, T. 11, 6a. edición, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires 1973.

diciendo el conocido autor y magistrado argentino- tomemos el ejemplo del artículo 200, se pena en él con prisión de tres a diez años, el hecho de envenenar, contaminar o adulterar de modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias -- alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona la pena será de 10 a 25 años. Esta última escala solamente puede entrar en consideración cuando se supone que la intención del autor no estaba -- proyectada a la muerte de alguien, pues en tal caso, esa agravación quedaría desplazada por la figura del homicidio calificado por el envenenamiento, en concurso real. La circunstancia de agravación del artículo 200 si bien se vincula causalmente con lo que el sujeto realizó, no se vincula subjetivamente en la misma forma en que se vincula el hecho principal básico. Tanto en el caso en que la muerte se produce como --- cuando esta no se produce, la subjetividad del autor solamente se orienta hacia la adulteración de la sustancia, (28)

Las críticas que a estas figuras se han dirigido se fundan en que ellas importan aceptar una forma de responsabilidad objetiva, hechas críticas por Liszt, Schmidt, Mayer Mezger, Hipel (29).

Soler, niega que los casos enunciados como hechos calificados por el resultado ulterior y dice "Pero la importante -

(28) Soler Sebastián. Opus,cit.pág. 111.

(29) Citado por Sebastián Soler,opus.cit.pág. 111.

limitación a las responsabilidades por estas hechas viene por aplicación de los principios generales de derecho y sobre todo de la culpabilidad. Ninguna razón nos obliga a creer que aquí la ley establezca responsabilidad objetiva y se apoya en lo que al caso dice Carrara (30), si sería inicuo imputar como dolosa también la consecuencia culposa, no sería menos absurdo, que en razón de la culposidad de la consecuencia, se cancelase la dolosidad del antecedente"... Una vez entrado el hecho en la esfera de los delitos dolosos, no puede salir más de ella, y mucho menos a causa de un evento más grave y culposo, que de ello ha derivado". (31)

(30) Citado por Sebastián Soler, pág. 112

(31) Ibidem

B) BRASIL

En el Código Penal del Brasil vigente no se ha tratado de modo taxativo el tema a que estamos haciendo alusión esto se puede constatar tanto en la parte general como en la especial y esto es inexplicable ya que se inspiró en el Código -- italiano de 1930, e incluso al delito de homicidio preterintencional se le ha equipado al delito doloso. Por lo que es de notarse que reina una gran confusión de la que es difícil sacar una conclusión más o menos clara.

Respecto de esta figura el jurista brasileño Raúl Machado, (32) dice que para reconocer en él un grado intermedio entre el homicidio doloso y el homicidio culposo, esa --- ideación frente al concepto extensivo del dolo acogido por el Código se torna inadecuada. En realidad, según el Código que incluso cuando el resultado muerte no haya sido propiamente abarcado por la intención del agente, pero éste asumió el --- riesgo de producirlo, el homicidio es doloso".

Ahora pasaré a enunciar algunas teorías de los más importantes juristas brasileños, para notar como, entre ellos, no se concibe a la preterintención ni doctrinaria, mucho menos legalmente. Resalta por su materialidad la opinión de Esther Figueredo, misma que dice: "...Pero que el delito base

(32) Citado por Jiménez de Asua, opus. cit.pág. 130, nota 104.

le sea físicamente imputado el resultado calificativo, basta que el delito base haya contribuido "in concreto" a su producción. Basta que constituya uno de los antecedentes necesarios, o una de las condiciones "sine qua non" de su ocurrencia. (33)

No se entiende por que Figueredo se limita a lo que le permite su medio ya que después dice "Esa norma no se encuentra en el texto de nuestro Código Penal. (34)

Francisco Campos, al comentar esta figura en la "Exposición de Motivos", mantiene a la preterintención sobre todo en cuanto al homicidio como un hecho doloso. (35)

Francisco García, explica lo siguiente" el delito preterintencional es doloso, puesto que el agente se dirige a -- cierto resultado prohibido penalmente, aunque sea distinto -- al que ha causado." (36)

Nelson Hungria, (37) también se ocupa de la preterintención y llama a esta "preter dolo" y escribe" en el delito preter doloso hay un concurso de dolo y culpa; dolo en cuanto el antecedente (minus delictum) y culpa en el sub siguiente -

(33) Ibid.

(34) Ibidem

(36) Citado por Jiménez de Asua, pág. 147.

(37) Citado por Jiménez de Asua, opus. cit. pág. 147.

(maius delictum). Tratase de un delito complejo in partibus doloso e in partibus culposo". (38) Por último, anotaremos lo que dice Salgado Martins, respecto del tema en estudio "La consecuencia preterdolosa y cualificativa del delito, debe -- provenir de culpa stricto sensu del agente. No se pena a título de simple responsabilidad objetiva. Es un axioma pacífico, en el moderno derecho penal que no hay responsabilidad sin el contenido mínimo de culpabilidad, que es la culpa stricto sensu." (39)

(38) Ibidem.

(39) Ibidem.

C) URUGUAY

En este país sudamericano, también resinte la influencia de las doctrinas europeas, que definen la preterintención o ultraintencional como una mixtura de dolo y culpa. El Código uruguayo da la siguiente definición "Cuando el resultado -excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto." En este código se legisla como una forma de -culpabilidad y no como una simple circunstancia atenuante, y que según opinión de Luis Jiménez de Asua, (40) más correctamente sobre un aspecto de la culpa.

El autor de dicho código y que en su época fue toda -- una autoridad en la materia penal, no solo para el Uruguay si no para todos los países Sudamericanos de entre ellos el Brasil, Argentina, Chile, Perú, etc. Me refiero desde luego al gran maestro y jurista José Irureta Goyena, (41) quién da una amplia explicación en lo que se llama la "Exposición de Motivos" del código por él redactado, respecto a la clasificación de los delitos diciendo:

"1.- Doy en el proyecto una definición la que me ha parecido la más científica, de la intención, la ultra intención y la culpa- y 2.- Asimilo la previsión del resultado como hecho posible a la intención; y la previsión, como hecho imposible,

(40) Citado por Jiménez de Asua, opus.cit.pág. 127

(41) *Ibid.*

a la culpa; poniendo término por medio de la ley, a un debate doctrinario de difícil liquidación". (42) -sigue diciendo cosas más abajo" He procurado suministrar un concepto, el más nítido posible, de la intención, de la ultra intención y de la culpa, sirviendome para ello de las luces que suministra - la doctrina. El dolo que yo denomino intencional, se le conoce generalmente por la designación de dolo determinado y el ultraintencional por dolo eventual, aunque algunos juristas - lo llamen indeterminado ... Psicológicamente el dolo eventual se compone de dolo y culpa; dolo, respecto del hecho que el sujeto se propone ejecutar; culpa, respecto del resultado, esta circunstancia impone la obligación de discriminar nítidamente los delitos ultraintencionales de los culpables. Yo he creído hallar el criterio de diferenciación en la naturaleza jurídica del acto o de la comisión inicial de el acto o la omisión resulta penalmente ilícito, el delito es ultraintencional: si el acto o la omisión es jurídicamente indiferente el delito reviste el carácter de culpable. Características de los delitos tanto ultraintencionales como culpables es que el daño suplementario en los primeros, y el constitucional en los últimos, no haya sido previsto. Si el daño se previó como posible la culpa se vuelve dolo y el delito adquiere carácter de intencional. Si el daño se previó, pero como imposible, el delito es, ultraintencional o culpable según los casos...

(42) Ibidem.

D) PERU

En su paso por los pueblos, de aquellos delitos llamados "Delitos calificados por el resultado". Hicieron mella en las doctrinas de los diferentes países, como anteriormente hemos afirmado, aplicándose de manera jurídico-legislativa en ese sentido ya que en su mayoría los pueblos latinoamericanos retomaron aquellos conceptos- como anteriormente apunté- ape- gándose, unas veces a la doctrina local conjuntando esta, con las costumbres, filosofías, e ideas propias de cada pueblo y - en el peor de los casos, casi se limitaron a realizar la fiel copia. Este es el caso del código penal peruano, quien tam- bién se inspiró en el Código Penal Italiano de 1889.

En el Código del Perú, encontramos que, aún, se encuen- tra en evolución hacia el verdadero concepto de la preterinten- ción y que va vinculado necesariamente a la posibilidad de pre- ver el resultado más grave. Ya se vislumbra en Código del Pe- rú, la necesidad de prever el resultado ulterior y en la parte correspondiente dice; "La muerte a consecuencia de la lesión se imputa al heridor, cuando éste pudo prever el resultado.

C) CHILE

Es importante hacer notar que en este país que respecto de su legislación siempre ha seguido los lineamientos trazados por el Código Penal Español y que en la materia que ahora analizamos no sea tan inspirada y tomada al menos como --- atenuante "la de no haber tenido el delincuente la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo", por otra parte, no se configura el homicidio preterintencional en el Código Chileno por lo que los jueces y magistrados, han tenido que ocurrir a variados recursos que se les presentan para evitar injusticias y para ampliar lo antes dicho, hago referencia al caso que cita Jiménez de Asua (43) de sentencia - del día 19 de Agosto de 1953, esta dice así: "Un padre castiga corporalmente a su hijo y de resultas de las lesiones inferidas sin propósito de matar, este fallece. La Corte de Santiago dice que "no pueden desentenderse (los sentenciadores) de las especiales circunstancias que rodean su cometimiento ni dejar de considerar cual fue el ánimo del agente, revelado por numerosos antecedentes del juicio, que parecen demostrar que no tuvo la intención de perpetrar el crimen de que ha sido -- acusado (parricidio)- por lo que, apartandose de ese resultado se ven compelidos a investigar el ánimo verdadero del reo al delinquir". Inmediatamente alegan. Que dentro de ese pro-

(43) Opus. Cit. pág. 131 a 132.

pósito y pasando primeramente el problema jurídico que se presenta en la especie, en el simple plano de la doctrina penal es incuestionable que los antecedentes del juicio demuestran que se está en presencia de un hecho que la ciencia penal, -- mas no nuestra ley positiva, califica de homicidio preterintencional, en que el resultado es la muerte de una persona, -- hecho que no fue querido o deseado por el agente, ni siquiera previsto por él, forma delictiva especial para cuya configuración precisase, según los más autorizados cultores de esa rama del derecho, entre ellos el profesor Carrára, la concurrencia de tres elementos que la determinan a saber: a).- Que el agente tenga sólo el ánimo de lesionar o dañar a la persona a quién mate; b).- que no prevea la consecuencia moral de su acción delictiva; y c).- que esa consecuencia o resultado sean previsibles".

Con el simple hecho de dar una leída a la transcrita sentencia se percibe ese deseo del que están inbuidos los -- jueces chilenos y así sea, de hecho, que esa figura penal no este taxativamente impresa en su ley positiva, ellos con gran sabidurfa apelan a la doctrina general y a la ciencia penal en general, para sí, no cometer según ellos, una injusticia al sentenciar o determinar en un caso concreto..

Por último citamos lo que para Gustavo Labatut, (44) en

(44) Citado por Jiménez de Asua, Opus, cit. pág. 143.

tre otros, opinan respecto de este delito este dice: "La figura del delito preterintencional es más ficticia que --- real y que si esas determinadas consecuencias no fueren previsibles, no hay culpa en dichas consecuencias, aunque haya dolo en el acto y en sus otras consecuencias y si determinadas consecuencias dañinas fueron previsibles, existe un dolo determinado perfectamente claro.

6) EL VERSARI IN RE ILLICITA EN EL DERECHO CANONICO.

Estamos ante un problema tan complejo que nos puede hacer caer en los más grandes errores tanto históricos como determinativos, es decir, que en un momento podríamos llegar a confundirlos con los delitos calificados por el resultado y es que en esencia eso son aunque nacidos con ideas - propiamente humanistas y religiosas ya que nace del seno -- mismo de la iglesia católica de la Edad Media. Tan serio - es el problema para nosotros y no es menos para el profesor Luis Jiménez de Asua, quién dice: "Hemos aquí ante uno de los más graves problemas: el de interpretar correctamente el famoso versari in re illicita" (45)

Los canonistas que antes habían resuelto cuestiones del elemento subjetivo del delito conforme a las reglas romanas, formularon un principio que habría que tener un papel importantísimo aún en nuestros días; el de que, cuando una determinada consecuencia de la conducta del sujeto sea la de impulsar a este bajo la forma de dolo, a el mismo debense referir todas las ulteriores consecuencias enlazadas con aquella primitiva acción, hayan sido o no queridas por el agente: versanti in re illicita imputantur omnia quae sequentur ex delicto. Esta es la opinión de Katz, (46) res--

(45) Citado por Jiménez de Asua. Opus.cit.pág. 23.

(46) Ibid.

pecto de los delitos en los que se aplicaba el principio -- del *versari in re illicita*.

Tomando en cuenta los pareceres de Loffler y von Bar, (47) diríamos con ellos, que aparece por primera vez en la *Summa decretalium* de Bernardus Papienses en los años de --- 1191 y 1198.

Ahora veremos el por que anteriormente dije el problema que representa la distinción de estos delitos, mismos que los canonistas denominaron "Delitos calificados por el resultado". Algunos autores catalogan a estos como delitos en los que se prescinde del elemento subjetivo (voluntad, - representación, querer, conciencia, previsión, etc.), a lo que Hinchius y el Padre Julian Pereda, (48) contestan que - esto supondría una derogación del espíritu humanitario de - la iglesia que carga el acento de las acciones humanas en - la intención con que se ejecutan; y por eso exigen algo más que la directa derivación del efecto dañoso del acto perpetrado, es decir, algo más que la mera causa.

El *versari in re illicita* es un aspecto de la responsabilidad anómala que solo relativamente puede llamarse responsabilidad objetiva, y con mayor impropiedad puede asumir

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*.

el título de "responsabilidad sin culpa" que culpa lato sensu, hay en el acto inicial ilícito que origina el resultado más grave.

Engelman, (49) no es partidario de la idea de Loffler y este dice "Lo que ante el juez civil hubiera sido un mero acontecimiento causal, en absoluto inculpable, fue para el cerrado juez canónico algo imputable a causa de ocultas culpabilidades. El pensamiento de que el delito ante todo es pecado, que entrega al pecador en poder del demonio, indujo a la creencia de que un previo obrar culpable conduce a la responsabilidad mucho más que el no culpable. Lo no intentado, ni pensado, ni aún previsto, debe ser castigado en el -- que por el pecado se entregó al poder del demonio... de modo que en manos viene a ser un instrumento para la pérdida de otros muchos. El que peca se entrega pues, culpablemente a las consecuencias de su pecado, la cual expresado a lo jurista quiere decir: el que hace lo no permitido debe atenerse a todas las consecuencias. A lo que el Padre Pereda, al escribir sobre el versari y al ocuparse de lo dicho por Engelman, expresa "No creo que merezca refutación alguna lo que no tiene ningún fundamento, ni aún se creería dicho en serio por un hombre de tan vasta erudición y tan meticoloso y pre-

(49) Citado por Jiménez de Asua, opus cit, pág. 274.

ciso en sus afirmaciones. (50)

En opinión general la máxima del versari in re illicita ha sido en unos casos divergente en tanto que algunos - afirman que esta regla del versari es de considerarse como - un estricto caso de responsabilidad objetiva. Mientras que otros niegan tal situación y argumentan que éste se debe al avance de una espiritualidad subjetiva, dirigida por la fe y reglas cristianas. Cabe afirmar que durante los siglos XII y XIII, esta regla de versari encontró su más sólido imperio y que primero, se ocupaba únicamente del homicidio y más tarde se amplió como regla general a todos los delitos.

En Francia también predominó, algunos años después la figura rígida del versari, ya que se penaban, por ejemplo, - las lesiones seguidas de muerte como homicidio, sin tener ni siquiera en cuenta la posibilidad de prever esta consecuencia no querida.

El canonista Alemán Hinchius, (51) considera que esa - máxima interpretada de aquel modo literal, o sea el totalmente estricto, de aplicación meramente objetiva, es incompatible con el espíritu humanitario de la iglesia y con la impor

(50) Idem.

(51) Ibid.

tancia que ella da al elemento intencional en el pecado y en el delito. Esta es la opinión compartida por el Padre Julián Pereda, como ya vimos en hojas atrás.

Importante es la opinión Alfonso de Castro, (52) referida a la máxima en cuestión "De lo que se sigue per accidens de la cosa mala, aunque det operam rei illicita, excusa la ignorancia, aunque ésta sea crasa o supina, porque lo que se deriva per accidens de un hecho y como algo remoto de él, no solo imputa al autor ni en bien ni en mal de modo -- que cuando ejecute un acto ilícito no se le puede imputar el homicidio que sobreviene como ignorancia o desconocimiento -- del autor". Y de modo parecido pero con más claridad Cobarrubias, expresa: "De todo lo cual se deduce que aquellos -- efectos que se siguen de un obrar, no per se, ni necesariamente, ni como suele acontecer en general, sino per accidens, no se puede imputar, ni directa ni indirectamente se puede -- incluir en la voluntad del que obra, ni hay para que considerarlas aquí". (53)

El Padre Julián Pereda, es uno de los juristas que -- más se han ocupado del tema del versari in re illicita y el que por ende, ha entrado mas a fondo del mismo y que tantas

(52) Citado por Jiménez de Asua. Opus. Cit.

(53) Citado por Jiménez de Asua. Opus. Cit., pág. 278.

veces citado por Jiménez de Asua, tiene su mérito muy merecido. Pero aquel, considera que el pensamiento más acertado, lo es el de Francisco Suárez, a quién su pensamiento se le puede resumir de la siguiente manera. "Niega en absoluto, - que el primitivo versanti in re illicita etiam casus imputator, sea norma de derecho en la legislación canónica; pero, si haciendose eco de tantos como lo afirman se admitieran como tal, lo cierto es que no bastaría que la obra, en si misma considerada, sea peligrosa en orden al posible homicidio mientras en concreto haya habido plena diligencia y el debido cuidado, nunca se le podrá imputar en forma alguna el homicidio y, por tanto, nunca incurrirá en la pena canónica --Suárez dice_ "No me basta que la obra ilícita haya de tener alguna relación objetiva en el homicidio que produce, es necesario, además examinar en todos esos casos la diligencia o negligencia que haya podido haber. Si en el caso concreto se ha procedido con la diligencia y cuidado debidos, nunca se incurre en la irregularidad a no ser que la ley, como puede hacerlo, en algún caso concreto, señale una pena a determinada conducta objetivamente considerada". (54)

Para algunos el voluntario indirecto o (dolus indirectus), es la figura que dió nacimiento al delito preterintento

(54) Texto citado por Jiménez de Asua. pág. 280.

cional y que aquel fue sin duda un progreso enorme en la - -
Edad Media y principios de la época moderna.

En nuestra era moderna, encontramos opiniones de ju--
ristas contemporaneos, tal es el caso de Edmundo Mezger, - -
quién al respecto del tema que nos ocupa, opina "Que él cree
que el *versari in re illicita* medieval da lugar, en el dere-
cho común al *dolus indirectus*, según el cual debe atribuirse
a la culpabilidad incluso lo que sólo fué querido indirecta-
mente. Es en este sentido considerado por varios autores --
que un resultado se produce con dolo "si la acción planeada
por el sujeto manifiesta, la tendencia a extenderse con cier-
ta probabilidad, a un resultado fortuito; este pensamiento -
aparece unido a la exigencia de que la acción planeada por -
el agente tenga como tal, carácter delictivo, es decir, que
represente en si mismo un *versari in re illicita*". (55)

Cabe decir que entre los juristas italianos es acepta-
da la regla de "el que incurre en cosa ilícita responde por
el caso fortuito", cosa que los autores alemanes repudian de
una manera bien fundada y que en un proceso de evolución doc-
trinaría han ido suprimiendo aquellos delitos calificados --
por el resultado, de su código tal y como ocurrió en el Códig-
o penal redactado en 1953.

(55) Citado por Jiménez de Asua. Opus. Cit., pág. 281.

Carrara, es el que en un primer momento afirmó que el que incurre en cosa ilícita responde del caso fortuito, aceptado por todos los juristas -opinión ésta- que levantó voces y lanzó las campanas al aire, desde luego en contra de aquel. Pero más tarde el propio Francesco Carrara, dedicó todo un estudio para subsanar el error cometido, escribiendo su opusculi sobre el caso fortuito, mismo en el que rectifica y dice que dicho apotegma no es universal, ya que al referirse a "entre todos los juristas" se refirió exclusivamente a los juristas italianos y que la moderna escuela germánica ha renegado de aquella fórmula. (56)

También Mancini, (57) al referirse al versari consideró "absolutamente falaz", la regla *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, como recurso para imputar al agente el caso fortuito, cuando este se originó por un hecho que pudiera ser imputado al agente por culpa. Para Sebastian Soler, no es menos y censura al versari diciendo "En la doctrina latina, la responsabilidad por eventos objetivos *in* dependientes de la voluntad o la representación del sujeto -solfa expresarse con el falso principio: *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* -continúa diciendo este autor argentino- que esta antigua regla, que del derecho canó-

(56) Citado por Jiménez de Asua. Opus. Cit., pág. 281 y 282, (57) Idem.

nico pasó al derecho común en el que alcanzó auge, especialmente en Italia, fue paulatinamente abandonada y según hemos visto duramente criticada en Alemania en especial por haber de terminado la creación de figuras delictivas (como las lesiones seguidas de muerte) en las cuales se llegaba a imputar - el hecho casi objetivamente, por el resultado, y con prescindencia de la verdadera relación culposa o subjetiva entre el hecho cometido y el evento ulterior (erfolgshaftung); forma de responsabilidad que repugna a la noción que de ella tenemos dentro de nuestra cultura, y a la idea actual de los fundamentos y fines de toda sanción penal".(58) Por lo que acabamos de transcribir nos damos cuenta que este principio ha sido por todos atacado, tanto en America como en Europa.

(58) Sebastián Soler, opus. cit., pág. 109.

7. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

Este es un tema del que en hojas arriba, hemos aludido de alguna u otra forma, también hemos dicho que los delitos calificados por el resultado también pueden llamarse delitos de mera responsabilidad causal, delitos de calificación objetiva, delitos en que se responde por la mera causa etc., asimismo, ha quedado asentado de una manera clara y veráz que en este tipo de delitos se excluía el elemento subjetivo (voluntad, previsión, previsibilidad, intención, etc.). Estos delitos calificados por el resultado, son infracciones de mera responsabilidad causal u objetiva. Puede decirse, - en efecto, que también se encuadran en la mera "responsabilidad por el hecho del otro".

Para no abundar más sobre estas figuras diremos que - los delitos calificados por el resultado, entrarían en el --marco de las infracciones de las que se responde por la mera causa, es decir, son delitos en los que la pena más grave se impone al autor por el simple hecho de haberse producido un resultado más grave, sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la previsión y de la previsibilidad.

CAPITULO II

LA PRETERINTENCION Y SUS DIFERENTES CONCEPCIONES

1.- CONCEPTO DE PRETERINTENCION

Ya en capítulos anteriores hemos adoptado casi todas las definiciones que en derredor de la preterintencionalidad se pueden dar y es de manera bien harto limitativa debido a la gran enpecinidad de los autores que ven en esta fórmula una simple definición penal y no sintetiza con los más estrictos métodos para llegar a mostrarse y personificar por sí misma una tercera forma de culpabilidad y simplemente se le adopta como atenuante, tal como es el caso de los españoles, o bien una forma reductiva de pena por la ausencia total de la consecución de la cadena causal dirigida por la voluntad, enfocándose a la concreción del tipo penal "de ir más allá de lo que el causante se había propuesto inicialmente y en muchos de los casos sin prever que ese resultado se produciría por ser consecuencia necesaria del acto.

A decir de Francisco González de la Vega, la consecuencia necesaria es la forsoza, la obligada, la imprescindible, en que el resultado no es sino efecto fatal de una ley natural, física o biológica; y la consecuencia notoria es fácilmente previsible para el común de las gente ". (1)

(1) Opinión citada por el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, parte general, 16 edición, Editorial Porrúa, pág. 448, México 1988.

La opinión que se ha mantenido por varios decenios es la de reconocer exclusivamente dos formas de culpabilidad -- (dolo y culpa) llamada ésta opinión la clásica.

Asímismo, cabe remarcar que en la Alemania antigua -- los delitos ahora conocidos con el nombre de preterintencionales se les llamó delitos calificados por el resultado y -- que Anselmo von Fuerbach los llamó "durchsdolus bestimente - culpa", aunque a decir de Jiménez de Asua, respecto de esa alusión que hacian los alemanes de los delitos cualificados o calificados por el resultado, son de acentuado espíritu objetivo-material y que el elemento subjetivo actual es el que realmente predomina en los delitos preterintencionales.

Jiménez de Asua, es uno de los más acerrimos enemigos de la ubicación de la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad y dice: "Pero para quienes afirmamos... que la preterintención no es más que una alianza de dolo y culpa, elevar a una especie autónoma esa mixtura de las -- dos especies de culpabilidad, nos parece imposible, sobre todo porque no se funden orgánicamente y subsisten cada una en el agente hasta el punto de poderse reemplazar la segunda -- por el casus, cuando la previsibilidad tropezó con lo incalculable. . ." (2)

(2) Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo - VI, Segunda Edición, Editorial Lozada, Buenos Aires 1963.

Me parece justo indicar que para la feliz aceptación del cumplimiento fáctico de la preterintención se debe someter al juicio relativo a la previsibilidad, el resultado del acto; tal por ejemplo, hemos de decir que en la acepción dada por Francisco González de la Vega, citada por el maestro Carrancá y Trujillo, en el entendido de que la consecuencia necesaria deba ser la forzoza la obligada, la imprescindible y que el efecto natural, físico y biológico y como consecuencia ese resultado fatal debe ser previsible por estar al alcance del común de las gentes. Definición que me parece del todo acertada, si la previsibilidad de la que hablamos deba en todo caso tener aplicabilidad en nuestro tema, y que hemos constatado personalmente, a través de la literatura y en muy contados casos de la vida real en los que notamos que se da una auténtica preterintención y que a la previsibilidad no se toma para en lo más mínimo en cuenta y mucho menos el objeto con el cual se causan las lesiones o el hecho dañino.

En nuestro país y principalmente en la legislación correspondiente al Distrito Federal se ha venido legislando sobre conceptos que representan un ámbito cerrado y complejo - ya que antes de la reforma de 1983 sobre el artículo 8o. que aceptaba solamente las dos formas clásicas de culpabilidad - (dolo y culpa) y el artículo 9o. mismo que en su parte inicial decía: Artículo 9o. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna

de las siguientes circunstancias: . . . ". Cabe aquí hacer - un pequeño paréntesis ya que independientemente de nuestra - posición que ahora no tiene ninguna importancia debido a que en el mencionado artículo 9o. se hablaba de una eminente -- causalidad naturalística, que quiere decirse con esto? que - hay causalidad cuando a una causa sigue y debe seguir un --- efecto y que desde luego en las varias fracciones de que se componía dicho artículo hablaba de varios tipos de dolos, pe ro esto ya fue superado y únicamente nos importa como contenido cultural histórico.

Antes de la reforma mediante decreto de fecha 30 de - diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial número 10 de fecha 13 de enero de 1984, decía: COMO PARTE INSTRUCTIVA de dicho artículo 9o. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna - de las siguientes circunstancias: . . . "y que a voz del --- maestro González de la Vega, ". . . poco importa que el --- agente del delito al causar las lesiones las haya realizado con dolo eventual o con dolo indeterminado es decir con propósito general de lesionar, pero sin intención de causar el daño final realizado. . ." (3) En la alusión hecha a tan - distinguido catedrático, se refiere al tema especial correspondiente a la aplicación del antiguo artículo 9o. del Código

(3) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los delitos, decimocuarta Edición, página 11 Editorial - Porrúa, México 1982.

Penal que era igualmente aplicable a todos los delitos especiales existentes en dicho Código. Y en cuanto al tema que nos interesa en opinión de jurisconsultos mexicanos veían en la fracción II de dicho artículo a una preterintención implícita confundiéndola en muchos de los casos con dolo indeterminado, dolo eventual o bien el dolo de consecuencias necesarias. Así lo estima Jiménez de Asua, (4) al referirse al concepto vertido por el maestro Carrancá y Trujillo quién denomina el dolo indirecto como delito preterintencional y Francisco González de la Vega, toma a la preterintencionalidad en un sentido tan amplio que abarca en ella al dolo eventual y el indirecto. . ." no es nuestra intención ampliar sobre el tema ya que en capítulo aparte me ocuparé ampliamente del mismo.

Ya hemos dejado asentado de manera clara lo que para nosotros representa la preterintención y lo definimos de la siguiente manera: "Existe dolo respecto del acto inicial que quiere y acepta el ejecutante y culpa respecto del resultado que va más allá de la intención". Esta nuestra fórmula la detallaremos más adelante en capítulo correspondiente.

Es importante dar una amplia gama de conceptos creados y sustentados por diversos autores tanto nacionales como

(4) Obra citada página 143.

extranjeros, algunos negando la autonomía de forma de culpabilidad y otros apoyándose en ese criterio. En primer término me permito citar la denominación que de la preterintención da el maestro Jiménez de Asua Luis, (5) de quien ya dijimos antes es un recio oponente a tener a la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad y dice: "Que la preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico, que traspasa lo intencionalmente emprendido", (6) y afirma que sólo es una mezcla de dolo y culpa.

El maestro Raúl Carrancá y Rivas, (7) crítica reciamente está incrustación en el artículo 90. del Código Penal y expresa: "Yo creo que la característica de la preterintencionalidad en el delito va más allá de la distinción fundamental entre delitos dolosos y culposos, que es la base. Su presencia en la ley nada añade ni nada quita. Y lo que no enriquece estorba o es absolutamente inútil. . .". En este párrafo transcrito se nota la gran influencia de la doctrina del maestro Jiménez de Asua en la que se oponen fervientemente a la ocupación de la preterintención como tercer grado de culpabilidad - más adelante continua diciendo el maestro Carrancá y Rivas". . . En suma a mi me parece que esta adición -(la de incluir a la preterintención en la fracción III del-

(5) Ibidem pág. 16

(6) Idem.

(7) Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado, 13 Edición página 39, Editorial Porrúa, -- México 1987.

artículo 9o. del Código Penal para el Distrito Federal)- de la preterintencionalidad, que obviamente que no es ninguna novedad en la doctrina, constituye una especie de apéndice inútil en la ley vigente; apéndice que, por desgracia, se ha incrustado en la fracción III del artículo 20 Constitucional (C y R). "De esta opinión del maestro Carrancá y Rivas se deja sentir profundamente la repugnación que siente a decir de este, de las reformas al vapor y para él únicamente subsisten las formas clásicas de la culpabilidad (dolo y culpa).

El mismo autor al hacer el comentario correspondiente a la preterintención definida en el artículo 9o. párrafo tercero del Código Penal, asienta: "Yo creo que obra preterintencionalmente el que "extiende" su acción culpable, el que viola una norma jurídica mayor que la prevista; con una consecuencia inevitable, por supuesto en el ámbito típico . . .". (8)

A mi parecer en el concepto citado de Carrancá y Rivas yerra en la utilización del término "extiende" ya que el mismo comprende y más propiamente aplicandose en términos jurídicos hacer que un delito se amplie o se agrande, pero cabe decir que en el delito preterintencional normal--

(8) Opus Cit. página 52.

mente no se tiene la medida o longitud de que puede producir un resultado ulterior a causa de la lesión o daño inicial y más aún si el medio utilizado no es el de adecuado para producir tal daño o resultado culposo subsecuente o final. Yerro, este que se amplía y asevera o dicho en palabras del propio Carrancá "se extiende" al continuar con su crítica y al decir: "Pero si la memoria no me falla y desde Impallomeni en el siglo XIX, pasando luego por Finzi y Jiménez de Asua en el siglo XX la preterintención ha sido siempre vista a la luz de un propósito culposo y de un resultado doloso, - lo que la sitúa en el ámbito exclusivo de la culpabilidad -- más que en el de la tipicidad o "resultado típico". Quiero ocuparme aquí, de este párrafo transcrito.

En Italia al tener lugar el nacimiento del concepto de preterintencionalidad, lo ubican después del dolo y antes de la culpa, siendo precisamente la causa que originó que a la preterintención se le otorgará el carácter de tercera forma de culpabilidad y en cuanto al maestro Jiménez de Asua, - es del total conocimiento su asepción sobre el tema que nos ocupa de la lógica impuesta en el mismo al otorgar primeramente a dicha fórmula una parte dolosa inicial y un resultado culposo final, además de manifestar que para él, existe una mixtura de dolo y culpa. Motivo este, por el que no acepto lo señalo por el maestro Carrancá y Rivas, en cuanto a que la preterintención sea vista a la luz de un propósito-

culposo y de un resultado doloso lo cual es del todo contradictorio siendo que para la existencia de la preterintención tiene que partir fundamentalmente del delito base (doloso) - y concluir con aquel que va, precisamente más allá de lo inicialmente emprendido por el autor, produciéndose culposamente o como lo define nuestra ley "si se comete por imprudencia", párrafo tercero del artículo 9o.

Opinión que fundo y apoyo en lo asentado por el maestro Celestino Porte Petit, (9) al comentar el homicidio en el que sustenta lo siguiente: "En el homicidio culposo, como hemos dicho, no se quiere la muerte, al igual que en el homicidio preterintencional, en el que se quiere causar un daño menor que la muerte que se produce, existiendo en el homicidio culposo, la culpa desde el inicio, y en el preterintencional, dolo en el inicio y culpa en el final "este mismo autor al definir a la preterintención lo hace de esta manera: (10) ". . . En el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y previsión respecto al resultado produ

(9) Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Sexta Edición, página 39, Editorial del Gobierno del Estado de Veracruz, México 1980.

(10) Citado por Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad, Sexta Edición, página 261, Editorial Trillas, México 1983.

cido con la esperanza de que no realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto".

Vela Treviño, (11) al enunciar su posible definición-conceptual del delito preterintencional escribe: "La mezcla de dolo y de la culpa en el figura llamada preterintención - es la forma más acertada para abordar el tratamiento de este problema; en efecto, la nota distintiva de la preterintención se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es - decir un contenido psicológico que guía al comportamiento -- del hombre hacia una finalidad específica que es antijurídica; se tiene en el inicio de la manifestación externa de la conducta una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo el resultado que sobreviene excede de la voluntad inicial, o sea aparece una figura típica de mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial". El autor de referencia hace un descollamiento de su calidad de jurista y al tratar el tema en desarrollo lo define y amplia completamente hasta su fin, de decir, inicia diciendo - que para la existencia de este (preterintención) debe iniciar ilícitamente, tener una conducta preordenada a la causación- del resultado sobreviene el resultado no querido por el sujeto y aquel era previsible y evitable, aunque más adelante -- afirme que el caso será tratado como preterintencional cuando

(11) Opus Cit. página 261.

los Códigos así lo reconozcan expresamente; o a título de dolo, sino está prevista aquella fórmula y la afirmación -- acabada de recoger por nosotros, tiene su razón de ser ya -- que cuando este autor escribe, aún no se dan cambios en las legislaciones penales del país en ese sentido y únicamente se reconocen las dos formas clásicas de culpabilidad (dolo y culpa), e incluyendo al Código Penal del Distrito Federal, que no es sino hasta en el año de 1983 que mediante reforma es adicionado un tercer concepto autónomo de culpabilidad -- en el artículo 8o. fracción III y 9o. párrafo tercero del -- Código Penal del Distrito Federal en materia común y para -- toda la Republica en materia Federal.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, (12) siguiendo la temática y método de Jiménez de Asua, formúla la siguiente opinión misma que transcribo "la propia fracción II del -- artículo 9o. oculta en sus tupidas frondas los conceptuales perfiles de la preterintención, aunque en verdad, en una forma de residual que dificulta la solución dogmática. Empero si al aire de la interpretación penetra por las hojas o ramas de su espesura, se filtra la luz y la solución se clarifica. Es clásico ejemplo de laboratorio, aunque también -- acontecimiento muy frecuente en la praxis, el del sujeto que

(12) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo 1, Tercera Edición, página 448, Editorial Porrúa S.A. México 1980.

con el propósito de inferir un golpe a una leve lesión al -- otro, le abofetea, empuja, golpea y despliegue sobre él cual quiera otra violencia física y como efecto inmediato el sujeto pasivo caer al suelo, se fractura la base del cráneo y muere. De antiguo se ha dicho que en estas hipótesis existe un delito de homicidio preterintencional. . ." cabe hacer el comentario de que el citado autor hace referencia a la criticable fracción II del artículo 9o. que también en capítulo por separado ampliaremos y que en la fecha en que esta opinión fue expresada, aún se encontraba vigente el texto original de 1931 y que mediante reforma en el año de 1983 fue modificado completamente para dejarlo más claro que en la antigua definición, que contenía confusiones tan graves que en las distintas fracciones en que se apoyaba el citado artículo y más referidamente a la fracción II encontraban ambivalentemente y al mismo tiempo dolo indirecto, dolo eventual e inclusive confundiendo al dolo eventual con la preterintención o al dolo de consecuencias necesarias tal como lo remarcó -- Jiménez de Asua (13) y que como ya expusimos cree que Carranca y Trujillo y el maestro González de la Vega, tratan de -- explicarla recurriendo al dolo indirecto y al dolo eventual. (14)

Hanz Welsel, no se ocupa en lo mínimo de nuestra mate-

(13) Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VI primera edición, página 143, Editorial Lozada, Buenos Aires 1963.

(14) Ibidem. Opus cit.

teria y solamente habla a grandes rasgos de la culpabilidad y de la ubicación de esta en la teoría del delito, así como la antijuricidad, capacidad, voluntad y reprochabilidad así como grados de capacidad de culpabilidad; pero en ningún -- momento habla de la preterintención en subcapítulo aparte.

(15)

Hans Welsel, no se ocupa en gran espacio al tema materia de este trabajo y solamente se refiere al tema del -- "ambito del dolo" y en su apartado B, de excepciones dice:-- "En casos muy excepcionales, el dolo apartandose del artículo 59, no necesita abarcar ciertas circunstancias objetivas, verbigracias el resultado más grave en los delitos calificados por el resultado. Pero éste es atribuido al autor --- cuando su producción ha sido causada a lo menos culposamente (16)". Más adelante este distinguido autor y creador de la Teoría finalista, ya refiriendose someramente al epigrafe en desarrollo anota: "El artículo 56 rige sólo para --- aquellos delitos calificados por el resultado en los que el resultado más grave aumenta la punibilidad de por si ya establecida". -y agrega- ". . . pero no rige para aquellos - delitos en los que el resultado es fundamento de la punibilidad". Me pregunto yo ¿que no acaso, esta formula es la - predominante en el delito preterintencional?. Pero más aba

(15) Welsel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General 11a. Edición, página 106 y demás, Editorial Jurídica de Chile de la obra original de 1969.

(16) Opus cit.

jo siendo más claro en este concepto dispone que "El parágrafo 56 es la convinación de un delito doloso (respecto del delito base), y un delito culposo (respecto de la consecuencia calificada), y que según mi parecer aquí se acerca mucho más a la formula de la preterintencionalidad. Pareciendome ---- igualmente simplista la anotación de los delitos calificados por el resultado y que ya fueron estudiados en el capítulo - correspondiente a la parte histórica del presente tema y que son los que han venido una y otra vez imperando en la Alemania, pero notamos que en ningún momento se habla de preterintención como tercera forma de la culpabilidad y que de hecho lo sabemos no la encontraremos en la obra sistemática de Welsel, ya que este desmembra totalmente a la culpabilidad po-- niendo al dolo "en la parte fundamental del tipo de lo injusto, como elemento subjetivo del mismo y la culpa es arrastrada por el concepto de la acción finalista culposa, abandonando también el ámbito de la culpabilidad, con el resultado de que la culpabilidad ha quedado entonces convertida en un concepto carente de contenido". (17) Este es el parecer de Jiménez de Asua.

Y en este orden de ideas sería imposible que a la preterintención le diera un lugar como forma autónoma de la culpabilidad, si como ya vimos con la sistemática impuesta al -

(17) Citado por Vela Treviño, en obra citada, página 160.

derecho y directamente a la culpabilidad la despoja de sus - dos formas clásicas y las coloca a cada una en distintas fa- ses: La primera en el tipo de injusto y la segunda en al di- rección finalista de la culpa, con lo cual no podemos espe- rar mucho ni buscando en los escombros de dicha sistemática- y solamente nos contentaríamos a definir a los delitos cali- ficados por el resultado", (18)

Ya en el primer capítulo de la presente tesis se ad- virtió que en la Alemania, se les asigno desde casi un ini- cio el nombre de "delitos calificados por el resultado", no- pasando sin antes por el llamado "Versarri in re illicita" - tan atacado por varios juristas.

Carrara, en la elaboración de su doctrina aplicó un - método totalmente "lógico abstracto", y esta afirmación se - encuentra apoyada en lo escrito por el maestro Jiménez de -- Asua, al decir: ". . . cierto que Francisco Carrara, edificó su famoso programa fuera de toda ley, y si acudió a citas de los Códigos Sardo, napolitano o de las dos sicilias, lo hizo sólo en la vía ejemplificadora. Por eso, Carrara, más que - dogmática jurídico penal, lo que hizo fue un estudio filosó- fico de las instituciones penales y de los delitos "in espe- cies", (19). Y he aquí que en su mayor obra filosofica jurí

(18) Tal noción se advierte en las páginas 106, 175, 270, -- etc., de la misma obra citada.

(19) Jiménez de Asua, Luis. La Ley y el delito, decimosegun- da Edición, página 24, Editorial Sudamericana, Buenos - Aires 1981.

dica conocida como PROGRAMMA de Derecho Penal, habla extensivamente del delito preterintencional haciendo una distinción acentuada del dolo indeterminado, es más, hace de aquella -- una accesoriadad de este y manifiesta en el párrafo 1101 - de su Programma (20): "Hasta aquí hemos hecho sino desarrollar las simples prenociones dadas sobre el dolo y la culpa, más de la forma del dolo indeterminado se desprende (separandose de él con características distintísimos) una tercera -- figura de homicidio que es integramente creación de - la equidad práctica, o sea el homicidio preterintencional. - Pertenece a la familia de los homicidios dolosos, porque se origina en él ánimo dirigido a lesionar a una persona pero, - respecto a la gravedad, ocupa un lugar intermedio entre los dolosos y los culposos - y continua hablando al respecto - - "El homicidio preterintencional presupone necesariamente el ánimo de causarle daño a la persona de aquel a quién se le - ha dado muerte, y esto es lo que lo separa de los homicidios meramente culposos, y lo mantienen en la de los dolosos; pero también presupone que la muerte, además de no haber sido voluntaria o querida, no fue tampoco prevista, aunque hubiera podido preverse; y esto lo distingue del homicidio por dolo indeterminado, y hace de él una especie intermedia entre los homicidios completamente dolosos y los simplemente culposos. Representa el grado máximo de la culpa informada por -

[20] Carrara Francisco, Programma de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. 1, Segunda Edición, página 83, Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá 1967.

el dolo, y un grado inferior al dolo indeterminado. Lo que lo separa del homicidio puramente culposo, es que el agente tuvo voluntad de ofender; y lo que lo aleja del homicidio voluntario, es que debe juzgarse que el agente no previó -- que podía dar muerte".

El maestro español Eugenio Cuello Calón, (21) en su opinión que da respecto de la preterintención expone; "Sucede a veces que de la acción u omisión se origina un resultado más grave que el querido por el agente, entonces aparece la figura jurídica llamada delito preterintencional". En seguida de la definición que da este autor a manera ejemplificativa nos muestra el siguiente pasaje: "El agente golpea a otro sin ánimo homicida, pero a consecuencia de las lesiones cuasadas sobreviene su muerte. El hecho es intencional pero la imputación ha sido superada por el resultado". Y más adelante demostrando no ser partidario a la tesis de darle a la preterintención el carácter de tercera forma de la culpabilidad y solamente de la mixtura del dolo y la culpa a la manera de Jiménez de Asua, y como mejor punto de apoyo cita la opinión del maestro positivista italiano Florian, con su frase "no es posible atribuir a un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa) que no pueden obrar al --

(21) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo 1, Parte General, Volumen 1, página 469, Decimoseptima Edición, Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1974.

mismo tiempo". (22)

Más adelante continua hablando este autor de la misma formula casi refutandola al decir: Sin embargo modernamente se le considera como un resto del criterio de responsabilidad objetiva muy arraigado en algunas legislaciones, entre ellos la nuestra, de la que debería ser eliminado y sustituido por el de responsabilidad basada sobre la culpabilidad" - (23). No quiero parecer demasiado insistente en cuanto a -- las opiniones de este autor español y que a mi parecer acepta a la preterintención pero únicamente en el terreno de la dogmática teórica ya que como advertimos no la acepta impresa en el Código Penal Español. Finalmente transcribo integramente un párrafo que a mi gusto está de más en importancia por las razones antes aludidas mismo que dice: "La preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido, sea previsible. Si dicho resultado es previsto y aceptado por el agente, el hecho constituye el delito integrado -- por el resultado más grave imputable a dolo eventual. Si -- las consecuencias son impresivibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho queda fuera de la hipótesis del concurso del dolo y culpa, concurren dolo y caso fortuito por lo que debe castigarse solamente el delito originario". (24)

(22) Ibidem. citado por Cuello Calón.

(23) Opus cit.

(24) Opus cit. página 470.

A) CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Por ser ésta el concepto que encierra a la preterintención dentro de sus entrañas, desde luego si somos partidarios de la caracterización de la preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad y que la culpabilidad tal - como posteriormente la definiremos, aceptandola dentro de la teoría normativa, diremos que esta es una o mejor dicho la - tercera característica del delito.

En los tiempos anteriores a la República romana la -- voz culpa poseyó un significado muy amplio pues indicaba la-imputabilidad o culpabilidad en general.

El concepto de culpabilidad admitido por nosotros y - que posteriormente se señalará y desarrollará y por el momento asentaremos la importancia por el lugar que ocupa en la - teoría del delito, el cual tiene la virtud de ser la nodrriza que la alimenta y por consecuencia le da vida. Dentro de ella y como elemento o formas de la culpabilidad se encuentra el dolo como su forma básica; la culpa como su forma simple y por último a la preterintención, como aquello que va - más allá de lo inicialmente querido. Y que aplicado a nuestra Ley penal lo encontramos conceptualizado de la siguiente forma: Artículo 8o. los delitos pueden ser:

Fracción I. Intencionales; aquí se refiere a los de-

litos dolosos mal llamados intencionales.

Fracción II. No intencionales o de imprudencia; delitos culposos mal llamados sin intención o imprudencia, limitándonos a decir que imprudencia es un hacer, una acción sin el debido cuidado por lo que quedarían fuera de ella los delitos culposos de omisión ya que la imprudencia es solamente una forma de la culpa.

Fracción III. Preterintencionales.

En el mismo orden de ideas encontramos definidas a cada una de nuestras fracciones del artículo 8o., en el artículo 9o. Diciendo es su párrafo primero. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley. Y que urgando en la definición impresa en dicho artículo encontramos dolo directo en la palabra "quiera" y dolo eventual con la subsecuente "o acepte" el resultado prohibido por la Ley, en su párrafo segundo define así a los delitos no intencionales de la siguiente manera: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, -- que las circunstancias y condiciones personales le imponen -- ya lo señalamos es una formula demasiado vaga e imprecisa, -- según lo objetado anteriormente; por último y párrafo tercero que dice: Obra preterintencionalmente el que cause un -- resultado típico mayor al querido o aceptado. si aquel se --

produce por imprudencia. No creo ser el momento oportuno para determinar si es correcta la definición ad legem transcrita, ya que esta será cuestión de crítica en capítulo aparte. Y que nuevamente decimos de la problemática que esto representa de tratarla de manera superficial y sin el cuidado debido. La preterintención, es obra nueva de insertación en el Código Penal para el Distrito y territorios federales, como ya se -- anotó.

Cabe decir, en este lugar que la culpabilidad a la que nos referimos es aquella latu sensu dentro de la cual cabe -- "la capacidad de culpa" o como diría Mezguer "es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". (25)

Es en verdad interesante el párrafo escrito por Jiménez de Asua, al referirse a la culpabilidad, en el que afirma: "Cierto que para referirnos a la característica del delito -- que ahora nos ocupa lo más exacto sería decir: culpa, lato -- sensu, que corresponde rigurosamente traducida, a la palabra usada por los penalistas alemanes: Schuld (puesto que para -- ellos la culpabilidad es más bien "capacidad de culpa": Schuld fahig Keit), y conste que nosotros, que hablamos lenguas descendientes del latín, teníamos pleno derecho a hacerlo". (26)

(25) Mezguer, Edmundo. Derecho Penal, Parte General, página - 189, Traducción de Conrado A. Finzi, Argentina, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985.

(26) Jiménez de Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Segunda Edición, página 89, Editorial Lozada S.A. Buenos Aires 1963.

Es preciso hacer historia, aunque mínima para comprender bien el tema a que nos referimos, siendo lógico que para conocer el todo tenemos que conocer las partes y viceversa, - aunque con esto se me obligaría a conocer de la teoría del delito, tomando en consideración de que la culpabilidad es una característica de aquel y que en este trabajo no es la intención abarcar aquel ya que excedería de su cometido principal, limitandonos en síntesis a hablar de la culpabilidad y sus formas así como las distintas consideraciones a que a la misma se ha sometido por sus autores y que de por sí para ellos representa un problema de alto grado de dificultad. Por lo que haremos un estudio histórico y de ser posible comparativo demostrando que ésta es de creación más o menos regular y su evolución actual.

Nuevamente, decimos que en un principio se procuró -- castigar, sino es que en todos los pueblos antiguos sin culpa, por el mero resultado material incluso, sin haber una referencia o relación de causalidad entre la voluntad del agente con el resultado producido. Jiménez de Asua, afirma: "Todos conocieron la responsabilidad sin culpa e incluso la que surgía sin lazos de causalidad material, pues a veces se basó meramente en una relación de contiguidad o de semejanza-- afectiva (familiares del autor, enemigos de la tribu) -y cita el ejemplo de A. Howith, como rastro de esas viejas prácticas en algunos pueblos australianos, cuando un hombre ha ma-

tado a un miembro de la tribu vecina y es sentenciado a muerte por la parte vengadora, puede remplazarle su padre o su hermano mayor". (27)

En cuanto a la evolución que ha experimentado la culpabilidad, de importancia resulta el ejemplo propuesto de -- Fritz von Calker y citado por Jiménez de Asua, (28) aquel dice: ". . . la mentalidad de los pueblos antiguos se asemeja a la de un niño, mientras que la de nuestra generación se parece a la del hombre adulto. El niño que experimenta un mal no tiene la serenidad y madurez psíquica necesarias para distinguir si el acto dañoso procede de la intención de otra -- persona o si es meramente causal. Reacciona lo mismo contra quién le ocasionó culpablemente el dolor, que contra el que lo produjo por caso fortuito". Esta ejemplificación transcrita integralmente es de vital importancia porque nos establece el proceso fisiológico natural de desarrollo. Y que -- yo, quizá sobrepasando los límites objetivos de este trabajo diré: "Que en nuestros días nadie creerá si yo afirmo "el -- hombre viajará superando la velocidad de la luz, algún día"; así como a principios de siglo nadie creía que el hombre volaría con un objeto más pesado que el aire, y ahora lo hace.

Es totalmente aceptable la idea de Kelsen (29) de el-

(27) Opus cit. Tomo V, página 102.

(28) Ibidem.

(29) Citado por Jiménez de Asua, Luis, página 104.

papel que desempeña la idea retributiva en la religión y en la filosofía de la antigua Grecia. Evidentemente y apoyados en los ejemplos citados anteriormente y siendo Grecia cuna de la civilización moderna con filósofos como: Sócrates, Platón y Aristoteles, quienes desarrollan conceptos tan controvertidos en sus tiempos y lo siguen siendo ahora en día: de la virtud, el amor, la justicia, equidad, etc., y que paradójicamente a ellos, aparecen dramaturgos geniales y desde luego -- otros más tarde que plasman en sus obras trágico-filosóficas, principios fundamentales tales como la justicia vista a la -- luz de los acontecimientos que en su momento se repetían --- constantemente, por ejemplo se citan los casos que en ellos -- se muestra la clarificación del concepto de culpa, lato sensu, y que para mayor ilustración me permito enunciar los casos -- que enuncia Jiménez de Asua, (30) y que transcribo fielmente para su mejor comprensión al decir: "El mal es la hybris, -- compañera indefectible de nêmesis: el pecado seguido de la -- sombra de la pena --sigue diciendo nuestro autor-- Hybris, vertida al latín, significa petulantia, lascivia, contumelia, -- iniuria, es decir, arrogancia, insolencia, perversidad, injusticia. Hybristes es quién lleva en sí la impureza, la mancha de la Hybris: el culpable es responsable, tiene carácter humano y sagrado: Insubordinación de hombre contra hombre en su existencia individual y colectiva (familia, gens, ciudad); pe ro sobre todo, del hombre contra Dios; de aquí la intervención de la potencia Divina en la venganza, aunque se ejerce por el hombre y pone de ejemplo "la iliada, se dice que los-

(30) Ibidem.

troyanos que esten "infectados de la Hybris" por haber albergado a Paris, el raptor de Elena, y sobre ellos recae, con la derrota, la ira de Zeus, vengador de la Hybris de los dos --- adúlteros.

En la Odisea, el arquero Ulises pena con la muerte la insolencia de quienes habían osado asediar la virtud de Penelope, "¡Oh, Antinoo, el corazón pleno de Hybris!", son las palabras con que Laertes apostrofa el más emprendedor de los -- cortejantes, antes de atravezarle con un dardo la garganta. - Hasta aquí parece que vamos entendiendo cual era finalmente - la actitud filosófica - religiosa de los escritores trágicos-griegos y que en los mismos trataban de encontrar ese fundamento para aplicar a sus seres creados y de mitología, los su frimientos como pago por su osadía al enfrentarse como se dijo antes al hombre, así como a la enconada ira de los dioses- que los perseguían hasta destruirlos con su poder magnánimo - y divino. Más adelante escribe Jiménez de Asua, (31) " . . . Con Esquilo a la cabeza, desde este, hasta Sofocles y Eurípidés, recurren frecuentemente los mismos mitos (cuyos epicentro es la casa de los atridas), giadas por un constante pensamiento ético-religioso; que la culpa engendra la culpa, y es por esta vengada: y que la culpa es el orgullo, el ciego amor de si mismo, el ansia de poder, el desprecio de las leyes de la naturaleza y de Dios, la falta de piedad. Prometeo, que -

(31) opus, cit. Tratado, Tomo V, página 104.

desafia a los cielos robándoles el fuego para regresárselo a los mortales es condenado a ofrecer, en la cima del Caúcaso, su hígado como pasto de las águilas; las Danaides, que para defender su virginidad amazónica hicieron una matanza con -- los egipcios, deliberadamente obligadas a soportar la violencia, son a su vez castigados por los dioses; Layo, después de haber raptado y muerto al efebo Crisippo se contamina de nueva Hybris al desobedecer a Apolo que trataba de disuadir le de su matrimonio con Yocasta, y al abandonar a Edipo, niño, en el monte Citerón; Edipo rey de Tébas, que después de -- haber dado muerte a su padre, sin saber que lo era y compar-- tir el Tálamo con su madre Yocasta, se arranca los ojos con sus manos para castigarse el parricidio y el incesto; los hijos de Edipo, Eteocles y Polinice que, por afán de predominio se empeñan en una lucha foribunda, acaban precipitándose bañados en sangre fraterna, en la noche del Hades; --- Agamenón, vuelto a la Corte de Micenas, -vengador de la maldad de Paris y vencedor de los Troyanos- fue muerto -- cruelmente por la impura Clitemnestra, y por su amante -- Egisto, con lo que expió lo hecho con su hija Ifigenia, sacrificada por él a Diana incitado por el Oráculo de Calcas; Orestes Justiciero Implacable, que mata a su madre y a su -- concubinario, con ayuda de su hermana Electra, caen bajo la persecución de las Erinnias (furias o Euménides), por matricida. . . ;Jamás la historia del mal, de la culpa y del castigo ha adquirido tanto horror como con la genialidad dramá-

tica de la antigua Grecia dice finalmente el autor Jiménez de Asua.

Me permito continuar haciendo eco de los pensamientos que se perfilan a lo dicho en hojas atrás, y que el autor -- que seguimos tiene un gran alcance y certeza en sus opiniones, en tal efecto continuamos por el camino trazado. . ." - Pero, cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de justicia (Dike), y las Erinnias, de meras furias, dejan paso a la constitución a un tribunal que juzga --más adelante nuestro autor cita de nueva cuenta a Kelsen, quién dice: "La solución que al cabo se da al nudo dramático es tratada como sigue: para decidir si Orestes es culpable y si deben las Erinnias, ejercer retribución, Palas Atenea, aquíñse ha llamado para que juzgue, instituye un tribunal. Así -- resulta manifiesto en este drama como la idea de retribución ejercida por una Corte como autoridad imparcial, se desprende del principio más primitivo de la venganza de la sangre. "A partir de ese momento es el tribunal quién deberá ejercer los castigos a los realizadores de los actos injustos. Y finalmente castigar a los infractores por su hecho en la medida de su culpabilidad, y se dice " . . . que la responsabilidad objetiva, por el mero resultado, se sustituye por la culpabilidad, por la responsabilidad basada en la intención". (33) Se supera así, aquel problema y se adjunta a un final de per

(32) Opus. cit. página 105. T.V. del D.F.

(33) Citado por Jiménez de Asua, en Opus cit. página 105.

fección justiciera que hasta nuestros días viene perdurando, desapareciendo casi en su totalidad la mera responsabilidad por el resultado material.

En la Roma antigua y antes de la República romana ya se utilizó la voz culpa y equiparada a la culpabilidad es decir, aquella concepción era Lato Sensu y no expresaba solamente delitos de imprudencia como ahora se hace, sino que representaba un término más genérico y que más tarde se le siguió dando el mismo uso para designar a los delitos lato sensu abarcando en si misma a la imprudencia. Es en este estadio el romano, en donde se dice que se desecha por completo la responsabilidad objetiva de los romanos así como la culpa moral de los griegos.

Me parece aquí, hacer principal hincapié y contra-decir lo que algunos piensan y efectivamente nos vamos un poco más cercano y para ser exactos en el siglo XIII periodo este, que viene a representar un retroceso en cuanto al derecho pero un alto avance en cuanto a la impulsión a la literatura, me estoy refiriendo a la etapa del renacimiento, ésta se inicia en la europa siendo esenario directo el suelo italiano, época en la que ésta, se debate en luchas internas propaladas por reyes, emperadores, papas y grupos que constantemente mantenían la incitación a la violencia a fin de ganar posiciones y territorios para su dominación, demostrando con -

con esto su poderio.

Como dije antes en esta época nace el más grande de los poetas Dante de Alighieri, poeta florentino, que a nuestro entender representa fielmente en su obra la Divina Comedia la más fina realidad de su convulsionada ciudad, en el que notamos inmediatamente aquel espíritu de influencia del poeta latino Virgilio. Pero su obra no solamente demuestra su talento como poeta sino también como historiador, ocupándonos de él solo en esta última parte que es importante para nuestro tema en desarrollo.

Dante nos muestra en la primera de las tres fases del mundo espiritual imaginario del poeta al (purgatorio), lugar que es introducido por su guía y maestro, quién lo lleva a recorrer los nueve círculos concéntricos cada vez más estrechos y cada vez más profundos, ese cono invertido se unde -- hasta el centro de la tierra que es también el centro del -- universo y el lugar más alejado de Dios. Allí, precipitándose desde el cielo cayó y está confinado lucifer". (34)

En este lugar (el purgatorio), Dante, penetra por los distintos círculos que conllevan al centro de la tierra, lugar donde está el reino de lucifer; en cada círculo hay diferentes divisiones y en cada uno de ellos encuentra a: poe-

(34) Alighieri Dante. La Divina Comedia, página LXV, Editorial Porrúa, S.A. México 1962.

tas (Homero, Lucano, Ovidio, etc.); a falsadores, asureros, ladrones, etc. en otro encuentra a filósofos y escritores -- (Tales de Mileto, Aristóteles, Sócrates, Platón, Demócrito, Diogenes, Anaxágoras, Empedocles, Heráclito, Séneca, Tolomeo Hiocrates, etc.); los pecadores carnales, (Serafín, Dido, Cleopatra, Elena, Paris, Tristán etc.); se encuentra también a estadísticas y emperadores (Alejandro de Tesalia, Pirro, - Ezelino, Atila, etc.); estos se encuentran en el séptimo círculo. En el octavo círculo encuentra al Papa Francés Clemente V, por simoníaco; y así llega al círculo decimo y último, casi todos los círculos con las mismas características todos graduados de manera diferente en dolor y en cada círculo se van aglutinando las almas de acuerdo a su pecado y señala--- miento que les hace el monstruo Minos quién con su cola determina el grado de suplicio de cada uno de los que ahí llegan, según el número de círculos que con ella haga, será el lugar al que irá a pagar el precio de su pecado. Aquí me voy a -- permitir hacer algunas observaciones respecto de lo que se - nota inmediatamente en esta obra y así notamos que en algunos pasajes de esta magnífica obra, se castiga por la actuación- en el mundo terrenal, sin tomar realmente en cuenta cualitativamente si era culpable o no. Dante es en este señalamien- to de pecadores más injusto, que los griegos en éste campea- el coraje, el ensañamiento y sin equívoco alguno con eviden- te envidia hacia determinadas eminencias ya que incluso en - el recinto de Lucifer moran gentes de intachable conducta y-

otras que desde luego merecido les fue ese lugar ". . . Porque puede cometerse violencia contra tres clases de seres: contra Dios contra sí mismo y contra el prójimo. . .". (35)

"Supe que estaban condenados a semejante tormento los pecadores carnales que sometieron la razón a sus apetitos lascivos" (36) "Después sigue la lasciva Cleopatra, ve también a Helena que dió lugar a tan funesto tiempos (la guerra de Troya); y al gran Aquiles, que al fin tuvo que combatir por amor. Ve a Paris y a Tristán. . .". Así podemos continuar por todo el trayecto que hace Dante, hasta llegar al centro de la tierra con Lucifer, en donde se producen las más lascerantes lamentaciones de dolor y penas de los que ahí fueron hechados por su actuación en vida, e incluso decía antes que posiblemente y de manera injusta penaban muchas almas sin justa causa y que por amor, rencor o bien por repugnancia y envidia el poeta Florentino los quiso colocar ahí. Esta obra solamente nos interesa por tener inmediaciones en el tema que tratamos y a nuestra sencilla forma de discernir que Dante de acuerdo a los violentos sucesos imperantes en su Florencia así como toda la europa de la época fueron elementos contribuyentes para que Dante pensará en esa forma además que el Poeta perteneciendo a uno de esos grupos antagónicos (guelfos), enemigos de los (gibelinos), que lo desterraron de su

(35) Opus cit. página 26

(36) Idem.

ciudad y que de hecho en uno de los pasajes relatados por el escritor florentino, ya en el infierno encuentra a su más -- acerrimo enemigo gibelino que lo lanzó de su amada Florencia.

En virtud de los acontecimientos e ideas vertidas notamos que Dante da un giro radical a lo superado por los tragicos griegos (Homero, Esquilo, Sofocles y Euripides), la -- formación de un Tribunal colegiado para determinar el grado de la pena aplicable en cada caso por el delito o delitos cometidos. Y en esta obra que comentamos se nota la inmediata condena personal que les aplica Dante a los distintos personajes pero sobre todo a sus enemigos (políticos, filósofos, emperadores, heroes, etc.). Además que debemos recordar que en la época del vate mantuano imperaba el derecho canónico -- con lo que hay una perfecta correlación histórico-lógica de su obra, que dos siglos más tarde la iglesia perfeccionaria hasta sus últimas consecuencias creando ese infierno, pero -- en la vida terrenal (la "santa" inquisición), en donde recordamos que no era necesario investigar si efectivamente había o no, cometido el delito el supuesto reo, sino que este, primero era quemado vivo y después se hacía la investigación correspondiente, manteniendo de esta manera fuertes los intereses de la iglesia.

B) FORMAS DE CULPABILIDAD

Aquí únicamente haremos mención de las formas de culpabilidad que son tradicionales: dolo (forma básica); y culpa (forma atenuada de aquella. Aunque a Jiménez de Asua, le parezca más correcto decir especies". (37)

"La culpabilidad es una desobediencia legal de la que uno debe responder, una rebelión de la voluntad de la que se debe dar cuenta. Ahora bien en esa desobediencia y rebelión puede estar presente la libertad en diversas formas, con grados de realización diferentes (schuldformen, schuldartem, --schulstufen)" (38), y de un modo preciso:

- 1).- Como rebelión intencional y voluntaria al ordenamiento jurídico; y entonces toma la forma de dolo;
- 2).- Como conducta no intencional ni voluntaria, sino antijurídica es decir, que produce un resultado que, con atención prudente y oportuna hubiera - podido evitarse; y entonces toma la forma de --culpa (en sentido estricto de la culpabilidad). (39)

(37) La Ley y el delito, Opus cit. página 358.

(38) Maggiore Guiseppe. Derecho Penal, Volumen I, traducción de Jose J. Ortega Torres, de la Original, Quinta - Edición, Editorial Temis LTDA, página 573, Bogotá 1971.

(39) Opus cit. página 571.

De esta manera se expresa Maggiore, al subrayar la -- identidad de el dolo y la culpa: ". . . Hay que subrayar --- bien la palabra grados para dar solidez al concepto de que, - en una y otra especie del delito, la voluntad está siempre - presente; se trata sólo de una mayor intensidad en el que--- rer". (40)

Antiguamente el elemento intencional se encuentra "de continuo en varios textos de ley por medio de las locuciones: propositum, consulto, sciens, volenter, ánimo, nocenci, spon te, fraude, dolo malo (propósito, de intento, a sabiendas, - voluntariamente, con ánimo de hacer daño, espontaneamente, - por fraude, por dolo malo)". (41)

Aquí nos adecuaremos a conocer de la culpa y en cuanto al dolo lo estudiaremos en el capítulo III y IV de este - trabajo así como sus diferentes formas.

La segunda forma de la culpabilidad es la culpa y -- que a decir de Maggiore, "La noción de la culpa (faute, fahr lassigkeit). Esta se presenta, ya en forma de dolo, ya en - forma de culpa; fuera de estas dos posibilidades, no existe otra (el delito preterintencional mismo no es sino dolo mez-

(40) Ibidem.

(41) Ibidem.

clado con culpa)". (42), notamos que el autor italiano, no acepta al delito preterintencional como tercera forma de culpabilidad. Y esto lo verificaremos "al asomarnos al tema de la preterintención ya que su naturaleza es controvertida. Este delito es ciertamente un delito doloso, porque es querido el primum delictum, o delito básico; pero a este se le -- sobrepone un exceso, que transforma el delito inicial en un delito más grave". (43)

Ahora si tratamos de indagar el significado de la palabra culpa diremos con Jiménez de Asua, "Etimológicamente - esa voz latina tuvo un amplio sentido - el de hacer, fare, - referido a los autores al sanscrito Kirp Kalp, (parare, face re) y sakalpa (concilium, propositum). Por eso, culpa es, - originariamente, tanto la parte que se ha tomado en una determinación, como el modo de ejecutarla" (44). Más adelante Jiménez de Asua, dice: "Conviene recordar que en los tiempos anteriores a la República romana la voz culpa poseyó un significado muy amplio, puesto que indicaba la imputabilidad o culpabilidad en general. Más tarde, ese término tuvo sentido ambivalente y usose tanto para indicar la culpabilidad - (o culpa in generis), como para designar los casos de culpabilidad (o culpa in generis), como para desingar los casos -

(42) Maggiore Guiseppe, Opus cit. página 597.

(43) Idem página 594.

(44) Jiménez de Asua, Tratado, Tomo V, página 677.

de culpa sensu strictu, aunque fue mucho más corriente el empleo del vocablo en la primera acepción como en la segunda.

. . ." (45)

Franz Von Litz, invocando a Pernice y a Momsem dice - que: "El delito culposo, como tal, fue desconocido por el derecho penal romano en todas las épocas de su historia". (46)

En varios textos encontramos esta misma opinión tal - y como lo expresa Maggiore, al decir: "Los alemanes tienen - dos términos, schul y farhrlässigkeit, para denominar los -- conceptos que nosotros, con dos palabras que tienen una raíz común, denominamos culpabilidad y culpa (del latín culpa) -- . . ." (47). Igualmente, y en el mismo sentido Jiménez de - Asua, se pronuncia: "Cierto que para referirnos a la caracte - rística del delito que ahora nos ocupa, lo más exacto sería - decir: culpa lato sensu, que corresponde, rigurosamente tra - ducida a la palabra usada por los penalistas alemanes schuld (puesto que para ellos la culpabilidad es más bien "capaci - dad de culpa ": schuldfähigkeit y conste que nosotros, los -- que hablamos lenguas descendientes del latín, teníamos pleno derecho de hacerlo. . .". (48)

(45) Opus cit. página 685.

(46) Citado por Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal, - Volumen V, página 685.

(47) Maggiore Giuseppe, Opus cit, página 597.

(48) Opus cit. Tratado, Tomo V, página 89.

Es el momento de llegar a la segunda forma o especies de la culpabilidad como les llama Jiménez de Asua (49) y grados". (50)

Ya en capítulos anteriores hemos dejado la idea impresa la de la transición hacia el desarrollo del derecho penal y esa evolución demuestra el porque del mismo así tendríamos que remontar hacia los primeros años en que se inicia la aparición del derecho penal de privado a público y en este sentido nos afiliamos a lo sostenido por el maestro Jiménez de Asua, tantas veces citado quien dice: "Señala Mancini -que - estudió específicamente el más antiguo documento legal el -- Código de Hamurabi, esculpido en piedra para el pueblo Babilónico y que data del siglo XXXIII antes de Cristo, contenía disposiciones variadas aunque contradictorias sobre la culpa. En caso de impericia del maestro de obras que "construye una casa para alguno y no la construye bien y la casa unde y mata al propietario el artículo 229 aplica el talión y ordena que se de muerte a aquel maestro (51) - y prosigue este distinguido autor - "En cambio, es más benigno en el caso de negligencia artículo 206 "Si alguno golpea a otro en riña y -- le ocasiona una herida, jure: "No le herí con intención" y pague el médico" (52). Este autor cita otro caso seguidamen

(49) La Ley y el Delito, Opus cit. página 353.

(50) Le llaman forma Fernando Castellanos Opus c. página 245; Vela - Treviño Opus cit. página 231; Cuello Calón, Opus cit. página 453.

(51) Opus cit. Tomo V, página 682.

(52) Ibidem.

te el cual dice: ". . . si el buey de alguno es peligroso y el propietario, sabiendolo, no le hace los cuernos y deja de atarle, y el buey hiere a un libre y le mata, pague el dueño media mina de plata". (53). En estos casos citados de Jiménez de Asua, dice Vela Treviño, al referirse a ellos y al citar el Código de Hamurabi: ". . . ya que en él se encuentra legislado la responsabilidad por culpa. . .". (54)

Continuando por la vertiente histórica de la culpa -- encontramos que en, el Derecho Romano, hasta la época imperial, reusó reprimir con penas el delito culposo, el cual -- dió lugar a una reparación civil, según la Lex Aquilia. También en el imperio, cuando se comenzó a algunos delitos culposos, aún cuando con penas atenuadas faltó una norma general, y la sanción se aplicaba extra ordinem, en cada caso -- concreto, con rescripto del emperador" (55). En cambio consideraron punible la culpa el derecho germánico y el canónico". (56)

Para tener a una idea más amplificadora de lo que la culpa significa por lo que haremos referencia a las teorías que en torno a la misma se han desarrollado: la teoría de la previsibilidad y evitabilidad y la del defecto de atención.

(53) Idem.

(54) Vela Treviño. Obra cit. página 234.

(55) Maggiore Guissepe. Opus cit. página 597.

(56) Ididem.

1.- La teoría de la previsibilidad, que a decir de --
 Maggiore se remonta hasta el digesto de la Lex --
 Aquilia del Derecho Romano, que sentó el princi--
 pio culpam esse quod, cum a diligente, no fue pre--
 visto". (57)

Esta teoría fue sostenida por el maestro Carrara y so--
 bre la cual formuló su concepto clásico de la culpa. Defi--
 niendolo en su programa de la siguiente manera: "La culpa se
 define como la omisión voluntaria de diligencia en calcular
 las consecuencias posibles y previsibles de un hecho propio.
 Y decimos consecuencias previsibles, porque la esencia de la
 culpa esta toda en la previsibilidad". (58) y que a la ante--
 rior definición al citarla Castellanos Tena, le agrega: "por
 ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inte--
 ligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio -
 de la voluntad". (59)

2.- La teoría de la previsibilidad y evitabiliad. (60)
 y por Brusa, (61) La teoría de la prevenibilidad
 teoría estas, expuestas por Binding y más tarde -
 por el italiano Brusa que aceptaban la previsibi-
 lidad del evento, pero añade el carácter preveni-
 ble o evitable para integrar la culpa "como omi--
 sión de las diligencias necesarias para prever y

(57) Guissepe Maggiore. Opus cit. página 600.

(58) Citado por Maggiore, Opus cit. Vol. I, página 601.

(59) Castellanos Fernando. Opus cit. página 246, Vela Treviño,
 Opus cit. página 234.

(60) Llamada así por Castellanos, Opus cit. página 246.

(61) Citado por Maggiore, Opus cit. pág. 601.

prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, prevenible y previsible". (62)

3.- La teoría del defecto.- La esencia de esta, se funda en que la culpa radica en la violación, por parte del sujeto de un deber de atención impuesto por la ley y el principal ponente lo es Angliolini". (63)

Y que en opinión de Castellanos, considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legales exigidas" (64), en este sentido podremos ya formular nuestra deducción y diríamos que la culpa según los -- conceptos vertidos corresponde a aquella violación que hace el sujeto al desatender y en su caso contravenir leyes, reglamentos (los de policía y tránsito), no teniendo intención, de cometer el delito pero que por una falta de atención a -- los deberes impuestos por la comunidad, se produce un resultado culposo. Así mismo esa producción del evento era prevenible y evitable.

(62) Ibidem.

(63) Cit. por Castellanos Tena,
Opus cit. página 246.

(64) Citado por Castellanos Tena,
Opus cit. página 246.

Aunque no fue expresamente señalado en el capítulado de la presente tesis, la culpa consiente o con representación; o culpa inconsciente o sin representación, me parece de gran importancia por lo que le anexo a esta por su trascendencia.

La culpa consciente que a criterio de Jiménez de Asua, la define a esta: "como el saber dudoso de las circunstancias de hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado". (65)

Igualmente a la primera la define Castellanos Tena de la siguiente manera ". . . existe cuando el sujeto ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá". (66)

En la culpa inconsciente, se define como ignorancia - de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad - de previsión del resultado (saber y poder)". (67)

O bien cuando no se prevé un resultado previsible --- (penalmente tipificable) - más adelante - es, pues, una conducta en donde no se preve lo previsible y evitable, pero me

(65) Jiménez de Asua, Luis. La Ley y el Delito, Opus cit. - página 378.

(66) Castellanos Tena. cita como ejemplo el conductor de vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos - funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún trausente se cruzará en su camino".

(67) Jiménez de Asua, La ley de el Delito, página 378.

diante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse, el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance que puede implicar su conducta, produce inesperadamente un disparo - y resulta muerto uno de los que se hallaban en el lugar". (68)

Creo que es suficiente hablar aquí de la culpa ya que en número adelante hablaremos de el concepto de la culpa y -- en el mismo redondearemos completamente el concepto y tema según lo indicado. Solamente diremos que encontramos otras divisiones de culpa "Lata cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres levis cuando su previsión -- sólo fuere dable a los hombres diligentes, y levisima cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el -- empleo de una diligencia extraordinaria y no común". (69)

LA PRETERINTENCION COMO DOLOSA

En esta cuestión veremos que a la preterintención se le han dado connotaciones afiliativas al dolo, es decir, que a la preterintención como despega de un delito doloso (base) y es seguido por un resultado más grave no querido por el -- agente (culposo), y que por ese dato que hemos puesto en un-

(68) Concepto y ejemplo de Castellanos Tena, Opus cit. página 247 y 248.

(69) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Vol. I. - Parte General, 17a. Edición, página 458, Editorial Bosch Casa Editorial, Barcelona 1975.

principio, o sea, el inicio doloso, autores de reconocida -- autoridad dicen: "El hecho que ha entrado una vez en la esfera de los delitos dolosos, no puede salir de esa esfera, y -- mucho menos lo que puede para un resultado más grave culposo que le haya subseguido. . . ". (70)

Podemos llamar primeramente al maestro italiano Francisco Carrara, quién al tomar la batuta en el tema y al referirse al dolo y a la culpa, indica lo siguiente en cuanto a la preterintención: "Más de la forma del dolo indeterminado se desprende (separándose de él con caracteres distintísimos) una tercera figura de homicidio, que es integramente creación de la equidad práctica, o sea, el homicidio preterintencional - adelante remarca - pertenece a la familia de los -- homicidios dolosos, porque se origina en el ánimo dirigido - a lesionar a una persona; pero respecto a su gravedad, ocupa un lugar intermedio entre los dolosos y los culposos". (71)- Aquí cabe hacer un comentario a propósito de la parte conducente a la afirmación "pertenece a la familia de los delitos dolosos" y en la parte final del párrafo transcrito a cevera- "pero respecto de su gravedad, ocupa un lugar intermedio entre los dolosos y los culposos". Y aquí viene al caso aplicar el dilema de Hamlet, "ser o no ser es la cuestión", y -

(70) Citado por Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal, - Tomo VI, página 72.

(71) Carrara Francisco. Programa de Derecho Penal. Parte especial, Volumen I, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Segunda Edición, Editorial Temis LTDA, Bogotá 1967, página 83.

yo digo o es la primera o es la segunda ¿se es o no se es?

Jiménez de Asua, también se ocupa de estudiar este --- criterio sobre la culpa sobre todo de la preterintención dolosa y señala que en Eusebio Gómez, también sigue la secuencia a la carrariana al radicar a la preterintención en los delitos dolosos cuando afirma "la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley". (72)

Impalloeconi, (73) autor italiano también ubica a la preterintención entre los delitos dolosos, al respecto asienta: "El delito preterintencional es un delito doloso, como -- aquel previsto que nosotros llamamos intencional, en el sentido de que la causa del delito es el dolo". (74)

Por último me permito hacer cita del refinado criterio que apuntala Carnelutti, definiendo a la preterintención de la manera en que sigue: "la considera reciproca a la de la tentativa y luego dice que tanto esta como el "exceso en el delito" y que no pueden darse fuera del campo de los delitos dolosos". (75)

(72) La Ley y el Delito, Opus. cit. página 382.

(73) Citado por Jiménez de Asua, Opus. cit. Tratado, Tomo V, - página 62.

(74) Ibidem.

(75) Ibidem.

A) DOLO EVENTUAL

En el tema relativo al dolo ya hemos abundado en el apartado B) de formas de culpabilidad y al ocuparnos del dolo hemos dado varias nociones así, como variadas teorías relativas al mismo por lo que en este subtema, únicamente haremos mención de las concepciones más relevantes del dolo, nos referimos al eventual el cual en la teoría general así como en la doctrina se dice que este, es la frontera que delimita al dolo con la culpa definiendolo Jiménez de Asua, así: - ". . . será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad". (76)

B) DOLO DIRECTO

Edmundo Mezguer, conceptualiza así al dolo directo: - "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su representación -se dice- voluntad el resultado". (77)

Hans Welzel, con su doctrina finalista define al dolo como: "Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo". (78)

(76) Citado por Vela Treviño, Opus cit. página 211.

(77) Ibidem.

(78) Welzel Hans, d. p. Opus cit. página 95.

C) DOLO INDIRECTO

O eventual lo llama Cuello Calón, (79) y define a este de la siguiente manera: "El agente se representa como posible un resultado dañoso y no obstante tal representación - no renuncia a la ejecución del hecho aceptando sus consecuencias".

D) DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS

"El agente se representa el resultado sabe de las circunstancias, dirige su acción hacia la concreción final sabiendo que con su proceder afectará objetivos no previstos - en su ejecución pero que son necesarios para realizar su propósito".

Para apoyar este simple concepto es necesario hacer - llamado a algún ejemplo y se me ocurre el siguiente: Unos --narcotraficantes desean dar muerte a un jefe policiaco del - cual temen un dispositivo, por lo cual deciden darle muerte, y colocan una bomba en su coche, que al estallar mueren chofer y demás acompañantes.

4 LA PRETERINTENCION COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA

Desde Carrara, se ha venido hablando de esta materia - y aunque Carrara considera a la preterintención como una forma de culpabilidad a esto se puede concluir al haber llamado a su propio ingenio impreso en su Programma, pues al hablar - del homicidio en el parágrafo 1094 dice "El homicidio puede - ser doloso, culposo y preterintencional. . .". (80)

Es de importancia inmenurable seguir citando al genial conocimiento de este autor italiano en el que al referirse -- de nueva cuenta a la preterintención afirma: "Si, por el contrario, el antecedente representará un delito doloso, pero -- menos grave que el consiguiente (por ejemplo herida aquel, -- y homicidio este) surgirá la forma mixta; es decir, tendremos que conocer de un hecho en el cual se mezclan el dolo y la -- culpa; dolo en cuanto al antecedente previsto; culpa en cuanto al consiguiente no previsto pero previsible. Ahora bien, - en esta mezcolansa de dolo y de culpa no tolera la equidad que el consiguiente culposo; se imputa también a su causa como do loso por motivo del dolo en que se hallaba respecto del antecedente". (81)

(80) Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal, Parte-Especial, Vol. I, página 67, 2a. Edición, traducción de José J. Ortega Torres y José Guerrero, Editorial Temis, Bogotá 1967.

(81) Jiménez de Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, página 72, 2a. Edición, Editorial Lozada, Buenos Aires - 1962.

"En el homicidio preterintencional hay, sustancialmente, una mezcla de dolo y culpa. . ." (82) Opinión de Marciano.

Por último, citamos otra opinión que nos muestra Jiménez de Asua, (83) la de José Irureta Goyena, el cual dice: -- "Del punto de vista subjetivo, el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa: dolo respecto de la lesión, -- culpa respecto de la muerte. El sujeto ha querido inferir -- un daño y lo ha inferido; no ha querido la muerte, pero esta sobreviene a consecuencia de su imprevisión. La culpa consiste en no preverse todas las consecuencias conjeturables de un acto o de una omisión". (84)

El maestro Vela Treviño, se inclina por la mezcla de dolo y culpa en el delito preterintencional cuando este escribe: "La mezcla de dolo y de la culpa en la figura llamada preterintención es la forma más acertada para abordar el tratamiento de este problema. . . ". (85)

Cuello Calón, (86) concreta al respecto; "la preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido, --

(82) Citado por Jiménez de Asua, Tratado, Tomo VI, página 73.

(83) Citado por Jiménez de Asua, La Ley y el Delito, Opus cit. página 383.

(84) Ibidem.

(85) Opus cit. página 261.

(86) Opus cit. página 261.

sea previsible. Si dicho resultado es previsto y aceptado -- por el agente el hecho constituye el delito integrado por el resultado más grave imputable a dolo eventual. Si las consecuencias son imprevisibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho fuera de la hipótesis del concurso de dolo y culpa".

Hasta aquí llegamos, por no hacer más extenso este trabajo del que sólo nos interesa saber cual es la definición -- más aceptable de la preterintención.

C) CONCEPTO DE DOLO

Recordamos que en los inicios históricos del derecho romano y del primitivo derecho germánico, los castigos se imponían por la mera causación del resultado producido, tal como se estudió en el capítulo primero de este trabajo y a medida que la civilización avanza; el derecho igualmente aparejado avanza y así ha quedado demostrado. Aquí citaremos exclusivamente conceptos del dolo.

Concepto de Francisco Carrara. (87)

"La intención más o menos perfecta de ejecutar un acto

(87) Citado por Cuello Calón, Opus cit. página 428.

que ese se sabe contrario a la ley".

Para Cuello Calón (88) dice que para que exista el dolo además del elemento volitivo que se concreta en la voluntad de ejecutar el hecho. Concorre un elemento intelectual, anterior a aquel, constituido por la representación y conocimiento del hecho: Así pues son dos los elementos constitutivos del dolo:

- a) La representación o conocimiento del hecho; y
- b) Su volición, (conocimiento de la significación antijurídica del hecho).

La definición que en seguida vamos a ofrecer viene a romper con la tradicional unidad de la culpabilidad a propósito de la ubicación del dolo, lo es la dada por Hans Weisel,-- (89), el cual dice en cuanto el dolo: "es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito" (90). El dolo se nos presenta aquí necesariamente como un elemento-constitutivo del tipo-sigue escribiendo más adelante- "En ambos casos, una recta comprensión nos lleva a la conclusión de que el dolo no es un elemento de la culpabilidad. Sino que ya es un elemento del tipo". (91)

(88) Ibidem.

(89) Opus cit. página 95.

(90) Ibidem.

(91) Idem.

Con esta afirmación expuesta por Welsel, nos cambia totalmente la teoría general de la culpabilidad, dejando a esta sin elementos propios (dolo y culpa) y la deja en un vacío de contenido y veamos el porqué de semejante afirmación de este autor alemán: "Toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiera el momento intelectual - y por la decisión al respecto de que de realizarlo - el momento volitivo - Ambos momentos, conjuntamente, como factores conjugadores de una acción típica, real, forman el dolo ("dolo de tipo"). La acción objetiva es la ejecución adecuada al dolo más adelante agrega - ... En este caso el hecho total no sólo ha sido querido dolosamente sino también ejecutado dolosamente. Aquí el dolo es un -- elemento final de la acción, en todo su contenido". (92)

Al fundamentar las partes integrantes del dolo los distingue en dos a saber en propia voz de Welsel; "El dolo penal tiene siempre dos dimensiones no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo". (93)

Ya por último, hago una referencia a los aspectos, de los cuales según Welsel, está formado el dolo: "Todo dolo tie

(92) Ibidem.

(93) Idem.

ne un aspecto intelectual y uno volitivo conforme a la voluntad. La parte integrante intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetiva del hecho del tipo legal - prosigue - la parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización)". (94)

Por último anotamos el concepto que da Jiménez de Asua: el cual dice: "Es la producción de un resultado típicamente - antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, -- con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso -- esencial de la realización de la causalidad existente entre - la manifestación de la voluntad humana y el curso de ese mismo efecto y además y esto es lo que interesa con voluntad de realizar la acción con representación del resultado que se -- quiere o ratifica".

D) CONCEPTO DE CULPA

En cuanto a la relación histórica, así como algunas -- teorías acerca de la culpa, ya fueron expuestas en el capítulo relativo a las formas de la culpabilidad. Por lo que aquí será motivo exclusivo sin más, que el de citar algunos conceptos.

(94) Idem.

Dice Cuello Calón: "Existe culpa cuando obrando sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley". (95) Conforme a esta noción se encuadran los siguientes elementos:

- a) Una acción u omisión, conciente y voluntaria pero no intencional;
- b) Que el agente ejecute el acto inicial sin tomar --- aquellas cautelas o precauciones necesarias para -- evitar el daño y resultado perjudiciales;
- c) El resultado dañoso debe ser previsible para el --- agente;
- d) El resultado dañoso debe constituir un hecho que -- objetivamente integre una figura penal de infrac--- ción, un hecho penado por la ley; y
- e) Entre el acto inicial y el resultado dañoso debe -- existir relación de causa a efecto".

Al referirse Carrancá y Trujillo (96) a la culpa dice:

(95) Cuello Calón, Opus cit. página 453.

(96) Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Comentado, Opus cit. página 37.

"En cuanto al elemento psicológico del delito no intencional o imprudencial, de la fracción comentada resulta que consiste en la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado". (97) Más adelante afirma: "En cuanto a la denominación. . . delitos culposos la de imprudenciales, - en otro lugar la hemos criticado por entender que la imprudencia es un hacer omitiendo algo, en tanto que la negligencia es un no hacer; que la primera contiene eficacia activa --- mientras la segunda pasiva; que en consecuencia no puede --- haber imprudencia donde haya negligencia; y que la imprudencia y la falta de reflexión son los que sustentan todo caso de culpa por lo que no pueden constituir especies per se sino que son elemento común a los delitos culposos". (98)

(97) Ibidem.

(98) Opus cit. página 38.

5. LA PREVISION COMO FUNDAMENTO DE LA PRETERINTENCION.

A) LA ANTIGUA PREVISIBILIDAD

En este momento es, cuando debemos aplicar el máximo - de cuidado para diferenciar el paso transitorio de la previsi bilidad a la moderna posibilidad de prever, de la que no hay diferencia sustancial. Por lo que toca a la primera, pode-- mos decir que desde Santo Tomás de Aquino, ha venido fungien do como condición para imputar el resultado más grave decfa - aquel: "Eventus autest praecogitatus aut non. Si est prae-- cogitatus manifestum, est quad addit ad bonitatem vel mali--- tiam". Ahora bien cuando se prescinde de la previsibilidad, el resultado mas grave solo podrá cargarse al sujeto que obra si es consecuencia natural y común, pero no causal, del acto emprendido". (99).

Ya en Feuerbach (100) encontramos idea referida a la pre visión, respecto de la preterintención o de los efectos conse cuentes a los resultados al decir: "Se imputan, pues, esas - consecuencias por dolo cuando fueron previstos como posibles o probables".

(99) Citado por Jiménez de Asua, Tratado, Tomo VI, página 39

(100) Ibidem pág. 52.

Por último hacemos referencia a lo dicho por Merkel -- "Cuando existen circunstancias agravantes en las consecuencias del delito, no se necesita en general, ninguna prueba de que las mismas pueden ser previstas". Mas adelante Jiménez - de Asua, hace incapie en una frase de aquel: "no es preciso para que exista este delito que se haya previsto dicho resultado". (101).

En el desarrollo histórico anterior a la fórmula que - en esta tesis se desarrolla en cuanto a la posibilidad de prever, existían los delitos calificados por el resultado, en -- que la interpretación alemana con independencia de lo que debía ocurrir en la ley, veía unas infracciones en que la agravación de la pena por el resultado más grave se operaba con - independencia de la posibilidad de haber sido PREVISTO por el agente. Y había delitos preterintencionales en que la tradicionales y la imperante doctrinas italianas condicionaban la pena por el resultado ulterior a la previsibilidad de parte - del sujeto activo.

b) LA MODERNA POSIBILIDAD DE PREVER.

Ya en renglones atrás, en el capítulo primero de este trabajo se ha dejado impresa la noción de que los autres alemaens son los que mejor han desarrollado en cuanto a ingenio

(101) Ibidem.

a la teoría de la culpabilidad y en tratándose de la preterintencionalidad son los que mejor la han desarrollado y que condicionan en cada caso la pena más grave por el resultado ulterior a que este haya podido ser previsto.

En cuanto el resultado fuera imprevisible entonces la mixtura sería entre dolo y casus tal como lo admite Carrara y esto se acentúa al hablar del caso fortuito.

Ya ubicándonos en nuestra legislación penal mexicana, encontramos que tanto en la dogmática como en la doctrina incertado dicho concepto, así lo refiere Celestino Porte Petit, (102) al decir: "en el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y una previsión respecto al resultado produciendo con la esperanza de que no se realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto..." (103)

En cuanto a nuestro tema Vela Treviño, también expone su punto de vista al respecto, resumiendo así: "... ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable..." (104)

(102) Citado, por Vela Treviño, Opus cit, página 261.

(103) Idem.

(104) Idem.

También Cuello Calón, (105) implementa la previsión a este delito cuando supone: "La preterintencionalidad exige - que el resultado o más grave no querido, sea previsible..."(106)

Como se deja sentir para que exista la preterintención es necesario que el efecto ulterior, aquel que va más allá de la intención inicialmente emprendida sea al menos prevista o previsible.

(105) Idem.

(106) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, pág. 470.

6) LA PRETERINTENCION Y EL CASO FORTUITO

Encontramos que estas dos figuras son totalmente diferentes ya en capitulo primero así como en el presente capitulo hemos definido ampliamente a la preterintencionalidad por lo que solo definiremos al caso fortuito.

Francisco Carrara, (107) se ocupa del caso fortuito al cual conceptualiza de la siguiente forma: "Cuando el hombre que ha ejecutado un hecho del cual ha resultado la ofensa a la ley, no ha querido ni previsto el resultado, pero ha previsto y querido solamente su antecedente, no hay dolo respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa. Si tampoco era previsible -- por el agente se da el caso".

Aplicado este tema nuestra ley penal aparece en el artículo 15 fracción X, como circunstancia excluyente de responsabilidad; la cual expresa:

Art. 15.- ,

Fracción X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito todas las precauciones debidas.

(107) Citado por Carrancá y Trujillo Raúl, Código Penal comentado, página 120.

Si ahora analizamos cada una de las partes en que se compone esta "circunstancia excluyente de responsabilidad" encontramos los siguientes:

- a) Realizar un hecho lícito, con las debidas precauciones.
- b) Sin dolo y sin culpa;
- c) Que el daño se cause por accidente;
- d) Relación causal.

a).- Debe iniciarse como dijimos antes realizando un hecho lícito, por lo que debe estar dentro del lo. legal permitido, lo que interpretado a contrario sensu, diríamos que -- que el acto que se inicie ilícitamente, con dolo y sigue una cadena causal a un resultado más grave ya no cabe el caso fortuito. En este sentido Jiménez de Asua, si admite el caso -- fortuito iniciada la conducta ilícitamente y en todo caso se opone a esta definición. Igualmente Vela Treviño. (108) cuando afirma: "Para quienes aceptamos una concepción unitaria de la antijuricidad el problema que plantea la actividad inicial ilícita en el caso fortuito es motivo de grave preocupación". (109)

Y llama al efecto el ejemplo de la persona que capaz y

(108) Vela Treviño, Opus. cit. página 268.

(109) Ibidem.

perita en el manejo conduce un vehículo sin licencia (acción ilícita) y atropella a un peatón por mero accidente. Dable es que aplicada dicha disposición rígidamente será delito culposo y no fortuito.

b) Sin dolo y sin culpa.- Luego ese obrar ilícito debe de ser ejecutado con dolo ni culpa es decir, no debe de estar adscrito a ninguna de esas formas culpables en las que la voluntad del ejecutante no debe de estar encaminada a la concreción del tipo (dolo) o bien no sea una deficiencia de la inteligencia o para ser exacto una deficiencia de la voluntad (culpa).

c) El daño se cause por accidente.- En este sentido debe de causarse un daño lesivo de los intereses legalmente tutelados. Pero la actividad debe de ejecutarse con las debidas precauciones al caso Carrancá y Trujillo, (110) dice: "Se trata tan solo de las precauciones que son normales en hombres normales (111).

d) Relación Causal.- El nexu causal como dice Bettiol "En lo fortuito debe considerarse existente, pues lo que falta es la posibilidad de una motivación distinta por la imposibilidad de prever el evento lesivo, como consecuencia de la -

(110) Código Penal Comentado, Opus, cit, pág. 121

(111) Ibidem.

(112) propia u omisión". (113)

Vela Treviño, (114) siguiendo a Jiménez de Asua, dice: "... el caso que nos presenta el acontecimiento que, por ello es delimitador de la culpabilidad y no debe ser estudiado como un aspecto negativo de ella misma sino como límite normalmente impuesto". (115)

Al responder sobre este mismo asunto Carranca y Rivas, (116) asienta: "En la moderna dogmática se considera el caso fortuito como el límite de la culpabilidad; nada más que yo pienso que el territorio del caso en este sentido se halla más allá de la propia culpabilidad (por no haber en el, precisamente un hecho típico). No es una franja fronteriza. Ya es territorio ajeno. ..."

(112) Citado por Vela Treviño, Opus cit, pág. 271

(113) Ibidem.

(114) Ibidem.

(115) Ibidem.

(116) Código Penal Comentado, Opus. cit, pág. 123

CAPITULO III

ESTRUCTURA DE LA PRETERINTENCION

1.- NATURALEZA DE LA PRETERINTENCION

Tal como lo hemos venido anunciando en los dos capítulos anteriores, en la que resalta por su evidente importancia la distinción de los elementos en que está conformada la figura de la preterintención. Y de acuerdo a lo anterior adscribirémos al concepto que vamos a defender.

Por estructura entiendase el orden de distribución de las partes de un todo, qué entenderíamos con ello, sin error alguno que la estructura del todo de un cuerpo, pero ese cuerpo, tiene que ser analizado en sus aspectos particulares, en las diversas partes en que está fundamentado, por ejemplo: el cuerpo humano tiene su estructura propia, compleja red del sistema nervioso, respiratorio, circulatorio, osamental, celular, etc., todos ellos forman un todo y faltando o el irregular funcionamiento de cualquiera de ellos, ya no es posible concebir un todo perfecto.

En este mismo sentido la preterintención tiene una estructura y sus elementos, los que ~~llamaremos~~ llamaremos objetivo y subjetivo, los cuales en seguida vamos a estudiar.

a) ELEMENTO OBJETIVO

En cuanto a este elemento (material) y también le podríamos llamar, de la preterintención encontramos en él, un aspecto externo, siendo el mismo que nos la pauta en el desarrollo transitorio que ocurre en el delito preterintencional pero material. Ya hemos dejado bien asentado en hojas anteriores que la preterintención es un delito conformado por un acto intencional primario y se le suma un resultado secundario más grave pero no querido.

En este delito lo que objetivamente nos da interés es la progresividad en la que se va dando Primeramente encontramos un sujeto que quiere lesionar a otro (acto doloso) pero que a consecuencia de esa lesión inicial se produce un resultado que el sujeto ejecutor no se había propuesto (la muerte) acto culposo. Paso transitorio que se da como un desarrollo objetivo, se da en la parte externa del delito preterintencional. Lo que progresa en el delito preterintencional es el acto externo pero no el elemento subjetivo, como se verá después. Se forma como ya quedó asentado de un delito doloso (lesión) seguido de un resultado culposo (muerte), sin que el autor haya podido siquiera pensar en que su acción tendría necesariamente, pero si previsible, producir la muerte, es decir que el más secundario absorbe al minus primario, pero no en la mente del autor sino del mundo exte,

rior. Algo que se produce por mera relación causal.

b) ELEMENTO SUBJETIVO

Este elemento interno del delito preterintencional -- creo, según mi pensamiento, ha quedado definido anteriormente aunque para mayor entendimiento agregaremos lo siguiente en el inciso a), hemos escrito que el modo de manifestarse la consecución del delito preterintencional externamente se presenta de una manera progresiva, en donde el delictum minus -- (doloso) es arrastrado y siempre absorbido por el maius delictum (culposo). Pero progresa esta, como dijimos en el mundo exterior, pero no en la mente del sujeto ejecutor, por que delito doloso es el intencional; culposo el que va contra la intención y preterintencional, va más allá de la intención inicialmente emprendida. Situación que permite darnos cuenta, que la intención se queda truncada en el comienzo, ahí termina, más adelante el sujeto activo nada sabe, queda "casi en blanco", claro está, pudiendo prever o haber podido al menos prever ese resultado. Por eso es que la intención o elemento subjetivo no puede ser progresivo es decir, iniciar de menor a mayor querido sino de un delito menor a algo que ya no está en la intención, algo que diríamos ha quedado fuera de ella, algo desconocido pero previsible.

Es importante hacer el comentario correspondiente cosa que en varios renglones hemos escrito referidos a la naturaleza de la preterintención en que ésta se encuentra formada por el enlace de dolo y culpa dolo más culpa, pero tomando muy en cuenta lo escrito por el autor italiano Florian que tantas veces hemos citado en que "dos momentos psicológicos no pueden obrar contemporeamente. (1)

En cuanto a la máxima anotada del autor en cita creo que es importante realizar las siguientes conjeturas: es cierto que no es posible unir a dos momentos psicológicos en un solo acto, es tanto como decir que acción u omisión pueden actuar a la par en un delito, o es de acción o es de omisión. Pero no precisamente actúan en la preterintención dos momentos psicológicos contemporaneamente, tal y cuando el uno termina, inicia casi automáticamente el otro el que va más allá de la intención. Por tanto no son contemporáneos, Actúan en un mismo hecho, es cierto, pero actúan separados por fracciones de segundos.

Cuando el hecho doloso inicial empieza su proceso del inter criminis y como dijimos automáticamente al desaparecer este nace como consecuencia del primero un resultado que es-

(1) Citado por Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Pág. 467, Décimo Séptima Edición, Editorial Bosch, Casa-Editorial, Barcelona, 1975.

concebido por el primero pero remarco, más allá de la intención del ejecutor. Pero es bien importante hacer esta separación, entre los dos hechos psicológicos sobre un determinado hecho, aunque como es notorio obran en un mismo lapso causal pero en diferentes etapas: primero es doloso y después-culposos.

Con las ideas vertidas en renglones atrás, nosotros - aceptamos la teoría de la mezcla del dolo y culpa; dolo en - cuanto al acto inicialmente emprendido, culpa con respecto - al resultado que va más allá de la intención, esta es la naturaleza de la preterintención.

2. ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCION

a) según FRANCISCO CARRARA. (2)

Para este eminente penalista italiano al hacer referencia a la preterintención y al ocuparse de los elementos que la componen, construye la noción de este delito sobre dos condiciones:

- 1.- Que el agente haya tenido la intención de lesionar a la persona del muerto
- 2.- Que no haya previsto actualmente la consecuencia letal, aunque hubiera podido preverla". (3)

"Si falta la primera de estas condiciones, entramos en el homicidio culposo. (4)

En el número 1103 de su programa dice: "Por lo tanto, la intención de lesionar ha de ser preestablecida siempre que se trate de imputar, no mera culpa, sino preterintencionalidad - más abajo dice: "...Digo y repito ánimo de lesio--

(2) Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal, parte Especial, Volumen 1, Segunda Edición, Traducción de José J. Ortega y Torres y Jorge Guerrero, Editorial Temis Bogotá, Bogotá 1967.

(3) Opus cit, página idem.

(4) Opus cit. página 86, parágrafo 1103.

nar o de hacerle daño a la persona..." (5) En el número subsecuente (1104), afirma "... además de esta primera condición (totalmente positiva) del ánimo de lesionar, es preciso establecer de hecho la segunda condición (enteramente negativa), no solo de la falta de intención dirigida a dar muerte, sino también de la falta de previsión del efecto letal; es necesario establecer si el que se presupone no ha querido precisamente dar muerte, ha previsto o no ha previsto que con ese hecho suyo (dolosamente nocivo) podía ocasionarlo la muerte que en efecto se produjo..." (6)

El maestro Toscano al continuar con su exposición sobre el segundo de sus elementos, es decir la falta de previsión apunta: "La afirmación de no haber querido ni previsto la consecuencia de la muerte, puede hacerla tanto el que --- empleó contra su enemigo arma de fuego o arma blanca, como el que dió el puñetazo, o lanzo en contra él un palo o un guijarro; tanto el que dirigió el golpe hacia la cabeza o el pecho, como el que lo dirigió hacia las piernas..." más adelante expresa "Difícilmente se admitirá que quien le dió una puñalada a su enemigo en parte noble del cuerpo, no haya previsto la muerte que ha ocaionado, pues en el orden natural de las cosas, es muy estrecho el nexo entre esa puñalada y la muerte y son muy frecuentes los ejemplos de triste rea-

(5) Ibidem.

(6) Idem.

lidad que corresponden a este nexo". (7)

Citamos por último, la opinión de Carrara, en cuanto a la previsión: "Lo que hace anómala esta figura es la presunción de no haber habido previsión, unida a la intención directa de causar daño ". (8)

b) SEGUN LUIS JIMENEZ DE ASUA

Los elementos de la preterintención según este autor-español, (9) son los siguientes:

- a) Un daño menor, inicial, emprendido con dolo (minus delictum);
 - b) Un resultado más grave no querido ni aceptado --- (maius delictum);
 - c) Previsto al menos o, si previsto, no consentido;
 - d) Relación causal.
- a) Para ser preterintencional, tiene que ser iniciado-

(7) Opus cit. página 90.

(8) Opus cit. pág. 91. parágrafo 1106.

(9) Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal, Volumen-V, página 153, Segunda Edición, Editorial Lozada, Buenos-Aires, Buenos Aires 1962.

mediante una acción querida, (acción dolosa). Este concepto ya ha quedado asentado en este trabajo, luego que esa acción se inicia y se produce el daño querido proviene un resultado ajeno a aquel no comprendido por el ejecutante (culposo), ya hemos dicho que este va más allá de la intención y absorbe - al minus delictum.

Ahora bien, ese daño producido más allá de la intención debe de ser superior al intencional, por dicha situación se habla en la preterintención de su composición en un delito inicial querido (minus delictum) y el que sale de la intención y va más allá de esta produciendo un resultado más grave. (maius delictum).

b) No es de manera importante tratar este tema ya que incluso en el inciso anterior hemos manifestado de continuo que el resultado más grave no debe ser querido ni aceptado y debe de ser superior al primero. (doloso) así como absorberlo.

c) En cuanto a la previsibilidad dice Jiménez de Asua "... El resultado mayor, producto del minus delictum, ha de haber sido previsible, o si previsto, no aceptado ni consentido; es decir, que si el agente previó la consecuencia más grave, ha de haberla rechazado esperando que no sobrevendrá"(10)

(10) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado, Tomo V, página 152.

d] En este último elemento de la preterintención, según el autor que seguimos existe "nexo causal, entre la conducta humana y el resultado preterintencional". (11)

(11) *Ibidem.*

3. EL MEDIO EMPLEADO EN EL DELITO PRETERINTENCIONAL

De este encabezado ya nos hemos referido en el capítulo I, de este trabajo al citar, aunque sea sumariamente al -- analizar algunas de las referencias que aludimos de algunos autores citados y aquí haremos breve referencia al medio empleado.

Francisco Carrara, (12) al hacer eco de su pensamiento y en referencia al criterio que debe adoptar el juez dice "debe buscar el estado de ánimo mediante elementos llamados concomitantes antecedentes y concomitantes" y llama para su solución a los siguientes criterios: (13)

1. La índole del acusado;
2. Sus anteriores manifestaciones de ánimo;
3. La causa que tuvo para cometer el delito;
4. La naturaleza de las armas empleadas;
5. El número y dirección de los golpes o tiros cuando esa dirección fue dependiente de la voluntad.

Carrara, dice: "Por otra parte no se crea que la naturaleza simplemente contundente del instrumento empleado --

(12) Opus cit, página 89, número 1104.

(13) Ibidem.

basta siempre para hacer admisible la preterintencionalidad ni que la naturaleza perforante o cortante del instrumento con que se hiere basta siempre para excluirla". (14)

El tantas veces citado Jiménez de Asua, (15) hace referencia a un rescripto de Adriano, al que se refiere Ulpiano el que dice que debe tomarse en consideración el hierro con que se golpeó. Si se hizo uso de una espada (gladius) o una "lanza" (telum), no habrá duda con respecto a la intención de matar, mientras que, en cambio se afirmaría que dicha intención no existió si el medio empleado fue una llave (clavis) o un "escalfador" (cucuma) (16)

No considero necesario seguir citando más opiniones de autores y creo que es el momento para expresar mi sencillo razonar.

El medio empleado en el delito preterintencional es - importantísimo dado que de acuerdo a la idoneidad del mismo se puede legalmente imputar a alguno su hecho cometido. Por ejemplo: si un sujeto "A" quiere cobrar una ofensa a otro - sujeto "B", y para tal efecto utiliza una pistola y al colocarsela en la parte frontal de la cabeza, acciona el gatillo,

(14) Opus cit. página 93, número 1108.

(15) Opus cit. Tomo V, pág. 187. número 1724.

(16) Ibidem.

produciendo la muerte de "B".

Hemos concertado que si se pretende herir únicamente haciendo un disparo de arma de fuego directo al cuerpo de la víctima, no se puede alegar que en el caso este presente la preterintención o culpa, ya que es fácilmente previsible así como de fácil representación, el resultado muerte. Aquí podríamos, inculso, aunar al hecho material un proceso lógico-natural, de que ese resultado se producirá fatalmente e incluso se le sumaría en dicho acto las agravantes correspondientes, condiciones estas que aumentan la pena en los delitos calificados e intencionales, es más no cabría, ni siquiera de broma afirmar que en caso hay presunción iuris tantum sino que al efecto se aplicará el principio iure et de iure, de que existió el dolo, en su mas alto grado.

La anterior afirmación es para reafirmar la necesidad de la presencia de la previsibilidad en el delito preterintencional ya que si el efecto letal era previsible y el autor decide ejecutar queriendo producir el efecto lesivo al bien jurídicamente tutelado, además se acepta el resultado. Entonces es aplicada la forma culposa en toda su magnitud. Pero en cambio si ese resultado era previsible o al menos posible de preveer pero no se acepta ni siquiera el resultado, estaremos en presencia de la preterintención y por último si el delito no era por ningún medio previsible aún utilizando-

la mas acusiosa capacidad de cuidado, el resultado sobrevenido no será imputable a preterintención sino a caso fortuito.

Por tal motivo es imprevisible que el dar un golpe a una persona con el puño cerrado, sin los más mínimos conocimientos elementales de combate o defenza personal y a consecuencia de ello el sujeto cae y se golpea la base del craneo y muere el hecho es mezcla de dolo y caso fortuito.

Pero en el mismo caso y con los mismos sujetos pero - el agresor con altos conocimientos de combate ataca golpeando a otro con saña y a consecuencia de los golpes recibidos- el otro muere el resultado debe de imputarsele a título de - dolo si quiere y acepta dicho resultado y a preterintención- si solamente querfa lesionar a la persona del pasivo y si -- previo como posible o al menos era previsible el resultado - letal. A estos razonamientos podemos sumar lo dicho en páginas de capítulos anteriores en donde hemos asentado el mismo criterio y que en obvio de repeticiones evito repetir Nuevamente.

LA PREVISION EN EL DELITO PRETERINTENCIONAL.

En cuanto a este tema ya hemos adelantado nociones -- elementales del mismo, en el capítulo II del subtema número- 5, por lo que únicamente me ocuparé en limar lo dicho.

Carrara, se ocupa de esta materia al decir: "El dolo se caracteriza por la previsión faltando esta, se imputará-- como doloso el efecto antecedente previsto, pero en cuanto - al consiguiente no previsto se debe descender a la busca de la previsibilidad para constituir como potencial aquella relación ideológica que en la actualidad no interviene. Cuando no existe relación de previsibilidad entre el consiguiente y el antecedente, el consiguiente mismo estará fuera del mundo de las cosas imputables: será el puro caso". (17)

Más abajo dice: "Si por el contrario, el antecedente representará un delito doloso, por menos grave que el consiguiente (por ejemplo herida aquel, y homicidio este) surgirá la forma mixta; es decir, tendremos de un hecho en el cual - se mezclan el dolo y la culpa; dolo en cuanto al antecedente previsto; culpa en cuanto al consiguiente no previsto pero-previsible..." (18)

Jiménez de Asua, (19) dice lo siguiente "...en lo tocante a los delitos calificados por el resultado - se refiere antes de la reforma del Código Penal Alemán de 1953 pudo-Hayar dificultades que nosotros no tenemos, puesto que siempre ha de exigirse - a nuestro entender - la previsibilidad-

(17) Citado por Jiménez de Asua, Luis, Tratado, Tomo V, página 71.

(18) Ibidem.

(19) Opus cit. página 186.

del resultado más grave".

También Hans Welsel, [20] se ocupa de la previsibilidad al decir: "Para determinar este límite de la previsibilidad objetiva, el enjuiciador (P. ejemplo., el juez) tiene -- que situarse atrás en el momento de la acción y de ahí emitir el juicio de posibilidad objetiva para ello debe basarse en:

a) El saber experimental general de su época respecto a los cursos causantes que vienen al caso para la previsibilidad de los efectos concomitantes (Base nomológica del juicio).

b) Los factores ~~reales~~ existentes al tiempo de la comisión que podían ser conocidos por un hombre inteligente, agregando aquellos que le eran conocidos al hechor mismo (base -- ontológica del juicio) [21]

Más adelante agrega este autor alemán: "El método para establecer cursos causales objetivos previsibles ha sido -- denominado pronostico posterior objetivo" (Max Rumelin)... -- [22]

[20] Welsel Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General Ila. -- Edición, Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez - Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1976.

[21] Ibidem página 70.

[22] Ibidem.

Por último asignaremos a la culpa (secundaria) del delito preterintencional esta definición que cita Cuello Calón [23] de Bettiol, es como la última thule de la responsabilidad por culpa. Más allá de la previsibilidad está el caso - fortuito." [24]

Hasta aquí llegamos con este tema por parecerse bastante desarrollado en todo este trabajo.

La previsibilidad del resultado ulterior es necesaria en el delito preterintencional habiendo podido representar--selo o preverlo, siendo previsible.

[23] Opus cit.

[24] Ibidem página 455.

CAPITULO IV

EVOLUCION DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA LEGISLACION PUNITIVA MEXICANA.

Es el momento oportuno de buscar en nuestra historia - legislativa, es decir lo impreso en los variados códigos penales, si nuestro tema la preterintencionalidad ha sido regulada de manera expresa por dichos códigos que han estado en vigor en el Distrito Federal.

1.- CODIGO PENAL DE 1871 (de Martínez de Castro). (1)

Este Código Penal fue ordenado por el Ilustre Benemérito de las Americas y entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, quien ordenó una comisión, la cual quedó integrada de la manera que sigue:

PRESIDENTE	C. Lic. D. Antonio Martínez de Castro.
	C. Lic. Manuel Zamacona
	C. Lic. José Ma. Lafragua
	C. Lic. Eulalio Ma. Ortega.
SECRETARIO	C. Lic. Indalecio Sánchez Gavito. (2)

(1) Instituto Nacional de Ciencias Penales, Leyes Penales Mexicanas, Tomo 1, Página 269, México 1979.

(2) Ibidem.

En el artículo 6o. de dicho Código Penal dividía a los delitos de la manera siguiente:

"ARTICULO 6o. Hay delitos intencionales y de culpa".- y en los artículos subsecuentes los definió de la siguiente manera:

"ARTICULO 7o. Llámese delito intencional al que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles".

Importante resulta a mi opinión la fracción I del artículo 10 el cual expresa: (3)

"ARTICULO 10.- La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes excepciones:

Fracción I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar un daño -- que resultó si este fue 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 u omisión y está al alcance del común de las gentes; o si

(3) Opus cit. páginas 373 y 374.

se resolvió a quebrantar la Ley, fuera cual fuere el resultado."

En cuanto a la Fracción antes citada a mi parecer se determinan varios de los dolos existentes y creo que en manera implícita y naciente empiezan a denotarse elementos que rigen actualmente a la preterintención aunque no dice que -- acepte o no el resultado, esperando que este no ocurra.

Como nuestra tarea no es la de analizar todos los artículos que se refieran al delito intencional y los de culpa en este código. Asimismo, es muy amplia la clasificación -- que da de los delitos de culpa en sus artículos 11 y 14, distinguiendo variados grados de delitos intencionales, conceptualizando a cada uno de ellos en los artículos 20 al 26 del Código de referencia. (4)

Unicamente hacemos patente que en dicho Código Penal impera la bipartición del delito en: intencionales y de culpa no así el de preterintencionalidad.

(4) Opus cit. Tomo 1. página 374.

2. CODIGO PENAL DE 1929 (Código de Almaráz)

A este Código se le designó de Almaráz, siendo su redactor José Almaráz, estando en vigencia dicho código del 15 de diciembre de 1929, quedando abrogado por el de fecha 17, de septiembre de 1931. Teniendo una vigencia muy corta.

El código en cita siguió con el criterio bipartita de los delitos dividiéndolos en Intencionales y en imprudencia les punibles, según el artículo 12 del mencionado ordenamiento, el cual expresamente apunta:

"ARTICULO.12.- Los delitos se dividen en Intencionales y en imprudenciales punibles".

No se reconoce expresamente el delito preterintencional de hecho no aparece ni en la Exposición de Motivos del Código de 1931. (5)

En cuanto a la aplicación de sanciones este código, - (el de 1929) se observan numerosas reglas a las mismas del artículo 161 al 195. (6)

(5) Instituto Nacional de Ciencias Penales, Leyes Penales -- Mexicanas, Tomo 3, páginas 22 y 23, México 1979.

(6) Ibidem páginas 139 a 143.

Por último quiero agregar que en artículo 15 y en sufracción II, habla igualmente de los distintos tipos de delitos, dice así dicho artículo:

"ARTICULO 15. 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 causó si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; . . ." (7)

(7) Opus cit. Tomo 3, página 122.

3. CODIGO PENAL DE 1931, VIGENTE.

Este código como ya expusimos anteriormente fue puesto en vigor el día 17 de septiembre de 1931, y se le conoce como el (Código de Ceniceros y Garrido) mismos que formaron parte de la comisión, haciendo sus aportaciones personales a dicho código. En el mismo no se acepta una corriente ideológica en especial sino que se toma un criterio casi ecléctico o bien aplicado a las necesidades y realidad de nuestro país.

(8)

A los delitos los clasifica de la siguiente manera;

"ARTICULO 8. (9) Los delitos pueden ser:

I Intencionales, y

II No intencionales o de imprudencia.

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

(8) Opus cit, Tomo 3, página 289 y sigs. en la Exposición de Motivos, presentada más tarde por el Lic. Alfonso Teja Zahre, ya que se dice: que este código no contiene Exposición de Motivos.

(9) Opus cit. Tomo 3, páginas 306.

Me parece importante citar la fracción II del artículo 9 el cual dice:

"ARTICULO 9. 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:

Fracción II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado".

Esta Fracción es parecida a la del código abrogado y solo cambia la palabra, "resultó" por la de "causó. Pero al igual que Jiménez de Asua, (10) Francisco González de la Vega, (11) Carrancá y Trujillo (12) y Mariano Jiménez Huerta (13) ven en ella a la preterintencionalidad.

(10) Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo V. Página 142, Segunda Edición, Editorial Lozada Buenos Aires 1980.

(11) Ibidem.

(12) Ibidem.

(13) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

4. REFORMAS AL ARTICULO 9 PARRAFO TERCERO.

El artículo Noveno en su integridad únicamente ha sufrido una sola modificación desde su inicio de vigencia, me refiero a la del texto vigente al decreto de diciembre 30, - de 1983, publicada en el Diario Oficial, número 10 de 13 de enero de 1984. Y que para efectos comparativos transcribo - en su totalidad, tanto el artículo 8 y 9 del texto original de 1931, y la reforma correspondiente de dichos artículos:

ARTICULO. 8. Los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia.

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

ARTICULO 9. La intención se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe algunas de las siguientes circunstancias.

I. Que no se propuso ofender a determinada persona ni tuvo en general la intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuera cual fuere el resultado;

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

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

V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

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

TEXTO VIGENTE DE LA REFORMA

"ARTICULO 8o. Los delitos pueden ser:

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

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

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo el deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

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

5 PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1949 PARA EL DISTRITO FEDERAL
Y TERRITORIOS FEDERALES.

Antes de iniciar la búsqueda de nuestra figura de estudio, quiero rectificar que el título del presente subtema debería ser el de "Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal" (14)

En este anteproyecto encontramos a nuestra figura que a mi parecer, muy bien conceptualizada en su artículo 7o. -- el cual a la letra dice:

"Artículo 7o. Los delitos pueden ser:

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

En el mismo artículo pero en su párrafo tercero define a la preterintención diciendo:

Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el

(14) Instituto Nacional de Ciencias Penales, Leyes Penales Mexicanas, Tomo 4, México 1980.

resultado". (15)

Primeramente observamos que el delito preterintencionado se le ubica como una forma intermedia entre el dolo y la culpa sino después de estas; lo cual debe de obedecer a la tendencia de no ubicarla en inmediaciones sino hacer de ella una figura completamente autónoma de las anteriores, -- aunque formada de elementos propios de cada uno de ellos y -- esto posiblemente se debió para evitar los ataques a que fue sometida dicha figura en el Código Penal italiano de 1931, -- del cual está íntegramente influido.

En el concepto notamos que está formado por el delito inicial (minus) doloso, seguido de un resultado (maius) culposo el cual absorbe al primero.

En cuanto a la aplicación de la sanción correspondiente a los delitos preterintencionales, esta, se encuentra regulada en el artículo 58 el cual expresa:

"ARTICULO 58. El delito Preterintencional se sancionará hasta con las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional". (15)

(15) Ibidem.

6. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1958 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.

Este subtítulo también debería de haberse citado de esta manera: "Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y -- para toda la República en Materia del Fuero Federal" y que -- por omisión ajena a mi voluntad no anoté correctamente. Este anteproyecto (16) fue redactado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República, ocupándose dicho anteproyecto de nuestra figura en investigación definiendo de mejor técnica jurídica a la preterintención en su artículo 8o. el cual dice: (17)

"ARTICULO 8. Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales se dice Dolosos.

II.- Culposos, y

III. Preterintencionales.

definiendo en el párrafo tercero del mismo a la preterintención:

"Son preterintencionales cuando el resultado mayor al-

(16) Opus cit, Tomo 4. página 197.

(17) Opus cit, página 214.

querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría".

Definición que a mi gusto es casi completa o la que se adecua a la tesis defendida por nosotros en este trabajo.

En cuanto a la aplicación de la sanción a nuestra figura esta se encuentra más concreta ya que fija el parámetro de mínimos y máximos, lo cual da mas amplitud al Juez para imponer una determinada pena, previendose en el artículo 53- el cual dice:

"ARTICULO 53. Al responsable de un delito preterintencional se le aplicará prisión de tres días a nueve años y -- multa de cincuenta a veinte mil pesos". (18)

La comisión redactora estuvo formada por los ciudadanos Licenciados:

Ricardo Franco Guzmán

Francisco Pavón Vasconcelos;

Celestino Porte Petit Candadudap, y

Manuel del Río Govea.

(18) Opus cit., Tomo 4, página 219.

7 PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA-
DEL AÑO DE 1963.

Este proyecto de Código Penal Tipo, fue redactado por la Comisión encabezada por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales, Doctor Fernando Román Lugo, Celestino Porte Petit, Luis Fernando Fernández - Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit-Moreno (19)

Es importante la opinión que dan los autores en la -- parte expositiva de Motivos al referirse a la preterinten--- ción. (20)

"En cuanto al delito preterintencional se vio la nece^u sidad de hacer alusión al mismo, y dotarlo de un contenido - acorde a su naturaleza, que excluyera el criterio de conside^u rarlo como doloso o como calificado por el resultado; tesis- éstas que demuestran, en su caso, el desconocimiento de su - propia naturaleza, y en el otro, el olvido de la culpabili-- dad la cual concurre, con referencia al resultado, si se --- acepta que el delito preterintencional es mezcla de dolo y - culpa, cuando se produce un resultado mayor al querido o ---

(19) Opus cit. Tomo IV. página 341.

(20) Idem página 344.

o aceptado, si aquel no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se creyó que no se produciría. -- Debe observarse que en el artículo 14 se hace referencia no solamente al resultado querido sino el aceptado, incluyendo en esta forma, además del dolo directo el eventual, con fundamento en la razón de que un individuo pudo haber querido o aceptado el resultado, produciéndose uno mayor que previó con la esperanza de que no se produciría o que no previó siendo previsible". (21)

El delito preterintencional se encuentra previsto en el mencionado proyecto en el artículo 11 y definido en el 14.

"ARTICULO 11. Los delitos pueden ser:

I Doloso;

II Culposos o

III Preterintencionales.

"ARTICULO 14, 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 pre-

(21) Idem página 344.

visto, se confió en que no se produciría (22) Esta definición contenida en el artículo 14 del Código Penal Tipo, me parece de lo más acertado y que creo debería ser la que prevalezca entre los códigos penales de nuestro país. En virtud de aportar el concepto más claro en cuanto a los elementos con que debe de contar dicha figura, además que a la previsión la maneja de acuerdo a lo que dejamos asentado en el capítulo III subtema 4 de este trabajo.

(22) Idem.

CAPITULO V

LA PRETERINTENCIONALIDAD ACTUALMENTE EN LA LEGISLACION

1.- TEORIA ACEPTADA EN LA LEGISLACION MEXICANA

A) LA PRETERINTENCION COMO TERCERA FORMA DE LA CULPABILIDAD.

Quiero iniciar el presente capitulo haciendo cita de un precepto totalmente añejo pero que sin duda viene a ser -- una de las primeras semillas diseminadas en el terreno jurídico forjando algunas de las ideas vigentes en nuestras leyes -- penales. Me refiero al artículo 557 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales del año de 1871 mejor conocido como el Código de Martínez de Castro, dicho precepto enumeraba una atenuante que a simple vista nos parece -- familiar dice así el citado artículo:

"ARTICULO 557.- Cuando alguno cause involuntariamente una muerte de una persona a quien solamente se proponga causar una lesión que no sea mortal se le impondrá la pena que -- corresponda al homicidio simple con arreglo a las disposiciones relativas que procedan pero disminuyendo esa pena por la falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de cuarta clase menos en los casos que exceptua la -- fracción X del artículo 42."

Analizando la disposición transcrita avistamos una for

mula bastante parecida a muchas de las opiniones recogidas -- por nosotros. Aclarando que ésta tiene el carácter de atenuante siguiendo con esto los lineamientos impuestos por el código penal español de 1870.

En este apartado me quiero referir al pensamiento de uno de los mas grandes juristas que en materia penal han dejado profunda huella y sobre todo dejaron plasmados sus aportes en las leyes penales de algunos estados federados, personaje que ha intervenido en las reformas del código del Distrito Federal me refiero al Maestro Celestino Porte Petit, quien define a la preterintención como sigue:

"En el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado querido y una previsión respecto al resultado producido con la esperanza de que no se produciría o bien una no previsión del mismo debiendose haber previsto"(1)

En el Código de Defensa Social del Estado de Veracruz, de 1944, el Maestro Celestino Porte Petit participó en la re-

(1) Citado por Vela Tréviño Sergio. Culpabilidad e Inculpa- bilidad, página 261, Editorial Trillas, Segunda reimpre- sión, México 1983.

dacción del artículo 7o. en donde nos brinda una definición - que tiene gran contenido parecido a la antes citada, dice así dicho precepto:

ARTICULO 7o. Las infracciones pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- De culpa.

párrafo primero. . .

párrafo segundo. . .

párrafo tercero. Existe infracción preterintencional cuando se causa un daño mayor de aquel que se quiso causar -- con dolo directo respecto al daño querido y con culpa con representación o sin representación con relación al daño causado". (2)

Puede decirse que el Maestro Celestino Porte Petit, es una de las personas más preocupadas en que a la preterintención se le diera un carácter de tercera forma de la culpabilidad en nuestro país ya que así lo demostró en las obras realizadas por él, tanto como en las reformas en las que participó.

(2) Instituto Nacional de Ciencias Penales, Leyes Penales Mexicanas, página 497, México 1979.

COMENTARIO AL ARTICULO NOVENO PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.

Primero es necesario citar el artículo que nos define a la figura a referir y que la ubica dada su conceptualización como una tercera forma de la culpabilidad por tanto se acepta expresamente a la preterintención como tercera forma de aquel elemento normativo del delito:

"ARTICULO 8.- Los delitos pueden ser:

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

Como observamos mediante esta definición mejor dicho -- mediante ésta colocación que la ley hace de las formas de los delitos precisandonos que en nuestra ley se reconocen tres -- formas de la culpabilidad, es decir que en la definición de -- los delitos ya nos dice que también otorgan tal carácter a -- los preterintencionales, desde luego sin ubicarla como lo -- hicieron los italianos ubicandola en medio de las dos formas tradicionalmente conocidas.

Más adelante encontramos la definición de la preterintención en el artículo Noveno párrafo tercero el cual dice:

ARTICULO 9o.- Obra intencionalmente el que. . .

Obra imprudencialmente el que. . .

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

Esta definición tiene el mérito de ser una de las primeras innovaciones al configurar expresamente en la Ley, a la preterintención como tercera forma de la culpabilidad recordando que antes ya se habían ocupado de ella los códigos federados de Verácruz, Sonora, Michoacán, México, etc.

Pero a mí parecer ésta formula me parece incompleta dado que los tipos penales existentes en la ley penal más o menos acumulan los requerimientos que deben de cubrir sus tipos y en ese orden de ideas y apoyandonos en el principio de estricto derecho que debe de prevalecer en materia penal toda acción u omisión encaminada a producir un resultado lesivo debe de cubrir determinados elementos que deben estar dentro de del tipo no debiendose remitir dicha facultad a la interpretación que de la misma hace la jurisprudencia. Luego deben de enumerarse en la descripción típica los elementos de los cuales está conformada aún, entendiendo que ésta forma de la culpabilidad no es específica sino genérica es decir, únicamente aplicable a aquel o aquellos delitos que así lo permitan por su naturaleza e insisto deben de enumerarse una serie de con-

diciones que deben de confluír para determinar en el caso con-
creto si es: doloso, culposo o preterintencional.

Es necesario delinear perfectamente cual debe de ser -
el contenido de cada forma de la culpabilidad así como com- -
prendemos que en el delito doloso la voluntad debe de estar -
encaminada a la realización del acto criminal en los culposos
la negligencia, la imprevisión, la impericia, etc. y en el --
preterintencional la confabulación de los dos anteriores más
algo que yo le agregaría y en especial todas y cada una de --
las circunstancias que le precedieron y las posteriores a la
inicial acción injusta del delincuente. Ya hemos manifestado
que el delito preterintencional ha de presentarse primero --
una voluntad dolosa de lesionar pero, esa voluntad inicial es
rebasada por el resultado muerte. Hemos de decir que si la -
acción emprendida inicialmente no es dolosa sino culposa lue-
go, ya no puede ser preterintencional. Igual ocurre cuando -
un conductor extreme precauciones y tempestivamente de entre
los automoviles estacionados sale corriendo un menor y le - -
atropelle y en este caso aparece una figura totalmente dife--
rente llamada caso fortuito del cual ya hemos dado nuestra --
opinión en capitulos anteriores.

Quiero aquí, formular una breve aclaración en el caso
en que la preterintención es substituída por el caso fortuito
creyendo conveniente aducir que para el efecto es importante

concebir el acto ejecutado (cualquiera) extremando las precauciones desde su inicio. Luego si el acto emprendido inicia - dolosamente causando la lesión querida y como consecuencia - de ésta se produce la muerte no querida debe al menos casti-- garse la acción inicial emprendida y en este caso ya no sería caso fortuito nada más, sino algo más. Lo que quiero dejar - asentado es que la preterintención si cumple con los más es-- trictos requerimientos de la dogmática y técnicas jurídicas - para ocupar un lugar dentro de la culpabilidad siendo parte - y forma depurada de la misma.

La proposición que formulo mediante esta exposición es la de complementar el concepto vigente en la ley y que a mi - parecer sería más afortunado el siguiente:

"OBRA PRETERINTENCIONALMENTE EL QUE OCASIONA UN RESULTADO CUL - POSO MAS GRAVE QUE EL INICIALMENTE EMPRENDIDO. NO PREVISTO - SIENDO PREVISIBLE SIN QUE EL MEDIO EMPLEADO SEA EL IDONEO PA - RA CAUSAR EL RESULTADO".

A mi parecer es necesario fijar dentro del limite del concepto de preterintención a que la Ley hace referencia y se acompañe a la definición con los medios inidoneos que produ-- cen el resultado fatal y que yo le agregaría lo que anterior-- mente decia la ley "si este fue consecuencia necesaria y noto-- ría del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el -

imputado previo o pudo prever esa consecuencia por ser efecto natural y ordinario y estar al alcance del común de las -- gentes.

Se me ocurre por ejemplo: que si el agresor utiliza - arma de fuego para lesionar a su contrincante, es facilmente previsible que dichas lesiones pongan en peligro la vida, oca sionando la muerte así, como el hecho de que un karateca gol- pee a un inexperto, produciendole la muerte como consecuencia de las letales patadas y golpes maestros asentados en la huma nidad del agredido.

En este punto ya se ha deducido lo suficiente en capi- tulos anteriores siendo repetitivo señalarlo nuevamente.

A mi gusto una formula bastante completa la ofrece la definición lograda por el artículo 7o. del Código Penal vigen te en la entidad mexicana el cual la define así:

ARTICULO 7o.- Los delitos pueden ser:

I. Dolosos

II. Culposos, y

III. Preterintencionales.

Párrafo Tercero. El delito es preterintencional cuan- do se causa un daño que va más allá de la intención y que no

ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
ACERCA DE LA PRETERINTENCION

PRETERINTENCIONALIDAD, CALIDAD DE DOLOSOS DE LOS DELITOS EN CODIGOS QUE NO PREVEEN LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA). El artículo 5o. del Código Penal del Estado de Oaxaca tiene una estructura idéntica al 9o. del Código Penal Federal. El artículo 4o. del Código de la entidad federativa nombrada, repite el contexto del 8o. del Código Federal, estableciendo como unicos 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 principios que informan la Ley y que viene a ser un último término del descubrimiento de los principios rectores de la misma, en vez de utilizar el término intención dolosa, prefiere el de dolo para evitar la confusión que puede sobrevenir, y de hecho sobreviene, entre intención y dolo. Atenta a la estructura del artículo 4o. del Código Penal del Estado de Oaxaca, relacionandola con el 5o. -- del propio ordenamiento, debe decirse que es legalmente incorrecto equiparar la intención pura y simple al dolo llamado -- por la Ley "intención delictuosa". Del contexto del artículo 5o. se desprende que la no coincidencia entre la intención y el resultado producido no entraña la ausencia del dolo, si es que el sujeto voluntariamente penetró al terreno delictual, --

entendida la tipicidad en su significado material. En código como el últimamente citado, en que no se reconoce la preterintencionalidad 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 haya solo dos caminos 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 primigenia 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 querido 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 ser 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 Oaxaca es uno de ellos --, cuando existe una voluntad inicial de contenido típico el resultado que se produzca se reprocha como doloso, no porque específicamente se haya querido, sino porque se penetró voluntariamente al terreno de

lictual y es la voluntad de la Ley el que quien tal haga, res-
 ponda de dicha consecuencia que lo fue de una conducta que en
 si misma era delictiva.

Amparo directo 2999.- Ezequiel Garcia Rodríguez.- 28 -
 de agosto de 1974, mayoría de 4 votos. Ponente: Abel Hui-
 trón y Aguado.

1a. Sala Séptima Epoca, Volúmen 68, Segunda Parte, Pág.
 37.

PRETERINTENCIONALIDAD EN LA RIÑA.- Estandose en presen-
 cia de una riña, no importa que exista o no la intención espe-
 cífica de causar la muerte o un daño menor y si el daño causa-
 do fue más allá de lo que se propuso el agente activo, se es-
 tá en la circunstancia de preterintencionalidad, figura en --
 que a título doloso, ya que fué requerida por el agente acti-
 vo, se sanciona el resultado si éste es consecuencia necesaa-
 ria y notoria de la acción criminal.

Amparo directo 701/74.- J. Jesús Alvarado Lozoya. 6 -
 de junio de 1974. 5 votos, Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

1a. SALA Séptima Epoca, Volúmen 66, Segunda Parte, Pág.
 46.

PRETERINTENCIONALIDAD NO CONFIGURADA.- No existe la -- preterintencionalidad, si aún en la hipótesis de que el agente no hubiera querido el efecto lecivo que resultó, esta cues ti ón psicológica causal queda desvirtuada con la objetividad desplegada, al tirar el dicho agente no solo un golpe a la -- víctima sino, al verla caída como consecuencia de este, lan-- zarle otro, por lo que se contradice la ausencia de propósito.

Amparo directo 3884/74.- Juan Manuel Ruiz González. 7 de marzo de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel - Rivera Silva.

1a. SALA Séptima Epoca, Volúmen 75, Segunda Parte, Pág. 79.

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 aquel - se desprende que quiso castigar y en consecuencia causar daño a la víctima (su hermana menor) y que el castigo fue excesivo, debe de señalarse que este tipo de delito, contemplado por la fracción II del artículo 9o. del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, no carece de sanción, toda vez que el numeral mencionado señala únicamente que la pre

sunción de que el 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 precisamente a la conducta de dicho inculpado, de manera alguna 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 ausente de antijuricidad, ya que el artículo 8o. del Código Penal, establece que los delitos serán intencionales o de imprudencia, y el artículo 9o. 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 esto último fué consecuencia necesaria y notoria de sus actos, legal es que se tenga a aquel 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 Álvarez.

1a. SALA Séptima Epoca, Volumen 80, Segunda Parte, Pág. 44.

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 previsible, 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, puede producir graves lesiones y aún la muerte de quien lo recibe, máxime si éste es un individuo de escasa fortaleza o resistencia física o bien 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 6o. del Código Penal de Coahuila, de similar estructura a la fracción II del artículo 9o. del Código Penal del Distrito Federal de aplicación Federal, se ha dado cabida al por algunos llamado Dolo preterintencional y por otros delitos 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 al 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 formas de la culpa: con

o sin representación. Ahora bien, descartada la primera hipótesis recogida en la fracción II del artículo 6o, que se refiere al llamado dolo de consecuencias necesarias, en que el sujeto si bien no se propuso causar el daño que resultó, éste fué 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 entre quien golpea y quien recibe el golpe existe una notoria diferencia por cuanto a fortaleza física.

Amparo directo 5203/80.- Pedro Hilario de la Rosa Muñoz 24 de noviembre de 1980. Unanimidad 4 votos. Ponente: - Francisco Pavón Vasconcelos.

1a. SALA Séptima Epoca, Volumen Semestral 139-144, Segunda Parte, Página 115.

PRETERINTENCIONALIDAD.- No existe preterintencionalidad si el daño que resultó fué consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito y es un efecto de la acción causal querida.

Amparo directo 4708/53.- Juventino Cornejo Razcón. 1o. de agosto de 1955. Unanimidad 4 votos. Ponente: Rodolfo -- Chávez.

1a. SALA Informe 1955, página 66.

PRETERINTENCIONALIDAD.- Existe en el Estado de Sonora el delito preterintencional, cuando se causa un daño mayor -- que el que se tuvo la intención de causar.

Amparo directo 4771/954/1a.- Wenceslao Miguel Ballesteros Esquer. Supremo Tribunal de Sonora. 24 de octubre de -- 1956. Ministro Rodolfo Chávez.

1a. SALA.- Informe 1956, página 73, QUINTA EPOCA, Tomo CXXX, página 305, con el título "DELITO PRETERINTENCIONAL, -- HECHOS QUE REVELAN LA EXISTENCIA DEL".

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 entiende por imprudencia y que añade que, en general, todo acto u omisión en que su autor no haya buscado con ello la producción del resultado dañoso sobrevenido, esta

blezca una forma de preterintencionalidad pues ésta figura se contempla dentro de lo establecido por el artículo 60. del -- cuerpo de leyes invocado, que textualmente dice: La inten- - ción de violar la Ley con un fin antisocial y antijurídico, - se presume por el solo hecho de cometer una infracción antiso- - cial o participar en cualquier forma en su ejecución. Esta - presunción no admite más excepciones que los casos a que se - refiere el artículo 62 de este Código, ni se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes: -

- I.- Que no se propuso el daño que resultó si este fue conse- - cuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consis- - tió la infracción, o si el imputado previo 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 de cometer la infracción; IV.- Que erró so- - bre la persona o cosa en que quiso cometer la infracción y -
- V.- Que obro con el consentimiento del ofendido, salvo que se trate de infracciones que solo pueden perseguirse previa que- - rella de la víctima".

Amparo directo 1627/73.- Ricardo Chavira Anguiano. 5 de septiembre de 1973. Mayoría 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: Volumen 70, Segunda Parte, página 27.

PRETERINTENCIONALIDAD INEXISTENTE EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.- Aún cuando al golpear intencionalmente a la víctima, el inculpado no hubiese tenido la intención de ocasionar la muerte, le corresponden a las personas 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. Mayoría de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Séptima Epoca: Volúmenes 163-168, Segunda Parte, pág. 88.

Amparo directo 701/74.- J. Jesús Alvarado Lozoya. 6 -
de junio de 1974. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Séptima Epoca, Volumen 66, Segunda Parte, Página 46.

Tesis de jurisprudencia número 238 y sus relacionadas
Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, página 315 y sigs.

CONCLUSIONES

I.- A la preterintención debe tenersele como una combinación ó mezcla de dolo y culpa; dolo en cuanto al acto inicialmente emprendido y culpa respecto del daño que va más allá de aquel.

II.- Así, como el dolo es la forma más grave de la culpabilidad, en él, se da la clara manifestación de la intención de cometer un determinado ilícito en el cual se prevee, piensa y ejecuta el acto injusto aceptando y queriendo el resultado ocurrido; en la culpa, se prevee siendo previsible -- que el daño puede ocurrir confiando que este no se producirá o bien no se prevee siendo previsible según sea, culpa con representación o sin representación y por último la preterintencionalidad que se compone de las dos primeras. En la primera etapa el acto inicial emprendido se quiere y acepta, siendo -- únicamente lo voluntario el lesionar, pero a consecuencia del mismo se produce la muerte que no se quiere ni se acepta, resultado este, causado culposamente.

III.- La previsión aunque forma parte de la culpa -- strictu sensu es decir, hay conductas culposas en las cuales era previsible el resultado no querido y que el ejecutor confió en que no sobrevendría, y si aceptamos que nuestra fórmula está compuesta de mitad dolo y mitad culpa luego, podría--

mos decir que la preterintencionalidad debe por norma estar - latente la previsibilidad. Pero insisto, si era previsible - ese resultado, deducido facilmente por la actividad desplegada sobre el sujeto pasivo y sobre todo si dicha actividad fue acompañada del medio adecuado y totalmente idoneo para causar el resultado letal (muerte) luego, no podriamos hablar de preterintención, sino de dolo y sin lugar a dudas un dolo eventual.

Por tal situación creo que la previsión debe de manejarse con extrema moderación de lo contrario ofrecería gran - problematica para los investigadores de la ciencia juridica. Porque insisto si el ejecutor de un delito prevee que puede - causar la muerte del ofendido ya no es preterintencionalidad sino otra cosa, entendiendo a la previsión como un porcentaje elevado de que se causará tal o cual hecho. Tal como si disparo con arma de fuego de grueso calibre queriendo unicamente lesionar al receptor, desde luego tendríamos como consecuencia lógica una muerte instantanea de el infortunado, siendo - distinto si el agresor queriendo lesionar utiliza un medio no adecuado e idoneo y por la fatalidad del destino produce la muerte del ofendido, ejemplo este último que se ampararía bajo la formula del caso fortuito, si la fortuna ampara al agresor sin perjuicio de las argumentaciones que aducimos en la - conclusión subsecuente.

sión anterior que se integra con todos sus elementos, se evitaría la carga que se le atribuye a la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- 1.- Carrancá y Trújillo, Raúl y Carrancá Rivas Raúl. Código Penal Anotado, 13a. Ed., Editorial Porrúa, México 1989.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano 4a. -- Edición, Editorial Porrúa, México 1985.
- 3.- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana, México 1965.
- 4.- Cuello Calón. Eugenio. Derecho Penal, Tomo 1, 17a. Edición, Editorial Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona 1975.
- 5.- Franco Sodi. Nociones de Derecho Penal, 2a. Ed. Editorial México 1939.
- 6.- González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México 1939.
- 7.- González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano - 18a. Edición, Editorial Porrúa, México 1982.
- 8.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, t. 1, - 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

- 9.- Maggiore. Derecho Penal, Tomo 1, 5a. Ed., Editorial Temis, Bogotá, Bogotá 1954 y 1971.
- 10.- Palacios Ramón. El Delito Preterintencional, Revista Ju rídica Veracruzana, VI, México.
- 11.- Pavón Vasconcelos Francisco. Nociones de Derecho Penal Mexicano.
- 12.- Portepetit Candaudap Celestino. Apuntes a la parte gene ral del Derecho Penal, Tomo 1, 2a. Edición, Editorial y litografía del Derecho de los Angeles S.A., México 1973.
- 13.- Orellana Wiarco, Octavio. La Preterintencionalidad.
- 14.- Reyes Navarro Angel. La preterintencionalidad como tercera forma de la culpabilidad. La Reforma Penal Mexicana, proyecto de 1949, Edit. Ruta.
- 15.- Welsel Hans. Derecho Penal Alemán, parte general, 11a. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1956.

BIBLIOGRAFIA ADICIONAL

- 1.- Aliguieri Dante. La Divina Comedia, Editorial Porrúa -- S.A., México 1962.
- 2.- Carrará Francisco. Programa de Derecho Criminal, Volumen I, Parte Especial, Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá 1967.
- 3.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Decimoseptima Edición, Editorial Bosch, Barcelona 1974.
- 4.- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales - Mexicanas, Tomo I, México 1979.
- 5.- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales - Mexicanas, Tomo III.
- 6.- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales - Mexicanas, Tomo IV, México 1979.
- 7.- Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Edición Primera, Editorial Lozada, Buenos Aires 1979.
- 8.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo V Edición Primera, Editorial Lozada, Buenos Aires 1979.

- 9.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Decimosegunda Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1981.
- 10.- Mezguer, Edmundo. Derecho Penal, Parte General, Traducción de Conrado A. Finzi, Argentina, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985.
- 11.- Orellana Wiarco, Octavio. Manuel de Criminología.
- 12.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, Sexta Edición, Editorial del Gobierno del Estado de Veracruz, México 1980.
- 13.- Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, -- Parte General, Séptima Edición, Editorial Gráficas Carasa, Madrid 1979.
- 14.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Sexta Edición, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires 1973.
- 15.- Vela Tréviño, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad, -- Sexta Edición, Editorial Trillas, México 1983.