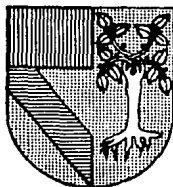


308909 48
2eje.
UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**LA PRETERINTENCIONALIDAD
EN TORNO AL DERECHO PENAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CARLOS IGNACIO REQUENA OCHOA

MEXICO, D.F. AÑO 1994

DIRECTOR: LIC. JUAN VELASQUEZ

**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

UBICACIÓN SISTEMÁTICA.	1.
JUSTIFICACIÓN.	5.

CAPÍTULO I.

NOCIONES EN TORNO A LA TEORÍA GENERAL DE LA CULPABILIDAD.	9.
<u>I.1. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.</u>	9.
<u>I.1.1. GARANTÍA DE LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL</u>	12.
<u>I.2. CONCEPTO DE DELITO.</u>	15.
<u>I.3. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.</u>	18.
<u>I.3.1. DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.</u>	30.
<u>I.4. TEORÍAS ACERCA DE LA CULPABILIDAD.</u>	37.
<u>I.4.1. TEORÍA PSICOLOGISTA O PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.</u>	37.
<u>I.4.2. TEORÍA NORMATIVA O NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.</u>	40.
<u>I.5. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.</u>	46.
<u>I.6. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.</u>	48.
<u>I.7. FORMAS o ESPECIES DE LA CULPABILIDAD.</u>	49.

<u>I.8.</u> ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD. (INCULPABILIDAD.)	60.
<u>I.8.1.</u> EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD.	61.

CAPÍTULO II.

<u>PRECEDENTES GENERALES EN TORNO AL TEMA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.</u>	71.
<u>II.1.</u> BREVE ANTECEDENTE DOCTRINAL E HISTÓRICO.	71.
<u>II.2.</u> DIVERSAS TEORÍAS ACERCA DE SU NATURALEZA.	93.
<u>II.2.1.</u> GENERALIDADES.	93.
<u>II.2.2.</u> COMO DELITO DOLOSO.	95.
<u>II.2.3.</u> COMO DELITO CALIFICADO POR EL RESULTADO.	99.
<u>II.2.4.</u> COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA.	102.
<u>II.2.5.</u> COMO CONCURSO IDEAL.	105.
<u>II.2.6.</u> TEORIA DEL CASO FORTUITO.	111.
<u>II.2.7.</u> LA PREVISIÓN COMO SU FUNDAMENTO.	115.

CAPÍTULO III.

<u>EVOLUCIÓN DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.</u>	123.
<u>III.1. CÓDIGO PENAL DE 1871.</u>	123.
<u>III.2. CÓDIGO PENAL DE 1929.</u>	124.
<u>III.3. CÓDIGO PENAL DE 1931. *</u>	125.
<u>III.4. CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1944.</u>	128.
<u>III.5. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1949 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.</u>	130.
<u>III.6. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1958 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.</u>	131.
<u>III.7. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL TIPO PARA LA REPÚBLICA MEXICANA DE 1963, ELABORADO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.</u>	132.
<u>III.8. CÓDIGOS PENALES DE ALGUNOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA.</u>	135.
<u>III.8.1. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA.</u>	135.
<u>III.8.2. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO.</u>	136.
<u>III.8.3. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO.</u>	137.
<u>III.8.4. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.</u>	138.

<u>III.8.5.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>MORELOS</i>	140.
<u>III.8.6.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>NUEVO LEÓN</i>	141.
<u>III.8.7.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>OAXACA</i>	143.
<u>III.8.8.</u> CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE <i>PUEBLA</i>	144.
<u>III.8.9.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>QUERÉTARO</i>	145.
<u>III.8.10.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>SONORA</i>	146.
<u>III.8.11.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>TAMAULIPAS</i>	147.
<u>III.8.12.</u> CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE <i>VERACRUZ-LLAVE</i>	148.
<u>III.8.13.</u> CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE <i>YUCATÁN</i>	149.

CAPÍTULO IV.

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL (DE 1931).	151.
---	------

<u>IV.1.</u> TEORÍA QUE ACEPTÓ EL <i>ORIGINAL</i> CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. (TEXTO ORIGINAL)	151.
<u>IV.1.1.</u> PRESUNCIÓN DE DOLO.	153.

<u>IV.2.</u> TEORÍA QUE ACEPTÓ LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, A PARTIR DEL <u>DECRETO DE REFORMAS DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1983.</u>	164.
<u>IV.2.1.</u> COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA.	170.
<u>IV.2.2.</u> COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD.	176.
<u>IV.2.3.</u> REGLAS PARA SU PUNIBILIDAD.	177.
<u>IV.3.</u> SEGÚN LA <i>JURISPRUDENCIA</i> DE LOS TRIBUNALES FEDERALES.	184.
<u>IV.3.1.</u> NOTICIA HISTÓRICA DE LA PUBLICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LA <i>JURISPRUDENCIA</i>. LAS "<i>ÉPOCAS</i>".	184.
<u>IV.3.2.</u> ANTES DE LA REFORMA PENAL DE 1983.	189.
<u>IV.3.3.</u> POSTERIOR A LA REFORMA PENAL DE 1983.	214.
<u>IV.4.</u> SEGÚN DECRETO DE REFORMAS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL <i>10 DE ENERO DE 1994</i>, PARA ENTRAR EN VIGOR A PARTIR DEL <i>1° DE FEBRERO DE 1994.</i>	225.

CAPÍTULO V.

EL DELITO PRETERINTENCIONAL.	233.
<u>V.1. NUESTRO CONCEPTO DE PRETERINTENCIONALIDAD.</u>	238.
<u>V.1.1. COMO FENÓMENO HUMANO.</u>	238.
<u>V.1.2. COMO DELITO AUTÓNOMO.</u>	240.
<u>V.1.3. COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD.</u>	242.
a) CONCEPTO DE CULPABILIDAD.	242.
b) FORMAS DE CULPABILIDAD.	245.
<u>V.1.4. ESTRUCTURA DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.</u>	249.
<u>V.2. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.</u>	261.
<u>V.2.1. DEFINICIÓN DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.</u>	262.
<u>V.2.2. REGLAS PARA SU PUNIBILIDAD.</u>	262.
<u>CAPÍTULO VI.</u>	
<u>CONCLUSIONES.</u>	269.
BIBLIOGRAFÍA.	279.

UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El presente estudio, lo desarrollaremos a través del análisis y consideraciones en torno al **Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal**, promulgado y publicado en México el día 14 de agosto de 1931 en el Diario Oficial de la Federación, corregido según Fe de erratas publicada en el mismo Diario el día 31 de agosto del mismo año. Código Penal que aún continúa vigente en nuestro país.

Hemos delimitado el ámbito temporal del presente análisis, para iniciarlo a partir del **DECRETO que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial el día 10 de enero de 1994; Decreto que entró en vigor el día 1º de febrero de 1994.**

Esta delimitación obedece a que, a partir de éste último Decreto, las nuevas generaciones de juristas, enfrentaremos un nuevo enfoque jurídico-penal en el ámbito de la culpabilidad, respecto de las *formas de comisión de los delitos*; enfoque que dista mucho del que originalmente se estableció en el Código Penal desde 1931, y más aún, respecto del enfoque que se adoptó con las -recientemente todavía en vigor- reformas a dicho Código en el año de 1983.

Apesar del caudal informativo del citado Decreto que reformó, adicionó y derogó diversos artículos del Código Penal, ya sea por contener éste una gran variedad de disposiciones, o por ser muchas de ellas de novedosa aplicación en México; decidimos hacer una estricta selección en el análisis del mismo. Aclarando que dicha selección no es caprichosa, sino por el contrario, reconecemos el principio de que *"las selecciones tienen únicamente valor cuando responden a exigencias de orden práctico o a necesidades sistemáticas..."*

Es por ello, que de manera voluntaria y teniendo en consideración un interés personal por el tema, así como su grado de relevancia práctica, seleccionamos el tema de la **PRETERINTENCIONALIDAD**; misma que fue derogada -injustificadamente en nuestra opinión- de la Legislación Punitiva.

En este sentido, a partir del 1º de febrero del presente año, nuestra legislación penal enuncia que, *"las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse DOLOSA o CULPOSAMENTE."*

Podemos apresurarnos y afirmar que, el Código Penal en cuestión, sufrió una importante *modificación sustancial* al haberse **DEROGADO** la **PRETERINTENCIONALIDAD** como forma autónoma de *culpabilidad*.

El tema de nuestro estudio, se ubica dentro de la llamada *Parte General* del derecho penal, la cual comprende tradicionalmente dos

tratados, uno relativo al *delito*, y otro a la *pena* y a las *medidas de seguridad*. (1)

Resulta de gran importancia considerar al Derecho Penal desde su perspectiva de Derecho Público, a través del cual, se pretenden proteger los derechos de la persona y de la sociedad; surgiendo así, la enorme responsabilidad de la Ciencia Jurídico-Penal y de todos quienes en ella participan, para el logro y desarrollo armónico de la vida en comunidad, coadyuvando así, a un real y verdadero **ORDEN SOCIAL JUSTO**.

Ya el Dr. RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO señala que: "*Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal... Su basamento sociológico, sus circunstancias ambientales, la propia índole de su naturaleza jurídica están en relación constante con el hombre, con su entorno vital y con sus acciones u omisiones. Entre los bienes jurídicos sometidos a la protección del derecho penal se encuentran los más preciados para el hombre, como la libertad, el honor, la integridad física, el patrimonio e, incluso, la propia vida. Por todo ello, el estudio y la*

(1) Modernamente y teniendo en cuenta la transformación realizada en el derecho penal, sobre todo a causa de la creciente importancia dada a la persona del delincuente, se ha propuesto sustituir aquella división bipartita por una nueva integrada por tres elementos: *el delito, el delincuente y la sanción penal*. Es claro, que no puede separarse al delincuente del delito. No es el delito una creación artificial, un puro concepto jurídico, sino, *una modalidad de la conducta humana*. CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal, parte general", Edit. Bosch., pág. 294.

comprensión de esta disciplina es de importancia fundamental en la formación de un jurista..." (2)

Se abordará el tema a la luz del texto legal, original y reformado, estructurando sus diversos conceptos y fundamentos doctrinales básicos, así como sus interpretaciones jurisprudenciales y, en su caso, invocando al derecho comparado. Además, señalaremos los comentarios, observaciones y críticas que se consideren necesarias para la exposición de nuestras conclusiones finales.

Tengo como objetivo presentar una investigación jurídica, ajena a discusiones innecesarias de tipo doctrinal e histórico. Investigación, que sirva de base para la consolidación de nuestra profesión, ya que consideramos que el verdadero jurista -y práctico del derecho-, requiere de *"gran sensibilidad"* ante las instituciones y fenómenos humanos que le rodean, así como de *una amplia percepción dinámica del Derecho*, específicamente del Derecho Penal, que tienda a una verdadera y permanente *impartición de justicia*. Derecho, ante el cual, día a día enfrentemos el reto de asegurar su estabilidad y correcta revitalización, permitiéndonos disminuir sus múltiples fallas y elevar así, su justa aplicación, solucionando los problemas concretos que se presentan en nuestra viva realidad social cotidiana.

(2) MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal, Parte General", Edit. Trillas, México 1986, pág. 11.

JUSTIFICACIÓN

El análisis del presente tema fue motivado, entre otras cuestiones, por haber despertado en nosotros un especial interés por conocer los efectos y consecuencias que afrontan las personas al verse involucradas en situaciones dentro del ámbito de regulación del Derecho Penal, cuando se les relaciona -de alguna manera- con la idea de la comisión de un delito; específicamente, de un delito preterintencional.

Asimismo, la necesidad de que, como ciudadanos, debemos estar conscientes de que al compartir la vida en comunidad, estamos todos y cada uno de nosotros permanentemente expuestos a sufrir -directa o indirectamente- las consecuencias del rompimiento del *orden jurídico establecido*, en virtud del surgimiento de conductas ilícitas de carácter penal; todo ello, en nuestro perjuicio, en perjuicio de los que nos rodean y, en última instancia, de la sociedad misma.

Es evidente que no todas las personas que viven en comunidad, tienen pleno conocimiento de la existencia *formal* de las disposiciones penales que rigen en nuestra sociedad, ni mucho menos de su *estricto contenido y alcance específicos*.

Por su parte, también es cierto que la ciencia jurídico-penal se desarrolla conforme a una basta diversidad de criterios en su interpretación y aplicación de los preceptos que la rigen -ya sea

por parte de las autoridades o de los mismos particulares-, que trae como consecuencia que, para quiénes por nuestra profesión participamos en cotidianos y concretos problemas de carácter penal, sea necesario poner todo nuestro mejor esfuerzo y capacidad para dárles una eficaz y justa solución, con un *alto sentido de responsabilidad profesional*.

El ilustre profesor EDMUND MEZGER nos narra que *habrá jóvenes juristas -y no de los peores- que experimentarán, frente a estas transformaciones de los tiempos, una sensación amarga de inestabilidad...* Y continúa diciendo..., esto nos hace recordar la frase de J.H.V. Kirchmann (1847), en el sentido de que *tres palabras de rectificación del legislador son suficientes para convertir bibliotecas enteras en tiras de papel*. Sin embargo, esta frase "ingeniosa" toca tan sólo la superficie. **Una ciencia auténtica no se convierte nunca en una "tira de papel", aunque cambien las leyes fundamentales.** *No solamente lo que se repite, sino también lo que acontece una sola vez, merece y debe ser investigado por la ciencia.*

También señala el maestro MEZGER que al derecho penal en el sentido moderno, no corresponde sólo el estudio de las *normas jurídico-penales* generales y especiales, sino también el estudio de los *hechos jurídicos-penales*, mediante el cual se quiere conocer el delito y cómo éste se *exterioriza realmente* en la convivencia

humana, tratando de percibir la legalidad de este suceso en particular. (3)

Tales reflexiones nos comprometen a que a través del presente estudio, procuremos justificar de manera leal y honesta nuestra posición, abordando el tema de la preterintencionalidad dentro de la teoría del delito, analizando sus *formas reales* de comisión dentro de lo social, es decir, **las formas de culpabilidad** estructuradas dentro de la *teoría general* del derecho penal.

Deseamos compartir el entusiasmo experimentado, al momento de leer un antiguo texto *del año de 1929* (4) el cual señala:

"El primer requisito de un Código Penal, es el de establecer reglas en forma clara, precisa y concisa, en artículos breves, cada uno relativo a un concepto particular, a un hecho concreto.

En una nación democrática un Código no debe prestarse a las quisquillas de interpretación de los abogados o a los sutiles comentarios del juez, sino debe ser inteligible por todos los ciudadanos, a la altura intelectual de las masas populares -que son los más-.

(3) MEZGER Edmund, "Derecho Penal", Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, pág. 21.

(4) CONSENTI Francesco, (Dr. de la Univ. de Turín y de la "Université Nouvelle de Bruselas", Conferencia Pronunciada en la Cámara de Representantes, el día 2 de mayo de 1929, Habana, Cuba.

Desde este punto de vista, el Código Suizo es un modelo de perfección, y con mucha oportunidad fue distribuido gratuitamente a todas las familias.

Ofrecer el Código al conocimiento directo de la nación, es el primer deber de un gobierno democrático.

Se necesita también, una rigurosa coordinación lógica no sólo intrínsecamente en el conjunto de las disposiciones penales, sino también, con las normas del Código Civil..."

Elo, nos obliga a reconocer que no resulta absurdo, por ningún motivo, el pretender *originalidad* en un campo tan amplio -como lo es el derecho penal-, donde tantos ilustres tratadistas y penalistas han desarrollado sus concepciones elevadas, y discusiones profesionales ardientes.

Muchas veces se pueden encontrar ideas y pensamientos sencillos y apropiados, también en estudios académicos o trabajos de disertación de aspirantes al título de Licenciado en Derecho, a los cuales, muchas de las veces no se les atribuye ninguna importancia.....

CAPÍTULO I.

NOCIONES EN TORNO A LA TEORIA GENERAL DE LA CULPABILIDAD.

I.1. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL.

Iniciamos nuestra exposición afirmando lo siguiente: "*Sólo la ley es fuente del derecho penal.*" En este punto -señala CUELLO CALÓN-, domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, principio que pese a su vestimenta latina, no tiene su origen en el derecho romano, sino en FEUERBACH. (1)

La palabra "*fuentes*" gramaticalmente designa el manantial o lugar donde brota el agua y, al decir de DU PASQUIER, crea una metáfora bastante feliz, "pues remontarse a las fuentes del río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra". No tiene, sin embargo, una connotación idéntica cuando se la usa para designar las fuentes del Derecho. (2)

Respecto de la clasificación de las fuentes del Derecho, cabe decir que no hay un criterio unánime entre los autores. Unos las

(1) CUELLO CALÓN Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Bosch. pág. 199.

(2) GARCÍA MAYNEZ Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Edit. Porrúa, pág. 51.

clasifican en *formales, reales e históricas*; otros, en fuentes de *producción* y fuentes de *cognición o conocimiento*, otros más en fuentes *directas o indirectas, o coadyuvantes*, y alguno distingue entre fuente *próxima o remota, mediata o inmediata, principal o supletoria*. (3)

En esta virtud, la **ley** constituye la *única fuente de conocimiento del Derecho Penal*, entendiéndola como fuente de cognición (que son las formas o modos por los cuales el Derecho se manifiesta). La anterior afirmación encuentra fundamento -en derecho mexicano-, en el **artículo 14 de la Constitución General de la República**, párrafos segundo y tercero, en donde se prescribe:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y *conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*...

...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

(3) PAVÓN VASCONCELOS Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Editl Porrúa, pág. 69.

Los párrafos transcritos consagran, como garantías individuales, los principios de *proceso legal* y de *previa ley penal* (*nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege poendi*), que a su vez, constituyen mandatos de legalidad dirigidos a las autoridades.

"La exigencia de que la punibilidad de un hecho -expresa RICARDO C. NUÑEZ-, sólo puede ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer. La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada. Esto se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia. (4)

(4) PAVÓN VASCONCELOS Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 75, citando a Ricardo C. NUÑEZ en su obra de *derecho penal argentino*.

I.I.I. GARANTÍA DE LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL.

La exigencia de una ley previa para calificar un hecho de delito y, en consecuencia, para fundamentar la pena, ha sido conocida con el nombre de *principio de legalidad*, de *reserva* o de *exclusividad* y se encuentra reconocido, como se ha visto, en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, en el mismo sentido, el Código Penal para el Distrito Federal en vigor, aplicable igualmente al Fuero Federal, ratifica dicho principio al establecer en su **artículo 7º**:

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

De esta manera se confirma con toda claridad que ***la ley es la única fuente del Derecho Penal.***

Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente. Así, en esta máxima se contiene una "doble garantía individual": no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, *garantía criminal (nullum crimen sine praevia lege poenali)*, y no ser castigado con penas -ni en clase ni en medida-, diversas de las establecidas previamente por la ley; *garantía penal (nulla poena sine praevia lege)*.

Por tanto un hecho será punible sólo cuando pueda incluirse en alguno de los *tipos de delito* (figura de delito) descritos en el Código o Ley penal, y nunca será castigado con *pena* de clase diversa de la establecida por la propia ley, ni aquélla podrá exceder de la medida, ni por abajo del *minimum* ni rebasando el *máximum*, fijado por ésta. Como en la actualidad las llamadas *medidas de seguridad* comienzan a tener en las leyes penales una importancia y extensión análogas a las de las penas ha de entenderse aplicable también a ellas el contenido de la "garantía penal" y, en consecuencia, nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad diversas de las establecidas en la ley, ni su duración excederá de la prefijada por ésta, a no ser en los casos en que la finalidad buscada exija su imposición por tiempo indefinido.

Tiene, por ende, este principio el carácter y el rango de una importante garantía política del ciudadano, y más aún, el de *garantía humana* que protege al individuo contra la arbitrariedad de los jueces, asegurándole que no será castigado sino por los hechos que la ley haya de antemano definido como delito y que, en caso de delincuencia, no podrá ser penado sino con las penas, y conforme a la medida, previamente establecidas en las leyes. (5)

Conforme a todo lo anterior, CUELLO CALÓN finaliza diciendo: "Más la regla *nullum crimen nulla poena sine lege* no debe ser entendida con inquebrantable rigidez, su aplicación estricta ha de

(5) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal parte general*, Edit. Bosh. pág. 200.

limitarse a impedir el castigo de hechos no previstos por ley anterior, a la imposición de penas no señaladas en la ley y al establecimiento de circunstancias agravantes; pero con excepción de estos casos, deberá aplicarse de un modo flexible, en armonía con las exigencias del momento, mediante una prudente interpretación analógica de la ley. *El principio de legalidad no puede ser obstáculo a la admisión de eximentes y atenuantes.*

CASTELLANOS TENA nos precisa que en torno a las ideas liberales de estricta legalidad, que constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido diversos principios; el clásico y más importante dice: *nullum crimen, nulla poena sine lege*; en decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley, de ahí se deriva que la pena sólo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquélla y éste únicamente encuentran su origen en la ley. Ya Santo Tomás de Aquino, después de afirmar cómo la justicia viva es mutable y no se encuentra en muchos hombres, declara que la ley debe señalar todos los casos que es preciso juzgar y dejar muy escaso lugar en este aspecto a la iniciativa de los jueces. (*Summa Theologica, cap 95.*) La Iglesia católica, en voz del Papa XII en el mensaje de navidad de 1942, afirmó la necesidad de mantener intacto el principio de legalidad. (6)

(6) CASTELLANOS TENA Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", pág. 81.

I.2. CONCEPTO DE DELITO.

La palabra *delito* proviene del latín *delicto* o *delictum*, supino del verbo *delinqui, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro CARRARA habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta. (7)

Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, es decir, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente es muy posible que *lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa*. Es, pues, inútil buscar una noción del delito en sí.

a) Una noción verdadera del delito la suministra la ley al destacar la *amenaza penal*. Lo que realmente caracteriza el delito es su *sanción penal*. Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá *delito*. De aquí que en su aspecto **formal** puede ser

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, y CARRARA, citados en la obra de MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, *Derecho Penal, Parte General*. pág. 131.

definido como *la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena*. Este criterio ha sido aceptado por algunos criminalistas que, aún discordando en puntos secundarios, consideran como carácter predominante del delito la prohibición del hecho que lo constituye mediante *la amenaza penal*. (8)

El propio Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, nos da una *definición formal del delito*, ya que en su artículo 7º refiere:

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

b) Pero esta noción del delito, especialmente formal, suficiente para satisfacer las necesidades de la práctica, no cala en su esencia, ni enseña cuáles sean sus *elementos integradores*. Mismos que son, los siguientes:

b.1) El delito es un **acto humano**, es una *acción*. (*acción u omisión*) Así que cualquier mal o daño, por graves que sean sus consecuencias individuales o colectivas, no podrá ser reputado como delito si no tiene su origen en una actividad humana; los hechos de los animales, los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano no pueden constituir delito.

(8) CUELLO CALÓN Eugenio, *"Derecho Penal", parte general*, Edit. Bosch., pág. 296-298.

b.2) Dicho acto humano ha de ser **antijurídico**, ha de estar en oposición con una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido. Pero no basta la mera contraposición a la norma jurídica, no toda acción antijurídica constituye delito, es preciso que corresponda a un **tipo legal** (figura de delito) definido -y descrito- por la ley, ha de ser un acto **típico**. Así, pues, el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una *antijuridicidad tipificada*.

b.3) El acto ha de ser **culpable**; imputable a dolo (intención) o a culpa (negligencia) y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona. Sin embargo, nosotros agregamos también, que un acto puede serle imputado a su autor, a *título de preterintención*.

b.4) La ejecución o la omisión del acto debe estar **sancionada con una pena**, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito. (punibilidad)

Por todo lo anterior, se puede concluir que, si concurren estos aspectos esenciales (*acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad*): hay **delito**. Si falta alguno de ellos, v.gr., si el hecho no es antijurídico por concurrir una causa de justificación (v.gr., legítima defensa), o si no es imputable (v.gr., cuando el agente es

un enajenado) no existe hecho punible. De la reunión de todos estos elementos resulta *la noción sustancial* -material- del delito: acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.* (9)

I.3. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Pasaremos a estudiar uno de los elementos del delito, denominado: *culpabilidad*. Pero antes de continuar, señalaremos que la consideración de dichos *elementos integrantes* del delito*, no significa, como reiteradamente afirman muchos penalistas, una negación de su unidad. Ya que -como lo señala CUELLO CALÓN-, *el delito es un todo que no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario* que presenta diversos aspectos o facetas. El estudio específico de cada uno de éstos -o de uno de ellos-, no es más que una exigencia de método que permite un más hondo conocimiento de la entidad *delito*.

El maestro español EUGENIO CUELLO CALÓN define que *el delito es un hecho culpable*. No basta que el hecho sea un hecho antijurídico y típico, también -señala-, debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material es preciso además que sea su autor moral, que lo haya *ejecutado culpablemente*.

(9) obra ya citada de CUELLO CALÓN Eugenio, pág. 298-299.

Es una opinión generalizada la que considera que el concepto de la **culpabilidad** es la parte más delicada y escabrosa de cuántas el Derecho Penal trata. Así, al llegar al tema de la culpabilidad, es cuando el intérprete -y el estudioso- ha de extremar la finura de sus armas, es decir, es necesario afinar, decantar, pulir y analizar con sumo tacto, para que quede -lo más ceñido posible- en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. En la *tipicidad* nos movemos en el terreno descriptivo; en la *antijuridicidad*, en el terreno de la valoración objetiva; y en la *culpabilidad*, necesariamente habremos de movernos en el terreno, -por demás resbaladizo- de la *individualización*. (10)

En el mismo sentido, ZAFFARONI nos manifiesta que al tratar el tema de la Culpabilidad, hemos llegado al concepto más debatido de la teoría del delito. Una vez estructurada ésta, hasta aquí está en toda la teoría presente el hombre, pero en la culpabilidad nos enfrentamos a él más que nunca. Por otra parte, es una suerte de coronación de la teoría, y todos los errores que hayamos cometido en los estratos inferiores repercutirán en éste. Cuando un edificio tiene sus cimientos mal contruídos, el problema más arduo es lograr que soporte los pisos que rematan la construcción. *La culpabilidad es, por estas razones, el más apasionante estrato de la teoría del delito.*

(10) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "La Ley y el Delito", Edit. Sudamericana, Pág. 352.

Posteriormente, ZAFFARONI da su concepto general sobre la culpabilidad: afirmando que es *la reprochabilidad del injusto al autor*. ¿Qué se le reprocha? -dice- El injusto. ¿Porqué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma. ¿Porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma? Porque le era exigible que se motivase en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse¹ motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho. (11)

La culpabilidad es de gran importancia en la teoría del delito, hasta tal grado, que se ha dicho que "el Derecho Penal es tanto más perfecto cuando mejor responda a la idea de *la culpabilidad*", pudiendo "aducirse que hoy el elemento culpabilidad ha pasado a ser la vértebra fundamental de *la teoría jurídica del delito*, y a la par la granja de terreno de más difícil construcción técnica y dogmática." (12)

(11) ZAFFARONI Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal", parte general, Edit. Cárdenas, 1991, pág. 543.

(12) LÓPEZ BETANCOURT, citando a DEL ROSAL Juan, "Principios de Derecho Penal español", II, vol. 1º, p. 326. *La culpabilidad*, dice BAUMAN, *ha sido y es aún hoy la manifestación más oscura y discutida no sólo en el Derecho Penal, sino también en otros ámbitos del derecho y de la vida*. "Derecho Penal", conceptos fundamentales y sistema, pp.205-206, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1973.

El maestro JIMÉNEZ DE ASÚA precisa que en el más *amplio sentido* puede definirse la culpabilidad como el *conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica*. (13)

El profesor EDMUND MEZGER, expone que el concepto de la *culpabilidad jurídico-penal* puede ser definido como *el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término "reprochabilidad", empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que "reproche". La imputación, considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad "*formal*", y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad "*material*". (14)

MEZGER continúa señalando en su obra que *el juicio de culpabilidad* acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada *situación de hecho de la culpabilidad*. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la *concepción normativa de la culpabilidad* hoy dominante, un *juicio valorativo* acerca de esta situación de hecho, y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad. Este criterio -dice- ha sido formulado con agudeza de la siguiente

(13) JIMÉNEZ DE ASÚA, "La Ley y el Delito", pág. 352.

(14) MEZGER Edmund, "Derecho Penal" parte general, Edit. Cárdenas, 1990, pág.189.

manera: "la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros", o sea, en las cabezas de aquellos que juzgan al autor.

También, expresa VON LISZT, que en sentido amplio, la culpabilidad es la *responsabilidad del autor por el injusto cometido*.

Por su parte, CUELLO CALÓN, expone que una *acción es culpable* cuando a causa de *la relación psicológica* existente entre ella y su autor, puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento *contrario a la ley*, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla.

De acuerdo con estas ideas -señala el jurista español- la culpabilidad puede definirse como *el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley*.

El reproche, contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión, *el juicio de culpabilidad* recae sobre el acto aislado. La peligrosidad y el carácter antisocial del agente, no son fundamento de la culpabilidad y por tanto causa de absolución o de condena, solamente pueden influir en la medida de la pena o en la adopción de medidas de seguridad.

Así como en la antijuridicidad la relación que es su base se da entre *la acción ejecutada y la norma penal*; en la culpabilidad la relación que es su fundamento existe entre *el agente y su acción*. Por consiguiente, mientras la antijuridicidad posee un carácter predominantemente objetivo, el de la culpabilidad es marcadamente subjetivo.

La noción de culpabilidad -continúa CUELLO CALÓN- está íntimamente ligada con la de antijuridicidad, "*sin una **conducta antijurídica** no hay culpabilidad*", aquélla es condición previa para la existencia de ésta. Por lo tanto, en cuanto a su rango como elemento del delito, queda en cierto modo subordinada a la antijuridicidad, y a pesar de su importancia, de ser la base ética de la noción del delito, y de ser condición previa indispensable para la imposición de pena (*nulla poena sine culpa*); no es posible colocarla en lugar preeminente respecto de la antijuridicidad. Esta primacía ya la expresaba BELING con estas palabras: "Que el momento de la culpabilidad debe ser colocado después del de la antijuridicidad es cosa que no necesita prueba alguna. *La culpa criminal sin obrar antijurídico es una quimera.*" (15)

Resulta pues claro, que el agente antes de ser *culpable*, ha de ser, *imputable*.

(15) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal, parte general", Tomo I, Vol. I, Edit. Bosch, pág. 424.

En su obra ya citada, el maestro CUELLO CALÓN, señala que la *imputabilidad* es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquélla no se concibe ésta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino *conciencia y voluntad en el grado necesario para que el agente pueda responder de los propios actos*. Así es como el maestro en comento define que, *la imputabilidad es la capacidad de conocer y querer* -en el ámbito del derecho penal. Es decir, *la capacidad de culpabilidad*. (16)

WELZEL estima que en *sentido estricto*, *la culpabilidad es reprochabilidad*, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. (17)

En el ámbito jurídico mexicano, el maestro CELESTINO PORTE PETIT define a la culpabilidad como *el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto*. A esta noción cabe atribuir -en opinión del Doctor MÁRQUEZ PIÑERO- el

(16) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal, parte general, Tomo I, Vol. I, Edit. Bosch, pág. 426.

(17) PAVÓN VASCONCELOS Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano" Parte General, Edit. Porrúa, S.A. ,Octava Edición, México, 1987, pág.361.

defecto de su aplicabilidad exclusiva a los delitos dolosos o intencionales, ya que no parece aplicable a los delitos culposos o no intencionales, en que, por su esencia misma, no es admisible que se haya querido el resultado. (18)

IGNACIO VILLALOBOS, el maestro mexicano, al preguntarse ¿cuál es el motivo para reprochar o por qué se reprocha un acto culpable? señala, que se ha repetido, muchas veces, que si la antijuridicidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es la oposición del sujeto al mismo orden. Aquélla, la antijuridicidad, es violación objetiva de la norma de valoración, en tanto que ésta, la culpabilidad, es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación. De ahí, el reputado tratadista pasa a definir la culpabilidad, genéricamente, como *el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo*. Este desprecio, -sigue diciendo VILLALOBOS-, se manifiesta de dos formas: o por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa. En resumen, -el jurista puntualiza-: hay que reconocer que la noción completa de culpabilidad se forma por dos elementos: *una actitud psicológica del sujeto*, conocida como situación de hecho de la culpabilidad; y *una valoración normativa de la misma*, que produce el reproche por

(18) PORTE PETIT, "Importancia de la dogmática jurídico-penal", 1957, pág. 49, citado por el Dr. Márquez Piñero en su obra de Derecho Penal, Parte General.

encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales. (19)

Por su parte, para el abogado GONZÁLEZ QUINTANILLA la culpabilidad es el juicio de reproche que se hace al actuar interno-subjetivo del individuo, referente a su decisión para hacer o dejar de hacer algo que acarreó como consecuencia la transgresión (lesión antijurídica) de bienes jurídicamente protegidos o que simplemente los puso en peligro.

REYES ECHANDÍA establece su posición sobre las bases de un sincretismo medido; creemos -dice-, en verdad, que *siendo la culpabilidad no solamente fenómeno predicable del hombre sino, más aún, algo atinente a su particular modo de actuar frente al ordenamiento jurídico-penal, resulta inútil pedantería desconocerle su raíz síquica; separar la acción, y concretamente la acción antijurídica, de quien la ha concebido y puesto en ejecución dentro del mundo de la naturaleza, es arbitrario e ilógico porque la una está indisolublemente ligada al otro, como que es su proyección natural.*

Pero también -continúa- es evidente que la culpabilidad es *sustancialmente una entidad jurídica*, no un problema de psicología. Creemos, con los normativistas, que la esencia de lo

(19) MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal, parte general, Editl Trillas, México. pág. 240.

culpable radica en el hecho de que el agente, estando obligado a actuar conforme a derecho y pudiendo hacerlo, se comportó ilícitamente; pensamos -sostiene REYES ECHANDÍA- que por eso su acción es reprochable, pero no aceptamos que la culpabilidad se transforme en juicio de reproche; en este punto trascendental nos separamos por igual de normativistas y finalistas; confundir el juicio de reproche con la conducta que se reprocha o con el hombre que la realiza, es tomar el efecto por su causa; no importa que tal juicio sea emitido por el juez y que sólo tenga valor declarativo; aún así, se está confundiendo el fenómeno con la declaración de su existencia. Con razón, dice FONTÁN BALESTRA, a este propósito, que mientras por culpabilidad se entiendan las relaciones anímicas del autor con el hecho, que llevan a que se le reproche, nada hay que objetar, "pero cuando a continuación se dice que la culpabilidad es ese reproche, se reemplaza el todo por una de las partes sin ningún razonamiento que lo explique y dando un salto en la exposición lógica" (20)

De las consideraciones precedentes -concluye-, nos llevan a pensar que por culpabilidad ha de entenderse la *actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente.*

(20) REYES ECHANDÍA Alfonso, "Culpabilidad", Edit. Temis, Bogotá- Colombia, 1991, pág. 24-25.

Y más adelante, -dicho autor precisa-: hálbase de actitud consciente de la voluntad no sólo para destacar que el fenómeno de que se viene hablando se incuba en el psiquismo de la persona, sino para precisar que es una verdadera disposición del ánimo en la que las esferas intelectual y volitiva de la personalidad se orientan hacia la realización de una conducta que resulta típica y antijurídica. (21)

El jurista mexicano SERGIO VELA TREVIÑO, señala que la definición de culpabilidad es, conforme al normativismo, la siguiente: *culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.*

Con el anterior concepto -comenta- creemos que queda claramente establecido que es el juez quien al conocer de un hecho individualizado, que es motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien, pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende no lo hace así, de donde resulta la consecuencia de reprochar a ese mismo sujeto, vinculado psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen.

(21) REYES ECHANDÍA Alfonso, "Culpabilidad", pág. 26.

Según este autor mexicano, la culpabilidad es el resultado de un juicio, porque el único capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formula un juicio de referencia, vinculando psicológicamente al hecho con su autor y, posteriormente, resuelve si la voluntad contenida en la conducta era o no reprochable, porque era o no exigible un comportamiento diferente, adecuado a la norma. No es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido en sentido afirmativo, que el juez formula un reproche a cierta y determinada conducta, porque a cierto y determinado sujeto le era exigible que adecuara su conducta a la norma y al no hacerlo así, se le considera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atribuible y que fue motivo del enjuiciamiento. En consecuencia, la culpabilidad no es un juicio, sino *el resultado de un juicio realizado por el juez*. Nadie, sino un juez, puede declarar la culpabilidad de alguien. (22)

Por su parte, JOHANNES WESSELS comenta: "*Fundamento del principio de culpabilidad y de responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el derecho y la injusticia. Solamente si existe esta libertad de decisión, tiene sentido reprochar al autor culpabilidad.*" Y continúa diciendo que, el derecho penal debe darse por satisfecho con el reconocimiento de que el *principio de responsabilidad* del hombre moralmente maduro y psíquicamente sano constituye una *realidad irrefutable de nuestra existencia social*. El objeto del reproche de culpabilidad es

(22) VELA TREVIÑO Sergio, "Culpabilidad e Inculpabilidad", Edit. Trillas, México, 1991, pág. 201 y 202.

la actitud errónea del autor frente a las exigencias de conducta del ordenamiento jurídico, manifestada en el hecho antijurídico.

En consecuencia -dice este autor-, "culpabilidad" significa "reprochabilidad del hecho con respecto al sentimiento jurídicamente reprobable revelado en él." Para el juicio de culpabilidad, el punto de referencia lo constituye la acción injusta. Culpabilidad penal es culpabilidad de un acto aislado, y no "culpabilidad de carácter", y tan sólo indirectamente "culpabilidad por conducta de vida". Solamente lo que el hombre hace con la voluntad puede serle reprochado, y no lo que hace por su naturaleza. Para WESSELS, en sentido penal, culpabilidad es culpabilidad jurídica, y no moral o ética. Para el reproche de culpabilidad sólo son decisivas las representaciones de valor del ordenamiento jurídico. (23)

1.3.1. DISTINCIÓN ENTRE CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.

Antes de continuar con el estudio y análisis de la culpabilidad como elemento del delito, es necesario precisar, -según así lo manifiesta SERGIO VELA TREVIÑO- por razones de método y sistema, el concepto de imputabilidad, que tiene relación directa con el tema. La razón de esta necesidad se desprende de la circunstancia de

(23) WESSELS Johannes, "Derecho Penal", parte general., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 107 y ss.

que la imputabilidad no ha recibido idéntico tratamiento por la doctrina, pues hay quienes la consideran como elemento del delito, o como elemento o ingrediente de la culpabilidad; para VELA TREVIÑO, la imputabilidad es el presupuesto lógico y necesario de la culpabilidad.

En forma previa al deslinde conceptual de la imputabilidad y en busca de la mayor claridad posible, el jurista en cita, se ocupa de separar definitivamente de la culpabilidad un término al que frecuente e indebidamente se le asocia: *la responsabilidad*.

A la responsabilidad se le han dado diversas connotaciones para referirla a conceptos diferentes; por ejemplo, se dice que hay responsabilidad, desde un punto de vista naturalístico, por la simple intervención en la consumación de cierto y determinado acontecimiento; se habla también de responsabilidad penal, como lo hace nuestro Código Penal (*Título Primero del Libro Primero*), involucrando las formas especiales de aparición del delito con sus consecuencias; finalmente, en un concepto más amplio, se ha hecho referencia a la responsabilidad jurídica que resulta de la violación de cualquier imperativo que la norma determine. Para VELA TREVIÑO, el concepto de responsabilidad se reduce a la consecuencia jurídica que resulta de la cabal integración del delito, de ello debe desprenderse una consecuencia. Cuando una conducta es calificada como típica, antijurídica, culpable y punible,

hemos llegado a la consecuencia que resulta de la existencia del delito, o sea, a la *responsabilidad*. (24)

Como es de verse, nada habrá que ligue la culpabilidad a la responsabilidad; la primera es parte de una unidad (delito) que, cuando aparece, provoca el nacimiento de la responsabilidad, a la que corresponden las consecuencias del delito, como son la privación de la libertad, la reparación del daño causado, etc. Por tanto, es esencial distinguir que *la responsabilidad es consecuencia jurídica del delito, más no de la culpabilidad*, o dicho en otra forma, la responsabilidad tiene como presupuesto al delito, mismo del que la culpabilidad forma parte. (25)

El jurista MARTÍNEZ RINCONES, considera que *la responsabilidad penal* debe ser entendida como la consecuencia última del hecho delictivo, en el sentido de ser la respuesta final impuesta por el Estado, con fundamento en la cual se considera al autor del delito como merecedor definitivo de la sanción prevista en el Tipo penal correspondiente.

(24) JIMÉNEZ DE ASÚA define la responsabilidad como "la consecuencia de la causalidad material del resultado, de la injusticia del acto (noción valorativo-objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión típicamente descrita en la ley". *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, pág. 88. En síntesis, la responsabilidad es la consecuencia del delito. Citado por VELA TREVIÑO.

(25) VELA TREVIÑO SERGIO, "Culpabilidad e Inculpabilidad" Teoría del delito, Edit. Trillas. 1991, pág. 4-5.

El maestro JIMÉNEZ DE ASÚA en su definición objetivo-descriptiva de derecho penal, menciona y considera la responsabilidad penal como una de las cuestiones fundamentales de este derecho regulador del poder sancionador y preventivo del Estado. La definición que este autor da del derecho penal es la siguiente: "*Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora*". (26)

Como se observa, la responsabilidad penal está presente en la misma substancia o base del derecho penal.

La definición de *responsabilidad penal* desde este punto de vista funcional o utilitario -nos señala MARTÍNEZ RINCONES- se encuentra referida al hecho concreto de la comisión del delito y a la asignación de éste a un sujeto capaz penalmente, al cual se le haya comprobado la autoría legítima del hecho, es decir, la autoría intencional o dolosa del delito.

La palabra "responsabilidad", desde el punto de vista gramatical tiene un significado que la vincula, conforme a la Real Academia de

(26) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1973, pág. 18.

la Lengua Española, con el universo del delito, toda vez que en el diccionario de esta lengua se la considera como "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de culpa o de otra causa legal". (27)

Sin embargo, en el ámbito jurídico se le da un sentido más amplio y resulta curioso que en la fuente más general se encuentre una significación más específica en relación con lo penal, mientras que en la fuente más especial se halla una significación más amplia y vinculante con el mundo del derecho en general. En este sentido se ve cómo COUTURE, desde el punto de vista jurídico, la define como aquella "situación jurídica derivada de una acción u omisión *ilícita*, que consiste en el deber de reparar el daño causado".

Desde el punto de vista etimológico, COUTURE, refiere su procedencia a la lengua latina arcaica, en la que su fuente primigenia es el término *spendo*, que significa, religiosamente, "hacer una libación". En el lenguaje jurídico latino posterior se encuentra el verbo *respondeo-ere*, que significaba "responder, contestar", de cuyo participio pretérito sustantivo provienen las palabras *responsable* y *responsabilidad*.

MARTÍNEZ RINCONES nos dice que, como puede observarse, en las acepciones indicadas se encuentra un sentido constante, el cual,

(27) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Edit. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1970, pág. 1140.

en último término, es el de dar satisfacción a algo, bien sea un delito, un hecho ilícito o una causa legal de otra naturaleza.

Ahora bien, -continúa- desde el punto de vista concretamente *penal*, la noción de responsabilidad aparece referida a la existencia real y concreta del *delito*. Esto significa que se debe precisar su definición desde el punto de vista de esta especialidad del derecho.

El jurista venezolano MENDOZA TROCONIS apunta que la responsabilidad penal está referida a las consecuencias del delito y la considera, simplemente, como "la sujeción a la sanción y a la coacción", es decir, la imposición final de la pena establecida por la norma punitiva concreta. (28)

MENDOZA TROCONIS, distingue la responsabilidad penal derivada del delito, de la responsabilidad civil que tiene su origen en el mismo *hecho punible*, señalando que aquella *-la penal-* significa que "...el sujeto debe sufrir la pena por el acto ejecutado, que se le ha imputado y del cual se le ha declarado culpable..."; mientras que la segunda *-la civil-* queda reservada a la obligación que tiene ese sujeto de indemnizar el daño causado por el delito.

(28) MENDOZA TROCONIS JOSÉ RAFAEL, "Curso de derecho penal veracruzano", Parte General, Tomo II, Caracas, Edit. El Cojo, 1971, pág. 195. Citado por MARTÍNEZ RINCONES.

Como se observa, la responsabilidad penal es y representa la noción jurídica de responder que corresponde dentro de lo penal, al sujeto capaz y declarado culpable con la sanción penal que imponga la ley por el delito cometido o como consecuencia de éste.

Con base en todo lo expuesto MARTÍNEZ RINCONES define a la *responsabilidad penal* como "la consecuencia jurídica derivada del hecho punible -delito- que obliga al sujeto capaz, declarado culpable, a cumplir la sanción penal que le imponga la autoridad competente del Estado por la comisión de un delito."

La responsabilidad vista así, implica que se haya cometido un hecho punible, que el sujeto activo del mismo sea imputable, y que la autoría sea legítima. La responsabilidad penal es, en consecuencia, el producto final de la conducta delictiva o del delito que representa, en última instancia, la relación jurídica de naturaleza penal que surge del proceso de inculpación derivada del hecho punible. (29)

El jurista español EUGENIO CUELLO CALÓN, manifiesta: "Es responsable el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, así la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad. Todos los

(29) MARTÍNEZ RINCONES JOSÉ, "El homicidio Preterintencional", Edit. Temis, S.A., Colombia, 1993, pág. 7 y ss.

que no sean locos, ni sordomudos, ni menores, son imputables, pero sólo son responsables cuando por haber ejecutado un hecho punible estén obligados a responder de él. mientras que el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, *la responsabilidad nace en el momento de su perpetración.*

I.4. TEORÍAS ACERCA DE LA CULPABILIDAD.

Pasaremos a exponer algunas de las doctrinas más sobresalientes que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la *culpabilidad*.

I.4.1. TEORÍA PSICOLOGISTA O PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, *ya supuesta*. La esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido *su actitud* respecto al resultado objetivamente delictuoso.

"Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez

de Asúa, *emocional*; y otro *intelectual*. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta" (30)

Esto es, los partidarios de esta teoría señalan que la culpabilidad tiene su fundamento en la determinada situación de hecho, predominantemente psicológica. En consecuencia se trata de la relación subjetiva entre el hecho y el autor. CARLOS FONTÁN BALESTRA entiende que la culpabilidad consiste en la relación psicológica del autor con su hecho; en definitiva, su posición psicológica frente al mismo. JIMÉNEZ DE ASÚA no acepta esta posición y argumenta que la *imputabilidad sí es psicológica*, pero la *culpabilidad es valorativa*, ya que su contenido constituye un reproche. No basta en ella, a pesar de lo que supone RADBRUCH, lo psicológico puro. (31)

SEBASTIÁN SOLER, maestro argentino, afirma que así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho, la culpabilidad deriva de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del hecho.

(30) PORTE PETIT, "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal", pág. 49. Citado por FERNANDO CASTELLANOS TENA.

(31) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito", Edit. Sudamericana, Buenos Aires, pág. 354-355.

Al destacar esta teoría la relación subjetiva entre el autor y el hecho, lógicamente se establece un psicologismo esencial a la culpabilidad. (32)

LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO, se expresa así: "Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso".

Por su parte, ROBERTO MUÑOZ RAMÓN sostiene, entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico. Ya hemos dicho cómo el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable; por otra parte, *claro está que en la teoría psicologista se trabaja dentro del campo normativo como es el del Derecho, único donde puede hablarse de delito.* (33)

(32) MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal, parte general", Edit. Trillas, pág.241.

(33) CASTELLANOS TENA Fernando, "Lincamientos del Derecho Penal", Edit. Porrúa, 1987, pág. 235.

1.4.2. TEORÍA NORMATIVA O NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.

Para la concepción normativa, la culpabilidad, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo es un punto de partida. Partiendo de un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la de la culpa; una vez determinados los motivos, debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría exigírsele una conducta conforme con el derecho. En definitiva, *la culpabilidad radica en el reproche, hecho al autor, sobre su conducta antijurídica.* (34)

De ahí que, para MEZGER, la culpabilidad significa *un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor.* Para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido de forma antijurídica y típica, sino que además es necesario que su acción pueda serle personalmente reprochada.

Y continúa señalando este autor que, es natural, desde el punto de vista jurídico, que el deber -que es determinante para el autor, con respecto al cual se medirá la situación de hecho-, no sea determinado de acuerdo con la voluntad personal (autónoma) del autor, sino con arreglo a las normas externas (heterónomas) de la

(34) MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal", parte general, Edit. Trillas, pág. 241.

comunidad jurídica. La paradoja de la frase de referencia desaparece si se expresa el sentido que la misma tiene, el cual es verdadero y siempre exacto, de la siguiente manera: *la "culpabilidad" es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), que la valoración decisiva jurídico-penal determina como contraria al deber y reprochable (juicio valorativo de la culpabilidad).*

El jurista JIMÉNEZ DE ASÚA, se pronuncia en favor de esta concepción normativa y se apresura a subrayar que el desarrollo de la concepción valorativa de la culpabilidad hace referencia a una valoración jurídico-penal y no meramente ética; y advierte que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad corresponde, no sólo el efecto, sino también el contenido (contenido de representación). Es preciso -añade- reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo (desvalioso).

El maestro en cita, señala que el concepto de culpabilidad está basado en la culpabilidad del acto concreto injusto; y finaliza diciendo que, el juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, sino a *lo injusto concreto*. (35)

(35) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "La Ley y el Delito", principios de derecho penal, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, pág.355.

HANS WELZEL y sus seguidores marcan, en alguna medida su impronta en la culpabilidad. Ésta es considerada esencialmente como "reprochabilidad". La integración de la culpabilidad, para ellos, se realiza con base en elementos fundamentalmente valorativos: *imputabilidad* (capacidad de cognoscencia y capacidad de motivación), *cognoscibilidad* (posibilidad de conocimiento de la ilicitud, del injusto), y *exigibilidad de la conducta*, consecuente a la norma.

Para la doctora OLGA ISLAS, en su "modelo lógico", la culpabilidad comporta la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y de una violación del deber jurídico penal, esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva; en esa conducta se reprocha a su autor. Y el reproche tiene su basamento en que el agente ha de conocer necesariamente tanto el deber jurídico como la violación del mismo. (36)

Por su parte, CASTELLANOS TENA menciona que para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye *un juicio de reproche*; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. *La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad*, o sea el juicio de reproche, en la

(36) MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal", parte general, Edit. Trillas, pág. 242.

exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el *deber ser jurídico*. "Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor, es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico... La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. (37)

REINHART MAURACH, jurista alemán contemporáneo, escribe: "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho, aún cuando podía decidirse en favor del Derecho".

(37) En la obra de CASTELLANOS TENA Fernando, citando al jurista Fernández Doblado.

El mismo autor, citando a FRANK, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. "Este juicio -normativo- está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social. Más adelante señala el propio MAURACH que en la *Dogmática* actual existe avenencia de pareceres en concebir la esencia de la culpabilidad como un juicio de desvalor que grava al autor.

CASTELLANOS TENA precisa que para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

No resulta ocioso -continúa- advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

Por otra parte, tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que en el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a Derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico. Con razón dice MAURACH: "El juicio de desvalor, extendido del acto

desvalorado al autor, se designará, en general, como *culpabilidad jurídico-penal*; abreviadamente como *culpabilidad*...La cuestión de si concurre la culpabilidad jurídico-penal no puede plantearse hasta que conste la antijuridicidad típica." Adviértase, pues, cómo tanto para los psicólogos como para los seguidores del normativismo (como el pensador alemán citado), en el delito requiere que el desvalor del acto se extienda al autor del mismo. En el psicologismo el desvalor para el autor deviene de la liga intelectual y volitiva que le une con el acto previamente calificado de antijurídico. (38)

Resulta claro pues, que la contraposición existente entre la concepción psicológica y normativa de la culpabilidad debe ser entendida, esencialmente, desde el punto de vista *histórico*.

LÓPEZ BETANCOURT refiere que en cuanto al desarrollo de la culpabilidad, es correcto señalar tres momentos históricos, que nacen en forma gradual, iniciándose con el criterio *psicológico de la culpabilidad*, continuando con un criterio llamado "*mixto*" o "*complejo*", o sea, *psicológico y normativo*, y terminando con un criterio meramente *normativo*, trasladando el dolo y la culpa al elemento material. (39)

(38) CASTELLANOS TENA Fernando, "Lineamientos Elementales del Derecho Penal", parte general, Edit. Porrúa, 1987, pág. 237.

(39) LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, "Imputabilidad y culpabilidad", Edit. Porrúa, pág. 32.

El concepto de culpabilidad -continúa-, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual la de *un psicologista*, de *un normativista* o de *un finalista*. Así el primero diría, que la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material reprochable, y el tercero, afirmaría, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y, a diferencia de la teoría normativa, el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad porque son contenido del tipo. La culpabilidad es por tanto, responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas que mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad, constituyéndolo como se afirma por un sector un "mixtum compositum", de cosas como afirma BAUMMAN que no pueden mezclarse.

1.5. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

En la actualidad, es generalizada la tendencia de los autores y sistemas jurídico-penales, en el sentido de admitir preponderantemente *la teoría normativa de la culpabilidad*; pero, en donde las opiniones difieren es en lo que respecta a los *elementos y formas* que la componen.

Para el profesor mexicano FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, el desarrollo actual de la teoría normativa ubica, *dentro del concepto de culpabilidad* y por tanto como sus *elementos*, los siguientes:

I. La *imputabilidad*.

II. Las *formas de culpabilidad*, dolo y culpa, consideradas por algunos, como SAUER, partes integrantes de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y

III. La *ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad*, pues de existir una de ellas, desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Por su parte, -señala PAVÓN VASCONCELOS- la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de *presupuesto* de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro *hecho psicológico*, por cuánto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor. (40)

(40) PAVÓN VASCONCELOS Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", parte general, Edit. Porrúa, México, 1987, pág. 368.

Para WESSELS, conforme a la opinión sustentada por la mayor parte de los autores, el concepto, que es *complejo*, de la culpabilidad en el derecho penal, se compone por los siguientes elementos: (41)

- * la *capacidad de culpabilidad*. -esto es, la imputabilidad-,
- * las *características especiales de la culpabilidad* previstas en casos determinados,
- * las *formas de culpabilidad* (culpabilidad por dolo o culpa),
- * la *conciencia de lo injusto* (posibilidad de comprender lo injusto, y
- * (negativamente) la *ausencia de causas de exculpación*.

I.6. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

El maestro JIMÉNEZ DE ASÚA dice que el contenido del juicio de culpabilidad se refiere:

- a) Al *acto de voluntad*, que es el elemento psicológico de la culpabilidad, (referencia psicológica de la acción a la total personalidad del autor),

(41) WESSELS Johannes, "Derecho Penal", parte general, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 113.

b) A sus *elementos*, que son: los motivos (parte motivadora) del autor, y

c) Las referencias de la acción o la total personalidad del autor. (Parte integrante caracterológica). El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa.

El jurista español en cita, advierte que en los actuales códigos penales, la parte integrante caracterológica no puede asumir un papel decisivo y que la culpabilidad de la conducta se refiere al *acto concreto*, y no sólo al carácter y a la peligrosidad. (42)

Para el maestro CUELLO CALÓN, *el reproche* contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión, *el juicio de culpabilidad* recae sobre el acto aislado.

I.7. FORMAS o ESPECIES DE LA CULPABILIDAD.

JIMÉNEZ DE ASÚA sostiene que las *especies* de la culpabilidad son dos: "el dolo y la culpa", que no constituyen, como ha pretendido MEZGER, características de aquella ni formas de

(42) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "*La Ley y el Delito*", principios de derecho penal, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, pág. 356.

presentación, sino auténticas especies en las que conceptualmente encarna el género abstracto de la culpabilidad. Y son las únicas especies. A fines de siglo, quiso LÖFFLER, seguido luego por MIRICKA, establecer una tripartición: "dolo", "previsión a sabiendas" y "mera culpa". Más tarde, GROSSMANN ha querido añadir otras de *naturaleza fronteriza*. Pero dolo y culpa son, en verdad, -asegura- las únicas que existen. (43)

Es común encontrar en las opiniones de la mayoría de los autores -respecto a este tema-, la expresión de que *tradicionalmente* se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y la culpa.

Sin embargo, a pesar de ello, han existido y existen, fuertes corrientes de doctrina, las cuales han estado encabezadas, entre otros, por MARCELLO FINZI y OTTORINO VANNINI, quienes han visto en el llamado *delito preterintencional una nueva forma de expresión de la culpabilidad*; no obstante que afirman es "una mixtura de dolo y culpa", o en el peor de los casos, lo ubican dentro de la familia de los delitos dolosos.

Aunque nos resulta correcto y de gran progreso -dentro de la teoría general del derecho penal- el que se reconozca (ya sea doctrinaria o legalmente) a *la preterintención como tercera forma autónoma de comisión delictiva*; también, reconocemos que dista mucho de

(43) JIMÉNEZ DE ASÚA, "La Ley y el Delito", principios de derecho penal, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, pág. 358.

nuestro criterio la manera de como la mayoría de los tratadistas ha pretendido estructurar y definir -en nuestra opinión *incorrectamente hasta ahora*-, al denominado delito preterintencional.

Para CUELLO CALÓN, la culpabilidad reviste dos formas: una más grave, el dolo (intención), y otra de menor gravedad, la culpa (negligencia); una y otra tienen por fundamento *la voluntad del agente*. Sin intención o sin negligencia, sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y por tanto hecho punible. Ésta es la opinión común.

Este autor cita en su obra que, algunos autores, entre ellos LÖFFLER y MIRICKA, proponen una tripartición de las formas de la culpabilidad, éstas serían el dolo caracterizado por la voluntad de producir un resultado dañoso, la simple previsión sin voluntad y la culpa, constituida por la falta de voluntad y de previsión del resultado dañoso. Otros por el contrario, creen que entre el dolo y la culpa no existe una real separación, sino tan sólo una gradación de continuidad.

Asimismo -continúa- como consecuencia de su doctrina finalista, WELZEL llegó a la afirmación revolucionaria de que el dolo y la culpa no son, como hasta ahora se ha afirmado, elementos o formas de la culpabilidad, sino que en cuanto ambos son momentos constitutivos de la acción y del injusto personal pertenecen a *la acción y al tipo* y salen, por consiguiente, de la culpabilidad.

Sin embargo, el maestro CUELLO CALÓN más adelante reconoce -citando al jurista español DIAZ PALOS-, que entre el dolo y la culpa no existe una separación tajante, de una a otra forma de culpabilidad se pasa por grados intermedios, del dolo directo al eventual, de éste a la culpa consciente, de ésta, a la culpa inconsciente. (44)

El maestro español en comento, define al **dolo** como *la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.*

En el dolo además del elemento volitivo que se concreta en la *voluntad* de ejecutar el hecho, concurre un elemento intelectual, anterior a aquél, constituido por la *representación o conocimiento* del hecho. Así pues, son dos los elementos constitutivos del dolo:

- A) la representación o conocimiento del hecho;
- B) su volición. Es menester la concurrencia de ambos, si falta uno de ellos no es posible hablar de dolo.

Se distingue entre dolo *directo* e *indirecto (eventual)*. Hay **dolo directo** cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados

(44) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal", parte general, Edit. Bosch, pág. 439-440.

ligados a ella de modo necesario, aquí *el resultado corresponde a la intención del agente.*

El **dolo indirecto o eventual** surge cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso y no obstante tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, *aceptando sus consecuencias.*

En esta clase de dolo se presentan dos elementos:

a) previsión de un resultado dañoso que no se quiere directamente (no se quiere el resultado, *pero no se deja de quererlo*);

b) aceptación de este resultado.

Algunos autores han considerado al llamado "Dolo de consecuencias necesarias". JIMÉNEZ DE ASÚA señala -a este respecto-, que podemos no desear un resultado, pero si lo que queremos se liga con un correspondiente efecto, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar éste tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosas, que entran así en nuestra intención. Por eso, el *dolo de consecuencias necesarias* no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria, sino irremediable.

MEZGER nos dice por su parte, que el resultado pensado por el sujeto como consecuencia necesaria de la acción es dolosamente

querido; que al resultado intencional, se añade, en primer término, un ulterior elemento *de representación*: la representación de que con el resultado intencionalmente perseguido están ligados, y en verdad, *necesariamente* ligados, otros resultados ulteriores, siendo suficiente por sí sola, esta situación de hecho para designar como querido a este resultado necesario de la acción; que la representación de la conexión necesaria, trasladada también necesariamente la voluntad de la acción al resultado concebido como necesario, siendo indiferente el que este último sea deseado o no por el sujeto, pues el efecto intencionalmente perseguido era para el autor, en tales casos, aún más deseado que la evitación de la consecuencia necesariamente ligada con él, y, por ello, se le imputa al agente como querida, esta consecuencia necesaria.

Agregando este autor, que resulta querido *también* lo que ha sido representado como necesario, *aún en el caso de que el autor, no lo haya deseado.*

PORTE PETIT, tomando en consideración las clases de *dolo* estudiadas por la doctrina en general, formula la siguiente clasificación:

- a) En cuanto a su *nacimiento*:
 - a.1) *Dolo inicial o precedente.*
 - a.2) *Dolo subsiguiente.*

b) En cuanto a su extensión:

- b.1) Dolo determinado.
- b.2) Dolo indeterminado.

c) En cuanto a las modalidades de la dirección:

- c.1) Dolo directo.
- c.2) Dolo eventual.
- c.3) Dolo de consecuencias necesarias.

d) En cuanto a su intensidad.

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

e) En cuanto a su duración:

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

f) En cuanto a su contenido:

- f.1) Dolo de daño.
- f.2) Dolo de peligro.
- f.3) Dolo de daño con resultado de peligro.
- f.4) Dolo de peligro con resultado de daño.

g) En razón de su categoría:

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

h) En razón de su realización.

h.1) Dolo posible.

h.2) Dolo real. (45)

No pasaremos a explicar cada una de éstas clases de dolo, ya que sólo las mencionamos de manera enunciativa, para ilustrar y ejemplificar el intento de algunos autores por agotar de forma exhaustiva -y exagerada- las posibles clasificaciones en torno al dolo como forma de culpabilidad.

Por su parte, existe **culpa** cuando *obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.*

Conforme a esta noción, para la existencia de *culpa* es preciso:

A) Una acción u omisión, consciente y voluntaria *pero no intencional*. Si falta la *voluntariedad* por estar el agente dominado por una fuerza que le obliga a hacer u omitir, no existe culpa por falta de acción, supuesto previo de toda imputación penal;

B) Que el agente ejecute el acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales. Todo hombre tiene el

(45) PAVÓN VASCONCELOS Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", parte general, Edit. Porrúa, México, 1987, pág. 395.

deber de obrar con la adecuada diligencia para que de su conducta no se originen consecuencias dañosas y no sólo le incumbe tal deber, sino que, tratándose de hombres normales, tiene conciencia de él;

C) El resultado dañoso debe ser previsible para el agente. Para apreciar la previsibilidad de dicho resultado han de tomarse en cuenta tanto el hecho como el agente. Debe apreciarse:

c.1) si el hecho era previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana, conforme al modo normal y ordinario del suceder de las cosas.

c.2) debe también tomarse en cuenta la personalidad del agente, su capacidad espiritual, su cultura, su capacidad sensorial. Sólo puede imputarse el resultado dañoso al que mediante su capacidad espiritual o sensorial podía preverlo. El deber evitar presupone el poder evitar.

c.3) La previsibilidad debe extenderse también a la representación de los elementos que integran el delito en que se concreta el posible resultado dañoso, como a la representación de la relación de causalidad existente entre dicho resultado y la conducta del agente.

D) El resultado dañoso debe constituir un hecho que objetivamente integre una figura legal de infracción, un hecho penado por la ley.

E) Entre el acto inicial y el resultado dañoso debe existir relación de causa a efecto. Esta relación ha de ser directa e inmediata, de modo que entre el hecho y el resultado no exista solución de continuidad.

La culpa suele dividirse en *consciente* e *inconsciente*.

La **culpa consciente** existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán. La **culpa inconsciente** se presenta cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta.

La doctrina tradicional ha señalado -según expone don FERNANDO CASTELLANOS-, que la "culpa consciente, *con previsión o con representación*, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, y se tiene la esperanza de su no producción.

La "culpa es inconsciente, *sin previsión o sin representación*, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para SOLER se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. (46)

En definitiva, *el dolo indirecto (eventual)* marca la frontera entre el dolo y la culpa. Más allá del dolo eventual está la "intención directa", al otro lado la "culpa consciente".

En el dolo eventual el agente *acepta* -previamente- el resultado ilícito cuya producción aparece como posible, en la culpa consciente obra con la *esperanza*, o mejor aún, confía en que el resultado no llegará a producirse.

Estas formas de culpabilidad se distinguen de la *preterintencionalidad*, -entre otros aspectos-, en que en ésta el agente no quiere el resultado producido más grave, ni previamente lo acepta, *porque nunca tuvo oportunidad normal de preverlo*.

(46) CASTELLANOS TENA Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Edit. Porrúa, México, pág. 247.

I.8. ASPECTO NEGATIVO DE LA CULPABILIDAD. INCULPABILIDAD.

El maestro CUELLO CALÓN en el capítulo de su obra denominado *causas de exclusión de la culpabilidad*, nos refiere que las causas o circunstancias que excluyen la culpabilidad son especiales situaciones o estados que concurren en la ejecución del hecho realizado por *un sujeto imputable eliminando su culpabilidad*. (47)

El agente es imputable pero, a causa del concurso de tales circunstancias, extrañas a su capacidad de conocer y de querer, *no es culpable*.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón JIMÉNEZ DE ASÚA, es tautológica. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la *absolución del sujeto en el juicio de reproche*.

La diferencia entre las *causas de inculpabilidad* y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. En cambio, el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, *en el juicio de culpabilidad se le absuelve*. (48)

(47) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal", parte general, Edit. Bosch, pág. 554.

(48) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el Delito*, pág.389.

CASTELLANOS TENA afirma que lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: *conocimiento y voluntad*. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. (49)

1.8.1. EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD.

Para el maestro CUELLO CALÓN las causas de exclusión de la culpabilidad son: la *legítima defensa* putativa, el exceso en la defensa cuando es motivado por el terror o angustia que la agresión origina, el *estado de necesidad* en caso de conflicto de bienes de igual valor, la *obediencia* cuando el agente desconoce la

(49) CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, pág. 257.

ilicitud de la orden dada, *la violencia física, la violencia moral y el caso fortuito.*

Defensa legítima: La legítima defensa, -en opinión de CUELLO CALÓN- *es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.*

La doctrina científica y las legislaciones -continúa-, exigen como condición de legitimidad de la defensa, la concurrencia de determinados requisitos:

a) Un *ataque o agresión* contra intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona.

b) El ataque o agresión debe ser *actual o inminente*, pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando el peligro ha cesado es *superflua*. Pero no es preciso que la agresión se produzca, si está próxima a realizarse, cabe el derecho de defensa. Sin embargo, las meras amenazas no pueden dar lugar al ejercicio de este derecho.

c) El ataque o la agresión deben ser *ilegítimos*, contrarios a derecho, el que ataca o acomete no ha de tener ningún fundamento jurídico para ello.

d) La defensa ha de ser *necesaria*, lo que equivale a decir que no haya otro medio de evitar el mal que amenaza, si éste fuese evitable por otros medios no violentos la defensa realizada perdería su carácter de legitimidad. A pesar de esto, se ha dicho que la apreciación de su necesidad es subjetiva, ha de apreciarla -en principio- el que se defiende.

e) La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido.

Exceso de defensa: Cuando no concurren algunos de los elementos que integran la legítima defensa, excepto la "agresión ilegítima", que nunca puede faltar por ser el alma de la eximente, puede existir el denominado *exceso de defensa*. Generalmente surge cuando para rechazar una agresión se emplea un medio desproporcionado al ataque, o cuando se prolonga la reacción defensiva del agredido después de terminada la agresión. El exceso punible se atribuye ora a culpa, pues se ha hecho lo que otro más prudente o más tranquilo no habría hecho; ora a dolo, considerando el delito ejecutado como intencional, pero excusable por la conducta del atacante. La solución más justa sería reservar la apreciación del exceso al juez, que en vista de las condiciones personales del agente y de las circunstancias del hecho determinaría si hay responsabilidad y en qué grado.

Si el exceso es motivado por el *terror o la angustia originados por la agresión ilegítima* podría constituir una causa de exclusión de la culpabilidad y por consiguiente exime de pena.

El jurista español en cita, nos señala que las legislaciones siguen diversos sistemas, la mayor parte nada dicen del exceso, otras se ocupan de él declarándole causa de impunidad por el terror producido por el ataque, otras lo consideran como una simple atenuante; ciertos códigos dan facultad al juez para atenuar o eximir de pena, criterio que parece -en opinión de CUELLO CALÓN-, el más racional.

El estado de necesidad: es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.

Los autores discrepan acerca de su naturaleza jurídica. Mientras unos lo consideran como una causa de exclusión de la antijuridicidad, como una causa justificante, y por tanto, conceptúan los actos ejecutados en tal situación como lícitos y jurídicos, un gran número niega la licitud del acto necesario y ven en el estado de necesidad no una causa de justificación, sino una causa de exclusión de pena o una causa de exclusión de la culpabilidad.

La obediencia legítima: La orden del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mandato sea

legítimo y el subordinado obre conforme a los deberes que la ley le impone. Cuando concurren ambos requisitos, el daño causado queda legitimado por la lícita conducta de su ejecutor. En tal caso, *hay causa de justificación*. Pero si la orden del superior jerárquico, ejecutada por el subordinado, fuera ilícita y el hecho realizado por éste tuviere carácter delictivo no es posible la justificación de su conducta, ésta será ilícita, ilegítima. Sin embargo, si desconociendo la ilicitud de la orden dada, el subordinado la ejecutare creyendo de buena fe en su licitud, no incurrirá en responsabilidad criminal pues se halla en una situación de error que excluye el dolo y la criminalidad de su conducta. El subordinado, en este caso, no es culpable pero su acto es antijurídico y cabe la legítima defensa contra él. Aquí nos encontramos no ante una causa de justificación sino de exclusión de la culpabilidad. Si el error fuera imputable a culpa podrá responder de un delito culposo. Para apreciar la buena fe del ejecutor deberá atenderse a su grado de subordinación, a su cultura, contenido de la orden, situación en que fue dada, etc. (50)

Continuando la exposición del maestro español, quien señala: *el que obra violentado por una fuerza física a la que no puede resistir (vis absoluta) no es culpable y no comete delito*. En realidad en estos casos en los que la voluntad del que corporalmente actúa no participa en su actividad no hay "acción", falta ese elemento integrante del delito y el hecho carece, por tanto, de significación

(50) CUELLO CALÓN, "Derecho Penal, parte general", Tomo I, vol. I, pág. 399.

penal. Esta causa excluyente de la culpabilidad rara vez -comentase presentará en los delitos de acción.

La *violencia moral*, también denominada *coacción*, representa la coerción que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones *vis compulsiva*). El individuo que en esta situación ejecuta un hecho delictivo no se considera culpable porque su voluntad no pudo determinarse libremente.

Finalmente, CUELLO CALÓN apunta que más allá de la culpa, en la frontera de la culpabilidad está *el caso fortuito*. Su esencia está en la ausencia de culpabilidad, ausencia de dolo y de culpa. El agente no ha querido el acaecimiento dañoso ni lo ha causado por imprudencia o negligencia.

La doctrina tradicional (CARRARA, PESSINA) señaló como su elemento básico la imprevisibilidad del daño. Más no es preciso que el hecho sea imprevisible; basta que la conducta del agente sea irreprochable, *su irreprochabilidad es el elemento de mayor destaque en el caso fortuito*. En este sentido dice certeramente ANTOLISEI, que existe "*cuando al autor del hecho no puede hacerse ningún reproche, ni aún de simple ligereza*".

En el *caso fortuito* la conducta nada tiene de culpable; se trata -según CASTELLANOS TENA-, de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado. El

Estado no puede exigir la *previsión* de lo *humanamente imprevisible*. Por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad.

El profesor FRANCO GUZMÁN, al comentar la fracción X del artículo 15 del Código Penal, afirma -acertadamente-, (51) que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es *lícito*, no puede ser antijurídico; si no es antijurídico, no está en condiciones de ser culpable.

Como causa de exclusión de la culpabilidad no prevista por la ley (supralegal) se ha reconocido por algunos autores, particularmente en Alemania, la llamada *no exigibilidad*. Conforme a esta doctrina un hecho no puede considerarse culpable cuando al agente dadas las circunstancias de su situación no pueda serle exigida una conducta distinta de la observada.

Sin afán de agotar, de manera exhaustiva el presente capítulo, pasaremos a hacer referencia a lo apuntado por JIMÉNEZ DE ASÚA, en el sentido de que propiamente existen dos grandes **causas de inculpabilidad**: *genérica* una y *general* otra, con alcances supra-legales; estas son:

(51) CASTELLANOS TENA Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. pág. 255.

a) El Error, con sus especies y variedades.

a.1) De hecho y de derecho.

a.2) Eximentes putativas.

a.3) Obediencia jerárquica.

b) La No exigibilidad de otra conducta.

A este respecto, -comenta CASTELLANOS TENA-, para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades: el *error* y la *no exigibilidad de otra conducta*. Por nuestra parte -dice- creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad queda aunado en presencia de ella, pues el Código mexicano se afilia a la teoría psicologista. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el *error esencial de hecho* (abarca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores.

Este jurista mexicano, hace una clasificación de lo que considera como causas de inculpabilidad:

- 1) El error y la ignorancia.
- 2) El error accidental.
- 3) La obediencia jerárquica.
- 4) Las eximentes putativas.
- 5) Legítima defensa putativa.
- 6) Legítima defensa putativa recíproca.
- 7) Legítima defensa real contra la putativa.
- 8) Estado necesario putativo.
- 9) Deber y Derecho legales putativos.
- 10) La no exigibilidad de otra conducta.
- 11) El temor fundado.
- 12) Encubrimiento de parientes y allegados.
- 13) Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

Pueden admitirse eximentes supra-legales (excepto excluyentes de antijuridicidad); en consecuencia, existen sin duda causas de inculpabilidad aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la Ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del Ordenamiento positivo.

Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal,

hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo. (52)

(52) CASTELLANOS TENA Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 266.

CAPÍTULO II.

PRECEDENTES GENERALES EN TORNO AL TEMA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.

I.I. BREVE ANTECEDENTE DOCTRINAL E HISTÓRICO.

Respecto a este tema, la locución más común, usada por Santo Tomás de Aquino, es "*praeter intentionem*", de la que provienen las expresiones de "delito preterintencional" y "preterintencionalidad". (1)

FINZI, en su obra "El delito preterintencional", dentro del capítulo denominado: "*El evento no querido directamente no se imputa en ningún caso*", señala que en el derecho romano clásico, se consideraba y se castigaba en el hecho preterintencional, únicamente lo que había en la intención.

ESPAÑA.

El Código Español de 1848.

Aquí se presenta la preterintencionalidad como *circunstancia atenuante*, es decir, como una mezcla de dolo y culpa, y no como una tercera forma de culpabilidad.

(1) THOMAE AQUINATIS, Summa Theologica -Secunda Secundae partis- questio LXIV, art. VIII, citado por MARCELLO FINZI, "El Delito Preterintencional", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981.

El texto original de este Código señalaba: Artículo 9:
 Son *circunstancias atenuantes...* (párrafo tercero)...
 "La de no haber tenido la intención el delincuente de
 causar todo el mal que produjo".

Se ha dicho que la regla contenida en este Artículo, como circunstancia atenuante, fue muy avanzada en relación a su época, ya que en esos tiempos imperaba -y en algunos países aún impera- los delitos calificados por el resultado.

Código Español de 1870.

Señala el maestro EUGENIO CUELLO CALÓN, que el derecho español no define especialmente el delito preterintencional -tarea que relegan a la jurisprudencia-, ni en la parte especial del Código existen delitos de esta clase, pero, en el caso de producirse un resultado más grave que el propuesto por el agente, *no cabe duda de que el hecho es imputable a su autor* pues el Código penal declara que "el que cometiere voluntariamente un delito o falta *incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar* (art. 1º, párrafo tercero)." Y continúa exponiendo el citado maestro que, así, el que queriendo tan sólo causar lesiones causa la muerte, ***responderá del resultado de su acción***. Pero surge una duda sobre el precepto penal aplicable en este caso, pues en el Código -de España- existen dos disposiciones que parecen de posible aplicación:

1) Uno de ellos es la **circunstancia atenuante 4.^a** del artículo 9º *de no haber tenido el agente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, ...*

Según el maestro CUELLO CALÓN, este precepto se refiere al caso en que el resultado es más grave que el propuesto por el culpable, pero sin que dicho resultado constituya un delito distinto del propuesto (v.gr., se quiere golpear levemente y se causan lesiones graves).

2) Otra disposición, la regla contenida en el artículo 50, para los casos *en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable*, que establece la imposición de la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.

En este último caso, -comenta- el resultado constituye un **delito distinto** del que el agente se proponía ejecutar. Y cita el ejemplo de que se quiere matar a un extraño, hecho que constituye homicidio o asesinato, y se mata al propio padre, hecho constitutivo de parricidio. En este sentido, tiene gran relevancia el que la Jurisprudencia española, referente a éste artículo 50, exige reiteradamente que conste de *modo terminante* la especie de delito que el reo *trataba* de ejecutar, y no lo considera aplicable cuando los actos realizados -por el agente- para alcanzar el resultado

querido "no sean idóneos al efecto", sino aptos para la producción de otro -resultado- diferente.

Para el autor SILVELA, según su interpretación adoptada respecto a este tema, consiste en que se aplicará el artículo 50 cuando los dos hechos, el intentado y el ejecutado, sean *dos delitos diversos*. Y la atenuante 4.^a del artículo 9º cuando no haya más que *uno*, que sea el realizado, pero respecto del que el daño producido sea mayor que el que el agente se propuso llevar a cabo.

La moderna jurisprudencia española, partiendo de la base de que *la preterintencionalidad entraña siempre un fenómeno de progresión delictiva, entre el mal propuesto y el resultado obtenido*, que tienen que mantener cierta similitud (integridad corporal y vida, por ejemplo), distingue entre la *preterintencionalidad homogénea* y la *heterogénea*.

La *preterintencionalidad homogénea*, requiere que tanto el delito propuesto como el ejecutado encarnen *un mismo tipo delictivo* (identidad del *nomen iuris*) susceptible de graduación según la mayor o menor gravedad del resultado, como, por ejemplo ocurre con las lesiones, en cuyo caso será aplicable en la circunstancia 4.^a del artículo 9º.

La *preterintencionalidad heterogénea*, precisa que el delito, más grave cometido, y el que se quería ejecutar sean *distintos, aunque manteniendo la correlación anteriormente indicada*, en cuyo caso

se aplicará el art. 50, en relación con el párrafo tercero del art. 1º. Pues el Código Penal español declara en éste artículo que, el que cometiere voluntariamente un delito o falta *incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar.* (2)

Asimismo, manifiesta el maestro CUELLO CALÓN, que el propio Tribunal Supremo -español- en reciente *Jurisprudencia*, ha considerado el delito preterintencional como doloso, ya que el error de resultado no detiene la responsabilidad por ser consecuencia de ese quehacer malicioso y no sobrevenido fortuitamente o por culpa; no coincidiendo el evento alcanzado, de mayor gravedad, con el -evento- previsto y querido, *por defecto o imperfección en el juego normal de la causalidad.*

En nuestra opinión, la Jurisprudencia española en este sentido -referente a la causalidad-, parece tener profunda y correcta sensibilidad ante la conducta preterintencional. Sin embargo, todavía no logra desentrañar satisfactoriamente, ni mucho menos justificar íntegramente, las características esenciales del delito preterintencional.

(2) CUELLO CALÓN Eugenio "Derecho Penal" Vol. I, . Edit. Bosch, decimoctava edición.pág. 487.

Proyecto de Código Penal de 1979. (de España)

Por su parte, el propio jurista CUELLO CALÓN respecto de la legislación española, afirma lo siguiente: queda tajantemente resuelta la cuestión suprimiendo la atenuante de preterintencionalidad y regulando de idéntica forma ambas clases de preterintencionalidad, la homogénea y la heterogénea, con relación a los delitos "contra la vida y la integridad personal" (Tít. I del Libro II), en el art. 173, que dispone: *"El que con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte o una lesión más grave que la querida por el culpable, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente"*.

ARGENTINA.

En el Código Penal Argentino de 1922, en el artículo 81 inciso 1º, letra b, se define el Homicidio Preterintencional de la siguiente manera: *"Se impondrá reclusión de 3 a 6 años o prisión de 1 a 3 años al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte"*.

Es importante llamar la atención respecto a esta definición, ya que, en nuestra consideración, la legislación argentina define oportunamente lo referente al *medio empleado*; sin embargo, está muy distante de alcanzar la correcta precisión en torno a la naturaleza misma del delito preterintencional.

No obstante lo anterior, parece que la opinión imperante en Argentina, es la tan difundida en derecho comparado, en el sentido de explicar la preterintencionalidad como una *forma mixta de culpabilidad*, en donde generalmente se ofrece como ejemplo del delito de homicidio preterintencional, aquel en que existe dolo de lesiones y culpa respecto del homicidio causado, hipótesis para la cual se sugiere la adopción de una pena intermedia. Solución que al parecer adopta este Código argentino.

BRASIL.

En este país sudamericano, prevalece cierta confusión en torno al tema que estamos analizando, por lo que es difícil emitir una conclusión más o menos determinante; ya que no conciben a la preterintencionalidad, ni doctrinalmente, ni en forma legal.

CHILE.

En el Código Penal chileno no se configura el homicidio preterintencional, por lo que los jueces y magistrados -que reconocen esta forma de culpabilidad- han tenido que ocurrir a variados recursos que se les presentan a su alcance para evitar injusticias.

COLOMBIA.

El Código Penal vigente en Colombia desde el 24 de enero de 1981, tipifica especialmente al homicidio preterintencional y además, de acuerdo con su artículo 38, *la preterintención es una fuente autónoma de culpabilidad*. Dicho artículo expresa que la conducta es preterintencional... "cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente".

Por su parte, en su artículo 325, al tipificar al homicidio preterintencional establece que, "el que *preterintencionalmente* matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores, disminuída de una tercera parte a la mitad." Conforme a esta norma tipificante, la preterintención funciona como *atenuadora* de la sanción de los delitos de homicidio doloso en su acepción de simple y de agravado.

Con base en lo anterior, señala el profesor MARTÍNEZ RINCONES que siendo *el homicidio preterintencional un delito autónomo*, este puede ser definido, de acuerdo con el tipo colombiano, como "la muerte previsible, más no intencional, dada a un hombre por otro hombre, proveniente de una acción dolosa dirigida a la provocación de otros daños".

Es importante comentar lo que establece por su parte el abogado LUIS CARLOS PÉREZ, (3) pues para él, la norma tipificante es *limitativa* por virtud de la regla establecida por el art. 39 del Código Penal colombiano, según la cual, *la preterintencionalidad sólo es aplicable en los casos expresamente determinados en la ley*; es decir, que el sistema penal colombiano exige una **tipicidad expresa** en cada caso.

Para MARTÍNEZ RINCONES una conducta es preterintencional, dentro del ámbito técnico-jurídico del derecho penal colombiano, específicamente respecto al tipo de homicidio preterintencional, cuando esta conducta, siendo previsible, produce un resultado que excede la intención del agente. En segundo lugar, que entre la acción preterintencional y la muerte exista una relación de causalidad material inequívoca. Debe agregarse, sin embargo, que el Tipo exige que la muerte sea producto o resultado imprevisto, aunque previsible, del acto del sujeto.

En derecho colombiano, la pena del delito preterintencional se considera como *una sanción penal atenuada especial*, pues la norma señala que el agente del homicidio "...Incurrirá en pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores, disminuída de una tercera parte a la mitad." Por lo que afirman que, la circunstancia de preterintencionalidad adquiere una relevancia

(3) Citado por MARTÍNEZ RINCONES José, en su obra "El Homicidio Preterintencional", Edit. Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pág. 93.

significativa al mantener su función beneficiadora del reo mediante la disminución de la pena.

La legislación penal colombiana señala que las formas de culpabilidad que pueden generar sanción por la comisión de un hecho punible son: el dolo, la culpa y la *preterintención*. Siendo esta última la representada por el exceso de resultado dañoso derivado de una acción dolosa con fines antijurídicos diferentes de los del hecho acaecido, siempre y cuando dicho resultado fuese previsible. Por tal motivo, la doctrina en ese país latinoamericano señala que la conducta adecuada al tipo del homicidio preterintencional no es otra que la acción de origen doloso dirigida a la realización de un resultado antijurídico, para la agresión de un bien jurídico tutelado penalmente y que, por falta de precisión o del cuidado debido, racionalmente previsible, ha provocado, por exceso de resultado, la muerte del sujeto pasivo.

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ por su parte, al referirse a esta situación afirma que, "La discusión más o menos intensa sobre la naturaleza jurídica de la preterintención ha perdido un poco de importancia, frente a la definición legal del nuevo Código -colombiano-. Esta discusión versaba sobre los fundamentos (responsabilidad objetiva, caso fortuito, dolo eventual) para imputar al agente el segundo resultado, obtenido pero no querido.

Sin embargo, la solución que ha adoptado el Código Penal en cuestión, se ajustó a la realidad *doctrinaria dominante* que define a la preterintención bajo la tesis de la integración de dolo y culpa.

El presidente de la última comisión redactora del proyecto del Código Penal sustentó el criterio final que permitió la redacción de la norma vigente, señalando que "...no debe hablarse de <mezcla de dolo y culpa>, porque la locución sugiere una *institución híbrida de imposible entendimiento desde el punto de vista psicológico*. Señalan que más correcto es hablar de **dolo seguido de culpa**, porque así se evidencia claramente el proceso de sucesión que corre entre dos formas de culpabilidad. Así lo indica la redacción del art. 38 -ya transcrito- donde queda descartada la responsabilidad objetiva, pues introduce en la estructura de la preterintención el ingrediente de la previsibilidad, básica para deducir el juicio de reproche. (4)

ITALIA.

El maestro MARCELLO FINZI, en su obra "El Delito Preterintencional", nos advierte que el Código Penal italiano no contiene definición alguna del delito preterintencional; pero sí contiene *no pocos delitos* respecto de los cuales, dado que se produce la *reserva* común a los delitos culposos donde el legislador

(4) MARTÍNEZ RINCONES José, "El Homicidio Preterintencional", Edit. Temis, Santa Fe Colombia, 1993, pág. 103.

imputa el evento aunque no haya sido querido por el culpable, sino que *haya sobrepasado su intención*.

PANAMÁ.

El actual Código Penal panameño, promulgado el 22 de septiembre de 1982, y vigente desde el día 21 de marzo de 1983, no contempla dentro de su normativa especial nada con respecto al delito preterintencional y más específicamente respecto al homicidio preterintencional, el cual, como lo afirma MUÑOZ POPE, desaparece como figura delictiva particular, quedando consagrados los casos equivalentes a este homicidio dentro de una modalidad de *lesión agravada* conforme a lo establecido por su artículo 138. (5)

Es decir, la legislación penal panameña excluyó la figura del homicidio preterintencional -que sí contemplaba su Código de 1922 derogado-, sin embargo, en su artículo 66 mantiene la preterintención como una *atenuante genérica* aplicable a los delitos dolosos en los que la gravedad del daño sobrepase la intención del agente, al señalar que es una *atenuante común* el "*no haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo*".

(5) Citado en la obra de MARTÍNEZ RINCONES, pág. 53.

Se afirma que esta regla de atenuación es inaplicable en caso de muerte, por cuanto el mismo artículo que la contempla prohíbe la aplicación de las atenuantes comunes en los casos en que dentro de una norma tipificante se prevea la situación que equivalga a la regla, que es precisamente lo que acontece en el ya mencionado artículo 138 del Código Penal panameño.

Por ello, el artículo 138 crea un tipo particular de delito agravado, de carácter especial, que sanciona el delito de lesiones seguidas de muerte, que representa un tipo particular dentro del capítulo de las lesiones y que subjetivamente pertenece a la especie de los delitos dolosos. Y es el propio artículo 138 quien nos define: *se entiende por lesiones dolosas agravadas por el resultado letal, la muerte de un hombre causada por otro hombre mediante la acción dolosa de lesiones.*

Según la construcción de la norma, la muerte causada por efectos de un exceso de resultado no modifica la naturaleza formal del delito de lesiones, es decir, no genera como consecuencia la transformación del **tipo base** en un delito de homicidio, por establecer que *"Si las lesiones descritas en los artículos anteriores causan la muerte de la persona la sanción será de tres a cinco años de prisión"*; con lo cual se está manteniendo al hecho dentro del tipo básico de las *lesiones dolosas*, puesto que al decir "...las lesiones descritas en los artículos anteriores..." está señalando a las que corresponden a la forma intencional de producir daños físicos o psíquicos a las personas.

ENRIQUE RAMOS MEJÍA comenta que la naturaleza jurídica del delito tipificado en el artículo 138 del Código Penal panameño es la que se corresponde con la de los delitos agravados por resultado más grave. No debe confundirse este delito con los denominados por la doctrina como "delitos calificados por el resultado", pues según señala- en estos últimos "...existe un delito-base perfectamente tipificado y autónomo que afecta determinado bien jurídico o que lo pone en peligro y, otro resultado que lesiona un bien jurídico distinto", siendo el caso que en el artículo 138 del Código panameño no hay una afectación o daño a un bien jurídico distinto. (6)

Según lo expresa MARTÍNEZ RINCONES el *principio de culpabilidad*, que conjuntamente con *el de legalidad* debe estar presente y no ser vulnerado por las leyes penales contemporáneas, no aparece violado por la norma panameña, puesto que no se trata de una norma que impone la agravación por un resultado extraculpable. Antes por el contrario -continúa-, el art. 138 crea entre el nexo causal del resultado muerte y el principio de culpabilidad una indisoluble relación que se deriva de la acción dolosa o intencional, pues al señalar la norma que la muerte debe ser causada por las lesiones inferidas a la víctima sin *animus occidendi* pero, con *animus vulnerandi*, está ratificando en el tipo el principio de culpabilidad del dolo.

(6) Citado en la obra de MARTÍNEZ RINCONES, " *El Homicidio Preterintencional* ". pág. 68.

Es, pues, generalizada la opinión, a *manera de conclusión*, en el sentido de señalar que puede afirmarse que la relación entre preterintención y muerte que se da en el Código Penal de Panamá representa una situación trascendental dentro de América Latina, pues cambia el punto de vista tradicional que venía utilizando la legislación.

La apariencia de delito calificado por el resultado, que en una primera lectura deja ver el artículo 138 del Código panameño, se desvanece para dar paso a una posición donde la responsabilidad penal se afianza en la *culpabilidad dolosa* de la acción, a la que la relación causal entre el daño causado con *animus vulnerandi* y la muerte sirve de base de sustentación para agravar la pena con apoyo en la fuerza que proviene de la reprochabilidad de carácter subjetivo que se aprecia, en su forma dolosa, en esta norma tipificante.

Finalmente, nos precisa MARTÍNEZ RINCONES, es significativo asentar que el artículo 30 del Código en cuestión, no contempla la preterintención como forma de culpabilidad, estableciéndola como fuente de reprochabilidad subjetiva al dolo y la culpa, con la precisión de que solamente se considerará la existencia de los delitos culposos por expresa consideración de la ley.

Así es como se afirma que esta norma excluye la posibilidad de fórmulas *sui géneris* como la del homicidio preterintencional, así como la especulación doctrinaria que se hace presente en los casos

en que por imprecisión de las reglas normativas se deja abierta la posibilidad del desarrollo de criterios que generen otros tipos de interpretación.

Esta posición del Código Penal de Panamá no puede confundirse con la asumida por el Código Penal de la República Federal Alemana, el cual, como es sabido, sí prevé la preterintención pero exigiendo una base culposa en el resultado, lo cual excluye la calificación por la mera valoración del resultado. (7)

PERU.

El Código Penal del Perú, se inspiró en el Código Penal Italiano de 1889. En el derecho peruano, encontramos una evidente evolución en el sentido de fundamentar el concepto de la preterintencionalidad, vinculado necesariamente a la posibilidad de prever el resultado más grave.

Dice el jurista EUDOXIO LÓPEZ VERDE que ya se vislumbra en el Código Penal peruano, la necesidad de prever el resultado ulterior, con lo que se establece : *"La muerte a consecuencia de la lesión se imputa al heridor, cuando éste pudo prever el resultado"*.

(7) BACIGALUPO Enrique, "Manual de Derecho Penal", Edit. Temis., Bogotá, 1984, pág. 220.

URUGUAY.

En este país, reciben la influencia de las doctrinas europeas, en el sentido de concebir a la preterintencionalidad como mezcla de dolo y culpa.

El penalista uruguayo JOSÉ IRURETA GOYENA asevera que, "el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa; dolo respecto a la lesión, culpa respecto de la muerte. El sujeto ha querido inferir un daño y lo ha inferido; no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión".⁽⁸⁾

El licenciado OCTAVIO ALBERTO ORELLANA, al comentar lo aseverado por el maestro José Irureta Goyena señala que este planteamiento realizado por el penalista uruguayo configura la esencia de la ultraintencionalidad, admitiendo ésta, en cuanto al evento culposo, sólo en su dimensión de *culpa sin representación*.

Pero al tratar de esclarecer este tema, en unas *Notas relativas al Proyecto del Código Penal Uruguayo*, el propio JOSÉ IRURETA GOYENA incurre en graves contradicciones, asimilando -según ORELLANA- la preterintención al dolo eventual, ya que señala: "He procurado suministrar un concepto, el más nítido posible, de la intención, de la ultraintención y de la culpa, sirviéndome para ello de las luces que suministra la doctrina. El dolo -continúa diciendo-

(8) ORELLANA WIARCO Octavio Alberto, "La preterintencionalidad", México, D.F., 1959, pág. 102.

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".

VENEZUELA.

El Código Penal de Venezuela, vigente desde 1929, y reformado en 1958 y 1964, tipifica el homicidio preterintencional en su artículo 412, el cual expresa: "El que con actos dirigidos a ocasionar una lesión personal, causare la muerte de alguno, será castigado con presidio..."

Esta norma penal venezolana, no señala absolutamente nada en materia de previsibilidad del resultado mortal y, además, limita la acción típicamente antijurídica exclusivamente al delito de lesiones. ⁽⁹⁾

Por su parte, JOSÉ R. MENDOZA TROCONIS, en su "*curso de derecho penal*" menciona que históricamente la norma venezolana es clásica y su referencia formal es la correspondiente al Código Penal italiano de 1889 o Código de Zanardelli, en cuyo proyecto no se le dio cabida a la exigencia de la previsibilidad del resultado.

⁽⁹⁾ Citado en la obra de MARTÍNEZ RINCONES, pág. 134.

Al parecer, la acción con dolo de lesiones debe demostrarse, y sólo puede tener la finalidad específica de lesionar a la víctima y, a consecuencia de ella, provocarse la muerte. De acuerdo con esta norma venezolana, la acción dolosa tiene que generar un proceso dinámico de situaciones materiales que culmine con la provocación de la muerte, no querida por el agente del hecho punible.

Y el propio MARTÍNEZ RINCONES comenta que en la doctrina penal venezolana, al homicidio preterintencional, con base en la acción de lesiones, debe considerársele como un *tipo autónomo de delito preterintencional*, sin llegar a confundirlo con los delitos calificados por el resultado.

Este mismo autor reitera que en la obra de ALIMENA, se recoge el criterio del maestro clásico italiano ZANARDELLI, el cual acepta el *principio de la excepcionalidad legal*, a través del cual, la preterintencionalidad es una fórmula autónoma por mandato expreso del legislador penal, *debiendo precisarse en cada caso, si se está frente a un caso de preterintención o de culpa penal.*

ZANARDELLI, en la exposición de motivos del proyecto de legislación penal italiano considera, como hoy lo hace CHIOSSONE en Venezuela, que, "sin embargo, *la causa será voluntaria, pero puede ser involuntario el efecto. Y el efecto que no se quiere, no debe y no puede ser imputado, fuera de los casos en los que la ley determina expresamente la responsabilidad del efecto no querido...*"

Con sustento en estas consideraciones, el homicidio preterintencional es definido, conforme al artículo 412 del Código Penal venezolano, como *la muerte provocada a un hombre por otro hombre por una acción con dolo de lesiones*.

Siguiendo al maestro MARTÍNEZ RINCONES, el segundo supuesto de la definición que se ha propuesto, es decir, que la muerte sea producto de una acción con dolo de lesiones, no aclara, sin embargo, lo que la doctrina ha denominado "*la naturaleza jurídica del homicidio preterintencional*". Solamente afirma que la acción sea intencional en cuanto al hecho querido por el agente, pero *no hace referencia al significado jurídico del exceso en el resultado. Ante ello, que surge la necesidad de explicar la situación específica del resultado, no desde el punto de vista material, sino del jurídico, y dentro de este enfoque, en lo tocante a la cuestión de la culpabilidad.* (10)

En otros términos, es imperativo responder en razón de qué se sanciona la conducta preterintencional en la legislación venezolana.

Recuérdese -dice MARTÍNEZ RINCONES- que Zanardelli, autor de la norma matriz italiana, había expresado que "...la causa puede ser voluntaria, pero puede ser involuntario el efecto". Es aquí -continúa-, en esta afirmación de la involuntariedad del efecto, donde se

(10) MARTÍNEZ RINCONES José, "El Homicidio Preterintencional", Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, pág. 138.

encuentra la cuestión de fondo relacionada con la preterintencionalidad.

La norma rectora en materia de culpabilidad en Venezuela, está contenida en el artículo 61 del Código Penal y establece, en materia de delitos, dos fuentes de culpabilidad; "el dolo y la culpa". Habrá dolo en los casos en que el obrar delictivo sea intencional y culpa en los casos en que la conducta le sea atribuida como punible por su carácter presuntamente voluntario.

Sin embargo, la ley misma también contempla los eventos con *preterintención*, al considerar casos como el que se estudia, tipificado en el artículo 412, y que son atribuibles -según el propio MARTÍNEZ RINCONES- al "*principio de excepción*".

No obstante lo anterior, muchos autores consideran que para aquellas legislaciones en las que la norma ha evolucionado hacia la inclusión en la norma del principio de previsibilidad del resultado, la cuestión se ha aclarado, pues dichas leyes aceptan la fórmula doctrinaria de "mezcla de dolo y culpa", la cual no debería expresarse con el término "mezcla" o "mixtura", por ser este un término que *no expresa estrictamente la idea jurídica* de concurrencia del elemento subjetivo intencional con el elemento subjetivo del descuido o falta de cuidado o previsión, propiamente

dicha, en el resultado o en las consecuencias inmediatas de la acción. (11)

Con todo lo expuesto a lo largo del presente capítulo, consideramos se ha procurado una breve, pero suficiente, explicación sobre la institución de la preterintención, y de cómo los distintos autores han pretendido regular su correspondiente responsabilidad penal al materializarse e individualizarse ésta para su respectiva sanción penal, producto de la conducta delictiva de agente. Pero también hemos podido advertir cómo, de manera general, el tratamiento legal históricamente difundido e implantado en el Derecho Penal codificado, *en materia de preterintención*, no ha sido, ni es similar -ni mucho menos análogo- en los diversos sistemas jurídicos contemporáneos.

Una vez analizado a la luz de los antecedentes históricos y doctrinarios, así como del derecho comparado, algunos de los sistemas jurídicos semejantes al nuestro, es oportuno invocar las palabras del maestro MARTÍNEZ RINCONES, quien con su merecida autoridad para opinar sobre este tema -objeto de nuestro estudio-, afirma: "debe señalarse que, en cada caso, existen razones que en el universo de la relatividad de la verdad jurídica sirven de base racional a las normas penales vigentes; pero si bien estas razones permiten explicar la cuestión jurídica de las normas concretas, ninguna de ellas llega a explicar el por qué

(11) Comenta MTZ. RINCONES que los seguidores de esta doctrina, deberían, en su caso, sustituir el término "mezcla" o "míxtura" por el término "conurrencia".

de las diversidades en cada sistema penal. Aparentemente, en consecuencia, cada quien tiene su razón y sin embargo cada sistema penal denuncia un vacío, un espacio de conocimiento confuso que no termina de llenarse, que no se agota con las explicaciones que se han dado, bien sea en torno al tipo penal, bien al condicionamiento doctrinario, o bien sea con base al eclecticismo jurídico generador de entendimientos generalmente beneficiosos y positivos".

Y concluye su exposición, en el sentido de que se han explicado muchas verdades, pero no se sabe si en esta materia pudiera haber una verdad que haga común una razón, la cual, hasta ahora es diversa. (12)

II.2. DIVERSAS TEORÍAS ACERCA DE SU NATURALEZA.

II.2.1. GENERALIDADES.

Debemos considerar con toda seguridad que el tema de la *preterintencionalidad*, es aún más controvertido en el ámbito doctrinal del derecho penal que el propio tema del dolo o la culpa. No obstante ello, muchos tratadistas de la materia no han profundizado lo suficiente en su estudio, ni han puesto en su análisis la debida atención, y sólo se han reservado a repetir -y en

(12) MTZ. RINCONES, "El Homicidio Preterintencional", Edit. Temis, Colombia, 1993.

el mejor de los casos a *transcribir*- los fundamentos y razonamientos doctrinales de autores que les han precedido.

En este momento consideramos oportuno el proporcionar una noción muy general *-y no por ello necesariamente correcta-* de la preterintencionalidad; misma que ha sido "comúnmente aceptada" por la doctrina, esto es, noción que define a la preterintencionalidad precisamente cuando un sujeto se propuso causar daño, pero éste sobrepasó a su intención. En otras palabras, en términos generales, *es un evento que excede a lo querido por el sujeto.*

Tan simple afirmación, parece no tener mayor complicación, máxime si ésta definición, concuerda perfectamente con la connotación gramatical de "preterintencionalidad": *praeter* = más allá de, e *intentionem* = intención.

Esto es, la expresión castellanizada "preterintención", deriva directamente de la locución latina: *praeter* = más allá de, o adelante de, e *intentio/ intentionis* = intención o acción de dirigir la voluntad en orden a un fin. (13)

Sin embargo, todo esto ha sido el punto de partida y la causa principal de aferradas, incansables e interminables discusiones dentro del derecho penal

(13) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teológica, Secunda Secundae*, art. VII.

Resulta de explorado conocimiento, el que la doctrina tradicional, especialmente la hispanoamericana, ha considerado y estudiado al delito preterintencional al momento de desarrollar y estructurar la *teoría de la culpabilidad*, dentro de la *parte general* del derecho penal.

Por lo que, siguiendo el sistema propuesto por el positivismo legal, se consideró que la culpabilidad admitía como especies *fundamentalmente* al dolo y la culpa; siendo la preterintención una suerte de tercera forma o modalidad. Sin embargo, es conveniente poner de manifiesto que los autores presentan notorias divergencias al hacerse cargo de esta especie autónoma de comisión de delitos. (14) Pasaremos a exponer las distintas teorías con las que se ha pretendido justificar al delito preterintencional.

II.2.2. COMO DELITO DOLOSO.

La corriente de doctrina que asimila la preterintencionalidad al dolo, fue la que primero abordó el estudio del tema dentro de la ciencia penal.

(14) DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa, sexta edición, Tomo P-Z, México 1993.

En su monumental obra, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, en su parte especial, el maestro CARRARA al estudiar el homicidio, se detiene a analizar el denominado homicidio preterintencional, refiriéndolo en términos de que es *"una tercera figura de homicidio (distinta del dolo y la culpa) que es totalmente creación de la equidad práctica... Este pertenece a la familia de los homicidios dolosos porque se origina en el ánimo dirigido a lesionar una persona, pero con respecto a su gravedad, ocupa un estado intermedio entre los dolosos y los culposos."*(15)

El propio maestro italiano FRANCESCO CARRARA, no obstante que admitió la unión indispensable del dolo y la culpa para estructurar la preterintencionalidad, acabó por asimilar ésta *al dolo*.

En el mismo orden de ideas, no son pocos los autores que han ideado diversas connotaciones que identifican la preterintención con el dolo, es decir, -para ellos- la preterintencionalidad surge o se inicia con una actitud "dolosa", misma que es seguida por un resultado más grave no querido por el agente; tal afirmación les obliga a aferrarse a la opinión en el sentido de que *"el hecho que ha entrado una vez a la esfera de los delitos dolosos, no puede salir de esa esfera..."*

(15) citado por el Lic. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *"La Preterintencionalidad"*, (estudio profesional). 1959.

El jurista EUGENIO FLORIÁN, también asimila la preterintencionalidad a una especie dolosa, concretamente al "dolo indirecto". Y es así como define al dolo indirecto expresando que surge *"cuando el agente miraba a un determinado evento dañino y el resultado que del mismo se ha derivado, ha sobrepujado a su intención.* (16)

Por su parte, el penalista colombiano REYES ECHANDÍA señala que en la doctrina nacional -de Colombia- suele encontrarse la posición en la cual la preterintención constituye una forma de dolo y más exactamente de dolo indirecto. En el mismo sentido, comenta MESA VELASQUEZ que esta forma de dolo se presenta cuando el agente "obra con intención de cometer un determinado delito y el resultado que sigue a la acción es de mayor gravedad al deseado".

El jurista GUTIÉRREZ ANZOLA, a su vez comenta que el delito preterintencional es una forma del dolo indirecto porque la voluntad criminal está dirigida a lograr un determinado daño diferente del acaecido, con lo que la relación entre el propósito y el daño efectuado es indirecta, entonces, el resultado sobreviniente se le imputa a su autor "como si lo hubiera querido", aunque con atenuación de la pena por tratarse de una consecuencia diversa de la que su autor pretendía alcanzar.

(16) En su obra "Parte General, Derecho Penal", Tomo I, 1929.

A este respecto, REYES ECHANDÍA comenta que no es correcto lo afirmado por Gutiérrez Anzola, donde el resultado final se le imputa a su autor "como si lo hubiera querido", porque esto es crear una *ficción* que no se compadece con la naturaleza realística del derecho penal. Por lo demás, -continúa- es de manifiesta injusticia deducir responsabilidad penal a una persona por lo que pudo haber querido, y no quiso.

En Argentina EUSEBIO GÓMEZ incluye la preterintencionalidad en el dolo. A este respecto, escribe en su *Tratado de Derecho Penal* que *"al estudiar el dolo debe ser estudiado también el delito preterintencional, porque es una forma de delito doloso. En el delito preterintencional el agente se propone un efecto determinado, pero se produce otro que va más allá de la intención, otro efecto que no ha sido previsto ni querido."*

Para los autores que siguen esta postura, es importante mantenerse en la esencia misma del vocablo (preterintención), cuyo significado -gramatical-, como se sabe, es el de algo que está más allá de la intención y que, -según ellos- por lo mismo, debe empezar por ser intencional y luego lo trasciende.

II.2.3. COMO DELITO CALIFICADO POR EL RESULTADO.

En la época antigua, el derecho de los antiguos pueblos, fulminaba el castigo *por la sola producción del resultado dañoso*. Todos conocieron la "responsabilidad sin culpa" e incluso la que surgía sin lazos de causalidad material, pues en ocasiones se basó meramente en una relación de contigüidad o de semejanza afectiva. (17)

En la época antigua era el resultado dañoso el que adquiría preponderantemente importancia, y ello, visto solamente desde su aspecto material. *El resultado, cuando causaba daño, era punible, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la conducta.* (18)

Sin duda alguna -señalan algunos estudiosos del derecho penal-, los delitos calificados por el resultado, son antecedente inmediato que dio nacimiento a los delitos que hoy en día conocemos con el nombre de preterintencionales. Sin embargo, "los delitos calificados por el resultado", se atribuyen a su autor únicamente a título de *responsabilidad objetiva*, en donde se excluye por completo el elemento subjetivo (intrínseco= voluntad; conciencia; representación; previsión...)

(17) JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, tomo V, pag.102.

(18) VELA TREVIÑO Sergio, " *culpabilidad e inculpabilidad* ", Edit. trillas, pag. 139.

Por su parte, el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA señala que en riguroso diagnóstico, los delitos preterintencionales no son más que los calificados por el resultado en la técnica jurídica alemana. (19)

Aplicando esta rígida concepción, el homicidio preterintencional sería una especie de dicho género de infracciones, en otras palabras, estaríamos en presencia de un *residuo de responsabilidad objetiva*, como lo señala ANTOLISEI.

FINZI expresa que la imputación del resultado más grave a título de responsabilidad objetiva, ha sido sostenida entre nosotros -los italianos-; también, -continúa- se ha utilizado la designación de delitos calificados por el resultado para los hechos preterintencionales, porque "entre el delito preterintencional, a base de maridaje entre el dolo y la culpa, y el delito calificado por el resultado, teniendo en cuenta la previsibilidad, no existe diferencia alguna. Ambos surgen del consorcio del dolo y de la culpa: dolo en el inicio, culpa en el remate". (20)

Por su parte, el jurista español EUGENIO CUELLO CALÓN afirma que el derecho antiguo concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito; por regla general apreciaba solamente el daño

(19) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "La ley y el delito", pag. 384; en este mismo sentido lo entiende el maestro RAFAEL MARQUEZ PIÑERO en su obra "El derecho penal", parte general, Edit. trillas, pag. 271.

(20) FINZI, "el delito preterintencional", Edit. Depalma, pág. 174.

producido prescindiendo de su causalidad espiritual. En el derecho germánico primitivo, el resultado del hecho es decisivo; objeto de pena era el hecho dañoso, *no la acción culpable*, la noción de culpabilidad se ignoraba por completo. Igual estado de cosas hallamos en el derecho romano más antiguo. Pero a veces, con indecible sorpresa, en alguna remota legislación encuéntrase insospechadas apreciaciones precursoras sobre la imputabilidad y la culpabilidad (v. gr. en el Código de Ammurabí, confirman la regla común en aquellos remotos tiempos, es decir, el desconocimiento del elemento psicológico del delito. Fue preciso el transcurso de muchos siglos antes de que llegara a formularse, como base fundamental del derecho penal, el principio de que *sin imputabilidad y responsabilidad, no se concibe la imposición de la pena*.

En el mismo sentido, -continúa señalando este autor-, el tránsito del derecho penal *objetivo* (responsabilidad sobre la base del resultado), al *subjetivo* (responsabilidad fundada en la causalidad psíquica), precisa el momento de más intenso progreso del derecho penal. La etapa del derecho penal objetivo, aún cuando de él queden todavía restos en algunas legislaciones -como los denominados delitos calificados por el resultado- puede considerarse superada en el momento presente. El Derecho Penal camina a la abolición de la responsabilidad objetiva y a fundamentar toda consecuencia penal del hecho sobre la *culpabilidad*. La máxima ***nullum crimen sine culpa*** adquiere cada día más fuerte arraigo. (21)

(21) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal, parte general", Tomo I, Edit. Bosch, pág. 426.

El profesor LÖFFLER rechazó en forma absoluta los delitos calificados por el resultado, aparecidos en el Código Penal de Prusia de 1851, considerándolos un "retroceso brutal y repentino"; y por su parte, el maestro BELING, con razón, ve en toda pena sin culpabilidad un "*vestigio de incultura*". (22)

Curiosamente de Alemania, lugar donde hizo su aparición esta teoría, -de la responsabilidad objetiva- han surgido de ahí autores que le han mantenido una franca repulsa; existiendo en la actualidad una frontal tendencia a desaparecer dicha concepción, prácticamente de todos los Códigos penales del mundo.

Penalistas germanos como MAX ERNESTO MAYER y FRANZ VON LISTZT critican acertadamente esta teoría, señalando -este último autor- que "*no debería haber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado, no responde, ni a la conciencia jurídica actual, ni a los principios de una política criminal razonable.*"

II.2.4. COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA.

Esta teoría ha alcanzado gran reconocimiento de entre todas las posturas que tratan de explicar la naturaleza intrínseca de la

(22) citado por EDMUNDO MEZGER, Tratado de derecho penal, tomo I, pag. 30.

preterintencionalidad. En la actualidad es evidente que la mayoría de los juristas estudiosos del derecho penal terminan por admitir -de una manera u otra- la tesis mediante la cual la preterintencionalidad se explica con base en una "mezcla de dolo y culpa".

En Italia, nación precursora de esta postura, aparece el maestro MARCELLO FINZI, quien expresa que en el núcleo de la preterintencionalidad hay que considerar la existencia de una "*mixtura de dolo y culpa*".

Ante tal afirmación, MANZINI negó la posibilidad de lograr en *una misma acción dos momentos subjetivamente diversos: el dolo y la culpa*. Sin embargo, el propio MANZINI resuelve su posición ante *el delito preterintencional* afirmando la existencia -en éste- de *dos delitos*, uno doloso y otro culposo. A esta objeción, FINZI contestó que, notoriamente, de una acción pueden derivarse varios efectos, por lo cual, en este caso, puede darse uno doloso y otro culposo. (23)

En el mismo orden de ideas, el jurista FLORIÁN hace una seria objeción a lo afirmado por FINZI, ya que dice que "***no es posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa) que no pueden obrar al mismo tiempo***". (24)

(23) citado por ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, (estudio Profesional) 1959, México.

(24) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal", parte general,, pag. 483

OTTORINO VANNINI, continuó el camino trazado por FINIZI, estructurando la preterintencionalidad con base en una "mixtura de dolo y culpa".

Resulta claro, y es de reconocerse, que el peso de esta teoría -concurso de *dolo y culpa* en la preterintención- tuvo singular influencia en los diversos sistemas jurídicos en general. Para muchos, esta postura también tuvo arraigo en el pensamiento tradicional de CARRARA, quien -según ellos- vio en la preterintencionalidad una clase especial de delito mixto de dolo y culpa, dolo en cuanto al hecho querido menos grave, y culpa en cuanto al evento más grave.

En la República Argentina, el profesor JOSÉ PECO no ofrece dudas respecto de su postura, ya que señala: *"Componen el delito preterintencional dos ingredientes, uno culposo, y otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado."* (25)

Siguiendo esta postura, encontramos al penalista cubano EVELIO TABO quien afirma: *"en el delito preterintencional, hay un acto inicial del agente, que es doloso, porque aquél se propone causar un mal a su víctima, pero, sin embargo, ese elemento subjetivo, de toda transgresión penal, que es el dolo, no se mantiene de modo constante, hasta llegar al resultado dañoso, sino que, por el contrario, la culpa es también*

(25) JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el Delito", Edit. Sudamericana, pág. 384.

concurrente en la actuación del reo, es decir, que si bien el propósito inicial de éste es doloso, **no hay previsión de las consecuencias del acto**, a pesar de que resulta previsible el evento dañoso".(26) De esta manera, el Código penal cubano ha adoptado este punto de vista, de definir el delito preterintencional como compuesto de dolo y culpa.

No deja de extrañar la afirmación inicial de MAGGIORE cuando escribe: *"la naturaleza jurídica del delito preterintencional es controvertida. Este delito es ciertamente doloso..."*; pero más adelante concluye su afirmación en el sentido de que *"la fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta, por consiguiente verdadera."* Es indudable que MAGGIORE encuentra la naturaleza de la preterintención en la mezcla de dolo y culpa, ello es fácil deducirlo de su argumentación. (27)

II.2.5. COMO CONCURSO IDEAL.

Un hecho delictivo es doloso, con plena exclusión de la culpa, o bien, es culposo, sin sombra de dolo... Así empieza su exposición el Licenciado MIGUEL FIGUEROA ZARZA al sostener esta postura, la cual pasaremos a analizar.

(26) Temas de derecho penal, La Habana, 1944, pág. 56.

(27) ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, tesis profesional, 1959, México.

Examinémos el siguiente ejemplo tradicional, en el que un individuo durante una riña pega con el puño en la cara de su contendiente con dolo de producir una lesión, pero éste cae, y su cabeza golpea en el borde de la acera, y por ello, éste último muere.

En este caso, -precisa el abogado mexicano MIGUEL FIGUEROA ZARZA- el autor actúa con dolo de lesiones que no consigue. ¿Qué es esto?: *tentativa de lesiones*.

En cuanto al resultado, -continúa- consistente en la muerte de la víctima, por quedar fuera de la esfera de lo que el autor conoció y quiso, por no ser alcanzado por su dolo, claramente se trata de un homicidio culposo.

Y concluye: *surgen dos delitos: uno doloso y otro culposo; claramente diferentes, y que deben tratarse "por separado", pues aún tratándose de una misma acción, "se han cometido dos hechos delictivos"*.

FIGUEROA ZARZA nos explica que a esto se refiere el Capítulo V (Concurso de Delitos) del Título Primero de *Código Penal* -para el Distrito Federal-, al establecer en su Artículo 18:

"Existe *concurso ideal* cuando con una sola conducta se cometen varios delitos..."

Además señala el ejemplo del artículo 330 de nuestro Código Penal donde se establece el aborto consentido doloso consumado, y precisa que, de igual forma, en este caso con una sola acción se producen dos o más delitos en la misma cadena causal.

Para este autor, atendiendo a las reglas del concurso ideal, en relación a la punibilidad aplicable para estos casos, debe aplicarse -dice-, la pena (mayor) del artículo 60, párrafo primero, primera parte:

"Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio..." < antes de la reforma de enero de 1994 >

La pena en este primer caso, debería ser la del artículo 60 párrafo primero, primera parte, que podría aumentarse hasta la mitad más del máximo de su duración, es decir, 3 días a 5 años de prisión, más 2 años 6 meses, que son los que se pueden imponer con la mitad del máximo de la duración.

En el mismo sentido, BACIGALUPO, al analizar la naturaleza del "llamado delito preterintencional", propone precisamente que su estructura "corresponde al *concurso ideal* de un delito doloso con otro culposo". Dicho autor comenta: "una simple atenuación de la pena del delito doloso -que es lo que para algunos, realmente prescribe nuestro Código Penal en su artículo 60 fracción VI-, no va de acuerdo con el principio, según el cual, un resultado causado con

culpa, debe ser sancionado con la pena del delito culposo, y no con la de uno doloso". (28)

El jurista RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, nos explica que la preterintencionalidad, no es una forma autónoma de estructura típica... sino que las figuras preterintencionales, son supuestos de *tipificación simultánea*, dolosa y culposa, de una misma conducta... caso que se resuelve -señala- por el llamado *concurso ideal*. (29)

Los autores que sostienen esta postura, reiteran el ejemplo del aborto consentido doloso combinado con homicidio culposo; ambos producidos por la misma acción en una cadena causal única, en donde la pena debería ser la del *concurso ideal* que establece el propio Código Penal Mexicano en su artículo 64 dentro del Capítulo relativo a la "Aplicación de Sanciones en caso de Concurso"...

Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero...

(28) BACIGALUPO Enrique, "Manual de Derecho Penal", parte general, Edit. Temis. Bogotá, pág. 220-223.

(29) ZAFFARONI Eugenio Raúl, "Tratado de derecho penal", tomo III, pag. 428.

Siguiendo esta posición, se ha concluido que "Todo hecho preterintencional, está integrado a una cadena causal que integra un *concurso ideal*. El agente activo -dicen- inicia la cadena causal mediante la manifestación de voluntad, que es la parte externa de su acción y ésta cadena causal, produce también *otro* hecho típico delictivo del autor, y este segundo hecho, es lo que se ha llamado y se reglamenta impropriamente como preterintención.⁽³⁰⁾

ZAFFARONI informa sobre la sistematización legislativa argentina; explicando que dentro de su sistema, los delitos preterintencionales son figuras que se resuelven particularizadamente como supuestos de concurso ideal de tipos dolosos y culposos.

Siguiendo la misma idea, ETCHEBERRY comenta a su vez el criterio chileno, en el sentido de que, frecuentemente en la práctica en el caso del aborto provocado maliciosamente por un tercero (generalmente con el consentimiento de la propia mujer embarazada), a consecuencia del cual, se produce la muerte de la mujer, caso doctrinalmente considerado como preterintencional. Y continúa señalando que, por lo general, la jurisprudencia se inclina por sancionar este hecho como concurso ideal de delitos entre un aborto doloso y un homicidio culposo; sancionable de conformidad

(30) LABARDINI MÉNDEZ Fernando, Conferencia titulada: *la preterintencionalidad*, Impartida en la Universidad Intercontinental, México, D.F., Abril de 1987.

con el artículo 75 del Código Penal Chileno, con la pena mayor del delito más grave. (31)

Y son los partidarios de estos criterios, los que a manera de resumen afirman que en derecho mexicano, deberían aplicarse las reglas del concurso ideal, pudiendo así, el Código Penal -lógica y normativamente- resolver los casos de preterintención, previa calificación de los resultados no conocidos ni queridos por el infractor como culposos.

El Licenciado EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT, -referente a esta postura- estima que el criterio sostenido por algunos, en el sentido de que en la preterintencionalidad se trata de un concurso ideal, *no es el adecuado*, porque el *concurso ideal* existe, "*cuando con una sola conducta se cometen varios delitos*" (art. 18 del Código Penal mexicano ; es decir, el "*concurso ideal* significa que *una acción realiza varios tipos penales*", y es evidente, que en la **preterintencionalidad no se realizan varios tipos penales, sino uno sólo.** (32)

(31) ETCHEBERRY Alfredo, "El derecho penal en la jurisprudencia", Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de, 1ª edición..

(32) LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, "Imputabilidad y Culpabilidad", Edit. Porrúa, México, 1993, pág. 97.

II.2.6. TEORÍA DEL CASO FORTUITO.

Es indudable que la **preterintencionalidad** y el *caso fortuito*, son dos figuras jurídicas *totalmente distintas*, dentro del derecho penal; cada una de ellas tiene su significación y alcances específicos.

A diferencia de la preterintencionalidad, el *CASO FORTUITO* es una *causa de exclusión del delito*. Así lo contempla nuestro Código Penal en el artículo 15:

"El delito se excluye cuando; (fracción X),
El resultado típico se produce por caso fortuito."

La doctrina en general ha aceptado el hecho de que para afirmar que se está frente a una situación de "caso fortuito", se requiere que la **acción inicial sea siempre lícita**. Es decir, que no surja ningún proceso causal atribuible ni reprochable al sujeto, en virtud de que el nexo causal fue totalmente destruido precisamente por una *condición fortuita*, como acontecimiento de la naturaleza o del hombre, que logra producir una "*cadena causal nueva e independiente*" desde el enfoque del análisis jurídico-penal, con la cual se excluye en forma absoluta el delito.

El maestro español CUELLO CALÓN manifiesta: "las causas o circunstancias que excluyen la culpabilidad son especiales

situaciones o estados que concurren en la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad. El agente es imputable pero, a causa del concurso de tales circunstancias, extrañas a su capacidad de conocer y de querer, no es culpable." Y entre estas causas de exclusión de la culpabilidad, señala al *caso fortuito*.

Y sigue explicando el maestro español que "más allá de la culpa, en la frontera de la culpabilidad está el caso fortuito. (33) Su esencia está en la ausencia de culpabilidad, ausencia de dolo y de culpa. El agente no ha querido el acaecimiento dañoso ni lo ha causado por imprudencia o negligencia.

La doctrina tradicional (Carrara, Pessina) señaló como su elemento básico la imprevisibilidad del daño. Mas no es preciso que el hecho sea imprevisible; ya que -como lo señala CUELLO CALÓN- basta que la conducta del agente sea irreprochable, su *irreprochabilidad* es el elemento de mayor destaque en el caso fortuito.

(33) CUELLO CALÓN, "Derecho Penal, parte general", Edit. Bosch, pág. 559. / Ferri, por su parte, cita que el caso fortuito posee un cierto parentesco con la fuerza mayor y así lo estimó el derecho romano que identificó la fuerza mayor con el caso fortuito. / El Tribunal Supremo de España, ha señalado que siendo dogmáticamente el límite superior de la culpa la actuación dolosa y el inferior el caso fortuito, resulta claro y totalmente justa la doctrina de esta Sala que declara la incompatibilidad del "casus" con el dolo y con la imprudencia penal, porque *la presencia afirmada de lo fortuito, supone la repulsa de toda culpabilidad.*

En este sentido, dice certeramente ANTOLISEI, que existe caso fortuito cuando "al autor del hecho no puede hacerse ningún reproche, ni aún de simple ligereza". Según este criterio, si el agente ha ejecutado el hecho con observancia de las cautelas debidas, aún cuando no prevea la posibilidad de daño, su conducta *puede* constituir un caso fortuito. Pero esta circunstancia deberá analizarse con sumo detenimiento.

El Código Penal Español, formula la hipótesis del *caso fortuito*, aunque sin darle este nombre, entre las eximentes en su artículo 8º, donde declara que *está exento de responsabilidad criminal el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo.*

Conforme a este orden de ideas, para que se constituya el "caso fortuito", se hacen necesarios los siguientes elementos:

- a) Que el acto ejecutado no sea ilícito. Esto es, se exige la *licitud del acto originario*.

- b) Que se haya ejecutado con la diligencia debida, esto es, empleando las **precauciones racionales** que no omiten los hombres prudentes y previsores.

c) Que a pesar de ello resulte el mal por mero accidente material *no imputable ni a dolo ni a culpa.* (nosotros agregamos: *ni a preterintencionalidad*).

El Tribunal Supremo Español resuelve que el caso fortuito se asienta sobre la presencia de un doble requisito que repudia toda culpabilidad; negativo el primero, de la *licitud del acto inicial* de la persona y, positivo el segundo, de actuar con la *debida diligencia*.

CUELLO CALÓN precisa como ejemplo de caso fortuito, el caso de cuando se está exento de pena para los que en juegos y deportes, causen la muerte o lesiones, pero es condición esencial que se haya obrado con la debida prudencia y cautela, lo cual sólo tiene lugar cuando se observan las reglas del juego o deporte y éstas son lícitas. En caso de imprudencia e infracción de aquellas reglas, puede existir un delito imputable a culpa y hasta un delito doloso si se descubre intención criminal. (34) Sin embargo, BREKER sostiene que la inobservancia culposa de las normas del juego no debe ser penada, pues es normal esperar algún exceso involuntario en estos casos.

(34) CUELLO CALÓN, "Derecho Penal, parte general", Editl. Bosch, pág. 561.

Por el contrario, -según explicaremos más adelante-, *en la preterintencionalidad la acción inicial siempre es de contenido ILÍCITO*. Es decir, el sujeto penetra libre y con voluntad consciente al terreno delictivo. Sin embargo, en la preterintención, tiene lugar la aparición de un proceso causal *extraordinario*, donde el desarrollo de la *acción* se ve afectado por un proceso evolutivo *anormal* *, pero que continúa siendo "el mismo proceso", esto es, una sola y misma cadena causal. De ahí, que no se excluye la responsabilidad del agente por el resultado producido, ya que es penalmente reprochable su acción; y para ello, se deberán aplicar las reglas de punibilidad para el delito preterintencional.

Por lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el delito preterintencional se sitúa junto a la frontera con la figura del caso fortuito, pero aún así, **existen suficientes y claros elementos para no confundirlos.**

II.2.7. LA PREVISIÓN COMO SU FUNDAMENTO.

Los autores que tratan esta postura, generalmente la relacionan o la conjugan en relación con otra; sin embargo, para algunos de ellos, el aspecto de la *previsión* es el punto de análisis que más les inquieta y preocupa al estudiar la preterintencionalidad.

* *por defecto o imperfección en el juego normal de la causalidad.*

El maestro MARCELLO FINZI al analizar el elemento subjetivo en la conducta del agente, expone: "Una cuestión previa a propósito del tema que se pretende examinar aquí y que ya fue considerada, frente a la doctrina, es la siguiente: si se debe considerar como "querido" o preterintencional el evento que el culpable no ha querido directa y explícitamente, *aunque lo haya previsto*, o sea, el evento que no es el resultado de esa intención que se acostumbra designar con el nombre de "directa" (que se presenta, según Carrara, cuando "el efecto fue previsto por el agente y se le quiso, calculándolo como consecuencia necesaria de los propios actos").

Pero a continuación nos sorprende este autor cuando señala: "En realidad, no se puede decir que la cuestión aludida ahora se relacione, de modo específico, con el delito preterintencional, sino, en general, con el problema del dolo. Preguntarse si el evento *previsto*, pero no querido directamente, debe ser considerado como "querido" o "preterintencional", equivale a preguntarse, en general, si un evento tal debe ser imputado a título de dolo o no."

Asimismo -comenta-, nos parece que el problema del evento mayor "*no querido, sino previsto*", no se lo puede plantear de esta manera, en forma absoluta y general, sino que se lo debe considerar con referencia al *grado* de la "*previsión*" que puede abarcar la "certidumbre" (evento previsto como cierto; o como en extremo probable" y, la mayor incertidumbre (evento previsto como muy improbable).

La solución debe darse, pues, -según FINZI- respecto de cada uno de los siguientes supuestos:

- a) La hipótesis en que la consecuencia, aunque no haya sido querida, haya sido, sin embargo, *prevista como cierta*.

HAUS imputa a título de *culpa con previsión* el evento que ha entrado en las previsiones del agente como consecuencia posible de su acción; mientras CARRARA lo imputa a título de *dolo indirecto* (intención indirecta positiva).

Con independencia de lo anterior, FINZI precisa que un criterio del cual se han valido varios escritores para resolver la cuestión, consiste en esto: distinguir si ha habido o no la *esperanza* de que el evento no se produjera; en el primer caso, hay culpa (a saber, respecto de nuestro tema, *la preterintencionalidad*), y en el segundo caso se debe afirmar, en cambio, la existencia del dolo.

De igual forma -continúa el autor en cita- no tenemos el propósito de hacer discusiones filológicas, pero es necesario preguntarnos qué significa "*esperar* que un acontecimiento determinado se cumpla o no se cumpla".

Si se examina un poco el significado de la palabra -asegura-, se ve que "*la esperanza sólo es previsión*": previsión de un bien que se desea, y entonces "*la esperanza de que el evento no se verifique*"

-que debería constituir el elemento psicológico que convierte el dolo en culpa o en preterintencionalidad- ¿Qué otra cosa es si no "la previsión de la no verificación del evento" o, en otros términos, la "no previsión"?

Siguiendo con su exposición, el maestro italiano considera, igualmente:

- b) el caso del evento (no querido) *previsto como improbable*; se debe decir que en esta hipótesis *el resultado no querido es preterintencional, y no doloso.*

En efecto -dice-, quien considera como improbable una consecuencia determinada si no excluye propiamente de modo absoluto la eventualidad de su producción la sitúa entre aquellas que *difficilmente o muy raras veces se verifican.* A saber, se presenta al ánimo del agente esa "esperanza" de que el resultado no se produzca. *El culpable prevé, casi con certeza, que ese resultado no se producirá, y esto significa, en sustancia, que no ha previsto ese resultado.*

En el mismo orden de ideas, FINZI examina el siguiente caso:

- c) el del evento *previsto como imposible.*

Aquí -señala-, es aún más evidente que en el caso anterior que el evento no puede ser considerado como doloso, sino como

preterintencional. El reo se ha dispuesto a emprender la acción por haber creído que el evento no se produciría. El culpable, con una opinión que habrá podido ser apresurada pero que no admitía dudas, ha expresado la proposición: "*El evento no se producirá*".

Esto significa que *en el momento de la acción* el reo ha descartado la eventualidad de la producción del evento, o sea, ha creído que la consecuencia no se produciría.

En el momento en que emprendía la acción rechazó la previsión del evento que se había presentado en su ánimo durante un tiempo más o menos prolongado.

En ese instante, ya no existía la previsión del evento porque la había sustituido la segura convicción de que no se produciría. "***Falta la previsión de un hecho, tanto si nada se ha pensado al respecto, como si se tiene la persuasión de que el hecho no se producirá***" (35)

Para los efectos de esta postura, FINZI niega que se pueda decir que "evento querido" y "evento previsto como cierto" sean *la misma cosa*. Pero reconoce que dichos estados intencionales -aunque no sean equivalentes- merecen, frente a la ley positiva, idéntico

(35) FINZI Marcello, "El Delito Preterintencional", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981, pág.112-120.

tratamiento, precisamente porque no querer evitar un evento determinado puede equipararse: a haberlo querido. (36)

Tal parece que estos autores al abordar el tema de la preterintención, desgastan su pensamiento teórico para tratar de definir al delito doloso o culposo, en lugar del preterintencional.

Por otro lado, toman la misma actitud cuando analizan la posible solución aún el caso de que el evento haya sido *previsto como probable*.

Dice HAUS, que el reo, aún no habiendo tenido la finalidad de producir la ulterior consecuencia que se ha producido, ha preferido sufrir esta consecuencia del hecho antes que renunciar a ese proyecto que, también con el riesgo del resultado previsto, quería ejecutar.

Después, estos autores, finalmente entran al estudio de la última hipótesis:

d) En que el evento no querido haya sido *previsto como posible*.

La teoría de la acción finalista, intentando superar las contradicciones de las corrientes mencionadas, ha explicado lo que

(36) FINZI Marcello, "El Delito Preterintencional", pág. 109 y ss.

para ellos -los finalistas- es la correcta naturaleza y estructura, tanto del delito doloso, como del culposo, al entender que lo característico *del doloso* (conocer y querer la realización del tipo), falta en *el culposo*; por lo que resulta evidente que no es correcto llamar doloso ni castigar como tal, un hecho que no lo sea plenamente.

De igual forma, se ha dicho, en el mismo plano de comprensión, que es inapropiado hablar de una eventual mezcla de dos conceptos (dolo y culpa) no sólo distintos, sino *excluyentes*, para poder definir la naturaleza de la preterintención.

Conforme a todo lo expuesto, es dable afirmar que la controvertida discusión doctrinaria, dividida en corrientes tan discrepantes entre sí, presenta, como se ha visto, una diversidad de criterios centrífugos que, como lo expresa LUIS CARLOS PÉREZ, suscita un debate interminable sobre el tema. (37)

En este sentido, nosotros decimos que lo "interminable o no del tema", radica en la capacidad de argumentación confiable y racional que, conforme al planteamiento de una estructura jurídica coherente y objetiva, pueda ofrecerse, justas y oportunas soluciones a los casos concretos que surgan por motivo de la aparición de un delito preterintencional como resultado del fenómeno humano dentro de nuestra viva realidad social cotidiana.

(37) citado en la obra de MTZ. RINCONES, "El Delito Preterintencional". pág. 33.

Es indudable que no por el simple hecho de que sean *pocos* y, posiblemente escasos los asuntos en que aparece -o tiene lugar- la preterintencionalidad; no por ese sólo hecho, podemos dejar de reconocerlos y procurar su justa solución. Y aunque la ley penal no contemple *formalmente* a la preterintención, será suficiente que un sólo caso no sea planteado y resuelto conforme a la aplicación estricta del *principio de justicia*, para que seamos víctima de una grave falla del "*sistema*" de legislación penal, específicamente en materia de culpabilidad.

CAPITULO III.

EVOLUCIÓN DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

A principios del siglo XIX, en México, ya como nación independiente, *el Estado de Veracruz*, lanzó una iniciativa legislativa, tomando como modelo el Código Penal Español de 1822, -haciéndole algunas modificaciones-, y promulgó el 28 de abril de 1835, el primer Código Penal Mexicano.

III.1. CÓDIGO PENAL DE 1871.

Sin embargo, a partir del Constituyente de 1857 y de algunas de las siguientes legislaciones, se sentaron las bases para cumplir con la urgencia de la época, esto es, de abocarse a la tarea *codificadora*.

Por su parte, en el año de 1867, al ocupar la capital de la República el entonces Presidente Benito Juárez habiendo otorgado la dirección de la Secretaría de Instrucción Pública al *Licenciado Antonio Martínez de Castro*, fue éste quien procedió a organizar y presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal Federal mexicano, en el año de 1871. Este tomó como ejemplo inmediato, el Código español de 1870, y en cuanto a lo demás, ésta Comisión siguió la opinión de Ortolán, respecto a la parte general de los libros I y II; y a Chauveau y Hélie para la parte especial contenida en

el libro III. Siendo así, se precisa que dicho Código Federal de 1871 responda a las necesidades de la época, conteniendo un clasicismo jurídico-penal con retoques de correccionalismo, compuesto de 1151 artículos de los cuáles uno es transitorio.

Para su época, este Código presenta dos novedades particulares, como lo fue el *delito intentado* que no es más que *un delito que por los medios que se pretenden usar para su realización, este será irrealizable*; y otro aspecto novedoso lo representó la *libertad preparatoria* la cual constituyó para su tiempo un gran progreso hasta el año de 1929.

III.2. CÓDIGO PENAL DE 1929.

En 1925 fueron designadas nuevas Comisiones Revisoras, las cuales concluyeron sus trabajos en el año de 1929. Es así como logró promulgarse el Código Penal -en ese año-; conteniendo 1233 artículos, con sus correspondientes transitorios.

Es una opinión generalizada, la circunstancia de que éste Código, padecía de graves deficiencias de tipo técnico, así como en su redacción y estructura -constantes reenvíos, duplicidad de conceptos y hasta contradicciones flagrantes-, lo cual dificultó su aplicación práctica.

El mérito principal del Código de 1929, fue el de proyectar de manera irreversible, la integral reforma penal mexicana, abriendo nuevos cauces legales para las corrientes doctrinarias modernas de la época, dentro del derecho penal.

III.3. CÓDIGO PENAL DE 1931. *

Respecto a este Código de 1931, podemos señalar, siguiendo lo anotado por el maestro FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA que obedeciendo a un deseo generalmente manifestado en diversos sectores del pensamiento mexicano, el propio Licenciado Portes Gil, como entonces Secretario de Gobernación, organizó una Comisión Revisora que se encargara, no de llevar adelante una simple depuración del Código de 1929, sino de *su total revisión*.

* Abundaremos su estudio en el *Capítulo IV*

Así fue como *nació el Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931*, mismo que -apesar de sus múltiples reformas- aún continúa *vigente en nuestro país*.

Las orientaciones que normaron los trabajos de dicha Comisión Redactora -*rumbo al Código de 1931*- fueron los siguientes:

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar *íntegramente* la construcción

de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia *ecléctica y pragmática*, o sea, práctica y realizable. La fórmula: "no hay delitos, sino delincuentes", debe completarse así: "no hay delincuentes, sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales..." (1)

El Código de 1931 en su texto original, respecto a su dirección interna presentó importantes novedades: Mantuvo abolida la pena de muerte, justificó la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios *mínimos y máximos para todas las sanciones*, que fueron técnicamente perfeccionados; la inclusión de la *condena condicional*, la *tentativa punible*, el delito de *encubrimiento*, la *participación* en la comisión de los delitos, así como algunas *excluyentes*, y se perfeccionó el carácter de *pena pública de la multa y de la reparación del daño*.

Por otro lado, ante la opinión generalizada de que el recién instrumento legislativo era el adecuado para la moderna Política Criminal del país en aquella época, se decidió, a través de la *Convención Nacional de Lucha contra la Delincuencia y la Unificación de la Legislación Penal*, en el año de 1936, el que se acogiera como Código Penal *Tipo* -para toda la República- el

(1) FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA, "El Código Penal Comentado", Edit Porrúa, México 1989, pág. 24.

promulgado y puesto en vigor desde 1931; incluso, se acordó que la denominación de Código debía ser suprimida para su uniformidad en todas las entidades federativas, por el de *Código de Defensa Social*, pero, no obstante ello, dicho cambio de denominación no fue llevado a la práctica, a diferencia de algunos Estados de la República.

Para ir enfocando el tema central de nuestro estudio, sirve como antecedente, el "*Decreto de Promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*", suscrito el 20 de mayo de 1981. (Abierto a firma en la ciudad de Nueva York, en Estados Unidos de Norteamérica, el día 19 de diciembre de 1966). El cual fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión -en México- el día 18 de diciembre de 1980, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1981; que en su texto correspondiente a su Artículo 14, inciso segundo, establece:

Toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se "presuma su inocencia, mientras no se pruebe la culpabilidad conforme a la ley."

De igual manera, se tiene como precedente la "*Convención Americana sobre Derechos Humanos*", adoptada en San José, Costa Rica el día 22 de noviembre de 1969; aprobado en México por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, y publicado según decreto el día 9 de enero de 1981 en el Diario

Oficial de la Federación; que en su Artículo 8º, inciso 2, sobre Garantías Judiciales señala:

"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

III.4. CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1944.

Comenzaremos con el análisis de este Código Estatal, en virtud de ser el primero en establecer y regular *formalmente* la preterintencionalidad dentro del Derecho Penal mexicano.

Este **Código Penal del Estado de Veracruz** contempla la preterintencionalidad en su *artículo 6º*, donde se establece que *"existe preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa en relación al daño causado."*

Y en su artículo 56 la ley veracruzana prevé que los delitos de tentativa y los preterintencionales, serán sancionados atendiendo a lo dispuesto por el artículo 50, tomándose como base la sanción correspondiente al delito si *hubiese sido intencional*.

Este *Código de Defensa Social veracruzano del año de 1944*, fue el primer Código mexicano que reglamentó -para muchos debidamente- la preterintencionalidad como una suma de dolo y culpa.

El contenido de éste artículo 7º dio lugar a que JIMÉNEZ DE ASÚA comentara que, "el profesor PORTE PETIT al redactar el Código de Defensa Social para el estado de Veracruz-Llave, compuso una fórmula en que la preterintención funciona como *mixtura de dolo y culpa*, pero especifica que, no sólo se incluye la *culpa simple* (no haber previsto lo previsible), sino también la *culpa consciente* (haberse presentado el efecto más grave, sin ratificarlo), concluyendo el maestro hispano: "Quede constancia de este importante criterio, pues más adelante nos ocuparemos del problema". (2)

Por su parte, RAMÓN PALACIOS al estudiar el delito preterintencional en el Código de Defensa Social veracruzano, afirma que "la definición del delito ultraintencional dada por el Código de Defensa Social de Veracruz-Llave, vigencia suspendida, es innovación en materia legislativa, dentro de los límites del país", agregando, "que la fórmula de PECO, de PORTE PETIT y de JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, resisten airosamente cualquier objeción, con la circunstancia notoria, de que Porte Petit ha aclarado hasta el último resquicio el alcance del delito preterintencional..."; finalizando

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, Edit. Losada, Buenos Aires, pág. 46-47.

este jurista -como ferviente admirador de Porte Petit-: "En una palabra: el delito ultraintencional, realmente sin asilo en las leyes penales de México, lo halló cumplidamente en la legislación veracruzana, tanto en definición como en penalidad, por el amplio arbitrio judicial concedido por las normas relativas.." (3)

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

En su *artículo 7º*, este proyecto de legislación penal, establece que el delito preterintencional es el que "se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado".

Con motivo de una exposición doctrinal sobre dicho Proyecto, se manifestó: "La Comisión trató de elaborar una fórmula, lo más acertada posible, del delito preterintencional, que constituye una hipótesis antípoda de la tentativa -como dice CARNELUTTI-, puesto que es la tentativa "un delito *más acá* de la intención y la preterintencionalidad un delito *más allá* de la intención.

Nos comenta LÓPEZ BETANCOURT que la necesidad de la definición de este delito era impostergable, por las continuas críticas dirigidas a la fracción II, del artículo 9º, del Código Penal vigente en aquella época. Al fijar con la reforma su naturaleza, se

(3) Citado por LÓPEZ BETANCOURT, -otro gran admirador de PORTE PETIT- en su obra *Imputabilidad y Culpabilidad*, Edit. Porrúa, pág. 112.

rechazó el criterio que lo consideraba como delito doloso, recogiendo el que se apoya en una mezcla de dolo y culpa; el otro criterio debe ser rechazado, no obstante que en ocasiones ha sido sostenido por nuestros *Tribunales*, recibiendo con justicia las más acerbas críticas... Con la tesis aceptada por la Comisión, se realizó una labor de saneamiento, imposibilitando la aplicación de aquella corriente que lo considera como calificado por el resultado, evitando caer en el error de negar el subjetivismo penal, al imputar al sujeto el caso fortuito. En este aspecto puntualiza SEBASTIÁN SOLER que "la más sana doctrina ha aclarado bien, que en tales figuras no se trata de aplicar un principio de responsabilidad objetiva, y por eso se requiere que ese resultado que no debía razonablemente ocurrir, pudiera sin embargo, suceder de manera que solamente sea cargado en la cuenta del autor del hecho doloso básico, cuando en algún modo pueda afirmarse, además de la vinculación causal objetiva, cierta referencia subjetiva culposa." (4)

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

En este documento se dispone en su *artículo 8º* que: "son preterintencionales los delitos, cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría.

(4) *Exposición doctrinal* del Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, en la obra "Hacia una reforma del sistema Penal", pp. 134-137. Cuadernos 21, del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

En la *Exposición de Motivos* de este Proyecto se señala, que "el delito preterintencional se elaboró estimándolo una *mezcla de dolo y culpa*; dolo en cuanto al resultado querido y culpa respecto al resultado producido, comprendiéndose en la última, las formas de culpa con y sin representación, y rechazándose por tanto, las teorías que ven en el delito preterintencional un delito doloso o calificado por el resultado".

III.7. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL TIPO PARA LA REPÚBLICA MEXICANA DE 1963, ELABORADO POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.

Este Proyecto, en su *artículo 14*, determina, que el delito es preterintencional, cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se produciría.

Estableciéndose, a su vez, en el *artículo 64*, que "al responsable de un delito preterintencional se le aplicará prisión hasta las tres cuartas partes de la sanción que correspondería imponer al delito producido, si hubiese sido doloso y multa de trescientos a seis mil pesos".

En su correspondiente *Exposición de Motivos* se precisó: "En cuanto al delito preterintencional, se vio la necesidad de hacer una

alusión al mismo y dotarlo de un contenido acorde a su naturaleza, que excluyera el criterio de considerarlo como doloso o como calificado por el resultado; tesis éstas que demuestran, en un caso el desconocimiento de su propia naturaleza, y en el otro, el olvido de la culpabilidad, la cual concurre, con referencia al resultado mayor producido, si se acepta que el delito preterintencional es una *mezcla de dolo y de culpa* cuando se produce un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél no fue previsto siendo previsible o cuando, habiendo sido previsto, se creyó que no se produciría. Debe observarse que en este artículo 14 se hace referencia no solamente al resultado querido sino al 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 un resultado, produciéndose uno mayor que previó con la esperanza que no se produciría o que no previó siendo previsible.

En la obra de LÓPEZ BETANCOURT, se reseña que de acuerdo con *la legislación vigente en esa época*, a la preterintencionalidad se le considera como dolosa, al establecerse que *la presunción de que un delito es intencional*, no se destruirá aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, *si éste fue consecuencia 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 (artículo 9º, fracción II), dando lugar, a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableciera: "En el

sistema del citado ordenamiento, se califica como dolosa una lesión aún cuando el daño sea mayor en relación con el propósito del agente y es que la ley considera que existiendo una voluntad inicial lesiva, debe estar el sujeto (expuesto) a las consecuencias de su conducta. Puede afirmarse que en tal sistema, el dolo comprende una voluntad inicial de daño y que se califica de dolosa la consecuencia que produzca mediante esa voluntad, independientemente de que el resultado coincida o no con el propósito, pues el reproche a los procesos psicológicos causales del delito, es una cuestión cualitativa y no cuantitativa." (5)

Es oportuno llamar la atención sobre la circunstancia de que en los proyectos de Código Penales a partir del año de 1949, de 1958, de 1963 y el propio proyecto de reformas de 1983, ha participado el jurista mexicano CELESTINO PORTE PETIT, en particular en el tema que nos ocupa. Sin embargo, podemos afirmar categóricamente con toda seguridad que -nosotros-, *en términos conceptuales y específicos, "no compartimos la definición ni la estructura del delito preterintencional planteada y sustentada por el maestro PORTE PETIT y sus seguidores"*.

No obstante lo anterior, reconocemos su esfuerzo y dedicación para lograr implantar en el ámbito legal mexicano, la conceptualización de la preterintención como tercera forma "autónoma" de culpabilidad en el derecho penal.

(5) Revista mexicana de Derecho Penal, número 30, diciembre de 1963, pp. 20.21, México. ; Boletín de Información Judicial XI, pp. 300-301.

III.8. CÓDIGOS PENALES DE ALGUNOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA.

III.8.1. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA. (6)

Art. 8º.- *Concepto de delito.*- Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se le atribuyen una o varias sanciones penales.

Art. 39.- *Concepto de culpabilidad.*- La culpabilidad es la contradicción entre el comportamiento anímico y el implícitamente exigido por la ley.

Art. 40.- *Formas de culpabilidad.*- Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descrito, si no se ha realizado con dolo, culpa o preterintencionalidad.

Art. 41.- *Concepto de Dolo.*- El dolo es la voluntad de contenido típico. El dolo se presume, salvo prueba en contrario.

Art. 43.- *Concepto de Culpa.*- Se obra con culpa cuando habiéndose previsto el resultado típico, se confió en que no se produciría; cuando no se previó, siendo previsible, o se causa por impericia e ineptitud.

(6) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila*, 2ª edición, México: Editorial Porrúa, 1992.

Art. 44.- *Concepto de Preterintencionalidad.*- Obra en forma preterintencional el que cause un resultado mayor que el querido o aceptado, si aquel se produce en forma culpable.

Art. 121.- *Sanción para el delito Preterintencional.*- El delito cometido en forma preter-intencional se castigará con prisión de tres días y multa de cien pesos hasta las tres cuartas partes al delito si hubiere sido doloso. Si tuviera señalada pena alternativa o no corporal, está situación aprovechará al sentenciado.

III.8.2. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO. (7)

Art. 6.- Los delitos pueden ser:

I. Intencionales o,

II. Culposos.

El delito es intencional cuando se quiere o se acepta el resultado. El delito es culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría o en casos de impericia o falta de aptitud.

(7) *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero*, 1ª edición, México: Editorial Chilpancingo Editores, 1983.

Art. 7.- La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó; si 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.

III.8.3. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE JALISCO. (8)

Art. 5º.- Delito es el acto u omisión que concuerda exactamente con la conducta que, como tal, se menciona expresamente en este Código o en las leyes especiales de Estado.

Art. 6º Los delitos pueden ser:

I. Dolosos,

II. Culposos.

Es doloso, cuando el agente quiere que se produzca total o parcialmente el resultado o cuando actúa, o deja de hacerlo, pese

(8) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco*, 3ª edición, México: Editorial Porrúa, 1993.

al conocimiento de la posibilidad de que ocurra otro resultado cualquiera de orden antijurídico.

Es culposo, cuando se comete sin dolo, pero por imprudencia o negligencia.

III.8.4. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO. (9)

Los C.C. Diputados de la XLIX Legislatura del **Estado de México**, discutieron sobre una iniciativa de reformas del Código Penal para su Entidad Federativa. De lo anterior, se tuvo como resultado que, el día 22 de diciembre de 1985, en la ciudad de Toluca, el entonces Gobernador Constitucional del Estado de México, Licenciado Alfredo del Mazo, promulgó el Decreto número 53.

En la Exposición de Motivos para el Código Penal mexicano en cuestión, se estableció que ... *"Ha imperado la idea de que cualquier sanción debe ser justa y acorde a una realidad tangible y consecuente con los requerimientos contemporáneos..."*

Asimismo, en la parte conducente -de interés para el presente estudio-, se señaló: "...Como parte de la clasificación de los delitos, se incluyen en el Artículo 7º, los *preterintencionales* que

(9) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México*, edición oficial, México: Editorial Cajica, 1991.

actualmente no contempla el Código Penal; ilícitos que se originan, cuando el **medio empleado no sea el idóneo para causar el resultado**. Con ello, se colma una laguna del actual Código, porque es necesario distinguir de los delitos culposos o dolosos, los preterintencionales para los efectos de **aplicación de la pena** y no se deje al arbitrio judicial o a la imperfección de un procedimiento, la aplicación justa y equitativa de las sanciones a quienes delinquen originando un resultado distinto y no deseado..."

Y más adelante se establece en el mismo Decreto que fue "...*El espíritu humanístico* que ha inspirado al presente proyecto..." de Código Penal para el Estado de México.

En su Artículo 7º el citado Código Penal *mexiquense*, establece que:

"Los delitos pueden ser:"

- I. Dolosos,
- II. Culposos, y
- III. Preterintencionales.

El delito es **doloso** cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión.

El delito es **culposo** cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

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

De igual forma, en su artículo 66 establece:

"Al responsable de delito preterintencional, se le aplicarán hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería si el delito hubiese sido doloso."

III.8.5. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS. ⁽¹⁰⁾

Art. 7.- Los delitos pueden ser:

I. intencionales y

II. No intencionales o cometidos por imprudencia.

(10) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos*, edición oficial, México: Editorial Cajica, 1991.

Se considera que hay imprudencia cuando una acción u omisión producen resultado dañoso y previsible, si su autor no lo evita por negligencia, impericia, imprevisión o falta de reflexión y de cuidado.

Art. 8.- La intención se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción establecida no se destruye con prueba de alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el acusado no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo intención genérica de causar daño,

II. Que no se propuso causar el daño que resultó si este fue consecuencia necesaria y directa de su acción delictuosa; o si pudo haber previsto esa circunstancia, por ser efecto ordinario de su acción u omisión intencional, y normalmente puede suponerla cualquier persona de sus mismas condiciones.

III.8.6. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN. (11)

Art. 27.- "*Culpabilidad*".- Nadie puede ser penado por un hecho legalmente descrito si no lo hubiere realizado con dolo, salvo los casos expresamente previstos por la ley.

(11) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León*, 2ª edición, México: Editorial Porrúa, 1989.

Art. 28.- Obra con dolo el que quiere el hecho legalmente descrito y acepta el resultado, así como el que lo acepta previéndolo al menos como posible.

Art. 29.- Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales, como imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.

Asimismo en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce con la confianza de poder evitarlo.

Art. 30.- El delito es preterintencional cuando el resultado excede la intención del agente.

Art. 31.- Las conductas preterintencionales y culposas serán punibles en los casos específicamente determinados por la ley.

Art. 81.- A los responsables del delito preterintencional, se les impondrá prisión de tres días hasta la mitad de la sanción que debiera imponérseles en caso de que fuera delito intencional.

III.8.7. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA. (12)

Art. 6º.- Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales,
- II. Culposos y,
- III. Preterintencionales.

Existe preterintencionalidad, cuando se causa daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido, con relación al daño causado.

Art. 72.- A los delitos preterintencionales se les aplicará la sanción de seis a 15 años de prisión, si se trata de homicidio. En los casos de lesiones, se sancionarán hasta con las dos terceras partes que correspondan para el delito intencional.

(12) *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca*, 3ª Edición, Editorial Cajica, Puebla, 1991.

III.8.8 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA. (13)

Art. 11.- Delito es el acto o la omisión que sancionan las leyes de defensa social.

Art. 15.- El delito es preterintencional si se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo, respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado.

Art. 16.- No es delictuoso el daño causado sin intención ni culpa.

Art. 93.- El delito preterintencional se sancionará con multa y prisión o sólo con ésta o aquélla, según la o las sanciones que corresponderían al delito si fuere intencional, pero el término máximo será, en ambas, las dos terceras partes, y el término mínimo de tres días la prisión y del importe de tres días de salario la multa.

(13) *Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla.* Puebla: Editorial Cajica, 1991.

III.8.9. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO. (14)

Art. 14.- En orden a la culpabilidad los delitos son:

- I. Dolosos
- II. Culposos
- III. Preterintencionales.

Obra dolosamente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley.

Obra culposamente el que realiza el hecho típico que no previó siendo previsible o previó confiando en poder evitarlo, infringiendo un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Obra preterintencionalmente el que causa un daño que va más allá de su intención y que no ha sido previsto ni querido.

Art. 79.- Al responsable de un delito preterintencional se le aplicará de tres meses hasta las tres cuartas partes de la pena que correspondería al delito si fuese doloso.

(14) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro.* México: Editorial Porrúa, 1990.

Las demás penas o medidas de seguridad se aplicarán hasta las dos terceras partes de las correspondientes al delito doloso, en cuantía o duración

III.8.10. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA. (15)

Art. 6º.- Atendiendo al grado de culpabilidad los delitos pueden ser:

- I. Dolosos ó intencionales.
- II. Culposos ó imprudenciales,
- III. Preterintencionales,

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

Art. 66.- *Aplicación de sanciones para los delitos preterintencionales.*- El delito preterintencional se sancionará hasta las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional.

(15) *Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Sonora, Con sus Reformas*, 3ª edición, Puebla: Editorial Cajica, 1992,

III.8.11. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS. (16)

Art. 18.- Atendiendo a la culpabilidad, los delitos pueden ser:

I. Dolosos.

II. Culposos

III. Preterintencionales

Art. 19.- Es doloso cuando se quiere o acepta el resultado previsto por la ley.

Art. 20.- Es culposo cuando se realiza con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, asimismo, cuando habiéndose previsto el resultado, se confía en que no sucederá.

Art. 21.- El delito es preterintencional cuando el resultado excede la intención del agente.

Art. 22.- Las formas de culpabilidad serán aplicadas a los casos específicos determinados por la ley.

Art. 78.- A los responsables por la comisión de un delito preterintencional, se les impondrá prisión de la mitad del mínimo

(16) *Código Penal para el Estado de Tamaulipas*. Editorial Porrúa, 1990

hasta la mitad del máximo de la sanción prevista para el delito doloso.

III.8.12. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ-LLAVE.

Art. 9º.- El delito puede ser realizado por acción u omisión.

Art. 10º.- El resultado será atribuido al agente cuando fuere consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiera sobrevenido en virtud de un acontecimiento extraño a su propia conducta.

Art. 14. Nadie puede ser sancionado por una conducta o hecho legalmente descritos, si no se han realizado con dolo, culpa o preterintencionalidad.

Art. 17.- Existe preterintencionalidad cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si aquel se produce en forma culposa.

Art. 67.- Al responsable de un delito preterintencional se le aplicarán prisión de un mes a nueve años y multa hasta de ciento veinte veces el salario mínimo, atendándose a lo que dispone el art. 65 a la sanción que le corresponda al delito si fuese doloso.

III.8.13. CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN. (17)

Art. 5º.- Constituye delito toda conducta humana activa u omisiva, antijurídica, típica, imputable, culpable, punible y sancionada por las leyes de defensa social.

Art. 6º.- Todo acusado será tenido como inocente mientras no se pruebe que cometió el delito que se le imputa y que él lo perpetró.

Art. 7º.- Los delitos pueden ser:

I. Dolosos

II. Culposos

III. Preterintencionales.

Art. 8º.- Delitos dolosos son los que se cometen con conocimiento o no de que el hecho u omisión en que consisten son delictuosos, pero con la voluntad, propósito o intención de efectuar esa conducta criminosa.

El delito se presume salvo prueba en contrario.

(17) *Códigos de Defensa Social y de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Yucatan*, 2ª edición, México: Editorial Porrúa, 1991.

Art. 10.- Son delitos culposos los que se cometen por imprudencia, imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y con los que se causa igual daño que con un delito doloso.

Art. 11.- Son delitos preterintencionales, aquellos en los que la conducta dolosa del agente produce un resultado más grave que exceda de la intención del infractor y que sea consecuencia de dicha acción criminosa.

Art. 80.- Los delitos preterintencionales se sancionarán con prisión de un año hasta las tres cuartas partes del máximo de la sanción establecida por el delito intencional.

CAPÍTULO IV.

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL (DE 1931). *

IV.1. TEORÍA QUE ACEPTÓ EL ORIGINAL "CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL".
(TEXTO ORIGINAL)

El *Código Penal* -aún vigente en nuestro país-, fue expedido por el señor Pascual Ortiz Rubio, entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la Sección Tercera del "Diario Oficial" del 14 de agosto de **1931**, corregido según las fe de erratas publicadas en el mismo Diario de fecha 31 de agosto y 21 de septiembre de ese mismo año.

Es así que, a partir de 1931, *originalmente* el citado Código en su *Capítulo I* denominado "*Reglas generales sobre delitos y responsabilidad*", del Título Primero (Responsabilidad Penal), a su vez, del Libro Primero, en el *Artículo 8º* se establecía:

"Los *delitos* pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- No intencionales o de imprudencia....

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

Por su parte, el Artículo 9º señalaba que:

"La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario...

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

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

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

A este respecto, es sabido que la doctrina mexicana en general, ha criticado y reprobado esa **"presunción de intencionalidad**

delictuosa" que contenía este anterior *Artículo 9º* del Código Penal desde su texto original.

Tiene gran trascendencia conceptual y práctica, el que nuestra legislación penal -originalmente- atribuyera, a los efectos delictivos producidos de forma *preterintencional*, una *presunción de haber sido cometidos "dolosamente"*, según se desprendía del citado Artículo 9º fracción II; lo que resultaba, con toda seguridad, totalmente inapropiado y falto de precisión, pues **sancionaba como dolosos**, hechos o resultados típicos cometidos *preterintencionalmente*.

IV.1.1 PRESUNCIÓN DE DOLO.

Como ya señalamos, el multicitado artículo 9º establecía que *la intención delictuosa se presumía*, salvo prueba en contrario.

Para GARRIDO y CENICEROS, la importancia de esta presunción *juris-tantum* que ya figuraba en el Código Español de 1822 (artículo 1º), en virtud de la cual el dolo se presume, salta a la vista, pues todo agente delictivo aparece ante la ley con la intención directa y clara de infringirla y en consecuencia, se robustece la posición del Ministerio Público y se delimita el campo de acción de las partes durante el proceso. (1)

(1) GARRIDO y CENICEROS, "La ley penal mexicana", Edit. Botas, México, 1934, pág. 40.

Por su parte, CARRANCÁ Y TRUJILLO, considera que la presunción de dolo constituye una *regla en verdad innecesaria*, sólo se está excluido de responsabilidad en los casos limitativamente enumerados en el mismo y sólo constituyen delitos no intencionales o de imprudencia los que, igualmente, encajan en la enumeración que el mismo Código Penal da de las imprudencias, tratándose además notoriamente de una regla procesal fuera de lugar en un código Penal, pero que no obstante, en vista del precepto transcrito, la sola enumeración de la regla general impone la necesidad inexcusable de que las resoluciones jurisdiccionales examinen en primer lugar, si la acción delictuosa deja subsistente la presunción de dolo o si, por el contrario, dicha presunción ha quedado destruida por *prueba suficiente*, pudiendo entonces tratarse de un delito culposo. (2)

El problema de la *presunción del dolo*, requiere -según SEBASTIÁN SOLER- un examen más detenido, porque erradamente circula con insistencia un aforismo cuyos alcances es preciso fijar: *facta lesione proes umitir dolo, donec probetur contrarium*. Explica SOLER, que sobre la base de que ordinariamente el efecto de la presunción consiste en invertir el *onus probandi*, se ha concluido en la afirmación de que la ausencia de dolo debía ser probada por el imputado, lo cual constituye un grave error, no ya desde el punto de vista de la ley de fondo, sino

(2) CARRANCÁ Y TRUJILLO, "Derecho Penal mexicano", Tomo I, 3ª edición, pág. 218.

del *procedimiento penal*, el cual no tiene por objeto la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de *la verdad*; inversión probatoria que no solamente no se ajusta a los principios de la prueba penal, sino que descuida el verdadero sentido de esa presunción. (3)

Entre los comentaristas españoles, FERRER SAMA, estima, que la declaración contenida en el párrafo segundo del artículo 8º, no puede ser calificada sino de verdadera presunción *juris tantum*, y establecida por el legislador ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo en muchos casos y en evitación de la impunidad a la punición a título de culpa de dichos casos dudosos, y que, como todas las presunciones, está basada en la realidad, o mejor dicho, en lo que constituye la regla general y su explicación ha de encontrarse en el hecho de que en la elección de los dos caminos que podían ser elegidos, el de probar la existencia del dolo al autor de la conducta o, por el contrario, el de que sea éste el que haya de probar en su descargo la falta de voluntariedad, la ley ha elegido el segundo.(4)

(3) Citado por LÓPEZ BETANCOURT, "Imputabilidad y Culpabilidad", Edit. Porrúa, pág. 53.

(4) FERRER SAMA, "Comentarios al Código Penal", Tomo I, pág. 29, citado por López Betancourt, pág. 53.; Ferrer Sama observa que el problema de si tal presunción ha de extenderse también al denominado dolo específico, por diferentes tipos penales como elemento de los mismos, no debe ser resuelto en términos generales, sino tratado en referencia a cada una de dichas modalidades delictivas.

La *evolución legislativa penal* en México en cuanto a la **presunción del dolo**, ha sido la siguiente:

En el Código Penal de 1871, en su artículo 9º, se señalaba, que "siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito. En los trabajos de revisión al Código Penal de 1871, artículo 9º, se establece que, "siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dañada intención, a no ser que se averigüe lo contrario o que la ley exija esa intención para que haya delito."

En la Exposición de Motivos de los trabajos de Revisión se dijo, que "el artículo 9º, que invariablemente ha sido entendido en el sentido de que establece los casos de presunción de que el delito es intencional (lo cual está confirmado por el artículo 10, que completa su teoría) y que por lo mismo se refiere a intención, para designar ésta emplea los términos de dolo e intención dolosa y de esa manera, por la combinación de los artículos 7º y 9º resulta la intención identificada con el conocimiento de la ley penal, con el dolo y con la intención dolosa. Por supuesto que hay elementos bastantes para demostrar que en el ánimo del legislador no existió tal identidad, a pesar de que ambos artículos se refieren a intención, y en ese sentido deben ser entendidos y aplicados; pero para evitar la confusión, se considera conveniente variar los términos, empleando claramente el de *intención*, que es el más propio, y el

de *ánimo*, que sí puede tenerse como su equivalente o sinónimo, sin impropiedad alguna."

El Código Penal de 1929, en su artículo 14, preceptúa, que "todo delito se presume intencional, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley exija la dañada intención para que aquél exista".

El Proyecto de Código Penal de 1930, en el artículo 9º, dispone que "toda violación de las leyes se presume intencional, salvo prueba en contrario."

El Proyecto de Código Penal de 1949, en el artículo 8º, expresa, que "la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario."

El Proyecto de Código Penal de 1958 para el Distrito y Territorios Federales, no incluyó la presunción de dolo, diciéndose en la Exposición de Motivos, que se suprimió la presunción de dolo que establece el artículo 9º del actual Código, porque además de ser una cuestión sumamente debatida, la práctica ha demostrado que tal regla resulta totalmente injusta.

El Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, no acogió la presunción del dolo, por considerarlo indebido.

La Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal Tipo antes citado al respecto: Después de haber valorado la comisión de las tesis existentes sobre este particular, la presunción del dolo no fue consignada. "Cabe recordar la brillante exposición que sobre este tema hace SEBASTIÁN SOLER; "este punto requiere, sin embargo, un examen más detenido porque erradamente circula con insistencia un aforismo cuyos alcances es preciso fijar; *facta laesione proesamitur dolo, donec probertus contrarium, Feuerbach*. Sobre la base de que ordinariamente el efecto de la presunción consiste en invertir el *onus probandi*, se ha concluido en la afirmación de que la ausencia de dolo debía ser probada por el imputado, lo cual constituye un grave error, no ya desde el punto de vista de la ley de fondo, sino del procedimiento penal, el cual no tiene por objeto la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de la verdad. Esa inversión probatoria no solamente no se ajusta a los principios de la prueba penal, sino que descuida el verdadero sentido de esa presunción." (5)

De lo anteriormente expuesto -señala LÓPEZ BETANCOURT-, se observa que hay dos tendencias:

- a) La que estima que debe existir *la presunción del dolo*, quedando por tanto *a cargo del acusado*, la carga de la prueba, es decir, que debe comprobar que

(5) LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, *"Imputabilidad y Culpabilidad"*, Edit. Porrúa, pág. 56.

el delito no fue doloso y robusteciéndose en esta forma la posición del representante Social.

b) Aquella que estima que no debe existir tal presunción legal, porque debe sujetarse a los hechos comprobados en el proceso y determinar si el delito fue doloso, culposo o preterintencional, o bien, si se está ante un caso fortuito o ante un aspecto negativo del delito.

Podría pensarse en una tercera tendencia, consistente en presumir al delito en forma culposa. Para que exista un delito debe comprobarse que estamos frente a una conducta o hecho; que haya adecuación de los mismos a los descrito por el tipo; que haya antijuridicidad; *culpabilidad*; condiciones objetivas de punibilidad en su caso, y por último, punibilidad.

Ahora bien, *en todo proceso debe estarse a la verdad real, a la comprobación de los hechos de acuerdo con las pruebas rendidas a tal efecto, para concluir si existe o no delito, y en caso de su existencia, determinar la forma de culpabilidad.* Por ello, -continúa LÓPEZ BETANCOURT- estamos totalmente de acuerdo con el criterio de que no debe presumirse el dolo, y no dejar a cargo del procesado la carga de la prueba, sino que el juzgador debe apoyarse con lo comprobado en autos y así concluir si un delito es doloso, culposo o preterintencional.

Las mismas razones -dice-, que hemos esgrimido para no aceptar la presunción del dolo serían, para tampoco admitir la presunción culposa, que constituye la segunda forma de la culpabilidad, con base en el psicologismo. (6)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido con respecto a la presunción de la culpa: "Tratándose de delitos culposos, la ley no autoriza presumir, el elemento moral -a diferencia de lo que ocurre en el caso de los delitos intencionales, a virtud de lo que dispone el artículo 9º del Código Penal-; por tanto, no es legal una sentencia que sancione a un encauzado a quien se imputen lesiones causada por imprudencia, a pesar que no se tengan elementos bastantes para acreditar que hubo en él un estado subjetivo de esa índole". (7)

Al referirse a la preterintencionalidad, *anterior a la reforma de 1983*, PAVÓN VASCONCELOS opina que, "resulta innegable que la ley recoge hipótesis de delitos preterintencionales, pero esto *no* equivale a sostener la admisión en nuestro derecho de la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, pues ambos asertos son distintos. (8)

(6) LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, obra ya citada, pág. 57.

(7) *Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXX, páginas 257-258, 5ª época.*

(8) PAVÓN VASCONCELOS, Manual de Derecho mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, México, 1967.

Las hipótesis que para nuestro tema interesan, planteadas por el artículo 9º, fracción II, (*La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias...*) del Código Penal antes de la reforma del año de 1983, son las siguientes:

1ª Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

2ª Que no se propuso causar el daño que resultó, si el imputado puede prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.

3ª Que no se propuso causar el daño que resultó, si el imputado pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.

4ª Que no se propuso causar el daño que resultó, si se trató de violar la ley fuere cual fuere el resultado.

Analizando las hipótesis de este precepto, encontramos que la frase, "*Que no se propuso causar el daño que resultó*", indica que el resultado o daño mayor no ha sido querido ni aceptado por el sujeto.

JIMÉNEZ DE ASÚA ha considerado, que "los intérpretes mexicanos, consideran que la fracción II del artículo 9º, de su

Código, trata los delitos preterintencionales, más ya he dicho -asegura-, que se legisla ahí sobre el <dolo de consecuencias necesarias> y <dolo eventual>, así como sobre <culpa con representación> o <previsión>, observando, que "el Código mexicano, con su típico y reiterativo sistema de afirmar y negar en sus definiciones, ha establecido, al dar el concepto del dolo, una serie de complementos definidores, uno de los cuales, como hemos visto, hace posible abarcar en su texto el dolo mediato (o de consecuencias necesarias). (9)

Con anterioridad a las reformas de 1983 (publicadas en 1984), el profesor PORTE PETIT, en su ensayo *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, expresaba que el Código Penal incluía las tres formas de culpabilidad: el dolo, en el artículo 7º; la culpa en el artículo 8º, y la *preterintencionalidad*, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, en la fracción II del artículo 9º, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza "mixta, regulada en el Código como dolosa, lo cual equivale a decir que el delito es intencional sin serlo. (10)

Es necesario reiterar el reconocimiento del mérito académico del profesor PORTE PETIT a su incansable esfuerzo por ver regulada "legalmente" en nuestro país, la figura del delito preterintencional.

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Buenos Aires, pág. 594.

(10) Cita en la obra del maestro CASTELLANOS TENA, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, pág. 238.

Sin embargo, consideramos que a pesar de este enorme esfuerzo, -el connotado profesor- ni siquiera logró desentrañar la esencia misma de la preterintención, no obstante que sí ratificó -lo cual nos parece acertado-, que es una tercera forma *autónoma* de culpabilidad. Tal parece que simplemente se adhirió a la corriente doctrinaria de "moda" aceptando a la preterintencionalidad como una mezcla de dolo y culpa.

Para RODOLFO CHÁVEZ SÁNCHEZ, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *era inexacto* que la fracción II del artículo 9 del Código Penal del Distrito Federal, considerara como dolosos a delitos carentes de ese carácter; el precepto exigía -comenta-, para la subsistencia de la presunción de dolo, que el resultado no querido fuera *consecuencia necesaria y notoria* del hecho u omisión, o bien, el agente hubiera previsto o podido prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión o estar al alcance del común de las gentes. Cuando el resultado no querido surge como efecto del actuar inicial (en donde el sujeto se propuso un daño menor), en ausencia de aquellas condiciones legales, no era de estimarse como doloso el evento efectivamente producido, en cuyo caso sólo deberían aplicarse las penas reservadas a la delictuosidad dolosa respecto al efecto deseado, pues el acaecido no surgió como *necesaria y notoria* consecuencia del hecho, ni era posible preverlo, por no ser efecto ordinario de aquél, ni estar, por ende, al alcance del común de las gentes.

Por su parte, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, también Ministro de la Suprema Corte, con base en las disposiciones del Derecho positivo, aseguraba que la Ley Penal del Distrito no contemplaba la preterintencionalidad, pues el artículo 8º sólo aludía al dolo y a la culpa y con una tendencia dogmática se advierte que en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo) o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa), *sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta*. No obstante ello, -refiere-, aún los Códigos que han incluido la preterintención, *siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales*, como acaece en la legislación veracruzana vigente, la cual para la punición de la tercera especie remite al dolo. Igual criterio sustentaba el Ministro Carlos Franco Sodi. (11)

IV.2. TEORÍA QUE ACEPTÓ LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, A PARTIR DEL DECRETO DE REFORMAS DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1983.

El entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, promulgó y publicó en el Diario Oficial de la Federación el día **13 de enero de 1984**, el Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas

(11) Citado por el maestro CASTELLANOS TENA en su obra: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 239.

disposiciones del *Código Penal* para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Decreto en el cual se estableció en su ARTÍCULO PRIMERO que *se reformaban los Artículos 8º, 9º, y 60*, entre otros, del Código Penal en cuestión, para entrar en vigor a los 90 días de su publicación.

Según el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, y el Informe de labores de la Procuraduría General de la República.(1982-1983), en la parte conducente se estableció lo siguiente:

"Durante el Período de Sesiones del Congreso de la Unión, comprendido entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 1983, el Presidente de la República presentó sendas iniciativas que adquirieron fuerza legal, y cuyo conjunto constituye, como se ha expresado en múltiples ocasiones, el cambio más importante incorporado durante las últimas décadas en el orden jurídico mexicano a propósito de la procuración y la administración de justicia...

En términos generales, *las reformas* han sido bien comprendidas y aplicadas. Esto ha permitido que el progreso jurídico se traslade verdaderamente a la realidad. Sin embargo, también ha habido dudas, interpretaciones discrepantes y aisladas resistencias. El balance es, con todo, *altamente positivo*. La experiencia ha

permitido identificar otros temas que ameritan revisión legislativa, así como puntos que también será preciso atender para consolidar los avances logrados....

Esto es, como consecuencia de la Consulta Nacional y durante el período de sesiones del Congreso de la Unión correspondiente a 1983, fue reformado, a fondo, el Código Penal....

En el conjunto de las numerosas modificaciones incorporadas para actualizar el sistema punitivo, siempre concebido como último recurso del control social, figuran *-entre otras-*, la siguiente: *"racionalización de los principios sobre culpabilidad en materia penal..."*

Por tal motivo, *a partir del año de 1984*, el Artículo 8º estableció que:

"Los delitos pueden ser:

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

Asimismo, el Artículo 9º definía:

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

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

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

A este respecto, el jurista mexicano Dr. CELESTINO PORTE PETIT, al comentar las reformas y modificaciones del Decreto en cuestión, señaló que "teníamos más de 50 años soportando con acopio de paciencia, la *presunción de intencionalidad* contenida en el artículo 9º del Código Penal; *aberración jurídica que con las reformas ha sido abolida...* Por lo que, a partir del presente Decreto, el dolo, la culpa y la *preterintencionalidad* deben ser probadas, mientras tanto, el individuo se presumirá inocente".

CARLOS MADRAZO, abogado mexicano, también comentó que probablemente podamos asegurar que *el principal mérito de la modificación del artículo 9º* estriba en haber suprimido tal presunción de culpabilidad, principio contrario a los criterios propios de un estado de derecho, que pretenda implantar un sistema de prevención general en materia de política criminal. (12)

(12) MADRAZO Carlos, *La reforma penal*, (1983-1985) Editorial Porrúa, México, pág. 108 y 109.

En relación a este tema de la -innovadora- *reforma* que se promulgó y publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, el maestro RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO afirma que *la ley ya no presume juris tantum* el dolo, conforme al Decreto de dic. 30, 1983 (D.O. núm. 10 de ene. 13, 1984) y en su obra comenta que, parecería suficiente que el legislador nos dijera nada más, que hay, dos grados básicos de culpabilidad, el dolo y la culpa. No contento con esto, ha añadido la preterintencionalidad, rebasando la sencillez y concreción de la fórmula inicial. Pero el colmo -señala- es que ahora el legislador nos dicte o pretenda dictar *una clase* de Derecho Penal al precisar aquellos conceptos -tarea que es típicamente teórica-.

Lo lamentable es -precisa el citado autor- que tal clase, con la que coarta y reduce arbitrariamente la función interpretativa del juez, esté *plagada de confusión*. En efecto, en la parte primera de este precepto habla de *obrar intencionalmente* -se refiere sin duda al obrar doloso- pero en la parte segunda sólo habla del *obrar imprudencialmente* (suponiéndose que aquí quita la intención, lo cual no es correcto). La novedad más importante consiste en que desaparece la presunción legal de dolo que de acuerdo con la regla derogada era una presunción *juris tantum*, o sea, que admitía prueba en contrario.

El propio RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO reconoce que el hecho es que *hay delitos que no pueden ser culposos y los hay que no pueden ser dolosos*. En tales condiciones uno se pregunta si la

nueva ley resuelve este problema. *La respuesta es que ni siquiera lo toca.* Y uno se pregunta también -dice- en qué estorbaba la presunción *juris tantum* del dolo, ya que si admitía prueba en contrario, resolvía obviamente el problema planteado. Yo entiendo además -señala CARRANCÁ Y TRUJILLO-, que de acuerdo con las posiciones más avanzadas en nada contraponía a los preceptos constitucionales en la materia. Reconozco -asegura- por supuesto, que el anterior es un punto de vista como lo es también el haber eliminado del Código Penal aquella regla.⁽¹³⁾

Al tratar específicamente el tema de la preterintencionalidad, el citado penalista mexicano comenta que su primera observación consiste en refutar -desde su punto de vista- el elemento de apoyo de la definición, o sea, *el resultado típico al que se refiere la ley.* Este autor afirma: *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.*

Ahora bien, a propósito de todas las definiciones que viene dando el legislador, precisa que, la de la preterintencionalidad carece de rigor técnico y lógico, pues ésta reduce la preterintención a la imprudencia, ya que el Código señala: *"si el resultado se produce por imprudencia".*

(13) RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, "Derecho Penal Mexicano", Parte General, Edit. Porrúa, pág. 226 y s., México, 1991.

En el mismo orden de ideas, -asegura CARRANCÁ- si la memoria no me falla y desde Impallomeni en el siglo XIX, pasando luego por Finzi y Jiménez de Asúa en el 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"*. Aunque hay doctrina en la que estos elementos parecen invertirse; se habla también de un propósito doloso y de un resultado culposo. *¿Cuál es la verdad? ¿Cuál puede ser? ¿Corresponde a la ley explorar ese terreno? El legislador lo hace yendo más allá de la propia naturaleza de una definición puesto que altera la substancia de la cosa definida, incurriendo así en falta de claridad*

IV.2.1. COMO MEZCLA DE DOLO Y CULPA.

El maestro PORTE PETIT, al impulsar *el proyecto de reformas de 1983* para el Código Penal comentó que la preterintencionalidad no es dolo ni culpa, sino es *una suma de ellos, "con iniciación dolosa y terminación culposa*. De ahí su ***necesaria autonomía y especial sanción.***"

Es oportuno referir, sin embargo, que ***El Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1983***, en el cual

participó PORTE PETIT, -al igual que en muchos otros proyectos anteriores-, en su artículo 11 preceptúa:

"Obra preterintencionalmente el que causa un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél se produce culposamente."

El jurista mexicano EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT -fiel seguidor de don Celestino Porte Petit-, expone que en la preterintencionalidad no se realizan varios tipos penales, sino *uno sólo*, porque el sujeto queriendo cometer un resultado determinado, causa uno mayor que no ha querido, lo que demuestra que se ha producido solamente un resultado, que es el mayor, que *previó con la esperanza de que no se efectuaría*, o bien, que *no previó siendo previsible*, dándose una *suma de dolo respecto al resultado querido, y culpa con relación al resultado producido*. (14)

Por nuestra parte, estamos de acuerdo, *sólo de manera parcial*, con lo aducido por el profesor PORTE PETIT, en el sentido de que *la preterintencionalidad no es dolo ni culpa*. Por supuesto, si existe preterintención, no puede, por ende, existir bajo ningún aspecto dolo ni mucho menos culpa.

(14) LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, "Imputabilidad y Culpabilidad", Edit. Porrúa, México, 1993, pág.97.

De igual forma, aceptamos la necesidad -jurídica-, de considerar a la preterintencionalidad como una forma de culpabilidad **autónoma** que requiere, en consecuencia, de **especial sanción**.

Peró lo que *definitivamente no aceptamos* por ningún motivo, ni bajo ningún argumento, es lo también afirmado por dicho profesor -así como por tantos otros autores-, en el sentido de pretender definir a la preterintención como una suma de dolo y culpa, a saber -dicen-, con iniciación dolosa y terminación culposa.

Es por ello, que *tampoco aceptamos* la definición que establecía el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 9º tercer párrafo, según se reformó por Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" de 13 de enero de 1984, puesto en vigor a los 90 días de su publicación para quedar como sigue:

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

Tal parece que los creadores de ésta reforma -*sean legisladores o no*-, se aferraron, en su momento, a la idea de que la preterintencionalidad, encajaba en la muy forzada hipótesis de la supuesta combinación de dolo y culpa, -dolo en la conducta y culpa en el resultado-, o, en el peor de los casos, se limitaron simplemente a hacer una "*estricta imitación*" de la corriente u opinión doctrinaria de "*moda*".

Nosotros argumentamos que, a pesar de que el delito preterintencional se *inicia* con una *acción intencional* (dolosa) a cargo del sujeto, no por ese sólo hecho debemos introducir -en la definición del delito preterintencional-, la significación y alcance específicos del dolo como forma de culpabilidad. Es de evidente y elemental apreciación jurídica que el dolo tiene elementos y características que le son propios, *íntegramente distintos de la preterintencionalidad*. *

En este sentido, reiteramos nuestra postura: "nada tiene que hacer, en dicha definición legal, el concepto de imprudencia. Es decir, es una aberración jurídica el incluir *arbitrariamente* a la culpa como forma -a su vez-, también autónoma de culpabilidad, dentro de la esencia conceptual de la preterintención.

A diferencia del delito preterintencional, el delito culposo surge cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado, *siendo éste "previsible"* (culpa inconsciente), o cuando previó el resultado -típicamente previsible-, pero que el sujeto, aunque no quiere dicho resultado, actúa con la esperanza de que no se producirá, y en caso de que se produzca, de antemano sabe no lo aceptará (culpa consciente).

* *Al delito preterintencional, se le debe analizar íntegramente, desde la perspectiva de una "especie autónoma de comisión delictiva."*

A continuación presentaremos, de una manera *breve, general y esquemática* los elementos que forman la culpa inconsciente, la culpa consciente y la preterintencionalidad:

Culpa inconsciente.-

- a) se quiere la acción.
- b) no se representa el resultado, siendo éste "previsible".
- c) evidentemente no se quiere el resultado.
- d) surge el incumplimiento de un deber.

Culpa consciente.-

- a) se quiere la acción.
- b) se representa -preve-, el resultado.
- c) se tiene la esperanza de que no producirá dicho resultado; mismo que previamente no aceptará.
- d) surge el incumplimiento de un deber.

Preterintencionalidad.-

- a) se quiere la acción ilícita.
- b) se representa un determinado resultado, o bien, se está en posibilidad de preverlo.
- c) se quiere dicho resultado.
- d) pero, el **resultado producido** *excede a la naturaleza misma de la acción realizada.*
- e) el resultado típico *mayor* producido, no es ni querido ni aceptado. (habiendo sido imprevisible)

En el delito culposo, queda claro que la obligación de previsibilidad recae en el sujeto, y que por la naturaleza misma de estos delitos, siempre se está en posibilidad de prever el resultado, ya que éste

se producirá como consecuencia ordinaria y normal de su acción intentada.

Si el sujeto activo no prevé el resultado del delito, ya sea por carecer de la diligencia necesaria o, por la falta de cuidado; siendo que dicho resultado -producido-, *si era posible de representarse para el común de la gente*, incumple así, un deber determinado que tenía obligación de atender.

Sin embargo, y a diferencia de los delitos culposos -o también llamados imprudenciales-, en los *delitos preterintencionales* el sujeto no está -y nunca lo está-, en posibilidad *normal* de prever el resultado típico mayor, ya que dicho resultado no es consecuencia necesaria ni notoria de su acción intentada.

Es por este motivo, que ante tales situaciones, la doctrina y la legislación penal deben reconocer estos casos concretos, en los que *el sujeto*, en condiciones normales -al alcance del común de la gente-, al enfrentarse a la *imposibilidad* de prever el resultado típico realmente acontecido, *vea suplida su previsibilidad por la propia ley*. Pero este aspecto, lo analizaremos más adelante.

No obstante lo anterior, lo lamentable es que con la reforma penal de 1983 -en cuestión-, el legislador haya definido a la preterintencionalidad con tan deficiente técnica jurídica.

Sin embargo, nosotros reiteramos: *"no compartimos* la definición ni la estructura del delito preterintencional considerándolo como mezcla de dolo y culpa; aberración jurídica que sustentó el Código Penal a partir de la reforma de 1983. No obstante aplaudimos *el esfuerzo* del legislador al reconocer la necesidad de regular legalmente la conceptualización del delito preterintencional como tercera forma autónoma de culpabilidad en nuestro sistema jurídico.

IV.2.2. COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD.

Con el artículo 8º, *fracción III* del Código Penal reformado (desde 1983) se incluyó -como ha quedado acentado-, la *preterintencionalidad*.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha establecido que "el artículo 9º, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, recoge la preterintencionalidad como una **tercera forma de culpabilidad**, en la cual se contempla la concurrencia de la intención respecto del resultado querido o aceptado (dolo directo o dolo eventual) y de la imprudencia en cuando al resultado mayor sobrevenido." (15)

Creemos, pues, se elimina la discusión -por ser generalizada la aceptación-, en torno a considerar al delito preterintencional como una forma -tercera- de culpabilidad en el Derecho Penal. Sin

(15) *Informe General* de 1986, pág. 20.

embargo, la discusión se hace más compleja e intensa al tratar de desentrañar y definir *la naturaleza* misma de la preterintención. Esto es, al momento de estructurar sus rasgos y características que le dan "su esencia", precisamente como *forma autónoma de culpabilidad*.

IV.2.3. REGLAS PARA SU PUNIBILIDAD.

Respecto a este tema de la preterintencionalidad, es una opinión mayoritaria el que para los efectos de su punibilidad debe reducirse la responsabilidad del agente culpable, a través de una *sanción que resulte justa al caso concreto*.

Ello resulta imprescindible de comprender, ya que el delito preterintencional, requiere -sin lugar a dudas-, de una *especial sanción*.

Por "especial sanción" nos referimos a *un tipo de sanción, distinta de la establecida para el dolo y la culpa*.

Esta cuestión, se nos presenta aparentemente muy sencilla de resolver, -y tal vez, así lo sea-, sin embargo, -por el momento- sólo nos avocaremos a exponer lo que, de manera común, al respecto se ha sustentado.

Siguiendo con la exposición, diremos que fue entonces, a partir del *Decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" de 13 de enero de 1984, y que entró en vigor a los 90 días de su publicación*, como se adicionó la **fracción VI al Artículo 60**, dentro del Capítulo II, cuya denominación también fue modificada para quedar de la siguiente forma: **"Aplicación de Sanciones a los Delitos Imprudentes y Preterintencionales"**. Todo ello, del Título Tercero (Aplicación de Sanciones) del Libro Primero del mismo ordenamiento.

"Artículo 60.-

La calificación de la gravedad de la *imprudencia* queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el Artículo 52, y las especiales siguientes:

I a V.-

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

Resulta, pues, clara la *crítica* que se puede hacer respecto de este precepto; no obstante, simplemente señalaremos la terrible imperfección en que incurrió el legislador, al no establecer en *un*

artículo por separado, las sanciones para el caso de los delitos en cuestión.

Por otra parte, es una clara realidad el que "*para efectos formales*" han servido de base y se han tomado ***reglas convencionales*** por parte del legislador para el establecimiento de la *punibilidad* en los delitos, y muy específicamente para el caso del delito preterintencional, esto es, se optó -para el Código Penal en aquella reforma-, por *reducir hasta 1/4 parte* de la pena que correspondería si el delito se hubiera cometido intencionalmente -*doloso*- ; ya que si bien es cierto, el sujeto no causó directamente el resultado con la realización de su acción, también lo es que dicho resultado producido no hubiera tenido lugar sin la *acción inicial ilícita realizada* de dicho sujeto. Es por ello, que desde este momento, reconocemos -para los efectos de nuestro estudio-, la existencia de una ***relación de causalidad anormal*** en el desarrollo del delito preterintencional (entre la conducta del agente y el resultado sobrevenido), pero -a fin de cuentas-, continúa existiendo: *la misma relación causal*.

El Licenciado MIGUEL FIGUEROA ZARZA opina que se pone de manifiesto el "sistema defectuoso" de nuestro Código con la inclusión del Decreto en comento, que se inicia al definir como figura autónoma a la preterintencionalidad, y que se agrava al sancionarla con una *pena contradictoria y desproporcionadamente elevada* en la fracción VI del artículo 60. Ya que se señala que en

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

Y continúa afirmando FIGUEROA ZARZA: "hay incongruencia, en efecto, y contradicción en el Código Penal, en cuanto que el artículo 9º párrafo tercero reconoce que el hecho preterintencional *no querido*, "se produce por imprudencia", y *al mismo tiempo* prevé en el artículo 60 fracción VI una pena que se calcula a partir de la que corresponde a un delito "intencional". Es decir, el delito preterintencional, *se estima culposo, pero se sanciona como doloso*.

En este sentido, el penalista CARRANCA Y TRUJILLO afirma que hay algo que sorprende sobremanera. De la lectura del párrafo tercero del artículo 9º donde el legislador quiere definir la preterintencionalidad, se infiere que *el resultado debe ser por Imprudencia*. Pero sucede que en la nueva fracción VI del artículo 60 se lee que en caso de *preterintención* el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional... Esto quiere decir que se admite la posibilidad de que *el delito* sea intencional, doloso en realidad. Pero acontece que donde se define la preterintencionalidad se califica al *resultado* como consecuencia de una acción imprudencial. Es fácil observar, entonces, que en el artículo 9º "el resultado se produce *por imprudencia*". No es que se trate de un resultado imprudencial o culposo *per se*, sino que, repito, "se produce *por imprudencia*" porque el delito fue o es imprudencial (culposo).

Luego -continúa el citado penalista-, para que exista la preterintencionalidad en los términos del art. 9º, el resultado ha de ser producido por imprudencia, por una acción culposa. En cambio, en la fracción VI del artículo 60 el resultado es producto de una acción dolosa (la ley dice: "si el resultado fuere intencional"; al margen de que aquél se pueda ver, según el enfoque doctrinal, como culposo). Hay en consecuencia *una grave confusión y contradicción entre ambos preceptos legales del Código. Lo que revela desorden intelectual además de descuido.*

No obstante el anterior razonamiento, se podría argüir en contra -según CARRANCÁ- que en la fracción VI del art. 60 se establece una regla sobre la preterintencionalidad para el caso exclusivo de que el delito sea doloso, lo cual no se contrapone al sentido del párrafo tercero del art. 9º. Uno se pregunta entonces, por qué el legislador no ofrece igualmente una regla en materia de preterintencionalidad para el caso exclusivo de que el delito sea culposo. Pero si la ofreciese caería en contradicción frente al art. 9º, ya que éste se refiere nada más a un resultado producido por una acción culposa, y no indistintamente culposa o dolosa. Y estando como está la ley, también hay contradicción -en concepto de CARRANCÁ-, puesto que se debe entender que la referida fracción VI sólo comprende una hipótesis de las dos señaladas, o sea, la de la acción dolosa. Criterio que, como ha quedado dicho, es contrario al de la acción culposa a que alude el art. 9º. (16)

(16) CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl, ob. cit. pág. 230-232.

CASTELLANOS TENA nos precisa que de acuerdo con la fracción VI del artículo 60, en caso de preterintención el juez *podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable*, si el delito fuere intencional. Para algunos tratadistas -señala-, el juez está facultado para eliminar *-reducir-* hasta una cuarta parte de la pena; otros estiman que *puede dejar desde una cuarta parte de la pena*. Será la jurisprudencia quien fije, al interpretar el precepto, su verdadero alcance. (17)

El texto original del artículo 51 del Código Penal de 1931, contenido en Libro Primero, Título Tercero (*Aplicación de sanciones*), del Capítulo I (*Reglas generales*), establecía:

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

Así las cosas, por reforma según el *Decreto de 29 de diciembre de 1984, publicado en el "Diario Oficial" de 14 de enero de 1985, entrando en vigor 30 días después de su publicación*; se adicionó un **segundo párrafo** al **artículo 51** del propio Código Penal, disponiéndose que *en varias hipótesis*, entre ellas la referente a *la pena del delito preterintencional -artículo 60, fracción VI-* la

(17) CASTELLANOS TENA Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, pág. 254.

aplicable será la que resultante de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista.

Artículo 51.-

"En los casos de los **Artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 b's y 65** y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el *delito intencional consumado*, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días."

Así las cosas, años después, por *Decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el "Diario Oficial" de 30 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente de su publicación*, se reformó el **primer párrafo** de este **Artículo 51** para quedar como sigue:

"Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial."

IV.3. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES FEDERALES.

IV.3.1. NOTICIA HISTÓRICA DE LA PUBLICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. LAS "ÉPOCAS".

INTRODUCCIÓN

Desde la creación del Semanario Judicial de la Federación, por Decreto de 8 de diciembre de 1970, las tesis de jurisprudencia y precedentes han sido publicados *por Épocas*, todas ellas de diversa duración. Las Épocas pueden dividirse en dos grandes periodos constitucionales: antes de 1917 (*primer período*) y, después de 1917 (*segundo período*).

PRIMER PERÍODO.

Este lapso, llamado "histórico", comprende las cuatro primeras Épocas del Semanario. La *Primera Época* (1871-1875) está integrada por siete tomos; la *Segunda Época* (1881-1889) por diecisiete tomos; la *Tercera Época* (1890-1897) por doce tomos y la *Cuarta Época* (1898-1914) por cincuenta y dos tomos.

En estas primeras cuatro Épocas del Semanario aparecen publicados, además de las resoluciones de los Tribunales

Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

SEGUNDO PERÍODO:

a) *Quinta Época.-*

Establecido el nuevo orden constitucional, se instaló la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* el 1º de junio de 1917, y el 15 de abril de 1918 apareció el primer número de la Quinta Época, la cual estuvo regida con excepción del primer año, por el "Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", de 1919. Después de más de *siete lustros*, con ciento treinta y dos tomos identificados con números romanos, la Quinta Época llegó a su fin y dio paso a la siguiente.

b) *Sexta Época.-*

Esta Época, integrada por ciento treinta y ocho volúmenes numerados con cifras romanas, va de *julio de 1957 a diciembre de 1986*. Los volúmenes aglutinan las tesis y ejecutorias correspondientes a un mes. Asimismo, los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte comprende las tesis del Tribunal Pleno y, las cuatro restantes,

las tesis de las Salas numerarias. Al calce de las tesis se precisan los elementos de identificación de los precedentes que las sostienen. Además, se consignan los datos de los asuntos que sustentaron tesis iguales en el término de un mismo mes, así como los precedentes relativos. A continuación de las tesis se insertan las ejecutorias, ya sea íntegra o parcialmente, por acuerdo expreso del Pleno o de las Salas.

c) Séptima Época.-

Las reformas y adiciones a la Constitución Federal y a la Ley de Amparo, efectuadas en 1968, marcaron la terminación de la Sexta Época y el inicio de la Séptima. Esta se compone por doscientos veintiocho volúmenes, identificados con cifras arábicas, que acogen las tesis y resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia (Pleno, Salas numéricas y Sala Auxiliar, en su segunda etapa de funcionamiento) y por los Tribunales Colegiados de Circuito, de *enero de 1969 al 14 de enero de 1988*. Esta Época estuvo regida por las "Bases" (Acuerdo del Pleno de 18 de febrero de 1970 y 28 de enero de 1971). En un principio, la Séptima Época agrupa las tesis y resoluciones relativas a cada mes. Sin embargo, los volúmenes 91 a 228 reúnen tanto las correspondientes a un semestre como a un año. Dichos volúmenes están compuestos por siete partes editadas en cuadernos por separado. La primera parte recopila lo concerniente a los Tribunales Colegiados de Circuito y, la séptima, lo perteneciente a la Sala Auxiliar.

d) Octava Época.-

Las reformas constitucionales y legales de 1988 hacen urgente un nuevo estatuto para la jurisprudencia. La *Octava Época principió el 15 de enero de 1988*, regulada por Acuerdos del Pleno de 4 de febrero y 11 de agosto de 1988. El cambio radical habrá de iniciarse con el Acuerdo del Pleno de 13 de diciembre de 1988 (modificando por los de 8 de junio de 1989 y 21 de febrero de 1990).

La Octava Época se publica en tomos identificados con números romanos y comprende las tesis, y en su caso, las ejecutorias establecidas por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Cada tomo se encuentra integrado por dos apartados.

La primera parte se refiere a la Suprema Corte. Este apartado está dividido, a su vez, en siete secciones. La primera sección contiene las tesis aisladas y de jurisprudencia, y en su caso, las ejecutorias del Tribunal Pleno; las secciones segunda y quinta lo relativo a las Salas numéricas y la sexta lo concerniente a la Sala Auxiliar. Cada sección incluye cuatro Índices: A) Temático Alfabético; B) Onomástico; C) Tesis de Jurisprudencia y D) votos Particulares. La séptima sección denominada Varios, expone los Acuerdos emitidos por el H. Tribunal en Pleno, en el lapso respectivo.

La segunda parte comprende las tesis aisladas establecidas por los Tribunales Colegiados de Circuito. Asimismo, este apartado cuenta

normalmente con los cuatro Índices de las secciones mencionadas, y con dos apéndices: uno de Tesis de Jurisprudencia y otro de "Tesis anteriores que no se publicaron en el volumen correspondiente, por no haberse recibido oportunamente".

Hasta el tomo VI, la Octava Época se publicó en tomos que cubren un semestre. Una vez recuperado el rezago, a partir del tomo VII, la publicación comenzó a aparecer mensualmente.

De igual manera, a partir del tomo VII se publica un apartado de Índices que contiene regularmente: Índice Temático Alfabético, Índice Onomástico, Índice de Resoluciones, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice de Votos Particulares del Pleno y Salas e Índice de Acuerdos del H. Tribunal en Pleno, así como Índice Temático Alfabético, Índice de Ejecutorias que integran Jurisprudencia, Índice Onomástico e Índice de Votos Particulares de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Publicaciones complementarias.

Conjuntamente con el Semanario Judicial de la Federación existen otros documentos denominados "*publicaciones complementarias*" que también nos dan a conocer un caudal de información sobre tesis de jurisprudencia y precedentes sustentados por la Suprema

Corte de Justicia y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Dichas publicaciones son: los Apéndices, los Índices y la Gaceta.⁽¹⁸⁾

IV.3.2. ANTES DE LA REFORMA PENAL DE 1983.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* hace referencia al "dolo de consecuencias necesarias", previsto en la fracción II del artículo 9º, antes de la reforma del año de 1983, en los términos siguientes:

"Sin duda que se está en el caso de que el inculpado no se propuso causar el daño que resultó, si sólo tuvo la intención de propinar un golpe a su víctima con la piedra que le tiró, pero no quiso procurar su muerte; de tal manera que, si creyendo que con la pedrada que le dio lo privó de la vida, escondió el cuerpo con una gran cantidad de paja, ocasionando la asfixia con resultado letal, éste debe estimarse como una *consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito*. La actividad del infractor, por tanto, lo coloca en la clase de *dolo* que la doctrina moderna llama <de consecuencia necesaria> y que enmarca en la primera hipótesis de los que agrupa la fracción II del artículo 6º de la Ley Penal del Estado de Hidalgo, toda vez que entre el daño resultante y la acción ejecutada, existe una dependencia de carácter necesario y

(18) Poder Judicial de la Federación. 3er. CD-ROM junio de 1993.

notorio; hipótesis con relación a la cual la ley ha establecido una presunción *juris et de iure*. Por lo tanto, justificándose la intención delictuosa del agente, resulta correcta la conclusión a que llega el Tribunal Superior, de considerar al acusado responsable del delito de *homicidio simple*, lo que elimina por consiguiente, la posibilidad de existencia de un tipo imprudencial." (19)

DOLO. La legislación de Jalisco establece que el dolo constituye una presunción legal, aunque el acusado declare que no se propuso ofender a determinada persona, *si el daño fue consecuencia necesaria y notoria del hecho y omisión en que consistió el delito, si el reo había previsto aquella consecuencia; o si ella es efecto ordinario del hecho u omisión y esta al alcance del común de las gentes, el proveerla.*

Quinta Época, Pleno, Tomo XII, pág. 481, 24 febrero de 1923, Ocho votos.

PRETERINTENCIONALIDAD. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Admitiendo que el reo golpeó con la mano en la cabeza al occiso, y que éste, al chocar con el pavimento sufrió la lesión que lo privó de la vida, se está en presencia de un homicidio preterintencional, por haber desenvuelto una actividad dirigida a dañar a la víctima, con medios no idóneos para causar la muerte, obteniéndose un resultado excedente de la intención; delito que el

(19) Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIII, p. 78, Sexta Época.

Código Penal de 1871 contempla en su artículo 557, asignándole una sanción atenuada, por ocupar un plano intermedio, mirando el factor psicológico, y con referencia al delito doloso y al delito culposo; pero la legislación penal del Estado de Michoacán, no contempla en especie el homicidio preterintencional y, en consecuencia, la sanción que le fue impuesta al acusado, por el delito de homicidio intencional simple, no viola en su perjuicio garantías individuales, tanto más, si se le impuso el mínimo de la pena prevista por el artículo 292, reformado, de la ley punitiva del Estado.

Quinta Época, Primera Sala, Amparo penal Directo 978/48.- García Sánchez. 19 de agosto de 1949, Mayoría de cuatro Votos.

DELITO PRETERINTENCIONAL, HECHOS QUE REVELAN LA EXISTENCIA DEL. Si no existe dato alguno que haga presumir que el acusado al dar al ofendido una patada en la cara, tratando de evitar que le tirara con la piedra que iba a coger haya tenido la intención de causarle una lesión que lo privara de la vida, ya que si el golpe que dio no era capaz de producir la muerte, *dentro de lo normal* es indudable que el acusado al dar al ofendido una patada trató de causarle un daño, pero no el que resultó, por lo que la realidad es que hubo intención o dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado por lo mismo, se está en presencia de un delito preterintencional.

Quinta Época, Primera Sala, Amparo Directo 4771/54, 24 de octubre de 1956, 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

REINCIDENCIA, EFECTOS DE LA, SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. La Suprema Corte se ha mostrado respetuosa de la facultad que conceden algunas legislaciones a los jueces, para el uso del arbitrio en la imposición de las penas, pero siempre y cuando se observe acatando a las normas que fijan las propias legislaciones, para regular ese arbitrio. En otras palabras, que se examinen las circunstancias de ejecución del hecho, la naturaleza de este, el peligro que represente, así como la personalidad del infractor, sus inclinaciones viciosas, las causas que posiblemente le movieron a delinquir, etc., cumpliendo ese examen, la sanción se fija en consecuencia con la convicción que haya dejado en el juzgador, el análisis efectuado. Ahora bien, si en la sentencia, la única consideración que se hace, es que el acusado pertenece a las clases humildes, aquella no puede fundar el aumento de penalidad; y si el juzgador se olvida de hacer la reflexión de que se trata de un *delito preterintencional*, en que el agente seguramente no supuso inferir daño de la magnitud del que resultó y que si bien esta circunstancia, atenta la regla del artículo 9º del Código Penal vigente en el Distrito Federal, no excluye de responsabilidad, si debe tomarse en consideración, en forma preferente, para fijar el grado de temibilidad del sujeto. En consecuencia, debe concederse el amparo a fin de que se haga un correcto análisis de las circunstancias de ejecución y personalidad del acusado.

Quinta Época, Primera Sala, Tomo LIX, pág. 2576.- 8 de marzo de 1939. Cinco votos.

HOMICIDIO SIMPLE. Resulta incuestionable que la ahora quejosa obró con dolo, puesto que dirigió su voluntad conscientemente a la producción del hecho típico. No se esta ante un caso de *preterintención*, si es evidente que se quiso causar precisamente el daño que resultó y no uno menor. Por otra parte, será irrelevante que el homicidio se estimará como preterintencional, porque a virtud de haberse comprobado que el deceso fue consecuencia necesaria y notoria del hecho consistente en hacer que la víctima comiera galletas con estricnina, por disposición legal tendrá que imputarse el delito a título doloso.

Amparo Directo 2570/58. Ubaldina Ojeda. 15 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gilberto Valenzuela.

PRETERINTENCIONALIDAD. El Código Penal de Veracruz, en su artículo 6, establece que el delito es preterintencional cuando se produce un daño mayor del que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al causado.

Sexta Época, Tomo 78, Amparo Directo 6872/60. Higinio Torres. 24 de enero de 1961, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Otro criterio:

"Si el acusado golpeó al ahora occiso y éste cayó al suelo, donde el procesado lo siguió golpeando, dándole de <patadas>, y existe nexo causal entre su conducto y el resultado de muerte, pero el reo afirma que sólo tuvo la intención de golpearlo y no quiso el resultado de muerte,

tal afirmación debe tenerse como válida por sí misma o sujetarla al *análisis de la prueba*, aún cuando por su naturaleza interna o subjetiva salta a la vista la dificultad de su apreciación. En la investigación respectiva cobra indudable importancia *el medio empleado*; criterio que resulta de decisiva eficacia en la comprobación del elemento interno del delito o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso; el funcionamiento de tal criterio debe determinarse en el sentido de presumir el ánimo de matar o negarlo, según *si el medio empleado debía razonablemente ocasionar o no la muerte*. Si se atiende a la circunstancia de que los puntapiés o <patadas>, dura y repetidamente propinados, *de ordinario* producen lesiones graves o mortales, razonablemente deben estimarse como medio adecuado para causar la muerte, por lo que se debe congruentemente concluir que el uso de tal medio establece la presunción del ánimo *occidendi o necandi*, en el acusado. La primera parte de la fracción II del artículo 9º del Código Penal, recoge el llamado dolo de *consecuencia necesaria*, ya que el agente no se propuso causar el daño que resultó, pero éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, y encaja en el supuesto legal todo caso en que entre el daño que resultó, y la acción ejecutada hay una dependencia de carácter necesario y notorio. Pero el hecho de que la ley establezca para esta hipótesis una presunción *juris et de*

jure de que se obró dolosamente, no implica desconocer la naturaleza esencialmente preterintencional de tal hipótesis, puesto que se parte de considerar que el agente no se propuso causar el daño que resultó, lo que está evidenciando que el resultado ha ido más allá de la intención. Así pues, la cuestión planteada *constituye un delito de naturaleza preterintencional al que la ley otorga el carácter de doloso*, en virtud de que el resultado fue *consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito..*" (20)

Otro criterio:

"La fracción II del artículo 10º del Código Penal de San Luis Potosí, establece que *la presunción de que un delito es intencional*, no se destruye aunque el inculpado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; de manera que si una persona confiesa haberle pegado a otra y a consecuencia de ello, esta última cayó al suelo, produciéndose una lesión, aunque el acusado, en su confesión calificada, alegue que no tuvo la intención de causar daño, esta alegación no quita al delito la característica de intencional,

(20) *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XVI, pp. 203-205, segunda parte.

ya que la lesión producida *fue consecuencia necesaria y notoria del golpe, hecho en que consistió el delito*". (21)

PRETERINTENCIONALIDAD "No existe si el daño que resultó, fue consecuencia necesaria y notoria del hecho constitutivo del delito y es un efecto de la acción causal querida. Como lo advierte GONZÁLEZ DE LA VEGA, la *consecuencia necesaria* es la forzosa, obligada, la imprescindible, en la que el resultado no es sino el efecto fatal de una ley natural, física o biológica; y la *consecuencia notoria* es la fácilmente previsible para el común de las gentes." (22)

"En el sistema del citado ordenamiento -Código Penal para el D.F.- se califica como dolosa una lesión, aun cuando el daño sea mayor en relación con el propósito del agente, y es que *la ley considera que existiendo una voluntad inicial lesiva, debe estar el sujeto a las consecuencias de su conducta*. Puede afirmarse que en tal sistema el dolo comprende una voluntad inicial de daño y que se califica de dolosa la consecuencia que produzca mediante esa voluntad, independientemente de que el resultado coincida o no con el propósito, pues el reproche a los procesos

(21) *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLIII, pp. 120-121, Quinta Época.

(22) *Boletín de Información Judicial*, Tomo X, p. 415. Cita de la obra de López Betancourt, *Imputabilidad y Culpabilidad*, pág. 106.

psicológicos causales del delito, es una cuestión cualitativa y no cuantitativa." (23)

"De acuerdo con lo determinado en la fracción II del artículo 9º del Código Penal, vigente en el Distrito Federal y Territorios, la intención delictuosa no se destruye, aunque el delincuente demuestre que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue *consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.*" (24)

"Si una persona en son de broma, dispara una pistola sobre otra persona para hacerla brincar o bailar, y la hiere, no puede aducir imprudencia, porque rige la fracción II del artículo 9º del Código Penal, ya que es innegable que el daño fue *consecuencia necesaria y notoria* del juego realizado, y así resulta irrelevante que el acusado no se propusiera alcanzar el resultado delictivo." (25)

"Suponiendo probado que una persona no se haya propuesto causar todo el daño resultante de apuntar con una carabina y disparar sobre otra persona, por dificultades familiares, si es consecuencia necesaria y

(23) *Boletín de Información Judicial*, Tomo XI, pp. 300-301.

(24) *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XLV, pp. 931-932, Quinta Época.

(25) *Boletín de Información Judicial*, Tomo II, P. 372, citada en la obra de López Betancourt.

directa de la acción ejecutada, dispone la fracción II del artículo 9º del Código Penal, que de todos modos se tenga ese delito como intencional." (26)

"Si la muerte aunque no querida por el reo fue efecto *directo* de los golpes recibidos, se está frente a un *delito preterintencional*, llamado así por la doctrina, aún cuando no se refiera expresamente a él la ley aplicable, pero como el que se decide a violar la ley está a todas sus consecuencias, aún cuando el reo no hubiere tratado de dar muerte al ofendido, el delito de homicidio existe en cualquier forma; por la relación de causalidad entre las lesiones recibidas y el resultado final a que se llegó." (27)

"La acción criminosa ni siquiera puede contemplarse desde el punto de vista de la preterintencionalidad de la conducta, eso es, que el reo no se hubiera propuesto causar el daño que resultó, si está demostrado que éste fue *consecuencia necesaria y notoria* de la conducta desplegada por él, pues es bien sabido que lo que es causa de la causa, es causa del mal causado. (28)

(26) *Boletín de Información Judicial*, Tomo 11, p. 652.

(27) *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XV, p. 127, segunda parte, Sexta Época.

(28) *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen IX, p. 109, segunda parte, Sexta Época.

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

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. II, pág. 49, A.D. 1501/56. Feliciano Estrada Francisco. 5 votos.

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

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

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

Vol. XLIII, pág. 78, A.D. 6559/60. Fernando Herrera. Unanimidad de 4 votos.

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

Sexta Época, Segunda Parte:

Vol. XV, pág. 127, A.D. 3330/57. Dionisio Hernández. 5 votos.

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

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

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

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

LEGÍTIMA DEFENSA, MIEDO GRAVE Y PRETERINTENCIONALIDAD. La legítima Defensa, el Miedo Grave y la Preterintencionalidad son situaciones *jurídicamente incompatibles*, puesto que son por esencia disímiles, ya que en la primera no hay delito, porque el actuar del sujeto se justifica; en la

segunda no hay delincuente, por ser inimputable, y en la tercera, hay delito, delincuente y pena, aún cuando para algunos tratadistas y legislaciones, la última debe atemperarse por la mezcla del dolo inicial con la culpa como resultado.

Sexta Época, Tomo VII, A.D. 5504/57. Rodolfo Muñoz Uribe. 16 de enero de 1958. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

PRETERINTENCIONALIDAD. "El legislador mexicano presume dolosa la actitud del sujeto activo al ser previsible el resultado de su conducta, *sin ameritar atenuación*, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa"

Primera Sala, Sexta Época, Segunda Parte, Vol. XIII, pág. 123, A.D. 1840/58.

Respecto de estos precedentes -en términos generales-, tal parece que los tribunales vislumbraban a la preterintencionalidad como una forma dolosa de culpabilidad. Aunque reconocen la posibilidad de ser considerada como una mezcla de dolo y culpa. Dichos criterios -como tantos otros por parte de los Tribunales Federales-, distan mucho de *-lo que para nosotros es-* la naturaleza del delito preterintencional.

PRETERINTENCIONALIDAD. Aunque el agente activo aparentemente sólo quiso la lesión que infringió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final por el disparo del arma (preterintencionalidad), siendo previsible para el común de las

gentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9º de la ley sustantiva en relación el numeral 8º, no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último toda vez verificada la materialidad, el *legislador mexicano presume dolosa la actitud del sujeto activo al ser previsible el resultado de su conducta, sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla de dolo y culpa.*

Primera Sala, Sexta Época, Segunda Parte, Vol. XIII, pág. 123, A.D. 1840/58. Manuel Hernández Reyes. 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS. El artículo 8º del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales clasifica los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y define lo que debe entenderse por *imprudencia* y que consiste en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional; es seguida, en el artículo 9º previene que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y que no destruirá la presunción de que un delito es intencional, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; es decir, *el legislador de mil novecientos treinta y uno no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido en algunos códigos de la República como Sonora y Veracruz, en que*

se habla del delito preterintencional o ultra intencional. Y como puede verse en el Tomo IV de la exposición de motivos de los trabajos de revisión del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno redactado por el señor licenciado don Miguel S. Macedo, esta fracción II se tuvo en cuenta al discutirse las observaciones al proyecto y se consideró que la primera parte del artículo 9º rige todo el precepto. La doctrina de la Escuela Clásica al igual que la de la Escuela Positiva y modernamente algunos tratadistas europeos y sudamericanos, aún no despejan esta anómala figura del delito preterintencional, pero desde el punto de vista de la legislación penal mexicana, será contrario a la hermenéutica jurídica que se pretendiera imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso.

Sexta Época, Segunda Parte, Vol. LIX. pág. 29. A.D. 6668/61. Ernesto Padilla. Mayoría de 3 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Penal del Estado de Coahuila, se sanciona como doloso el resultado producido por quien voluntariamente ejecuta una conducta ilícita en si misma, aún cuando la consecuencia sea manifiestamente superior a la voluntad aparente del sujeto, pues dicha legislación no admite lo que en otras legislaciones se conoce como preterintencionalidad.

Sexta Época, Tomo 18. Amparo Directo 9504/61. Sergio Martínez Silva. 19 de junio de 1964. 5 votos. Ponente: Abel Huitron y Aguado.

PRETERINTENCIONALIDAD. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 62 del código de Defensa Social de 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, establezca una forma de preterintencionalidad, pues esta figura se contempla dentro de lo establecido por el artículo 6º del cuerpo de leyes invocado, que textualmente dice: "La intención de violar la ley con un fin antisocial y antijurídico, se presume por el sólo hecho de cometer una infracción antisocial o participar en cualquier forma en su ejecución. Esta presunción no admite más excepciones que los casos a que se refiere el artículo 62 de este Código, ni se destruye aunque el acusado pruebe algunas de las circunstancias siguientes: *II* que no se propuso el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió la infracción, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado; *III*. que creía que era legítimo fin que se propuso; *IV*: que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer la infracción y *V*. que obró con el consentimiento del ofendido, salvo que se trate de infracciones que sólo pueden perseguirse previa querrela de la víctima."

Séptima Época, Tomo 75, pag. 45. Amparo Directo 1627/73.- Ricardo Chavira. 5 de septiembre de 1973, Mayoría de 4 votos, Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidente: Ernesto Aguilar Alvarez.

PRETERINTENCIONALIDAD. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). La ley penal vigente en el estado de Chihuahua, no prevé el delito preterintencional que la doctrina reconoce, cuando la representación mental que del delito se hace el acusado antes de cometerlo, no resulta conforme a la realización exterior del mismo; más, no obsta lo anterior, para que el juzgador deba tomar en cuenta en el delito preterintencional, el menor propósito del inculpado de causar el daño, a fin de regular su arbitrio en la aplicación de la pena.

Sexta Época, Amparo Directo 8378/65. Higinio Santa Cruz, 14 de abril de 1966. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

IMPRUDENCIA Y NO PRETERINTENCIONALIDAD.

La hipótesis que prevé la fracción II del artículo 9º del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que establece que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe: "...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 fuese el resultado", se refiere a los delitos

preterintencionales, en los cuales existe la intención de causar un daño que resulta mayor del que se pretendió ocasionar, pero no al caso en que el agente no se propone causar daño alguno, sino que los actos que realiza configuran plenamente un ilícito culposo, al obrar en forma imprudente al tomar una arma cuyo manejo desconoce; con impericia, por la falta de conocimiento en el manejo de ese tipo de armas; con falta de reflexión y de cuidado, al no prever que con sus actos podía cometer un ilícito, y negligencia, al no cerciorarse si el arma estaba totalmente descargada, causando con ello, un daño igual que un delito intencional. Y en esas condiciones, al no mediar intención alguna de causar daño, ni existir dolo, obviamente que la conducta no encuadra dentro de la fracción II del aludido artículo 9º, del Código Penal.

Séptima Época, Tomo 58, Amparo Directo 5659/72. Mario Mata Alvarado. 17 de octubre de 1973, Mayoría de 3 votos.

Otros criterios *jurisprudenciales* han sido los siguientes:

PRETERINTENCIONALIDAD. NO LA CONTEMPLA EL CÓDIGO 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.

Séptima Época. Tomo 70. Amparo Directo. 2805/74. Arón Pérez. 18 de octubre de 1974, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Abel Huitrón.

PRETERINTENCIONALIDAD NO CONFIGURADA.

No existe preterintencionalidad, si aun en la hipótesis de que el agente no hubiera querido el efecto lesivo que resultó, ésta cuestión psicológica causal quede desvirtuada con la objetividad desplegada, al tirar dicho agente no sólo un golpe a la víctima, sino, al verla caída como consecuencia de este, lanzarle otro, por lo que se contradice la ausencia de propósito.

Séptima Época. Tomo 75. Amparo Directo 3884/74. Juan Manuel Ruiz. 7 de marzo de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

PRETERINTENCIONALIDAD, CALIDAD DE DOLOSOS DE LOS DELITOS EN CÓDIGOS QUE NO PREVEN LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). El artículo 5º del Código Penal del Estado de Oaxaca tiene una estructura idéntica al 9 del Código Penal Federal. El artículo 4º, del Código de la entidad federativa nombrada, repite el contexto del 8 del Código Penal Federal, estableciendo como únicos posibles grados de la culpabilidad el dolo y la culpa. La ley habla de delitos intencionales y delitos imprudenciales, y para referirse al dolo utiliza la expresión "intención delictuosa". La Doctrina jurídica, que no es otra cosa que la sistematización de los principios que informan la ley y que viene a ser en último término el descubrimiento de los principios rectores de la misma, en vez de utilizar el término intención dolosa, refiere el de "dolo", para evitar la confusión que puede sobrevenir, y de hecho sobreviene, entre intención y dolo. Atenta la estructura

del artículo 4 del Código Penal del estado de Oaxaca, relacionándola con el 5 del propio ordenamiento, debe decirse que es legalmente incorrecto equiparar la intención pura y simple al dolo, llamado por la ley "intención delictuosa". Del contexto del artículo 5 se desprende que la no coincidencia entre la intención y el resultado producido no entraña la ausencia de dolo, si es que el **sujeto voluntariamente penetró al terreno de la tipicidad**, que vale tanto como decir al terreno delictual, entendida la tipicidad en su significado material, en códigos 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 sólo 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 esta, 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 serlo contemplado bajo el prisma legal.* Generalmente coinciden intención y resultado, pero su no coincidencia no implica la ausencia de dolo en los sistemas que no

comprenden la preterintencionalidad dentro del esquema de la culpabilidad. En tales ordenamientos -y el de Oaxaca es uno de ellos-, cuando existe una voluntad inicial 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 delictual y es la voluntad de la ley el que quien tal haga, responda de dicha consecuencia que lo fue de una conducta que en si misma era delictiva.

Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 68, pág. 37, A.D. 2999/73. Ezequiel García. Mayoría de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD DE LA RIÑA. Estándose en presencia de una riña, no importa que exista o no la intención específica de causar la muerte o un daño menor, y si el daño causado fue más allá de lo que se propuso el agente activo, se está en la circunstancia de preterintencionalidad, figura en que a título doloso, ya que fue requerida por el agente activo, se sanciona el resultado si esto es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal.

Séptima Época, Segunda parte, Vol. 66, pág. 46, A.D. 701/74, Jesús Alvarado, 5 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD, NO LA CONTEMPLA EL CÓDIGO DE SAN LUIS POTOSÍ. El delito preterintencional no está contemplado en el Código Penal del Estado de San Luis Potosí; por tanto la autoridad juzgadora obra correctamente al encuadrar la

conducta antisocial del acusado dentro de lo dispuesto por la fracción II de Artículo 8 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí.

Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 58. pág. 63, A.D. 3177/73. Enrique Ramos Moreno. Unanimidad de 4 votos.

Como es evidente -señala SERGIO VELA TREVIÑO-, según el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales la preterintención no constituye un problema relevante tratándose de una supuesta tercera forma de culpabilidad. Sin embargo, para otras legislaciones puede tener importancia por razón del *expreso reconocimiento que de ella se haga en la ley*, y en su caso el problema deberá ser resuelto, conforme al tratamiento especial que la ley le dé, según la idea de que se presenta la preterintención como mezcla de dolo y de la culpa, y que por sus propias características *deberá ser reprochada también en forma diferente al dolo y a la culpa.* (29)

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

(29) VELA TREVIÑO Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Edit. Trillas, México, 1991, pág. 264.

quiso castigar y en consecuencia causar daño a la víctima (su hermana menor) y que el castigo fue excesivo, debe señalarse que ese tipo de delito, contemplado por la fracción II del artículo 9º del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, no carece de sanción, toda vez que el numeral mencionado señala únicamente que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia notoria del hecho en que consistió el delito; y si según el acta de autopsia, se llega al convencimiento de que la menor falleció debido precisamente a la conducta de dicho inculpado, de manera alguna 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 antijuridicidad, 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 fue consecuencia necesaria y notoria de sus actos, legal es que se tenga a aquel como penalmente responsable del delito de homicidio simple intencional.

Séptima Época, Tomo 80, A.D. 3606/74. Jerónimo Díaz. 27 de agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

PRETERINTENCIONALIDAD Y NO IMPRUDENCIA. (LEGISLACIÓN 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, pueda producir graves lesiones y aún la muerte de quien lo recibe, máxime si este es un individuo de escasa fortaleza o resistencia física, o bien que por su edad o estado de salud resulte fácilmente vulnerable. En tales condiciones, cuando la muerte se produce por un sólo golpe, no es posible considerar el evento como imprudencial en lugar de intencional, en efecto, es de explorado derecho que en la fracción II del artículo 6 del Código Penal de Coahuila, de similar estructura a la fracción II del artículo 9 del Código Penal del Distrito Federal, de aplicación Federal, se ha dado cabida al, por algunos llamado *dolo preterintencional* y por otros delito preterintencional, el cual se caracteriza por ser intencional o dolosa la acción, ya que el sujeto se propone dañar, aunque no producir el resultado final que va más allá de dicha intención justificándose así que la doctrina afirme que en tal hipótesis concurre el dolo respecto de la acción y la culpa por cuanto 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 conocidas formas de la culpa: con o sin representación o previsión. Ahora bien, descartada la primera hipótesis recogida en la fracción II del artículo 6, que se refiere al

llamado dolo de consecuencia necesaria, en que el sujeto si bien no se propuso causar el daño que resultó, este fue consecuencia necesaria y notoria del acto (hecho) u omisión en que consistió el delito, no puede desecharse la segunda previsión legal en que aún cuando el sujeto no se propuso causar el daño que resultó, este era de naturaleza previsible y como tal imputable a título de dolo, a virtud de la presunción legal de intencionalidad que no admite prueba en contrario. No puede negarse el carácter previsible del evento, por estar al alcance del común de las gentes que se puede producir la muerte de un puñetazo, más aún cuando entre quien golpea y quien recibe el golpe existe una notoria diferencia por cuanto a fortaleza física.

Séptima Época, Tomo 115. Amparo Directo 5203/80. Pedro Hilario de la Rosa. 24 de noviembre de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

PRETERINTENCIONALIDAD INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. Aún cuando al golpear intencionalmente a la víctima, el inculpado no hubiese tenido el propósito de ocasionarle la muerte, le corresponden las penas del homicidio simple intencional, pues el Código Penal del Distrito Federal aplicable no contempla la preterintencionalidad.

Séptima Época, Volumen 66, Segunda Parte, pág. 46 A.D. 1070/82 Juan José Hernández Escamilla. 9 de agosto de 1982. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

PRETERINTENCIONALIDAD NO CONFIGURA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE SONORA. El artículo 5º del Código Penal de Sonora reconoce como forma de responsabilidad la preterintencionalidad, pero para aceptarla no es suficiente que el activo desee un mal menor al que en realidad ocurre, sino además precisa que *los medios empleados racionalmente* no puedan causar un daño mayor al querido y que este sólo sobrevenga por causas ajenas o insalvables en relación a la voluntad del agente; por otro lado, el artículo 7º del propio ordenamiento establece que la intención delictuosa se presume, conforme a lo anterior, para la operancia de aquella forma de culpa sería menester que sus elementos quedaron plenamente acreditados, situación que no ocurre en el caso en el que se hacen disparos con un arma de fuego sobre una persona y a corta distancia, pues aún en el supuesto de aceptar que el agente no se propuso causar la muerte a la víctima, si representó en su mente o debió tener presente la consecuencia, por ser efecto ordinario de su conducta y estar al alcance de la generalidad de las gentes que la misma conlleva un alto riesgo de que sobrevenga la muerte del pasivo, y en tales condiciones el agente responde a título intencional.

Séptima Época, Tomo 187. Amparo Directo 1082/83. Juan Reyes Valdez. 2 de julio de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecon.

IV.3.3. POSTERIOR A LA REFORMA PENAL DE 1983.

PRETERINTENCIONALIDAD, Y NO DAÑO POR. No opera la excluyente de responsabilidad que se refiere a causar un daño por mero accidente, aún cuando el inculpado al empujar a la víctima no haya pretendido causarle la muerte, sino sólo un daño menor, puesto que se contempla la circunstancia de preterintencionalidad, porque el resultado fue consecuencia notoria de la conducta dolosa del inculpado dentro de una situación de riña.

Séptima Época. Amparo Directo 49/85. Víctor Efrén Sansores. 22 de mayo de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Zárate Sánchez.

PRETERINTENCIONALIDAD, AUSENCIA DE. El delito preterintencional se integra con la suma de dolo en cuanto a la finalidad prevista y deseada, y culpa respecto al resultado causado, que rebasó la intención original, así, si en un caso, el autor llegó hasta la casa de la víctima, y mediando sólo unas palabras, de inmediato sacó su arma que llevaba con "cartucho cortado", y le disparó al pasivo, privándolo de la vida, es palpable que estamos en presencia de una actitud dolosa, pues atendiendo al medio empleado y al desarrollo de los hechos, únicamente se objetivizó la intención de causar lesiones mortales; siendo manifiesta la ausencia de culpa, excluyéndose en consecuencia la preterintencionalidad.

Séptima Época, Amparo Directo 3881/85. Carlos Rosas Cisneros. 11 de septiembre de 1985. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

DELITO PRETERINTENCIONAL, ELEMENTOS DEL. Es sustancialmente fundado el concepto de violación relativo a que en el caso no existe tal clase de delito, tanto porque no se produjo un daño sino dos, como en atención a que son de distinto género los bienes afectados. El artículo 6 del Código Penal de Sonora, dispone, en lo que interesa: los delitos pueden ser: *III. Preterintencionales*, existe preterintencionalidad, cuando se causa daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado. Los hechos sucedieron así; el quejoso salió de su bodega con una pistola en la mano derecha después de haber oído el ruido del motor de un automóvil; cuando se regresó en reversa hasta donde se hallaba el sentenciado, este se hizo a un lado y golpeó con el arma el cristal de la portezuela del lado del conductor, momento en que la pistola se disparó habiendo resultado muerto el menor ofendido. Luego, se reitera, es fundado el concepto de violación porque, aparte de que fueron dos no uno como lo sanciona el precepto los daños que se produjeron: el vehículo y la defunción del niño, *no se causaron sobre bienes del mismo género*, lo que es indispensable porque de lo contrario se llegaría al absurdo de estimar tipificado el delito de que se habla cuando por ejemplo fallezca el ofendido en un delito de injurias. Esta claro, por tanto, que no se llenaron dos de los elementos de los delitos preterintencionales y por ello debe otorgarse la protección federal.

Tribunal Colegiado de Circuito. Amparo Directo 315/85. Alejandro Javier. 15 de octubre de 1986. Unanimidad de Votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho

PRETERINTENCIONALIDAD, PENA APLICABLE EN LOS CASOS DE. Viola garantías la sentencia que, al imponer la pena de prisión por un delito con resultado preterintencional, sólo menciona los artículos aplicables, fijando los años de prisión sin mayor razonamiento, pues tal proceder esta en contra de lo que dispone el artículo 60 fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se establece que, en tal caso, primero debe determinarse la pena que le correspondería al sentenciado, si el delito fuera intencional, con base en el grado de peligrosidad y, una vez fijada, señalar lo que procede reducir de tal pena, en uso de la facultad potestativa que tal precepto concede al juzgador y que es hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional, para así obtener el *quantum* definitivo de la prisión correspondiente.

Primer Tribunal Colegiado en materia penal del primer Circuito. Amparo Directo 133/86. Apolinar Salazar. 26 de junio de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco.

DOLO EVENTUAL O INDIRECTO, CULPA CONSCIENTE Y PRETERINTENCIONALIDAD. El dolo eventual o indirecto se ha definido como aquel en que el autor se representa como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de esta, o bien, cuando el sujeto sin dirigir precisamente su comportamiento hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo desea de manera directa, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. Es dentro de este marco, donde la hipótesis que se

analiza, encuentra su perfecta adecuación, pues no cabe duda de que al haber el activo tomado su pistola, dejando una bala en el cilindro al que dio vuelta, para luego apuntar hacia su compañero, según ambos lo habían acordado y dispararle, en su mente se representaba la posibilidad de que el hoy occiso podría resultar lesionado o muerto, como en efecto aconteció, sin que a pesar de ello desistiera de su comportamiento. Es innegable que el resultado no lo deseaba, pero lo aceptó, e incluso podríamos atrevernos a pensar que en lo íntimo de su mente hasta lo deseó, porque de no haber acontecido de hecho en la forma en que se desarrolló, hubiera podido ser de manera inversa y resultado lesionado o muerto el hoy amparista, hipótesis que definitivamente no deseaba, pero cuya realización era factible, porque como se desenvolvía el juego de ruleta rusa invertido, era inevitable que cualesquiera de los dos participantes fuera dañado. No es factible ubicar el presente caso en el ámbito de la culpa consciente, pues en esta no hay voluntad respecto al resultado que se representa, el cual no se quiere ni se acepta, a diferencia del dolo eventual, en el que existe aceptación del resultado previsto como posible o probable. Para incurrir en *culpa* es menester la violación del deber de cuidado, a lo que es totalmente ajeno el actuar doloso, en cualquiera de las formas que concurra, de acuerdo a las diversas clasificaciones de doctrina: El *homicidio preterintencional* se caracteriza por un resultado consistente en la muerte, que se previó, con la esperanza de que no se realizaría, o que no siendo previsto haya sido previsible, actuando el activo sólo con *animus dañandi*; por tanto, el actuar del acusado no se ajustó a tales exigencias porque la

preterintencionalidad requiere que al inicio se obre de manera dolosa, en tanto que la conducta desplegada por el activo sea dirigida a causar un daño al pasivo, esto es, a virtud de la concurrencia de la culpa, se logra un resultado típico muerte, que sobrepasa al inicialmente querido.

Amparo Directo 6858/86. José Luis Martín Sánchez. 3 de junio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

PRETERINTENCIONALIDAD, CUANDO NO SE DA, EN EL HOMICIDIO, LA. El artículo 9 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, recoge la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, en la cual se contempla la concurrencia de la intención respecto al resultado querido o aceptado; dolo directo y dolo eventual y de la imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido. No puede darse tal forma de culpabilidad, en el caso particular considerando, al quedar el dolo de manifiesto, desde el momento en que los acusados, ahora quejosos, en compañía de un tercero, infirieron voluntariamente al pasivo varios golpes en diferentes partes del cuerpo, pues con ello hicieron una aportación causal culpable en la muerte de la víctima, pues ésta se originó en las alteraciones viscerales y tisurales causadas en los órganos interesadas por traumatismo cráneo-cérvico-medular, clasificado de mortal, por lo que el comportamiento de los citados quejosos reveló una manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción del homicidio,

la cual excluye que este resultado pueda sancionarse en forma preterintencional.

Amparo Directo 6749/85. José Antonio García, 6 de febrero de 1986. 5 votos, Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

PRETERINTENCIONALIDAD. INEXISTENCIA DE LA. El concepto de violación en el cual la quejosa afirma debió sancionársle con las penas señaladas para el homicidio preterintencional es infundado. En efecto, el artículo 9º del Código Penal del Distrito Federal precisa, en su último párrafo, que el resultado típico mayor al querido o aceptado por el autor, se atribuye preterintencionalmente cuando se produce por imprudencia, lo que se excluye definitivamente si se tiene en cuenta que la conducta, realizada por la hoy quejosa, de tomar la pistola que el hoy occiso había dejado en el entrepaño del ropero y con ella disparar contra el, cuando este se dirigía al baño, según se desprende de su confesión inicial, cuyo valor resulta preponderante, revela claramente que hubo en ella representación o previsión del hecho, es decir, que tuvo plena conciencia del alcance ilícito de su proceder, por su contrariedad al derecho, no obstante lo cual no se detuvo en su actuar causalmente homicida, lo que pone de relieve su libre determinación de matar. No es exacto, por ello, que la quejosa obrara preterintencionalmente, porque esta forma de actuación precisa que la voluntad no se encamine a la producción del resultado causal obtenido a consecuencia de la acción u omisión, sino a un daño menor, y que el evento mayor se produzca a virtud

de que el autor no actuó de tal manera que el efecto dañoso se limitara al representado y querido, sino por lo contrario, su proceder infringió, además, el deber de cuidado que le incumbía para así imputarle a título preterintencional, lo que no ocurrió en la especie, según se tiene dicho, pues obró intencionalmente al tener plena conciencia del hecho típico homicidio y querer libremente dicho evento.

Amparo Directo 5795/86. Silva Elena Alfaro. 12 de febrero de 1987. 5 votos. ponente: Fernando Castellanos Tena.

HOMICIDIO CULPOSO CAUSADO POR IMPRUDENCIA. Si el ánimo del agente no estaba dirigido a producir la muerte del ofendido, puesto que no tuvo la representación de ese resultado, ni se movió su voluntad precisamente a su causación y causó un resultado no deseado pero previsible, el delito es atribuible a título culposo y no intencional. Tampoco se aprecia *preterintencionalidad* en la acción del inculpado, pues no se causó un daño más allá del propuesto por el agente, ya que este no movió su voluntad y su acción para la causación de un daño determinado.

Primer Tribunal Colegiado en materia penal del segundo Circuito. Amparo Directo 1741/88. Gregario Vega Saavedra. 17 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Ceja Villaseñor.

PRETERINTENCIONALIDAD, ES ILEGAL LA SENTENCIA QUE NO ABORDA EL ANÁLISIS DE ESA CIRCUNSTANCIA, CUANDO EN AUTOS EXISTEN ELEMENTOS PARA HACERLO.

Si el magistrado en la sentencia que constituye el acto reclamado, acepta y da valor a la confesión del acusado en el sentido de que disparó sin apuntar a nadie, y que el inculpado, desde el momento en que produjo su declaración ministerial introdujo argumentos que hacían que su conducta pudiera estimarse como preterintencional, y más aún, el juez analizó esa circunstancia, el proceder de la responsable cuando omite abordar el examen de esa cuestión, supliendo la deficiencia de la queja, y determinar si es o no preterintencional el delito, es violatorio de garantías individuales.

Segundo Tribunal Colegiado del décimo primer Circuito. Amparo Directo 196/89. Genara Valantín. 8 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado.

DOLO, CASO EN QUE SE CONFIGURA EL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA). Si el ánimo del acusado al golpear a la pasiva estaba encaminado a producirle un daño grave, esa conducta ilícita lógica y legalmente estructura el dolo, y no puede estimarse que aquí obró con preterintención y tampoco que el daño producido a esta fue cometido por culpa, aún cuando se afirme que el daño fue mayor al deseado, ya que de tal proceder se desprende que el reo, para actuar de esa manera, movió su voluntad para causar un mal.

Tribunal Colegiado en materia Penal del Tercer Circuito. Amparo Directo 303/89. Miguel Carbajal. 23 de marzo de 1990. Unanimidad de Votos. Ponente: J. Guadalupe Torres.

MINISTERIO PÚBLICO, CASO EN QUE SE INVADE SU FUNCIÓN PERSECUTORIA. El artículo 6 del Código Penal para el Estado de Sonora, dispone que los delitos pueden ser intencionales, culposos y preterintencionales; que el delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado; que la culpa existe cuando la producción del resultado no se previó, siendo previsible, cuando, habiendo sido previsto, se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud; y que existe preterintencionalidad, cuando se causa daño mayor que el que se quiso causar, por lo que hay dolo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado. Por tanto, la propia ley establece, en su parte general, una primera clasificación de los delitos, conforme a la cual, se puede infringir la norma intencionalmente o en forma culposa o bien, de manera preterintencional. Si de autos aparece que el inculpado fue procesado, acusado y sentenciado, en primera instancia, como responsable de un delito intencional y pese a ello, el tribunal de apelación lo sancionó por estimar que había cometido un delito preterintencional, es claro que con tal determinación varió los términos de la acusación, en cuanto a la forma de comisión del ilícito imputado, por lo que invadió la función persecutoria que la ley reserva al Ministerio Público, con violación del artículo 21 constitucional.

Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo Directo 314/90. José Carmelo Sánchez. 28 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra.

INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. EXCLUSIÓN DE SU PRESUNCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE ZACATECAS. La presunción del dolo que se contenía en el artículo 8º del Código Penal para el Estado de Zacatecas, de vigencia anterior, se suprimió en el nuevo Código Penal para el propio Estado, en vigor a partir del 16 de julio de 1986, señalándose al efecto, en la exposición de motivos del nuevo Código, que aquella disposición es criticable al negar relevancia penal a verdaderas situaciones de error en que se excluye totalmente el dolo o la culpa, o negar total, relevancia a errores de derecho, no acordes con nuestra realidad. Que la propia disposición legal, contradecía radicalmente el "principio de inocencia" y, según la interpretación tradicional que se hace de la misma respecto de la ubicación de la intención delictuosa, también el "principio de culpabilidad", que son característicos de un derecho penal liberal, propio de un Estado democrático de derecho. Que por otra parte, encerraba la idea de que la ignorancia de la ley no es excusa; principio que viene desde el Derecho Romano y que se ha plasmado en el Derecho Civil, pero que en el derecho penal es inadmisibles chocando con nuestra realidad social y con los más elementales principios de la moderna política criminal. Y que en virtud de lo anterior, se consideró una necesidad ineludible suprimir el contenido del mencionado precepto y, con ello, lograr una mayor

adecuación de la legislación penal a nuestra realidad. Así, el actual Código Penal del Estado de Zacatecas, se refiere al dolo, a la culpa y a la preterintención en su artículo 6, *con términos y fórmulas más o menos adecuados*, lo que constituye un cierto avance, según se expone en la propia exposición de motivos citada.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Amparo Directo 493/90. Magdaleno Rivas. 31 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar, Alvera.

HOMICIDIO, DOLO, CULPA Y *PRETERINTENCIONALIDAD*, EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES. De acuerdo con lo previsto por los artículos 6º y 7º del Código Penal para el Estado de Aguascalientes, la realización de un hecho subsumible en una figura típica es reprochable a su autor por haberlo realizado intencional, imprudente o *preterintencionalmente*, pudiéndose concluir que mientras en el homicidio intencional existe la representación y la voluntad de privar a otro de la vida, en el preterintencional, existe la representación y la voluntad de golpear o lesionar y de este hecho surge la muerte no querida, en el homicidio culposo, falta no solamente la voluntad y la representación de producir la muerte, sino también la de golpear o lesionar a la persona que resulta víctima.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Amparo Directo 312/92. Federico Vital. 9 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar

DELITO PRETERINTENCIONAL, RELEVANCIA DE DETERMINAR SI EXISTIÓ O NO DESPROPORCIÓN EN EL MEDIO UTILIZADO PARA CAUSAR EL DAÑO, EN TRATÁNDOSE DE. El artículo 17 del Código Penal para el Estado de Veracruz, define como atenuante el delito preterintencional al establecer que existe esa figura cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce en forma culposa, y para determinar si ello ocurre en un específico caso, cobra destacada relevancia determinar si existió o no desproporción del medio utilizado para causar daño y el resultado del mismo, pues ese hecho adquiere superlativa importancia para determinar si existió dolo o no, y así cuando el agente quiere ocasionar un daño menor y causa ultraintencionalmente la muerte, el homicidio del pasivo es preterintencional, es decir, va más allá de la intención.

Tribunal Colegiado en materia penal del Séptimo Circuito. A. D. 378/92. Mario Garce Santos. 23 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. ponente: Luis Alfonso Pérez.

IV.4. SEGÚN DECRETO DE REFORMAS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 10 DE ENERO DE 1994, PARA ENTRAR EN VIGOR A PARTIR DEL 1º DE FEBRERO DE 1994.

El día 22 de noviembre de 1993, el Lic. Carlos Salinas de Gortari, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, envió a los C.C. Secretarios de la H. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, una *iniciativa de Decreto de reformas*

al *Código Penal* para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como respecto de otras leyes.

En dicha *iniciativa* de Decreto, se estableció, entre otras cuestiones, lo siguiente:

I. ACTUALIZACIÓN NECESARIA

"I.1. Es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal Federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como a la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada, que por la magnitud de sus efectos dañosos y por sus alcances, que llegan a ser internacionales, están conformando un nuevo fenómeno de criminalidad."

II.1. REFORMA PENAL SUSTANTIVA.

"II.6. También se proyectan las siguientes *reformas* a otras disposiciones del *Código Penal* que, sin duda, influirán igualmente para hacer más eficiente la función de justicia, como son:

II.6.2. Dolo y Culpa.- Es abundante la crítica que se hace a nuestra ley por la utilización de los términos "intencional e imprudencial", no obstante el amplio desarrollo que la doctrina penal ha observado en torno a los conceptos de "dolo" y de "culpa", cuyos contenidos son más precisos que los anteriores. La propia doctrina mexicana, cuando se ocupa de los elementos subjetivos del delito, habla siempre de dolo y de culpa y, no de intención e imprudencia. *Por ello, tratando de superar lo anterior, se propone reformar los artículos 8º y 9º del Código Penal, los que, si bien fueron objeto de importantes modificaciones en 1984, que desecharon la tan criticable "presunción de intencionalidad" y definieron la conducta intencional, imprudencial y preterintencional, aún plantean puntos críticos que nuevamente motivan su transformación.*" (*)

"Además de los cambios terminológicos, se sugieren fórmulas más precisas respecto de lo que es la conducta dolosa y la conducta culposa. Por lo que hace a la primera, se precisan sus elementos constitutivos (el intelectual y el volitivo) y los alcances de los mismos que permiten distinguir con mayor claridad lo que es un "dolo directo" y un "dolo eventual"; se evita, asimismo, la crítica que pudiera haber por lo que se refiere al objeto de conocimiento, que según la propuesta lo son los

(*) La letra itálica fue marcada por nosotros.

elementos del tipo penal. Con relación a la culpa, se agrega en la fórmula la indicación del dato característico de orden subjetivo, que es la "previsibilidad"; lo que permite distinguir en los casos concretos una culpa "con previsión", o consciente y una "sin previsión" o inconsciente."

*"Finalmente, se propone suprimir la figura del delito preterintencional, por considerar -siguiendo a la opinión dominante en la doctrina- que dicha situación se resuelve adecuadamente con la fórmula de la culpa que ahora se propone; además, se evitan otros problemas que la propia regulación actual presenta." ***

Y sin mayor explicación, ni argumentación convincente respecto al tema -objeto de nuestro estudio-, fue suscrita esta iniciativa presidencial.

Posteriormente, la iniciativa de Decreto en comento, fue turnada a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia del Congreso Federal para su estudio y dictamen. Siendo así, se acordó que por la importancia y trascendencia que tiene la iniciativa de Referencia en relación con el respeto de los Derechos Humanos, las Comisiones Unidas citadas acordaron

** *transcripción literal.*

invitar a la Comisión de Derechos Humanos de la propia Cámara para que participara en el análisis.

En los CONSIDERANDOS del dictamen se estableció que:

"Por lo que toca a la *preterintencionalidad*, ésta se suprime; y la *idea de suprimirla* está de acuerdo con los avances y aportes que ha tenido la doctrina penal y la legislación comparada, por considerar que esta forma de cometer conductas delictivas queda comprendida en la nueva concepción que se tiene de lo que son los delitos culposos y, además, es un problema que se atiende y resuelve en la individualización judicial de la pena. Por ello, resulta necesario y adecuado modificar los artículos que hacen referencia a ella, como son el 8, 9, y 60 fracción VI."

Nosotros decimos que no es posible argumentar que dentro del dolo y la culpa se pretendan encerrar todas las conductas ilícitas transgresoras del orden social, a pesar de ser las únicas actualmente reguladas formalmente por la ley -penal-, no obstante que se intente justificar que el *dolo*, como primera forma de culpabilidad, se compone a su vez de diversas acepciones tales como: *dolo directo*, *dolo eventual*, *dolo indirecto*, *dolo de consecuencias necesarias* etc., y por su parte, -según se dice-, a la *culpa*, como **segunda y última** forma de culpabilidad, a la que también se le establecen las categorías de *culpa consciente*

(cuando hay representación del resultado), y *culpa inconsciente* (en donde no hay representación del resultado); considerando categóricamente autores y legisladores que, *"siguiendo a la opinión dominante en la doctrina"- dicha situación se resuelve adecuadamente con la fórmula de la culpa que ahora se propone; para después finalizar simplemente diciendo que "es un problema que se atiende y resuelve en la individualización judicial de la pena"*.

Todas estas posibilidades -subespecies o acepciones del dolo y la culpa-, no son suficientes para englobar dentro de la culpabilidad penal, a todas y cada una de las posibles conductas y acciones antijurídicas que sugen por el fenómeno delictivo en nuestra realidad social cotidiana; sin embargo, así lo pretenden sencillamente justificar algunos tratadistas, dejando limitada -por no decir cerrada- la posibilidad de la existencia de otra forma de culpabilidad en la comisión de los delitos.

Aún con *"tan variadas y múltiples posibles acepciones"* del dolo y la culpa, en definitiva, -reiteramos- es evidente que algunas conductas no reúnen los requisitos para considerarlas como dolosas, pero tampoco -en algunos casos-, para considerarlas simplemente como culposas; ni en el mejor de los casos, pretender *comprenderlas en "la nueva concepción" que se tiene de lo que son los delitos culposos.*

Hubiera sido interesante que explicaran ampliamente -ya que se trata de un tema complejo y delicado-, lo que para *ellos* significa "la opinión dominante en la doctrina".

Ante todo esto, enfrentamos, entonces, el siguiente problema: Aferrarse a desconcer y permanecer *ciegos* ante conductas *realmente delictivas* con sus características propias y autónomas, que al no poderse encuadrar dentro de las *formas "tradicionales"* mencionadas -dolo y culpa-, nos obligan a buscar y estructurar una *fórmula jurídica* que nos permita subsanar conjeturas, para darles así, justa y eficaz solución con estricto apego a los principios del derecho; de tal manera que no retrocedamos a las añejas "presunciones de intencionalidad", ni a teorías que vean en la culpa el fundamento de la preterintención.

Pero tampoco, llegar al extremo -por demás fácil- de *derogar*, sin mayor explicación al respecto, formas de culpabilidad en la comisión de los delitos.

La mejor estrategia -creemos nosotros- es *replantear* y dar plena justificación jurídica a la preterintencionalidad como *tercera forma de culpabilidad, autónoma e independiente*; dando argumentos con base en la propia naturaleza de algunos fenómenos delictivos, superando así, las posibles injusticias y graves confusiones que ofrece la actual técnica jurídica.

Es cierto, a partir del 1º de febrero del presente año, se derogó la preterintencionalidad como forma -autónoma- de culpabilidad, será imposible -"legalmente hablando"- reprocharle una conducta preterintencional al sujeto; sin embargo, jurídicamente, *en justicia*, será legítimamente merecedor del reproche por dicha conducta, a pesar de no poderle imponer ni fundar su correspondiente pena: *a título preterintencional*.

CAPÍTULO V.

EL DELITO PRETERINTENCIONAL.

Con afán de contribuir, aunque sea de una manera sencilla, al esclarecimiento y explicación del tema en cuestión, trataremos de llevar a cabo una proposición concreta que nos permita ir analizando momento a momento, lo que consideramos es: la *correcta estructura de la preterintención.*

En este momento, resulta oportuno citar al penalista MARTÍNEZ RINCONES, quien precisa: "debe señalarse que, en cada caso, existen razones en el universo de la relatividad de la verdad jurídica que sirven de base racional a las normas penales vigentes; pero si bien estas razones permiten explicar la cuestión jurídica de las normas concretas, ninguna de ellas llega a explicar el por qué de las diversidades en cada sistema penal. Aparentemente, en consecuencia, cada quien tiene su razón y, sin embargo, cada sistema penal denuncia un vacío, un espacio de conocimiento confuso que no termina de llenarse, que no se agota con las explicaciones que se han dado, bien sea con base al eclecticismo jurídico generador de entendimientos generalmente beneficiosos y positivos."

El citado penalista finaliza su exposición señalando que se han explicado muchas verdades, pero no se sabe si en ésta materia

-refiriéndose a la preterintencionalidad- pudiera haber una verdad que haga común una razón que hasta ahora es diversa.

Respetamos la opinión del tratadista antes citado, sin embargo, debemos reconocer que en lo específico, no compartimos su opinión, a pesar de que -aparentemente- la realidad que se nos presenta le concede cierta razón.

Deseamos dejar bien claro que al analizar el presente tema y esgrimir los argumentos de derecho que nos permitan definir la naturaleza jurídica de la preterintencionalidad, debemos tomar en cuenta y reconocer *la compleja y viva realidad* que se nos presenta en el ámbito de lo penal. Por ello, resulta imperativo abandonar todas las angustiosas y repetitivas disquisiciones doctrinarias innecesarias, para concentrar nuestro análisis en *lo fundamental* y, convertirnos así, en verdaderos "*soldados al servicio de la profesión*".

Muchos autores, juristas prestigiados, parecen aferrarse a la idea de pretender "*construir una culpabilidad de probeta*", dejando menguada la estricta dimensión del fenómeno delictivo, sin considerar siquiera al destinatario de la norma, como *actor* del fenómeno humano y del fenómeno jurídico.

Tal parece -creemos nosotros-, que muchos autores se conducen dentro de un nivel meramente teórico, deseando alcanzar el máximo de precisión técnico-jurídico respecto del tema de la

culpabilidad (y sus *formas* de manifestación); desentendiéndose y permaneciendo indiferentes ante la experiencia misma y, -según ellos- evitar así las posibles contradicciones doctrinales, escudándose en lo que denominan "la opinión dominante en la doctrina".

Tal parece que los que así piensan -en torno al delito preterintencional-, han decidido "conducirse por el camino más fácil"; esto es, han decidido:

a) Desentenderse y dejar a un lado a la preterintencionalidad, argumentando, sin mayor esfuerzo, que existen únicamente el *dolo* y la *culpa* como formas "*monopólicas*" de culpabilidad;

b) Conformarse simplemente con adherir y abismar la preterintención con el *dolo* y, algunas veces, incluso -en el peor de los casos- con la *culpa*;

c) Insistir en la absurda afirmación de la supuesta *mezcla* de *dolo* y *culpa*:

d) Y -aunque parezca irrisorio-, en algunos casos, justificar teórica y doctrinariamente la preterintencionalidad, pero, al mismo tiempo, oponerse a que ésta sea regulada en forma *legal*.

Asumir cualquiera de éstas posturas, nos hace pensar que quizá en el fondo, -quienes así piensan- lo hacen para no tener que preocuparse por dedicar cierto de *su* tiempo en la observación de los *fenómenos humanos* de carácter delictivo, o quizá, para evitar el esfuerzo que les representa el desentrañar o estudiar, de manera objetiva e imparcial, la naturaleza misma de la preterintencionalidad. Pero lo que resulta catastrófico es que detentan como "última verdad" esa opinión o corriente doctrinaria -supuestamente- dominante; en lugar de que sea *la realidad misma, manifestada a través de los hechos y circunstancias concretas dentro de lo social, lo que definan el punto de partida de "la postura", como fenómeno jurídico.*

Sin embargo, creemos que *nunca será suficiente el esfuerzo realizado en áreas de aportar ideas y avances específicos, para la efectiva superación y progreso de la ciencia jurídico-penal.*

Insistimos, no se trata simplemente de desconocer, ni permanecer indiferentes ante una *figura jurídica "más"*; pero tampoco de *derogar -sin miramiento- su significación del marco legal, sin advertir siquiera que ello repercute en perjuicio de la integridad del propio Código Penal, y por supuesto, en un serio perjuicio a los destinatarios de las normas.*

No se puede actuar con voluntad caprichosa ni tibieza en *el criterio* ante las decisiones de crear o derogar en la legislación penal, situaciones *de derecho*, según el ánimo o corriente doctrinaria

en turno *-o de moda-*. Por el contrario, debemos actuar con firmeza, esgrimiendo argumentos *de justicia*, reconociendo que estamos frente a un tema jurídico-penal complejo y de confusa apreciación.

Por ello, es nuestro deber asumir con voluntad científica nuestro estudio, para así, "*el día de mañana*" estar en aptitud de dar oportuna y justa respuesta -como profesionistas de una carrera de *humanidades-*, a todas y cada una de las posibles situaciones; consecuencia del *fenómeno humano*, tan vivo y siempre variado en nuestra convivencia social cotidiana.

Nos preguntamos si no se estará perdiendo el "*sentimiento de justicia*", mismo que debiera estar siempre presente en la conciencia de todo jurista, abogado y estudioso del derecho; sentimiento de justicia, que nos permita identificar oportunamente los modelos y fórmulas jurídicas para el logro de los *principios fundamentales*, máxime cuando se analizan y estudian temas -tan controvertidos-, como son las *formas de culpabilidad* dentro de la teoría general del derecho penal.

Imprescindible es que nuestros redactores y legisladores ejerzan la capacidad de imprimir sencillez y talento en las leyes, no perdiendo de vista los *finés últimos* del derecho, y en este caso, del *derecho penal*.

Podemos concluir, en principio, que la inclusión y regulación en el Código Penal de una figura tan anómala y aparentemente remota, como lo es *la preterintencionalidad*, responde a una *necesidad fáctica* para dar solución *justa* a las posibles situaciones *reales* de carácter delictivo que, de manera cotidiana, surgen en nuestro acontecer social. Pero ratificamos, el derogar la preterintencionalidad *-sin un mínimo de justificaciones racionales y jurídicamente convincentes-*, en el sentido de negarle arbitrariamente su naturaleza como forma autónoma de culpabilidad, nos parece primitivo, errático y falto de sentido elemental de justicia.

V.I. NUESTRO CONCEPTO DE PRETERINTENCIONALIDAD.

V.I.1. COMO FENÓMENO HUMANO.

Partiremos de la afirmación de que son *los hechos* mismos y la propia *naturaleza del hombre*, que surgen y se presentan en la viva realidad, los que definen y conforman la estructura del delito **preterintencional**.

La preterintencionalidad emerge como un *proceso natural*, pero ello no significa que se desarrolle de una manera *lógica y normal*.

Esta afirmación producirá, a primera vista, varios cuestionamientos que será preciso ir acotando. Sin embargo, es necesario manifestar

que, a pesar de la bastísima bibliografía que se pudiera encontrar específicamente respecto de este tema, así como de la gran multiplicidad de opiniones de los distintos autores en la doctrina jurídica nacional y extranjera -como se ha visto en los capítulos anteriores-, nos resulta imperativo invocar las palabras del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS, quien señala -al referirse al tema de la preterintencionalidad- que al abordar su estudio, "**debemos ser aliados de la justicia, y no de la doctrina**".

Es obvio que no se trata aquí de menospreciar a la doctrina, sino de enfrentar el desarrollo de nuestro tema, -insistimos- con un *estricto rigor de justicia*, evitando así, múltiples discusiones innecesarias y repetitivas que sólo paracitan el progreso del Derecho Penal.

Todo ello nos hace reflexionar sobre la perspectiva más inmediata, a través de la cual debemos enfocar nuestro tema. Siendo así, se hace indispensable sostener una afirmación -siguiendo al maestro citado- en el sentido de que, "*el delito preterintencional es producto del fenómeno humano, inmerso dentro de la fatalidad de los acontecimientos de la naturaleza*" -incluidos también a los acontecimientos del hombre-. Provocando, con ello, consecuencias *de derecho* que hacen necesario la observación y definición del perfil, particularmente característico, de esta forma de delito como *fenómeno jurídico*.

V.1.2. COMO DELITO AUTÓNOMO.

Para estar en posibilidad de precisar la naturaleza *autónoma* de la preterintencionalidad, debemos antes estudiar los alcances y significación que, dentro del derecho punitivo, tiene el concepto: **CULPABILIDAD**.

Hemos apuntado que el maestro español EUGENIO CUELLO CALÓN define *el delito como "un hecho culpable"*. No basta que el hecho sea un hecho antijurídico y típico, también -señala- debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material es preciso además que sea su autor moral, que lo haya *ejecutado culpablemente*. (1)

El concepto de **culpabilidad** es la parte más delicada y escabrosa de cuántas el Derecho Penal trata. Así, al llegar al tema de la culpabilidad, es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas, es decir, es necesario afirmar, decantar, pulir y analizar con sumo tacto para que quede -lo más ceñido posible-, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. En la *tipicidad* nos movemos en el terreno "descriptivo"; en la *antijuridicidad*, en el terreno de la "valoración objetiva"; y en la *culpabilidad*, necesariamente habremos de

(1) CUELLO CALÓN Eugenio. "*Derecho Penal parte general*", pág. 423.

movernos en el terreno, -por demás resbaladizo- de la "individualización". (2)

Una vez establecido lo anterior, habremos de afirmar que el delito tiene como formas de manifestación -o comisión-, dentro del ámbito de la culpabilidad, las siguientes:

- I.- El *Dolo*. (denominado también: forma *intencional*).
- II.- La *Culpa*. (denominada también: forma *imprudencial*); y
- III.- La *Preterintencionalidad*. (denominada también: forma *ultraintencional*).

Cada una de estas formas o manifestaciones tiene sus características y elementos que les son propios según su naturaleza. Asimismo, cada una tiene su precisa significación y alcances específicos -tanto teóricos como prácticos-. El rebazar arbitrariamente éstos límites, o forzar -de cualquier modo- sus alcances, pone en peligro la estabilidad e integridad de la teoría general de la culpabilidad, repercutiendo gravemente al momento de penetrar en el terreno de la individualización específica para cada caso.

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", (Principios de Derecho Penal), Edit. Sudamericana/ Abeledo-Perrot, Buenos Aires, edición 1990, pág. 352. / MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, "Derecho Penal, Parte General", pág. 239.

V.1.3. COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD.

a) CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

Antes de continuar el análisis del tema relativo a la culpabilidad, debemos dejar claro que la discusión no gira en torno a la significación del concepto mismo de "*culpabilidad*", sino que se centra -para los efectos de nuestro estudio- en *las formas* como ésta se manifiesta dentro de la teoría general del delito.

Compartimos esencialmente la opinión del maestro EUGENIO CUELLO CALÓN respecto a este concepto, cuando señala que *el delito es un hecho culpable*. No basta que sea un hecho antijurídico y típico, también: debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material, es preciso además que sea su autor moral, que lo haya *ejecutado culpablemente*.

Una acción es culpable cuando a causa de la relación *psicológica* existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada, en virtud de su comportamiento *contrario a la ley*.

De acuerdo con estas ideas la culpabilidad puede definirse como *el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley*. (3)

(3) CUELLO CALÓN, El derecho penal, parte general, Edit. Bosch, pág, 443

Tan importante es considerar, en la culpabilidad, la relación psicológica entre el sujeto activo y el hecho -acción-; como esencial, también, la contravención a la ley. (4)

De ahí, que la noción de culpabilidad está íntimamente ligada con la de *antijuridicidad*; sin una conducta antijurídica no hay culpabilidad, aquélla es condición previa para la existencia de ésta.

El citado maestro español continúa exponiendo que en cuanto a su rango como elemento del delito, la culpabilidad queda en cierto modo subordinada a la antijuridicidad, y a pesar de su importancia, de ser la base ética de la noción del delito, y de ser condición previa indispensable para la imposición de pena (*nullum poena sine culpa*), no es posible colocarla en lugar preeminente respecto de la antijuridicidad. Esta primacía ya la expresaba BELING con estas palabras: "Que el momento de la culpabilidad debe ser colocado después del de la antijuridicidad es cosa que no necesita prueba alguna. *La culpa criminal sin obrar antijurídico es una quimera.*"

Pero el agente antes de ser *culpable* ha de ser, *imputable*. La "imputabilidad" es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquélla no se concibe ésta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene

(4) No debemos perder de vista que la culpabilidad, como elemento del delito, se integra por la denominada *concepción psicológica*, pero también, sin lugar a dudas, por la *concepción normativa*. Ambas son sus aspectos fundamentales.

por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas, morales etc., exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. De esta manera, asegura el propio CUELLO CALÓN, que no se exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino conciencia y voluntad en el grado necesario para que el agente pueda responder de los propios actos. Es *la capacidad de conocer y querer en el ámbito del derecho penal*. En otras palabras, la imputabilidad es: *la capacidad de culpabilidad*.

El maestro español asegura, es *responsable* el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, así, *la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas*. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad. Mientras que el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, la responsabilidad nace en el momento de su perpetración; para traducirse después, en la individualización -concreta- de la culpabilidad.

En este sentido, es importante señalar la apreciación del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS cuando afirma que, en el derecho penal mexicano, *"el fundamento de la culpabilidad"* lo encontramos en el artículo 14 Constitucional, donde se establece la garantía individual y política de la "exigencia de una ley previa exactamente aplicable al delito de que se trata". Ya que la culpabilidad requiere esencialmente de la existencia de una ley previa que le anuncie al

sujeto, la prohibición de una determinada conducta o el aspecto ilícito de la misma. Sin embargo, otro problema pendiente de analizar será la *ficción legal* que preve "la presunción del conocimiento de la ley penal".

b) FORMAS DE CULPABILIDAD.

Dentro del derecho penal, es generalizado el reconocimiento por parte de los distintos autores y sistemas jurídicos, en el sentido de que únicamente y durante mucho tiempo, sólo fueron aceptadas las "*tradicionales formas de culpabilidad*", a saber, **el dolo y la culpa**; sin aceptar ninguna otra modalidad -por lo menos de una manera *formal*- que pudiera surgir de entre las dos, o al lado de ellas, como algo *independiente, con vida propia*, que tuviera posibilidad de nacer de las entrañas mismas del delito, como consecuencia del fenómeno humano dentro de la naturaleza, que cuente con sus propios principios que favorezcan su estructura, su definición y regulación.

En nuestro país, hemos tenido la oportunidad de percatarnos de que en la conciencia de no pocos juristas, litigantes, autoridades y, en general de nuestro sistema jurídico-penal, persiste la sensación de que, al hablar -y sostener- exclusivamente al dolo y a la culpa como **formas *monopólicas* de culpabilidad en el delito**, se deja, con ello, cierta laguna o espacios sin resolver, dentro del propio

marco legal, frente a los casos que se nos presentan -o se puedan presentar- en la viva realidad cotidiana.

No es dable ni ético tener como finalidad dentro del derecho -específicamente en el derecho penal-, el crear mágicamente -muchas veces sin sustento real-, los mecanismos "legales" (y en ocasiones hasta "*legaloides*") frecuentemente insuficientes para dar justas y coherentes soluciones a los casos que surgen y se nos plantean; ni tampoco debemos relegar o cargar todo el trabajo a la interpretación que puedan realizar los Tribunales a través de la jurisprudencia, para intentar suplir las deficiencias de la ley, como consecuencia de una imprecisa teoría del delito. (5)

De este modo, reiteramos nuestro más firme rechazo a permanecer indiferentes ante las acciones y criterios del legislador, quien

(5) La experiencia así nos lo ha demostrado en años pasados; desde la creación del Código Penal vigente en 1931, sin que estuviera -en ese entonces todavía- reconocida *formalmente* la preterintencionalidad como forma autónoma de culpabilidad, ya nuestros Tribunales federales hablaban de preterintención a través de la jurisprudencia. Por otro lado, a partir de la reforma a dicho Código en 1983, una vez reconocida *legalmente* la preterintencionalidad en el Distrito Federal y a nivel federal, tuvimos que vivir conforme a la regulación de las *tres formas* de comisión de los delitos, aún *sin* que muchos juristas, jueces, abogados y demás estudiosos del derecho, terminaran por conocer -o en el mejor de los casos entender- los alcances y consecuencias que ofrecía esa definición legal -en nuestro concepto, con graves deficiencias conceptuales-, *del delito preterintencional*; principalmente al ser aplicada en el terreno de la individualización de la responsabilidad penal. Sabemos, asimismo, que muchos, utilizaron a la preterintencionalidad como fórmula para evadir la verdadera responsabilidad delictiva, generalmente cuando se ocultaba, a través de la preterintención, la comisión de un delito intencional. Pero también, cuando se presionaba para que se fincara responsabilidad preterintencional, en aras de encubrir un simple delito imprudencial. Como quiera que haya sido, ahora tendremos que enfrentarnos *nuevamente* a un cambio esencial (*y no por ello correcto*) respecto del enfoque y manera de atender los diversos asuntos que se plantean, en relación con la teoría general de la culpabilidad, como aspecto *sustantivo* del derecho penal.

simplemente deroga disposiciones, -sin expresar serios ni convincentes razonamientos que justifiquen tales acciones-. Disposiciones, que bien podrían pulirse y reestructurarse con la finalidad de buscar y ofrecer avances técnico-jurídicos para el progreso de la ciencia penal. Coadyuvando así, -se insiste-, a dar soluciones cada día más *justas*, -a pesar de lo que pudiera argumentarse en contrario-. Es decir, no podemos derogar preceptos justificando que éstos resultan complejos de entender; que éstos "*casi nunca*" se aplican o, -en el mejor de los casos-, por dejarse influir por lo que podría aparentar ser "más sencillo" de aplicar y regular, expresando que "*tal o cual*" corriente doctrinaria es la "*dominante*" o está "*de moda*", y en último de los casos, porque así lo encomendó "*el superior*"...

Es importante precisar -por reiterativo que pudieramos parecer-, que al analizar el tema en cuestión, debemos abordarlo partiendo del hecho que estamos ante *un fenómeno jurídico* consecuencia del *fenómeno humano*, el cual no podemos ignorar, ya que se presenta como *forma delictiva* en el esquema de la naturaleza, siendo evidente que la realidad así nos lo demuestra; todo ello, con independencia de que la propia legislación penal -positiva-, *lo establezca expresamente* o no, en su cuerpo de disposiciones.

Hay quiénes argumentan que, "como *casi nunca* aparecen estos supuestos -nos referimos a los casos de delito preterintencional-, o que éstos son extremadamente "*raros*" y *difíciles de apreciar e identificar*, es preferible derogarlos". Quienes así opinan o

piensan, ignoran de manera absoluta que *con el simple hecho de que aprezca un sólo caso (preterintencional)* y no se cuente en ese momento con los mecanismos legales para **resolverlo en justicia**, -pudiéndolos tener como resulta claro, estableciéndolos en la legislación-; sino por el contrario, al surgir dicho fenómeno delictivo, se "*intente*" resolverlo utilizando los mecanismos que le sean supuestamente más parecidos, o que *cómodamente* se tengan a la mano, por así únicamente permitirlo la legislación (ley positiva), *se estará en definitiva impartiendo una terrible injusticia*, por escasos, raros y difíciles que parezcan las conductas preterintencionales.

Los que ignoran esta realidad, parecen no darse cuenta de la profunda gravedad que todo esto entraña cuando se pretende "solucionar" un caso en particular, desde la perspectiva de justicia dentro del *drama* del procedimiento penal.

Nosotros sustentamos que un hombre no sólo tiene posibilidad de delinquir -y de hecho delinque-, a través de una conducta dolosa o culposa, sino también -sin lugar a dudas- *a través de una conducta preterintencional autónoma*, a la cual se le debe dar específica regulación dentro del marco legal.

Con lo anteriormente afirmado, no pretendemos justificar nuestra posición, en aras de un *capricho teórico*; ni parecer intransigentes ante la actual legislación penal, o corriente doctrinaria -supuestamente- dominante.

Resulta claro que en la preterintencionalidad estamos en presencia de una "**acción culpable**", *pero no a título de dolo, ni mucho menos a título de culpa, sino una acción culpable a título preterintencional*. Argumentar lo contrario, sería forzar y exceder la significación y alcances específicos del *dolo* y la *culpa* como formas de culpabilidad autónomas e independientes entre sí.

En la **preterintención**, -como expondremos a continuación-, existe una relación psicológica entre el sujeto y su acción realizada; pero debemos reconocer también, que "el resultado típico mayor, *realmente acontecido*, excedió a la naturaleza misma de esa *acción intentada* por dicho sujeto. De ahí, que deba *responder penalmente* por su acción, pero, para ello, siendo necesario tomar en consideración -por principio de justicia-, ese resultado producido más grave.

V.1.4. ESTRUCTURA DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.

Pasaremos a exponer el desarrollo del "*hecho preterintencional*", mismo que se compone de momento a momento, de sus características propias e inherentes que permiten definirlo -según se ha apuntado- como *delito autónomo* dentro de la teoría de la culpabilidad:

1) Generalmente, es decir, en la mayoría de los casos, el sujeto activo *se representa* un **determinado** resultado *ilícito*, antes de iniciar su conducta.

2) Dicho sujeto:

a) Se representa un **determinado resultado**, como consecuencia "*ordinaria y natural*" de su acción. (previsibilidad);

b) ...o bien, no lo prevé, pero *está en posibilidad de representarse* -dicho resultado-, precisamente por ser consecuencia "*ordinaria y natural*" de su acción.

3) **Acción inicial** de contenido *ilícito*. (de carácter **doloso**).

4) El sujeto activo **realiza esa acción**. (dirigida a producir ese determinado resultado). Acción que se exterioriza e impulsa a través de un *movimiento corporal*.

5) El sujeto **quiere la acción**. (su acción)

6) El sujeto **quiere el resultado representado dentro de los límites de la naturaleza lesiva ordinaria** de su acción; o bien, **está dispuesto a aceptar** ese resultado *ordinario y natural* como consecuencia de la realización de dicha acción.

7) La *voluntad consciente* del sujeto, está interpretada en la naturaleza misma de la acción realizada. (*)

8) Pero se produce un resultado que, en definitiva, **EXCEDE A LA NATURALEZA MISMA DE SU ACCIÓN**, es decir, excede al movimiento corporal del sujeto. (...y por tanto, excede también a su *voluntad consciente*, porque ésta ya se encontraba interpretada en la naturaleza misma de su acción realizada). (**)

9) El "resultado producido" (*más grave, en relación con el posible resultado previsto*) fue **imprevisible** para el actor en situaciones normales. No fue querido y tampoco es aceptado, ya que el daño, que finalmente resultó **no fue consecuencia necesaria ni notoria de su acción emprendida**, -se insiste-, **porque el anormal desarrollo de la cadena físico-causal escapa a la percepción y voluntad misma del sujeto -y de cualquier otro-**. Esto es, persona que cuenta al momento de realizar su conducta, con "razón clara y voluntad libre." (***)

(*) Fuente: lecciones del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS.

(**) Argumento innovador del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS, que sirve de base esencial para la construcción de la estructura del delito preterintencional. Argumento, que se debe analizar de manera integral, en relación con los demás puntos integradores del delito que se expone.

(***) El maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS señala que ya desde el texto original del Código Penal de 1931, en su correspondiente Artículo 9° se establecían los elementos que caracterizan al delito preterintencional; pero para poderlos identificar se debe de leer y analizar con detenimiento dicho precepto "a contrario sensu" -en la parte conducente-: ...

Sin embargo, dicho resultado producido debe ponerse a *cargo del sujeto*, reprochándole -penalmente- la realización de su acción.

10) El sujeto penetró *libre y conscientemente* al ámbito delictivo; y es evidente que se ha producido un **resultado típico**. (*mayor*)

Todas estas consideraciones, en nuestra opinión, son *las bases sustanciales* de la estructura y definición del delito preterintencional. No obstante ello, será necesario satisfacer la idea antes expuesta, desde el punto de vista *formal*, para poder establecer *legítimamente* en el Código Penal a la preterintención como forma de culpabilidad.

... El Art. 9º establecía: "*La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario...*"

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

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

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

Por otro lado, será materia de análisis -y de *prueba* para efectos del procedimiento penal-, la consideración del *medio empleado para la comisión del delito por parte del sujeto activo*; que, en definitiva, estará íntimamente relacionado, a su vez, con la *naturaleza misma de su acción intentada*.

La *doctrina y legislación penal* deben tomar en cuenta todas y cada una de estas circunstancias que participan dentro del desarrollo del delito preterintencional. Igualmente, se debe regular e instrumentar la forma en que *jurídicamente* se va a dar eficaz y oportuna solución al *fenómeno delictivo* que se ha expuesto, y que -para nosotros- recibe el nombre de delito *preterintencional*; figura que, en definitiva, constituye una forma de culpabilidad autónoma e independiente.

Una vez regulada y definida correctamente la *estructura* del delito preterintencional, se deberá, en su momento -a través del ejercicio legislativo-, poner a disposición del propio "*sistema judicial o aparato gubernamental*" la herramienta óptima para lograr culminar la tesis planteada, es decir: "precisar cómo se va a instrumentar el establecimiento *del grado de punibilidad* -justa-, aplicable para éstos casos de delitos preterintencionales.

Hemos sostenido que en estos delitos el sujeto no está -y nunca lo está-, en posibilidad *normal* de prever el resultado acontecido típico *mayor*, ya que dicho resultado no es consecuencia necesaria ni notoria de su acción realizada.

Antes de continuar, resulta incuestionable precisar la circunstancia de que *la acción (*) es un instrumento en manos del hombre*. Es decir, respecto del tema objeto de nuestro estudio, la persona sabe

(*) Por "acción" queremos significar, al acto u omisión que puede llevar a cabo una persona, a través de su movimiento físico-corporal.

y quiere "sólo la acción" que realiza; acción que pone a su servicio en el momento preciso del impulso corporal que la exterioriza. Es por ello, que del análisis y verificación de la *naturaleza misma de la acción intentada*, se puede identificar o interpretar la voluntad consciente del sujeto.

Sin embargo, en el delito preterintencional, -insistimos-, se ha producido un *resultado típico "mayor"*, esto es, *más grave* respecto del que se esperaba por el normal y ordinario desenvolvimiento de ese movimiento corporal impulsado por el sujeto. Por lo que, es posible concluir, que ese resultado producido -*más grave-excedió a la naturaleza misma ordinaria de la acción intentada; acción en donde se encuentra interpretado el grado de voluntad consciente del sujeto.*

Ante tales situaciones particulares, se hace necesario que *dicho sujeto*, habiendo actuado en condiciones normales al alcance del común de la gente, "vea -como lo apunta el maestro MENDOZA IGLESIAS- *suplida su previsibilidad por la propia ley*", ante la *circunstancia de experimentar la imposibilidad ordinaria de prever ese resultado típico (más grave) realmente acontecido, como consecuencia que le impuso "el cosmos", no la razón ni la voluntad...*

En este punto, radica en gran medida el éxito de los argumentos justificadores de la preterintención; en el sentido de comprender que, es la propia *ley* la que debe regular -y *prever por el sujeto-* el

sugimiento de posibles *procesos causales anormales*, y por ello, *no predecibles*.

Por ello, insistimos, la preterintencionalidad emerge como un *proceso natural*, pero ello no significa que se desarrolle de una manera *lógica y normal*.

Esto significa, que la conceptualización de un *proceso* que en sí mismo es natural, no necesariamente va vinculado a una racionalidad propia, es decir, la preterintencionalidad surge como un fenómeno natural (dentro de la naturaleza) que no conlleva a la conclusión, como producto de las ideas humanas entrelazadas coherentemente hacia un fin determinado.

Al analizar esta circunstancia, debemos reiterar, lo apuntado por el maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS, para quien el *proceso causal*, dentro del delito preterintencional, surge en forma *anormal*, esto es -dice-, se "**altera**" *la marcha ordinaria de la cadena causal iniciada por el movimiento corporal del sujeto. Cadena que no se destruye ni se interrumpe; sino pasa a ser: extraordinaria...*(6)

De no ser así, esto es, si se hubiera logrado interrumpir o destruir de *manera absoluta* esa relación de causalidad, el sujeto

(6) Fuente: lecciones del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS.

respondería única y exclusivamente de lo -estrictamente- realizado por él a *título de dolo*; manteniéndose así, en otro nivel de aplicación jurídica, -distinto al de la preterintención- a saber: el de la *culpabilidad dolosa* en relación con la *punibilidad* para el delito *doloso*. Además, se tendría que analizar si a partir de ese -hipotético- rompimiento causal, se podría estar frente a un posible "*caso fortuito*" (como excluyente de culpabilidad), la cual crearía, inevitablemente, una cadena causal *totalmente nueva* e independiente. Pero todo ello, tendría que verificarse con estricto rigor jurídico y análisis de prueba. (7)

Por su parte, resulta imposible incluir -de manera teórica o práctica-, dentro del desarrollo y definición del delito preterintencional: "*a la culpa*"; ya que nada tienen que hacer los conceptos de "*imprudencia*", "*incumplimiento de un deber*", ni mucho menos el de "*previsibilidad o representación culposa*".

Pretender lo contrario, esto es, asumir e incluir en la preterintención a *la culpa*, es un evidente desconocimiento de la significación y elementos característicos de LA CULPA como forma -también autónoma e independiente- de la culpabilidad.

(7) Hemos venido señalando de manera tajante, que resulta claro que no debemos confundir al "*caso fortuito*" que es una *excluyente de culpabilidad*, con la "preterintencionalidad" la cual surge como *tercera forma autónoma de culpabilidad* en la comisión de los delitos.

Por otro lado, los casos o conductas delictivas pueden ser muchos y muy variados, pero ninguno puede evitar el pasar por la *radiografía jurídica* de la estricta observación y análisis de los sucesos desde la perspectiva del *principio de justicia* y, por supuesto, del *principio de legalidad*, siempre imprescindible en el terreno penal.

Como ya señalamos, en el fenómeno preterintencional, *el sujeto activo* penetra voluntaria y conscientemente al ámbito de lo penal, produciéndose de manera *extraordinaria* un resultado típico que desafortunadamente involucra *al destino jurídico del sujeto*. Por lo que resulta legítimo reprocharle la acción realizada, pero tomando en consideración, para efecto de *su punibilidad*, la situación acontecida o "daño emergente", del cual dicho sujeto es *penalmente responsable a título preterintencional*. Por supuesto, partimos de la base de que el *límite* de la reprochabilidad, debe estar específicamente establecido en la *propia ley*.

Esto no significa, de ningún modo, que invoquemos la ya superada teoría del delito calificado por el resultado, a pesar de lo que pudiera creerse o argumentarse en contrario. Resulta, pues, clara la afirmación de nuestra postura, en el sentido de que "debemos abandonar el criterio de *responsabilidad objetiva* (**) muy arraigado en algunas legislaciones, y sustituirlo, en definitiva, por el de *responsabilidad basada en la culpabilidad*".

(**) Remítase al Capítulo II, inciso II.2.3.

El resultado producido más grave, respecto de aquel que se había propuesto (originalmente) el agente; o más grave respecto de aquel que debía haberse producido *ordinariamente*; no estaba en posibilidad "normal" de preverse, ni de ser previsto; es decir, fue realmente imprevisible para el sujeto en circunstancias normales. (8)

En otras palabras, al decir que, "*fue realmente imprevisible*", queremos decir que no se previó, ni se tuvo posibilidad de preverse, ya que, este resultado típico mayor, *no es un efecto ordinario ni natural de la acción ilícita realizada*, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. *Imprevisible*, se insiste, *para el actor*, persona que actúa dentro de la reiterada experiencia de un hombre normal según la vida cotidiana regida por el "*sentido común*".

La esencia del planteamiento que aquí se analiza, radica en apreciar en su exacta dimensión *la naturaleza lesiva ordinaria de la acción* impulsada por el sujeto, misma que nos revela su conducta, para poder jurídicamente precisar si es que atendiendo a esa condición ordinaria, se está ante la presencia de un delito preterintencional.

Es claro, pues, que ni el Estado, ni la ley pueden exigirle a una persona, la previsión de lo *humanamente imprevisible*.

(8) *No debemos de confundir* -insistimos- el delito preterintencional como forma autónoma de culpabilidad, con "*el caso fortuito*" como circunstancia excluyente de culpabilidad. (ver. *Capítulo II, inciso II.2.6*)

El sujeto al manifestar su voluntad, la exterioriza a través de un *movimiento corporal de su acción*, iniciándose, con ello, un proceso físico-causal, en donde dicho sujeto decide penetrar voluntariamente en terreno delictivo, precisamente por tratarse de una *voluntad (inicial) consiente* de contenido **doloso**.

Es fundamental sostener que *el sujeto*, apesar de realizar su acción (inicial) con *voluntad dolosa*, dicho sujeto "*no causa*" -en sentido psicológico-, ese resultado mayor producido, sino que, -por el contrario-, se ve involucrado dentro de una *causalidad material deformada* que lo "*vincula en sentido normativo*", con ese resultado más grave realmente acontecido. (*)

Ha quedado claro que la voluntad dolosa del sujeto, se refiere a la voluntad inicial: querer la acción. También, ha quedado precisado que es *la naturaleza misma de la acción intentada*, a través del movimiento corporal impulsado, donde se tiene interpretada la voluntad consiente de dicho sujeto.

(*) *lecciones del maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS.*

Por otro lado, partimos de la base de que la *ley* es la *única fuente (directa)* del derecho penal; además de la garantía que tiene todo inculpado de la *exacta aplicación de la ley* en materia penal. Por ello, surge la imperiosa necesidad de introducir en la legislación positiva un concepto preciso, y de dimensiones *justas*, del delito preterintencional. Ya que, por el momento, parece ir venciendo la significación -**meramente formal**-, del Artículo 7° del Código Penal, donde se establece: "**Delito** es el acto u omisión que sancionan *las leyes penales*"; que no significa otra cosa -dicen los autores- sino que, en definitiva,: *Delito es la LEY*.

SOLER, por su parte, reitera que "este querer interno del agente no debe ser referido al evento o resultado externo, pues el estudio de esta relación, no forma parte de la teoría de la acción, *sino de la culpabilidad.*" (9)

En el mismo orden de ideas, y ante la presencia de un resultado *típico* acontecido, la **culpabilidad preterintencional** recae sobre el agente, mismo que se ve infortunadamente inmerso y arrastrado por el acontecer de un *fenómeno fatal*, pero que a fin de cuentas, provocan su responsabilidad, como ya apuntamos: a *título preterintencional.*

Por estas razones, coincidimos con los autores que sostienen que la base de la culpabilidad se sustenta sobre el aspecto *psicológico* en la comisión del delito; *pero, también*, sobre su aspecto *normativo*. Ambos conforman -de manera simultánea-, el principio de la culpabilidad penal. (**)

Reiteramos, en la preterintención, el agente no se propuso, ni tuvo la intención de causar el **daño** que *finalmente resultó; daño que no*

(9) SOLER Sebastián, "Derecho penal argentino", Tomo I, Buenos Aires, pág. 296.

(**) El maestro MENDOZA IGLESIAS señala que considerar a la **culpabilidad** sin el Normativismo, resultará *un simple acto psicológico puro*, pero no será en definitiva: culpabilidad; y por otro lado, sin considerar, a su vez, el Psicologismo, *será un simple hecho objetivo*, pero no culpabilidad. Siendo, pues, la culpabilidad "una conjunción indisoluble de base psicológica y normativa".

fue consecuencia necesaria ni notoria de su acción emprendida al alcance del sujeto.

Es oportuno recordar en estos momentos lo que tanto hemos venido sosteniendo, en el sentido de ser necesario, al abordar el tema de la preterintencionalidad, la exigencia de un ***estricto análisis de justicia.***

V.2. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, concluimos que la **culpabilidad** tiene su manifestación, a través de **tres formas autónomas** de comisión de los delitos, a saber:

- 1) *el dolo,*
- 2) *la culpa y,*
- 3) *la preterintencionalidad.*

El reconocer "**la preterintención**" en la comisión de los delitos, viene a complementar y dar respuesta a las lagunas que respecto de la culpabilidad se desprenden en el derecho punitivo. Pero es necesario advertir que esta figura debe manejarse con especial enfoque -y sumo tacto- al momento de estructurar *su fórmula de definición jurídica*; de lo contrario, corremos el riesgo de

encerrarnos en un malhadado concepto que en lugar de despejar y aclarar nuestras dudas, nos introduciría en un laberinto de confusiones ininterminables. Precisamente por ello, nuestra finalidad es desentrañar el sentido genuino del concepto en cuestión.

V.2.1. DEFINICIÓN DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado más grave al querido o aceptado, si aquel no se produce como consecuencia necesaria ni notoria de su acción, y fue imprevisible para el sujeto por exceder, dicho resultado, a los límites de la naturaleza lesiva ordinaria de su acción.

V.2.2. REGLAS PARA SU PUNIBILIDAD.

Es aquí, en este punto, al momento de abordar el tema de la *punibilidad*, como elemento esencial del delito, que la preterintencionalidad encuentra su máxima justificación, tanto teórica como práctica.

CUELLO CALÓN al desarrollar la afirmación: "*El delito es acción punible*", expone que la punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya se señaló -dice-, para que una acción

constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su ***punibilidad***, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal. (10)

Una conducta o infracción, para que constituya un hecho delictuoso, -un delito-, es preciso que su ejecución se halle conminada *por la ley* con una pena, esto es, que sea punible.

Respecto al tema de nuestro estudio, así lo ha señalado ya el maestro IGNACIO MENDOZA IGLESIAS, para quien la preterintencionalidad adquiere su significación al establecer "el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo del delito", para después determinar, *con criterio de justicia, su punibilidad*.

Por su parte, la noción de punibilidad hace referencia al merecimiento que una persona tiene de una *pena* -sanción-, en virtud de la realización de cierta conducta *prevista en la ley* como delito.

La fijación e imposición de las penas corresponde -en materia penal- al Estado, quien sustenta la facultad exclusiva del ejercicio del *jus puniendi*.

Es evidente, que el grado de reacción enérgica por parte del Estado, ante la presencia de acciones delictivas, va a depender -en gran medida- de *la estima y jerarquía de los valores fundamentales*

(10) CUELLO CALÓN Eugenio, "Derecho Penal, parte general", Edit. Bosch., p. 636.

que se tienen en determinado momento en la sociedad, y que se pretenden proteger a través del derecho punitivo.

La clase de sanción, la escala de penalidad *-máximos y mínimos-*, así como la instrumentación específica de su imposición establecidas en la *ley* para los diferentes delitos, son tangibles indicadores del *alma cultural* de una sociedad en un tiempo, espacio y manera de ser determinados.

Será de gran ayuda para el conocimiento y comprensión de una nación, el detenerse un momento a dar un vistazo a sus disposiciones legales en general, pero aún más específicamente, el analizar los preceptos que definen sus diferentes tipos de delitos, sus *formas* de manifestación, así como la naturaleza y *grado* de sanción correspondientes.

Resulta claro, pues, que respecto a nuestra comunidad -nos referimos principalmente al Distrito Federal-, hemos tenido que convivir bajo la tutela y aplicación de un Código Penal que ha cumplido sus 63 años de existencia. Pero también, es una realidad, el que dicho Código ha "*sufrido*" a lo largo de su vida, diversas y variadas *reformas*, ya sea por haber *derogado, modificado o adicionado* muchos de sus preceptos originales.

Es *la ley*, quien marca la significación y esencia misma de la conducta, a través de *la punibilidad*, siendo ésta la que nos revela

cuál es el valor material o humano, de los bienes jurídicamente protegidos, según las consideraciones del legislador.

Es, entonces, la punibilidad, un eficaz y tangible instrumento de valoración jurídico y socio-económico. Por ello, se afirma: "es la *sanción* misma, previamente establecida en la ley, *la que valora al hecho*".

Antes de dar nuestra opinión respecto al establecimiento y fijación del grado de punibilidad en los delitos preterintencionales, debemos reconocer que todas las sanciones que el legislador otorga para cada una de las figuras delictivas, las fija con base en *criterios eminentemente discrecionales y arbitrarios*. Es decir, sin pretender menospreciar los planes y las necesidades legítimas y específicas para el combate a la delincuencia, es un hecho el que depende fundamentalmente del contorno socio-cultural, económico y político en que se viva en un lugar y tiempo determinados, para justificar tales criterios.

No se trata de analizar si la penalidad de los delitos preterintencionales, debe estar más severa que los delitos culposos, o simplemente, en menor grado que los dolosos, respectivamente.

Sin embargo, es una realidad el que, a consecuencia de la aplicación del principio de justicia, podríamos tomar en

consideración lo previsto en el Código Penal del Estado de Tamaulipas para la sanción de los delitos preterintencionales:

"A los responsables por la comisión de un delito preterintencional, se les impondrá prisión *de la mitad del mínimo hasta la mitad del máximo* de la sanción prevista para el delito doloso".

Insistimos, no se trata de considerar al delito preterintencional como doloso. Sino que reconociendo su forma de iniciación, esto es, *la acción inicial dolosa del sujeto*, es que debemos tener un parámetro o punto de partida para la consideración de lo ya establecido en la propia ley.

Se deberá regular en *un precepto único e independiente*, ésta regla para sancionar a los delitos preterintencionales; claro está, relacionándolo con las reglas y principios que el propio Código Penal previene para el procedimiento de la individualización de la pena, y las facultades inherentes de los jueces para imponerla.

Con base en todo lo anterior, una vez que se haya apreciado al delito preterintencional en su exacta dimensión, significación y alcances, es como habremos de estar en posibilidad de *establecer las condiciones mínimas necesarias* para que esas conductas sean atribuidas y reprochadas a su autor, bajo criterios de justicia. Logrando así, una *impartición de justicia* acorde a la "responsabilidad" del sujeto activo al momento de ser declarado

susceptible de las consecuencias previstas en la ley, respecto de las acciones que constituyen el objeto de la posible imputación de un delito a *título preterintencional*.

No pretendemos analizar si la preterintención tiene cabida o aplicación en todos y cada uno de los *tipos o descripciones legales*. Es claro, que la preterintención no puede partir de un delito culposo, es decir, *por ningún motivo podrá existir el delito preterintencional si el sujeto realiza una acción (inicial) con voluntad **culposa***.

También compartimos la opinión en el sentido de que *el daño o resultado producido* en el delito preterintencional, tiene -en principio-, su desarrollo respecto del mismo género o especie de bienes jurídicamente protegidos.

Por otro lado, consideramos que no es necesario el que se regule *típica* o específicamente en la ley cada caso *preterintencional*. Siempre y cuando, se establezca en el Código Penal una correcta y precisa **definición** de ésta forma de comisión delictiva, que haga posible la oportuna y racional identificación de *todos los posibles*

casos, así como la aplicación e interpretación justa al momento de individualizar la *culpabilidad* de los agentes por la comisión de dichos delitos. (*)

(*) Antes de finalizar el presente Capítulo, consideramos oportuno dejar apuntado, la situación de que más que aparentar ser *un error o falta de técnica-legislativa*, específicamente del legislador, tal parece no se quiere dejar olvidado -por completo- el recuerdo de lo que fue *formalmente la preterintencionalidad* en nuestro Código, ya que *"después de la reforma penal del presente año, en la cual se derogó la preterintención"*, aún se establece hasta el día de hoy en el **Artículo 51 (Título relativo a la Aplicación de las Sanciones y sus Reglas Generales)**, en su **segundo párrafo** lo siguiente: "En los casos de los Artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64b's y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días." Recordemos que el Artículo 60 en su **fracción IV** señalaba: "EN CASO DE PRETERINTENCIÓN EL JUEZ PODRÁ REDUCIR LA PENA HASTA UNA CUARTA PARTE DE LA APLICABLE, SI EL DELITO FUERE INTENCIONAL." (Artículo establecido dentro del Capítulo denominado, antes de dicha reforma, *Aplicación de Sanciones a los Delitos Imprudentiales y Preterintencionales.*)

CAPÍTULO VI.

CONCLUSIONES.

Siguiendo las palabras del abogado GONZÁLEZ QUINTANILLA, quien señala que *la ley -y en este caso la ley penal-, debe ser clara, sin ambages para un adecuado conocimiento y una mejor asimilación por el hombre común; entonces, por qué los técnicos de la misma, propiciamos su oscuridad y como prestidigitadores, imponemos con nuestras ideas un manto bajo el cual siempre se esconde algo, para después, como "carta sorpresa inesperada", sacarla de repente, sin que el público no avezado se diera cuenta de cómo sucedió. Parece ser que el derecho penal, lejos de penetrar a la mentalidad de los ciudadanos, sólo está hecho para los "grandes iniciados". (1)*

Recordemos lo apuntado por el penalista MARTINEZ RINCONES, quien precisa: "debe señalarse que, en cada caso, existen razones que en el universo de la relatividad de la verdad jurídica sirven de base racional a las normas penales vigentes; pero si bien estas razones permiten explicar la cuestión jurídica de las normas concretas, ninguna de ellas llega a explicar el por qué de las diversidades en cada sistema penal. Aparentemente, en consecuencia, cada quien tiene su razón y sin embargo, cada

(1) GONZÁLEZ QUINTANILLA José Arturo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, México 1991, pág. 298.

sistema penal denuncia un vacío, un espacio de conocimiento confuso que no termina de llenarse, que no se agota con las explicaciones que se han dado, bien sea con base al eclecticismo jurídico generador de entendimientos generalmente beneficiosos y positivos."

El citado penalista, finaliza su exposición, señalando que se han explicado muchas verdades, pero no se sabe si en esta materia -refiriéndose al delito preterintencional-, pudiera haber una verdad que haga común una razón que hasta ahora es diversa.

Por nuestra parte, deseamos dejar bien claro que, al analizar el presente tema y al esgrimir los argumentos *de derecho* que nos permiten definir la naturaleza jurídica de la preterintencionalidad, no debemos perder de vista la compleja, cruda y viva realidad que se nos presenta en el ámbito de lo penal; por lo que es imperativo abandonar todas las angustiosas y repetitivas disquisiciones doctrinarias innecesarias, para concentrar nuestra atención en lo fundamental y convertirnos así, en verdaderos "*soldados al servicio de la profesión*".

Muchos autores, juristas prestigiados, parecen aferrarse en la idea de "*construir una culpabilidad de probeta*", que les permita, dentro de un nivel meramente teórico, alcanzar la precisión jurídico-práctico y, -según ellos-, evitar las contradicciones doctrinarias.

Debe desecharse, de una vez y para siempre, el *erróneo* criterio de considerar al delito preterintencional como *supuesta* "mezcla de dolo y culpa"; a pesar de haber madurado tal criterio durante muchos años; no obstante haber sido *también justificado y sostenido por nuestros más altos Tribunales*.

Considero que respecto a la teoría general de la culpabilidad, se está perdiendo el "*sentimiento de justicia*", mismo que debiera de estar siempre presente en la conciencia y ejercicio de todo jurista, para identificar oportunamente los modelos o fórmulas legales, para el logro de los *principios fundamentales* del Derecho, máxime cuando se analizan y estudian temas como el de las formas de culpabilidad dentro del derecho penal.

Imprescindible que nuestros redactores y legisladores ejerzan la *capacidad* -tan escasa en nuestros días-, *de imprimir sencillez y talento en las leyes*; no perdiendo de vista los *finés últimos* del derecho.

Podemos concluir, en principio, que la inclusión y regulación en el Código Penal de una figura tan controvertida, como lo es la preterintencionalidad, responde a una necesidad fáctica para dar *solución justa* a las situaciones reales que, de manera cotidiana, surgen en nuestro acontecer social, y que creemos, las fórmulas legales vigentes, no están en aptitud de impartir -insistimos-, soluciones justas al momento de individualizar la responsabilidad para los posibles casos específicos.

La culpabilidad tiene su manifestación, a través de *tres formas autónomas* de comisión de los delitos, a saber: *el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.*

Afirmamos: "*La preterintención no es dolo ni es culpa. Si existe preterintención, no puede, por ende, existir bajo ningún aspecto, la comisión de un delito por dolo, ni mucho menos a título de culpa.*"

Escapa enormemente al objeto de nuestro estudio, el analizar si -de manera *integral*- el Código Penal en cuestión, ha sufrido un retroceso o si, por el contrario, ha conquistado un avance.

Sin embargo, por lo que a nuestra investigación atañe, podemos señalar -en términos *específicos*- que en lo referente a la teoría de la culpabilidad, nuestra legislación ha sido *víctima de una grave regresión técnico-jurídica.*

El haber derogado la preterintencionalidad como forma autónoma de comisión delictiva, se traducirá -en los casos particulares-, en una seria degeneración del principio de justicia.

En lugar de haberla derogado lisa y llanamente -de manera injustificada-, las autoridades -específicamente el legislador-, debieron conceder y fomentar la oportunidad de llevar a cabo un análisis serio e imparcial de la teoría de la culpabilidad, en el sentido de *replantear y, como consecuencia, redefinir* el

concepto de la preterintencionalidad que redactó, a su vez, el legislador en el año de 1983.

Todos aquellos que pregonaron *conocer y sustentar* -al momento de apoyar tal derogación-, "la verdad" en términos *de derecho*, deberán sostener tal afirmación frente a las personas que, por cualquier motivo, se vean involucradas en la realización de hechos delictivos. Y además, -quienes así pregonan-, deberán justificar ante sí mismos, su posición *-en conciencia-*, en áras de saberse u ostentarse supuestamente coadyuvantes e impartidores de *justicia penal*.

Nuevamente debemos insistir en algo a lo que antes aludimos: El argumento que aquí se esgrime para sustentar la necesidad -fáctica y jurídica- de regular *nuevamente de manera formal* a la preterintencionalidad en nuestro derecho, no debe emanar de ningún modo, de *la voluntad legislativa o capricho del rigor positivista*, ya que en este terreno vamos -con nuestra tesis-, como resulta obvio: en franca desventaja.

Reconocemos a la ley como fuente primaria -por no decir única para efectos prácticos- del derecho penal. Igualmente, abanderamos *el principio de la exacta aplicación de la ley penal como garantía individual frente al poder de la autoridad*. Pero todo ésto, no está a discusión. Sin embargo, decir -simplemente y sin el menor empacho- que *el delito es, a fin de cuentas; la ley (formalmente hablando)*, es tanto como ocasionalmente se dice:

una verdad a medias para los efectos de nuestro análisis, siempre y cuando se considere a la *justicia* en su exacta dimensión. Ya que independientemente de que la ley positiva regule o *no*, como fenómeno de manifestación delictiva, a la preterintencionalidad; no por ese sólo hecho, dejarán de existir como una realidad evidente, situaciones particulares del fenómeno humano dentro de la naturaleza, por más que se les pretenda ubicar o dejar al margen del principio de justicia.

No hablamos aquí de *justicia*, como término sentimental o demagógico; sino como bien lo señala JAVIER HERVADA: "*dar a cada uno lo suyo* es una necesidad social y, en la medida en que se cumple, es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una virtud. Esta virtud recibe desde la antigüedad el nombre de *justicia*. Hay, pues, una virtud llamada justicia que consiste en la disposición de la voluntad de dar a cada cual lo que es suyo." (2)

Sin pretender -de ningún modo- manifestarnos como *iusnaturalistas* radicales, deseamos compartir el estímulo que experimentamos al leer algunos párrafos del prólogo en la citada obra de JAVIER HERVADA, quien comenta: "En la importante encrucijada cultural en la que nos ha tocado vivir, ningún interrogante tan fundamental se ha planteado a los juristas como el de proteger al hombre frente al

(2) HERVADA Javier, Introducción crítica al Derecho Natural, Edit. Mi-nos. p. 21

peligro de ver menoscabada su dignidad y su libertad ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder. A nuestro juicio -asegura-, *el positivismo jurídico* ha demostrado suficientemente su impotencia para alcanzar tal objetivo y, lo que es más, ha colocado a la ciencia del derecho en la tesitura de dar plena validez jurídica a los atentados contra el hombre con tal de que se revistan del *ropaje formal de ley*.....

.....en la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa, no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, *aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley*. La juridicidad no la crea el poder ni la sociedad, sino que dimana del ser humano; por eso el núcleo de derecho del que el hombre es portador marca la línea divisoria entre legitimidad e *ilegitimidad*, entre la acción jurídica y la *acción antijurídica* del poder y de los grupos sociales....."

Una vez asimilado el anterior pensamiento, hemos de ratificar que nuestro concepto del *delito preterintencional* emana de una estricta observación de lo que -en esencia- implica el *fenómeno humano*, inmerso dentro del *fenómeno social*, *permanentemente expuesto a la amenaza o percance delictivo*. Es decir, el mejor argumento de la preterintencionalidad, es la descripción de la realidad misma. Insistimos, su fundamento es la *experiencia* auténtica que surge y se presenta ante nosotros, *por anómalos e infrecuentes que sean los posibles casos*.

Si bien es cierto que a partir de las reformas penales por Decreto del 30 de diciembre de 1983, el Código Penal para el Distrito Federal estableció *un* concepto de lo que, para nuestros legisladores, era el delito preterintencional, también lo es, -reiteramos- el que nosotros *criticamos* enérgicamente la terrible falla técnico-jurídica en la redacción de *aquella* definición; la cual, por supuesto, *nunca* compartimos.

A lo sumo, reconocemos el avance que implicó en aquella época, el introducir por primera vez *de manera formal* la simple palabra o voz: "preterintencional" o "preterintencionalidad" en dicho Código.

Sin embargo, nuestra crítica actualmente se dirige contra el hecho de haber derogado lisa y llanamente a la preterintencionalidad como forma de culpabilidad penal autónoma e independiente, sin haber ofrecido argumento ni razonamiento jurídicamente convincente.

El derogar la preterintención de nuestro Cuerpo legal, el borrarla definitivamente como forma autónoma de comisión delictiva, se traducirá en determinados casos -al momento de la individualización de la responsabilidad del inculpado-, en una profunda degeneración del principio de justicia, a pesar de que se quiera revestir del "ropaje formal" al *dolo* y a la *culpa*, como formas -supuestamente- únicas y monopólicas de la culpabilidad.

El tiempo y la experiencia de los casos particulares a resolver, nos confirmarán si, "el impoluto laboratorio" diseñador de la teoría sobre *la culpabilidad* impuesta en el Código Penal *a partir del presente año*, logrará pasar la prueba, brindando posibles soluciones *en justicia*, desde las trincheras de las Agencias Investigadoras del Ministerio Público de la Procuraduría General de Justicia, o bien, a través de los *recintos* Judiciales de carácter penal, conocidos mejor como juzgados penales y, en su caso, desde los criterios de interpretación jurídica por parte de nuestros más altos Tribunales.

Se tendrán que *moldear* los criterios de las diversas autoridades, abogados postulantes, y público en general, a fin de conducirnos en la "comodidad" de la aplicación de los esquemas *tradicionales* y "*monopólicos*" de culpabilidad. Todo ello, ante la inmediatez de resolver -en lo particular- sobre la impartición de justicia, frente a todos aquellos probables responsables, procesados, o en su caso, sentenciados por un delito, con "rasgos" o "tintes" de preterintencionalidad.

Compartimos la opinión de los tratadistas, quienes señalan que el delito es una unidad indivisible de todos sus elementos constitutivos. El delito es un todo que no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas. El estudio específico de cada uno de éstos no es más que una exigencia de método que permite un más hondo conocimiento de la entidad delito.

Nuestra disertación a lo largo del presente estudio, ha sido, en definitiva, una severa *crítica* a la actual legislación; pero debemos aclarar, ha sido una crítica no demoledora, sino *reconstructora*; no con base en teorías ni ideologías traspasadas y superadas, sino con base en pensamientos e ideas que consideramos: novedosos. Mismas que podrían desatar nuevas discusiones, desde nuevos enfoques, para un real y verídico avance de *la teoría de la culpabilidad*, así como un *merecido* progreso de la ciencia penal en general.

Es evidente que el presente estudio y análisis, no ha quedado agotado, ni pretendemos aquí reproducir "*la última palabra*" respecto a este tema. Sabemos que nuestra postura es muy discutible, así como perfectible.

También reconocemos la necesidad de valorar muy seriamente "el precio" que tendríamos que afrontar al momento de poner en manos y a disposición del aparato de impartición de justicia o sistema judicial, una figura jurídica como lo es la preterintencionalidad.

Sin embargo, nos sentimos legitimados para afirmar que las ideas y pensamientos que aquí se plantean, sin lugar a dudas, cuentan con una dosis de apuntada originalidad. Ideas que deberemos ir replanteando y cotejando a través del ejercicio mismo de nuestra profesión.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE Manuel, *Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales del 3 de agosto de 1931 Anotado*, Editorial Información Aduanera de México, México 1937.

BACIGALUPO Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá, 1984.

CARDENAS Raúl F., *La necesidad de la reforma penal en México*, Editorial Manuel Porrúa, México 196-?.

CARRANCA y Trujillo Raúl, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa México 1976.

CASTELLANOS Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edit. Porrúa, México, 1987.

CENICEROS José Angel, *El nuevo código penal de 1931*, Editorial Librería Botas México 1931.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado de COAHUILA, 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1992.

CÓDIGO PENAL para el Estado Libre y Soberano de GUERRERO, 1ª edición, Edit. Chilpancingo Editores, México, 1983.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado de JALISCO, 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de MÉXICO, Edit. Berbera Editores, México, 1992.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de MORELOS, edición oficial. Editorial Cajica, México, 1991.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado de NUEVO LEÓN, 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1989.

CÓDIGO PENAL para el Estado Libre y Soberano de OAXACA, 3ª edición, Edit. Cajica, Puebla, 1991.

CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL para el Estado Libre y Soberano de PUEBLA, Edit. Cajica, Puebla, 1991.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado de QUERÉTARO, Edit. Porrúa, México, 1990.

CÓDIGO PENAL y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de SONORA, (con sus reformas), 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1991.

CÓDIGO PENAL para el Estado de TAMAULIPAS.

CÓDIGO PENAL para el Estado de VERACRUZ-LLAVE.

CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL y de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de YUCATÁN, 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1991.

CONSENTI Francesco, (Dr. de la Univ. de Turin y de la "Université Nouvelle de Bruselas", *Conferencia Pronunciada en la Cámara de Representantes, el día 2 de mayo de 1929, Habana, Cuba.*

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Porrúa, México, 1994.

CUELLO CALÓN Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, Vol. I y II, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1981.

DE AQUINO Santo Tomás, *Suma Teológica*, Tomo XI, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987.

DICCIONARIO JURÍDICO Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo P-Z, Edit. Porrúa.

ETCHEBERRY Alfredo, *El derecho penal en la Jurisprudencia*, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de; 1ª edición.

EXPOSICIÓN DOCTRINAL del Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1949, en la obra "*Hacia una reforma del Sistema Penal*". Cuaderno 21 del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

FINZI Marcello, *El Delito Preterintencional*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981

GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, México, 1982.

GARRIDO Y CENICEROS, *La ley penal mexicana*, Edit. Botas, México, 1934.

GONZALEZ De La Vega Francisco, *El código penal comentado*, Editorial Porrúa, México 1989.

GONZALEZ De La Vega Francisco, *Derecho penal mexicano*, Editorial Universidad Nacional de México, México 1937.

HERVADA Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Colección Manuales, MI-NOS, México, 1985.

JIMÉNEZ de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal, "La Ley y el Delito"*, Edit. Abeledo-Perrot, Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

LABARDINI Méndez Fernando, "Conferencia titulada: *la preterintencionalidad*. Impartida en la Universidad Intercontinental, México, D.F. Abril de 1987.

LÓPEZ Betancourt Eduardo, *Imputabilidad y Culpabilidad*, Edit. Porrúa, México, 1993.

MADRAZO Carlos, *La reforma penal (1983-1985)*, Edit. Porrúa, México, 1986.

MÁRQUEZ Piñero Rafael, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Trillas, México, 1986.

MARTÍNEZ Rincones, *El Homicidio Preterintencional*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1993.

MENDOZA IGLESIAS Ignacio, *lecciones*.

MEZGER Edmund, "*Derecho Penal, parte general*" Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.

ORELLANA WIARCO Octavio Alberto, *La preterintencionalidad*, (Estudio Profesional), México, D.F., 1959.

PAVÓN Vasconcelos Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1987.

PODER JUDICIAL de la Federación. 3er. CD-ROM. Suprema Corte de Justicia de la Nación, junio de 1993.

PORTE PETIT Celestino, La reforma penal mexicana; proyecto de 1949, Editorial Ruta, México 1951.

PORTE PETIT Celestino, Programa de la parte general del derecho penal, Universidad Nacional Autónoma de México.1968.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Edit. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1970.

REYES Echandía, Culpabilidad, Edit. Temis, Bogotá- Colombia. 1991.

REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL, número 30, Diciembre de 1963, México, Boletín de Información Judicial XI.

RODRIGUEZ Davesa José María, El derecho penal español, Editorial Gráficas Carasa, 5ta edición, Madrid 1973.

SOLER Sebastián, Derecho penal argentino, Tipografía Editora Argentina, 2da edición, Buenos Aires 1956.

TABO Evelio, Temas de derecho Penal, La Habana, Cuba, 1944.

VELA Treviño Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, Teoría del delito, Edit. Trillas, 1991.

WESSELS Johannes, Derecho Penal, parte general, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.