



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LA NECESIDAD DE ADOPTAR LA
PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL
MEXICANO

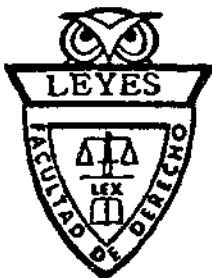
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

GISELA AVILA AGUILAR



ASESOR: DR. JUAN ANDRÉS HERNÁNDEZ ISLAS



MEXICO, D.F.

2004 5

m. 343304



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Gisela Avila Aviles

FECHA: 20/05/95

FIRMA: [Handwritten Signature]



SECRETARÍA NACIONAL
ADMINISTRATIVA
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/199/SP/10/04
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **ÁVILA AGUILAR GISELA** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. JUÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ ISLAS**, la tesis profesional titulada "**LA NECESIDAD DE ADOPTAR LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. JUÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ ISLAS**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA NECESIDAD DE ADOPTAR LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **ÁVILA AGUILAR GISELA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 11 de octubre de 2004.

LIC. JOSE PABLO PATINO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DEDICATORIAS

Tiempo atrás tuve un sueño por lograr germinar:

“Aprendí que mi semilla puede convertirse en flor y en fruto.

Mi satisfacción es haberlo aprendido”.

“Aprendí que con atención, esmero y perseverancia, las cosas pequeñas se hacen grandes y son mas útiles”.

“Mi satisfacción fue lograr alcanzar mi sueño más grande”.

A MIS QUERIDOS PADRES:

ANA AGUILAR AGUILAR Y JAVIER AVILA, les dedico con todo mi cariño esta tesis la cual fue mi mayor reto y mi prioridad en este año y a pesar de todos los obstáculos he podido concluir al fin, gracias por todo su apoyo y sus consejos especialmente a mi mamá que antes que nada ha sido como una amiga para mí, siempre me alentó a seguir adelante y a no dejarme vencer, no tengo como pagar tanto apoyo en los tiempos difíciles, gracias por haber hecho de mi una buena profesionista y por que quizás nunca se lo he dicho pero quiero que sepa por medio de estas líneas que la quiero mucho, y quiero que ella siempre se sienta orgullosa de mi, muchas gracias mamá por que sin ti no hubiera sido posible lograr una de mis metas.

A MIS HERMANOS:

FRANCISCO JAVIER, ALEJANDRO, JUAN CARLOS Y VÍCTOR HUGO, aunque casi todos se encuentren lejos de aquí quiero que en un futuro se sientan orgullosos de este pequeño gran paso que acabo de dar, y que también el día de mañana alguno de ellos les den un regalo como este a mis queridos padres.

A ALGUIEN ESPECIAL:

ISRAEL ULISES GASCÓN GUTIÉRREZ, te dedico este sueño que con cariño, comprensión y apoyo supiste alentar para que se hiciera realidad, por compartir los buenos y los malos momentos a pesar del tiempo y aunque nuestros caminos tomaron rumbos diferentes gracias por que en su momento supiste apoyarme con tus palabras y cooperaste con tu granito de arena para que este pequeño gran sueño se hiciera realidad por siempre te llevare como una persona importante en mi vida muchas gracias por todo.

A UN EXCELENTE AMIGO:

PEDRO SÁMANO HERNÁNDEZ, no tengo palabras para darle las gracias por brindarme su gran apoyo, comprensión, consejos, y la gran paciencia que tuvo para dirigirme y orientarme y poder compartir de una manera desinteresada sus conocimientos, y por la dedicación y esmero que me brindo en cada momento en la realización de este trabajo, no se lo puedo pagar con nada, lo único que le puedo decir es que gracias por contar con su excelente amistad por que sin su ayuda no hubiera podido realizar esta meta y sobre todo por ser la persona que siempre tiene una palabra de aliento, el amigo y hermano

que tanto me hubiera gustado tener, yo se que con un gracias no te podría pagar todo lo que has hecho por mi pero el mayor tesoro es poder contar con tu Grandísima amistad, GRACIAS.

A UN GRAN COMPAÑERO:

LIC. JESÚS ANTONIO BOBADILLA CHÁVEZ, por cada palabra de aliento que me diste en el momento indicado, por tus consejos y por tu gran apoyo por ayudarme hacer valiente en cada momento que dude en seguir adelante por que me enseñaste hacer fuerte por muy mal que fueran los tiempos, muchas gracias por tu comprensión, tu cariño pero sobre todo por haberme aguantado tantas cosas buenas y malas que hemos compartido no me resta mas que decirte MUCHAS GRACIAS.

A UNA BUENA AMIGA

SEÑORA ELISA CABRERA ARCE, por haberme brindado su apoyo y sus consejos durante mi carrera profesional y por ofrecerme sobre toda su incondicional y valiosa amistad no tengo palabras con que agradecerle tantas cosas bellas que me ha dado, por eso es que quiero agradecerle infinitamente y de todo corazón muchísimas gracias por ser más que una amiga para mí, ser como una segunda madre, Gracias por todo.

A MI ASESOR:

DOCTOR JUAN ANDRÉS HERNÁNDEZ ISLAS, por brindarme sus finas atenciones, la dedicación y esmero que me brindo a cada momento en la realización de mi tesis, por

su orientación y guía en este difícil trabajo por su comprensión y paciencia, lo único que le puedo decir es MUCHAS GRACIAS.

A DIOS:

Doy gracias por guiar mis pasos por los buenos caminos, ayudándome a vencer los grandes obstáculos que se me han presentado en la vida personal y profesional y por haberme dado mas de lo que no merezco y por permitirme poco a poco ver realizado todos y cada uno de mis sueños y por nunca dejarme de su mano y por que a pesar de todo ha seguido presente en mi vida.

A MIS MAESTROS:

Por que cada uno de ellos contribuyo con sus enseñanzas, y su paciencia a mi desarrollo profesional, gracias por haberme dado la oportunidad de haberme compartido sus grandes conocimientos y sus consejos, lo cual contribuyo hacer de mi una buena profesionista voy a estar eternamente agradecida con todos y cada uno de ellos GRACIAS.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, FACULTAD DE DERECHO, doy las gracias por brindarme la oportunidad de obtener una formación profesional y humana lo cual contribuyo a sentirme orgullosa de ser universitaria.

LA NECESIDAD DE ADOPTAR LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN

1

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTOS Y GENERALIDADES DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.

1.1 Concepto de Derecho Penal	1
1.2 Concepto de Delito	6
1.3 Concepto de Dolo	8
1.4 Concepto de Culpabilidad	10
1.5 Concepto de Preterintencionalidad	13

CAPITULO SEGUNDO.

ASPECTO HISTÓRICO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.

2.1 Antecedentes Históricos de la Preterintencionalidad en Roma	19
2.2 Antecedentes Históricos de la Preterintencionalidad en España	24
2.2.1 Trayectoria Histórica de los antiguos artículos 1º en su párrafo tercero, 50, y el todavía vigente Art. 9 del Código Penal español	26
2.2.2 Posiciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la esfera de aplicación de los artículos 9º y 50	26
2.3 Antecedentes Históricos de la Preterintencionalidad en Italia	29
2.4 Antecedentes Históricos de la Preterintencionalidad en Argentina	32

2.4.1 El proyecto de 1891 donde se cita la figura de la preterintencionalidad	33
2.4.2 El Código Penal de 1921	35
2.4.3 Proyectos de Código Penal de 1936 y 1941	35
2.4.4 Proyectos de Código Penal de 1951 y 1953	35
2.4.5 El proyecto de Código Penal de 1960	36
2.4.6 Código Penal vigente donde se establece el homicidio preterintencional	37
2.4.7 Aborto por violencia sobre la mujer embarazada (preterintencional)	39
2.5 Antecedentes Históricos de la Preterintencionalidad en México	39
2.5.1 Código Penal de 1871	39
2.5.2 Código Penal de 1929	40
2.5.3 Código Penal de 1931	40
2.5.4 Código de Defensa Social del estado de Veracruz de 1944	41
2.5.5 Proyecto del Código Penal de 1949 para el Distrito Federal y Territorios Federales	42
2.5.6 Proyecto del Código Penal de 1958 para el Distrito Federal y Territorios Federales	43
2.5.7 Código Penal para el estado de Coahuila	44
2.5.8 Código Penal para el estado de Guerrero	44
2.5.9 Código Penal para el estado libre y soberano de Jalisco	44
2.5.10 Código Penal para el estado de México	45
2.5.11 Código Penal para el estado libre y soberano de Morelos	46
2.5.12 Código Penal para el estado de Nuevo León	46
2.5.13 Código Penal para el estado libre y soberano de Oaxaca	47
2.5.14 Código Penal para el estado libre y soberano de Puebla	47
2.5.15 Código Penal para el estado de Querétaro	47
2.5.16 Código Penal para el estado de Sonora	48
2.5.17 Código Penal para el estado de Tamaulipas	49
2.5.18 Código Penal para el estado libre y soberano de Veracruz	49

2.5.19 Código de Defensa Social del estado de Yucatán	49
2.5.20 La preterintencionalidad en el Código Penal de 1931	50
2.5.21 Decreto de reformas del 30 de diciembre de 1983	51

CAPITULO TERCERO.

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA

3.1 Opinión de Cardenal Murillo Alfonso	53
3.2 Opinión de Romero Soto Luis Enrique	55
3.3 Opinión de Cuello Calón Eugenio	57
3.4 Opinión de López Betancourt Eduardo	59
3.5 Opinión de Castellanos Tena Fernando	63
3.6 Opinión de Soler Sebastián	65
3.7 Opinión de Orellana Wiarco Octavio Alberto	68
3.8 Opinión de Jiménez De Asúa Luis	69
3.9 Opinión de Luzón Cuesta José Maria	71
3.10 Opinión de Antón Oneca José	72
3.11 Opinión de Vasconcelos Francisco	75
3.12 Opinión de Reyes Echandia Alfonso	81

CAPITULO CUARTO.

MENCIÓN QUE LA LEY HACE CON RESPECTO A LA PRETERINTENCIONALIDAD

4.1 Referencia del Código Penal de 1984 donde se establece la preterintencionalidad	91
4.2 Referencia del Código Penal del año de 1994 donde se deroga la preterintencionalidad	98
4.3 Exposición de motivos a que se refiere el legislador para derogar la preterintencionalidad	100
4.4. Lo que establece la jurisprudencia con respecto	

a la preterintencionalidad	104
CONCLUSIONES	122
PROPUESTA	124
BIBLIOGRAFÍA	127
CÓDIGOS Y LEYES	129
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS	130

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS Y GENERALIDADES DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

1.1 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

Para CUELLO CALÓN el derecho penal es en Sentido Objetivo es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados y en Sentido Subjetivo el derecho penal, "es el derecho del estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad"¹. En nuestra opinión estamos de acuerdo con el autor por que su concepto se nos hace acertado, toda vez que el mismo contempla a los delitos, penas y medidas de seguridad, los cuales resultan ser los aspectos más trascendentes en el estudio del derecho penal.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, define el derecho penal como "el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del estado"². Diferimos con el autor por que su concepto carece de un enfoque que va mas dirigido a regular la norma y el poder sancionador que impone el Estado, sin mencionar el estudio de los delitos.

Para RICARDO C. NÚÑEZ define el derecho penal como "la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles"³. Diferimos también con el autor por que su concepto se concentra en la regulación de la potestad estatal de imponer sanciones, lo cual resulta ser solamente una parte del derecho penal (concretamente el derecho penitenciario).

SEBASTIÁN SOLER, define al derecho penal como "la parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea que lo es,

¹ LUZÓN Cuesta José María, Compendio de Derecho Penal, 9ª ed. Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p.19.

² JIMÉNEZ De Asúa Luis, La ley y el delito, 1ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.18.

³ NÚÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Parte General Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 46.

generalmente la pena".⁴ En mi opinión el concepto manejado por Soler resulta incompleto, ya que el mismo se enfoca solo al estudio de los delitos y las penas, otorgando una mayor importancia a este último.

Para CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, el Derecho Penal en consecuencia, determina que infracciones del orden social constituyen delito y las penas con que cada delito debe ser sancionado, si el sujeto es culpable, ó las medidas de seguridad aplicables al sujeto, sin capacidad de culpabilidad, que ha demostrado una peligrosidad por el delito cometido⁵. Es de compartirse el concepto de estos autores por cuanto que va dirigido al cuestionamiento valorativo de las infracciones del orden social y del como pueden ser sancionados, aunque debe destacarse que pretenden incluir el estudio de los delitos y las penas en un solo rubro.

JESCHÉCK, opina que "la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad. El orden social depende de que no se quebrante el orden jurídico en cuanto a las proposiciones jurídicas se dirigen a garantizar el orden así establecido. Por ello el último extremo, el Derecho Penal acude a la Coacción Estatal para asegurar que no se quebrante el orden jurídico. Pero no toda perturbación de la convivencia interesa al Derecho penal sino solo la protección de valores fundamentales del orden social. Esta defensa de la Sociedad se realiza castigando las infracciones jurídicas ya producidas (función represiva del derecho penal) y previniendo infracciones jurídicas de misión futura (función preventiva del derecho penal)"⁶. En nuestra opinión el autor expone un concepto adecuado, ya que el mismo es más extenso por encontrarse completo con respecto de lo que el derecho penal encierra, en el cual destaca un elemento generalmente olvidado en la mayoría de las definiciones: la protección a la convivencia humana y el establecimiento del orden social para que no se incumplan los preceptos legales señalados.

⁴ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, 1ª ed. Editorial Tea, Buenos Aires, 2002, p.4.

⁵ Cfr. Calderón Cerezo Ángel y Choclán Montalvo José Antonio, Derecho Procesal Penal, s/e. Editorial BOSH, Barcelona, España, 2000, p.42.

⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen II, Bosch, Barcelona, España.2001. p. 22.

Para PESSINA "el derecho penal es el conjunto de principios relativos al castigo del delito"⁷. Opinamos que el autor no abarca en su totalidad el aspecto general de lo que significa el derecho penal, constringiéndose únicamente al rubro de la punibilidad penal.

Para MAGGIORE, la expresión Derecho Penal como ciertamente afirma, se aplica para designar tanto "el conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuando a la ciencia del Derecho Penal, estimada con la rama del conocimiento humano compuesta de hacer de nociones jurídicas de naturaleza intelectual"⁸. Diferimos con el autor por que su concepto habla de generalidades del derecho, pero no menciona el estudio de los delitos, de las sanciones penales y de las medidas preventivas y correctivas para evitar la comisión de delitos.

VON LISZT, define el derecho penal como "el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia el crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia"⁹. No estamos de acuerdo con el autor por que su concepto menciona solamente a la comisión de los delitos y a la sanción que debe imponerse por la comisión de los mismos, pero nunca habla de las formas de prevenir el acto delictivo.

Para EDMUNDO MEZGER, el Derecho Penal objetivo es "el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectado en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica"¹⁰. El concepto de este autor nuevamente resulta corto, y de hecho similar al del autor antes citado, ya que nuevamente se olvida de hacer mención al estudio de las medidas de seguridad.

Para RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, "es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la

⁷ PESSINA, ENRIQUE Elementos de Derecho Penal, 4ª ed., (trad. por González del Castillo, con notas de Aramburu y Cuello Calón), Ed. Reus, Madrid, 2001, p.21.

⁸ MAGGIORE Giuseppe. Derecho Penal. Bogotá, Editorial Temis, 5ª ed. Vol. II, 2000., p.3.

⁹ VON LISZT Franz, Tratado de Derecho Penal, s/e, editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, p.21.

¹⁰ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas, México, 1999. p.21.

aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación"¹¹. En nuestra opinión estamos de acuerdo con el autor por que da un concepto concreto y generalizado del mismo, aunque nuevamente olvida al estudio de las medidas de seguridad.

Para PORTE PETIT, por derecho penal debe de comprenderse "el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción"¹². Diferimos con el autor con respecto a su concepto por considerar que este va mas dirigido a la sanción que establece en su consideración, sin mencionar el estudio de los delitos y de las medidas de seguridad.

Para MALO CAMACHO, el derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo, en el primer caso se hace referencia "al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada ó ius penale y que aparecen conformando las respectivas leyes penales, son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad" y en Sentido Objetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano de donde emana; se hace alusión así, al ius puniendi del Estado ó potestad punitiva del mismo¹³. Estamos de acuerdo con ambos conceptos de este autor, por que resultan más completos, aunque el último se avoca al estudio de las penas a imponerse.

Para MIGUEL POLAINO NAVARRETE, el Derecho Penal es enunciado desde su personal punto de vista, entendiendo que éste es el "conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos conminándolos con una pena y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad fundamentadas en la peligrosidad criminal del sujeto en conexión con un precedente actuar típicamente antijurídico y orientadas a la

¹¹ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, 15ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, p.16.

¹² PORTE Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 16.

¹³ MALO Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 1ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p.35.

evitación de futuros delitos¹⁴. En nuestra opinión pensamos que el concepto del autor es acertado por que observa diferentes puntos importantes en la regulación de la conducta humana, así como también considera el derecho penal como una futura previsión del delito, lo cual es un aspecto olvidado en la definición de otros autores también consultados.

Para REINHART MAURACH y HEINZ ZIPF, el derecho penal es aquel "conjunto de normas jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito"¹⁵. No estamos de acuerdo con los autores por que les falto ahondar más en su concepto, el cual se limita solo al estudio del delito.

SAINZ CANTERO, define el Derecho Penal como "el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad"¹⁶. El concepto del autor es acertado por que abarca no solamente la exigencia del estudio de los delitos y la sanción punible de los mismo por su comisión, sino que además destaca el valor fundamental del derecho penal.

Para REYES ECHANDIA, "el derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico estatal, que se caracteriza por que la consecuencia derivada de la violación de sus preceptos es, decir, la pena; de ahí proviene su denominación"¹⁷. En nuestra opinión el autor por que su concepto se nos hace incompleto, toda vez que enfoca el objeto del estudio del derecho penal solamente en el estudio de las penas.

ORELLANA WIARCO, define el derecho penal diciendo que "es el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y medidas de

¹⁴ POLAINO Navarrete Miguel, Derecho Penal, 2ª ed. Editorial Bosch, España, 1999, p. 55.

¹⁵ REINHART Maurach y Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General, 7ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 4.

¹⁶ SAINZ CANTERO José A, Derecho Penal y Criminología, 1ª ed. Editorial Reus, Madrid, España, 2001, p.18.

¹⁷ REYES Echandia Alfonso, Derecho Penal, 11ª ed. Editorial Temis, Bogota, 2001, p.2.

seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como y de los individuos"¹⁸. En nuestra opinión, el concepto de este autor es apropiado y completo, ya que no se limita como el autor anterior a hacer mención del estudio de las penas, sino que abarca obviamente a los delitos, y a las medidas tendientes a la prevención de los delitos.

Para ONECA, el derecho penal "es el conjunto de preceptos jurídicos que regulan la imposición por el Estado de penas y medidas de seguridad a los autores de delitos"¹⁹. En nuestra opinión diferimos un poco con el autor por que su concepto toma como elemento primordial el poder punitivo del Estado, y aunque hace mención a las medidas de seguridad, nunca habla del estudio de los delitos.

1.2 CONCEPTO DE DELITO.

El profesor ERNESTO BELING, define el delito como "la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad"²⁰. En nuestra opinión este autor maneja un concepto muy genérico y aceptable.

Para EDMUNDO MEZGER, "el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable"²¹. En nuestra opinión consideramos que el concepto que maneja el autor no cumple con todos los elementos que conforman el mismo, pues si bien califica al delito como contrario a derecho, omite mencionar que el delito debe ser sancionado.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA el delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"²². En nuestra opinión personal estamos completamente de acuerdo con el autor por que su concepto abarca generalmente los elementos que lo conforman.

¹⁸ ORELLANA Wiarco Octavio A, Curso de Derecho Penal Parte General, 2ª ed, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 5.

¹⁹ ANTÓN Oneca José, Derecho Penal, 2ª ed. Editorial Akal, España, 2000, p. 15.

²⁰ BELING Ernest. "Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo". Editorial Depalma. Buenos Aires. 1999, p. 31.

²¹ MEZGER, Edmundo. Op. Cit. p.126.

²² JIMÉNEZ de Asúa, Op. Cit. p.12.

Para AMUCHATEGUI REQUENA, "el delito como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: Jurídico Formal y Jurídico Sustancial, el primero se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena y el jurídico sustancial, consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito"²³. En nuestra opinión pensamos que la autora expone bien su concepto, ya que inclusive lo bifurca para su mejor comprensión, por lo que apoyamos su forma de definirlo por la referencia que hace del mismo.

Para CUELLO CALÓN, el delito es "una acción antijurídica, típica, culpable y punible"²⁴. Estamos de acuerdo con el autor por que su concepto contiene más elementos para comprender al concepto en cuestión.

Para FRANCISCO CARRARA, principal exponente de la Escuela Clásica, define el delito como "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo ó negativo moralmente imputable y políticamente dañoso"²⁵. El concepto nos resulta acertado, toda vez que el autor no solo maneja en su concepto la contravención a una norma legal, sino que menciona los diversos perjuicios que aquella acción profiere a la sociedad, que es quien resiente directamente la consecuencia de este actuar antijurídico.

Para RAFAEL GARÓFALO, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad"²⁶. En nuestra opinión no estamos de acuerdo con el autor por que su concepto maneja como parte ofendida de la comisión del delito no a la sociedad, sino a meros valores axiológicos, resultando inclusive poco estricta.

²³ AMUCHATEGUI Requena Irma Griselda, Derecho Penal, 1ª ed. Editorial Harla, México, 2003, p. 43.

²⁴ CUELLO Calón Eugenio, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 18ª ed. Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 3.

²⁵ CARRARA Francesco, Derecho Penal, s/e, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1999, p.3

²⁶ GAROFALO, Raffaele, Criminología. Estudio sobre el Delito y sobre la Teoría de la Represión; traducción por Pedro Dorado Montero, Ángeles Editores, Mexico, 1999. p. 34.

1.3 CONCEPTO DE DOLO.

Para EUGENIO CUELLO CALÓN, el dolo consiste en "la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso"²⁷. Diferimos un poco con el autor por que consideramos que no solamente interviene la voluntad de ejecutar un acto, si no que también se podría observar un acto de omisión esperada según fuera el caso.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, expresa que "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo, y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de la voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consiente"²⁸. En nuestra opinión estamos de acuerdo con el autor por que su definición se nos hace acertada y abarca generalmente todo lo que en si comprende el mismo concepto.

AMUCHATEGUI REQUENA, refiere que el dolo consiste en "causar intencionalmente el resultado típico con conocimiento y consecuencia de la antijuridicidad del hecho"²⁹. Opinamos que el concepto de la autora es acertado por que considera dos situaciones fundamentales para que esto sé de, como lo son la intención con conocimiento del daño a proferir y la antijuridicidad del hecho realizado.

SOLER, define el dolo diciendo que existe "no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado."³⁰ Estamos de acuerdo con el autor ya que este tiende a profundizar sobre la conciencia

²⁷ CUELLO Calón Eugenio. Op. Cit, p. 34.

²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, Op. Ct. p. 211.

²⁹ AMUCHATEGUI Requena Irma Griselda, Op. Cit, p. 83.

³⁰ SOLER Sebastián, Op. Cit. p.14.

antijurídica que el propio sujeto puede tener en ese momento, sin calificar la actuación del agente por el resultado de su actuación ilegal.

WELZEL, considera que "el dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo", para llegar a esta afirmación, sostiene el autor alemán que "el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: No es solamente la voluntad tendiente a la concreción del hecho sino también la voluntad apta para la concretación del hecho"³¹. Opinamos que el autor tiene un concepto adecuado por que observa las dos dimensiones de la voluntad para la concretación del hecho, es decir, que el agente cometa una ilícita, sino que además el mismo esté completamente consiente del resultado de su acción y de las consecuencias de la misma.

Para MEZGER, afirma que "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido por su voluntad el resultado"³². Estamos de acuerdo con el autor por que toma en cuenta la voluntad del agente en el resultado del hecho delictivo.

ARILLA BAS, define el dolo, diciendo que es "no la voluntad como se ha dicho por algunos autores, sino el acto de voluntad (volición) dirigido hacia la producción ó ratificación de un resultado representado que se sabe impuesto"³³. Opinamos que el autor no expone una idea adecuada, ya que hablar sobre el "acto de voluntad" para realizar el daño, y hablar de un "acto de voluntad" implica una exteriorización de la misma, lo cual no es del todo preciso, ya que también es dable el dolo en delitos de omisión, en los que no hay hecho exterior de la voluntad.

CARRARA, define el dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley"³⁴. Diferimos con el autor por que definición no menciona que el agente acepta cometer el acto ilegal aunque tiene pleno conocimiento de dicha situación.

³¹ WELZEL, Derecho penal alemán (trad. BUSTOS RAMÍREZ / YÁÑEZ PÉREZ), 4ª ed. castellana, Santiago, Madrid, España, 1993, p. 15.

³² MEZGER, Edmundo. Op. Cit p. 17.

³³ ARILLA Bas Fernando, Derecho Penal, 1ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, p.250.

³⁴ CARRARA Francesco, Op. Cit, p. 8.

Para ZAFFARONI, el dolo es "la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiado por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto"³⁵. Es válido el concepto manejado por este auto, aunque bien podría destacarse el que no se menciona que a pesar de que el agente tiene pleno conocimiento de la ilicitud de su actuar, decide realizarla.

VON LISZT, afirma que "la esencia del dolo se halla en la representación y no en la volición del resultado, y dice textualmente: "El concepto de dolo comprende: 1) la representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado, 2) la previsión del resultado, 3) la representación de la causalidad del acto en los delitos de comisión y la cual del cual no impedimento del resultado en la comisión"³⁶. Consideramos que el autor maneja de manera incompleta los elementos del concepto en estudio, ya que no menciona la aceptación del acto ilícito por parte del delincuente, no obstante saber de las consecuencias de sus hechos.

1.4 CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

Para CUELLO CALÓN, "la culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley"³⁷. Consideramos que el concepto del autor solamente valora la reprobación del hecho y la ilicitud del mismo.

El profesor EDMUNDO MEZGER, expone que el concepto de 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. El término reprochabilidad, empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que "reproche". La imputación, considerada en si, puede definirse como la culpabilidad "formal", y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad material"³⁸. Estamos de acuerdo con el autor por que su definición

³⁵ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, 1ª ed. Editorial Cárdenas, México, 2002, p. 429.

³⁶ VON LIST, Franz, Op. Cit, p. 129

³⁷ CUELLO Calón Eugenio, Op. Cit, p. 39.

³⁸ MEZGER Edmundo. Op. Cit, p. 106.

comprende en si todo lo que encierra el concepto, exponiéndolo de manera completa.

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"³⁹. Pensamos que el autor maneja su concepto de forma incompleta, porque solo menciona que la actuación del delincuente se entiende como reprochable, pero no indica que debe ser sancionada.

Para VON LISZT, expresa que en sentido amplio la culpabilidad es "la responsabilidad del autor por el injusto cometido"⁴⁰. Diferimos con el concepto del autor, por que va más dirigido a encuadrar la conducta del sujeto de un hecho cometido, sin mencionar que aquella responsabilidad debe penalizarse.

CELESTINO PORTE PETIT, define a la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto"⁴¹. En nuestra opinión diferimos del concepto del autor porque es una posición sólo valida para la culpabilidad a titulo doloso, pero no comprende los delitos culposos ó no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado.

IGNACIO VILLALOBOS, determina que la culpabilidad, genéricamente, como "el desprecio del sujeto que por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienen a constituirlo y conservarlo. Este desprecio, se manifiesta, en dos formas: o por franca oposición al dolo, o indirectamente, por indolencia y al dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés ó subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa"⁴². En nuestra opinión estamos de acuerdo con su concepto porque se produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición en pugna con el derecho y sus obligaciones personales.

³⁹ JIMÉNEZ de Asúa, Op. Cit, p. 167.

⁴⁰ VON LISZT Franz. Op. Cit. p. 170.

⁴¹ PORTE Petit Candaudap Celestino. Op Cit. p. 179.

⁴² VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, 5ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 15.

SERGIO VELA TREVIÑO, jurista mexicano, señala que la definición de culpabilidad es, conforme al normativismo, la siguiente: "culpabilidad es el resultado de 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"⁴³. En nuestra opinión estamos de acuerdo con su concepto por que el comportamiento de un sujeto es importante y el cual puede ser reprochable dependiendo cual sea éste, en determinado momento, es decir, cuando es ilegal el acto cometido.

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"⁴⁴. En nuestra opinión estamos de acuerdo con el autor por que su definición resulta completa y se nos hace acertada, pues si menciona el elemento de punibilidad del acto ilegal realizado.

REINHART MAURACH, define que la "culpabilidad es reprochabilidad con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochaba 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"⁴⁵. Pensamos que el concepto del autor es incompleto, porque va más dirigido a tomar en cuenta la decisión que el sujeto pudiera tomar para llevar a cabo una conducta y el reproche que se le pudiera hacer a éste, por realizarla, sin acompañar a aquel reproche una penalización.

Para WELZEL, por culpabilidad se entiende "aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, por que no la ha omitido"⁴⁶. Diferimos del autor por que su concepto no contiene todos los elementos que apoyan a la definición de la culpabilidad, y solo se concreta a

⁴³ VELA Treviño Sergio, Op. Cit, p. 240.

⁴⁴ MEZGER Edmundo, Op Cit. p. 238.

⁴⁵ MAURATCH Reinard Heinz. Derecho Penal. Parte General, 7ª ed. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999. p. 241.

⁴⁶ WELZEL. Op Cit. p. 161.

hablar de una actitud reprochable, y no de una actitud por la que se hace acreedor a una sanción penal.

Para 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 trasgresión (lesión jurídica) de bienes jurídicamente protegidos o simplemente los puso en peligro"⁴⁷. Opinamos que estamos de acuerdo con el autor por que su concepto se nos hace acertado, ya que toma en cuenta los elementos más importantes de la conducta de un sujeto, así como las consecuencias que les puede crear a otros si les transgreden sus derechos.

JOHANNES WESSELS, dice que 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 la culpabilidad de un acto aislado, y no "culpabilidad de carácter, y tan solo indirectamente culpabilidad por conducta de vida"⁴⁸. En nuestra opinión sugerimos que el aspecto de la reprochabilidad que toma en cuenta el autor va más dirigido a tomar en cuenta la decisión que el sujeto pudiera tomar para llevar a cabo una conducta y el reproche que se le pudiera hacer a éste, por realizarla.

1.5 CONCEPTO DE PRETERINTENCIONALIDAD.

PARA CASTELLANOS TENA, la preterintención "es el resultado típico que sobrepasa a la intención del sujeto"⁴⁹. En nuestra opinión, el concepto es incompleto, ya que el autor solo maneja la idea de un resultado distinto a la voluntad del agente (que la sobrepasa), sin entrar en controversia de si existe concurrencia de dolo y culpa en el acto cometido.

MANZINI, opina que para que sea dable la preterintencionalidad en sentido propio es indispensable que la lesión jurídica sea progresiva dentro de la misma

⁴⁷ GONZÁLEZ Quintanilla José Arturo, Derecho Penal Mexicano, 5ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, p. 30.

⁴⁸ WESSELS Johannes, Derecho Penal. Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 2000. p. 107.

⁴⁹ CASTELLANOS Tena Fernando, Op. Cit, p. 60.

línea. Es decir, se convierta en más grave en la misma especie o, al menos, en el mismo género de intereses jurídicos⁵⁰. En nuestra opinión no estamos de acuerdo con el autor por que la idea que maneja de que puede producirse un daño de igual naturaleza al primeramente deseado, en tanto que el segundo resultado debe ser siempre mayor al deseado.

Para JIMÉNEZ HUERTA, llama a la preterintención también ultraintención "la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado"⁵¹. Pensamos que el concepto que maneja el autor es incompleto, por que se concreta a mencionar que se sobrepasó la voluntad del agente.

Para MAGGIORE, "en el delito preterintencional hay una voluntad sobrepasada por el resultado; se trata de un delito doloso básico, con un exceso que transforma al inicial en un delito más grave"⁵². Opinamos que el concepto del autor es acertado por que contiene los elementos de los cuales se comprende el mismo, pues no solo menciona que la voluntad del agente se excedió, sino que ahora también incluye en su definición al mestizaje de dolo y culpa.

Para SILVIO RANIERI, manifiesta que en el campo del dolo encuadra la preterintención, "esta constituido por una conducta que produce con dolo un resultado y, además de éste, un resultado más grave no querido, que supera al menos grave"⁵³. Diferimos un poco con el concepto que el autor expone por que pensamos que en esta figura jurídica también se presenta la culpa como forma de voluntad final del agente.

Para SEBASTIÁN SOLER, considera que "los delitos preterintencionales como los calificados por el resultado o por el evento, en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención y

⁵⁰ MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, s/e, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 107.

⁵¹ JIMÉNEZ Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, tomo IV, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 1999, p. 154.

⁵² MAGGIORE, Giuseppe, El delito, la pena, medidas de seguridad y sanciones civiles, 2ª ed. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 2001, p. 227.

⁵³ RANIERI Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo IV, s/e. Editorial Temis, Bogota-Colombia, 2000. p. 98.

que, no obstante, la ley se los cargo en cuenta"⁵⁴. En nuestra opinión el autor no proporciona una definición propia de lo que debe entenderse por preterintencionalidad, y de hecho en lugar de calificar a esta figura como una tercera forma de culpabilidad, hace depender el resultado no deseado (que sobrepasó la voluntad del agente) del resultado final del mismo.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, la preterintención consiste en "producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido"⁵⁵. Pensamos que el concepto que maneja el autor es acertado por que se destaca el hecho de que se sobrepasó la intención real del sujeto activo, pero resulta incompleto porque no determina si esta actuación es o no una tercera forma de conducta.

PACHECO, comenta la circunstancia de la preterintencionalidad, indicando que "hay discordancia entre la intención y la obra; y esta discordancia resulta de haber sido la obra mas dura, mas grave más punible que la intención, no pretendía hacer el agente todo el daño que hizo"⁵⁶. Diferimos un poco con el concepto autor por que consideramos que no enfatiza la discordancia que existe entre la intención y la obra del sujeto al realizar un hecho determinado.

CELESTINO PORTE PETIT, dice que "el delito preterintencional existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación o sin ella, en cuanto al resultado producido. En otros términos, hay un nexo psicológico entre la conducta y el resultado y una previsión respecto al resultado producido con la esperanza de que no se realice, o bien una no previsión del mismo, debiéndose haber previsto"⁵⁷. Consideramos en que la fórmula que adopta el autor es acertada al aceptar que el delito preterintencional se forme por la concurrencia del dolo y la culpa en sus dos grados (con previsión y sin ella).

⁵⁴ SOLER Sebastián, Derecho Penal argentino Tomo V. s/e, Editorial TEA, Argentina, 2002. Pág. 102.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, Op. Cit, p. 176.

⁵⁶ PACHECO MANCHADO Manuel, Código militar: organización y régimen jurídico disciplinario, penal y procesal, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 1999, p. 177.

⁵⁷ PORTE PETIT Candaudap, Op. Cit, p. 502.

Específicamente, el mismo Porte Petit proporciona como elementos o requisitos para la existencia del homicidio preterintencional, los siguientes:

- "a) "Animus laedendi";
- b) Un hecho de muerte;
- c) Que la misma muerte se haya previsto, teniendo la esperanza de que no se realizaría, o bien que no habiéndose previsto haya sido posible".⁵⁸

Diferimos del autor al referirse a estos tres elementos como constitutivos de la preterintencionalidad, concretamente en la primera parte del tercer elemento, ya que en el momento en que el agente tiene una representación mental del segundo resultado más grave, y aún así acepta cometerlo, existiría en realidad dolo en cuanto al segundo resultado, ya que se hace manifiesto el desinterés del activo en cuanto al daño más grave que se pretende inferir al pasivo

BETTIOL, al ocuparse del concepto de preterintencionalidad, afirma que "se trata de una hipótesis donde el dolo se mezcla con la culpa, en el sentido de que el dolo aparece en lo concerniente al delito menos grave que ha sido previsto y querido por el agente y la culpa en el resultado más grave que se realiza"⁵⁹. Consideramos en nuestra opinión estar de acuerdo con el autor por la mezcla que existe entre el dolo y la culpa provocando un resultando más grave.

FRANCISCO CARRARA, define el delito preterintencional como una mezcla de dolo y culpa, al aseverar que: "hay un fin, una forma particular de degradación, que resulta de la falta de previsión del efecto más grave; ello da lugar a una imputación media entre la que se atribuiría al hecho doloso y la que se atribuiría al hecho culpable"⁶⁰. En nuestra opinión discernimos del criterio de Carrara porque respecto a su gravedad no puede ser punto intermedio entre lo doloso y culposo, sino una mixtura de ambas formas de conducta, en la que la segunda se presenta en segundo lugar, y con un resultado más dañoso..

⁵⁸ *Ibidem*. p 524.

⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal: Curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*; traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, 2ª ed. Editorial Bosch Barcelona España, 1999, p. 210.

⁶⁰ CARRARA, Francisco, *Op. Cit.*, p. 155.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS la preterintencionalidad consiste básicamente en "aquellos casos en los cuales el sujeto, queriendo determinado resultado, produce con su acción u omisión un resultado mayor".⁶¹ El concepto que maneja este autor es incompleto, porque no analiza si la preterintencionalidad en una tercera forma de conducta, distinta o no a l dolo o a la culpa. Para ahondar en su explicación, este autor recurre a la figura del homicidio, de tal forma que define al homicidio preterintencional como "la muerte no querida ni aceptada en que la voluntad del agente se ha proyectado a la causación de un daño menor".⁶²

Siguiendo la misma línea del profesor Pavón Vasconcelos, el jurista chileno ALFREDO ETCHEVERRY también analiza la figura materia de nuestro estudio ligándola con el delito de homicidio, de tal forma que para este autor se produce un homicidio preterintencional, "cuando una persona, con el propósito de lesionar a otra, la hiere o golpea, y de ello resulta la muerte" lo que constituye uno de los casos de preterintencionalidad, junto a los delitos calificados por el resultado y el "*versare in re illicita*".⁶³ El jurista chileno omite dar una definición concreta de la preterintencionalidad, y busca en su lugar ejemplificar gráficamente una situación típica en que la misma se presenta.

Para EUSEBIO GÓMEZ, autor argentino "en el delito preterintencional el agente se propone un efecto determinado, pero se produce otro que va más allá de la intención, otro con efecto que no ha sido previsto ni querido"⁶⁴. En nuestra opinión no estamos de acuerdo con el autor ya que equipara el delito doloso con el preterintencional haciéndolo participar solo de dolo y excluyendo definitivamente a la culpa como elemento necesario.

Para REYES NAVARRO, autor mexicano considera que "el delito preterintencional es la concurrencia de dolo directo en el inicio más culpa en el resultado de aquí se desprende que en este delito el efecto producido es mayor a

⁶¹ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal, 4ª ed. Porrúa, México, 1999. p. 34.

⁶² Idem.

⁶³ ETCHEVERRY, Alfredo. Derecho Penal. 2ª ed, Gibbs Editores, Santiago de Chile, 1999. p 43.

⁶⁴ GÓMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal, s/e, Cía de Editores, Argentina, 1999, p. 443.

la intención del agente y culpa en el resultado"⁶⁵. Consideramos en nuestra opinión personal que la fundamentación del autor para explicar el delito preterintencional es acertada, pues se basa en la postura psicológica del agente, ya que no hay que confundir el dolo eventual y la culpa consiente que son los conceptos que se prestan a confusión.

Para ORELLANA WIARCO, "el concepto de preterintencionalidad se refiere al caso en que el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente, en efecto, la palabra preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas, *preter* que significa "mas allá de," e *intentionem* que significa "intención"⁶⁶. En nuestra opinión, el autor más que definir a la preterintencionalidad, busca dar una definición nominal de la palabra en sí. Partiendo de sus raíces grecolatinas, por lo que el mismo no resulta explícito.

Para ANTÓN ONECA, "estamos en presencia de un delito preterintencional "cuando de la acción u omisión deriva un resultado mas grave que el querido por el sujeto"⁶⁷ Aquel concepto resulta incompleto, ya que si bien establece la condición necesaria de que el resultado supere la intención del agente, omite entrar en el estudio de la acción dolosa y el resultado culposo, es decir, la concurrencia de aquellas dos formas de conducta.

⁶⁵ REYES Navarro Ángel, Op. Cit.p.121.

⁶⁶ ORELLANA Wiarco Octavio, Op. Cit, p. 317.

⁶⁷ ANTÓN Oneca José Derecho Penal 2ª ed. Editorial. Akal Madrid 2000 p.255.

CAPITULO SEGUNDO.

ASPECTO HISTÓRICO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN ROMA.

Aunque las lesiones causadas con ocasión de la práctica de algún deporte no suelen determinar como nadie ignora- la aplicación del Derecho penal, no faltaron, sin embargo, en el Derecho romano algunos pasajes, sobremanera casuísticos, en que se trataba de la responsabilidad del jugador que las hubiere causado. Así Ulpiano, en un curioso texto, afirma que está sometido a la *Lex Aquilia*, el jugador de pelota que la lanza con gran violencia y dando en el brazo de un barbero determina que con su navaja, corte el cuello a su cliente. Pero no se reputará culpable al autor del daño, si el perjudicado había cometido la imprudencia de hacerse cortar el cabello o afeitarse por quien se hallaba establecido en un lugar peligroso, por jugarse en él habitualmente o ser muy concurrido (I, II, Proemio, Digesto. IX, 2). Hay otros textos en que se declara que no procede la acción civil contra los púgiles que causaren una muerte (2.7, párrafo 4, Digesto. IX, 2), e incluso se niega también la acción penal para las lesiones producidas en el juego (2.3, párrafo 3, Digesto. XLVIII, 10).

Los glosadores no dejaron también de ser casuísticos. *Gometius de Amescua* citado por Majada decía (*Tractatus de potestate in se ipsum, Penormi* 1604, pagina. 135) que el homicidio acaecido en el juego no era punible, en virtud de la costumbre que permite el juego. Y *Gotofredo* en su *Corpus civile romani*, refiriéndose a la ley 7, párrafo 4, del libro IX, 2 del Digesto, antes invocada, en que se exonera de responsabilidad civil a quien lesione a otro en el juego, afirma que al invocar este texto se cometen equivocaciones, pues no puede referirse a las luchas ecuestres o torneos que estén permitidos, sino también tan sólo a la lucha que no lo esté, salvo cuando peligran en aquellos las almas o se perpetren homicidios.

En las leyes españolas posteriores, lo único que encontramos es la distinción de juegos prohibidos y permitidos entre los cuales está el de pelota. Así lo hace la Pragmática del Rey Carlos I, dada en Madrid en 1528 que se halla en la Ley VII, Título XXIII, libro XII de la Novísima Recopilación, que es en definitiva el criterio seguido por el artículo 1800 del Código Civil, a cuyo tenor:

No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza

Esta carencia de normas en nuestro ordenamiento y en el Derecho comparado sobre las consecuencias de las prácticas deportivas, resulta lógica, ya que en la época codificadora los actuales deportes apenas se practicaban. Fue a principios de siglo cuando el deporte comienza a tomar impulso en toda Europa. Y claro es, cuando los accidentes ocasionados en su práctica se van extendiendo y los medios de comunicación los van aireando, entran en el campo de la discusión ciertos hechos, que hasta hacía poco tiempo resultaban ajenos a la atención de los estudiosos.

La discusión sobre el alcance jurídico de las lesiones causadas en los deportes, puede decirse que arranca de la sentencia del Tribunal de Apelación de Douai, de 3 de Diciembre de 1912, la que fue analizada minuciosamente por Antón Oneca en El Liberal de Madrid de 10 de Mayo de 1927.⁶⁸

El asunto era de naturaleza civil. Un célebre boxeador, Carpentier, pidió la anulación de un contrato de boxeo, alegando que no podía tener efectos jurídicos, por ser su causa ilícita.

El tribunal de Douai, condenó a Carpentier por incumplimiento de contrato y afirmó: ... si se producen abusos en las reuniones pugilísticas, y la lucha degenera en sangrientas batallas, corresponde a la autoridad competente que autoriza tales exhibiciones, reprimir los excesos e impedir su repetición... el boxeo no tiene en sí nada de inmoral ni de ilícito, sino que como otros muchos deportes

⁶⁸ ANTÓN Oneca José, Lesiones en los deportes, 1ª ed. Editorial El Liberal, Madrid, 2001, p.22.

es una manifestación de la fuerza y destreza de los que en el toman parte; los accidentes que pueden ocurrir constituyen el riesgo común de todos los ejercicios violentos... A diferencia de los golpes castigados por el Código penal, los golpes de los boxeadores no tienen otro fin que demostrar su destreza en el ataque y la defensa; los contendientes, obrando según el sistema enseñado por los entrenadores y observando las reglas de su profesión tratan ante todo, por medio de lucha correcta, de reducir a su adversario a la impotencia, y cesan de atacarlo cuando resulta vencido; estos profesionales, generalmente equilibrados entre ellos y provistos de guantes protectores, quedarían descalificados si se golpearan en ciertos lugares y usaran procedimientos prohibidos... Los golpes cambiados por los boxeadores en un encuentro, en cuanto las reglas de este género de lucha sean obedecidas, no pueden ser asimilados a los golpes previstos por el legislador en los artículos 309 y siguientes del Código Penal Francés.

La sentencia del Tribunal de Douai, proclama en este caso, la *inexistencia de figura delictiva*, apoyándose para ello, en que está ausente el elemento subjetivo del injusto. Frente a este criterio, hay quien sostiene por el contrario que ello no es así, que existe adecuación típica del acto. Así, un eminente penalista como Pedro Garraud, en su trabajo *Les sports e le Droit Penale* demuestra, como los elementos legales y materiales que concurren en las lesiones deportivas configuran el tipo legal. Pero quien se lanza como una catapulta contra la misma fue Giuseppe del Vecchio en su obra *Le criminalita negli sportes*, libro que está leído con sólo meditar la portada.⁶⁹

Es un dibujo a pluma bellísimo. Se trata de una balanza, en la que en uno de los brazos penden, venciendo en absoluto, una bolsa de dinero y una calavera; en el otro se ven diferentes instrumentos de deporte; en la base, como lazo de unión, se destaca un puñal.

Su tesis es de puro materialismo evolucionista y pretende probar, que los delincuentes deportivos vienen a ser delincuentes natos, sobre todo, los

⁶⁹ MAJADA Planelles Arturo, El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas, 1ª ed. Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 17.

boxeadores a quienes según dice, les arrastra al ring su instinto carnicero, que les hace buscar mal por el mal.

Esto, como fácilmente se comprende, es exageradísimo. Se trata de una reminiscencia positivista, totalmente inaceptable, sobre todo, cuando con su criterio rigorista considera la posibilidad de que en los deportes, sean violentos o no, pueden darse no sólo verdaderos delitos dolosos, sino delitos preterintencionales y culposos.

Como ejemplo de delito doloso, menciona el del boxeador Kid Sullivan, que peleando con guantes preparados con tintura de belladona, cegó en pleno mach a su adversario Battling Nelson; suspendido el combate se descubrió la criminal tentativa que pudo haber costado a Nelson no sólo el combate, sino la vida.

Otro caso fue el del arbitro de fútbol John Poiter, que dirigiendo un partido en Creydon, recibió en la cabeza un balonazo tan violento, que trasladado al hospital murió a consecuencia de la rotura de un vaso sanguíneo cerebral; el balonazo procedía de un jugador que, según se dijo, tenía resentimiento particular con este arbitro.

Como ejemplo de delito preterintencional, pone Del Vecchio el del futbolista que zancadillea a un contrario, quien al caer, da con la cabeza en un poste y se fractura el cráneo.⁷⁰

El autor ha querido la caída ilícita, pero no ha querido la muerte del adversario. Realmente, este caso puede ser un supuesto de *versari in re illicita* mas que un delito preterintencional, aunque en puridad, la preterintencionalidad es una manifestación del *VERSARI*.

Algunos autores como Cuello Calón (Derecho Penal, Tomo II) han justificado las violencias y las lesiones deportivas que se producen como accidentes y si no se han transgredido las reglas del juego, en caso fortuito que es

⁷⁰ GANDARA Vallejo Beatriz de la, Consentimiento, bien jurídica e imputación objetiva, 2ª ed. Editorial Colex, Madrid, 1999, p. 66.

el límite de la culpabilidad. Este criterio que ya fue mantenido por nuestro Tribunal Superior. en una antigua sentencia de 30 de Noviembre de 1866, lo sustenta más recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, en sentencias de 18 de Septiembre y 14 de Noviembre de 1941, citadas por Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal.

Esta tesis la rechaza totalmente Quintano Ripollés, por cuanto el caso según dice- requiere una total ausencia de intención dañosa, que se cause el mal por mero accidente, conforme al texto de la antigua eximente 11 del art. 8, lo que está en evidente pugna con la voluntad netamente agresiva y dañosa de determinados deportes, tales como el rugby, el catch, el judo y, sobre todo, el boxeo. Hay en ellos dice un propósito concreto y específico de dañar al contrincante, siendo la finalidad del último de los mencionados dejarlo fuera del

Combate, en vista de lo cual resulta una verdadera ironía decir que el boxeador que golpea con toda la fuerza de sus puños, lesiona al vencido por mero accidente. Ciertamente es que no se propone matar, puesto que los deportes de muerte justificados en la Roma pagana (según L.3, III Digesto. XLVII, 10) han desaparecido de nuestras costumbres y legalidad, y que de sobrevenir un desenlace fatal, dentro del respeto a las normas del juego, sería alegable su fortuitud; pero ocasionándose lesiones, aún leves, la presencia de un incuestionable animus vulnerandi imposibilita acudir al caso fortuito. Para evitar, pues, la de otro modo insoslayable criminalidad a título de dolo, habrá que buscar otras razones jurídicas.

Algunos de los más grandes tratadistas del Derecho penal, como Franz Von Liszt, Pierre Garraud y otros, para justificar la impunidad de las violencias deportivas, alegan como fundamento el fin reconocido por el Estado.⁷¹

Aplicando esta doctrina del fin oficialmente reconocido, nos encontramos como dice Von Liszt, que del hecho de admitirse una industria, se deduce que los peligros resultantes del funcionamiento regular de la misma no son ilícitos; si se permite oficialmente el establecimiento de una orden mendicante, la mendicidad

⁷¹ LISZT Franz V., Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 18ª ed. Editorial Reus, Madrid, 1999, p.55.

de sus miembros no puede constituir delito, ni aún en aquellos países en que se castiga a los mendigos como delincuentes o los somete a medidas de seguridad, como acontecía en España bajo la vigencia de la Ley de Vagos y Maleantes(1933), en sus artículos 2º y 4º.

La autorización por parte del Estado, de una lotería o rifa, hace imposible que se estime delictiva la adquisición y expedición de billetes.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN ESPAÑA.

Roma llevó obviamente, su Derecho a España, aunque algunas Constituciones, imperiales produjeron un derecho territorial de ámbito reducido.

De una parte, se desea exponer la regulación positiva vigente hasta la reforma con expresa mención de lo que podían considerarse posiciones tradicionales” de la Doctrina y de la Jurisprudencia en torno a la preterintencionalidad, y a la problemática suscitada por la pretendida ambigüedad de aquella regulación; incluyendo también los efectos que determinadas interpretaciones “históricas” supusieron al proyectarse sobre el derecho positivo.

El examen se ciñe exclusivamente al ordenamiento positivo español. Si en los apartados anteriores podían combinarse e intercambiarse con facilidad tesis de proveniencia muy distinta, no ocurre lo mismo ahora, cuando el estudio se circunscribe al articulado del Código, en concreto, al análisis de la circunstancia 4ª del art. 9º y de los viejos arts. 3º y 50.

Durante muchas décadas todas las cuestiones relativas a la preterintención han sido reconocidas a estos tres preceptos; tantas y tan distintas visiones sobre un único tema “el juego de la voluntariedad y de la intención” dieron como resultado lo que hace muchos años DORADO MONTERO califico de “un verdadero inextricable embrollo”.⁷²

⁷² DORADO Montero P., La psicología criminal en nuestro derecho legislado, 2ª ed. Editorial Bosch, Madrid, 2001, p.73.

Parte de las dificultades surgidas se debe, sin duda, a la propia semejanza que estructuralmente tenían estos preceptos.

Como principio general se entendía que jugaba el párrafo tercero del art. 1º al afirmar que: "El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar".

Y, como preceptos reguladores específicamente de la materia preterintencional se presentaban los arts. 9º y 50.

El primero de ellos y único que hoy sigue vigente contempla como circunstancia atenuante "la de haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo".

El segundo, incluido en él capítulo dedicado a la aplicación de las penas (cuarto, dentro del Título III) abría prácticamente la sección dedicada a las "reglas para la aplicación de las penas." y lo hacía reconociendo que:

"En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a este la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo".

A ello añadía como excepción el párrafo segundo que:

"Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o frustración de otro hecho, si la ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado."

En torno a estos artículos se centró un debate que ha durado casi un siglo y que ha enfrentado permanentemente a la Doctrina y Jurisprudencia por los criterios a seguir a la hora de incluir la preterintención en un precepto u otro.

Hoy esto es historia, pero una historia que cobra gran importancia al afrontar la continuidad de una circunstancia atenuante que sigue llamándose la preterintencionalidad.

2.2.1 Trayectoria Histórica de los antiguos artículos 1º en su párrafo tercero, 50, y el todavía vigente Art. 9 del Código Penal español.

Estos artículos que se acaban de transcribir han sido como se ha dicho los ejes rectores de toda la materia preterintencional.

Sin embargo, con respecto a alguno de ellos (en concreto el artículo 50) ha pesado más la interpretación histórica que el propio tenor literal del precepto

La circunstancia 4ª del art. 9 proviene directamente del Código penal de 1848, que la recogía en términos de semejanza con la redacción actual. El artículo 9º de aquel Código de 1928.

En efecto, el art. 64 de aquel texto, después de reconocer que atenúa la responsabilidad criminal el "no haber tenido el agente intención de producir un mal de tanta gravedad, añadía atendidos los medios adecuados que empleo para realizarlo".

Esta indudable objetivación de la circunstancia ha sido casualmente mantenida por la Jurisprudencia durante décadas y aún hoy por mucho que el precepto haya desaparecido.

Si la objetivación ha sido una tendencia jurisprudencial criticada constantemente por la Doctrina, que ha resaltado siempre como la circunstancia consiste en una desproporción entre intención y resultado, el Código de 1928 positivizó esa objetivación.

De otro lado, el Código penal de 1870 recogió, por vez primera, en su art. 65, un precepto similar al que después, a partir del Código de 1932, sería:

El art. 50, vigente hasta 1983 y únicamente modificado en 1944, donde se le dio la redacción que mantuvo hasta su supresión en 1983.

Artículo 9 y artículo 50 son los preceptos tradicionalmente han regulado la clase de responsabilidad que comporta la preterintención.

2.2.2 Posiciones doctrinales y jurisprudenciales relativas a la esfera de aplicación de los artículos 9º y 50.

Desde que se reformó el párrafo tercero del art. 1 en el Código penal de 1870, se produce una inmediata y permanente situación de duda a la hora de decidir en supuestos de preterintencionalidad entre el artículo 50 y 9º, pues,

téngase en cuenta, que ambos preceptos estaban vigentes de forma contemporánea.

No se va a reproducir aquí toda la trayectoria doctrinal y jurisprudencial que ha ocupado casi un siglo de dogmática penal española en torno a éste tema; ello no obstante, sería dejar desinformado al lector si no se le ofreciera, aun cuando sea esquemáticamente, una visión de conjuntos sobre aquellos planteamientos.

A la hora de elegir el artículo a aplicar, la posición doctrinal más aplaudida, fue la que desde entonces se ha conocido como fórmula de SILVELA; Este autor partía de lo que era el centro de la duda: saber cuando podía considerarse que había delito distinto del que el autor se había propuesto ejecutar y cuando podía decirse que no había tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido.⁷³

Dispone el art. 9º, en su atenuante cuarta, que es circunstancia que aminorará la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Ha de tratarse de delitos en que, sin variar el nomen iuris, varía la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, como ocurre con el de lesiones graves.

Aunque esta circunstancia no ha ido modificada, sin embargo, su contenido se ve afectado por la nueva redacción del art. 1º y el haber dejado sin contenido el art. 50 del Código Penal. Hay que tener en cuenta que la llamada preterintencionalidad heterogénea ha sido suprimida, por tanto, con la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983.

Por esta razón, la atenuante cuarta del art. 9º sólo podrá concurrir en los supuestos de preterintencionalidad homogénea no en los de heterogénea.

Hay que considerar desterrada, con respecto a la preterintencionalidad, todo tipo de responsabilidad objetiva, en base al párrafo segundo del art. 1º

⁷³ SILVELA L., El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, 2ª ed. Editorial Bosch, Madrid, 1999, p.137.

(dispone que "no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado al menos, por culpa"), y en el art. 6 bis b), también del Código Penal "sí el hecho se causará por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible". Para que pueda estimarse la atenuante cuarta. Del art. 9º del Código penal.

Es necesario:

- 1) Una conducta inicial dolosa en el hecho base;
- 2) Un hecho que resulta de la conducta inicial que no es querido, pero sí previsible, y
- 3) Relación de causalidad entre el acto primero (doloso) y el segundo (culposo).

Si el resultado más grave no querido no es imputable a título de culpa por no ser previsible, hay que considerarlo fortuito y, por tanto impune, a tenor de los preceptos penales citados en el párrafo anterior.

El delito preterintencional, como tercer grado o grado mixto de la culpabilidad, se distingue del delito doloso en que el resultado es más grave que el perseguido por el autor, a la vez que ese resultado se produce por culpa y no por dolo; se diferencia de la culpa en que ésta la conducta inicial es normalmente lícita mientras que en aquél es ilícita, allí no hay dolo y aquí sí, en ambos casos el resultado es previsible.

Teniendo en cuenta que el resultado se ocasiona por culpa, el dolo eventual será incompatible con la preterintencionalidad.

En esta línea, el Proyecto 1980, art. 27 elimina la referencia a las anteriores circunstancias, saliendo al paso de la restrictiva tendencia jurisprudencial. La enmienda. 52 pide la supresión, por estimar bastante la genérica admisión de la analogía pro reo en el art. 4º.

En cambio, la enmienda 884, sólo propone que se suprima el adverbio "últimamente", que figura en la redacción proyectada. En el art. 23 de la Propuesta 1983, que recoge las circunstancias atenuantes, no hay ningún tipo de referencia

a atenuantes por analogía. El borrador de 1990 lo recoge en el art. 20 con el mismo Código vigente.⁷⁴

2.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN ITALIA.

La expresión indudablemente italianizada preterintención," procede de la locución latina con la que algunos autores siguen refiriéndose a la institución: "praeter intentionem"; precisamente con el significado de "más allá de la intención" era adoptada ya por Santo Tomás.

La preterintencionalidad era un instituto que había sido objeto de una profunda dedicación en Italia, la situación de aquel País en la materia que concierne la esfera de la responsabilidad penal era, por tradición y por la regulación legal, muy cercana a la española; por todo ello, resultaba tentador utilizar las aportaciones que la doctrina había efectuado al estudiar durante más de un siglo la "praeter intionem": así entró en el panorama doctrinal y jurisprudencial español la idea del delito preterintencional.

Esta actitud solo podía entrañar, como en efecto así fue, dificultades, por cuanto el punto de partida. Allí esta figura existía en el derecho positivo y a ella se ajustaban las consideraciones de los autores; aquí, la Preterintencionalidad era en vía de principio una simple circunstancia atenuante general.

La tentación había sido grande por que la idea de un delito preterintencionalidad, clasificado en Italia como un delito progresivo, "en cuanto que era un delito menor que se desarrollaba en uno mayor, dentro de cual quedaba absorbido el primero" podía solucionar muchas de las dudas que planeaban la conformación de este instituto como una mera circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Por eso desde el principio se trató de defender la unidad de algo que, en la legislación española, no podía estar unido

⁷⁴ RODRÍGUEZ Devesa José María; Derecho Penal, 14ª ed. Editorial Dykinson, Madrid, 1999 p. 709.

por la sencilla razón del derecho positivo no había concebido la institución como una tercera forma de culpabilidad.

Esta tendencia todo hay que decirlo fue mucho más propia de la Jurisprudencia que la Doctrina y se debió, sobre todo, a una de esas razones "pragmática" a que en ocasiones quedó reducida la preterintencional: la solución que debía darse al binomio lesiones queridas que acababan en muerte no deseada.

El Tribunal Supremo, en caso como éste, no quería romper la unidad de binomio, y, como razona MAQUEDA ABREU, "para acentuar su autonomía" calificaba el fenómeno como grado o delito preterintencional "pese a saberlo integrado por dos fases claramente diferenciadas." Por ello, y aun cuando no existía la figura, prefirió crearla, antes de dar un tratamiento separado.⁷⁵

Nacería así lo que durante decenios sería el homicidio preterintencional; figura jurisprudencial que tenía un correlato legal en el ordenamiento italiano: la confusión estaba servida, solo faltaba ir trasladando las categorías.

En efecto aún cuando la mayoría de autores italianos reconocida sin embajes que el legislador, al hablar de preterintencionalidad, no había querido referirse solo a una única figura criminal (prueba de ello era la propia existencia del art. 43 del Código penale), no faltaron quienes, como DE MARSICO, estimaron que la única hipótesis de delito preterintencional estaba representado por el art. 584 del Código Penale.

Razones históricas impulsan también a esa consideración del binomio como algo más que una figura estrella dentro de la categoría de los delitos preterintencionales: CARRARA mismo había reconocido que la combinación entre intención dirigido a ocasionar un daño y presunción de falta de previsión, "había propiciado en la práctica la creación del homicidio preterintencional (extrayendo la combinación de numerosos casos en los que se producía a juicio de los tribunales esta combinación)".

⁷⁵ MAQUEDA Abreu M. L., El principio de la responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del T.S. a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, en Cuadernos de política criminal, n. 31, 1987, p. 194.

Por ello, aunque el Código penal español no había hecho como, por ejemplo, el Toscano, "que mantuvo una idea muy racional de la situación fijando precisamente los caracteres del homicidio preterintencional en tres componentes: haber querido dañar, no haber previsto la muerte, haberla podido prever," el Tribunal Supremo se creyó en la obligación de hacerlo y conformando primero el "homicidio preterintencional" dio el salto después a lo que llamó sin disimulos "delito preterintencional."

Son a este respecto paradigmáticas sentencias en las que se habla de "la concurrencia en la dinámica delictiva, del llamado grado mixto o tercer grado de la culpabilidad"; y explicando cómo se conforma ese tercer grado que "surge cuando el resultado delictivo es más grave que el querido o aceptado por el sujeto de la infracción, distinguiéndose del grado doloso en que, a pesar de que tanto en uno como en otro, la actividad o acción es causa determinante del resultado o lesión producida en el bien jurídico, éste resultado lesivo en el doloso, se quiere o se acepta, y en el preterintencional no se quiere ni se acepta, y únicamente es previsible y evitable, y diferenciándose del culposo en que, si bien es cierto que tanto en uno como en otro el resultado es previsible, en el delito culposo el acto inicial es lícito y si no fuese se da una fuerte desconexión anímica."

Llegado a este punto, no le resultó difícil crear otras categorías preterintencionales tan comunes como la del homicidio: "el delito de lesiones preterintencional." Que se dará, "si concurriendo una relación causal, eficiente y Adecuada, entre el acto inicial ilícito querido y el resultado, sin embargo, el activo, subjetivamente solo poseía en su interioridad, un dolo que acoja aquella acción Primaria o hecho básico, pero no el exceso del desproporcionado evento o hecho consecuencia, que sobrepasa su deseo ostensiblemente, originando mayor lesión en la incolumidad o integridad de la persona humana."

La crítica a este planteamiento no es nueva, la Doctrina en general se ha negado y hoy con toda claridad a contemplar la preterintención como una tercera forma "mas o menos pura" de la culpabilidad; pero al margen de precisiones sobre su naturaleza, que serán tratadas en otro lugar, destacan las fuertes objeciones

que en su día formulara RODRÍGUEZ MUÑOZ a la creación de un delito preterintencional.⁷⁶

El autor, partiendo de que las circunstancias previstas en la atenuante cuarta del artículo 9 se encuentra en el Libro I del Código, "siendo aplicable por tanto a todos los delitos," criticó la confusión originada entre preterintencionalidad que siempre ha estado regulada como tal en los Códigos españoles y el denominado delito preterintencional.

Utilizando sus palabras se puede concluir este apartado firmando que quienes "en tal error incurren olvidan que el delito preterintencional no es un concepto abstracto, sino tan solo una creación legal expresa. No hay por tanto preterintencionales que los que el derecho positivo reconoce de manera expresa y directa. No los hay en el Código español (y sí en cambio un atenuante general de preterintencionalidad en la que encarna el reconocimiento del *versari*."

Porqué se prefirió actuar de otro modo es que se ha querido aclarar en éste epígrafe: fueron intereses por mantener una posición que el derecho positivo no permitía sin forzarlo, y era mucho más fácil hacerlo utilizando estructuras propias de ordenamientos que tenían una visión unitaria de un fenómeno que en el caso español no estaba sino claramente separado.

La preterintencionalidad se configura como una de las formas de la culpabilidad en el Derecho penal italiano, donde, al lado del dolo y la culpa, se incluye como una tercera especie de culpabilidad la preterintención necesaria allí porque existe un delito de homicidio preterintencional.

2.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN ARGENTINA.

Históricamente, el derecho penal argentino toma su origen en la legislación española, que rigió en todo el país aún mucho tiempo después de proclamada la independencia.

⁷⁶ RODRÍGUEZ Muñoz, J.A., Notas al tratado de derecho penal de Mezger, 3ª ed. Madrid, 1999, p. 37.

No obstante ello, no debe fundirse el origen histórico con el influjo doctrinario sufrido por el derecho penal actual, el cual, según se verá, es muy variado y vinculado con legislaciones de distinto origen que el español. La importancia del derecho español, pues, tanto estriba en el hecho de haber sido ley vigente durante mucho tiempo como en haber contribuido a la formación del actual régimen jurídico.

Teóricamente, las leyes vigentes tenían por base la dicha Recopilación de 1567; pero ésta dejó subsistentes las legislaciones anteriores y, entre éstas, tuvo extraordinario prestigio entre nosotros la legislación de las Partidas.

La nueva Recopilación, promulgada por Felipe II, tuvo por principal objeto salvar el extraordinario desorden que regía en la legislación, porque "las leyes del Fuero y ordenamientos no están bien e justamente compiladas e las que están sacadas por ordenamientos de leyes que juntó el Dr. Montalvo están corruptas y no bien sacadas, de esta causa los jueces dan varias e diversas sentencias y o se saben las leyes del reino."

Las leyes penales de la Nueva Recopilación, contenidas en 26 títulos del libro 8º, eran muy semejantes a las Siete Partidas, que ya hemos detallado: marcada influencia canónica, penas rígidas y graves, sin arbitrio judicial en cuanto a la graduación; en fin, una ley característica de su época y que no importó un progreso señalado.

2.4.1 EL PROYECTO DE 1891 DONDE SE CITA LA FIGURA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.

El proyecto de 1891 constituye una renovación fundamental en la corriente legislativa, porque en él se recibe directamente y en forma muy pronunciada la influencia del código entonces más moderno, esto es, el Código italiano de 1889. Este es un hecho que reviste considerable importancia, porque este Código fue el resultado de la actividad científica más valiosa de la época, y de una elaboración doctrinaria en la que directamente intervinieron juristas de extraordinario valor. Por obra del Proyecto de 1891 queda nuestra legislación penal dotada, en numerosos

puntos, de los más esclarecidos antecedentes doctrinarios, y por este solo hecho el proyecto merece un juicio ampliamente favorable.⁷⁷

Una de las diferencias legislativas que separan ese proyecto del Código entonces vigente es la de comprender la definición de todas las infracciones, incluso

Las que la ley 49 había colocado bajo jurisdicción federal, de manera que fue un proyecto de Código común para la República sin alterar, por cierto, la materia jurisdiccional; pero comprendiendo todas las infracciones, fuese cual fuese el tribunal que debía juzgarlas.

El Proyecto de 1891 comenzó a ser examinado en 895, y la comisión que lo estudió no estuvo de acuerdo con la idea de la substitución total de un código por otro, preparando una planilla de reformas al Código vigente. Este despacho fue la Base de la llamada Ley de reformas, sancionada en Diputados en 1900 y en Senadores en 1903, a pesar de la brillante oposición que le hizo el doctor Julio Herrera. La ley de Reformas al Código Penal llevaba el número 4189.

Se cita como antecedente de esta figura el Proyecto de 1891 cuyo texto decía: "al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo de la salud, causare la muerte de alguna persona." La disposición fue incorporada al Código de 1886 por la ley 4189. El Proyecto de 906 mantuvo la previsión.

La Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, al agregar al texto el Proyecto de 1917, igual a los anteriores, el párrafo final cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte, dio a la figura del homicidio preterintencional una característica precisa para su diferenciación del homicidio y de las lesiones. Ello así, porque con la sola exigencia subjetiva de causar un daño en el cuerpo o en la salud sin haber querido causar la muerte, no queda excluida la posibilidad el homicidio simple, cuando el medio empleado debe Razonablemente causar la muerte. El homicidio simple no requiere propósito específico alguno.

⁷⁷ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I. Editorial Tea, Buenos Aires, 2002, p.p. 109-110.

2.4.2 EL CÓDIGO PENAL DE 1921.

También el Código Penal vigente ha merecido una crítica severa, inspirada principalmente en la posición estrictamente positivista francamente predominante entonces en la cátedra de las universidades argentinas, en materia penal. La aparición casi simultánea con la sanción del Código del Proyecto de Ferri de 1921, y las ideas positivistas difundidas especialmente por Jiménez de Asúa acerca del estado peligroso, inician un nuevo movimiento en contra del Código sancionado, que se concreta en los proyectos sobre estado peligroso, de 1924, 1926 y 1930, ninguno de los cuales logra sanción legislativa. Tampoco logró sanción el proyecto.

De 1932, en el cual se mezclan, de manera harto confusa ciertas ideas peligrosistas, tal vez no exentas de intenciones políticas, con ideas expiacionistas, que llevaron a incluir en el proyecto la pena de muerte.

2.4.3 PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL DE 1936 Y 1941.

En el año de 1936, el Poder Ejecutivo designó a los doctores Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll para que prepararan un proyecto de reformas al Código Penal. Esta Comisión se expidió presentando un proyecto completo de código, inspirado en las ideas positivistas, en cuya parte general es dable comprobar las inevitables contradicciones a que esa doctrina conduce, en materia legislativa, no obstante algunos discretos compromisos eclécticos que el proyecto contiene.⁷⁸

Posteriormente, en 1941, el doctor José Peco, en su calidad de Diputado, presentó a la Cámara, un proyecto de Código penal que el autor mismo califica, en su extensa exposición de motivos, de neo-positivista.

2.4.4 PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL DE 1951 Y 1953.

El 1º de agosto de 1951 el Proyecto de Código Penal envió al Congreso un proyecto completo de Código penal. En la exposición de motivos, junto con las habituales frases de descrédito para las ideas liberales de los constituyentes de

⁷⁸ SOLER Sebastián, Op. Cit, p.p.121-129.

1853 y de exaltación para "la doctrina rectora del movimiento", se advierte la fuerte gravitación del pensamiento positivista y en particular del principio de estado peligroso.

Las pretendidas excelencias teóricas de esas ideas generales, que tan buenos medios represivos habrían dado a la justicia política de la dictadura, se hallaban reforzadas, por las dudas, en la parte especial, con unas cuantas figuras como las de los arts. 432 (deprimir la opinión pública, punible con prisión de 1 a 8 años), 458 (desobediencia o suspensión de tareas durante estado de sitio o de prevención, punibles de 1 a 5 años) y otros.

La gravitación de las tendencias políticas de la dictadura es también manifiesta en el proyecto concluido en 1953. La "razón nueva y más importante en favor de la reforma" consistía en la sanción de la Constitución de 1949. El Código Penal. Se fundaba en dos principios: la "personalidad del delincuente" y "la defensa social" con lo cual, según dice la Exposición de Motivos, "no se hace más que cumplir con el plan quinquenal".

El proyecto de 1953, lo mismo que el anterior, pone un repertorio de ideas positivistas al servicio del sistema arbitrario de represión fundado por la dictadura en una serie de decretos y leyes cuyos textos, un poco pulidos técnicamente, se incorporaban a la legislación permanentemente de fondo.⁷⁹

2.4.5 EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1960.

El Proyecto de Código Penal, por derecho de fecha 13 de octubre de 1958 aprobó "el convenio celebrado por el señor Ministro Secretario en el departamento de Educación y Justicia con el doctor Sebastián Soler, para la redacción de un proyecto de Código Penal. De la Nación". Al mismo tiempo invitó a la Corte Suprema, a las Facultades de Derecho de Buenos Aires, de Córdoba, La Plata, a la Federación Argentina de Colegios de abogados, a la Sociedad de Argentina, a la Sociedad Argentina de Criminología, para que para que designaran representantes, y constituir con ellos una Comisión asesora, consultiva y revisora.

⁷⁹ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Tea, Buenos Aires, 2002, p.146.

El resultado de esta labor ha sido publicado por la Comisión (Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el Proyecto del Código penal del Poder Ejecutivo, año 1960 Respuestas y modificaciones del autor del Anteproyecto, Dr. Sebastián Soler I Parte General I II Parte Especial, Buenos Aires, 7.643, Imprenta del Congreso de la Nación, 1962.

El Código Penal, al tiempo de su sanción, fue recibido con bastante menos aplausos del que merecía, y ello contribuyó a que la práctica no lo fuera mejorando”.

“Por lo que hace a la elaboración del derecho penal en los últimos cincuenta años, puede decirse que ella constituye uno de los logros máximos de la ciencia jurídica, y ya es dable recoger sus frutos en la legislación comparada. El gran valor de esa construcción consiste en que, mediante un sostenido esfuerzo, desentraña el sentido correcto de conceptos tradicionales, los enriquece y depura, los estructura en relaciones sistemáticas, dando a toda la obra una solidez de que antes carecía. Este verdadero progreso del derecho penal no podía ser desatendido o menospreciado por nosotros”.

2.4.6 CÓDIGO PENAL VIGENTE DONDE SE ESTABLECE EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.

El delito conocido en doctrina como homicidio preterintencional, aparece previsto en el artículo 81, inciso. 1º, b) del Código penal. La ley impone reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente causar la muerte.

El homicidio preterintencional, tal como aparece previsto en la ley argentina, es un delito autónomo. La tesis que se ve en él una modalidad atenuada del homicidio, no toma en cuenta la ausencia de dolo de ese delito que es, precisamente, la característica que sustantiviza la figura y que constituye una exigencia negativa impuesta por la disposición legal.

La ley argentina define un autentico delito preterintencional, característica que resulta de las referencias a la culpabilidad y a la naturaleza del medio empleado.

Con respecto a la primera, excluye el dolo del delito más grave (muerte), y exige el del menos grave (lesiones); en tanto que para el medio empleado requiere que no deba razonablemente ocasionar ese resultado más grave. Se toman así en cuenta el elemento objetivo causal y el subjetivo de la culpabilidad, que son los que dan la estructura de los hechos preterintencionales. Tale son los casos de lesiones seguido de muerte, art. 81, inciso. 1º, b; aborto seguido de muerte, art. 85; art. 87, violencias seguidas de aborto; art. 106, abandono seguido de muerte; art. 122, violación de la que deriva grave daño o muerte; art. 124, art. 142, inciso 3º, secuestro seguido de daño en la salud, y 144, para la prisión ilegal de libertad; arts. 186 (inciso. 5º) y 189, para estragos dolosos o culposos seguidos de daño o muerte; arts. 190, 191 (inciso 4º), 194 y 196, para estragos, descarrilamientos o naufragios seguidos de muerte, art. 199, piratería seguida de muerte; art. 200 envenenamiento de aguas;

art. 200, propagación de enfermedades; art. 204, expendio de substancias medicinales de las que deriva la muerte; art. 219, actos de hostilidad que tienen la guerra por resultado.

La ley, al exigir que se obre con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, impone una condición ambivalente: un requisito positivo consistente en el dolo de causar un daño en el cuerpo o en a salud; otro requisito negativo por el que debe quedar excluido el dolo de homicidio. Así pues, es necesario que el autor haya obrado con el propósito de causar un año en el cuerpo o en la salud (aspecto positivo), pero tal propósito no ha de ser abarcado ni completado por el dolo del homicidio resultante (aspecto negativo). Ciertamente, la ley no excluye aquí el dolo eventual de lesiones, sino que admite la muerte preterintencional aun en el caso de que el autor obre con dolo directo de causar un daño en el cuerpo o en la salud.

2.4.7 ABORTO POR VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EMBARAZADA (PRETERINTENCIONAL).

La disposición legal y la denominación del delito.- El artículo 87, Código Penal, pena con prisión de seis meses a dos años al que "con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la

paciente fuere notorio o le constare". Tradicionalmente se ha denominado a esta figura aborto preterintencional.⁸⁰

2.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD EN MÉXICO

A principios del siglo XIX, en México, ya como nación independiente, el Estado de Veracruz, lanzo 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.

2.5.1 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 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 Pazra 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 cuales 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 por otro aspecto novedoso lo representó la libertad preparatoria la cual constituyo para su tiempo un gran progreso hasta el año de 1929.

⁸⁰ FONTAN Bafestra Carlos, Derecho Penal, 10ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p.p. 55-57.

2.5.2 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 año, conteniendo 1233 artículos, con sus correspondientes transitorios.

Es una opinión generalizada, la circunstancia de que éste Código, padecía de grandes deficiencias de tipo técnico, así como su redacción y estructura constantes preenvíos, 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.

2.5.3 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 de diversos sectores del pensamiento, 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. Así fue como nació el Código penal de fecha 14 de agosto de 1931, mismo que a pesar de sus múltiples reformas aún continúa vigente en nuestro país.⁸¹

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

⁸¹ GONZÁLEZ de la Vega Francisco, El Código Penal Comentado, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p.24.

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 promulgado y puesto en vigor desde 1931; incluso se acordó que la denominación del Código debía ser suprimida para su uniformidad en todas las entidades federativas, por el 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.

Se tiene como precedente la "convención Americana sobre Derechos Humanos", adoptada en San José, Costa Rica el día 22 de noviembre de 1969; Probado en México por el Senado de la República el 19 de diciembre de 1980, y publicado según el 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 compruebe su culpabilidad conforme a la ley".

2.5.4 CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1944.

En virtud de que el Código Estatal, fue el primero en establecer y regular formalmente la preterintencionalidad dentro del Derecho Penal Mexicano, comenzaremos con su análisis.

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 al que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa en relación al daño causado".

Y en su artículo 56 de 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 de delito si hubiese sido intencional.

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

El contenido de este 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, compuso una fórmula en que la preterintencionalidad funciona como mixtura de dolo y culpa pero especifica que, no solo se incluye la culpa simple (no haber previsto lo previsible), sino también la culpa consiente (haberse presentado el efecto mas grave sin ratificarlo), concluyendo el maestro hispano: "Quede constancia de este importante criterio, pues más adelante nos ocuparemos del problema".⁸²

2.5.5 PROYECTO DEL 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 cual sobre el resultado."

Con motivo de una exposición doctrinal sobre dicho Proyecto, se manifestó "La Comisión trato 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 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 9 del Código Penal vigente en aquella época. Al fijar en la reforma su naturaleza, se 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

⁸² JIMÉNEZ de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, 1ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.p. 46-47.

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, realizó una labor de saneamiento, imposibilitando la labor 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.

2.5.6 PROYECTO DEL 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.

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, comprometiéndose en la última, las formas de culpa con o sin representación, y rechazándose por tanto, las teorías que ven en el delito preterintencional un delito doloso o calificado por el resultado.

CÓDIGOS PENALES PARA ALGUNOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA DONDE SE ESTABLECE EN SUS ARTÍCULOS LA PRETERINTENCIONALIDAD.

2.5.7 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA.⁸³

Art. 44. - Concepto de Preterintencionalidad.- Obra en forma preterintencional el que cause un resultado mayor que el querido o aceptarlo, 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

⁸³ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p.8.

hasta las tres cuartas al delito si hubiere sido doloso. Si tuviera señalada pena alternativa o no corporal, esta situación aprovechará al sentenciado.

2.5.8 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUERRERO.⁸⁴

Art. 6. - Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales o,
- II. Culposos.

El delito es intencional cuando se quiere o se acepta el resultado no previo 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.

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 misión estar al alcance del común de las gentes.

2.5.9 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE JALISCO.⁸⁵

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

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

⁸⁴ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, 1ª ed. Editorial Chilpancingo, México, 2000, p.5.

⁸⁵ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002, p.3.

2.5.10 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.⁸⁶

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 correspondiera si el delito hubiese sido doloso”.

2.5.11 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS.⁸⁷

Art. 7º. - Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales y
- II. No intencionales o cometidos por imprudencia.

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

⁸⁶ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México, ed. Oficial, Editorial Cajica, México, 2000, p. 5.

⁸⁷ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos, ed. Oficial, Editorial Cajica, México, 2001, p.4.

Art.- 8º. - 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.

2.5.12 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.⁸⁸

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.

2.5.13 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA.⁸⁹

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.

⁸⁸ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2003, p.9.

⁸⁹ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 3ª ed. Editorial Cajica, México, 2000, p.18.

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.

2.5.14 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA.⁹⁰

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 y 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.

2.5.15 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO.⁹¹

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

- I. Dolosos
- II. Cuiposos
- III. Preterintencionales

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

Obra cuiposamente 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.

⁹⁰ Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, 3ª ed. Editorial Cajica, Puebla, 2001, p.10.

⁹¹ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2003, p.6.

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 cuartas partes de la pena que correspondería al delito si fuese doloso.

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

2.5.16 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SONORA.⁹²

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

- I. Dolosos o intencionales.
- II. Culposos o imprudencia les.
- 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 con las dos terceras partes de la pena señalada para el delito intencional.

2.5.17 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS.⁹³

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

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

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

⁹² Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Sonora, 3ª ed. Editorial Cajica, México, 2002, p. 7.

⁹³ Código Penal para el Estado de Tamaulipas, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000 p. 5.

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 hasta la mitad de la sanción prevista por el delito doloso.

2.5.18 CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ.⁹⁴

Art. 14. - Nadie puede ser sancionado por una conducta ó 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 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, atendiéndose a lo que dispone el art. 65 a lo sanción que le corresponda al delito si fuese doloso.

2.5.19 CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN.⁹⁵

Art. 7º. - Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos.
- II. Culposos.

⁹⁴ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, 5ª ed. Editorial Cajica, México, 2001, p. 7.

⁹⁵ Código de Defensa Social y de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Yucatán, 2ª ed. Editorial Porrúa, 2001, p. 13.

III. Preterintencionales.

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

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.

2.5.20 LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1931.

El Código penal aún vigente en nuestro país, fue expedido por el entonces presidente Pascual Ortiz Rubio Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la sección tercera del "Diario Oficial" del 14 de agosto de 1931, corregido según la 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".

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 fuere 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, 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 preescisión pues sancionaba como doloso, hechos o resultados típicos cometidos preterintencionalmente.

2.5.21 DECRETO DE REFORMAS DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1983.

El entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, conforme al Decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, 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 Disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.⁹⁶

⁹⁶ Código Penal para el Distrito Federal, 43ª ed. Editorial Porrúa, México, 1984, p. 9.

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

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, 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 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."

CAPITULO TERCERO

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA.

3.1 OPINIÓN DE CARDENAL MURILLO ALFONSO

En opinión del autor unánimemente la doctrina y la jurisprudencia estimaron comprendido en los arts. 1.3, 9.4 y 50 del Código Penal español, el instituto de la preterintencionalidad, entendiéndolo por tal la producción de un resultado lesivo más grave que el pretendido, del que se hará responder al autor a título de dolo, aun cuando el resultado fuese solo imputable a título de culpa, o incluso cuando revistiera carácter fortuito. No hubo acuerdo sin embargo, a la hora de concretar el ámbito al que debían circunscribirse, respectivamente, los arts. 9.4 y 50 del mismo ordenamiento legal citado, ni tampoco se operó con unidad de criterio al individualizar un determinado acontecimiento como preterintencional, llegándose sólo, en los últimos años anteriores a la reforma de 1983, a un relativo acuerdo para excluir de ambos preceptos los llamados supuestos de "desviación".

La estructura del sistema de culpabilidad legal que permitió esta comprensión de la preterintencionalidad se articulaba sobre la base de la alternativa exigencia de dolo o de culpa, salvo cuando concurriera un acto inicial ilícito, en cuyo caso no resultaría posible la absolución por el hecho acontecido, ni su condena por delito culposo.

Las circunstancias que, en definitiva, favorecerán que la doctrina estime comprendido en el Código Penal español la estructura del sistema de culpabilidad precedente, se centran en la imposibilidad legal, en virtud de la eximente de caso fortuito del artículo 8.8, de absolver por los resultados producidos con ocasión de ejecutarse un acto inicial ilícito, así como en la inexplicable exigencia jurisprudencial del requisito jurisprudencial del requisito de licitud inicial en la imprudencia, exigencia sustentada en la doctrina por SILVELA, de quién probablemente lo tomó la jurisprudencia pues, pese a la existencia de otros

antecedentes doctrinales anteriores, ningún autor llegó a exigirla de modo tan preciso y terminante como él.⁹⁷

Otra razón que determinó probablemente el convencimiento doctrinal de que el legislador histórico quiso atribuir a título doloso el resultado accidental producido con ocasión de ejecutarse un hecho ilícito, fueron las interpretaciones de PACHECO y SILVELA sobre los preceptos implicados en la estructura del sistema legal de culpabilidad, interpretaciones que serán acogidas con posterioridad como si de la propia voluntad del legislador histórico se tratase, cuando en realidad se fundamentan, no en la propia voluntad del legislador, sino más bien en la noción de delito que uno y otro compartían.

Una vez que la doctrina se persuadió de que el Código penal reflejaba, en tanto que voluntad del legislador histórico, el pensamiento *versarista* en una de sus manifestaciones más graves, como la de imputar el resultado accidental a título de dolo, centró su interés en determinar, respetando el principio de legalidad, la normativa aplicable más adecuada en orden a reducir en la medida de lo posible sus efectos contrarios al principio de culpabilidad. Respecto a tal problemática apenas habrá unanimidad doctrinal, centrándose las opiniones más destacadas en torno a la hipótesis: la de la perspectiva histórica, protagonizada fundamentalmente por la jurisprudencia tradicional; y la de las soluciones que parten de la tesis de Silvela relativa a la concreción del ámbito de los arts. 9.4 y 50⁹⁸.

No comparto los razonamientos expuestos por este autor habida cuenta que los mismos expresan la intención de este jurista de catalogar como dolosa a la conducta preterintencional, tan es así que expone su consentimiento para con la doctrina y jurisprudencia en que se impongan aquella forma de conducta la sanción de un delito doloso.

⁹⁷ Cfr. CARDENAL Murillo, Alfonso, *La responsabilidad por el resultado en el Derecho Penal*, Editorial. Edersa, s/e, Madrid, 2001, p. 344.

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*. p.351.

3.2 OPINIÓN ROMERO SOTO LUIS ENRIQUE.

En la opinión del autor no cree que el fenómeno de la preterintencionalidad pueda explicarse mediante la mixión de dolo y caso fortuito, por que según observa, en este caso solo puede sancionarse el resultado doloso, no el fortuito, por caer fuera de los límites de la culpabilidad. Tampoco, por las razones aducidas, aceptando la simple responsabilidad objetiva, que, a su entender, se resuelve en la causalidad material, con exclusión de todo elemento subjetivo, lo cual le parece totalmente inadmisibile en un derecho que es impulsado por una vigorosa corriente psicológica. Menos inadecuada le parece la explicación que presenta la preterintencionalidad como un dolo eventual. Sabido qué tan borrosos son los límites entre esta especie de dolo y la culpa consiente, casos habrá en que el resultado más grave, fuera de ser efectivamente previsto, sea tomado a su cargo por el autor, o en que la consideración de dicho efecto más nocivo no detenga la mano de aquel; pero piensa que esta es una tesis incompleta, porque no siempre en la entidad de que venimos tratando hay previsión del resultado más grave.⁹⁹

Tampoco cree en la existencia de un delito compuesto. En este, el resultado final absorbe al primero, haciéndolo desaparecer para que únicamente sea tomado en cuenta uno solo. En la preterintención, comenta el autor, que el legislador se sitúa sabiamente en medio de los dos resultados, teniendo ambos en cuenta pero fijando una sanción que no es tan alta como la que corresponde ordinariamente al más grave, ni tan baja como la correspondiente al más leve. También señala no estar de acuerdo en cuanto a la aseveración de que se trata de un concurso ideal de delitos, no la encuentra justificada, porque en la entidad que viene examinando, los delitos preterintencionales están ya hechos por el legislador. No se trata de una figura que pueda ser libremente elaborada por el intérprete, aun cuando pudiera estar contemplada en la parte general del Código, como sucede en los Códigos de Cuba y de Uruguay.

⁹⁹ Cfr. ROMERO Soto, Op. Cit. p. 213.

En cambio, opina que el concurso ideal esta solo fijado de un modo general. Corresponde al interprete ver que en casos concretos se da esta forma de relación (que no de unión) de los delitos.

Por lo tocante a la objeción más frecuente dirigida a la preterintención como mezcla de dolo y culpa, o sea la de que no pueden darse, a un mismo tiempo, ambas posiciones psicológicas, nos parece fácil responder, que no se trata de la culpabilidad, sino de su presentación sucesiva. En efecto, primero se da la intención de cometer un determinado delito y luego la imprevisión de los resultados más graves, a la creencia de que ellos pueden ser evitados.

En su doctrina opina que el resultado, originado fuera de la intención del agente, debe ser previsible. De lo contrario, se caería en el caso fortuito y en la inculpabilidad. Aunque no es necesario que haya sido previsto.

Comenta que es verdad que, muchas veces, ese resultado más grave es fácilmente previsible, como que solo constituye una intensificación de la actividad inicial, como sucede, en los delitos contra la integridad corporal. Pero no siempre pasa así. Puede perfectamente suceder que el resultado más grave no sea un *maius* respecto al más leve, sino un *alterius*, y no por eso desaparece la preterintención.

Cuando ese resultado, a diferencia del caso anterior, no solo es previsible sino que ha sido efectivamente previsto, es indispensable no solamente que el agente no lo haya buscado, sino también que haya confiado en que no habría de producirse. Así mismo, se necesita que no lo haya tomado a su cargo. En otras palabras, debe tratarse de una verdadera culpa consiente y no de un dolo directo ni de un dolo eventual.¹⁰⁰

Por último, es necesario la relación de causalidad material entre el acto doloso y el culposo, o sea, entre el resultado menos grave y el más grave. Sin esa relación no puede tenerse a este último como producto de la actividad psicofísica

¹⁰⁰ Idem.

del agente, y desaparece por completo la imputación a él del hecho delictuoso. Sea esta la oportunidad de reiterar que no consideramos necesario que el resultado mayor o más grave, sea de la misma especie que el menor o menos grave. Esta teoría de la diversidad de los resultados es la más aceptada hoy día y permite extender el ámbito de los delitos preterintencionales, más allá del límite contemplado hasta ahora, abarcando la gran mayoría de los calificados por el resultado, en que el delito base no es intencional sino culposo, lo cual impide denominarlos preterintencionales, por cuanto no puede haber intención dolosa en la culpa.

Este jurista español analizo aquellas teorías que buscan explicar la naturaleza de la preterintencionalidad, desechando obviamente aquellas que le encuadran dentro de los delitos dolosos, y los delitos culposos, del caso fortuito y del concurso de delitos; y aunque no comparto su punto de vista de no resultar aplicable la versión que ubica a la preterintención como una mezcla de dolo y culpa (por que solo se limita a mencionar que no es dable aquella vertiente por resultar punible solo el delito mas grave), ROMERO SOTO acierta en destacar la importancia que tiene para esta figura la relación entre el resultado querido y el resultado no querido.

3.3 OPINIÓN DE CUELLO CALÓN EUGENIO.

A consideración del presente autor, existen casos en que la acción delictuosa origina un resultado más grave que el deseado por el agente, a esto manifiesta el mismo autor que la figura del delito llamado preterintencional, de procedencia italiana, cuya doctrina viene a concebir la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, menciona un ejemplo se tiene cuando una persona golpea a otro sin ánimo homicida y como consecuencia, debido a las lesiones causadas, sobreviene la muerte. El hecho es intencional, pero la intención ha sido ampliamente superada por el resultado.

Considera el autor que: "para la existencia de la preterintencionalidad, se exige que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes

jurídicos o sobre bienes del mismo genero que los lesionados por el acto inicial, así, cuando sin ánimo homicida se causan lesiones y sobreviene la muerte del lesionado (los bienes en cuestión son análogos, la integridad personal, y la vida), pero si el agente causa un daño esencialmente diverso del resultado querido (como cuando queriendo romper un cristal de una ventana hiere a un transeúnte) el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad. Asimismo se considera requisito necesario que el resultado no querido no constituya una especifica figura de delito distinta de la que el agente se propuso realizar. Si el resultado determina una agravación del mismo hecho propuesto (el agente quiere matar a un extraño y mata a su propio padre) entonces no hay delito preterintencional, sino un delito agravado".¹⁰¹

Comenta el autor que la preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido, sea previsible. Si dicho resultado es previsto y aceptado por el agente el hecho constituye el delito integrado por el resultado mas grave imputable a dolo eventual. Si las consecuencias son imprevisibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho queda fuera de la hipótesis del concurso de dolo y culpa, concurre dolo y caso fortuito, por lo que debe castigarse solamente el delito originario.

Por lo que sucede a veces que de la acción u omisión se origina un resultado más grave que el querido por el agente, entonces aparece la figura jurídica del llamado delito preterintencional (*praeter intentionem*). El autor pone como ejemplo: "que si el agente golpea a otro sin ánimo homicida, pero a consecuencia de las lesiones causadas sobreviene su muerte. El hecho es intencional pero la intención ha sido superada por el resultado. Se ha sostenido que aquí existe un delito doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar, por otra parte, se añade, no es

¹⁰¹ CUELLO Calón, Op. Cit. p. 467.

posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa) que no pueden obrar al mismo tiempo".¹⁰²

No comparto la opinión de este jurista en cuanto aquel el resultado mas gravoso deba ser previsible para el agente (que originaria el la aplicación del caso fortuito), pues en cuanto resulta previsible el daño mayor y el sujeto activo decide actuar no obstante conociendo aquella consecuencia se destruye la posibilidad de aplicar la figura materia de este trabajo de investigación por encontrarnos en presencia de una actividad dolosa.

3.4 OPINIÓN DE LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO.

El Licenciado López Betancourt proporciona la siguiente concepto de preterintencionalidad en su obra *Imputabilidad y Culpabilidad*: "el evento por el cual el agente tiene una intención de delinquir, pero resulta que al final del evento esa intención va mas allá dándose un resultado mayor del deseado; así, en la preterintencionalidad hay una iniciación dolosa pero una terminación culposa esto es, la preterintencionalidad consiste en querer o aceptar un resultado, produciéndose uno mas grave que se previó teniendo la esperanza de que no se realizaría o que no se previó siendo previsible".¹⁰³

Para este autor existen cinco doctrinas diferentes que consideran a la preterintencionalidad de diversas formas, y estas son las siguientes:

a) Como un delito doloso: Sostener que el delito es doloso cuando se quiso cometer un daño causando uno mayor es caer en las mismas consecuencias de la responsabilidad objetiva, constituyendo una flagrante contradicción afirmar que un delito es doloso no obstante que el resultado mayor no fue querido; por ende el autor se opone a la doctrina en cuestión.¹⁰⁴

¹⁰² *Ibidem*. p. 468.

¹⁰³ LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 2002. p. 160.

¹⁰⁴ *Ibidem* p. 153.

b) Como una mezcla o maridaje de dolo y culpa: Se ha objetado la teoría que basa la preterintencionalidad, en la mezcla de dolo y de culpa diciéndose que no es posible atribuir un hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa) que no pueden obrar al mismo tiempo; por consiguiente no es posible considerar que cuando se realiza un hecho a la vez sea doloso y culposo, pues sería absurdo sostener que un sujeto quiso y no quiso al mismo tiempo un resultado; pero si pueden concurrir el dolo y la culpa cuando se trate de dos resultados, uno querido o aceptado y el otro no. López Betancourt estima como infundada esta objeción puesto que la incompatibilidad referida existe con relación a un mismo resultado, por ser evidentemente inconcebible que el sujeto lo haya querido y no querido al mismo tiempo, por el contrario, cuando en el delito existen diversos resultados es muy posible que el agente haya querido uno de ellos y no el otro no y, puesto que el segundo puede haberse causado con un comportamiento (por culpa) la posible coexistencia de las dos formas del elemento subjetivo de delito debe ser admitida.¹⁰⁵

c) Como delito culposo: Esta doctrina no es aceptada por López Betancourt toda vez que sería considerar que desde el inicio se realizó un hecho típico de forma negligente o imprudente, y no hay que olvidar que la preterintencionalidad tiene un origen doloso.

d) Como delito calificado por el resultado: Esa vertiente solo atiende al daño causado sin tomar en cuenta la culpabilidad respecto al daño producido, razona por la cual el autor tampoco adopta este criterio, pues no se toma en cuenta la culpabilidad para establecer la responsabilidad del individuo y consecuentemente el principio de la culpabilidad se suprime.¹⁰⁵

e) Como concurso ideal: Tomando en cuenta que el concurso ideal significa que con una acción se realizan varios delitos, tampoco acepta el autor esta doctrina, considerando en cambio que en la hipótesis preterintencional no se realizan varios tipos penales, sino solo uno, por que el sujeto queriendo cometer

¹⁰⁵ Cfr. *Ibidem.* p.154.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem* p. 158.

un resultado determinado causa uno mayor que no ha querido, lo que demuestra según el propio autor que se ha producido solo un resultado, el mayor.¹⁰⁷

Este catedrático considera que antes de las reformas efectuadas al Código Penal con fecha 10 de enero de 1994, comprendía también a los delitos preterintencionales. En el homicidio preterintencional el agente actúa dolosamente en un principio, pero tiene un final culposo, es decir, el sujeto no tiene la intención de producir la muerte de la víctima.

Comenta el autor que hay homicidio preterintencional cuando queriendo causar un daño menor que la muerte, se causa ésta habiéndola cuando se la debía haber previsto. Como se menciona anteriormente, en la doctrina también existen los delitos preterintencionales, los cuales fueron eliminados del ordenamiento citado el 10 de enero de 1994. Así el homicidio preterintencional, se presenta cuando el agente tiene la idea de ocasionar un mal en otra persona, pero no tiene el fin de privarla de la vida; no obstante en la realización, el resultado, excede a la intención y se provoca la muerte de la víctima, es decir, la acción tiene un principio doloso y un fin culposo. Ejemplificando el caso puede ser, que el sujeto únicamente quiera golpear a su víctima, pero al hacerlo, el sujeto pasivo cae y se desnuca, muere, rebasando así el resultado, a la intención del sujeto activo del delito.

Para el profesor López Betancourt son factibles las hipótesis siguientes:

El agente quiere originar un daño menor y se causa uno mayor que se acepta, en caso de que se produzca: Dolo directo más dolo eventual.

PRIMERA. Se quiere un daño menor y se causa uno mayor, que sé previo con la esperanza de que no se produciría: Originándose el dolo directo más culpa con previsión.

SEGUNDA. Se quiere un daño menor y se causa uno mayor, que no sé previo siendo posible: produciéndose el dolo directo mas culpa sin previsión.

TERCERA. Se quiere un daño menor y se causa uno mayor, que no se previo por ser imprevisible: Dando como resultado dolo directo mas caso fortuito.

¹⁰⁷ Cfr. Ibidem p. 159.

CUARTA. Se acepta un daño en caso de que se produzca, acaeciendo uno mayor que se previó con la esperanza de que no se realizaría: Efectuándose el dolo eventual más culpa con previsión.

QUINTA. Se acepta un daño en caso de que se produzca, originándose uno mayor que no se previó siendo previsible: provocando el dolo eventual mas culpa sin previsión.

SEXTA. Se acepta un daño en caso de que se produzca, causándose uno mayor que no se previó por ser imprevisible: Causando el dolo eventual más caso fortuito.

Comenta el presente autor con lo que respecta a la preterintencional en el Código Penal Mexicano en el artículo 9º, fracción II, donde establecía, 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 la gente; o si se resolvió a violar la ley sea cual fuere el resultado".

También considera que en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha estimado (antes de la reforma) que la legislación mexicana no reglamentaba la preterintencionalidad: " El artículo 8º del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales clasifica los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y que consiste en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que se cause igual daño que un delito intencional; en seguida en el artículo 9º previene que la intención delictiva se presume, salvo prueba en contrario, y que no se destruya la presunción de que un delito es intencional, delictiva se presume, salvo prueba en contrario, y que no se destruya 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 1931, no reconoció que hubiere otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido

en algunos Códigos de la República como Sonora y Veracruz, en que se habla del delito preterintencional o ultraintencional.

Las formas en que puede materializarse la preterintencionalidad según el texto de la fracción II artículo 9º del Código Penal él antes de la reforma de 1994, son las siguientes:

1. - Que no se propuso causar el daño que resulto si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.
2. - Que no se propuso causar el daño que resulto, si el imputado previó pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.
3. - 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.
4. - Que no se propuso causar el daño que resultó, si se trato de violar la ley fuere cual fuere el resultado.
5. - Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

Estamos de acuerdo con el análisis del autor en cuestión, ya que fundamenta correctamente los motivos por los cuales desecha la aplicabilidad de diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza del delito preterintencional, y adopta a la teoría del mestizaje de dolo y culpa, puntualizando acertadamente que se trate de dos causas psicológicas distintas que puedan coexistir en un solo momento, sino de dos resultados revestidos de un grado de culpabilidad distinto.

3.5 OPINIÓN DE CASTELLANOS TENA FERNANDO.

El Doctor Castellanos Tena sostiene que no es dable hablar de una tercera forma de culpabilidad porque el delito se comete mediante dolo o por culpa, pero no admite el mestizaje de ambas especies. Además agrega que el mestizaje de ambas termina por excluirlas.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Cfr. CASTELLANOS Tena. p.254.

El profesor Castellanos Tena realiza el siguiente planteamiento: ".para el actuar doloso precisa que la voluntad consiente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, mientras la culpa se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste surge por la conducta imprudente del actor, al descuidar el cumplimiento del deber de cuidado correspondiente.

El delito se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado mas allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda mayor de lo que odia racionalmente preverse y evitarse".¹⁰⁹

El autor consultado no considera viable la existencia de una tercera forma de conducta, (como lo manejaba el Código Penal mexicano anterior a las reformas de 1994) sin embargo contempla la existencia de la preterintencionalidad no como una forma de conducta, sino como el resultado que rebasa el objeto querido en una conducta dolosa o culposa.

Por último comenta que con las citadas reformas se elimina la preterintencionalidad, ya que el artículo 8º del Código Penal para el Distrito Federal queda expresado que: "Las acciones y omisiones delictivas, solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

No comparto la opinión del Profesor CASTELLANOS TENA de querer encuadrar a la preterintencionalidad en el rubro de los delitos calificados por su resultado pues la naturaleza del actuar ultraintencional implica siempre una sanción menor a la actuación dolosa.

De atenernos solamente al resultado del delito este puede ser catalogado como culposo o doloso, recibiendo una penalidad menor o mayor cuando puede ponerse una sanción mas adecuada

¹⁰⁹ Idem.

3.6 OPINIÓN DE SOLER SEBASTIÁN.

En opinión del autor citado, los delitos preterintencionales son formas de responsabilidad objetiva, siendo esta misma no va dirigida a causar la muerte de un sujeto, sino a causar un daño en el cuerpo o en la salud¹¹⁰.

Ejemplifica a la preterintencionalidad mediante la figura clásica del homicidio, es decir, el homicidio preterintencional, citando concretamente los siguientes artículos del Código Penal Argentino, emitido bajo el auspicio de la ley 23077¹¹¹:

"Art.81.

1) Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable;

b) 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".

Este precepto legal no alude expresamente a una definición de la preterintencionalidad, sin embargo, el inciso b) describe una conducta preterintencional que deriva en homicidio, y le otorga una penalidad concreta, distinta a la que se daría a un homicidio doloso.

"Art. 106. - El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurre la muerte, la pena será de cinco a quince años de prisión.

Nota: texto conforme a la ley 24410".

¹¹⁰ Cfr. SOLER Sebastián Op. Cít. p.149.

¹¹¹ Cfr. Ibidem. p. 154.

En este artículo el autor maneja una hipótesis que resulta muy criticable, ya que maneja una conducta preterintencional respecto al abandono de personas, dada las condiciones del sujeto abandonado, le resulta previsible al agente el resultado, es decir si bien en un principio pudiera hablarse que el agente tiene la intención de cometer el delito de abandono de persona sin que desee la muerte del segundo, no puede hablarse de preterintencionalidad si las condiciones físicas del abandonado lo hacen tan vulnerable, que es perfectamente previsible su deceso por el abandono.

"Art. 119. Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1) cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir;
- 3) cuando se usare de fuerza o intimidación"

"Art. 120. Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior".

"Art. 124. Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida".

La suscrita tampoco comparte esta hipótesis por que también resulta previsible al agente que en virtud de que por las condiciones físicas del sujeto pasivo, este no pueda sobrevivir a la agresión del acceso carnal por la previsibilidad del agente en el momento de realizar la acción.

"Art. 142. Se aplicara prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1) si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;

2) si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular;

3) si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;

4) si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;

5) si la privación de la libertad durare más de un mes.
Nota: texto originario, modificado por la ley N. 20642, conforme a la ley 23077".

"Art. 142 Bis.- Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que substrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

1) si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad;

2) en los casos previstos en el artículo 142, incisos 2 y 3 de este código.

Si resulta la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua.

Nota: texto conforme a las leyes N. 20642 y 23077".

El supuesto que prevé el numeral aludido de la legislación penal argentino respecto a la privación ilegal de la libertad de un agente es doble, ya que por ejemplo se tendría al pasivo privado ilegalmente de su libertad, el cual padece de asma, y al encontrarse privado de su libertad y no poder acudir a que se le suministre medicamento, este fallece. Pues la comisión del delito de privación ilegal de la libertad no implica un acto instantáneo (como en el golpe que termina por asesinar al pasivo), si no un acto que puede prolongarse por todo el tiempo

que dure tener cautiva a la víctima, por que su muerte puede considerarse efectuada durante una misma conducta.

En todos los ejemplos previstos en la legislación penal argentina que utiliza Sebastián Soler se busca castigar al agente en razón del resultado del acto ilícito cometido.

Por tanto, es de concluirse que en opinión de Sebastián Soler, los delitos preterintencionales deben ser clasificados como delitos dolosos, en virtud de que la comisión de los mismos inicia con una actividad dolosa, y si bien es cierto el resultado no es deseado por el agente, este debe de responder de las consecuencias de su conducta dolosa

3.7 OPINIÓN DE ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO.

Este tratadista menciona que la preterintencionalidad es también llamada ultraintencionalidad, considerándola como una tercera especie de la culpabilidad, y proporciona el concepto de la preterintencionalidad refiriéndose al caso en que "el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente". También señala que la palabra preterintencionalidad, tiene su origen etimológico en las partículas *praeter* que significa "más allá de", e *intentionem* que significa "intención".¹¹²

Contempla la existencia de tres teorías que explican a la preterintencionalidad las cuales clasifica de la siguiente forma:

a) La preterintencionalidad es de naturaleza dolosa: esta teoría cataloga a la variante de la preterintencionalidad como delito doloso por que su origen es una actitud dolosa, pues siempre se parte de un animo dirigido a provocar un daño.

b) La preterintencionalidad es un delito calificado por el resultado: esta segunda variante solo toma en cuenta el daño final causado, sin considerar las circunstancias en las cuales se realizo el hecho, por lo que no existe posibilidad de aplicar una penalidad menor al agente.

¹¹² ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. Op. Cit. p.62.

c) La preterintencionalidad es una mixtura de dolo y culpa: En esta corriente se acepta una tercera forma de culpabilidad en la que coexisten el dolo y la culpa, siendo la conducta primitivamente dolosa, concluyendo con un resultado culposo.

Comenta por ultimo este autor que a la fecha se sigue discutiendo a la preterintencionalidad como tercera especie de la culpabilidad ya que la misma solo se acepta para los delitos contra la vida y la integridad personal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el problema en que se planteaba la preterintencionalidad, conforme a la redacción que tenia el artículo 9º del Código Penal Federal no sostuvo un criterio uniforme, pues en ocasiones resolvió que se trataba de delitos que se asimilaban al dolo, en otras acepto la mixtura de dolo y culpa.

Citando también este autor la definición de preterintencionalidad que proporciona el artículo 44 (actualmente derogado) del Código Penal del Estado de Coahuila, que admitía a la preterintencionalidad como una tercera especie de culpabilidad:

"art. 44. Concepto de preterintencionalidad el delito es preterintencional cuando en atención al mecánica de los hechos, se demuestre que se produjo un resultado mayor que el deseado si el mismo se produce culposamente".

Resultan aceptables las consideraciones expuestas por el penalista consultado, y comparto también la teoría que expone ORELLANA WIARCO el considerar que la preterintencionalidad puede ser estudiada como una tercera forma de conducta, pues dicho criterio resulta inclusive compatible con la teoría que considera a la preterintencionalidad como una mezcla de dolo y culpa, y precisamente con motivo de ello es que puede aceptarse a la misma como tercera especie de culpabilidad.

3.8 OPINIÓN DE JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS.

El especialista consultado abarca la preterintención, tomada en su recto sentido de "mixtura de dolo y de culpa" ha tenido particular atractivo para la

jurisprudencia, precisamente para salvar el principio de culpabilidad conculcado en este instituto penal cuando al socaire de una actuación inicialmente dolosa se ha extendido la responsabilidad a resultados ajenos a esa intención inicial, pero debidos al mero fortuito, incidiéndose así en repudiable "versarismo" y, por ende, en responsabilidad objetiva. La corrección jurisprudencial, incluso antes de que llegara la reformas de 1983, consistió en exigir que el resultado ultraintencional estuviese amparado por la culpa.

En efecto, considera que el tratamiento penal de la preterintencionalidad, como es sabido estaba repartido, antes de la reforma de 1983, en sendos preceptos: en el artículo 9º en su atenuante cuarta. Como atenuante genérica y en el artículo 1º, párrafo tercero, en relación el 50 del Código Penal. A la primera se le llamo homogénea, en cuanto al delito propuesto y el producido eran de la misma especie delictiva, en tanto que la segunda se le ha denominado heterogénea, dado que los títulos de imputación delictiva implicados en la conducta del agente son distintos. El más frecuente es el de lesiones seguidas de muerte, hasta el punto de que alguna legislación como la italiana lo ha tipificado de manera autónoma, sustrayendo así a los jueces el supuesto de mayor complicación.

Para tratar de explicar a la preterintencionalidad este tratadista maneja tres teorías:

a) El supuesto dolo preterintencional: en el cual se considera a la figura materia de nuestro estudio como otra forma de dolo, al que también llaman indirecto o indeterminado, en el cual debe estimarse que una conducta preterintencional es en realidad dolosa por que el inicio de su actividad es también dolosa independientemente del resultado no querido.¹¹³

b) un concurso de dolo y culpa: en la cual una actividad delictiva convergen primeramente el dolo y después la culpa.¹¹⁴

c) Un delito calificado por su resultado: Siendo esta variante la mas aceptada por los tratadistas alemanes, en la cual no se califica la voluntad del agente, y se le castiga por el delito que finalmente se cometió.¹¹⁵

¹¹³ Cfr. Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. p. 382.

¹¹⁴ Cfr. Ibidem, p. 383.

De lo anterior se desprende que este autor español niega que puede imputarse a título de dolo una conducta preterintencional, pues se trata de un resultado obtenido sin que mediara en ello la voluntad del agente lo cual en opinión de la suscrita resulta acertado. Aunque aparentemente no toma partido por ninguna de las teorías que expone, resultan también acertados sus argumentos para aceptar a la teoría de la mezcla de dolo y culpa.

3.9 OPINIÓN DE LUZÓN CUESTA JOSÉ MARIA

Para este jurista español, la preterintencionalidad no implica una tercera forma de conducta delictiva, y al referirse a ella en su obra compendio de derecho penal maneja que: "al tenor de las reformas de 1983, en que se desterró la responsabilidad objetiva y el principio del *versari in re illicita*, en los artículos 1º y 6º Bis inciso b, el Tribunal Supremo, S. 28/371984 (Díaz Palos) después de afirmar que la preterintencionalidad no es un *tertium genus* de la culpabilidad, establece que en la heterogénea, si el resultado mas grave se ha causado por culpa, habrá de estarse a las reglas generales del concurso, apreciando, así, en el caso enjuiciado, un concurso real entre una falta de maltrato al cónyuge, dolosa, y un delito de parricidio por imprudencia temeraria, sentencia comentada por Susana Huerta bajo el llamativo título de "adiós al homicidio preterintencional, estimando que el concurso entre la actividad dolosa y el resultado preterintencional culposo, es ideal y no real, siendo esta la posición generalmente admitida en la doctrina. En cuanto a la jurisprudencia, aunque en algunas sentencias siguió la tesis del concurso real, a aceptado la del concurso ideal".¹¹⁵

Es decir, este autor determina que la figura jurídica de la preterintencionalidad, no es otra cosa que un concurso de delitos, concretamente un concurso ideal de delitos, situación que no comparto habida cuenta que si bien existen dos resultados típicos, en realidad solo se dan una sola actividad, resultando punible la más dañosa, lo que no ocurre con el concurso de delitos

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 384.

¹¹⁶ LUZÓN CUESTA, José Maria. Op. Cit. p. 189.

donde convergen diversas actividades ilícitas y resultan todas sancionables en lo individual.

3.10 OPINIÓN DE ANTÓN ONECA JOSÉ

Este jurista también de origen español, es partidario también de la vertiente que eleva a la preterintencionalidad a un tercer grado de la culpabilidad, manejándola como una forma mixta de dolo y culpa.

Sostiene ONECA que estamos en presencia de una teoría subjetiva (adoptada de hecho en el código italiano), conforme a la cual solo pueden imputarse las consecuencias de la conducta dolosa cuando han sido previsibles.

El mismo autor menciona también la existencia de una teoría objetiva, llamada también *versari in re illicita*, en donde la responsabilidad debe ser afrontada por todas las consecuencias del acto ilícito, aunque sean fortuitas.

Explica el autor en comento que el principio del *versari in re illicita* procede de objetivismo germánico predominante en la Edad Media, concretamente en el derecho canónico en donde se encontraron algunos casos en que se declaró la irregularidad e clérigos por homicidio no intencional, sobrevenido a consecuencia de actos ilícitos. Para justificar el *versari in re illicita* se albergó el dolo indirecto; sin embargo partiendo del concepto de voluntad indirecta de Santo Tomas, encontramos que la discrepancia en cuestión no es nueva, pues mientras Antonio Gómez llega a extremos de objetivismo, en Suárez nuevamente se destaca la aplicación de la teoría subjetiva, pues afirma que quien hiere con espada y procura no herir en parte peligrosa, aunque sobrevenga la muerte esta no será intencional y no se podría hablar de un homicidio plenamente voluntario.¹¹⁷

Para ANTÓN ONECA son destacables los siguientes puntos en relación a la figura materia de nuestro estudio:

1. Solo se imputan los resultados preterintencionales en figuras de delito especialmente previstas en la Ley como tales (los delitos calificados por el resultado) en que se atribuye al autor de una acción las consecuencias que resulten de su conducta. Lo anterior se ejemplifica con las lesiones que derivan en

¹¹⁷ Cfr. ANTON Oneca José Op. Cit. p. 255.

un homicidio, o a la provocación del aborto que causa la muerte de la mujer; de hecho en el código italiano (donde se previene la preterintencionalidad como forma general de la culpabilidad) se considera que es solo aplicable a dichos casos concretos.

2. Los autores alemanes (con excepción de Mezger) consideran que estos delitos calificados por el resultado significan casos de responsabilidad objetiva, en que no se precisa la culpabilidad respecto al resultado mas grave.

En cambio entre los autores latinos prevalece la idea de que la preterintencionalidad, siendo forma mixta de dolo y culpa exige la previsibilidad del resultado mas grave. Aquella opinión, que en la política criminal moderna es general, a conducido en algunas legislaciones recientes a admitir plenamente la tendencia subjetiva, tal como ocurre en el Código Suizo en donde se contempla también los casos en donde el aborto y las lesiones deriven en la muerte del pasivo, pero se exige que el delincuente haya podido prever dicha muerte para que resulten aplicable la agravación de la pena a tal resultado.

3. Ya no resulta dable la denominación de dolo indirecto para designar a la preterintencionalidad, pues no es doloso el resultado no querido. Los alemanes emplean el nombre dolo indirecto como equivalente a dolo eventual que es el concepto distinto pues las teorías del consentimiento, el resultado debe ser aprobado por el agente y de acuerdo a otras doctrinas, ha de ser previsto y probable.

Menciona también el autor en comentario que la legislación española contempla varios delitos calificados por el resultado, tales como:

- a) Terrorismo
- b) Falso Testimonio seguido de Sentencia Condenatoria a consecuencia de la declaración falsa
- c) Contra la Salud Publica con resultado de muerte
- d) Abandono de Destino con daño de la causa publica
- e) Malversación con daño o entorpecimiento del Servicio Público
- f) Aborto con resultado de muerte o lesiones graves
- g) Abandono de niños con resultado de muerte o peligro de la vida

h) El robo del que resultaren homicidio o lesiones (según interpretación jurisprudencial).

En opinión de este autor, la legislación española adoptó una forma general de preterintencionalidad de la jurisprudencia española empleó continuamente a las lesiones a consecuencia de las cuales se produce la muerte, pues según la opinión jurisprudencial la formula radicaba en el párrafo tercero del artículo primero (actualmente derogada)

Con posterioridad a la Ley Orgánica 8/83, se ha impugnado la tesis, recordando el origen del precepto, que en el Código del cuarenta u ocho se refería al error en la persona; pero la amplitud y la indeterminación con que se redactó el párrafo tercero permitió acoger dentro de él tanto el error como la preterintencionalidad (que en muchos casos es determinada por el error).¹¹⁸

El código español contempla aún a la preterintencionalidad en sus artículos 50 y 9º. En el artículo 50 se imputa el delito menos grave que el sujeto quería realizar y el resultado preterintencional funciona como agravante, determinando la imposición de la pena en grado máximo. En tanto el artículo 9º menciona en su atenuante número cuatro que se atribuye el delito mas grave y la preterintencionalidad funciona como atenuante dentro de la pena correspondiente a aquel.

El artículo 50 resultaría aplicable cuando los dos hechos (el intentado y el ejecutado) sean dos delitos diversos; en tanto que el artículo 9º hay solo un delito (el realizado) pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo

Aunque en principio el autor parece estar de acuerdo con la aplicabilidad de la teoría que considera a la preterintencionalidad como una tercera forma de conducta, de lo anteriormente analizado se desprende que tiende mas a adoptar la teoría que encuadra a la figura materia de esta investigación dentro de aquellos delitos calificados por el resultado, situación que no comparto por que estaríamos

¹¹⁸ Ibidem. p.258.

atribuyendo al resultado la penalidad de un delito doloso o culposo según sea el caso.

3.11 OPINIÓN DE PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO

Bajo los conceptos doctrinarios del Profesor Pavón Vasconcelos la preterintencionalidad comprende una serie de casos en los cuales, concurriendo algún elemento de culpabilidad no existe plena coincidencia entre dicho elemento y el resultado típico por el autor.

Sostiene Pavón Vasconcelos que varios autores niegan la posibilidad del delito preterintencional en cuanto se afirma que la misma actitud psicológica del autor no puede ser estimada simultáneamente abarcada por el dolo y la culpa.

Destaca también este autor la problemática que encuentra la doctrina respecto de la naturaleza del delito preterintencional, pues mientras para unos se trata de una forma de dolo para otros es una forma de culpa; para otro sector es una combinación de dolo y culpa, y para un grupo mas reducido la preterintencionalidad consiste en realidad en una forma especial del obrar culpable.

Señala el autor como casos de preterintencionalidad:

- a) Los delitos preterintencionales;
- b) Los delitos calificados por el resultado;
- c) El *versari in re illicita*

Los delitos preterintencionales.- en los cuales se produce el fenómeno en el que el agente, al realizar dolosamente un hecho delictivo, produce otro mas grave no abarcado por su intención. El criterio comúnmente aceptado indica que el delito preterintencional se configura cuando el daño causado es mayor de aquel que tenia de causar el agente, o dicho en otras palabras, cuando el resultado ha sobrepasado a la intención del autor

El jurista en cita analiza el criterio de la preterintencionalidad expuesto por Carrara quien califico al homicidio preterintencional dentro del homicidio doloso, ha virtud de que el animo del autores encuentra proyectado a la simple lesión de la

persona y, por necesidad absoluta, la causación de la muerte se conecta con dicho animo de lesión, presuponiéndose que el acontecimiento de muerte, además de no haber sido querido no ha sido previsto aún que por su naturaleza se trata de un acontecimiento previsible.

En opinión de Pavón Vasconcelos la clasificación que hace Carrara del homicidio preterintencional como homicidio doloso no implica un homicidio con dolo indeterminado, precisamente por la falta de previsión en cuanto al exceso de la acción delictiva querida; no es tampoco culpa, dado que existió en el animo del sujeto la intención malvada dirigida a producir un resultado dañoso y, por último, no es tampoco verdadero dolo en cuanto a la muerte, acontecimiento final, por que no solo falta la voluntad sino también la previsión actual de poderla causar. Es decir, para PAVÓN VASCONCELOS el pensamiento de Carrara no aceptaba en la preterintención como una forma de culpabilidad, pues para él todo se reducía, con referencia exclusiva al delito de homicidio preterintencional, a la concurrencia de una forma especial de dolo o más bien dicho el grado máximo de la culpa tomada en dolo y por ello de un grado inferior al dolo determinado, con lo cual se advierte que, en su íntimo pensamiento, en la noción que propaló del homicidio preterintencional no renunciaba a su integración con el dolo y con la culpa, esto es que el agente no realiza su acción con la intención homicida, de manera que al resultado sobrepasa o va mas allá del daño querido, no obstante que aquel era por su naturaleza previsible.¹¹⁹

Este autor hace suyo el concepto formulado por Jiménez de Asúa, al hablar de delito preterintencional en lugar de dolo preterintencional. El termino preterintención denuncia la índole mas subjetiva en su estructura que el usado en Alemania (en donde los delitos son calificados por su resultado) puesto que más allá de la intención no solo están la responsabilidad objetiva, sino también antes la culpa. Y aunque que para varios autores italianos niegan la necesidad de exigir la previsibilidad, para el autor es posible definir a la preterintención como una alianza

¹¹⁹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 464.

de dolo y culpa, en que el autor del acto doloso origina una consecuencia mas grave que el agente pudo al menos prever.¹²⁰

Pavón Vasconcelos analiza también los criterios doctrinarios emitidos por Bernardino Alimena quien clasifica al delito preterintencional como delito culposo, pues admite la teoría de la previsibilidad del evento material realizado, como base estructural del delito preterintencional, pues si las consecuencias del hecho ilícito o doloso son previsibles, se responde de esa consecuencia mayor, y no se excede de la hipótesis de la culpa; en cambio, si las consecuencias no son previsibles, entonces nos hallamos siempre en el caso fortuito que a pesar de derivarse del dolo jamás mudará de su naturaleza y por eso se permanece siempre en la órbita de la culpa, y el problema del dolo mixto de culpa, del dolo mixto de caso y de la culpa mixta de caso jamás debió surgir. Es decir que los delitos dolosos agravados por las consecuencias previsibles no queridas son casos de culpa derivados de un hecho doloso.

El autor consultado niega la posibilidad de adoptar como válidas las teorías de Bernardo Alimena, y en cambio adopta nuevamente la postura de Jiménez de Asúa pues no es posible que exista dolo mixto de culpa y se crea a su vez que se trata de casos derivados de un hecho doloso, pues se estaría afirmando lo que se niega. Ni es tampoco válido hablar de culpa cuando lo que importa es una lesión corporal agravada por la previsibilidad de la muerte sobrevinida, es decir, que a pesar de actuar en el supuesto de que nos hayamos en la órbita de la culpa, lo que se imputa es un hecho doloso de herir, y en cambio, lo que realmente tiene carácter culposo, el homicidio resultante previsible, es lo que solo se aprecia, no como culpa si no como agravante del hecho doloso de causar lesiones.¹²¹

Analiza también Pavón Vasconcelos la teoría expuesta por MARCELO FINZI, que ve en la preterintencionalidad una mezcla de dolo y culpa; dolo respecto al evento querido, mas culpa en cuanto al resultado material causado

¹²⁰ Ibidem. p. 465.

¹²¹ Cfr. Ibidem. p. 466.

que el agente no ha previsto a pesar de que pudo haberlo previsto. Es decir, que en una misma acción, la que produce más graves efectos puede perfectamente ser dolosa respecto a un efecto, al cual se ha dirigido su voluntad de dañar, y culposa respecto de otro distinto mas grave.

Por ello el profesor Pavón Vasconcelos invoco a diversos autores, entre ellos a Manzini, González Bustamante, Castellanos Tena e Ignacio Villalobos; que objetaron que no es dable la coexistencia del dolo y la culpa desde el punto de vista psicológico tratándose del mismo hecho, pues en todos los delitos, o se quiere el resultado (dolo), o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del autor (culpa), sin que sea dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta. No es dable tampoco hablar de una forma autónoma de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y la culpa, por que ambas figuras se excluyen entre si; lo anterior es así por que para el actuar doloso es preciso que la voluntad consiente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta indeterminada o eventualmente, mientras que la culpa se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero este surge por la conducta imprudente del autor, al infringir el deber de cuidado correspondiente (el delito se comete mediante dolo o por culpa; pero tratándose del primero puede haber un resultado mas allá del propuesto por el sujeto y en la segunda mayor de lo que podía preverse racionalmente o evitarse. En el último de los casos lo correcto sería hablar no de delitos preterintencionales si no de delitos con resultado preterintencional por que es precisamente el resultado el que sobrepasa el limite propuesto por el agente.

No obstante Pavón Vasconcelos analiza también los aspectos doctrinarios de dos juristas que sostienen la tesis de que la preterintencionalidad implica una suma de dolo y culpa. Celestino Porte Petit y Ángel Reyes Navarro.

Acepta entonces los razonamientos del prestigiado catedrático Celestino Porte Petit, quien implemento a la preterintencionalidad desde la elaboración del Código de Defensa Social de Veracruz y quien considera a la preterintención como una suma del dolo directo respecto del delito propuesto y culpa, en el resultado real u causal de su acción, lo que excluye el dolo eventual y la culpa con

previsión, idea que posteriormente supera al considerar que no hay por que limitar el delito preterintencional a la mera falta de previsión (previsibilidad del resultado no previsto, pues la circunstancia de que un resultado excedido se haya previsto, no quiere decir que se haya querido o se haya aceptado pues se confundiría el dolo directo, el dolo eventual y la culpa consiente.

Realiza igualmente otra crítica similar al exponer las ideas de Ángel Reyes Navarro, quien concluye que la fórmula de dolo directo en el inicio mas culpa en el resultado nos da como resultado la preterintencionalidad, destacando que el delito ultraintencional es aquel en el cual el resultado es mayor a la intención y que además se forma de la concurrencia de dolo directo en el propósito y de culpa en el resultado, y aunque acepta que aunque en la doctrina no se ha definido si es aceptable o no en el resultado mayor interviene la culpa en sus dos grados, determina que esa posibilidad es aceptable, pues si el agente obro con dolo respecto a las lesiones y que, además, se presentó la posibilidad de un daño mayor que no quiso ni acepto si no tenía la esperanza de que este resultado no sobrevendría; por tanto existe delito preterintencional formado por la concurrencia de dolo directo en el inicio mas culpa con previsión en el resultado. Es sin embargo importante destacar que deba atenderse primordialmente a la postura psicológica del agente pues no es lo mismo que el sujeto activo prevea y acepte el resultado (como ocurre con el dolo eventual) a que prevea y tenga esperanza de que ese resultado no se producirá.

Retoma Pavón Vasconcelos a los delitos calificados por el resultado como otra de las formas de preterintencionalidad, indicando que los delitos calificados por el resultado son aquellas situaciones captadas por la ley de conductas dolosas que producen resultados mas graves de los previstos y queridos en los que la pena se aplica en función del principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor. En ellos se quiere realizar dolosamente una conducta delictiva determinada, y a consecuencia resulta un evento distinto y más grave que la ley carga en cuenta al agente, aunque no lo haya previsto, agregando que para poder hablar de tales

delitos es preciso que el evento mas grave no haya sido querido dolosamente, pues en tal caso aunque haya solo dolo eventual, se sanciona directamente por la figura dolosa que corresponda.¹²²

Esta figura, nacida en la doctrina alemana se vino refiriendo a los casos de delitos en que la pena señalada por la ley para la comisión dolosa de un hecho se prolonga a la producción de resultados mas graves, aunque estos no se hubieran previsto ni querido. Los delitos calificados por el resultado fueron la excepción mas notoria al principio *nulla poena sine culpa*, lo cual represento la expresión de una responsabilidad objetiva que solo atiende al proceso causal y no a la verdadera culpabilidad del autor.

El otro caso de preterintencionalidad citado por el autor consiste en el *versari in re illicita* que consiste en la necesaria licitud de la acción, es decir el sujeto que ejecuta una acción ilícita responde de los resultados de ella a titulo de dolo excluyendo la culpa.¹²³

Aun cuando en nuestro código penal no existe disposición que otorgue carácter antijurídico a la acción violatoria de reglamentos lo que permitiría la operación del *versari in re illicita*, existe una tesis de jurisprudencia con la voz : imprudencia, delitos por: Violación de reglamentos de transito: cuyo texto es el siguiente: quien violando reglamentos de transito, ocasiona daños fisicos o patrimoniales al conducir vehículos, obra imprudencialmente y debe responder a titulo culposo del resultado dañoso.

En esta hipótesis, siendo ilícita la acción, los resultados son atribuibles a quien la ejecuta y su imputación se hará a titulo de culpa.

El anterior razonamiento no es compartido por Pavón Vasconcelos, habida cuenta que se trata de una afirmación ordinaria en el sentido de que la violación

¹²² Cfr. *Ibidem*. p.468.

¹²³ Cfr. *Ibidem*. p.469.

de reglamento hace culpable al sujeto que comete la infracción, pues si en principio opera una fuerte presunción en tal sentido, puede demostrarse que la culpa no existe y no debe hacerse reproche alguno al sujeto aunque siempre habrá la vertiente de que si no se hubiera realizado la violación aludida posiblemente no se hubiera producido el evento dañoso y punible a título de culpa.

Es de destacarse también que en el ejemplo manejado en la tesis de jurisprudencia transcrita se determina como culposa la actuación de la gente, aunque este actúa aparentemente con conciencia que infringe un reglamento de tránsito, por tanto debe analizarse de forma más cuidadosa si el obrar del agente efectivamente merece la sanción correspondiente a un delito culposo.

Por último, la suscrita comparte la opinión de este autor en cuanto a la importancia de que se suprimiera en el Código Penal el sustento de la presunción de intencionalidad delictiva que contemplaba el artículo 9º, pues aunque nuestro mas alto Tribunal había sostenido que la insuficiencia de la prueba respecto a la certeza de la culpabilidad del acusado es base fundamental para que la justicia de la unión le ampare por haber violentado sus garantías, resulta una cuestión que no toca la esencia de presunción de intencionalidad, pues al existir plena prueba del delito y ausencia de convicción de haber obrado imprudencialmente, el juzgador terminaba utilizando siempre aquel principio, y sancionaba el delito en forma intencional.

Es decir, si existiere aún aquel principio, por definición toda actividad ilícita tendría que catalogarse como dolosa por definición, y cualquier deficiencia en el procedimiento obligaría al Juzgador a imponer una sanción equivalente a aquella modalidad de conducta, violentando el principio de *in dubio pro reo*.

3.12 OPINIÓN DE REYES ECHANDIA ALFONSO

Para el jurista sudamericano ALFONSO REYES ECHANDIA la preterintención es "un fenómeno que surge entre el dolo y la culpa, de conformidad con el cual el agente, habiendo dirigido su voluntad conscientemente

hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce a la postre un resultado de esta misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería".¹²⁴

La razón por la cual ese segundo y mas grande resultado se presentan es la de que el agente actuó de tal manera durante el proceso de ejecución del fin antijurídico querido, que ese comportamiento resultó apto para producir un hecho de mayor lesividad.

Para REYES ECHANDIA, aunque otros autores hablan de idoneidad y aptitud del medio o del instrumento empleado por el sujeto activo, resultan elementos referenciales erróneos, toda vez que el instrumento no es en si mismo mas que un medio intrínsecamente neutro y cuya eficacia vulnerante depende de la forma como sea utilizada. El mismo autor nos proporciona el siguiente ejemplo: "Cuando Pedro lanza sobre Juan una piedra con intención de herirlo pero esta se desviad en su trayectoria de tal forma que recibe el impacto en la cabeza, a consecuencia de lo cual muere, no es la piedra en si misma considerada la que tenia idoneidad para matar, sino la manera como fue lanzado por Pedro".¹²⁵

Este autor formulo una recopilación respecto de las teorías mas relevantes que buscan explicar la naturaleza y funcionalidad de la preterintencionalidad, citando las siguientes:

a) Teoría del caso Fortuito.- En la cual se considera que la preterintención es una mezcla de dolo y caso fortuito, habida cuenta que con respecto al evento querido el agente ha actuado con dolo y respecto del resultado finalmente ocasionado hay caso fortuito que, de todos modos, genera

¹²⁴ REYES Echandia, Alfonso., Culpabilidad. 2ª reimp. de la 3ª ed. Ed. Temis. Colombia, 1997. p. 115.

¹²⁵ Idem.

responsabilidad "puesto que quien es causa de la causa es causa de lo causado".¹²⁶

REYES ECHANDIA no acepta tal criterio por que entre el resultado debe correr un nexo causal que se rompe precisamente con la presencia del caso fortuito. Además, a la postre se responde del daño mas grave por el dolo con que se actuó para ocasionar el daño menos grave, lo que repugna al derecho penal contemporáneo para el que la responsabilidad solo puede tener su origen en la conducta voluntaria y no en lo causal.

Este jurista colombiano indica también que en la legislación penal de su país la responsabilidad penal tiene como fundamento las actividad psicofísica del agente, con lo que la posibilidad de imputarle a alguien un hecho derivado de lo fortuito queda completamente excluida; además de que el caso fortuito y la fuerza mayor excluyen la responsabilidad penal unas veces por ausencia de conducta (atipicidad) y otras por inculpabilidad.

b) Teoría de la responsabilidad objetiva.- En esta vertiente el segundo evento antijurídico se le imputa a la gente a titulo de responsabilidad objetiva, sin que sea necesario establecer un nexo subjetivo entre la conducta y su resultado final, bastando que exista una relación de causalidad entre aquellos elementos.

Es decir, el resultado más grave que produce la conducta del agente se le atribuye por razón del nexo de causalidad material, lo que constituye una forma de responsabilidad objetiva en la cual no es indispensable establecer si el resultado mayor ha sido querido por el agente o si ha sido fruto de su negligencia, imprudencia o impericia. Lo anterior puede apreciarse de forma mas detallada en el homicidio preferintencional, en el que no es dable hacer un examen concreto sobre la naturaleza de la culpabilidad o del nexo subjetivo entre la conducta y el resultado mas grave; si la responsabilidad existe, pues no se requiere un especial investigación sobre la culpabilidad ello quiere decir que tal responsabilidad se

¹²⁶ Ibidem. p.115.

funda solamente en el nexo causal que debe existir entre el resultado querido menos grave y el resultado no querido mas grave.

REYES ECHANDIA tampoco acepta la aplicabilidad de esta teoría, pues contraviene el principio jurídico de que no hay delito sin culpabilidad, y sostener lo contrario equivaldría a que los hombres deban responder por hechos dañosos en los cuales no intervino su voluntad, ni siquiera en el ámbito de la previsión.

En otros términos, la responsabilidad por el resultado más grave es de naturaleza objetiva en todos ellos, al contrario, es indispensable la evidencia de que tal resultado le es imputable a su autor, al menos a título de culpa.

El autor en comento ejemplifica la inaplicabilidad de esta teoría en los siguientes términos: "según la teoría de la relaciona causal, Pedro debe responder de homicidio preterintencional, pues aunque hubiese sido mas o menos leve la herida, de todos modos Juan murió como consecuencia de ella; el nexo material y objetivo entre acción y resultado final no se rompió, aunque se rechace la teoriza de la *conditio sine qua non*; Y, sin embargo, tal solución no sería justa, si se tiene en cuenta que el actor quiso y actuó en función de un dolo de lesiones y que el resultado muerte escapo a una normal y ordinaria capacidad de control".¹²⁷

c) Teoría de los umbrales de la voluntad.- En esta corriente, el sujeto activo quiere el evento menos grave, sin que la previsión, así sea lejana, del resultado mas grave lo detenga en su actuar. El evento mas grave no es ciertamente querido, pero tampoco no querido; es algo que esta al lado opuesto del caso fortuito, fuera de la culpa, pro en los umbrales de la voluntad, la cual no constituye el núcleo de tal resultado ni lo penetra si no que apenas lo roza.

El jurista consultado determina que esta teoriza también es inaceptable pues la diferencia entre lo querido y lo no querido solo tiene sentido

¹²⁷ Ibidem p.119.

cuando hay representación y previsión; pero si un resultado se prevé como de realización cierta, estaremos en el ámbito del dolo; si es previsto como de probable realización se configuraría el fenómeno de la culpa: si se prevé y acepta el autor encuentra la existencia de dolo alternativo pero fuera de esa representación el no querido es irrelevante, pues ricísimas cosas leuden caber dentro de esta expresión en cuanto no entra en el mecanismo psíquico y volitivo del sujeto.

Es decir, el segundo resultado más dañoso puede ser catalogado como doloso o culposo, pero no puede designársele como casi doloso o como casi culposo.

d) Teoría de la culpabilidad preterintencional.- De acuerdo con esta concepción, la preterintención es algo más que dolo y culpa; pues constituye realmente una tercera especie de culpabilidad cuyo elemento subjetivo es más intenso que el de la culpa pero menos que el del dolo.

Estamos entonces en presencia del dolo por que el agente obra con el propósito de perpetrar un daño, pero no es intencional, sino ultraintencional, por que el resultado sobrepasa o excede la intención que fue solo provocar un daño menor.

Para este autor colombiano, resulta un contra sentido hablar de un delito doloso que no sea intencional, por cuanto que el dolo supone intención conscientemente dirigida a la vulneración de un interés jurídicamente tutelado; y a decir del propio REYES ECHANDIA: "mencionar que el dolo preterintencional no es intencional es afirmar que lo ultraintencional no es intencional, contrariando así la esencia misma del vocablo, cuyo significado, como se sabe, es el de algo que está más allá de la intención y que, por lo mismo, debe empezar por ser intencional y luego lo trasciende".¹²⁸

¹²⁸ Ibidem. p. 120.

e) Teoría del dolo indirecto.- La concepción se maneja que la preterintención es en realidad una variante del dolo, específicamente el dolo indirecto; pues el agente obra con la intención de cometer un delito determinado, y el resultado que sigue a la acción es de mayor gravedad al deseado. Lo anterior es así por que la voluntad criminal esta dirigida a lograr un determinado daño distinto al provocado, con lo que la relación entre el propósito y el daño efectuado es indirecta; entonces el resultado sobreveniente se imputa a su autor como si hubiera sido deseado, aunque con una penalidad atenuada por tratarse de una consecuencia diversa de la su autor pretendía alcanzar.

REYES ECHANDIA tampoco acepta aquella postura por que, aunque se le llame indirecto el de la preterintención seria siempre dolo y por consiguiente no tendría sentido colocarlo al lado del dolo y de la culpa; además que el resultado final no tiene que ver en nada ni directa ni indirectamente con la voluntad del agente.

f) Teoría del dolo eventual.- Esta es una modalidad del criterio antes analizado, y se basa en que la culpa supone falta de intención y el dolo supone una intención dañosa, y si el efecto sobrepasa a la pretensión del agente no puede entonces configurarse la culpa, sino el dolo, aunque este dolo sea eventual.

De lo anterior se coliga que en el evento que denominamos preterintencional existe un dolo directo en el primer resultado y un dolo eventual en el segundo.

La crítica que al efecto formula este autor indica que esta teoría pretende desintegrar en forma arbitraria a la figura del dolo.

Ello además de que la conducta preterintencional no es dolosa si atendemos al resultado final de la misma.

g) Teoría de la culpa.-Expone el autor que para los defensores de esta tesis la preterintención constituye una forma especial de culpa, pues su naturaleza jurídica esta constituida por la culpa originada en el dolo; y en esencia

el homicidio ultraintencional no es distinto del homicidio culposo por que en ambos hay una acción voluntaria que dio origen, como secuela natural, al resultado fatal que era previsible

Se hace valer también el criterio de que la culpa en la preterintención surge de la violación o inobservancia de leyes. Además la conducta que se busca penalizar en la acción preterintencional no es la conducta pretendida (la menos dañosa), sino la conducta no deseada (la mas gravosa).

El autor consultado tampoco comparte los anteriores criterios indicando que la conducta antijurídica no vulnera leyes ni reglamentos, sino que al adecuarse la conducta a lo preceptuado en los mismos lo que viola son los intereses jurídicos que se busca tutelar; además de que en el resultado final el agente consumo una lesión dolosa respecto del evento querido.

En adición a lo anterior, en la preterintención no interesa únicamente el resultado final, pues también resulta punible la primer conducta del agente, la cual si fue deseada y de hecho se perpetro.

h) Teoría de la mezcla de dolo y culpa.- esta es la vertiente mas conocida y de mayor aplicación didáctica, y consiste en la causación sucesiva de dos eventos uno que se consuma a titulo de dolo y otro que se imputa a titulo de culpa.

La coexistencia de estos dos eventos es siempre explicable bajo el multicitado ejemplo del sujeto que tiene la intención de lesionar a otra persona, pero la inercia derivada de la fuerza con que se propina la lesión provoca que el pasivo sufra un daño mayor al querido por el agente, y fallezca entonces el primero de los citados.

Tampoco acepta REYES ECHANDIA el empleo de aquella corriente por considerar que los conceptos de dolo y culpa son autónomos y no

deben mezclarse, además de que no siempre la culpa del resultado no querido es efecto de una imprevisión.

Por todo lo anterior, ALFONSO REYES ECHANDIA prefiere manejar su propia teoría en la cual analiza al fenómeno de la preterintencionalidad desde el punto de vista objetivo por la verificación de dos resultados típicos:

El primero hacia el cual se oriento voluntaria y conscientemente la conducta del actor.

El segundo, mas grave pero colocado en la misma dirección de aquel, que no fue querido pero que a la postre se produjo por falta del deber de cuidado que le era exigible al agente en el desarrollo de su conducta antijurídica.

Con base en lo anterior, y bajo el supuesto de que la preterintención supone un comportamiento cuyos efectos antijurídicos llegan mas allá del resultado conscientemente querido por el actor, su culpabilidad se descompone en dos momentos que coinciden con los dos resultados obtenidos; culpabilidad dolosa respecto del primer evento (en cuanto era consciente de la antijuridicidad de su acción y hacia su verificación se orientó) y culpabilidad culposa en relación con el segundo resultado (en la medida de que el agente incurre en un error sobre la potencia de las causas que generan el proceso de ejecución o sobre las particulares circunstancias en que tal proceso ejecutivo de desenvuelve y en todo caso por que el desarrollo causal de su conducta excediera la finalidad antijurídica a la que se propuso llegar.

En palabras del propio REYES ECHANDIA: "la preterintencionalidad no se trata pues de una mezcla de dolo y culpa, sino de una conducta que es dolosa respecto del primer evento y culposa en relación con el segundo. Y no es dable sostener que en estos casos no sea posible un comportamiento doloso ante un resultado y culposo enfrente de otro posterior y más grave. Yo puedo, en efecto, ocasionar dolosamente una lesiona a Maria, mujer embarazada, a consecuencia de la cual le sobreviene un aborto que seria

culposo en la medida en que no lo quería y puede evitarlo, con lo que de un solo comportamiento se derivan dos efectos, que en el ámbito de la culpabilidad se descomponen el dolo seguido de culpa.

Desde luego que si el segundo y más grave resultado no se le puede imputar a título de culpa por que se presentó a pesar de que mi conducta solo era idónea para producir el primer evento, o por que surgió como algo meramente fortuito, o por que se produjo aunque puse toda la diligencia necesaria para que ella no ocurriera y mi acción antijurídica normalmente debería detenerse en el resultado querido, entonces solo responderé a título de dolo del primer resultado. Como cuando, en el ejemplo anterior, Maria presentaba un embarazo incipiente y, por lo mismo, no perceptible y yo no tenía noticia alguna de su estado".¹²⁹

En mi opinión la teoría expuesta por el jurista colombiano ALFONSO REYES ECHANDIA no es sino una derivación de la teoría que contempla a la preterintencional como una mezcla de dolo y culpa; lo anterior es así por que ambas coinciden en la aplicación de dolo y culpa para configurar al objeto materia del presente estudio.

La confusión del autor analizado puede hacerse consistir en que la mezcla de dolo y culpa la conceptúa como una mezcla homogénea, en donde los componentes de la misma se unen de tal forma que solo puede apreciarse un solo elemento.

Sin embargo, la mixtura a que alude la teoría de la mezcla de dolo y culpa es en realidad una mezcla heterogénea, en donde los componentes no se fusionan entre si en forma tal que resulten indivisibles, ya que pueden analizarse sin problema los componentes en cuestión.

¹²⁹ Ibidem. p.127.

Así pues, la teoría de la mezcla de dolo y culpa nunca expone que dichas formas de conducta se hubieren fusionado en una sola antes bien acepta que las mismas suceden en forma sucesiva, una antes que la otra.

CAPITULO CUARTO.

MENCIÓN QUE LA LEY HACE CON RESPECTO A LA PRETERINTENCIONALIDAD.

4.1 REFERENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1984 DONDE SE ESTABLECE LA PRETERINTENCIONALIDAD

El expresidente constitucional, Miguel de la Madrid Hurtado, promulgó y publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984 (entrando en vigor a los noventa días de su publicación), el Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Decreto en el cual se estableció en su Artículo Primero que se reforman los arts. 8º, 9º, y 60, entre otros, del Código Penal en cuestión, para entrar en vigor a los 90 días de su publicación.

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

Con las reformas de 1983 al Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, se creo una tercera forma de culpabilidad en la fracción III del art. 8º la preterintención, y se definió en el tercer párrafo del art. 9º: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia", reconociéndose así que la preterintención no es sólo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica, atribuyéndole autonomía y una especial sanción en la fracción VI del art. 60.

El profesor CELESTINO PORTE PETIT, al comentar la citada reforma al Código Penal, expresa que: "con la preterintención se evita sancionar como intencionales conductas que realmente no lo son, como ocurre cuando el responsable del ilícito quiere causar un delito menor y ocasiona imprudencialmente uno más grave"¹³⁰.

En relación a este tema, el maestro RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, afirma que: "la ley ya no se resume *juris tantum* el dolo, conforme al Decreto de diciembre 30 de 1983 (Diario Oficial número 10, de fecha 13 de enero de 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 pretende dictar una clase de Derecho Penal al precisar aquellos conceptos tarea que es típicamente teórica".¹³¹

Lo lamentable 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 de obrar imprudencialmente. 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".¹³²

El propio RAÚL CARRANCA 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 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 presunción *juris tantum* del dolo, ya que si admitía prueba en contrario,

¹³⁰ PORTE PETIT Candaudap, Op. Cit, p. 20.

¹³¹ CARRANCA y Trujillo, Op. Cit. 447.

¹³² Idem.

resolvía obviamente el problema planteado. Entiendo además señala CARRANCA 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 interior es un punto de vista como lo es también el haber eliminado del código Penal aquella regla.¹³³

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 "exciende" su acción culpable, el que viola una norma jurídica mayor de 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 esta reduce la preterintención a la imprudencia, ya que el Código señala: "si el resultado se produce por imprudencia". En el mismo orden de ideas, asegura CARRANCA, si la memoria no me falla y desde Impallomeni en el siglo XIX, pasando luego por Finzi y Jiménez de Asúa en el siglo XX, la preterintención ha sido siempre vista a la luz de un propósito culposo y de un resultado doloso, lo que la sitúa en el ámbito exclusivo de la culpabilidad más que en el de la tipicidad o "resultado típico". Aunque hay doctrina en el que estos elementos parecen invertirse; se habla también de un propósito doloso y de un resultado culposo. 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.

Con el art. 8º, fracción III del Código penal reformado (desde 1983) se incluyó como ha quedado asentado, la preterintencionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "el art. 9º, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, recoge la

¹³³ Cfr. *Ibidem*. p. 449.

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 eventual) y de la imprudencia en cuando al resultado mayor sobrevenido".

Con lo anterior se eliminaría 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 embargo la discusión se hace más compleja e intenta al tratar de desentrañar y definir la naturaleza misma de la preterintencionalidad. Esto es, al momento de estructurar sus rasgos características que le dan "su esencia", precisamente como forma autónoma de culpabilidad.

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 presenta aparentemente muy sencilla de resolver, y tal vez, así lo sea, sin embargo, por el momento sólo expondré de manera común lo sustentado.

Siguiendo la exposición, fue 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 adiciona la fracción VI al art. 60, dentro del capítulo II, cuya denominación también fue modificada para quedar de la siguiente manera: "Aplicación de Sanciones a los Delitos Imprudentiales y Preterintencionales". Todo

aquello, del Título Tercero (Aplicación de sanciones del Libro Primero del mismo ordenamiento.

La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá de tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el art. 52, y las especiales siguientes:

I a V.....

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

Resulta, clara la crítica que se puede hacer respecto de este precepto; no obstante, simplemente señalaré 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 de los delitos 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 la cuarta 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 que es dicho resultado producido no hubiera tenido lugar sin la acción inicial ilícita realizada de dicho sujeto. Es por ello, que desde ese 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.

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 preterintencional y que se agrava al sancionarla con una pena contradictoria y desproporcionadamente elevada en la fracción V del art. 60. Ya que 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 continua afirmando FIGUEROA ZARZA: hay incongruencia, en efecto, y contradicción en el Código Penal, en cuanto que el artículo 9 párrafo tercero reconoce que el hecho preterintencional no querido, "se produce por imprudencia", y al mismo tiempo prevé en el art. 60 fracción VI una pena que se calcula a partir de la que le corresponde a un delito "intencional". Es decir, el delito preterintencional, se estima culposo, pero se sanciona como doloso.

En este sentido, nuevamente CARRANCA Y TRUJILLO afirma que hay algo que sorprende de 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 art. 60 se lee que en caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicación, si el delito fuere intencional. Esto quiere que se admita la posibilidad de que el delito sea intencional, doloso en realidad. Pero acontece que de donde se define la preterintencionalidad se califica el resultado como consecuencia de una acción imprudencial Es fácil observar, entonces, que el art. 9º el resultado se produce por imprudencia". No es que se trate de un resultado imprudencial o culposo por si, sino que, repito, "se produce por imprudencia" porque el delito fue o es imprudencial (culposo).¹³⁴

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 art. 60 el resultado es producto de una acción dolosa (la ley dice: "si el resultado fuera intencional" al

¹³⁴ Cfr. CARRANCA y Trujillo. Op. Cit. p. 450.

margen de que aquel 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.

CASTELLANOS TENA nos precisa que de acuerdo con la fracción VI del art. 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 esta facultado para reducir o eliminar hasta una cuarta parte de la pena. Será la jurisprudencia quien fije, al interpretar al precepto, su verdadero alcance.

El texto original del art. 51 del Código Penal de 1931, contenido en el Libro Primero, Título Tercero (Aplicación de sanciones), del Capítulo I reglas generales, establecía:

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

Por 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 adiciono el segundo párrafo al artículo 51 del propio código Penal, disponiéndose que en varias hipótesis, entre ellas las referente la pena del delito preterintencional art. 60, fracción VI, la aplicación será la que resultare de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista.

Art. 51.

En los casos de los arts. 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis, 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 aquel. Cuando se trata de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días".

Años después, por Decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el "Diario Oficial" de 30 de del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, se reformo el primer párrafo del artículo 51 del cuerpo de leyes en cuestión, para quedar como sigue:

"Art. 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. 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".

4.2 REFERENCIA DEL CÓDIGO PENAL DEL AÑO 1994 DONDE SE DEROGA LA PRETERINTENCIONALIDAD.

El 22 de noviembre de 1993, el Lic. Carlos Salinas de Gortari, expresidente 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:

Actualización Necesaria

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 XVII del artículo 107, de la Constitución Política de 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.

Reforma Penal Sustantiva

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:

Dolo y Culpa.- Es abundantemente la crítica que hace 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 "culpa", cuyos contenidos son más precisos que los anteriores. La propia doctrina mexicana, cuando se ocupa de los elementos subjetivos del delito, habla siempre del 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, imprudencia: y preterintencionalidad, aun plantean puntos críticos que nuevamente motivan su transformación.

Además de los cambios terminológicos, se sugieren formulas 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 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 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 consiente y una "sin previsión" o inconsciente.

Finalmente se propone suprimir la figura del delito preterintencional, por considerar siguiendo la opinión dominante en la doctrina que dicha situación se resuelve adecuadamente con la formula 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 él respecto de los Derechos Humanos, las Comisiones Unidas citadas acordaron 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 soportes 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.”

4.3 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS A QUE SE REFIERE EL LEGISLADOR PARA DEROGAR LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Con fecha 23 de noviembre de 1993, se propuso ante la Cámara de Diputados del Congreso Federal un Proyecto de Decreto para reformar, adicionar y derogar diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Dicho Proyecto contempló en su apartado denominado Reforma Penal Sustantiva una crítica a los conceptos usados por el Código de la materia hasta entonces vigente, concretamente en los términos “imprudencial” e “intencional” considerando que en la doctrina mexicana los conceptos dolo y culpa expresan

con mayor precisión la conducta observada por el sujeto activo del delito de igual manera se buscó de reimplantar el principio de "presunción de intencionalidad", por cuanto que la comisión de un ilícito siempre debe presumirse como dolosa.

A la letra, el proyecto expuso el siguiente criterio de carácter doctrinal: (sin mencionar a los exponentes de dicha doctrina): "además de los cambios terminológicos, se sugieren formulas 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 así mismo la critica que pudiera haber por lo que se refiere al objeto del conocimiento, que según la propuesta lo son los elementos del tipo penal. Con relación a la culpa, se agrega en la formula 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.¹³⁵ Como consecuencia de lo anterior, la Cámara baja determino la derogación de la figura materia de nuestro estudio, exponiendo lo siguiente: "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 formula de la culpa que ahora se propone; además se evitan otros problemas que la propia regulación actual presenta".¹³⁶

En estas condiciones, el 10 de enero de 1994, aparecieron en el Diario Oficial de la Federación reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, las cuales entraron en vigor el primero de febrero de 1994. La reforma podemos calificarla como trascendental para el derecho penal mexicano, pues introdujo una serie de conceptos novedosos y vino a eliminar ciertas fórmulas que resultaban contrarias a los principios planteados por la moderna dogmática penal.

¹³⁵ DIARIO de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, LV Legislatura, primer periodo ordinario, 23 de noviembre de 1993.

¹³⁶ *idem*.

La reforma, también, fue profunda, pues se modificaron treinta y siete artículos de la parte general y 47 de la parte especial del mencionado código sustantivo federal.

Entre las reformas antes citadas se incluye también la derogación de la fracción III del artículo 8 del Código Penal, la cual contemplaba como una de las variantes de conducta comisiva del delito a la preterintencionalidad.

Reformándose también en consecuencia el tercer párrafo del artículo noveno del cuerpo de leyes citado, que describía a la conducta preterintencional.

Es decir, respecto al dolo y la culpa, se modificó el contenido del artículo octavo, pues se eliminó la clasificación de los delitos contenida en este precepto y que los encuadraba en: a) intencionales; b) no intencionales; y, c) preterintencionales; el nuevo texto evita proponer una clasificación para los delitos y se refiere más bien a las acciones u omisiones delictivas las cuales divide en dolosas o bien culposas, eliminándose a la preterintencionalidad como posibilidad de concreción de una acción u omisión delictiva. No obstante lo anterior, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el término intencionalidad se entendía como sinónimo de dolo; esta apreciación impedía hasta cierto punto introducir la teoría del dolo en el proceso penal, pues la idea de intencionalidad sólo hacía referencia al sujeto "que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley". Ahora, con motivo de la reforma se entiende por dolo "el que conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley", idea que dista mucho de la anterior concepción de la intencionalidad que ponía énfasis especial en el conocimiento de las circunstancias del hecho típico, en tanto que ahora se establece como presupuesto un conocimiento de los elementos del tipo o bien la posibilidad de prevenir como posible cierto resultado típico.

Según el jurista mexicano RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA, en lo que se refiere a la culpa, se gestó un cambio muy significativo, pues se introdujo al

Código Penal como concepto, ya que anteriormente se hablaba de delitos no intencionales o de imprudencia, y el código los definía como "el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

El cambio terminológico cobró fundamentos en la abundante crítica que hacía la doctrina al término "imprudencia" con base en el amplio desarrollo del concepto "culpa"; sin embargo, la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacía constante referencia a delitos culposos, refiriéndose a la imprudencia como una circunstancia de actuación por parte del sujeto activo y por lo que toca a su esencia establecía: "Radica en que la voluntad del agente no se dirija a la producción de un hecho típico y antijurídico previsible y evitable, pero éste surge por la omisión de las cautelas y precauciones que deben guardarse.

Concepción de la cual se desprenden como elementos característicos: a) un comportamiento irreflexivo, negligente, descuidado, omisivo de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida gregaria; b) un daño previsible y penalmente tipificado igual al causado en los delitos intencionales; y c) una relación de causalidad entre el actuar imprudente y el daño coincidente con la descripción legal de un delito¹³⁷.

La idea consagrada en el código penal federal después de la reforma, se apegó a la noción de culpa propuesta por parte de la dogmática penal imperante, significando un claro avance en el desarrollo del derecho penal mexicano.

Lo anterior porque permitió distinguir con claridad la llamada "culpa consciente" y la "culpa inconsciente", a partir de la previsión o bien falta de previsión que se incluye como elemento de la culpa.

¹³⁷ Cfr. PLASCENCIA Villanueva, Raúl, La Reforma al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, s/e. editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, p.32.

4.4 JURISPRUDENCIA CON RESPECTO A LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Nuestro más alto tribunal no ha determinado un criterio homogéneo en cuanto a la figura materia de nuestro estudio, de tal manera que condiciona la existencia de la preterintencionalidad a las circunstancias de la comisión del delito en concreto.

De hecho, en un intento de apoyar la labor del juzgador, el derecho jurisprudencial nos otorga el siguiente concepto de lo que debe de entenderse por preterintencionalidad.

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXVII
Página: 229

PRETERINTENCIONALIDAD. La preterintencionalidad consiste en la conjunción del dolo directo respecto del resultado querido y de la culpa en relación con el daño causado, siendo previsible.

Amparo directo 4604/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 17 de enero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Por otro lado, y tratando de colmar las distintas lagunas que el jurista encuentra al interpretar la figura materia de nuestro estudio, existen diferentes criterios jurisprudenciales que establecen lo siguiente:

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, XXV
Página: 93

PRETERINTENCIONALIDAD. El análisis sistemático de la fracción II del artículo 9o. del código represivo, conduce a examinar, entre otras, la siguiente hipótesis: la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe... que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito. Esta norma se refiere a un primer caso de dolo preterintencional, eventual o indirecto, en el que el resultado final de la acción criminal va más lejos que la representación

mental que del daño se hacía el agente; es decir, cuando éste se proponía causar un daño menor y resulta uno mayor al que se proponía realizar. Así pues, para reputarse como intencional el resultado, a pesar de la ausencia de propósito, la ley penal exige que la consecuencia sea necesaria y notoria; entendiéndose por consecuencia necesaria lo forzoso, obligado e imprescindible, en que el resultado no es sino la consecuencia de una ley natural física o biológica; y debiendo entenderse como notoria, cuando la consecuencia sea fácilmente previsible para el común de las gentes.

Amparo directo 813/58. José Yáñez Luna. 16 de julio de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

El criterio citado en las líneas que anteceden alude a la regla de que el delito será siempre intencional, y este no puede ser considerado como preterintencional aunque el agente llegue a probar que no se propuso provocar el perjuicio causado, toda vez que el punto medular del criterio en cita refiere al hecho de que el daño resulte previsible para el agente, determinación que comparte la suscrita, toda vez que la sola previsión del acto da al agente una idea de lo que puede ocurrir y no obstante dicho panorama, esta de acuerdo en continuar con la comisión del acto.

Séptima Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 80 Segunda Parte
 Página: 44

PRETERINTENCIONALIDAD, PUNIBILIDAD DE LA. Aun cuando el delito cometido por el inculpado sea de los conocidos por la doctrina como de los llamados preterintencionales, lo que consiste en que el resultado del daño causado va más allá de la intención del agente activo, si de la confesión de aquél se desprende que quiso castigar y en consecuencia causar daño a la víctima (su hermana menor) y que el castigo fue excesivo, debe señalarse que ese tipo de delito, contemplado por la fracción II del artículo 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 éste fue consecuencia notoria del hecho en que consistió el delito; y si según el acta de autopsia, se llega al convencimiento de que la menor falleció debido precisamente a la conducta de dicho inculpado, de manera alguna puede decirse que el hecho carece de sanción, ya que resultó ser el delito de homicidio. En

consecuencia, la conducta exteriorizada por el mismo inculpado, no está ausente de antijuricidad, ya que el artículo 8o. del Código Penal establece que los delitos serán intencionales o de imprudencia, y el artículo 9o., en su fracción II, viene a determinar que la intención delictuosa se presume, y si el inculpado tuvo la intención de causar un mal a la menor que falleció, aunque no el de privarla de la vida, como esto último fue consecuencia necesaria y notoria de sus actos, legal es que se tenga a aquél como penalmente responsable del delito de homicidio simple intencional.

Amparo directo 3606/74. Jerónimo Díaz Bárcenas. 27 de agosto de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

En el planteamiento que se analiza resulta aplicable el mismo razonamiento vertido en la primera tesis jurisprudencial consultada, toda vez que también estamos aquí en la ausencia de una conducta preterintencional derivada de la previsión del resultado, es decir las lesiones provocadas a un menor de edad se entienden con una mayor gravedad física precisamente por la débil complexión del sujeto pasivo.

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989

Página: 750

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 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. Genaro Volantín González. 8 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaría: Libertad Rodríguez Verduzco.

De lo ahora examinado debe entenderse que es obligación del juzgador entrar a un análisis exhaustivo de la conducta observada por el agente para

determinar si en el caso concreto existe o no preterintencionalidad, máxime cuando en auto obra no solo la confesión del acusado, sino que también se desprenden otros elementos que puedan reforzar su dicho. Lo anterior resulta valido no solo por ser un principio de derecho si no por que la conducta del inculpado no iba dirigida a causar una lesión a una persona determinada.

Quinta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: LXXIX
 Página: 932

PRETERINTENCIONALIDAD DELICTUOSA. El artículo 9o. del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, resuelve los casos de preterintencionalidad delictuosa, o sea, aquellos en que el daño supera al propósito y en los cuales la imputabilidad está condicionada a la previsibilidad del resultado; por lo que, aun aceptando la declaración del inculpado, en te sentido de que las lesiones apreciadas a la víctima, fueron debidas al golpe que recibió, por haberlo aventado contra el mostrador de un establecimiento, tal circunstancia no modifica su responsabilidad, pues está fuera de duda que quien golpea a una persona que está en estado de ebriedad, puede prever, que dicha persona perderá fácilmente el equilibrio con la probabilidad de lesionarse en la caída; tanto más si el número y topografía de las lesiones, hacen más probable lo dicho por la víctima, en el sentido de que el acusado lo atacó con una arma cuya naturaleza no pudo apreciar.

Amparo penal directo 8915/43. Vázquez Torres Francisco. 17 de enero de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Estamos en otro caso que no puede aplicarse la preterintencionalidad porque encontramos nuevamente un resultado que resultaba tan bien previsible al agente, por cuanto que la condición del pasivo al encontrarse ebrio supone que este no puede evadir la agresión, y no obstante percatarse de dicha situación el sujeto activo, determina continuar con su actitud delictiva.

Séptima Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 217-228 Segunda Parte
 Página: 24

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 ésta, 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 de la "ruleta rusa invertida" 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 el hecho en la forma en que se desarrolló, hubiera podido ser de manera inversa y resultado lesionado o muerto el inculpado, 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 ésta 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, que deseara sólo lesionado; sin embargo, en una segunda fase, 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 Juárez. 3 de junio de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

Es otro planteamiento jurisprudencial donde no cabe la figura materia de nuestro estudio, ya que nuevamente se presenta la circunstancia de previsión por parte del agente, y no obstante haber previsto el resultado lo lleva a cabo.

Quinta Época
 Instancia: Sala Auxiliar
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXII
 Página: 1144

INTENCIÓN DELICTUOSA. En el régimen de ficción consagrado en el artículo 9o. del Código Penal, la llamada ultraintencionalidad se sanciona en la misma forma que los casos de coincidencia cabal del daño representado y el obtenido, siendo, incluso doctrinalmente, insostenible la posición doctrinaria que afirma la preterintencionalidad como concurso de dolo y culpa, dolo en el inicio y culpa en el resultado; pues para que pueda hablarse de culpa se requiere de una conducta inicial si no siempre lícita, en todo tiempo atípica, ellos es, una conducta que no encaje en la descripción legal que la ley hace de la conducta consagrándola como constitutiva de delito.

Amparo penal directo 4119/52. Martínez Acevedo Manuel. 16 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ángel González de la Vega. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Este criterio sostiene la inexistencia de un termino medio entre el dolo y la culpa o la materialización de un caso en que se configuren ambos extremos de la conducta, pues se habla de que la preterintencionalidad implica una conducta dolosa en su inicio y una conducta culposa en su resultado, sin mas comentario que la culpa que la conducta es ilegal pero que no encuadra en el precepto legal que pretenda aplicarse. No compartiendo dicho razonamiento porque en el plano fáctico si es dable una conducta cuyo resultado sea más dañino al deseado.

Séptima Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 68 Segunda Parte
 Página: 37

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 9o. del Código Penal Federal. El artículo 4o., del Código de la entidad federativa nombrada, repite el contexto del 8o. del código federal, estableciendo como únicos posibles grados de la culpabilidad el dolo y la culpa. La ley habla de delitos intencionales y delitos imprudenciales, y para referirse al dolo utiliza la expresión "intención delictuosa". La doctrina jurídica, que no es otra cosa que la sistematización de los principios que informan la ley y que viene a ser en último término el descubrimiento de los principios rectores

de la misma, en vez de utilizar el término intención dolosa, prefiere el de "dolo", para evitar la confusión que puede sobrevenir, y de hecho sobreviene, entre intención y dolo. Atenta la estructura del artículo 4o. del Código Penal del Estado de Oaxaca, relacionándola con el 5o. del propio ordenamiento, debe decirse que es legalmente incorrecto equiparar la intención pura y simple al dolo, llamado por la ley "intención delictuosa". Del contexto del artículo 5o. se desprende que la no coincidencia entre la intención y el resultado producido no entraña la ausencia 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 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 ésta, se llegaría al absurdo de concluir que en un concurso formal será doloso únicamente el resultado querido y que los demás que se produjeron no son dolosos porque el sujeto no los quería. Lo que es correcto desde el ángulo puramente psicológico, puede no 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 sí misma era delictiva.

Amparo directo 2999/73. Ezequiel García Rodríguez. 28 de agosto de 1974. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

El Código sustantivo Penal del Estado de Oaxaca no contempla a la preterintencionalidad como una tercera forma de conducta basándose de nuevo en el principio de que solo existen el dolo y la culpa, la explicación que da la tesis jurisprudencial analizada refiere a que el resultado debe entenderse como doloso independientemente de que no se hubiera querido, sino por que fue la voluntad de

la gente conducirse de manera delictiva, y debe por tanto responder de los hechos que resulten de su actuación. Discierno de aquella hipótesis, pues si bien es cierto que el agente debe responder por sus actos el planteamiento estudiado no deja sin castigo al sujeto activo no tomando en cuenta las circunstancias del hecho delictivo.

Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, XII
 Página: 150

IMPRUDENCIA Y PRETERINTENCIONALIDAD. Para que exista un delito culposo se requiere que se ejecute un hecho lícito en sí, que no lo es por las consecuencias que produce, por no prever lo que es previsible y evitable; y si el reo, al golpear al occiso tuvo la intención de causarle daño, aunque no de matarlo, ello matiza su conducta a título de dolo, y queda comprendida en la preterintencionalidad.

Amparo directo 6905/56. Benjamín González Hamilton. 26 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

La redacción del criterio es poco afortunada por cuanto a que habla de "golpear al occiso" cuando debería decir "golpear al hoy occiso"; sin embargo, sé esta hablando de un caso clásico de preterintencionalidad en cuanto se describe una intención dolosa de lesionar, con un resultado culposo de homicidio por cuanto a que este homicidio no resultaba previsible al agente, es decir, encontramos de nuevo la circunstancia de previsión cuya existencia impediría la calificación de un delito preterintencional.

Quinta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXIV
 Página: 1056

PRETERINTENCIONALIDAD. Si el imputado pretende justificar su comportamiento, al afirmar que disparó contra su víctima no con el propósito de lesionarla, sino con el de amedrentarla, tal preterintencionalidad de la conducta no excluye el reproche penal de su comportamiento.

Amparo penal directo 3553/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de junio de 1955. Unanimidad de

cuatro votos. El Ministro Genaro Ruiz de Chávez se excusó del conocimiento del asunto. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

La preferintención no supone una ausencia de castigo al agente, ya que el resultado por el simple hecho de ser delictivo amerita la sanción penal respectiva.

Octava Época
 Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: IX, Febrero de 1992
 Página: 239

PRETERINTENCIONALIDAD, INEXISTENCIA DE LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). En términos del artículo 6o. del Código Penal para el Estado de Tlaxcala sólo existe preterintencionalidad cuando el daño causado va más allá del que se propuso el agente activo, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado; lo cual no acontece, aun suponiendo que el acusado no se propusiera causar el daño que ocasionó, si el resultado fue consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal empleada pues de manera dolosa propinó de puntapiés al sujeto pasivo cuando éste se encontraba en el suelo por virtud del estado de ebriedad en el cual se hallaba y por los golpes que previamente había recibido, y aquél bien pudo prever la consecuencia final que se tradujo en la muerte del ofendido.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 215/91. José Luis de la Fuente Bautista. 19 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Encontramos una íntima relación entre el supuesto ahora analizado y el criterio jurisprudencial de la quinta época citado bajo la voz "Preterintencionalidad Delictuosa", por cuanto que el sujeto pasivo es nuevamente alguien en estado de ebriedad, y que nuevamente se presenta el aspecto del daño previsible por parte del agente, destacando en este caso un afán de daño mayor al propinar más lesiones a alguien caído, como puede apreciarse con mayor claridad en el criterio siguiente:

Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, I
 Página: 85

PRETERINTENCIONALIDAD. Aun en la hipótesis de que el agente no hubiera querido el efecto lesivo que resultó, esta cuestión psicológica causal quedó desvirtuada con la objetividad desplegada en la ocasión, si después de abatir a su oponente a puñetazos, se ensañó propinándole puntapiés cuando estaba yacente, por lo que contradujo aquella ausencia de propósito, siendo aplicable al respecto el artículo 9o., fracción II, del código punitivo, por ser previsible que por la persistencia de los golpes con los puños y el ensañamiento referido, se cause la muerte del oponente.

Amparo directo 594/55. Ángel Castro Villagrán. 22 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

En el caso concreto no se atiende al estado físico del sujeto pasivo, pues las lesiones reiteradas en contra del mismo nuevamente hacen aparecer el elemento de previsibilidad que impide aplicar la preterintencionalidad ya que al sujeto activo debe resultarle claro cual será el resultado si persiste con su actuación. No obstante, dicho criterio encuentra su antítesis en el razonamiento jurisprudencial que a continuación se menciona

Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, XVI
 Página: 203

PRETERINTENCIONALIDAD. Si el acusado golpeó al ahora occiso y éste cayó al suelo, donde el procesado lo siguió golpeando, dándole de "patadas", y existe nexa causal entre su conducta y el resultado de muerte, pero el reo afirma que sólo tuvo 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, aun cuando por su naturaleza interna o subjetiva salta a la vista la dificultad de su apreciación. En la investigación respectiva cobra indudable importancia el miedo 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 resultante 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 evidenciado 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.

Amparo directo 6775/57. Luciano Hernández Cañamares. 14 de octubre de 1958. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

En el presente criterio encuentro que existe intención dolosa solo en cuanto a las lesiones (las patadas), pero ya no se habla de la previsibilidad, con lo que el ponente no encuentra impedimento para aplicar la preterintencionalidad en cuanto al resultado mortal de las lesiones. Considero entonces con mayor aplicabilidad este último razonamiento, por cuanto a que las lesiones como las descritas en ambos supuestos no implican necesariamente una previsibilidad para el agente, si no por el contrario puede resultar un acto que escapa a su conocimiento inmediato.

Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, XIII
 Página: 123

PRETERINTENCIONALIDAD. Aunque el agente activo aparentemente sólo quiso la lesión que infirió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final por el disparo del arma (preterintencionalidad), siendo previsible para el común de las gentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9o. de la ley sustantiva en relación con el numeral 8o., no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último, toda vez que, verificada la materialidad, el legislador mexicano presume 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.

Amparo directo 1840/58. Manuel Hernández Reyes. 4 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

La tesis de jurisprudencia que se examina maneja nuevamente el elemento de previsibilidad, que destruye toda presunción de preterintencionalidad por cuanto que el agente debe estar consiente de que un arma puede dispararse en el momento que con la misma busca propinarse un golpe. Empero, parece manejar un aspecto de duda esta tesis en sus últimos dos renglones al citar expresamente "sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa", es decir, ¿pretende entonces el ponente decir que aplicaría la preterintencionalidad de no ser porque la Legislación que se emplea no la contempla?

Quinta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXXII
 Página: 401

RIÑA, NO ES OBSTÁCULO PARA LA EXISTENCIA DE LA, QUE SE ADUZCA PRETERINTENCIONALIDAD. No es obstáculo para la existencia de la modalidad de la riña, que aduzca el acusado preterintencionalidad porque sólo quisiera golpear y no disparar con la pistola en virtud de que si la sacó en una de las fases de la riña cuando todo ánimo es ofensivo, tal actitud envuelve la dañada intención que no admite prueba en contrario, porque los resultados son consecuencia necesaria y notoria del hecho realizado, ya que era posible prever el disparo del arma enarbolada y dado que esto queda al alcance de la generalidad de las personas.

Amparo directo 3752/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 14 de junio de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

Comparto el punto de vista citado en líneas anteriores puesto que existe la previsibilidad del agente del sujeto activo porque la riña es el momento idóneo en que se pueda dar un movimiento brusco que pueda accionar el arma de fuego, de esta forma no puede invocarse preterintencionalidad pues el riesgo de disparo es siempre inminente aunque con el arma solo se busque golpear.

Sexta Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, LVII
 Página: 55

PRETERINTENCIONALIDAD. La presunción *juris tantum* de intencionalidad criminal no se destruye aun cuando el sujeto demuestre que no se propuso causar el daño que resultó, esto es, que el resultado final de la acción criminal va más lejos que la representación mental que del daño se hacía el agente, de acuerdo con la hipótesis que prevé la fracción II del artículo 9o. del Código Penal aplicable.

Amparo directo 8711/61. Conrado Martínez Martínez. 14 de marzo de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Cuando se emitió la presente tesis jurisprudencial aun no contemplaba nuestro Código Penal la preterintencionalidad, razón por la cual el ponente se limito a aplicar la regla del delito doloso.

Séptima Época
 Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 205-216 Sexta Parte
 Página: 371

PRETERINTENCIONALIDAD, ELEMENTOS DE LA. 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 6o. 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, éste 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 del 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. Está 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 DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 315/85. Alejandro Javier Yaver Martínez. 15 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Jesús Molina Elías.

Nota: En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro "DELITO PRETERINTENCIONAL, ELEMENTOS DEL".

Existen dos elementos constitutivos de la preterintencionalidad según el razonamiento consultado: el que se cause un daño mayor al previsto, y que el daño sé de sobre bienes de genero distinto.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomó: Segunda Parte, XXXIII

Página: 78

PRETERINTENCIONALIDAD (LEGISLACIÓN DE HIDALGO) Sin duda que se está en el caso de que el infractor no se propuso causar el daño que resultó, si sólo tuvo la intención de propinar un golpe a su víctima con la piedra que le tiró, pero no quiso procurar su muerte; de tal manera que, si creyendo que con la pedrada que le dio lo privó de la vida, escondió el cuerpo con una gran cantidad de paja, ocasionando la asfixia con un 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 las 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 notorio, hipótesis con relación a la cual la ley ha establecido una presunción iuris et de iure. Por 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.

Amparo directo 8215/59. Eduardo Ortega López. 23 de marzo de 1960. Cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega.

En este caso no se presente de ninguna forma la preterintencionalidad, ya que la lesión provocada por el agente solo dejó inconsciente al sujeto pasivo, y la

muerte se dio por un acto posterior del delincuente, el cual no tuvo relación directa e inmediata con la lesión antes citada.

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Mayo de 2000

Tesis: X.3o.20 P

Página: 967

PRETERINTENCIONALIDAD, PARA LOS EFECTOS DE LA, NO SE CONFIGURA LA CULPA CUANDO SON DESPROPORCIONADOS LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA COMISIÓN DE LOS HECHOS DELICTIVOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). En términos de lo dispuesto en el artículo 17 del Código Penal vigente para el Estado de Veracruz, existe preterintencionalidad en la comisión de un delito cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si tal resultado mayor se produce en forma culposa, es decir, que existiendo dolo en la realización de un hecho delictivo, se produce otro más grave no querido ni aceptado por el agente. Sin embargo, no se da la preterintencionalidad en la conducta cuando los medios utilizados en la comisión del hecho delictivo deseado, son de tal manera desproporcionados que producen un resultado excesivo, pues no puede válidamente concluirse que este último resultado sea producto de la culpa. Por el contrario, el empleo de los medios desproporcionados evidencia la existencia del dolo. Así, si el inculpaado junto con otros policías torturó y lesionó al pasivo con el objeto de que confesara, pero el pasivo falleció por haber sido excesivos los medios empleados, esto denota una conducta desarrollada con el ánimo de dañar que excluye cualesquiera forma de culpa.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 413/99. 29 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: César Thomé González. Secretario: Elpidio Ibarra Franco.

Aunque la tesis de jurisprudencia en cuestión no menciona el elemento de previsibilidad, este resulta sobresaliente porque los medios con que se infringe el daño son de tal manera evitables que la realización de los mismos excluye la posibilidad de invocar a la preterintencionalidad, pues se llegaría al absurdo de considerar que existe preterintencionalidad cuando una persona arroja a otra con su automóvil y el agente manifiesta que solo deseaba lesionar.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: Segunda Parte, LIX
 Página: 29

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; en seguida, en el artículo 9o. previene que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y que no se destruirá la presunción de que un delito es intencional, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; es decir, el legislador de mil novecientos treinta y uno no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido en algunos códigos de la República como Sonora y Veracruz, en que se habla del delito preterintencional o ultraintencional. Y como puede verse en el tomo IV de la exposición de motivos de los trabajos de revisión del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno redactado por el señor licenciado don Miguel S. Macedo, ésta 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, sería contrario a la hermenéutica jurídica que se pretendiera imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso.

Amparo directo 6668/ 61. Ernesto Padilla Plascencia. 4 de mayo de 1962. Mayoría de tres votos. Ausente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

La presente tesis jurisprudencial considera a la preterintencionalidad como algo excepcional por cuanto que por regla debe considerarse solo la existencia de dos modalidades de conducta, y justifica la existencia de la preterintencionalidad bajo el argumento de que en una interpretación estricta no puede aplicarse la penalidad de un delito doloso a un acto que en realidad no se encuentra revestido de dolo en su resultado.

Séptima Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 58 Segunda Parte
 Página: 34

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 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 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.

Amparo directo 5659/72. Mario Mata Alvarado. 17 de octubre de 1973. Mayoría de tres votos. Disidente: Ezequiel Burguete Farrera y Mario G. Rebollo Fernández. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Considero que este criterio expone el caso concreto de una conducta negligente cuyo resultado también es imprudencial, en el que no existe en ningún momento preterintencionalidad, pues si bien es cierto el resultado no era deseado, la conducta del agente nunca es dolosa, es en todo tiempo imprudencial.

Séptima Época
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 217-228 Segunda Parte
 Página: 33

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y VIOLACIÓN. La actual legislación penal del Estado de Veracruz recoge, en su artículo 17, a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, apoyándose en la concurrencia de un dolo inicial, sea directo o eventual, con un resultado mayor al querido o aceptado, originado en la culpa del autor. Así, si no hay duda de que en el acusado, existió la intención de cometer un evento dañoso, al violar a la ofendida, mas no se advierte en su proceder un propósito homicida, pues la muerte sobrevino

seguramente por las condiciones físicas y fisiológicas de la menor, o bien por las características orgánicas o físicas del acusado, de manera que existió en él la intención de copular, pero estuvo fuera de su previsión o representación la causación del resultado letal que produjo, por esta razón debe concluirse que el delito de homicidio le es reprochable a título preterintencional.

Amparo directo 3874/86. Ubaldo Zárate Morales. 4 de diciembre de 1986. Mayoría de tres votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Martha Arcelia Hernández Rodríguez.

Comparto el criterio jurisprudencial en las líneas antes citadas, en lo referente a que resulta dable un caso muy concreto en que la penetración de un violador provoque al agente pasivo menor de edad su deceso, sin que mediara la voluntad del agente el resultado de aquella muerte porque este solo quería realizar la penetración con la menor de edad.

Debo sin embargo discrepar de la tesis en cuestión, dado que cuando la víctima resulta ser un infante (alguien menor de cuatro años por ejemplo), si resulta previsible al agente a que la simple penetración pueda derivar en la muerte del menor, siendo que era lógico que le causaría un daño en el cual podría sobrevenir el fallecimiento.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-El delito preterintencional, es aquel en el cual concurre el dolo y la culpa. Dolo en cuanto al daño querido y culpa en lo que respecta al resultado de mayor entidad que se produce.

SEGUNDA.- El delito preterintencional surge como de la responsabilidad objetiva, como delito calificado por el resultado pensamiento eminentemente germánico.

TERCERA.- Existen tres corrientes doctrinarias principales para analizar el delito preterintencional las cuales son: la que hace de este delito uno doloso, la que lo ve como un delito calificado por el resultado y la que ve la concurrencia del dolo y la culpa.

CUARTA.- En primera instancia no habría distinción entre delitos calificados por el resultado y delitos preterintencionales, pero no resulta válido imponer una sanción más severa a quien no actuó dolosamente para obtener un daño mayor, que es precisamente lo que busca la teoría de la calificación del delito por su resultado, hacer pagar al agente por la consecuencia directa de sus actos.

QUINTA.- El resultado mayor en el delito preterintencional no es querido, ni aceptado por el agente, de lo contrario estaríamos frente al dolo eventual.

SEXTA.- El dolo que se presenta en el delito preterintencional, es dolo directo por que va encaminado a la producción de un efecto lesivo determinado.

SÉPTIMA.- La culpa concurre con el dolo en el delito preterintencional puede ser: culpa que concurre con el dolo en el delito preterintencional puede ser: (o con representación) o culpa inconsciente (o sin representación).

OCTAVA.- Entre los dos eventos dañosos existe una relación de causalidad, y para la existencia de la preterintencionalidad es necesario que exista una sola conducta que dañe dos bienes jurídicamente tutelados de naturaleza distinta, y que el segundo bien mencionado sea de mayor valía que el primero.

NOVENA.- No es dable aceptar a la preterintencionalidad como una forma del dolo por que el resultado que se produce va más allá de la intención del agente.

DÉCIMA.- No debe confundirse el dolo eventual con la culpa conscientemente consiente, ya que en ambos supuestos el autor se representa el

efecto lesivo, en el caso del dolo eventual el sujeto lo consiente, lo ratifica en cambio en la culpa consiente el autor espera evitarlo confiado en su habilidad o destreza es decir, tiene la esperanza de que éste no se produzca.

DÉCIMA PRIMERA.- Debe quedar claro que no es lo mismo cometer un delito doloso en el cual, el sujeto activo quiere el resultado que se produce, a cometer un delito preterintencional en el cual el efecto lesivo de mayor gravedad no ha sido querido ni aceptado.

DÉCIMA SEGUNDA.- Con la reforma de los artículos 8º y 9º del Código Penal se constituyó un avance en la técnica jurídica, por que en primer lugar derogó la presunción de intencionalidad, además de atenuar la sanción en el caso de delito preterintencional.

DÉCIMA TERCERA.- En el delito preterintencional existe la mixtura de dolo y culpa considerada como una tercera forma de culpabilidad.

DÉCIMA CUARTA.- En relación a las formas de culpabilidad contempladas en el Código Penal para el Distrito Federal, concluyo que los Órganos de Jurisdicción al aplicar las sanciones, deben tomar en cuenta en forma precisa una culpabilidad dolosa, una culpabilidad culposa y aunque el artículo 8º de la ley antes invocada no prevé la preterintencionalidad, que es cuando un resultado producido va más allá del resultado querido, siendo en este momento que el juzgador debe apreciar en sentido objetivo dicha preterintencionalidad.

DÉCIMA QUINTA.- Por último, concluyo que la reforma que propongo al artículo 8º de la Ley Penal para el Distrito Federal obedece a la preocupación que la sustentante tiene en relación a esta laguna legal y así hacer una administración de justicia más pronta congruente y expedita para las personas que se vean implicadas en la comisión de delitos donde se pruebe que existió preterintencionalidad en la comisión de los mismos y los jueces tengan fundamento legal en la aplicación de la pena.

PROPUESTA

Cuando registre mi tema de tesis las modalidades de conducta delictiva se encontraban contempladas en los artículos 8º y 9º del Código Penal, por lo que en un principio la suscrita analice en un principio la siguiente propuesta de reforma:

Art. 8º . Los delitos pueden ser:

I Dolosos;

II. Culposos;

II. Preterintencionales.

Artículo 9º Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que deba y podía observar según las circunstancias y condiciones personales, y

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

Sin embargo toda vez que con fecha 16 de julio de 2002 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto que creo un nuevo Código Penal para el Distrito Federal (que entró en vigor a los 120 días de su publicación); y habida cuenta que el objeto de análisis de la presente investigación es la preterintencionalidad como figura jurídica, y no un artículo del cuerpo de leyes penal, es válido que en mi investigación permita proponer incluso la reforma al artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo anterior, y con todos los motivos y argumentos anteriormente expuestos, me permito proponer sea renovada la figura de la preterintencionalidad en el Código Penal para el Distrito Federal, por lo que a mi parecer el artículo 18 del cuerpo de leyes en cuestión debe ser reformados de la siguiente manera:

Artículo 18. (Dolo y Culpa) las acciones u omisiones delictivas pueden ser:

I. Dolosos;

II. Culposos;

III. Preterintencionales.

Obra dolosamente el que, cociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

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

Toda vez que al no existir en nuestra legislación penal dicha figura, y preguntándose como se resolvería la situación de un hecho en la que se pudo haber presentado la figura de la preterintencionalidad.

Con base en todo lo anterior, una vez que se haya apreciado el delito preterintencional en su exacta dimensión, significación y alcance, es como habremos de estar en posibilidad de establecer las condiciones mínimas necesarias para que esas conductas sean retribuidas 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 constituyeron el objeto posible imputación de un delito a título preterintencional.

B I B L I O G R A F Í A.

- 1.-ARROYO DE LAS HERAS ALFONSO, Manual de Derecho Penal del Delito, Editorial Arazadi, Quinta Edición, Pamplona, 1999.
- 2.-AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA, Derecho Penal, Editorial Harla, Segunda Edición, México, 2003.
- 3.-ANTON ONECA JOSÉ Derecho Penal, Editorial Akal, Segunda Edición, Madrid, 2000.
- 4.-A. CALDERÓN Y J.A. CHOCLAN, Derecho Penal, Editorial Porrúa, Décimo Primera Edición, México, 1993.
- 5.-ARILLA BAS FERNANDO, Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2001.
- 6.-CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL Y RAÚL CARRANCA Y RIVAS, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, Décimo Octava Edición, México, 2000.
- 7.-CUELLO CÁLON EUGENIO, Derecho Penal, Editorial Bosch, Décimo Octava Edición, España, 2001.
- 8.-CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL Y RAÚL CARRANCA Y RIVAS, Derecho Penal Mexicano Parte General, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 2000.
- 9.-CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Edición, México, 2001.
- 10.-CARDENAL MURILLO ALFONSO, La Responsabilidad por el Resultado en el Derecho Penal, Editorial Edersa, Décimo Primera Edición, Madrid, 2001.
- 11.-CREUS CARLOS, Derecho Penal, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 2001.
- 12.-DAMIANOVICH DE CERREDO LAURA, Derecho Penal, Editorial Ediar, Sexta Edición, Madrid, 2001.
- 13.-DÍAZ PALOS FERNANDO, La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal, Editorial Colex, Décimo Primera Edición, Madrid, 2000.

- 14.-FONTAN BALESTRA CARLOS, Derecho Penal, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, Argentina, 1999.
- 15.-GARRONE JOSÉ ALBERTO, Diccionario Jurídico, Editorial Abeledo Perrot, Tercer Volumen, Buenos Aires Argentina, 2000.
- 16.-GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, El Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 2000.
- 17.-GIUSEPPE BETTIOL, Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Editorial Bosch. Edición 51 bis, Barcelona, 2001.
- 18.-GONZÁLEZ QUINTANILLA JOSÉ ARTURO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 2001.
- 19.-GÓMEZ EUSEBIO, Leyes Penales Anotadas, Editorial Ediar, Primera Edición, Buenos Aires, 1999.
- 20.-JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, El Criminalista, Editorial La Ley, Segunda Edición, Buenos Aires, 2000.
- 21.-JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, La Ley y el Delito, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición, Buenos Aires, 2001.
- 22.-LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Delitos en Particular, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 2001.
- 23.-LABATUT GLENA GUSTAVO, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Chile, 2001.
- 24.-LUZÓN CUESTA JOSÉ MARIA, Compendio de Derecho Penal Parte General, Editorial Dykinson, Novena Edición, Madrid, 2000.
- 25.-MÁRQUEZ PIÑERO RAFAEL, Derecho Penal, Editorial Trillas, Tercera Edición, México, 2001.
- 26.-MALO CAMACHO GUSTAVO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1999.
- 27.-ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO, Curso de Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2001.
- 28.-ORGAZ ALFREDO, El Daño Resarcible, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

29.-POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Derecho Penal Parte General, Editorial Bosch, Segunda Edición, España, 1999.

30.-PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2000.

31.-PEREDA JULIÁN, El Versari in re ilícita en la Doctrina y en el Código Penal, Editorial Reus, Primera Edición, Madrid, 1999.

32.-PERIS RIERA JAIME MIGUEL, La Preterintencionalidad Planteamiento, Desarrollo y Estado Actual, Editorial Colegio de Abogados de Valencia, Primera Edición, Madrid, 2001.

33.-PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa Décima Cuarta Edición, México, 1999.

34.-ROMERO SOTO LUIS ENRIQUE, Derecho Penal Parte General, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá, 2001.

35.-REINHART MAURACH y HEINZ ZIPF, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Séptima edición, Buenos Aires, 2001.

36.-RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ MARIA, Derecho Penal, Editorial Dykinson, Décimo Cuarta Edición, España, 1999.

37.-REYES ECHANDIA ALFONSO, Culpabilidad, Editorial Temis, 2ª reim. de la 3ª edición, Colombia, 2001.

38.-SOLER SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, Editorial Tea, Décimo Primera Edición, Buenos Aires, 2002.

39.-VELA TREVIÑO SERGIO, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, Segunda Edición, México, 2001.

40.-ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas, Primera Edición, México, 2002.

CÓDIGOS Y LEYES

1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, s/e, Gómez Gómez Hermanos Editores, México, 2004.

2.-Código Penal para el Distrito Federal, s/e, Editorial SISTA, México, 2004.

- 3.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 4.-Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, 1ª ed. Editorial Chilpancingo, México, 2004.
- 5.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 6.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México, ed. Oficial, Editorial Cajica, México, 2004.
- 7.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos, ed. Oficial, Editorial Cajica, México, 2004.
- 8.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 9.-Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 3ª ed. Editorial Cajica, México, 2004.
- 10.-Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, 3ª ed. Editorial Cajica, Puebla, 2004.
- 11.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 12.-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Sonora, 3ª ed. Editorial Cajica, México, 2004.
- 13.-Código Penal para el Estado de Tamaulipas, 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 14.-Códigos de Defensa Social y de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Yucatán, 2ª ed. Editorial Porrúa, 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS

- 1.-DIARIO DE DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LV Legislatura, Primer Período Ordinario, México, 1993.
- 2.-DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Legislación UNAM. Tomo CCCLXX, México, 1984.

3.-DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Legislación UNAM. Tomo CDLXXXV, México, 1994.

4.-Diccionario de la Lengua Española. 21ª ed. Ed. por la Real Academia Española, Madrid, España, 1992.

5.-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico, Editorial. Porrúa, Quinta Edición, México, 1985.

6.-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico, Editorial. Porrúa, Quinta Edición, México, 1999.

7.-Enciclopedia Temática Lafer. Editorial. Reyno, México, 1985.

8.-IUS-2002, Jurisprudencia y Tesis Aisladas de junio de 1917 a marzo de 2003.