



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

E. N. E. P. ACATLAN

EL HOMICIDIO
PRETERINTENCIONAL



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

Jorge Jardón Mejía



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.

Introducción.....	
CAPIT. I. GENERALIDADES DEL HOMICIDIO.....	1
I. Antecedentes históricos.....	1
a) Grecia.....	3
b) Roma.....	5
c) España.....	9
d) Francia.....	13
II. Antecedentes legislativos.....	17
a) Código Penal de 1871.....	17
b) Código Penal de 1929.....	25
c) Código Penal de 1931.....	29
III. Noción general del homicidio.....	32
CAPIT. II. LA CULPABILIDAD EN EL HOMICIDIO.....	41
I. Nociones generales del delito.....	41
II. El delito en el Derecho Positivo Mexicano.....	76
III. La culpabilidad y sus diferentes formas.....	77
a) El dolo.....	77
b) La culpa.....	83
c) La preterintencionalidad.....	87
IV. El homicidio en el Código Penal de 1931; sus elementos....	90
V. Crítica al concepto de homicidio.....	97
VI. Bien jurídico tutelado.....	97
CAPIT. III. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.....	99
I. El homicidio doloso.....	99
II. El homicidio culposo.....	105
III. El homicidio preterintencional.....	108
a) La preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad.....	112
b) Nociones doctrinarias.....	112
c) La preterintencionalidad en el Derecho Positivo Mexicano..	118
d) La preterintencionalidad en las reformas al Código Penal - de 1931.....	122
IV. Tesis de la Suprema Corte de Justicia.....	124
V. Punibilidad en el homicidio preterintencional.....	130
VI. Opinión personal al respecto.....	131
CAPIT. IV. LA TENTATIVA EN EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.....	133
I. Generalidades sobre la tentativa de delito.....	133
a) El iter-criminis.....	135
1. Fase interna.....	135
2. Fase externa.....	137

b) tentativa y frustración.....	139
c) tentativa y delito consumado.....	141
II. Breve historia sobre la tentativa.....	143
a) Roma.....	143
b) Derecho germánico.....	144
c) Las Partidas.....	145
d) La Carolina.....	147
e) Código Penal francés de 1810.....	147
III. La tentativa en el Derecho Positivo Mexicano.....	148
a) Código Penal de 1871.....	148
b) Código Penal de 1929.....	149
c) Código Penal de 1931.....	152
IV. Naturaleza jurídica.....	153
V. La tentativa en los delitos preterintencionales.....	156
VI. Punibilidad en la tentativa.....	158
VII. Tesis de la Suprema Corte de Justicia.....	161
CONCLUSIONES.....	167
BIBLIOGRAFIA.....	172

I N T R O D U C C I O N

La infracción penal mas grave, lo es el delito de homicidio, pues el privar de la vida en forma antijurídica a un miembro de la colectividad, trae como consecuencia que el representante de ella, que lo es el Estado, reaccione energicamente aplicando a su autor las penas mas severas, incluyendo la muerte misma. Esto obedece a que al eliminar a un elemento de la Sociedad, se le ataca en forma directa a ella, ocasionando además del daño individual, un daño social, por lo que siendo el ente jurídico llamado "Estado", quien representa los intereses de la colectividad, es el encargado de sancionar al infractor.

Desde los tiempos mas remotos de la historia de la humanidad, al homicidio se le ha catalogado como el delito que debe ser objeto de sanciones mas fuertes que por lo que respecta a las demás infracciones penales, pues la vida, objeto de la tutela jurídica, es el requisito imprescindible para poder disfrutar de los restantes bienes protegidos por el Derecho.

Cosa que causó inquietud en mí desde la impartición del curso de Derecho Penal II por parte de mis maestros, lo fue el estudio del delito de homicidio en relación al elemento culpabilidad, pues según nuestro ordenamiento penal, éste es imputable a su autor a título de dos formas extremas, el dolo y la culpa. Pero actualmente, se ha venido desarrollando una posición intermedia, iniciada por MARCELO FINZI, que trata de encontrar en la preterintencionalidad una tercera forma de la culpabilidad, participante, a la vez, de las esencias del dolo y de la culpa. Lo que no es posible aceptar en razón de que no es posible atribuir algo a dos causas psicológicas distintas, lo que tratamos de demostrar durante el desarrollo del presente trabajo.

Con el objeto de fundamentar nuestra posición al respecto, divido la presente investigación en cuatro apartados, el primero de los cuales se refiere a la historia del delito de homicidio, iniciando en la Grecia de Aristóteles y terminando con el análisis de los Ordenamientos penales que nos han regido, incluyendo el vigente de 1931; haciendo, además, un estudio sobre la noción general del homicidio.

En la segunda parte, hacemos el estudio de los elementos esenciales del delito, abarcando su aspecto negativo, definiendo nuestra posición al respecto. También, analizamos y criticamos el concepto legal de homicidio, y el desglose y estudio de los elementos que se desprenden del mismo.

En el tercer apartado, analizamos al homicidio en relación al elemento culpabilidad y sus dos formas tradicionales extremas, incluyendo también a la preterintencionalidad, para lo cual estudiamos tanto a autores nacionales como extranjeros y las doctrinas aplicables a tal fin, sosteniendo nuestra postura inicial de no aceptar a un posible tercer miembro o forma de la culpabilidad.

Por último, hacemos un amplio estudio de la tentativa en relación con el homicidio preterintencional y la posible aplicación de aquella a esta.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL HOMICIDIO

SUMARIO: I. Antecedentes históricos: a) Grecia; b) Roma; c) España; d) Francia.-II. Antecedentes legislativos: a) Código Penal de 1871; b) Código Penal de 1929; c) Código Penal de 1931.-III. Ección general del homicidio.

I. Antecedentes históricos.- A la Historia en general, se le acepta como la narración ordenada y sistemática de hechos o acontecimientos, que han influido en el desarrollo evolutivo de la humanidad. - Ahora bien, si aplicamos el mismo concepto a la historia del homicidio- diremos que: ésta es la narración ordenada y sistemática de los diferentes modos de represión, con los cuales ha sido sancionado el homicidio- en las diferentes etapas de desarrollo de la civilización de la humanidad.

Aplicando las ideas que sobre la historia del Derecho Penal expone Tenacio Villalobos, a la historia del homicidio, tenemos que: "La historia del homicidio no debe ser estudiada por el simple afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de este delito, el conocimiento comparativo de sus orígenes y antecedentes, así como el proceso de elaboración que ha seguido su tipificación como conducta ilícita, en los diferentes ordenamientos penales" (1).

(1) Derecho Penal Mexicano, parte general, 3a edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 24

Para Ricardo Lavene "La Historia del homicidio es, en el fondo la misma Historia del Derecho Penal" (2).

Para Maggiore "La acriminación del Homicidio es contemporánea de la Historia de la Humanidad" (3). Por su parte Puig Peña señala que: -- "el delito de homicidio es tan antiguo como la Humanidad misma, pues -- por desgracia, inmediatamente después de nuestros primeros padres, el hombre ha atacado constantemente la vida de sus semejantes, no obstante las fuertes penas que por este delito, se han impuesto siempre" (4).

Desde los mas lejanos tiempos y civilizaciones, la Sociedad ha -- reaccionado siempre con mas energía ante este delito, que en tratándose de las otras conductas lesivas del interés de la sociedad. El homicidio ha sido sancionado siempre con las penas mas severas, desde las mas remotas legislaciones orientales y griegas; todo esto, creemos nosotros, -- ha sido por dos razones fundamentales, estas son:

a) Porque, el hombre es parte del total de la suma de la colectividad, y por lo tanto; al afectarse parte de esa suma, se ataca a la Sociedad misma. Consecuentemente el Estado como vigilante del interés general y representante de la colectividad, debe castigar enérgicamente -- la comisión de este delito; además, y por influencia del cristianismo,

(2) El delito de Homicidio, 2a edición, Editorial Depalma, Buenos-Aires, 1970, pág. 11

(3) Derecho Penal, parte especial, t. IV, 4a edición, Editorial Temis, Bogotá, 1955, pág. 263

(4) Derecho Penal, parte especial, 5a edición, Ediciones Auda, -- S.A., Barcelona, 1959, pág. 287

si al hombre no le es dable disponer de su propia vida, por no pertenecerle, menos aún puede disponer de la vida de sus semejantes: y

b) El bien jurídico tutelado por el derecho es la vida, la cual -- es la condición necesaria para poder disfrutar de los restantes bienes protegidos por el derecho, ya que sin aquella, éstos no tendrían razón de ser: además, porque el daño cometido contra ella, es irreparable.

A continuación, trataremos de exponer en forma ordenada y sistemática, la historia del homicidio en las principales culturas que se han dado a lo largo de la civilización humana, como son: Grecia, Roma, España y Francia.

a) Grecia.- Por lo que respecta a la historia del homicidio en Grecia, nos basaremos para su exposición, en la Obra del tratadista argentino Ricardo Levene, y así tenemos que: "entre los griegos, el homicidio, fuera de hombre libre o esclavo, era sancionado con la misma pena, no existiendo distinción entre ambos".

"Los griegos aún antes que los romanos, quienes fueron los grandes sistematizadores del derecho, ovejaban ya la tentativa de homicidio: -- también, si al cometerse el delito, su autor tenía cómplices, a éstos -- les era aplicable la misma penalidad que a aquél".

"Así mismo, tampoco existía distinción entre homicidio e infanticidio, consecuentemente, a los dos les era aplicable también la misma penalidad; pero en Esparta --señala este autor--, era permitido al padre, matar a su hijo, arrojándolo desde el Traecto, eliminándolo así de su físico noble". De esta forma, entre los griegos se daba una excusa abro

lutoria en favor del padre que se colocara bajo esta hipótesis, es decir, no se le aplicaba penalidad alguna.

"El parricidio era castigado de manera más enérgica, puesto que, al autor de éste, podía perseguirlo cualquier ciudadano, mientras que si se trataba de un homicidio no, pues en tal caso, solo podía ser perseguido y acusado por los parientes de la víctima".

Punibilidad.- Por lo que hace a la penalidad del homicidio entre los griegos, seguiremos basándonos en la obra de Levene, y así tenemos que: "en Grecia no se castigaba la muerte concebida en defensa propia".

"Al autor de un homicidio, se le castigaba con la muerte, el exilio, la confiscación de bienes y privación tanto de derechos religiosos como políticos. La tentativa de homicidio, fué sancionada con el destierro y la confiscación".

"Al autor de un homicidio involuntario, se le aplicaba un año de destierro; asimismo, en caso de homicidio por envenenamiento, se le aplicaba al envenenador la pena de muerte, aunque la víctima no falleciera de inmediato" (5).

(5) Op. cit., págs. 12 y 17.

b) Roma.- "En el derecho romano primitivo, se lo consideró al homicidio como sacrilegio, y era sancionado con el 'supplicium', que era una especie de exorción religiosa, según esta máxima "Si quis hominem liberum sciens morti duit, parricidas esto", esto es, si alguno a sabiendas de su crimen, da muerte a un hombre libre, será tenido como homicida" - (6).

El jurista mexicano Antonio P. Moreno, señala que "en Roma, desde la época de Numa, se designaba al homicidio con la voz 'parricidium' palabra que posteriormente tomara su actual significado, el cual le reconocen la mayoría de las legislaciones penales modernas; esta ley Numa, -venaba el homicidio del Homo liber -del ciudadano-, pero no la muerte -del siervo cometida a manos de su señor, la del "pater familias" si privaba de la vida a quien estuviera bajo su patria potestad".

"Bajo Constantino y Justiniano, se proyectó la influencia del cristianismo y los mandamientos del Decálogo "No matarás", aplicando al homicida la pena de muerte, trasunto a la sanción Talonaria" (7).

"Conforme a lo dispuesto en la ley de las Doce Tablas, era lícito matar a los hijos de físico pobre, desde la roca Tarpeya, así como también al ladrón nocturno" (8). Encontramos ya su antecedente en los griegos, según vimos al tratar de la historia del homicidio en Atenas.

(6) Giuseppe Maggiore, Op. cit., pág. 263

(7) Derecho Penal Mexicano, t. I, 2a edición, Editorial Porrúa, -- S.A., México, 1968, pág. 70

(8) Ricardo Levene, Op. cit., pág. 12

"La ley que reglamentó ex-profeso el delito de homicidio, fue la *lex Cornelia de Sicariis et Venefeciis*" (9).

"La ley *Cornelia de Sicariis et Venefeciis* (de sicarios y envenenadores), del año 671, bajo Sila, sancionaba de una manera muy especial al autor de un homicidio por precio y a los envenenadores (incluyendo a los que lo preparaban) y hechiceros, distinguiendo ya entre homicidio doloso del culposo y casual; a este último no se le aplicaba sanción alguna" (10).

Nos dice Edmundo Mezger que "a partir de Adriano, se pretendió distinguir —siguiendo el ejemplo griego— entre premeditación o *impetus* y citando a MOMMSEN, expone que en el Derecho romano se valora la muerte ocasionada culposamente, con criterios muy distintos" (11).

"La ley Pompeya de parricidio del año 701, limitó ya el concepto que sobre este se tenía, separándolo del homicidio y distinguiendo las características propias de ambos".

"En tanto que la ley Julia de adulterio, permitió que el padre de la adúltera la matase, pero solo en caso de que no lo hiciera el cónyuge ofendido" (12).

(9) Giuseppe Maggiore, Op. cit., pág. 263

(10) Ricardo Levene, Op. cit., pág. 13

(11) Derecho Penal, parte especial, trad. de la 4a edición Alemana, Editorial Bibliográfica ARGENTINA, Buenos Aires, 1954, pág. 30.

(12) FEDERICO PUIG PEÑA, Op. cit., pág. 288

"En la Edad Media, al sobreponerse el derecho germánico al romano, prevaleció la tendencia de castigar el homicidio con penas privadas (*Cautio aestimatio*). Y algunos estatutos sometieron a composición el homicidio y las lesiones. Al recurrir el derecho romano, e influenciado por el derecho canónico, se hizo distinción entre homicidio doloso y homicidio culposo, a aquél se le distinguió a su vez en 'homicidium qualificatum' y 'homicidium simplex' (homicidio calificado y homicidio simple). El homicidio culposo se castigaba con leves penas pecuniarias, y el calificado con pena de muerte, durante la misma época" (13).

Punibilidad.— Igual que cuando estudiamos a los griegos, toca ahora hacer el estudio de la punibilidad del homicidio entre los romanos, — así tenemos que: "desde las Doce Tablas existieron jueces especiales para los procesos de homicidio, llamados 'Quaestores parricidi'. La ley — Cornelia de Sicariis et Venefeciis, delegó a las quaestiones, que eran — una especie de jurado presidido por los magistrados, el conocimiento y el castigo de este delito".

"La pena que se aplicaba al ciudadano romano era la *interdictio aquae et ignis*, y para los esclavos, les era aplicable la pena de muerte — en todos los casos".

"Al parricidio propiamente dicho, esto es, la muerte del padre, de los ascendientes y otros parientes próximos, excluido de la ley Cornelia, se le sancionaba con la muerte por sumersión, aplicada por el pueblo reunido en los comicios, que presidían los quaestores parricidi. Se debe a la ley Pompeya de parricidio, el haber abolido esta sanción".

(13) Giunone Maggiore, Op. cit., pág. 265

"Bajo el Imperio la pena fue la deportatio (destierro), para los nobles acusados de homicidio, en tanto que a los plebeyos se les sancionaba con la expositio ad bestias (el ser arrojados a las fieras). Justiniano por su parte, extendió a todos los homicidios voluntarios la pena de muerte "lex Cornelia homicidas, ultore furio persecutor", esto es, - la ley Cornelia castiga con el hierro venrador a los homicidas".

"Según la ley Aquilia, el homicidio involuntario daba lugar a una reparación pecuniaria. Al caer la República se impusieron penas más graves a los homicidas, aún a los involuntarios, considerándose al homicidio como "res mali exempli", asunto del mal ejemplo" (14).

"En roma se punía el parricidio arrojando al Tiber a su autor, dentro de un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y un mono, - para que no contaminara el suelo".

"En los primeros tiempos se castigaba con la pena de muerte al homicidio intencional y con la expiación al casual. La ley Cornelia disminuyó la muerte para el homicidio doloso. Se sancionaba igual la participación que la autoría" (15).

(14) Giuseppe Maggiore, Op. cit., pág. 265

(15) Ricardo Levene, Op. cit., pág. 17

o) España.— Por lo que hace a España, siguiendo a Levene, tenemos que: "el Fuero Juzgo del siglo VII, dedica el Título V del Libro VI a "Muertes de Homines", distinguiendo entre homicidio involuntario, el — proveniente de actos ilícitos, y el voluntario. Cuando se trataba del — primero, no se debía castigar como homicidio cuando no se había cometido por odio o malquerencia, como cuando se trataba del maestro, padre o señor que castigaban a sus subordinados. Si se causaba a la víctima una pequeña herida y moría, se castigaba a su autor como reo de homicidio;— asimismo, también se prevenía el hecho del padre que mataba empujando o por juego en riña" (16).

Cuello Calón aprecia que "es riquísima la cantidad de textos del — homicidio en los fueros municipales de Castilla". Estos Fueros, sigue — diciendo este autor "destacan la impunidad del homicidio del "enemigo — conocido", así como la declaración de traidor o enemigo de todo el Con — sejo, declaración equivalente a la pérdida de la paz en el derecho ger — mánico, en virtud de la cual el homicida quedaba excluido de la comuni — dad política y desprovisto de protección y amparo; algunos fueros esta — blecen penas de exagerada crueldad. En Cataluña, se desprende de los U — satges que los homicidios daban lugar a la composición o a la venganza, el Fuero de Agramunt manda que den fiadores y sean juzgados conforme a — los Usatges y en tudines Irlandeses también los homicidios se rescata — ban con la composición o quedaban abandonados al derecho de venganza".

"En el Fuero Real de 1255 (Lib. IV, tit. XVII, Ley I), contemplaba el homicidio cometido en legítima defensa, cuando la víctima fuera sor — prendido yaciendo con la mujer, hija o hermana del matador, si se mata —

(16) Op. cit., pág. 13

ba al ladrón nocturno, o si mataba accorriendo a su señor. Ya reaparece la distinción entre homicidio voluntario (a sabiendas), penado con la muerte, y el involuntario (por acción, no queriendo matarlo); sin embargo, reconoce el derecho de venganza en caso de muerte del enemigo conocido. Igual apreciación del elemento voluntario hállase en las partidas (partida VII, tit. VIII, ley 1), las cuales, en caso de homicidio voluntario, imponen también la pena capital, y si fue cometido por imprudencia, el destierro por cinco años en una Isla. Preceptos semejantes se hallan en el Libro de las costumbres de Tortosa, pero en este, no obstante su espíritu romanista, subsiste aún la composición para el homicidio; de igual manera en el Fuero de Valencia, muy romanista también, pero que, no obstante, reconoce el derecho de venganza" (17).

"Las partidas de Alfonso el Sabio, del año de 1256 (partida VII, tit. VIII, ley 1), define el "homecillo" como "cosa que fassen los homes a las vagadas a fuerte a las veces a derecho", y como forma del mismo prevé el injusto con derecho y de acción. En caso del homicidio voluntario, imponen también la pena capital; al cometido por imprudencia, el destierro por cinco años en una Isla. Matar al loco, desmemoriado y menor de diez años y medio de edad, no era objeto de sanción alguna. Se imponía sanción a los físicos (médicos) y cirujanos que obraban por imprudencia, al boticario que vendía a sabiendas veneno mortífero, la mujer embarazada que ingería algo para abortar, el Juez que dictaba sentencia injusta y a los testigos falsos, con la pena de muerte. Existe en las partidas un gran adelanto, pues se fija la sanción para aquellos que con castigo ocasionan la muerte del hijo, el siervo o el discípulo".

(17) Derecho Penal, t. I, 7a edición, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 1949, págs. 417 y 418

"El ordenamiento de Alcalá de 1348, dedica el Título XXVI a los homicidios y la Novísima Recopilación (Lib. XII, tít. XXI, ley 1), impuso la pena de muerte al homicida (1805). Contempla el homicidio simple, el justificado, el alevoso, el cometido en la Corte o por medio de inun-
 dio, o en acción de robo".

"La suma de las leyes penales de Francisco de la Prodrilla, adicionada por el licenciado Francisco de la Barreda (Madrid 1639), se refiere con toda detención al homicidio doloso, castigado con pena de muerte, al preter intencional, al justificado, al cometido en legítima de-
 fensa o por un clérigo, o con veneno, al parricidio y al homicidio alevoso o por precio" (18).

En España, a decir de Cuello Galón "los Códigos posteriores penaron al homicidio simple con penas de privación de la libertad de larga-
 duración; el de 1822 (art. 616), le señalaba la pena de obras públicas de 15 a 25 años, aproximada duración señalaron los Códigos de 1850 (art. 333, 2º), 1870 (art. 419), 1928 (art. 515) y 1932 (art. 413)" (19).

Levene expone que "en las Indias se aplicaban las mencionadas leyes en el orden preestablecido por el ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Nueva Recopilación de Leyes de Castilla. Consecuentemente la Reco-
 pilación de Indias de 1680, prácticamente no contiene disposiciones relativas al derecho de fondo, esto es el real, no obstante que en el Li

(18) Ricardo Levene, Op. cit., pág. 14

(19) Op. cit., pág. 418

bre VII, título VIII, trata de los delitos y penas y su aplicación en 28 leyes y se refiere a alguno de ellos, pero no al homicidio, pudiendo se citar tan solo una ley de la misma que ordenó a los jueces no aceptar la composición de los delitos, salvo que no hubiese de por medio un interés general".

Punibilidad.- Por lo que concierne a la penalidad del homicidio en España, sigue exponiendo Levene "En el Fuero Juzgo si había circunstancias agravantes, se castigaba el homicidio con pena de muerte, lo mismo que el voluntario, además se aplicaba tormento si se empleaba veneno.

Se sancionaba con multa si la muerte se producía empujando a la víctima y haciéndola caer, o en riña. Si mataba el siervo por orden de su señor éste sufría la pena de muerte y aquél la de azotes. Si se mataba a un pariente, el autor moría en la forma que había matado".

"Los fueros municipales imponían unos la pena de muerte y otros la composición".

"La pena de muerte también era la que establecía el Fuero Real, pero si el homicidio se producía a traición, el autor era arrestado y ahorcado".

"Las partidas imponían el destierro para el homicidio por imprudencia y la pena de muerte para el homicidio injusto".

"El parricidio era castigado como en el derecho romano. No obstante que las leyes españolas regían en América, su aplicación fue moderada por los jueces y excepcionalmente se llegó a la pena de muerte" (20)

d) Francia.- Resulta difícil encontrar datos precisos propios, sobre la historia del homicidio en Francia, pues como dice Garraud "el derecho criminal francés es de carácter ecléctico, ya que en el siglo V d. de c., regían en el suelo de la Galia dos derechos completamente diferentes, aunque del mismo origen, ya que las razas germánica romana y gala parecen ser dos ramas destacadas del mismo tronco ario; el derecho germánico aún en su infancia y el derecho galo romano en completo desarrollo. Por el cristianismo y bajo su influencia se operó durante catorce siglos la fusión de sus elementos".

"Estos esfuerzos de unificación, se personifican con Carlo Magno, - quien crea una primera unidad con sus Capituñares, en medio de Instituciones confusas de tiempos bárbaros, creando un poder capaz de defender al individuo. Luis IX y Luis X luchan contra el feudalismo; en el siglo XVI la jurisprudencia basada mas que nada en el derecho romano, se apropia de todos los elementos dispersos del derecho".

Sostiene el autor citado que, "la historia del derecho criminal -- francés se compone de tres períodos, estos son:

1) De formación.- Durante el cual se combinan el derecho romano, - el germánico y el canónico. Este período abarca hasta el siglo XVI

2) De unificación.- Una vez cumplida la unidad territorial de cada costumbre, se unen la realeza y los legisladores para llevarla a cabo. Se extiende este período hasta finales del siglo XVI, y

3) De unidad.- Comienza en 1789 y se caracteriza por la codifica--

ción de la legislación nacional" (21).

Por su parte Luis Jiménez de Asúa dice textualmente: "En Francia, - su derecho penal común se forma en la lucha del poder civil contra el - religioso, que acaba siendo vencido en toda la línea, así como las ju-- risdicciones municipales y feudales" (22).

El mérito de todo esto, considero yo, fue el haber combinado los - diversos elementos que la componen, esto es, haber apropiado sus mate-- riales con un gran trabajo de asimilación y haberle dado un carácter im personal, lo cual haría que, posteriormente el derecho criminal francés sirviera de base a la mayoría de las legislaciones europeas.

"Existieron varios ordenamientos que se dieron durante el desarro- llo legislativo francés, estos fueron: el Gran Coutumier de Carlos VI - (1453), las ordenanzas criminales de Francisco I (1539), la Ordenance - Criminelle de Luis XIV (1670) y las posteriores que precedieron a la -- Gran Revolución".

"Estas Ordenanzas Criminales de Luis XIV, son mas bien de carácter procesal, ya que se trata con gran desorden del duelo, del peculado, de la ocultación del embarazo. Esto trajo como consecuencia la necesidad - de la Jurisprudencia de los parlamentos, dicha jurisprudencia se esta - bleció sobre el influjo de la doctrina, de la legislación y del derecho

(21) Tratado de Derecho Penal, delito, delincuente y pena, la edición, Obra mimeografiada, México, 1934, pág. 29

(22) Tratado de Derecho Penal, t. I, 2a edición, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1956, págs. 296 y ss.

canónico. De ahí la diversidad de infracciones que se penan; entre las cuales, es digna de mencionarse la de los crímenes contra las personas, entre los que se encuentra el homicidio y otros. La época codificadora en Francia, empieza realmente con la Revolución, dichos Códigos son: el del 25 de septiembre, 6 de octubre de 1791, el de 3 de Brumario del año IV (25 de octubre de 1795) y el Código de 1810, aún en vigor" (23).

Este Código Penal dice "L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre": y en otro artículo dice: "Tout meurtre commis avec préméditation ou de quer s'ens, est qualifié assassinat" (24).

Edmundo Mezger interpretando los anteriores artículos del Código Penal francés, estima que "Se distingue entre homicidio y asesinato, -- consistiendo el primero en matar abiertamente, y el segundo en matar en forma oculta y alevosa, con la característica de la premeditación" (25)

Esto es, en Francia existe la diferencia entre el cometer un homicidio, y el cometer un asesinato; se diferencian en que en el primero no operan las calificativas, es pudieramos decir, un homicidio simple, -- en tanto que en el segundo si operan, siendo en consecuencia este, un homicidio calificado.

"Este Código Penal francés de 1810, ha tenido dos grandes reformas, una de 1824, la cual consistió en la extensión de las circunstancias atenuantes; la otra reforma fue en 1832, que modificó el cuerpo legal en cuanto a la medida de la pena, introduciendo las circunstancias-

(23) Luis Jiménez de Asúa, Op. cit., pág. 296, 309 y 310

(24) Arts. 295 y 296 del Código Penal francés

(25) Op. cit., pág. 37

ateruantes que el sentido igualitario de la revolución no había querido recibir. Suele considerársele como la legislación que inspiró a todos los países durante casi todo el siglo XIX, principalmente los europeos" (25')

Punibilidad. - Resulta aún mas difícil encontrar antecedentes precisos al respecto, pues como estudiamos anteriormente, en una primera época las penas eran arbitrarias, esto es, el Juez podía fijar libremente, según su personal criterio, la pena aplicable, variando esta, según la condición personal del culpable.

Por consiguiente, solo haremos la transcripción de citas, que esporádicamente hacen los autores consultados, así tenemos que:

"En la época de San Luis (1270), se estableció la pena de horca, aboléndola la ley del 4 de Brumario del año IV (26 de octubre de 1795)" - (26). "El Código de 1810, volvió a castigar con la muerte al homicidio calificado, contemplando el elemento intencional" (27).

(25') Véase LUIS JIMENEZ DE ASUA, Op. cit., pág. 310

(26) Ricardo Levene, Op. cit., págs. 18 y 20

(27) Giuseppe Maggiore, Op. cit. pág. 265

II. Antecedentes Legislativos.-- Nos ocuparemos ahora de los antecedentes legislativos del homicidio en nuestro derecho; para ello, seguiremos el siguiente orden: a) Código Penal de 1871 (Martínez de Castro); b) Código Penal de 1929 (Almaraz), y c) Código Penal de 1931, en vigor.

a) Código Penal de 1871.-- Con fecha 6 de octubre de 1862, el C. -- Presidente de la República, licenciado Don Benito Juárez, ordenó que se nombrara una Comisión, encargada de formular un Proyecto de Código Penal. De esta manera, el ministro de Justicia, Jesús Terán, nombró dicha Comisión; quedando integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José -- Ma. Herrera Y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Posteriormente, el licenciado Carlos Ma. Saavedra, sustituyó al licenciado Ezequiel Montes. La Comisión logró dar por terminado el proyecto del Libro Primero; pero hubo que suspender sus trabajos con motivo de la intervención francesa.

Vuelta la calma al país, el mismo Benito Juárez, por conducto del ministro de Justicia, licenciado Ignacio Mariscal, nombró una nueva Comisión con objeto de continuar con los trabajos de elaboración de un -- proyecto de Código Penal, recayendo los nombramientos en las personas -- de los licenciados Antonio Martínez de Castro como su Presidente, José -- Ma. Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel Ma. de Zamacona.

Teniendo a la vista el proyecto del Libro Primero que había formulado la Comisión anterior, la nueva trabajó por espacio de dos años y -- medio, llegando a formular el proyecto de Código, que presentado a las -- Cámaras, fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para co -- menzar a regir el primero del mes de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California.

Martínez de Castro sienta que "solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron" (28).

De lo anterior se desprende que, la principal preocupación de los redactores de este Código Penal, era la de formular una legislación para México y no continuar con el arbitrio prudente y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia.

Este Código que cuenta con 1152 artículos, admite fundamentalmente los postulados de la Escuela Clásica; conjuga la justicia absoluta y la utilidad social; establece la responsabilidad moral (libre albedrío) como base de la responsabilidad penal (art. 34 frac. I); cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (arts. 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático; el arbitrio judicial se encuentra reducido y muy limitado, teniendo el juzgador la obligación de imponer la pena específicamente señalada en la ley (arts. 37, 66, 69, 230 y 231); la pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (art. 92 frac. X); delimita los conceptos de intención y culpa; desarrolla la participación en el delito, acumulación, reincidencia y tentativa.

No obstante la orientación clásica, éste Código de 1871 se encuentra influido levemente por un espíritu positivo, al reconocer algunas medidas preventivas y correccionales (art. 94), y de la libertad preparatoria y retención.

(28) Exposición de Motivos del Código Penal de 1871

Este ordenamiento estaba correctamente redactado, como su modelo - el español de 1870. Por eso, dicho Código, puesto en vigor con designio de mera provisionalidad, como lo reconocieron sus propios autores, mantuvo, no obstante, su vigencia hasta el año de 1929.

Este Código, en su Libro Tercero llamado: De los delitos en particular, abarca 15 Títulos. El Título segundo: "De los delitos contra las personas, cometidos por particulares", señala los siguientes: "Golpes y otras violencias físicas simples" (I), "Lesiones. Reglas generales" --- (II), "Lesiones simples" (III), "Lesiones calificadas" (IV), "Homici --- dio. Reglas generales" (V), "Homicidio simple" (VI), "Homicidio califi --- cado" (VII), "Parricidio" (VIII), "Aborto" (IX), "Infanticidio" (X), -- "duelo" (XI), "Exposición y abandono de niños y de enfermos" (XII), -- "Plagio" (XIII), "Atentados cometidos por particulares contra la liber --- tad individual. Allanamiento de morada" (XIV).

El maestro González de la Vega, al ocuparse de dicha clasificación escribe que "El sistema seguido por el citado ordenamiento presentaba - el inconveniente de agrupar en una sola clasificación delitos de tan di --- ferentes consecuencias jurídicas como son aquellos que afectan directa --- mente la vida y la integridad fisiológica de las personas y aquellos -- que lesionan simplemente su libertad y, además, el de pretender inte --- grar una enumeración completa de los delitos contra las personas cometi --- dos por particulares, siendo así que sólo incluía escasa parte de ellos quedando excluidos de esta denominación tipos de infracciones evidente --- mente realizadas por particulares contra las personas, especialmente -- los delitos patrimoniales, los sexuales y los llamados delitos contra - el honor" (29).

(29) Derecho Penal Mexicano, los delitos, 14a edición, Editorial - Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 3

El artículo 540 del citado ordenamiento establece que, es homicidio el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga. A pesar de su redacción, no contiene propiamente la definición del homicidio, sino del calificativo que se le daba al ejecutor del elemento material del delito, consistente en la acción de privar de la vida a otro.

Reservaba el nombre de lesiones mortales a aquellas que producen el daño de muerte; dicha clasificación sólo es posible hacerla posteriormente, es decir, después de sobrevenida la muerte del sujeto, y mediante la necropsia médico-legal.

Además de comprobar que la lesión fue mortal, el artículo 544 establecía tres requisitos sin los cuales no se tendría como mortal una lesión y no se constituiría el homicidio, estos son:

I. Que la lesión produzca por si sola y directamente la muerte; ó que aun cuando ésta resulte de causa distinta, esa causa sea desarrollada por la lesión o efecto necesario ó inmediato de ella. En la primera hipótesis, pueden, fácilmente, los peritos médicos establecer la relación causa-efecto, entre las alteraciones causadas en el órgano u órganos interesados y el resultado letal -muerte-; en la segunda, la lesión concurre con otros factores distintos a ella y que producen la muerte.

II. Que la muerte se verifique dentro de los sesenta días contados desde el de la lesión. En su exposición de motivos se decía que, esto tenía como objetivo primordial, evitar que los procesos se aplazaran por mas tiempo, ya que, estadísticamente, la mayor parte de los lesionados sanan o mueren antes de transcurrido ese tiempo.

III. Que después de hacer la autopsia del cadáver, declaren dos peritos que la lesión fue mortal, sujetándola para ello a las reglas contenidas en éste artículo y en los siguientes.

Por lo que hace a la concurrencia de causas (concausas), el citado ordenamiento, con gran claridad, determinaba reglas precisas para solucionar el caso de muerte consecutiva a varias concausas; las cuales podían ser; anteriores o posteriores a la lesión; a su vez, las anteriores y posteriores, podían ser imputables o no al agente del delito. Estas reglas se encontraban redactadas de la manera siguiente:

Art. 545.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión aunque se pruebe: - que se había evitado la muerte con auxilios oportunos; que la lesión no hubiera sido mortal en otra persona; ó que lo fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Art. 546.- Como consecuencia de las declaraciones que preceden, no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea resultado de una causa que existía y que no sea desarrollada por la lesión, ni cuando esta se haya vuelto mortal por una causa posterior á ella como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, ó excesos e imprudencias del paciente ó de los que le asisten.

Se prevenía el homicidio cometido en riña de tres o mas personas en el artículo 558, estableciendo las siguientes reglas:

I. Si la víctima recibiere una sola herida mortal y constare quien la infirió, sólo este será castigado como homicida;

II. Cuando se infirieran varias heridas, todas mortales, y constare quienes fueron los heridores; todos serán castigados como homicidas;

III. Cuando sean varias las heridas, unas mortales y otras no, y se ignore quienes infirieron las primeras, pero conste quienes hirieron

sufrirán todas la pena de seis años de prisión, excepto aquellos que justifiquen haber dado sólo las segundas.

A éstos últimos se les impondrá la pena que corresponda por las heridas que infirieron.

IV. Cuando las heridas no sean mortales sino por su número, y no se pueda averiguar quienes las infirieron; se castigará con tres años de prisión, á todos los que hayan atacado al occiso con armas á propósito para inferir las heridas que aquél recibió. Es criticable este artículo, el hablar solamente de "heridas", siendo que, según el concepto de lesiones, éste abarca a toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, y no solamente a las heridas.

Es el artículo 553, el que da la definición de la riña, diciendo: "es la contienda de obra y no de palabra, entre dos o mas personas".-- Creemos nosotros que, los redactores del Código Penal en estudio, se basaron en la definición que da Carrara de la riña --dada el gran jurista italiano--: "la riña se define como una lucha súbita entre dos o mas personas por causas privadas. Se dice súbita para distinguir la riña de la agresión y del duelo; y se dice por causas privadas, para distinguirla de la sedición y de otros delitos de carácter político" (30)

El artículo 550 da la definición del homicidio simple diciendo: "es aquél que no es premeditado, ni se ejecuta con ventaja, con alevosía ó a traición"; el calificado, por el contrario, es el que se comete con premeditación, con ventaja ó con alevosía, y el preteritivo, que es el que se ejecuta a traición (art. 560).

(30) Programa de Derecho Criminal, parte especial, vol. I, t. IV, traducción de la 5a, 6a y 7a edic. italianas, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 408

A diferencia del Código Penal en vigor, el de 1871 preveía en -- forma expresa el caso del homicidio preterintencional --objeto de estudio de esta tesis--, al establecer en su artículo 557 que "cuando algu no cause involuntariamente la muerte de una persona á quien solamente se proponga inferir una lesión que no sea mortal; se le pondrá la pena que corresponda al homicidio simple con arreglo a los seis artículos que preceden; pero disminuida por falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de cuarta clase, excepto en los casos que exceptúa la fracción 10a del artículo 42". Dicha fracción decía textualmente: "haberse propuesto hacer un mal menor que el causado, á no ser en los casos exceptuados en la fracción I del artículo 10"; a su vez, esta fracción, la que es igual a la fracción II del artículo 15 en el Código Penal de 1929 y a la fracción II del artículo 9 en el Código Penal vigente, que estudiaremos con detenimiento posteriormente, establece que: "no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó; si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; si el reo había previsto esa consecuencia, ó ella es efecto ordinario y está al alcance del común de las gentes; ó si se resolvió a quebrantar la ley, fuera cual fuese el resultado". Estos ordenamientos penales no han considerado al delito preterintencional en su denominación técnica, ya que únicamente resuelven el problema declarando que "la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque se pruebe que...". Esto es, únicamente contiene una presunción iuris tantum de dolo.

Punibilidad.— En el Código Penal de 1871, se exceptuaba de penal al homicidio casual, que era aquél que resultaba de un hecho u omisión, que causan la muerte sin intención ni culpa; el homicidio sim --

ble intencional se castigaba con 12 años de prisión, cuando lo cometa el homicida en un descendiente suyo, **excepto** en el caso del artículo 555, cuando lo cometa en su cónyuge, menos en el caso del artículo 554 y cuando lo ejecute sin causa alguna y sólo por una brutal ferocidad (artículo 552 fracciones I, II y III); se aplicaban 4 años de prisión cuando el homicidio se ejecutaba en el cónyuge en el momento de cometer adulterio, ó en uno próximo a su consumación y con 5 años cuando lo cometa el padre en su hija, ó al corruptor de ella, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, y siempre y cuando no se haya procurado o facilitado el adulterio o la corrupción de la hija (artículos 554, 555 y 556); se castigaba con la pena de muerte el homicidio intencional, cuando se ejecutaba con premeditación y fuera de riña, cuando se cometía con ventaja tal, que el homicida no corra riesgo de ser muerto ni herido por su adversario y a quél no actúe en legítima defensa, cuando se cometía con alevosía ó traición (artículo 561); se castigaba como premeditado el homicidio cometido por medio de veneno (artículo 562), y se equiparaba al premeditado, el que se cometía por abandono de un niño menor de 7 años de edad ó de cualquier persona que tenga a su cuidado el homicida (artículo 563).

b) Código Penal de 1929.- En el año de 1903, siendo Presidente de la República el General Porfirio Díaz, se designó una Comisión, presida por el licenciado Miguel S. Kacode, para efectuar una revisión de la legislación penal. Siendo hasta el año de 1912 cuando se presentó el proyecto de reformas al Código de 1871, no habiéndose reconocido legalmente, en virtud de que el país se encontraba bajo la convulsión revolucionaria.

Una vez vuelta la calma al país, a fines del año de 1925, el Presidente de la República, nombró, por conducto del Secretario de Gobernación, una Comisión para que redactara un Código para el Distrito y Territorios Federales, quedando integrada, dicha Comisión, por los licenciados Ygnacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y el licenciado Castañeda. En el mes de mayo de 1926 fue nombrado en sustitución del licenciado Castañeda, el licenciado José Almaraz, quedando finalmente integrada la Comisión por los licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, presidiendo los trabajos de la Comisión este último.

Estando en la Presidencia de la República, el licenciado Don Emilio Portes Gil, se expidió en septiembre de 1929 un nuevo Código Penal.

El licenciado José Almaraz decía que: "La Comisión acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva.... es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes -entre sus meritos señala- el haber roto con los antiguos moldes de la Escuela Clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones" (31).

(31) Exposición de Motivos, págs. 18 y 25

. Este texto legal, formado por 1228 artículos, ha sido objeto de duras críticas, por pretender basarse en forma decidida en los postulados de la Escuela Positiva; pero, de hecho no difirió de las orientaciones de la Escuela Clásica, pues contiene entre su articulado: grados del delito (art. 20) y de la responsabilidad (art. 36); contiene también, un catálogo de atenuantes y agravantes, con valor progresivo-matemático (arts. 53 a 63), reconociendo a los jueces la facultad de señalar otros nuevos y de valorar distintamente las señaladas (art. 55); arbitrio judicial muy restringido (arts. 161, 171, 194 y 195).

Como novedades dignas de mencionarse, encontramos la responsabilidad social sustituyendo a la moral cuando se trataba de enajenados mentales (arts. 32, 125 y 128); la suspensión de la pena de muerte; la multa, la cual se basó en la "utilidad diaria" del delincuente (art. 84); tomada del proyecto Macedo de 1812, la condena condicional; y la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público (art. 319), pudiendo los particulares, en determinadas ocasiones, exigirlos, con lo que se desvirtuaba su naturaleza.

Con lo expuesto anteriormente, resulta que la inspiración positiva de los redactores del Código, no tuvo fiel reflejo en su articulado que fundamentalmente, no modificó el sistema del Código de 1871.

Muy por el contrario de su antecesor, el Código de 1929 padeció de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes repeticiones, de duplicidad de conceptos, lo que dificultó su aplicación práctica. Por eso coincidimos con la opinión sustentada por Porte Petit, de que "... no realizó integralmente los postulados de la Escuela Positiva por: a) obstáculos de orden Constitucional, y b) errores de carácter técnico" (32).

(32) Evolución Legislativa Penal en México, la edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, pág. 30

En su Libro tercero, denominados De los tipos legales de los delitos, contiene 21 títulos. En el título décimo-séptimo "De los delitos contra la vida", enumeraba a los siguientes: "De las lesiones. Reglas generales" (I), "De las lesiones simples" (II), "De las lesiones calificadas" (III), "Del homicidio. Reglas generales" (IV). "Del homicidio simple" (V), "Del homicidio calificado" (VI), "Del parricidio" (VII), "Del infanticidio y del filicidio" (VIII), "Del aborto" (IX), "De la exposición y del abandono de niños y enfermos" (X). La denominación del título, ha sido, también objeto de críticas, pues no todos los delitos que enumera, suponen necesariamente el daño de muerte, como en el caso de las lesiones y del abandono de niños y enfermos.

Por lo que se refiere al delito de homicidio, el artículo 963 toma íntegramente la definición del artículo 540 del anterior código; -- son iguales también los artículos 541 y 964; 542 y 965; 543 y 966; 544 y 967, excepte la fracción III de éste último, pues ilógicamente agrega la frase "si se encuentra el cadáver del occiso". La pérdida del cadáver, invade físicamente la práctica de la necropsia; son también iguales el 545 y 968; 546 y 969; 547 y 970, de los citados ordenamientos.

Punibilidad.— La penalidad del homicidio en el Código Penal de 1929, no difirió mucho de la del anterior Código, ya que sólo se suprimió la pena de muerte y se estableció un pequeño margen --muy estrecho-- entre en mínimo y el máximo, que según el criterio del juzgador, debería imponerse a los culpables de homicidio.

Resaltan en este ordenamiento, la excusa absoluta de que gozaba tanto el cónyuge homicida como el padre que matara al corruptor de su hija. Los artículos 979 y 980, reglamentaban lo anterior, en los si

güentes términos: art. 979.— No se impondrá sanción alguna: al que —
 comprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un
 acto próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros o a
 ambos; salvo el caso de que el matador haya sido condenado antes como
 reo de adulterio, por acusación de su cónyuge, o como responsable de —
 algún homicidio o delito de lesiones. En estos últimos casos, se impon
 drá al homicida cinco años de segregación; por su parte, el artículo —
 980, establecía que "tampoco se impondrá sanción: al padre que mate a
 su hija que esté bajo su patria potestad, o al corruptor de aquella, o
 a ambos si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o —
 en uno próximo a él. Cuando el padre haya sido condenado anteriormente
 como responsable de un homicidio o de un delito de lesiones, se le im
 pondrán cinco años de segregación". Son de resaltar, pues, siendo —
 precisamente el Código que tan acertadamente y con un criterio moder
 no, suprimiera la pena de muerte, tuvo un retroceso a las épocas primi
 tivas del derecho penal, regresando al criterio de impunidad de las —
 viejas leyes españolas, al consagrar a los particulares el derecho de
 venganza; también se resalta su carencia de técnica, pues no prevenía —
 a las lesiones e interpretando dichos preceptos, encontramos que cuan
 do solo se causaran estas, se le exceptuaba también de sanción el agen
 te del delito.

c) Código Penal de 1931.— El mismo Presidente de la República que había promulgado el Código anterior, licenciado Emilio Portes Gil, determinó la elaboración de un nuevo Código Penal. La Comisión la interaron el licenciado Alfonso Teja Zabre como Presidente, y los licenciados Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles; concluyendo sus trabajos con la redacción del actual Código Penal, que entró en vigor el día 17 de septiembre de 1931.

Este ordenamiento, que no se sujetó ni a la Escuela Clásica, ni a la Escuela Positiva (con mayor inclinación a esta última), estableció varias innovaciones; amplió el arbitrio judicial en la aplicación de la pena; desapareció el catálogo de atenuantes y agravantes; la acción de reparación del daño exigible al responsable se limitó en su ejercicio al Ministerio Público; desaparecieron las diversas fórmulas de tentativa, etc.

En su Exposición de motivos encontramos que "ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea, práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos, sino delinquentes, debe complementarse así: no hay delinquentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario: se justifica por distintos conceptos parciales; por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la ley penal es uno de los

recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no lo proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del castigo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad; d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación de procedimientos, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1. organización práctica del trabajo de los presos, reformas de prisiones y establecimiento de centros adecuados; 2, dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3, completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); 4, medidas sociales y económicas de prevención" (33)

Este Código de 1931, ha recibido numerosos elogios de propios y extraños; pero también, por supuesto, diversas críticas. Pero no cabe duda de que se trata de un ordenamiento con grandes aciertos, que si bien, contiene defectos como toda obra humana, constituyó un gran adelanto para la época en que entró en vigor, pues vino a remediar la carencia de técnica y los errores del Código Penal de 1929. Entre sus defectos se señalan principalmente dos, estos son: a) la reducción del articulado, que origina serios trastornos prácticos, y b) la exagerada ampliación del arbitrio judicial.

(33) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia de Fuero Federal. Revisada según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del licenciado Alfonso Teja Zabre, 4a edición, Botas, México, 1938

El Código Penal en vigor, está compuesto por 400 artículos y --- 3 transitorios. En el Libro segundo, el título decimonoveno --denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal"--, enumera las si guientes infracciones: "Lesiones" (I), "Homicidio" (II), "Reglas comu nes para lesiones y homicidio" (III), "Parricidio" (IV), "Infanticidi o" (V), "Aborto" (VI), "Abandono de personas" (VII). La denominaci ón del título, tampoco ha escapado a la crítica, pues, la clasificaci ón del delito de abandono de personas, dentro de este título, es in correcta, ya que el abandono se sanciona aún cuando a consecuencia -- del mismo, no exista alteración en la salud ni la privación de la vida; también le es criticable la inclusión dentro del Capítulo de homici dio de los delitos de disparo de arma de fuego y el ataque peligroso, ya que estos son delitos formales, es decir, se sancionan independi entemente de la comisión de cualquier otro delito y por lo tanto, -- ninguno de los dos supone necesariamente el daño de muerte.

Es el artículo 302 del citado ordenamiento, el que da la definici ón del homicidio, en los términos siguientes: "Comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a otro". En el siguiente Capítulo, nos encargaremos del estudio de los elementos que se desprenden de la definición y de la crítica de ésta. Únicamente diremos que, no se trata propiamente de la definición del homicidio, sino de su elemento ma terial (elemento objetivo), 'privar de la vida'.

III. *Noción general del homicidio.*— Al hacer el estudio de los antecedentes históricos y legislativos del homicidio, lo hicimos sin dar una definición de lo que jurídica y etimológicamente detentan entender por homicidio. *Tez que ahora, dar una noción general del homicidio, a reserva de tratarlo con amplitud cuando hagamos el estudio del Código Penal de 1931.*

Etimológicamente la palabra homicidio, dice Bernal Pinzón "derivada de la expresión latina homicidium, la cual a su vez se divide en dos elementos: homo y caedere. Homo (hombre) proviene de homus, cuyo significado corriente es el de tierra y el sufijo 'cidium' proviene de caedere (matar)" (34). En este sentido, homicidio es privar de la vida a un hombre.

Francisco Carrara hace la distinción entre homicidio en sentido amplio y homicidio en sentido restringido. Dentro del primero 'muerte de un hombre cometida por otro hombre', comprende "el homicidio legítimo, que es aquél que tolera la Ley, en legítima defensa de uno o de otros:— comprende también el homicidio legal, esto es, el cometido por orden de la Ley, por ejemplo, el que comete el verdugo, excepcionando de éste, el caso en que el verdugo masacra bárbaramente al condenado, en vez de matarlo de un solo golpe. En sentido restringido, Carrara lo define como "la muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre" (35).

(34) El homicidio, la edición, Editorial Temis, Bogotá, 1971, pág. 1.

(35) Programa de Derecho Criminal, 5a, 6a y 7a ediciones Italianas t. III, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 42.

En forma análoga, el Dr. Constanancio Bernaldo de Quiroz escribe "agrupamos todos los casos de muerte de nuestros semejantes que la experiencia nos muestra, en dos, solo en dos grandes grupos, desde el punto de vista que suscitan en nosotros":

a) muertes que determinan una reacción excitante, impulsiva; y

b) muertes que determinan un estado de espíritu depresivo resignado

"Llamamos a los primeros muertes criminales -delitos- y a los segundos muertes naturales" (36).

Vannini, utilizando la definición de Carmignani, quien a su vez coincide con la de Carrara, sostiene que "homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre" (37).

Creemos nosotros, por nuestra parte que, el agregar el adjetivo --'injusto' al homicidio, en la definición que da Carrara, está de mas, pues la injusticia es la característica de todo delito y el aceptarlo en el homicidio, traería como consecuencia la necesidad de agregarlo a todas aquellas conductas previstas por los códigos penales. Se tendría que agregar lo injusto al apoderamiento en el ROBO, al engaño en el --FRAUDE, etc.

(36) 'Evolución Jurídica del homicidio'. Revista Criminalia, Número XII, Ediciones Estas, México, 1946, pág. 274

(37) Citado por RICARDO LEVINE, Op. cit., pág. 8

Además por el solo hecho de encontrarse prevista una conducta en el Código Penal -es injusta- sin necesidad de hacer referencia específica a ésta.

Debemos aclarar que, desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, es útil para el estudio integral de este delito, pero es necesario que se haga mención a todos los elementos esenciales del delito, - como son: la conducta, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad --- que estudiaremos ampliamente con posterioridad, y no solo a uno de ellos.

En cuanto a la clasificación que hace el Dr. Constancio B. De Quiroz, solo tiene relevancia para nuestro estudio la primera a las que llama 'muertes criminales', pues la otra 'muertes naturales', no tiene ninguna consecuencia para el derecho penal.

El penalista español Eugenio Cuello Calón opina que "es necesario para dar una definición del homicidio, el hacer alusión a uno de los elementos esenciales del delito 'la voluntad', de modo que la definición mas justa del homicidio quedaría así: la muerte de un hombre voluntariamente causada por otro hombre" (38).

Es aplicable a esta definición la misma crítica que hicimos ya anteriormente a la definición de Carrara y sus seguidores, pues si se quiere aplicar la dogmática -de la cual es iniciador Ernest Beling en Alemania- y Celestino Porte Petit, su aplicador en México, es necesario hacer mención específica de todos los elementos esenciales del delito.

(38) Derecho Penal, parte especial, t. II, 7a edición, Editorial - BOSCH, Barcelona, 1949, pág. 417.

Antelmei lo define como "la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de justificación"; Ranieri por su parte dice que "es la muerte ilegítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre" (39).

Es criticable a la segunda definición el hacer referencia solo a la intención en el homicidio, dejando fuera de ella a la culpa, como una segunda forma de culpabilidad, y a la preterintención, aceptada por varias legislaciones, como una tercera forma de culpabilidad. Consecuentemente e interpretando dicha definición, tendríamos que si una muerte es causada por imprudencia, no se tomaría como delito.

Para Pavón Vasconcelos "homicidio es la muerte violenta e injusta de un hombre atribuible, en un nexo de causalidad, a la conducta dolosa o culposa de otro" (40).

Esta definición alude por un lado, al elemento objetivo 'muerte' y por otro a la antijuridicidad, conducta y culpabilidad, omitiendo hacer mención específica de la tipicidad, que si bien, en mi opinión muy personal, la antijuridicidad presupone a la tipicidad, como dijimos con anterioridad, para dar una definición dogmática completa, es necesario utilizar en cada definición a todos los elementos esenciales del delito y no solo a uno o algunos de ellos.

Por otra parte creemos que es de destacarse la inclusión en dicha definición, del nexo causal, pues éste, es esencial para la integración del homicidio, pues la muerte debe ser moralmente imputable a la conduc

(39) Citados por CELESTINO PORTE PETIT. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud, la edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1966, pág. 2.

(40) Lecciones de Derecho Penal, parte especial, 2a edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965, pág. 13.

ta externa de otro hombre, en caso contrario no existe el delito y por consiguiente la muerte que no tenga un nexo causal entre la conducta y esta como resultado, es irrelevante para el derecho penal.

Creemos por nuestra parte que, para definir al homicidio, es suficiente el hacer referencia únicamente al elemento objetivo 'privar de la vida' (daño material), pues el tratar de dar una definición dogmática del homicidio algunas veces pecaría de amplia y otras de estrecha; además, esto solo es útil para el estudio de la teoría del delito en general y no de cada delito en particular, pues como sostiene Porte Petit "cada delito en particular contiene los elementos esenciales de todo delito y los propios contenidos en el tipo" (41). Entonces si cada delito contiene los elementos esenciales, sería redundante que al tratar de -- dar una definición de cada delito en particular, se hiciera mención específica a ellos.

Es suficiente en caso de una definición en particular, mencionar a los elementos contenidos en el tipo de cada delito sometido a estudio.

Es por eso que nosotros nos adherimos a la definición que sobre homicidio da Giuseppe Maggiore, esto es "la destrucción de la vida humana" (42).

A reserva de tratarlos ampliamente cuando hagamos el estudio del -- homicidio en el Código Penal de 1931, diremos que los elementos que se desprenden del tipo legal son: la conducta, el resultado y el nexo causal entre este y aquella.

(41) Op. cit., pág. 4

(42) Op. cit., pág. 274

El homicidio se consuma con la muerte del sujeto pasivo, pues cuando la vida únicamente ha sido puesta en peligro, estamos en presencia de la tentativa de homicidio. Escribe Fontán Talavera que "la muerte es un fenómeno biológico que se produce en la persona de la víctima como consecuencia de la conducta del matador" (43).

Sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona, no importando la raza, edad, sexo o condición social. Recordando lo estudiado en la historia del homicidio en Roma, tenemos que esto no ha sido siempre así, pues le estaba permitido al pater familias, el privar de la vida a quien estuviera bajo su patria potestad, exonerándolos de todo castigo.

Los medios utilizables para cometerlo pueden ser físicos o morales positivos o negativos y directos o indirectos.

Por lo que se refiere a la utilización de 'medios morales' en la realización del homicidio, éstos han sido objeto de controversias entre los tratadistas de Derecho Penal, pues en tanto unos los aceptan como constitutivos de un resultado de muerte, otros niegan que puedan ser causa de ello. Nosotros somos de la opinión de que no existe ningún problema para aceptar los medios morales como productores de homicidio, pues el miedo, la sorpresa, las malas noticias, las amenazas, pueden ser la causa directa e inmediata de un homicidio.

Fontán Talavera los define como "aquellos que con una acción que no llega físicamente a la víctima, le produce sin embargo, la muerte" (44).

(43) Op. cit., pág. 419

(44) Ibidem, pág. 22

"Hay homicidio aún cuando el muerto hubiera nacido sin capacidad vital e fuere un hombre próximo a morir, es decir, el homicidio solo -- puede darse entre el lapso de la vida y la muerte" (45). Por lo tanto, el homicidio puede darse en un menor, aunque este hubiese nacido sin capacidad vital e en un sujeto próximo a morir.

Para la integración del homicidio es necesario que, además de la conducta y el resultado de muerte, exista un nexo de causalidad entre estos, es decir, que el resultado material (muerte) se deba a la conducta dolosa e culpable de un hombre y que le es imputable a este.

Algunas legislaciones como la francesa, consideran como constitutiva del homicidio a la voluntad de matar 'animus necandi', ya que prevén en una penalidad disminuida para el caso de que la muerte del sujeto pasivo sea consecuencia de un resultado no querido. Esta es la figura del homicidio preter-intencional, es decir, que el sujeto teniendo únicamente el 'animus laedendi', le produce la muerte al sujeto pasivo. Son llamadas doctrinariamente -delitos calificados por el resultado.

Hay ocasiones en que no reviste ningún problema encontrar el nexo causal entre la conducta y el resultado, por ejemplo el sujeto activo da un balazo en el corazón a su víctima. Encontramos rápidamente aquí el nexo causal, ya que la bala, en este caso, interesó un órgano vital. Pero hay otras en que la conducta lesiva del agente no es causa directa e inmediata del homicidio, no es su única causa, por sí sola es incapaz de causar la muerte y si la origina es a merced de un conjunto de 'con-

(45) E. Cuello Galón, Op. cit., pág. 22

causas' e contingencias independientes de la voluntad del agente. Podemos citar como ejemplo de concausas, las siguientes: la falta de asistencia médica oportuna, no imputable al acusado, las condiciones patológicas del sujeto pasivo, y las imprudencias del occiso o de quienes le rodearon.

Francisco Carrara en su *Obra de Derecho criminal*, al ocuparse de este problema, opina que: "es indispensable la intervención de los peritos médicos en los procesos de homicidio para la comprobación del nexo causal" (46). Este es, mediante la abertura de las cavidades craneana, torácica y abdominal del cadáver del occiso, el perito médico va a establecer si existió nexo de causalidad entre la conducta del sujeto activo -- (acción u emisión), y el resultado letal (muerte).

Nos parece acertada la definición que sobre las concausas da Pontan Balestra, éstas son: "aquellas condiciones o circunstancias preexistentes, concurrente o sobreviniente, que sin pertenecer a la acción, coadyuvan en la producción del resultado" (47).

"La opinión científica no se pone de acuerdo, pues mientras unos opinan que el verdadero homicidio es solamente el que es causa directa e inmediata; -otros sostienen lo contrario- para ser verdaderamente responsable de homicidio, basta haber originado alguna de las concausas" (48).

(46) Op. cit., pág. 51

(47) Op. cit., pág. 23

(48) Eugenio Cuello Calón, Op. cit., pág. 421

En lo que se refiere a nuestro Derecho Positivo, no existe dificultad alguna al respecto, pues nuestro Código Penal con gran claridad ha determinado en reglas precisas, en los artículos 303, 304 y 305, soluciones al respecto. Cuando el homicidio es consecutivo a varias causas, nuestro ordenamiento legal prevé la concurrencia de causas anteriores y causas posteriores a la lesión mortal; no configurándose el delito cuando no exista relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño de muerte.

Pensamos por otra parte que, también existe dificultad para encontrar el nexo causal en el caso del homicidio preter intencional, ya -- que por lo que hace al resultado no querido (daño de muerte), no es fácil encontrar el nexo de causalidad, principalmente cuando el homicidio no es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito ni cuando no siendo previsible el resultado, se --
cause la muerte.

CAPITULO II

LA CULPABILIDAD EN EL HOMICIDIO

SUMARIO: I. Nociones generales del delito.-II. El delito en el Derecho Positivo Mexicano.-III La Culpabilidad y sus diferentes formas: a) El dolo; b) la culpa; c) la preterintencionalidad.-IV. El homicidio en el Código Penal de 1931; sus elementos.-V. Crítica al concepto de homicidio.-VI. Bien jurídico tutelado.

I.- Nociones generales del delito.- Nos ocuparemos ahora, en éste Capitulo, de dar una noción general del delito; la parte mas interesante -estimo yo- pero a la vez la mas compleja de la teoría del Derecho Penal, pues las cuestiones que plantea, algunas veces son ignoradas o mal conocidas por los expositores de esta rama jurídica.

Escribe Maggiore Giuseppe que "asi como hay una teoría general del derecho, hay una teoría general del delito. Esta está comprendida en aquella; recite de ella luz y a la vez la ilumina" (1).

Para el maestro Porte Petit "la teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse -el mismo" (2).

Al iniciar el estudio del delito, nos encontramos con un primer problema: éste es, el de dar una definición del mismo. Etimológicamente, dice Ignacio Villalobos "la palabra delito deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de

(1) Derecho Penal, t. I, Bogotá, 1955, pág. 268

(2) Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 4a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 39

en la connotación peyorativa, se toma como *linguere viam* o *rectam viam*: "dejar o abandonar el buen camino" (3).

Se ha pretendido dar una definición única del delito, valedera para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica única, pero con resultados negativos. La imposibilidad de esto obedece a que el "delito" tiene sus más profundas raíces sociales y humanas, en la forma de ser de cada pueblo y en las necesidades imperantes de cada época; que cambia según pueblos y épocas. Así tenemos que, conductas que anteriormente eran previstas como delictivas, han perdido tal carácter, en virtud de circunstancias diversas, y, conductas que no eran catalogadas como delitos, han sido erigidas como tales.

Entre los representantes de la Escuela Clásica, existieron varias definiciones del delito. Pero sólo aludiremos aquí, a la de Francisco Carrara, principal exponente de ésta Escuela, y para quien el delito es "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (4).

Es el propio Carrara, quien analiza y explica su definición, en los términos siguientes: Es la infracción de la Ley, porque "un acto se convierte únicamente en delito cuando choca contra ella"; pero para no confundirla con el "vicio", "que es el abandono de la Ley moral", y con el "pecado", "que es la violación de la Ley divina" (núm. 23), se afirma que es la Ley del Estado (núm. 24), promulgada a los ciudadanos, porque sin ello no sería "obligatoria" (núm. 25); se dice que es para proteger la seguridad, para que resulte manifiesta la "idea especial del delito"

(3) Op. cit., pág. 202

(4) Programa de Derecho Criminal, vol. I, parágrafo 21, pág. 60

que no está en transgredir las "leyes" que protegen los intereses patrimoniales, violados por el "mero incumplimiento de una obligación civil"; ni en el quebrantamiento de las que promueven la prosperidad del Estado "(trans), pero no un delito", que reside en la agresión a la seguridad (núm. 26); se hace constar de los ciudadanos, para comprenderla "seguridad pública no menos que la privada (por eso se dice "de los ciudadanos y no de un ciudadano)", y para expresar "suficientemente la idea de la tutela general que preside a la Ley punitiva", necesaria para proteger el derecho (núm. 27); se considera resultante de un acto externo, porque las "opiniones", "deseos" y "pensamientos", se "sus -- traen" al dominio de la Ley penal (núm. 28); se dice del hombre, por que sólo él puede ser sujeto activo del delito (núm. 29); ese acto puede ser positivo o negativo, para abarcar acciones y omisiones (núm. -- 30); consta que ha de estimarse moralmente imputable, porque el "hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral", y "la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política" (núm. 31); por último, "se añade la fórmula políticamente dañosa, para explicar mejor la idea que ya se contiene en la definición de las palabras seguridad de los ciudadanos", y que "consiste en que el delito debe perturbar moralmente, en todos los ciudadanos la opinión de la seguridad, presentando así el daño mediato además del inmediato" (núm. 32).

Sigue diciendo Carrara "que el delito no se ha definido como una acción, sino como una infracción; porque su concepto no se deriva del hecho material ni de la prohibición de la ley, considerados aisladamente: sino del conflicto entre aquél y éste (núm. 34); es decir, "en la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la Ley". En esto -- consiste tan solo el ente jurídico, al que se le da el nombre de delito u otro sinónimo (núm. 35).

Quedaba hecha así, la concepción jurídica del delito, la cual alcanzó su perfección -plena- en Carrara, quien la consideró como "fórmula sacramental". Opina L. Jiménez de Asúa "Carrara pensó que su doctrina era inatacable. Mas por ser tan perfecta llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y por tanto futuro ido. Ya no pasos agiscentos dos, pasado" (5).

Esta definición dada por Carrara, fue una fuente de múltiples propósitos -que si bien- posteriormente las concepciones dogmáticas del delito habrían de superar técnicamente, opinan algunos autores, poder hallarse en ella, los inicios de la división tripartita (acción-tipo, anti-juridicidad y culpabilidad).

Por otro lado, los positivistas, se habían limitado a afirmar que el delito es un hecho natural, resultado de factores antropológicos, físicos y sociales, sin ocuparse de dar una definición del mismo, que lo caracterizara con independencia de toda valoración legal, es decir, una definición natural que no tomara en cuenta al derecho positivo. Garófalo tratando de remediar dicha omisión, dió el concepto histórico y sociológico del delito. Estableció que delito natural es "la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad" (6). Por su parte Enrique Ferri, representante de la tendencia sociológica en la Escuela Positiva, ofrece la siguiente noción del delito "son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la mora-

(5) Derecho Penal, t. III, pág. 16

(6) Citado por CARLOS FRANCO SODI. Nociones de Derecho Penal, parte-general, 2a edición, Ediciones Botas, México, 1950, pág. 55

lidad media de un pueblo en un momento determinado" (7).

Entre las críticas que se han hecho a la definición sociológica del delito, tenemos las siguientes: "Garófalo advirtió que la palabra delito no es un tecnicismo ni ha sido creado por los legisladores, sino que existe en el lenguaje popular; así comienza el desviado razonamiento del sabio jurista del Positivismo, quien ya con lo dicho demuestra que no iba a investigar el fenómeno delito, sino qué se quiere significar con ese nombre. Era la suya una investigación lingüística mas bien que Criminológica".

"Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos, no obstante que era esa la materia de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aunque claro está que, si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era el mismo, — pues las variantes en los delitos debían traducirse en la variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todos los caminos y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que eran los sentimientos de piedad y probidad".

"como consecuencia de todo lo anterior, debemos convenir en que, de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como 'hecho natural', y que no lo es; sino como un concepto básico, anterior a los Códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales" (8). Agregaremos por nuestra parte que, si bien la conducta del hombre es un hecho natural, supuesta la inclusión del elemento --

(7) Principios de Derecho Criminal, trad. al español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 1a edición, Editorial Reus, S.A., 1933, pág. 584

(8) IGNACIO VILLALOBOS, Op. Cit., págs. 197. 199 y 200

psicológico del delito (culpabilidad), dentro de lo natural; así como sus esenciales mecanismos, pero el delito -como tal- es una clasificación de determinadas conductas humanas, catalogadas como lesivas del interés de la sociedad, hechas por especialísimas estimaciones jurídicas. Por lo tanto, es inaceptable una definición del delito, al margen del Derecho.

Superado el Positivismo, los estudiosos del Derecho Penal volvieron los ojos a la Dogmática, único camino para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito. Pero ¿qué es la Dogmática jurídico penal? nos hemos referido ya anteriormente a ella, pero no hemos dado una idea o noción general de la misma. Para Porte Petit "consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo" (9). Atendiendo a lo anterior, tenemos que, el Derecho Penal constituye el objeto de la Dogmática jurídico penal, es decir, la Dogmática es un estudio que se inicia teniendo como presupuesto la existencia de un Derecho Penal determinado; la tarea específica de la Dogmática jurídico penal consiste en la organización sistemática de los preceptos del Derecho Penal, extrayendo de éstos nociones, definiciones y conceptos no solamente dotados de validez, sino también de eficacia práctica.

La definición del delito, como hemos dicho anteriormente, debe ser, obviamente hecha desde el punto de vista jurídico. "En lugar de hablar de violación a la ley -Escuela Clásica- como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve

(9) Importancia de la Dogmática jurídico Penal, México, 1954, pág 22

consigno sus dos aspectos: formal y material; dejando a un lado la 'voluntariedad' y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar ésta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies" (10)

Existen definiciones jurídicas del delito que atienden preferentemente a lo material o a lo formal del delito; otras dan preferencia a lo objetivo o a lo subjetivo del mismo. Pero principalmente han sido dos tipos de definiciones jurídicas del delito, estas son: a) la noción jurídica formal y, b) la noción jurídico substancial.

a) Noción jurídico formal.- Dentro de esta tendencia, están los autores que opinan que, es el propio ordenamiento jurídico, el que da la definición jurídico formal del delito cuando amenaza con una pena la realización de una determinada conducta; para ellos, no es indispensable -- que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena. Basta con que ésta amenace, esto es, se anuncie como su consecuencia.

Entre los partidarios de esta forma de definir al delito, tenemos a Edmundo Mezger, quien al definir al delito en sentido amplio, sostiene que este "es la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena" (11). En México, sostiene Julio Klein Quintana que "es el hecho (positivo o negativo) humano, a cuya realización una norma condiciona la aplicación de una pena" (12).

(10) Véase IGNACIO VILLALOBOS, Op. cit., pág. 201

(11) Tratado de Derecho Penal, t. I, 2a edición, Editorial Revista-de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 153

(12) Ensayo de una teoría jurídica del Derecho Penal, la edición, - Librería de Manuel Porrúa, México, 1951, pág. 32

Pascual Miracete y Madrazo, por su parte, señala que "es todo acto señalado con una sanción penal" (13). En la misma posición se coloca Carmignani.

Este tipo de definiciones son insuficientes, pues no contienen lo intrínseco de la conducta delictiva, sino que sólo atienden a lo formal de la misma. Luis Jiménez de Asúa al ocuparse de esto, sostiene que "decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código español, el chileno y el mejicano, y aún añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio a posteriori, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una tautología (decir dos veces)" (14). Sostener que el delito es una conducta sancionada, equivale a decir que el delito es el delito, sin avanzar un paso. Los partidarios de esta forma de definir al delito, consideran a la punibilidad como elemento esencial del mismo. Cosa que no es verdad, pues como veremos posteriormente, al determinar a los elementos esenciales del delito, la punibilidad no es elemento esencial del ilícito penal.

b) Noción jurídica substancial.- Entre los seguidores de la noción jurídica substancial, encontramos a autores que definen al delito según su muy particular punto de vista. Así, encontramos que se habla de concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, en razón al número de elementos que lo conforman de acuerdo al personal criterio de su autor. En Alemania, para Franz Von Liszt, el delito "es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena" (15). Von Belling lo define como "la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisface

(13) Doctrina del Derecho Penal, México, 1955, pág. 13

(14) La ley y el delito, 11a edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, pág. 201

(15) Tratado de Derecho Penal, II, pág. 254, Editorial Reus, Madrid, traducida por Luis Jiménez de Asúa.

las condiciones de punibilidad" (16). Edmundo Mezger lo considera como "una acción típicamente antijurídica y culpable" (17). Recordemos que - éste autor, también da una definición jurídico formal del delito, pero posteriormente haciendo un estudio mas detenido de los elementos del delito, define a éste en los términos ya citados. Encontramos una diferencia entre el concepto dado por Mezger y el dado por Beling, consistente en que para este último son dos características distintas la antijuridicidad y la tipicidad, en tanto que, para el primero no es posible hablar del delito como acción típica, sin entenderlo a la vez como acción antijurídica. En otras palabras, para Mezger los conceptos de tipicidad y antijuridicidad se confunden en uno solo.

Para Max Ernesto Mayer, el delito es "un acontecimiento típico, antijurídico e imputable" (18). Este autor emplea el término imputable en un amplio sentido de la culpabilidad, y por eso, no difiere su concepto del delito del expuesto por Beling, esto es, son análogos.

En España, Eugenio Cuello Calón lo define como "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible" (19). En Argentina Sebastián Soler lo considera como "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal" (20). Pensamos por nuestra parte, que éste último autor no contempla la verdadera naturaleza jurídica de la tipicidad, pues habla por un lado de 'acción típicamente', y por otra parte de 'adecuación a una figura', sin explicar la diferencia de ambas.

(16) Esquema de Derecho Penal, la doctrina del delito tipo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, n.º. 257, trad. de Sebastián Soler.

(17) Op. cit., n.º. 156

(19) Citado por PAVON VASCO-CELLOS, Op. cit., p.º. 156

(20) Derecho Penal Argentino, parte general, 4a edición, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1970, p.º. 207

Por su parte Luis Jiménez de Asúa, sostiene que es "el acto típicamente anti-jurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas--de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (21)

Como vemos, la definición de éste último autor, es la más completa, pues incluye como elementos del delito a: 1) actividad; 2) asuecución típica; 3) antijuridicidad; 4) imputabilidad; 5) culpabilidad; 6) punibilidad y, 7) en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Pensamos--junto con el maestro Villalobos que, la immutabilidad, la punibilidad y--las condiciones objetivas de punibilidad, no tienen el carácter de elementos esenciales del delito, pues "la immutabilidad, que no es otra cosa que la capacidad de obrar con responsabilidad, no es 'elemento' nuevo que deba mencionarse necesariamente sino solo un presupuesto de la --culpabilidad, y como tal, queda incluido en este último factor".

"la punibilidad no es elemento del delito... La pena es la reacción de la Sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en --vigor, su consecuencia ordinaria; por esto es que acostumbrados a los --conceptos arraigados sobre justicia retributiva, suena lógico decir que--el delito es punible; pero no esto significa que la punibilidad forma --parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejará de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible... Sivela ha inspirado un argumento importán--te en favor de esta repudiación de la punibilidad como elemento esencial del delito, haciendo notar que existen delitos no punibles, conforme a--la ley, cuando por razones de conveniencia se otorga una verdadera excu--sa absolutoria".

(21) La ley y el delito, Op. cit., pág. 207

"Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elementos autónomos del delito.- Un error trae otro error y por eso quienes consideran que la punibilidad es elemento esencial y constitutivo del delito, - han sentido la necesidad de encajar dentro de la misma estructura las -- condiciones de punibilidad, no obstante convenir en que tales condicio -- nes solo se dan en algunos delitos, y por tanto no pueden referirse a la esencia común a todos ellos. Esencia es necesidad; es no poder faltar en un solo individuo de la especie sin que este deje de pertenecer a ella;- por lo tanto tener como esenciales estas condiciones de ocación, que con -- mas frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado... Admitido que la punición no es ele -- mento esencial del delito, fácilmente puede hacerse la debida separación y comprender que las condiciones de punibilidad tampoco se requieren pa -- ra constituir el delito sino, a veces, para imponer o hacer efectiva la -- pena, que es cosa diferente. Es verdad que con frecuencia se mencionan-- sin cuyo cumplimiento no se integra el delito; pero entonces, se trata -- de anexos o partes del tipo que, como tales no merecen mención especial -- aparte" (22)

Una vez negado el carácter de elementos esenciales del delito a la -- imutabilidad, la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibili -- dad, tenemos que los únicos elementos que adquieren dicha categoría, son los siguientes: 1) La conducta; 2) La tipicidad; 3) La antijuridicidad;- 4) La culpabilidad.

Para el maestro Porte Petit, no existe prioridad temporal entre los elementos del delito, pues éstos concurren simultáneamente, al no per -- derse de vista su indisoluble unidad. Tampoco acepta --este autor-- la pri -- oridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y

(22) IGNACIO VILLALOBOS, Op. cit., págs. 212 y 215

si bien guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Dice este autor, lo correcto es hablar de prelación lógica. "habido cuenta de que nadie puede negar que, para que concorra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concorra el siguiente, no quiere decir que - haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, - aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista" (23).

"La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido - principalmente a dos concepciones:

a) la totalizadora o unitaria.- los unitarios consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose de acuerdo con Bettioli, como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos.... - Es decir, el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad..., y

b) la analítica o atomizadora.- La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en razón de la unidad del delito..." (24). Nosotros nos adherimos, sin reservas, a estos argumentos dados por los defensores de esta última tendencia. Pues como dice Jiménez de Asúa "solo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes" (25).

(23) Acuniamientos, Op. cit., pág. 148

(24) Celestino Porte Petit, Op. cit., pág. 241

(25) La ley y el delito, Op. cit., pág. 225

Cuestión interesante dentro del campo de la teoría del delito, es la relativa a los presupuestos del mismo. Es a partir de Manzini cuando se trata de elaborar una verdadera noción de los presupuestos del delito; existiendo aún incertidumbre al respecto, ya que este concepto, originado dentro de la teoría del derecho privado, se ha pretendido trasplantar al campo del derecho penal, con resultados poco favorable.

Con gran acierto sostiene Maggiore que "la noción de presupuesto no está aun bien definida en el campo de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apurada transposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal" (26).

Manzini divide a los presupuestos en dos, estos son: a) presupuestos del delito, y b) presupuestos del hecho. Explicando que los primeros "son aquellos elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trata"; por otra parte —sigue diciendo este autor— "presupuestos del hecho, son aquellos elementos jurídicos y materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito" (27).

Celestino Porte Petit, quien solo acepta la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho (según el tipo delictivo exija la aparición de un resultado formal o material, respectivamente). Explica este autor que, suponiendo la existencia de los presupuestos del delito, éstos son "aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo" (28).

(26) Derecho Penal, t. I, 4a edic., Témis-Bogotá, 1955, pág. 276

(27) Tratado de Derecho Penal, t. II, EDIAR, S.A., Editores, Buenos Aires, 1950, págs. 37-38

(28) Apuntamientos, Op. cit., pág. 258

Los presupuestos del delito han sido divididos por la doctrina en generales y especiales, según sean contenidos por todo delito en general o por cada delito en particular. P. Petit señala como presupuestos del delito generales a los siguientes: "a) la norma penal, comprendidos el precepto y la sanción; b) el sujeto activo y pasivo; c) la imputabilidad; d) el bien tutelado, y e) el instrumento del delito". Son requisitos del presupuesto del delito especial -para el mismo autor- "a) un antecedente jurídico o material; b) previo a la realización de la conducta o del hecho, y c) necesario para la existencia de la conducta o hecho, -descritos por el tipo" (29). La diferencia entre ambos está en que, los presupuestos del delito generales, pueden señalarse de antemano, en tanto que los presupuestos especiales no, pues éstos son aquellos propios de cada delito en especial de que se trate. La ausencia de un presupuesto del delito en general, acarrea la inexistencia del mismo, en tanto -- que en tratándose de un presupuesto especial, solo se traduce en variabilidad de la figura penal. Suele citarse como ejemplo, para el caso de la ausencia de presupuestos del delito especiales, el caso del parricidio -cuando no se logra comprobar el parentesco, pues el resultado de la acción u omisión en que consistió el delito (muerte), sigue constituyendo delito -homicidio- y no el caso agravado -parricidio- esto es, solo cambia la figura delictiva, pero sigue existiendo delito.

Los presupuestos de la conducta o hecho, únicos aceptados por Petit son -dice este autor- "aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho -típicos" (30).

(29) Apuntes, 4a edición; Porrúa, 1978, págs. 256 y 260

(30) Op. cit., pág. 260

"presupuestos jurídicos del hecho son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista"; "presupuestos materiales del hecho son las condiciones reales preexistentes, en las cuales debe iniciarse la ejecución del hecho" (31). La ausencia de un presupuesto de la conducta o hecho, trae como consecuencia la imposibilidad de la realización del delito. Se ejemplifica a los presupuestos jurídicos de la conducta o hecho con el delito de Bigamia, el cual para su realización típica exige la existencia anterior de un matrimonio que no haya sido disuelto ni declarado nulo. Faltando éste requisito, es imposible la realización de tal delito. Como ejemplo del presupuesto material, se cita el caso del delito de Aborto, el cual para su realización, exige el antecedente del embarazo, pues en caso contrario, no habrá muerte del producto de la concepción, como lo exige la figura del Aborto.

Existen tantas clasificaciones del delito como autores hay, esto es cada autor hace su clasificación, atendiendo a su muy particular punto de vista. Así tenemos clasificaciones del delito hechas desde el punto de vista del resultado, de la conducta, de su duración, etc.

Expondremos en forma muy somera una clasificación, basándonos paralelo, en lo hecha por el tratadista español Eugenio Cuello Calón (32):

1) División desde el punto de vista de su gravedad.- Según esta clasificación, la infracción penal se divide en crímenes, delitos y contra-

(31) Op. cit., pág. 39

(32) Derecho Penal, t. I, parte general, 16a edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1971, págs. 291-305

vencciones. Por crímenes se entiende la lesión de los derechos naturales, como la vida, la libertad; los delitos son aquellos que violan solamente los derechos creados por el contrato social, como lo es el derecho de propiedad, y las contravenciones que infringen disposiciones y reglamentos de Policía. Nuestro Ordenamiento positivo prevé con el nombre genérico de delitos, a las infracciones que en otras legislaciones se les denomina crímenes, dejando a los reglamentos de Policía y buen Gobierno la competencia para conocer de las llamadas contravenciones.

2) Delitos de lesión y de peligro.- Los primeros son aquellos que, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos (v. gr., el robo, el homicidio, etc.); los segundos son aquellos cuyo hecho constitutivo no causa daño efectivo y directo en dichos bienes o intereses (v. gr., el abandono de personas o la omisión de auxilio).

3) Delitos instantáneos y permanentes.- Los primeros son aquellos en los que la violación jurídica realizada en el momento de la consumación, se extingue con ésta misma (v. gr. el homicidio); delitos permanentes son aquellos en los que después de su consumación, continúa ininterrumpida la violación jurídica (v. gr., la privación ilegal de la libertad, el rapto, etc.).

4) Delitos simples y complejos.- Llámense delitos simples aquellos que violan un sólo bien jurídico o un solo interés jurídicamente protegidos (v. gr., las lesiones, el homicidio, etc.); son complejos, los que violan diversos intereses jurídicos (v. gr., el homicidio por robo).

5) Delitos de acción y delitos de omisión.- Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañino o peligroso que viola una ley prohibitiva; los delitos de omisión, por su parte, consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley penal impone la ejecución de un hecho determinado.

6) Por su forma de persecución (de oficio y de querrela).- La totalidad de los delitos previstos por los Códigos Penales, son perseguibles de oficio; en cambio, solo unos cuantos son perseguibles a instancia de parte agraviada, v. gr., el rapto, el estupro, el robo cuando se comete entre ascendientes y descendientes, etc.

7) Comunes, políticos y sociales.- Los primeros, son aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales (v. gr., delitos contra la vida, contra la humanidad, contra la propiedad, etc.); los delitos políticos son aquellos que atentan contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquier clase, determinado por móviles políticos, v. gr. rebelión, sedición, motín, etc., y delitos sociales son aquellos que atentan contra el actual régimen social y económico. Se le da el nombre, también de sociales, a aquellos que se dan entre el Capital y el trabajo. La forma más aguda de éstos, son los atentados terroristas.

A continuación, y para dar por terminada la noción general del delito, vamos a analizar a los elementos esenciales del mismo, juntamente con su aspecto negativo. Analizaremos dichos elementos en el orden siguiente: 1) La conducta; 2) la tipicidad; 3) la antijuridicidad, y 4) La culpabilidad; su aspecto negativo sería: 1') Ausencia de conducta; 2') Atipicidad; 3') Causas de justificación, y 4') Causas de inculpabilidad.

1) La conducta.- Este elemento objetivo del delito ha recibido diversas denominaciones, pues cada autor, atendiendo a sus muy especiales consideraciones, le da una distinta terminología al mismo. Se le ha llamado acto, acción, conducta, acontecimiento, acaccimiento, hecho, etc. Luis Jiménez de Arúa se muestra partidario de la palabra acto, pues explica que "empleamos la palabra acto (e idistintamente acción latu sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que de la naturaleza... Adviertase, además, que usamos la palabra acto en una concepción mas amplia, - comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión" (33). El maestro Villalobos, se muestra partidario de ésta tendencia, pues designa a éste elemento con la palabra "acto humano" (34). Como opinión en -- contrario, tenemos la sustentada por Radbruch, quien niega "la posibilidad de subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías" (35). En México, Porte Petat, Pavón Vasconcelos y Jesús González Trujillo Campos, se muestran partidario de denominarle a éste elemento Conducta o hecho, "Conducta, sólo cuando el delito requiere para su integración únicamente de una acción u omisión, humana, pues, cuando es menester además de la manifestación de voluntad un resultado - para que fácticamente se integre la infracción penal, entonces el vocablo conducta resulta ya insuficiente para abarcar el concepto en esta segunda forma en que puede presentarse el elemento físico o material. En - tal hipótesis consideramos que debe hablarse no ya de conducta, sino de hecho" (36).

(33) La ley y el delito, Op. cit., pág. 144

(34) Op. cit., pág. 210

(35) Citado por LUIS JIMENEZ DE ASUA, Op. cit., pág. 213

(36) La relación material de causalidad en el delito, la edición, - Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, pág. 14 °

Según esta terminología, iniciada por Porte Petit, se habla de conducta cuando el tipo penal describe simplemente una acción o una omisión, esto es, cuando se trata de los delitos llamados de mera actividad, sin que el tipo exija para su interpretación, la realización de un resultado material; en cambio, debe hablarse de hecho, cuando la figura típica exige una perturbación en el mundo exterior. En el hecho, la conducta pasa a ser elemento del mismo, juntamente con el resultado y el nexo causal; en tratándose de la conducta, ésta, por sí sola, agota el elemento objetivo del delito.

Nosotros pensamos, que el hacer positivo (acción), como el negativo (omisión), son las dos formas en que puede manifestarse la voluntad humana, o lo que es lo mismo, dos especies del género conducta. Por lo tanto, nosotros, somos partidarios de denominarle al elemento objetivo del delito, con el término conducta, pues en él, quedan comprendidos tanto la acción como la omisión.

"La conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario -las dos especies de ésta- la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico -la omisión- consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición" (37).

Solo la conducta humana es incriminada, pues solo el hombre puede ser sujeto activo del delito, ya que está previsto de voluntariedad. Sin embargo, en la actualidad se ha venido desarrollando una doctrina, con Franz Von Liszt a la cabeza, que trata de dotar de responsabilidad a las personas morales. Nosotros coincidimos con lo expuesto por Luig Jiménez-

(37) Abandamientos, Op. cit., págs. 299, 300, 305 y 306

de Asúa, pues "sin perjuicio de hacerlas objeto de medidas asegurativas, de sanciones disciplinarias y de responsabilidad civil, es imposible castigarlas con penas, porque la llamada persona moral no puede cometer delitos" (38). Entre nosotros, Francisco González de la Vega al comentar el artículo 11 de nuestro ordenamiento penal positivo, escribe que "el anterior precepto apenas contiene una simple apariencia de responsabilidad colectiva y no contraría la tesis de que solo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica, es decir, un hombre, el que comete el delito, ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación a los demás colaborantes y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación" (39).

Con lo expuesto, concluimos que las personas morales no pueden ser sujetos activos de los delitos por carecer de voluntariedad; cosa distinta es que, las mismas si pueden ser sujetos pasivos del delito, principalmente en lo que concierne a los delitos patrimoniales, pues para ser sujeto pasivo de la infracción penal, no se exige la voluntariedad como en tratándose de los sujetos activos.

En la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material del delito. Por el primero se entiende "el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de una sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia. El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre peligro" (40)

(38) La ley y el delito, Op. cit., pág. 211

(39) Derecho Penal Mexicano, los delitos, Porrúa, 1977, pág. 155

(40) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. cit., pág. 163

Hemos visto que entre la conducta y el resultado debe existir un nexo de causalidad, es decir, el resultado debe tener como causa un hacer-positivo por parte del agente (en los delitos de simple omisión no existe resultado material, por lo tanto no existe relación causal).

Se han elaborado varias teorías para determinar cuales actividades-humanas deben ser tenidas como causas del resultado. Nos ocuparemos únicamente de aquella que ha tenido mas aceptación, esta es, la teoría de la equivalencia de las condiciones (condictio sine qua non), "devida a Von Buri, y según la cual todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, consecuentemente, todas son tenidas como causa. Una o varias de ellas, sin la unión de todas, son ineficaces para producir el resultado, pues éste sólo se obtiene por la conjugación de todas ellas. Esta teoría ha sido criticada por Carlos Binding, quien afirma que tal teoría tiene excesos. Para corregir tales deficiencias, Antolisei aplica 'correctivos' basados en la culpabilidad, pues para que exista responsabilidad, no es suficiente con que exista relación causal, sino que es indispensable saber si se actuó con dolo o culpa" (41). Creemos que tal teoría es eficaz sin la aplicación de correctivos, pues para que exista delito, no basta con la comprobación del resultado y su nexocausal, sino que es indispensable que se den todos los elementos esenciales del mismo.

1') Ausencia de Conducta.- Sólo enunciaremos el aspecto negativo de la conducta, pues entrar a su análisis, rebasaría el objetivo de este trabajo. Para Luis Jiménez de Asúa, éstos son: "la fuerza irresistible y la sugestión hipnótica" (42). Nosotros agregariámos a los actos reflejos

(41) JESÚS GONZALO TRUJILLO C. La relación material de Causalidad - págs. 15 y ss.

(42) La ley y el delito..., pág. 220

2) La tipicidad.- Para que la conducta humana (acción u omisión), - pueda configurarse delito, es necesario que ésta sea típica; es decir, que encuadre dentro de alguno de los tipos penales creados por la norma positiva. La ausencia de tipicidad, trae como consecuencia que dicha conducta no sea inculpada. Siguiendo el orden establecido para el estudio de los elementos esenciales del delito, nos toca ahora, ocuparnos de ella.

Por lo que respecta a nuestro derecho, nuestra Constitución (art. - 14), acepta el dogma de "nullum crimen sine lege", esto es, 'no hay delito sin tipo legal' al que corresponda la conducta. Concluimos entonces: la tipicidad es elemento constitutivo del delito y sin ella, no es sancionada la Conducta.

Para empezar con el estudio de la tipicidad, es necesario primero, - dar una definición del tipo, pues la historia de éste, va íntimamente ligada a la historia de aquella. Para Luis Jiménez de Asúa, el tipo legal "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descontando -- los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga - en la ley como delito" (43). En México, Raúl Carrancá y Trujillo, siguiendo a Mezger, ha dicho que "el tipo penal no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente en la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal" (44). En concreto, tenemos que el tipo es la conducta humana configurada hipotéticamente por el precepto legal y catalogada como delito; en cambio -la tipicidad-, es la adecuación de una conducta concreta, con el tipo penal.

(43) La ley y el delito, pág. 235

(44) Derecho Penal Mexicano, parte general, 11a edición, Editorial-Porrúa, S.A., México, 1977, pág. 381.

Fue el alemán Ernst Von Beling, quien en 1906 consideró a la tipicidad como elemento autónomo del delito, independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Decía -este autor- que el tipo (tatbestand), - estaba formado únicamente por los elementos objetivos descritos por el tipo legal con exclusión de los de carácter subjetivo; esto es, el tipo es "meramente descriptivo", pues pertenece a la ley y no a la vida real. Posteriormente, en el año de 1930, Beling, tratando de enmendar su doctrina, distingue al deliktstypus (figura del delito), del tatbestand, -- formado por todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, tipo que encierra la conducta antijurídica y la culpable, y que a diferencia de éste, que es una mera abstracción conceptual, es una realidad que tiene su existencia en la ley (45):

Años después (1915), aparece la doctrina expuesta por Mayer, quien en su "Tratado", titulado "parte general del Derecho Penal", expone que: "la tipicidad no se reduce a una mera descripción, puesto que le atribuye un valor indiciario de otras características del delito, sobre todo - en orden a la antijuridicidad...: Los tipos legales son fundamento de -- cognición de la antijuridicidad, y del autor parten al contenido de la - culpabilidad, referencias, a la tipicidad y a la antijuridicidad" (46).

Por su parte Edmundo Mezger sostiene la tesis de que el tipo penal no es la simple descripción de una conducta, sino la 'ratio essendi', razón de ser, de la antijuridicidad. Esto es: "el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión

(45) Para un estudio mas completo, Consultar: Esquema de Derecho Penal, Doctrina del delito tipo, Op. cit., págs. 3 a 34

(46) Consultar LUIS JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal, parte general, t. III, 2a edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1958, - pág. 753.

del injusto. El tipo jurídico penal es... fundamento real y de validez - ("ratio essendi") de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial - de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad" (47).

Por tanto nos colocamos en una posición dual con respecto a la tipicidad; es decir, como indicio -ratio cognoscendi- y como razón de ser -ratio essendi- de la antijuridicidad. Expliquémonos: al realizarse una conducta, que encaje, dentro de la hipótesis penal, esto es, que sea típica, existen grandes probabilidades, pero no seguridad, de que sea antijurídica. Pues en su realización puede concurrir alguna causa de justificación, v. gr., la legítima defensa; en otras palabras, en el momento de que una determinada conducta, encuadre dentro de alguno de los tipos previstos en el texto legal, existe un indicio de antijuridicidad del que debe partirse para examinar el carácter lesivo de la conducta determinada. El afirmar que ésta, sólo por el hecho de ser típica, es antijurídica, sería caer en un mero formalismo. Concluyendo: si existe alguna causa de justificación en la realización de la conducta, la tipicidad quedará en mero indicio de antijuridicidad, es decir, la conducta en concreto, estará acorde con el Derecho.

Por otra parte, la tipicidad, es la ratio essendi de la antijuridicidad, cuando exista la certeza de que la Conducta es opuesta a derecho, por no encontrarse protegida por una causa de justificación; además, aceptado el principio de "Nullum crimen sine lege", es la propia ley la que se limita mediante los tipos legales de los delitos, no existiendo en consecuencia: "antijuridicidad penal sin ley penal".

(47) Tratado de Derecho Penal, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, traducción de la 2a edic. alemana, págs. 375-376

En la descripción de los tipos penales, se distingue entre elementos típicos objetivos, subjetivos y normativos. Esto es, los elementos típicos que aparecen con frecuencia en los tipos penales, hacen referencia al mundo corporal exterior, a la vida anímica del autor o de otra persona o a la valoración del que juzga.

a) Elementos objetivos.- la mayoría de los tipos penales, tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados, que deben constituir la base de la responsabilidad penal. Suele citarse el ejemplo del homicidio, pues según la ley, lo comete "el que priva de la vida a otro".

b) Elementos subjetivos.- Esta teoría sostiene que el delito, depende en muchos casos de características -subjetivas-, situadas en el alma del sujeto, v. gr., el delito de parricidio, pues para su configuración, el descendiente debe estar consciente del parentesco que lo liga con su ascendiente.

c) Elementos normativos.- Mientras que los elementos típicos subjetivos y objetivos, son fijados por el legislador de manera descriptiva - como determinados estados y procesos corporales y anímicos, los normativos deben ser valorados por el juzgador, v. gr., la comprobación de la castidad y honestidad en el delito de estupro.

Existen varias clasificaciones de los tipos penales, pero la más común es la que los clasifica de la siguiente manera: los tipos serán normales cuando únicamente contengan elementos puramente objetivos; serán normales, cuando contengan elementos normativos o subjetivos; se les denomina básicos, cuando tienen plena independencia, en los delitos contra la vida y la integridad corporal, el delito de homicidio es básico; se denomina especiales, cuando al tipo básico se le agregan otros requisitos, v. gr., el infanticidio; complementados, a un tipo básico se le agregan ---

ciertas características, v. gr., robo con **violencia**; se les denomina ca -
 suísticos, cuando el tipo prevé varias hipótesis para su realización, ---
 las que a su vez pueden ser alternativas, v. gr., el adulterio o acumulati -
 vas, v. gr., el delito de vagancia y malvivencia; se llaman de formula -
 ción amplia, cuando el delito se puede ejecutar por cualquier medio, v. -
 gr., el delito de homicidio, y son subordinados, cuando dependen de otro -
 tipo, v. gr., el robo en casa habitación.

2°) Atipicidad.- Es necesario distinguir entre atipicidad propiamente
 dicha y ausencia total de tipo. En este último caso, existe la imposi -
 bilidad absoluta de dirigir una acción contra el autor de una determinada
 conducta que no se encuentra prevista (tipificada) en la ley como delito.
 En consecuencia, cuando la conducta no se encuentra prevista en la ley, -
 esta es irrelevante para el Derecho Penal, habida cuenta de lo previsto -
 por el artículo 14 de nuestra Constitución Política; en tanto que, habrá -
 atipicidad cuando no concurren todos los elementos descritos por el tipo -
 legal. Concluyendo: la atipicidad es la no adecuación de la conducta al
 tipo.

Para Luis Jiménez de Asúa, existen dos casos específicos de atipici -
 dad, a saber: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los ele -
 mentos del tipo (atipicidad propiamente dicha), y b) cuando la ley penal -
 no ha descrito la conducta que se presenta fácticamente, con característi -
 cas de anti-juridicidad. En este último caso, pensamos nosotros, que no e -
 xiste atipicidad, sino como anotamos anteriormente, "ausencia total de ti -
 po". La atipicidad, sigue diciendo este autor, "puede provenir de la falta
 de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasi -
 vo, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la
 ausencia en la conducta de los elementos subjetivos que de manera taxati -
 va ha incluido la ley en la descripción típica" (48).

(48) Tratado de Derecho Penal, t. III, Buenos Aires, 1958, pág. 934

3) La anti**juridicidad**.— La conducta humana —para configurar delito—, necesita, además de ser típica, ser contraria o contradictoria, objetivamente, de los valores estatales; es decir, anti**jurídica**. Nos ocuparemos a hora del estudio de éste elemento, el cual es de vital importancia para la integración del ilícito penal.

Para el maestro **Porte Petit** "una conducta o un hecho son anti**jurídicos** cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación" (49).

Doxtrinarmente, se distingue entre anti**juridicidad** formal y anti**juridicidad** material. Algunos tratadistas aceptan únicamente la existencia de la anti**juridicidad** formal; "La conducta o el hecho son formalmente anti**jurídicos**, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva" (50)

Es **Franz Von Liszt** el iniciador de la tésis que distingue a la anti**juridicidad** formal de la anti**juridicidad** material, afirmando que "el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; el acto es materialmente ilegal en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial)" (51).

Para el tratadista **Luis Jiménez de Asúa**, al estudiar a **Liszt** "Bien--narrado todo se reduce a que **Von Liszt** confunde la anti**juridicidad** formal con la tipicidad. En suma: la anti**juridicidad** formal es la tipicidad y la anti**juridicidad** material es la anti**juridicidad** propia. El error está en que con la terminología de **Liszt** se hace valorativo (normativo) a lo "for**mal**", que es lo descriptivo (típico)" (52).

(49) Programa de la Parte General del Derecho Penal 2a edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1968, pág. 384

(50) **Celestino Porte Petit**, Apuntamientos, Op. cit., pág. 484

(51) Tratado de Derecho Penal, t. II, 3a edición, Reus, Madrid, pág. 336, Traducida de la 20a edición alemana por **Luis Jiménez de Asúa**, y adicionada con el Derecho Penal español por **Quintiliano Saldaña**.

(52) La ley y el delito, pág. 278

Para el tratadista español Eugenio Cuello Calón "la antijuridicidad presenta un doble aspecto: un aspecto formal constituido por la Conducta-opuesta a la norma, y otro material integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos" (53). Para Belinz "en toda antijuridicidad, están unidos lo formal y lo material" (54). "No es preciso pensar, por supuesto- que cada especie de antijuridicidad, formal o material, excluye a la otra por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la norma y la otra el contenido de una misma cosa" (55).

Otros autores han buscado la antijuridicidad material fuera del campo jurídico "M. E. Mayer la encuentra en la transgresión de las normas de cultura reconocidas por el Estado; Sauer la descubre también fuera del área jurídica, en la conducta que en su general tendencia es más perjudicial que beneficiosa para el Estado y sus miembros. Pero como certestamente afirma Hafter las consideraciones sociológicas y culturales que no han hallado eco en el Derecho, carecen de valor para decidir sobre la juridicidad o antijuridicidad de una conducta" (56).

Nosotros concluimos junto con Bettiol Giuseppe que "la oposición entre antijuridicidad formal y material no tiene suficiente razón de ser para mantenerse, porque sólo es antijurídico el hecho -la conducta-, que pueda juzgarse lesivo de un bien jurídico. Fuera de este contenido la antijuridicidad no existe" (57).

(53) Derecho Penal, t. I, 12a edición, Barcelona, 1956, pág. 338

(54) Op. cit., pág. 23

(55) IGNACIO VILLALOBOS, Op. cit., pág. 259

(56) Citados por EUGENIO CUELLO CALÓN, Op. cit., pág. 311

(57) Derecho Penal, parte general, 4a edición, Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 259.

Cosa de gran interés dentro del estudio de la antijuridicidad, es la relativa a la determinación de su naturaleza objetiva o subjetiva.

Eugenio Cuervo Galón (58), y Luis Jiménez de Asúa (59), coinciden al afirmar que la antijuridicidad es de naturaleza netamente objetiva. Cosa en la que estamos totalmente de acuerdo. Explicemos nuestro punto de vista: al configurarse el delito, existe una contradicción entre la conducta humana y la norma penal positiva; dicha oposición presenta a su vez dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva, antijuridicidad consiste en que la conducta, en su fase externa y tangible, es contraria a Derecho. En tanto que la oposición subjetiva -culpabilidad- es la rebeldía interna -ánimica- del sujeto, con el ordenamiento jurídico positivo. Consecuentemente, el único elemento subjetivo del delito lo es la culpabilidad.

3°) Causas de justificación.- Las causas de licitud son aquellas circunstancias que hacen que una conducta, aun siendo típica, no configure delito por la existencia de una norma que la autoriza o la impone, en virtud de una ausencia de interés o la existencia de un interés preponderante. Presentándose alguna de ellas, la conducta no es delictuosa por estar acorde a Derecho a pesar de su tipicidad.

"Dogmáticamente -dice Ponte Petit- llegamos a la conclusión que como causas de justificación, contamos con las expresadas en las fracciones III y IV (con una hipótesis), V y VII del artículo 15, respectivamente: la legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consagrados en la ley, y el impedimento legítimo" (60). Nosotros agregaríamos como causa de justificación a la 'obediencia jerárquica' si el acusado no conocía la ilicitud (art. 15 fracción VII del CP)

(58) Op. cit., pág. 335

(59) Derecho Penal, II, 2ª edic., Buenos Aires, págs. 975, 983-984

(60) Acostumbrados de la Parte General, Op. cit., pág. 496.

4) La culpabilidad.- Para que a una determinada conducta humana, se le pueda aplicar el calificativo de delictuosa, no es suficiente que esta se adecúe a un determinado tipo penal y además lesione o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante, el interés tutelado -- por el derecho; es necesario que además de estos requisitos --tipicidad y antijuridicidad-- exista una voluntad consciente dirigida a realizar esa conducta. Solo entonces se podrá decir que dicho comportamiento pertenece al agente, que es suyo y que por lo tanto, de él debe responder a la Sociedad.

Al respecto opina Cuello Galón que para que la conducta sea delictuosa "No es bastante que el agente sea su autor material es preciso además que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente" (61). La realización de la conducta típica y antijurídica por alguien que lo hizo como resultado de una operación mental en la cual intervinieron de manera consciente y libre las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce genéricamente como culpabilidad; este fenómeno se origina en el psiquismo del agente. Hablándose entonces de él, como elemento o aspecto subjetivo del delito.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido definida como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (62).

Han sido principalmente dos teorías las que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la culpabilidad, a saber: a) la teoría psicológica, y b) la teoría normativa. Nos ocuparemos en seguida de su estudio.

(61) CUELLO GALÓN, Derecho Penal, parte general, t. I, pág. 403

(62) LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, la ley y el delito, pág. 352.

a) Teoría psicológica.- Según esta teoría, la culpabilidad encuentra su real fundamento en la determinada situación fáctica, predominantemente psicológica. De ahí que los partidarios de esta teoría, afirmen que este elemento del delito, es la relación de carácter psicológico entre el autor de la conducta ilícita y su resultado, querido o no, pero previsible.

El tratadista alemán REINHART MAURACH, partidario de esta tendencia afirma que "el dolo se caracteriza por la voluntad del autor, tendiente a un resultado positivo prohibido por la ley; consiste en encaminar la acción hacia ese fin, en tanto que el elemento constitutivo de la culpa se refiere al hecho de que el actor no quería alcanzar ese resultado" (63). Para esta teoría queda fuera de dicha relación psicológica todo juicio sobre la injusticia o no de la conducta. El juzgador dice al delincuente -- "tu has causado el resultado, has querido la acción. Uno y otro te pertenecen, hayas o no hayas tenido consciencia de la antijuridicidad de tu obrar, luego te declaro culpable" (64).

Para Franz Von Lizzt, quien también es partidario de esta teoría -- "No basta que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad del actor" (65).

Esta teoría ha sido objeto de duras críticas, pues al decir de Giuseppe Maggiore "Esta doctrina....tiene el merito de la sencillez y de la notable nitidez de contornos. Pero tiene el defecto de encajarse en el

(63) Citado por ALFONSO REYES. Derecho Penal, parte general, 6a edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1979, pág. 280

(64) Cfr. MAGGIORE, Op. cit., pág. 453; vol. I

(65) Tratado..., t. II, pág. 387.

concepto de imputabilidad, sin tratar de superarlo. Es decir, se detiene en un juicio sobre la acción, en cuanto le pertenece al autor, pero no sabe decir porque el sujeto debe responder de la acción" (66)

"Aun mas precaria es la situación de la teoría dominante dentro de los problemas de la culpabilidad. Según ella, la culpa es la relación psíquica del autor con el resultado... RADBRUCH ha tratado de desarrollar un concepto puramente psicológico de culpa, pero debió acabar con la culpa inconsciente. A la inversa de la teoría de que la culpabilidad es la relación psíquica del autor con el resultado ha sacado la conclusión de negar en absoluto el caracter de culpabilidad a la culpa inconsciente. También aquí se demuestra ostensiblemente que el concepto de la culpa de la teoría reinante debe ser inexacto" (67). Por su parte Luis-Jiménez de Asúa, al ocuparse del análisis de esta teoría, sostiene que "A nuestro juicio inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad si es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella, a pesar de lo que supone RADBRUCH, lo psicológico puro" (68).

b) Teoría normativa.- Según esta teoría, de la cual es iniciador Reinhard Frank, la culpabilidad no es únicamente una situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente; esto es, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a una actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos, si el autor cometió o no un hecho reprochable

(66) Op. cit., pág. 453

(67) Cfr. HANS WELZEL, la teoría de la acción finalista, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págn. 31-32

(68) La ley y el delito, pág. 354

"Solo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho" - (69).

Para Edmundo Mezger -uno de los principales voceros de esta teoría- la culpabilidad es "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (70). Bettiol Giuseppe, seguidor también del normativismo, define a la culpabilidad como "un juicio de reproche personal por la perpetración de un hecho lesivo de un interés penalmente protegido" (71)

Según esta teoría, el juicio del juzgador, deberá ser emitido de la siguiente manera: "Has obrado diversamente de como debías obrar, has hecho lo que no hubieras debido hacer; por eso te declaro culpable y te castigo" (72).

De manera Perspicaz, sostiene Jiménez de Asúa que la teoría normativa "establece como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan solo cuando era exigible otra conducta. En vez de estar la reprochabilidad fuera del proceder, está dentro, y así la exigibilidad se convierte en conciencia de lo culpable" (73).

(69) CARLOS FOMBIN BALMSTRA, El elemento subjetivo del delito, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957, pág. 6

(70) Tratado..., t. II, págs. 7-8

(71) Op. cit., pág. 327

(72) Cfr. MAGGIORE, Op. cit., pág. 455

(73) Tratado..., t. V, pág. 1764

Concluyendo: la teoría normativa de la culpabilidad se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracteriología del agente) y en la exigibilidad. La base de la culpabilidad es, pues, un "juicio de valor", en referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, no únicamente, una situación de hecho psicológica, sino una situación de hecho valorizada normativamente.

Se le ha criticado a esta teoría el confundir ilógicamente la reprochabilidad de la conducta del actor, con el juicio de reproche que respecto de su comportamiento antijurídico se formula; también, se le ha objetado el no especificar a quien corresponde formular el juicio de reproche, pues, según unos, debe ser el agente de la conducta culpable a quien corresponde hacerlo, y otros sostienen que debe hacerlo la conciencia social.

Nosotros pensamos que las formas de culpabilidad -dolo y culpa- son de naturaleza netamente psicológica, y por lo tanto, existe, una relación entre la conducta del agente y su resultado; pero, al mismo tiempo, la culpabilidad, es también un juicio valorativo de la situación de hecho, -por parte del juez, elevándose la realidad del hecho psicológico, el concepto jurídico de culpabilidad. Por eso, consideramos acertada la definición de culpabilidad, adhiriéndonos a ella, dada por Alfonso Reyes en los siguientes términos: "la actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente" (74).

(74) Op. cit., pág. 283

En seguida, nos ocuparemos en forma muy somera de la inculpabilidad y casos específicos de la misma, ocupándonos del análisis de sus dos formas tradicionales extremas (dolo y culpa), dejando para después el estudio de la "preterintencionalidad".

4°) Inculpabilidad.— Nos dice el tratadista español Eugenio Cuello-Calón, que las causas de inculpabilidad "son situaciones o estados que concurren con la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable e eliminando su culpabilidad, en seguida señala este autor como excluyentes de culpabilidad a: la legítima defensa putativa, el exceso en la defensa cuando es motivado por el terror o angustia que la agresión origina, el estado de necesidad en casos de conflicto de bienes de igual valor, la obediencia cuando el agente conoce la ilicitud de la orden dada, la violencia física, la violencia moral y el caso fortuito" (75).

Por nuestra parte, creemos que la inculpabilidad opera ante la ausencia de los elementos esenciales de la culpabilidad (intelectivo y volitivo). Toda causa que elimine a alguno o a ambos, se debe tener como causa de inculpabilidad.

(75) Derecho Penal, parte general, t. II, pág. 524

II. El delito en el Derecho Positivo Mexicano.- Por lo que respecta a nuestro Derecho, tenemos que el Código Penal de 1871, promulgado el 7 de diciembre del mismo año y vigente desde el 1.º de abril de 1872, estableció que el delito era:

"Art. 4o.- la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda". Este Ordenamiento penal, -- fue fiel a la doctrina sostenida por el ilustre Carrara, pues contenía el vocablo que éste autor diera al elemento específico del delito. Según ésta tendencia, el delito no era una acción (elemento acromático que corresponde por igual a un crimen que a una Conducta ejemplar), sino una infracción, por ser éste dato de antijuridicidad lo que identifica y distingue a la infracción penal.

En el año de 1929, se puso en vigor, el 15 de diciembre, un efímero intento de legislación positivista que definía al delito como:

"Art. 4o.- la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal". Esta definición fue severamente criticada, en su época, pues no señalaba elementos de lo definido; además, el estar amenazado con una pena, -- es un dato externo usual para la represión y con el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación, pero no inherente al mismo, ni útil para definirlo, ya que la sanción penal no es elemento que lo caracterise.

El Código Penal vigente a partir del 17 de septiembre de 1931, establece que:

"Art. 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta definición jurídico formal del delito, también ha sido objeto de duras críticas. Se ha dicho, como dijimos con anterioridad, que se trata de una tautología (decir dos veces); es un círculo vicioso (decir que delito es delito), del cual no se avanza un paso, volviendo a caer en lo mismo; son también aplicables las críticas hechas a la definición dada --

por el Código de 1929. También se le ha criticado en el sentido de que cuando existe una excusa absolutoria, el delito existe, se da, pero no se sanciona con pena alguna y, existen infracciones a los reglamentos de Policía y buen gobierno -faltas administrativas- que son sancionadas con una pena y que no son delitos.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que: - "DELITO, EXISTENCIA DEL.- Según el artículo 70. del Código Penal del Distrito Federal ' Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales', de modo que la consumación del delito se obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga (Semanao Judicial de la Federación, tomo XLIV, página 1328)"

III. La culpabilidad y sus diferentes formas.- La culpabilidad se manifiesta a través de sus dos formas tradicionales extremas, éstas son: el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución de la conducta típica o cause algún daño a un interés jurídicamente tutelado, por negligencia o impericia; una y otra tienen por fundamento la voluntad humana. Pero se ha venido desarrollando una corriente doctrinaria, encabezada por Finzi y Vannini, que pretende encontrar en la preterintención, una forma intermedia de la culpabilidad, participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; presentándose en aquellos casos en el que el resultado sobrepasa la intención del agente.

Nos ocuparemos a continuación, del estudio doctrinario de cada una de estas formas de la culpabilidad.

a) El dolo.- Existen varias teorías que han pretendido explicar la naturaleza jurídica del dolo. Sobresaliendo las siguientes; A) teoría de la representación; b) teoría de la voluntad, y C) teoría finalista.

A) Teoría de la representación.- Según los postulados de esta teoría para la existencia del dolo, es suficiente la representación mental-

que del resultado de su conducta delictiva hace el agente. Esto es, el dolo no es más que la previsión del evento por parte del sujeto antes de su ejecución.

En Alemania Franz Von Liszt, partidario de ésta teoría, sostiene - que el "dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad de todas las circunstancias del hecho previsto por la ley" (76).

B) Teoría de la voluntad.- Esta doctrina, privativa entre los clásicos, establece que para que se de el dolo, no basta con la previsión que del resultado haya tenido el agente, pues es necesario, además, que el resultado mismo sea voluntario.

Para Carmignani, uno de los clásicos, el dolo es "el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores, con lo cual identificó dolo e intención, haciendo consistir ésta en la dirección de la voluntad a un fin remoto. La intención dicese perfecta -expresó Carmignani- cuando la voluntad está plenamente iluminada por la inteligencia o por la violencia de las pasiones. También llámase directa cuando la voluntad tiende a un fin meramente posible" (77).

Por su parte Francisco Carrara, máximo exponente de la Escuela Clásica, define al dolo como "la Intención más o menos perfecta de ejecutar un acto contrario a la Ley... se equivocó Carmignani -dice éste autor- cuando, siguiendo las huellas de Isaias Puffendorf, puso como condición del dolo (que es un acto totalmente interno) la acción exterior y confundir la noción del delito con la del dolo... así mismo, erró Carmignani - cuando hizo consistir el dolo en la intención de violar la ley" (78).

(76) Tratado de Derecho Penal, vol. III, 2a. edición, Editorial Reus, Madrid, 1927, pág. 397.

(77) F. PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal, Op. cit., p 366

(78) Programa..., Vol I, pág. 73, parágrafo 69

C) Teoría finalista.— Según esta teoría, que podemos calificar de ecléctica, la noción del dolo no puede basarse en conceptos aislados (voluntad o representación) no basta que el agente haya previsto como cierto o posible el resultado, pues es necesario, además, que éste lo quiera, — que sea su voluntad e intención realizar la conducta delictiva.

Nosotros coincidimos con lo expuesto por el tratadista alemán contemporáneo Reinhart Maurach, pues actúa dolosamente "quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo" (79). En la misma posición se coloca el tratadista Luis Jiménez de Asúa, para quien el dolo "... existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de la circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (80).

Debemos aclarar, sin embargo, que el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, no significa que el agente deba conocer que su acción u omisión constituye la figura de delito definida en tal o cual artículo del ordenamiento penal positivo, basta únicamente que su conocimiento le advierta que ejecuta algo que está prohibido. Afirmar lo contrario, sería caer en el extremo de afirmar que sólo el técnico en derecho es capaz de realizar una conducta delictuosa.

Al respecto escribe Luis Jiménez de Asúa que "Ernesto Beling, cuando demanda la consciencia de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico; mejor dicho, la representación debe ser de la situación real correspondiente a—

(79) Tratado de Derecho Penal, vol. I, Editorial Ariel, Barcelona, - 1962, pág. 311

(80) La Ley y el delito, pág. 365

una descripción típica, y no debe exigirse que se conozcan los elementos del tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico" (81).

El comportamiento humano voluntario, de naturaleza netamente psicológica, exige que previamente a su realización, exista una representación -así sea efímera- del resultado que ha querido alcanzar; pues cuando se realiza una determinada conducta por el agente, es porque mentalmente la ha previsto, hallándola adecuada a sus posibilidades personales, queriendo entonces llevarla a cabo. En conclusión; para dar una definición del dolo, se debe tomar en cuenta, tanto el fenómeno de la voluntad como el de la representación, tal como lo hacen los finalistas.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que son dos los aspectos o momentos los que integran el fenómeno jurídico-psicológico del dolo, - a saber; a) aspecto cognoscitivo y b) aspecto volitivo.

a) aspecto cognoscitivo.- Para que la conducta humana puede ser considerada dolosa, es necesario, que previamente, su autor haya tenido conocimiento del resultado de su ejecución, de tal forma que cuando éste se ha producido en el mundo fáctico, había sido previsto mentalmente con anterioridad.

b) aspecto volitivo.- Para la existencia del dolo, no basta con la representación mental de resultado; es necesario, además, que el agente tenga la voluntad, que quiera el resultado delictivo.

Para terminar con éste apartado, diremos, únicamente, que nos adherimos sin reservas; a la definición que del dolo de Alfonso Reyes; pues nos parece la mas correcta, ya que abarca los dos momentos del dolo -dice éste autor- dolo es "la actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica" (82).

(82) Op. cit., pág. 286

Existen diversos criterios que han regido la clasificación del dolo; así encontramos que se habla de dolo genérico, específico, directo, indeterminado, etcétera. Nosotros pensamos que el contenido sustancial del dolo es único, pues se trata inminentemente de una voluntad, aunque informada ésta por determinados conocimientos; razón por la cual coincidimos con las modalidades más conocidas del dolo, estas son: a) dolo directo, b) dolo indirecto, c) dolo indeterminado y d) dolo eventual.

a) dolo directo.- El dolo directo, llamado también intencional y determinado, aparece cuando existe perfecta correspondencia entre lo previsto y el resultado; es decir, el sujeto encamina su voluntad directamente a la consumación de la conducta típica, v. gr., el agente quería matar a su enemigo y efectivamente lo priva de la vida; A quería robar a B y lo logró en el mundo fáctico.

b) dolo indirecto.- Existe dolo indirecto cuando el resultado no querido por el agente, aparece tan necesariamente ligado al resultado típico-deseado directamente. El sujeto se propone un determinado fin y sabe que su realización implica la producción de otros resultados antijurídicos que no son el objetivo de su voluntad, pero cuyo acaecimiento no lo hace retroceder, lo que hace que los admita, aunque indirectamente, con tal de lograr su propósito rector de su conducta. Como ejemplo hipotético podríamos poner el caso del robo de un banco, en el que el sujeto se apodera de un automóvil para huir con el dinero robado, su voluntad delictuosa se orientó directamente al apoderamiento del dinero y sólo indirectamente, en cuanto es actividad necesariamente ligada a la primera acción, al robo del vehículo; existe en el primer caso dolo directo y en el segundo indirecto.

c) dolo indeterminado.- Existe dolo indeterminado cuando el sujeto no

se propone causar un determinado daño, sino sólo causar alguno para fines ulteriores; suele citarse como ejemplo clásico, el caso del anarquista — que arroja o coloca bombas en un edificio, en un sitio de reunión, en un museo, sin saber si causará daño en la propiedad, incendio, lesiones o la muerte de alguna o algunas personas; sin querer éstos daños por si mismos, pero admitiendo la producción de cualquiera de ellos, pero de ninguno en especial, con fines de protesta, de intimidación, etc.

d) dolo eventual.— Existe este tipo de dolo cuando la previsión de un resultado antijurídico, ligado sólo eventualmente a otro inequívocamente querido, no detiene la realización de su propósito inicial. Como ejemplo de éste tipo de dolo suele citarse el del sujeto que con la intención de dar muerte a una determinada persona, arroja un explosivo a su casa habitación en la que sabe esta su familia, a quienes no desea eliminar, pero cuya muerte probable, no lo detiene en la realización de su propósito inicial.

b) La culpa.- Asentamos anteriormente que: la culpabilidad revestía dos formas extremas -dolo y culpa- y una intermedia, preterintencionalidad; estudiada ya la primera de ellas, nos ocuparemos del análisis de la culpa.

Teóricamente, se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica de la culpa; así, se mencionan, entre otras, de menor trascendencia, la teoría de la prevenibilidad, la teoría de la violación del deber de cuidado, la teoría de la prevesibilidad y, la teoría finalista; nos ocuparemos a continuación, del estudio -aunque muy someramente- de cada una de ellas:

1) Teoría de la prevenibilidad.- Esta teoría, cuyo iniciador fue Brusca, sostiene que la culpa -dice este autor- consiste en "la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, prevesible y prevenible" (83).

Es criticable a esta teoría, el ampliar, hasta lo meramente fortuito, el radio de acción de la culpa. Pues no siempre se está en condiciones de prever lo previsible, v. gr., es posible prevenir el advenimiento de una tormenta, la caída de un árbol, etc., pero es imposible llegar a prevenir todos los efectos dañosos, que ese fenómeno natural, puede acarrear consigo y, por lo tanto, a nadie pueden serle imputados a título de culpa.

2) Teoría de la violación del deber de cuidado.- Esta teoría, formulada inicialmente por Fuerbach, afirma que la culpa consiste en "el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando e

(83) Citado por ALFONSO REYES, Op. cit., pág. 298

segura actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda derivarse daño o lesión a los derechos ajenos" (84).

3) Teoría de la previsibilidad.- Se más alto exponente es el maestro italiano Francisco Carrara, quien afirma que la culpa es "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y -- previsibles del propio hecho" (85).

Esta teoría de amplia aceptación doctrinal, delimita, de manera -- precisa, el campo de acción de lo culposo, respecto del dolo y de lo -- fortuito; esto es, el agente debió reflexionar, en primera instancia, -- sobre las circunstancias de hecho en que desarrollaría su actuar, y en -- segunda instancia, prever, porque eran previsibles, las consecuencias, -- mediatas o inmediatas, de su conducta; resultando así, que la culpa es -- un vicio del intelecto y de la voluntad humanos.

4) teoría finalista.- Welzel, tratadista alemán, pontífice del fi- -- nalismo alemán, una vez que hizo una revisión a fondo del esquema de su -- postura inicial, ante el alud de críticas, considera actualmente que la -- culpa se asienta sobre una omisión del cuidado objetivo requerido para -- evitar el resultado lesivo de los bienes jurídicos legalmente tutela -- dos (86).

(84) Citado por ALFONSO REYES, Op. cit., pág. 298

(85) Programa..., Op. cit., vol. I, parágrafo 80, pág. 81

(86) Cfr. HANS WELZEL, la teoría de la acción finalista, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 7 y ss.

Pensamos nosotros que la culpa, al igual que el dolo, es un actuar voluntario y consciente; pero en aquella, el sujeto produce en el mundo fáctico, un hecho típico y antijurídico por la omisión del deber de cuidado que le era exigible en la realización de su finalidad inicial, que era penalmente indiferente. Concluyendo: En su actuar inicial, el sujeto no buscaba la realización de un delito, pero éste, resultó como consecuencia de la imprudencia o negligencia del agente, respecto de su querer inicial y, que le es imputable porque siendo previsible el sujeto no la previó, teniendo la obligación de hacerlo, aunque no lo quería.

Respecto de las especies de culpa que existen, la doctrina divide a ésta en culpa consciente o con previsión y culpa inconsciente o sin previsión; creemos nosotros que lo correcto es hablar de culpa con representación y culpa sin representación, porque como afirma Alfonso Reyes "... en rigor de términos, resulta un contrasentido hablar de culpa inconsciente cuando, como se dijo, el comportamiento culposo debe ser en todo caso voluntario y, por ende consciente, y porque no siempre la previsibilidad está ligada a la culpa, como si ocurre con el fenómeno de la representación" (87).

A) Culpa con representación.- Esta especie de culpa se presenta cuando el sujeto ha previsto el resultado típico y antijurídico de su conducta, es decir, se representó mentalmente las consecuencias que puede provocar si lleva a cabo su comportamiento, pero confía, en forma indebida en poderlo evitar gracias a su destreza, habilidad, etc.

Como ejemplo clásico de esta especie de culpa, tenemos el del conductor del vehículo que, sabiendo que éste tiene una falla en el sistema de frenos, aun así, y debido a un compromiso, imprime una alta velocidad a su automotor en una arteria muy concurrida, representando

es la posibilidad de que como consecuencia de su falla mecánica, ocasiona la muerte de alguna o algunas personas, pero abrigando la esperanza de que esto no ocurrirá; no obstante ésto, el sujeto atropella a una -- persona y le causa la muerte.

B) Culpa sin representación.- Nos encontramos ante esta especie de culpa cuando el sujeto no se representó mentalmente la consecuencia tónica y antijurídica de su conducta, habiendo podido y tenido la obligación de preverla.

Sería el ejemplo del sujeto que se dedica a la caza, quien al ver a un animal que se oculta en un lugar que suele ser frecuentemente visitado por turistas, dispara precipitadamente contra el, pero como consecuencia de su precipitación y de no medir las consecuencias, da muerte a una persona que se encontraba oculta en ese mismo sitio.

Es esta, sin duda, la forma más simple de la culpa y mas común, en ella se sanciona al sujeto porque no previó lo que en el caso concreto y con ordinaria diligencia, hubiera podido y estaba obligado a prever.-

En ninguna de las dos especies de culpa se quiere el resultado, -- pues mientras en esta última ni siquiera se prevé el resultado, mientras que en la segunda, se le representó mentalmente como posible, constituyendo así, la forma mas grave de la culpa.

Frontera sutil, existe, entre el dolo eventual y la culpa con representación, pues en ambos casos se representa mentalmente el resultado delictuoso; pero se diferencian en que en el primero, el agente nada hace por evitarlo y consecuentemente lo acepta, en tanto que en la segunda, el sujeto confía en que el resultado lesivo al derecho no se producirá, es decir, no lo quiere.

c) La preterintencionalidad. - Los partidarios de esta tercera forma de la culpabilidad, sostienen que hay delito preterintencional o ultraintencional cuando el resultado antijurídico de la conducta fue mas allá de la intención del agente.

Como ejemplo clásico de delito preterintencional, tenemos el del homicidio, en el cual el sujeto tiene la intención de causar lesiones; sin embargo, el resultado definitivo de su acción fue mas grave del que se proponía, pues ocasionó la muerte del ofendido, ya que al propiarle un golpe, éste cae y se golpea la base del cráneo contra la guarnición de la bancheta, produciéndose el resultado letal.

La doctrina coincide en señalar cuatro requisitos para que se de la existencia del delito preterintencional, estos son:

1) Una voluntad dirigida a la realización de una conducta típica y antijurídica.

2) Verificación en el mundo fáctico de un resultado final diverso del inicialmente querido; esto es, superación de la voluntad del agente, pues fue mas allá de su intención.

3) Existencia de homogeneidad entre el resultado inicialmente querido y el inicialmente obtenido, de tal forma que el evento final sea del mismo género del evento inicial; en el homicidio preterintencional las lesiones y éste, son delitos del mismo género, es decir, delitos contra la vida y la integridad corporal.

4) Debe existir una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado lesivo del interés jurídico tutelado, de tal forma que éste le sea imputado al sujeto como suyo, aunque cometido a tí-

tulo de culpa; sin este requisito esencial, el agente solo responderá del evento directo e inmediatamente querido. Esta hipótesis la encontramos en el caso fortuito, en el que el resultado no se podrá imputar al sujeto ni a título de dolo, de culpa o de preterintencionalidad.

Como muy discutida por la doctrina, es el aspecto subjetivo del delito preterintencional; elaborándose al respecto varias doctrinas, de las cuales mencionaremos únicamente tres por considerables las de mayor trascendencia jurídica, a saber:

a) teoría objetiva.- Según lo postulado por los seguidores de esta teoría, el sujeto autor de la conducta, debe responder siempre que sea posible establecer un nexo causal material (objetivo), entre el resultado inicialmente querido y el finalmente logrado (88).

Esta doctrina debe rechazarse, pues pugna con el principio elaborado por Ernst Beling y hoy universalmente aceptado de "nulla poena sine culpa" (no hay pena sin culpabilidad), y porque no responde a la consciencia jurídica actual.

b) teoría del dolo eventual.- Según la cual, el resultado final, debe imputarse al agente a título de dolo eventual, pues éste, no fue inequivocamente querido por el sujeto (89).

Esta tesis debe ser también rechazada, pues como vimos al ocuparnos de las diversas especies de dolo, el eventual, además de la previ

(88) Para un estudio más profundo, Cfr. Bernal Pinzón, Op. cit., págs. 110-11

(89) Cfr. JORGE GUITEPPEZ ANZOLA, Delitos contra la vida y la integridad corporal, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 115

ción del resultado antijurídico, supone su anticipada aceptación, cosa que no ocurre con el delito preterintencional, pues va contra su naturaleza jurídica.

c) Teoría mixta de dolo y culpa.- Según esta tesis, el segundo resultado (no querido), sólo puede ser imputable al agente a título de culpa (90).

En esta la teoría de mayor aceptación doctrinal, pues sostienen sus seguidores que el sujeto ha querido un evento (dolo), pero al final se consume otro, que no era objeto de su intención, aunque del mismo género que el inicial, pero susceptible de haber sido previsto porque era previsible (culpa).

Sostiene el tratadista español Luis Jiménez de Asúa que el delito preterintencional está "más allá de la intención, pero más acá de lo fortuito" (91). Permaneciendo, siempre, dentro de los límites de la culpabilidad, con participación de sus dos especies el dolo y la culpa.

En el capítulo posterior emitiremos nuestra opinión al respecto, adelantando únicamente que no estamos de acuerdo con la existencia de esta tercera forma de culpabilidad, pues resulta ilógico que el sujeto haya querido (dolo) y no querido (culpa) al mismo tiempo; atendiendo a la naturaleza intrínseca de cada una de estas formas de culpabilidad.

(90) Entre sus partidarios encontramos a Carrara, Programa de Derecho criminal, Op. cit., vol. I, parágrafo 271, pág. 192; Cfr. Maggiore Giuseppe, Op. cit., vol. I, pág. 596

(91) Tratado de Derecho Penal, Op. cit., t. III, pág. 685

IV.- El homicidio en el Código Penal de 1931.- El artículo 302 del Código Penal en vigor a partir del 17 de septiembre de 1931, tipifica el delito de homicidio, en los siguientes términos:

"Art. 302.- Comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a o -tro". El citado precepto, no contiene la definición propiamente dicha -- del delito de homicidio, sino del elemento material del mismo, consistente en "privar de la vida" a otro.

De la citada definición legal, destacan como elementos del hecho objetivo consistente en "privar de la vida", los siguientes:

- a) Una conducta
- b) Un resultado, y
- c) Un nexo de causalidad, en
tre la conducta y el resultado

El maestro González de la Vega, hace honor a las enseñanzas orales de don Emilio Fardo Aspe, en su cátedra de la Facultad de Derecho, al reconocerle que "ha hecho notar el error de los tratadistas españoles que enumeran como constitutiva del homicidio la previa existencia de una vida humana; ésta no es un elemento material del delito sino la CONDICION-LOGICA, EL PRESUPUESTO NECESARIO, sin el que la materialidad de la in --fracción -muerte- no puede registrarse" (92).

a) La Conducta.- Para Pavón Vasconcelos "la Conducta en el homici--dio consiste en el movimiento corporal o los movimientos realizados por el sujeto al disparar el arma de fuego, descargar el golpe con el puñal o proporcionar el veneno, actos necesariamente voluntarios; o bien en la inactividad voluntaria realizada por el sujeto, con el propósito de ha -

(92) Derecho Penal Mexicano, Op. cit., pág. 31

cer eficaz, dicha expresión de su querer en la producción del resultado y voluntad cuyo límite se precisa en la acción u omisión" (93).

b) Un resultado.- Este elemento material del homicidio, consiste en la privación de la vida, la muerte, es decir, la ablación de todas las funciones vitales del individuo, motivada por una causa externa, y que puede consistir en el empleo de medios físicos, de omisiones o de medios morales. Los medios físicos, consistentes en acciones positivas, como el administrar veneno a la víctima, disparar sobre de ella una arma de fuego, propinarle un golpe con cualquier instrumento, etc. En el caso de las omisiones, la muerte puede provenir como consecuencia del delito de abandono de personas, en el caso de la omisión por omisión u omisión impropia, en el que la madre con el deliberado propósito de dar muerte a su pequeño hijo, omite el suministrarle alimento para que se produzca el resultado letal, etc. Los medios morales para la realización del homicidio, pueden consistir en amenazas hechas a la víctima, contrariedades, estados de terror, impresiones desagradables, etc. Concluyendo: la producción, en el mundo fáctico, del resultado final, debe ser como consecuencia de una lesión inferida a la víctima por el sujeto activo, por el empleo de cualquiera de los medios anteriormente mencionados; lesión mortal es aquella que por sí sola, por sus consecuencias inmediatas o por su concurrencia con otras causas en la que influye, produce como resultado la muerte.

c) El nexo causal.- Entre la conducta -acción u omisión- delictiva del sujeto activo y el fenómeno biológico de la muerte como resultado material, es precisa la existencia de un nexo de causalidad, pues en caso-

(93) Lecciones de Derecho Penal I, Op. cit., pág. 13

contrario, la muerte acontecida no podría ser considerada como un resultado de la conducta del agente. En otra parte de este trabajo, nos ocupamos ya del estudio de la trascendencia y significación que reviste la --causalidad en la comprobación del delito, por lo que únicamente nos remitimos a lo ya estudiado con anterioridad. En el Ordenamiento vigente (C. P. de 1931), es de hacerse resaltar el papel que juega el nexo de causalidad en la integración del delito de homicidio. Efectivamente, los artículos 303, 304 y 305, establecen diversas reglas para determinar cuando existe en la integración jurídica del homicidio un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado de la misma.

El ordenamiento penal vigente reserva el nombre de lesiones mortales a aquellas que producen como consecuencia la muerte. Al respecto recordemos que ya el Código de 1871, reservaba el mismo nombre a dichas lesiones.

El artículo 303 exige tres requisitos para que una lesión se pueda tener como mortal, y sin las cuales no se podrán aplicar las sanciones previstas para el homicidio, estas son:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pueda combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios. En el supuesto de que la lesión por si sola le haya producido la muerte, por haber interesado un órgano vital (v. gr., el corazón), los peritos médicos fácilmente pueden establecer la relación de causalidad entre la lesión en el órgano u órganos interesados y la muerte; que la muerte sea determinada por una consecuencia inmediata por ser incurable o por no tener al alcance los recursos necesarios (v. gr., el inferir una lesión a un sujeto que muere por anemia); y que el resultado

letal se deba a alguna complicación determinada por la misma lesión y -- que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios. Aquí, la lesión concurre con otros factores distintos a ella para producir la muerte, presentándose lo que teóricamente se le ha llamado la "conurrencia de causas".

II. Que la muerte se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado. Este término fue seleccionado empíricamente tomando en cuenta la estadística, pues en la mayoría de los hospitales de sanare, los lesionados sanan o mueren antes de transcurrido ese tiempo. Cuando la muerte sobrevenga después de transcurrido ese tiempo, no se podrá imponer al sujeto activo la sanción aplicable al homicidio, debiendo se aplicar sólo las penas de las lesiones, previa clasificación de las mismas.

III. Que si se encuentra el cadáver, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales. Cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas. Anteriormente dejamos asentado que la autopsia médico-legal del cadáver, tiene por objeto, mediante la apertura de las cavidades craneal, torácica y abdominal del mismo, determinar el motivo del resultado final, y fijando o estableciendo si se debió a las lesiones inferidas o a causas distintas.

Por lo que respecta a la concurrencia de causas, el Código Penal de 1911, con gran claridad y de acuerdo a los postulados de la moderna teoría de la relevancia de las condiciones o teoría sine qua non, a la que nos adherimos anteriormente, determina reglas precisas para solucionar --

el conflicto del daño de muerte consecutivo a varias concausas. Estas -- pueden ser anteriores o posteriores a la lesión con que concurren; a la vez, las concausas pueden ser imputables o no al agente.

Por lo que se refiere a las concausas anteriores a la lesión, el artículo 305 (primera parte), establece: "no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió; cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido"; el artículo 304 por su parte (fracciones II y III), preceptúa: "la lesión se tendrá como mortal aunque se pruebe que no lo habría sido en otra persona o que lo fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión. Cuando las lesiones se infieran a individuos con padecimientos fisiológicos o patológicos, --- v. gr., enfermedades del corazón, debilidad extrema, diabetes, etc., las cuales pueden agravar la lesión y provocar la muerte; en el caso de que la lesión no influya en el resultado letal, es decir, que ésta se deba única y exclusivamente al desarrollo de dolencias anteriores, no existirá el delito de homicidio por no haber relación de causalidad entre la conducta (daño de lesiones) y el resultado (la muerte); pero cuando la lesión influya junto con las causas preexistentes, colaborando con ellas en la muerte del sujeto, deberá ser considerada como mortal y consecuentemente, aplicársele al sujeto activo, la penalidad del homicidio.

La concurrencia de causas posteriores se encuentra reglamentada --- en el artículo 303 (fracción I), que establece que se tendrá como mortal una lesión cuando la muerte se deba a alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance --- los recursos necesarios; por su parte el artículo 304 (fracción I), pre-

ceptúa que se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe: "que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos". La parte final del artículo 305 establece una excepción, al decir que no se tendrá como mortal una lesión, cuando ésta se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon. Estas causas posteriores agravadoras de la lesión, no serán imputables al agente por intervenir una conducta posterior, torpe e imprudente del que efectúe el tratamiento médico; por existir una conducta posterior de la propia víctima, ajena ya a la del autor de la lesión, imperita, irreflexiva, descuidada, etc.; y la realización de una operación quirúrgica desgraciada, precedida por un estado de imprudencia o culposo del ejecutante de la misma.

El homicidio por complicidad corresponsiva, esto es, la privación de la vida, resultante de la intervención de varias personas, lo encontramos reglamentado en el artículo 309 que establece cinco reglas a seguir para el caso de la pluralidad de sujetos en el homicidio, a saber:

Art. 309.- Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes:

I. Si la víctima, recibiere una o varias lesiones mortales y constare quien o quienes las infirieron, se aplicará a éstos, o a aquél, la sanción como homicidas;

II. Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y no constare quien o quienes fueron los responsables se impondrá a todos, sanción de tres a nueve años de prisión;

III. Cuando las lesiones sean unas mortales y otras no y se ignore quienes infirieron las primeras, pero constare quienes lesionaron, se aplicará sanción, a todos, de tres a nueve años de prisión, a menos que -

justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones; y

IV. Cuando las lesiones solo fueren mortales por su número y no se pueda determinar quienes las infirieron, se aplicará sanción de tres a nueve años de prisión a todos los que hubieren atacado al occiso con armas a propósito para inferir las heridas que aquél recibió.

Por lo que se refiere a la primera fracción del citado artículo, no ofrece la mayor dificultad, pues si constare quien o quienes las infirieron, es lógico que a éste o a aquellos, se les imponga la penalidad del homicidio; por lo que hace a la fracción II, la Ley atribuye una responsabilidad penal intermedia gradual y escalonada, pues en primer término, sino constare quien infirió las lesiones mortales, se sancionará a todos los que hubieren ejercido violencia sobre el occiso, remitiendo al azar las penas que dependen del descubrimiento o nó de terceras personas; en la fracción III, es criticable el dejar la carga de la prueba a uno de los sujetos activos, para que demuestren o demuestre no haber inferido las lesiones mortales, y si en cambio las que no podrían producir la muerte, y la fracción IV del mencionado artículo incurre en el error de hablar de heridas, siendo que nuestra legislación en su fórmula tan amplia del delito de lesiones (art. 288), abarca a toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa, y no únicamente a las heridas. Además, interpretando la citada fracción, es posible demostrar que alguna o algunas personas, no causaron ninguna lesión, que dándoles la carga de la prueba; esto es, aunque se haya atacado al occiso con armas a propósito, es posible que uno o alguno de los atacantes no haya producido en la víctima ninguna lesión, teniendo que demostrarlo dentro de la secuela del proceso penal, siendo de sumo interés encontrar el nexo causal entre las heridas inferidas y la muerte producida.

V. Crítica al concepto de homicidio.- La noción que del homicidio da el artículo 302, no es propiamente una definición, sino del elemento-material del mismo, consistente en el hecho de privar de la vida. Nosotros coincidimos en el punto III del capítulo anterior, en definir al homicidio haciendo únicamente referencia al elemento objetivo del mismo, - pues el hacer alusión a elementos dogmáticos, sería invadir el campo de la teoría del delito; es decir, el hacer referencia a la conducta, a la tipicidad, la antijuridicidad y a la culpabilidad, como constitutivas -- del delito de homicidio, sería meramente repetitivo, ya que cada delito-en particular, contiene los elementos esenciales de todo delito, y los-propios contenidos en el tipo. Además, al hacer esto, respecto del homicidio, sería necesario también hacer alusión a los citados elementos esenciales del delito, en la definición de todas las conductas delictivas. Concluyendo; nosotros, según lo hicimos constar ya anteriormente, nos adherimos a la forma de definir el homicidio en la legislación vigente, pero sin dejar de reconocer que ésta, no es propia ni rigurosa -- mente, una definición del mismo, sino del elemento material de la infracción.

VI. Bien jurídico tutelado.- El bien objeto de la tutela jurídica, es la vida, ocupando ésta, respecto de los restantes bienes protegidos-por el derecho, el primer lugar, ya que la vida es el soporte y fundamento de aquellos, y sin la cual no tendrían razón de ser.

Al homicidio se le considera la infracción mas grave que puede dar se contra cualquier ser humano, no importando su edad, sexo, raza ni -- condiciones sociales. Al respecto escribe Manzini que "la vida humana -- es un bien de interés eminentemente social, público, y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la población, formada por la unión de todos; la muerte violenta infringida injustamente a una unidad de esa suma, produce un daño público que debe ser prevenido y reprimido aparte del mal individual en si mismo, como --

hecho social dañoso" (94).

(94) Citado por FCO. GONZALES DE LA VEGA, Op. cit., pág. 30

CAPITULO III

EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

SUMARIO: I. El homicidio doloso.-II. El homicidio culposo.-III. El homicidio preterintencional a) La preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad; b) Nociones doctrinarias; c) La preterintencionalidad en el Derecho Positivo Mexicano 1.- Código Penal de 1931, 2.- Código Penal Veracruzano; d) La preterintencionalidad en las reformas al Código Penal de 1931.-IV. Tesis de la Suprema Corte de Justicia.-V. Punibilidad en el homicidio preterintencional.-VI. Opinión personal al respecto.

I. El homicidio doloso.- nuestro ordenamiento penal positivo, con terminología inadecuada, en su artículo 80 enumera las formas de culpabilidad, al establecer que: "Art. 8º los delitos pueden ser:

I. Intencionales, y

II. No intencionales o de imprudencia... " Lo intencional, se entiende como doloso, pues como bien dice el maestro Ignacio Villalobos, llamar el Código 'Intencionales' a los delitos dolosos "reduce la especie a los delitos cometidos con dolo directo, aun cuando de hecho la jurisprudencia sigue tomando por 'intención' todas las especies del dolo y ha evitado así daños efectivos en la práctica" (1). Además, pensamos nosotros, que la intención no agota el concepto de voluntariedad en los delitos dolosos.

Por su parte, el artículo 9º del citado ordenamiento, establece una presunción juris tantum de intencionalidad, al decir que: "Art. 9º La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario... ", -- previendo a continuación que dicha presunción "... no se destruirá aun que el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias... ", --

(1) IGNACIO VILLALOBOS, Op. cit., pág. 321

con lo que pretende salvar el vicio de su pobreza conceptual, abarcando como 'intencionales' a aquellas conductas que, en estricto rigor técnico, no tendrían cabida dentro de las formas de culpabilidad "intencional", pero sí en la infracción dolosa.

Por lo que hace a la definición del dolo o "intención" en el Código penal de 1931, en vigor, el legislador fue omiso al respecto, ocupándose de hacerlo únicamente de la "imprudencia" o culpa, aunque por unidad de sistema pudo no haberla definido. El proyecto de Código Penal de 1949, define a ambas formas de la culpabilidad, declarando respecto del dolo que "el delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado".

En el Código Penal vigente, no se hace expresa mención a las formas doctrinarias del dolo (directo, indirecto, indeterminado y eventual), si no que se le atiende, únicamente, después de interpretar lo preceptuado por el artículo 9^o del citado ordenamiento, que establece la presunción de intencionalidad, prescribiendo enseguida que:

Art. 9^o 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. En esta fracción se establece el funcionamiento del llamado, doctrinariamente, dolo indeterminado.

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. Esta -- fracción, ha sido interpretada de distintas formas por los tratadistas -- de Derecho Penal, pues en tanto algunos encuentran en sus hipótesis ca --

nos de dolo indirecto y algunas especies del indeterminado, otros sepa-
ran la primera de ellas "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...", individualizándola como un caso del llamado --
"dolo de consecuencias necesarias" (2). En la segunda hipótesis "... o -
si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordi-
nario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes..."
Se considera posible desglosarla en situaciones de delitos preterinten-
cionales o ultraintencionales, es decir, en aquellos cuyo resultado fi-
nal sobrepasa la intención del sujeto; ideas que han quedado expuestas-
en capítulos anteriores, en donde hemos dado un concepto de preterinten-
cionalidad.

Nosotros no aceptamos la preterintencionalidad como una tercera for-
ma de culpabilidad, de naturaleza mixta, participante, a la vez, de las-
escencias del dolo y de la culpa pues, a mi juicio, el delito se comete-
dolosa o culposamente, pero nunca dolosa y culposamente. En la primera -
hipótesis de la fracción II del Código Penal vigente "que no se propuso-
causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria del hecho
u omisión en que consistió el delito", encuadra el dolo indirecto, toman-
do en cuenta que esta clase de dolo se presenta cuando el sujeto se pro-
pone un fin determinado, pero para llevarlo a cabo sabe que seguramente-
surgirán otros resultados penalmente tipificados, no queridos directamen-
te, pero que necesariamente se darán para la realización de su objetivo-
inicial; la segunda hipótesis de la fracción II en cuestión "... 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..." , ---
plantea dos situaciones diversas, esto es, que el imputado haya previs-
to o podido prever. Si previó el resultado delictivo, se puede presen-

(2) LUIS JIMENES DE ASUA, La ley y el delito, pág. 388. IGNACIO VI-
LLALOBOS, Derecho Penal Mexicano, Op. cit., pág. 297

tar el funcionamiento del dolo indirecto si existe certidumbre respecto de la producción del resultado previsto, y del dolo eventual si existe -nunca posibilidad o incertidumbre del sujeto respecto del resultado previsto; pero también, es dable que se integre la culpa con representación si el sujeto habiendo previsto el resultado, abriga la esperanza de que éste no ocurra, si es así, la presunción legal de dolo prevista en el artículo 9o no se justifica. Por lo que hace a la segunda situación "pudo prever esa consecuencia", pensamos nosotros que jamás se podrá integrar el dolo, pues para que éste funcione, es necesario que el resultado sea previsto por el sujeto, y a la vez lo acepte o lo quiera; en ésta -- parte, la ley confunde previsibilidad con el dolo, lo cual es erróneo, -- pues la previsibilidad caracteriza a la culpa inconsciente, nunca el dolo. Nos adherimos a la crítica hecha por el maestro Ricardo Abarca, al ocuparse de la fórmula legal "pudo prever", consignada en el texto legal pues hacen confundir previsibilidad y dolo y considerar doloso lo que no es "con lo que no queda lugar para la aplicación de las sanciones a los delitos de imprudencia -culpables- pues todos los delitos resultan intencionales" (3).

La división doctrinal del dolo en indeterminado y determinado o directo, no es aceptada en forma unánime por los estudiosos del Derecho Penal, ya que como bien afirma Nelson Hungria, aquél puede ser mas o menos determinado, pero nunca indeterminado. "El pretendido dolo indeterminado (sobrevivencia del antiguo dolus generalis), resulta un verdadero contrasentido, al sostenerse que se deriva de una voluntad de hacer mal o delinquir in genere.

En el dolo alternativo no hay indeterminación de voluntad; cuando -- se quiere, indiferentemente, resultados diversos, sabiendo que uno ex -- cluirá a los otros, la voluntad esta determinada, como cuando se quiere --

(3) Citado por RAUL GARRANCA Y TRUJILLO, Op. cit., pág. 242

un resultado único. Tampoco es indeterminada la voluntad en el dolo eventual; cuando la voluntad dirigiéndose a un cierto resultado, consentido el evento, no puede haber duda de que ese otro resultado participa de la voluntad del agente aun cuando sea de modo secundario o mediato" (4).

Por lo que hace a la tercera hipótesis prevista por la fracción II del artículo 9^o "o si se resolvió a violar la Ley fuere cual fuere el resultado", pensamos nosotros que aquí funciona el llamado dolo indeterminado, que es aquél en el que existe en el sujeto una intención genérica de delinquir, sin buscar un resultado en especial.

Relacionando los artículos 9^o y 302 del Código Penal de 1931, tenemos que la forma de culpabilidad en el homicidio es la 'intención' de dar muerte a un hombre, ya que como todo delito es intencional, salvo prueba en contrario, el tipo de homicidio previsto en el texto legal en vigor, es intencional.

En otras legislaciones extranjeras, como la francesa, compete al Juez fijar en su sentencia los elementos en los cuales se funda para considerar que un homicidio se cometió intencionalmente, en tanto que en nuestro sistema, la intención se presume, quedando al indiciado demostrar lo contrario.

El homicidio será doloso (Art. 8^o fracción I), cuando se quiera y se logre la muerte de otro, abarcando, según algunos, el caso del dolo directo, siendo cuestionable el caso del dolo eventual. Pensamos que la fracción aludida, se refiere al dolo en general, aunque con terminología inadecuada, y que las otras especies doctrinales del dolo, se encuentran al interpretar el artículo 9^o como lo hicimos con anterioridad, por lo

(4) Citado por RAUL F. CARIENAS, Estudios Penales, 1a. edición, Editorial Jus, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, pág. 134

que nos remitimos a lo ya estudiado.

El homicidio será cometido mediante dolo indeterminado cuando el sujeto, teniendo la intención genérica de delinquir, sin perseguir un resultado en especial, causa la muerte de una persona, v. gr., el caso del anarquista que con el propósito de desestabilizar el orden social, arroja bombas causando daño en propiedad ajena y homicidio (art. 9^o, fracción I); el dolo indirecto en el homicidio se presenta cuando el agente proponiéndose un resultado en especial, sabe con certeza, que seguramente la realización de éste, provocará la muerte de un hombre, v. gr., el caso del sujeto que proponiéndose matar a una determinada persona, decide incendiar su casa mientras duerme, para que éste perezca, sabiendo que seguramente su conducta producirá la muerte de los demás moradores de la vivienda, no querida directamente, pero que no lo hace desistir de su intento, aceptando en consecuencia, indirectamente, la muerte de las otras personas (art. 9^o, fracción II, primera hipótesis); en la segunda hipótesis de la citada fracción, se plantean dos situaciones diversas: que el sujeto haya previsto o podido prever. Si previó, se podrá integrar el caso del dolo eventual o indirecto (según exista mera posibilidad o plena certeza respecto del resultado de su conducta delictiva). Existirá dolo eventual en el homicidio cuando el sujeto proponiéndose un determinado resultado, sabe que en su consumación probablemente surgirá otro resultado no querido directamente, v. gr., el sujeto que teniendo como fin incendiar una bodega para perjudicar en su patrimonio a una determinada persona, sabe que probablemente ocasiona la muerte del velador de la misma.

El artículo 307 prevé la punibilidad para el homicidio simple intencional, precisando que: "Art. 307.- Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial, en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión"

La sanción varía según se trate de un homicidio agravado, v. gr., el homicidio cometido con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición, o de un homicidio atenuado, v. gr., el homicidio cometido en riña.

II. El homicidio culposo.- Establece el artículo 8o del Código Penal de 1931, en vigor, que: "Art. 8o. 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".

Para Sebastián Soler la imprudencia es "el afrontamiento de un -- riesgo, el cual es conocido solamente como tal, a diferencia del en el que el riesgo es previsto en su posibilidad afirmativa" (5). Para Ricardo C. Nuñez, la imprudencia "se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto, carácter de culpa consciente, y la negligencia --sigue diciendo éste autor-- no es sino la falta de atención, descuido-- que origina la culpa sin previsión o inconsciente. Esta culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de -- precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible" (6).

La impericia será la falta de conocimiento o práctica en alguna -- ciencia, arte u oficio, que origina un resultado delictuoso de parte -- de quien carece de la preparación debida.

(5) Derecho Penal Argentino, Op, cit., pág. 148

(6) La Culpabilidad en el Código Penal, Buenos Aires, 1946, págs. 128-30.

Analizando la fracción II del artículo 8^o del Código Penal de 1931, al igual que la fracción I, existe inexactitud de términos, pues la no-intencionalidad no es la característica propia de la imprudencia, ni existe equivalencia entre ambos términos para afirmar que hay delitos "no intencionales o de imprudencia".

La definición de imprudencia, dada por el artículo 8^o, no ha escapado a la crítica, pues se dice: que se designó con la especie (imprudencia) al género (culpa); que es incompleta su enumeración respecto de las formas de imprudencia; también se ha dicho que existe redundancia de algunos términos que debieron fundirse con otros; que es incorrecta la exigencia de causar un 'daño' igual que un delito intencional, puesto que no todos los delitos son de daño; que no es verdad que se entienda por imprudencia la negligencia, etc.

Una cuestión que merece especial atención, es la relativa al error de algunos autores, que afirman que en toda imprevisión existe imprudencia por parte del sujeto, cosa totalmente falsa, pues tomando en cuenta lo anteriormente estudiado, respecto de la previsibilidad, no es exacto decir que haya imprudencia en lo humanamente imprevisible.

Pensamos que la redacción correcta del artículo 8^o, del Código Penal vigente, debiera quedar en los siguientes términos: Art. 8o.- Los delitos se cometen por: I. Dolo o por II. culpa, en la cual quedarían comprendidos, dentro de los delitos culposos, las diversas especies de la culpa (con representación y sin representación).

En mi opinión, el tipo de homicidio cometido por culpa, lo encontramos relacionando el artículo 302 y la fracción II del artículo 8^o, que dando de la siguiente manera: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro por imprudencia".

Al hacer el estudio de la culpabilidad en el capítulo anterior, y al ocuparnos en especial de su segunda forma -la culpa- vimos que se han dado varias teorías que tratan de fundar la responsabilidad en los delitos culposos. En nuestro Código Penal (arts. 8^o y 60), parece desprenderse la aceptación de la teoría de la previsibilidad. Para que se integre en nuestro sistema legal el homicidio cometido por culpa, se requiere -- que el sujeto imprudentemente cause la muerte de un hombre, no querida, - pero previsible.

La penalidad aplicable al autor de un homicidio cometido mediante culpa, se encuentra prevista en el artículo 60 del Código Penal vigente, que textualmente dice:

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

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

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. Si para ello bastaba una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;
- III. Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias--

semejantes:

IV. Si tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidado necesarios,-

y

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

Por último, pensamos nosotros, que no obstante la presunción de intencionalidad del artículo 9^o en su fracción II "... o si el imputado - previó o pudo prever...", es posible integrar la culpa con representa - ción, si el sujeto habiendo previsto el resultado, abriga la esperanza - de que éste no ocurrirá; caso éste, en donde no se explica técnicamente la calificación legal de dolo. Mas bien cuando no se prevé lo previsi - ble, tampoco existirá dolo, ya que para que éste se integre en cualquie - ra de sus formas, necesita preverse el hecho.

III. El homicidio preterintencional. - Dice "aggiore Giuseppe que - "Este delito consiste en ocasionar la muerte de un hombre con actos di - rigidos a cometer el delito de golpes o el de lesiones personales" (7).

Eugenio Cuello Galón, al ocuparse de ésta figura, señala que - - - "cuando el culpable golpea o causa una lesión a una persona sin ánimo - de matar y le produce la muerte, el homicidio realizado recibe el nom - bre de preterintencional (praeter intentionem)" (8).

Alfonso Reyes, por su parte, al ocuparse del delito preterintencio - nal, en particular, sostiene que "De esta figura tenemos un ejemplo en - el artículo 365 del Código Penal -colombiano- de acuerdo con el cual, - reponde de homicidio atenuado quien con el propósito de lesionar ocacio -

(7) Derecho Penal, vol. IV...,pág. 361

(8) Derecho Penal, parte especial, 14a. edic., vol. II, BOSCH Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975, pág. 487. En los mismos términos se - pronuncia BERNARDINO ALIMENA, delitos contra la persona, Editorial Te - mis, Bogotá, 1975, págs. 116-17.

na la muerte de otro; en este caso el sujeto tiene la intención de causar lesiones personales y con ese fin hiere; sin embargo, el resultado definitivo de su acción fue más grave del que se proponía, como que ocasionó la muerte" (9).

En México el maestro Porte Petit afirma que "Hay homicidio preterintencional cuando queriendo causar un daño menor que la muerte, se causa ésta, habiéndola previsto con la esperanza que no se produciría o no previniéndola cuando se le debía haber previsto" (10).

De lo anterior, se desprende que para que se pueda configurar el homicidio preterintencional, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos, a saber:

a) El propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud, menor que la muerte.- Dentro de la doctrina es indiscutible la presencia de este primer elemento en la configuración del homicidio preterintencional, pues es esencial el que el agente haya tenido el ánimo de lesionar. El que golpea por mera imprudencia a otro y le causa la muerte no puede tenerse como responsable de homicidio preterintencional, pues faltaría el dolo respecto de las lesiones que es imprescindible. Se me ocurre poner como ejemplo para confirmar lo anterior, el caso de un menor indigente, los cuales abundan en nuestra Capital, el que al estar pidiendo algunas monedas para poder subsistir, ante la negativa del sujeto requerido, se cuelga de sus ropas, y éste por librarse de él, lo empuja y cae golpendose la base del cráneo con la guarnición de la banqueta, lo que le produce la muerte; en éste ejemplo, no se configura el homicidio-

(9) Op. cit., págs. 308-9

(10) Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal 2a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, Méx., 1969, pág. 37.

preterintencional, sino el homicidio culposo, por falta del animus lae-
dendi.

b) la muerte de una persona como consecuencia del ataque con ánimo-
lesivo por parte del agente.- Este elemento se refiere a la ablación de-
todas las funciones vitales de un individuo (muerte), como consecuencia-
de un actuar doloso para proferirle lesiones o golpes en su persona, pe-
ro sin intención de causarle un daño mayor. Carrara al respecto sostie-
ne que "El homicidio preterintencional presupone necesariamente el ánimo
de causarle daño en la persona de aquél a quien se le ha dado muerte..."
(11).

c) El empleo de un medio que no debía razonablemente ocasionar la--
muerte.- Sólo se admite la configuración del homicidio preterintencional
si el medio empleado por el agente no debía razonablemente ocasionar la-
muerte (art. 81, inc. 1o. C. P. argentino). Este elemento introducido --
por la legislación argentina, atañe a la culpabilidad del autor.

Para Marcelo Finzi, este elemento "Representa una norma de carácter
procesal, en virtud de la cual la Ley no deja plena libertad en la apre-
ciación de los elementos determinantes de la existencia o no de la inten-
ción de matar del autor" (12). Si el medio empleado razonablemente debía
ocasionar la muerte, se excluye toda posible consideración sobre la ind^o
le de intención del autor, concluyendose que: el a utor obró con dolo ho-
micida.

(11) Programa..., parágrafo 1101, vol. III, pág. 83

(12) Citado por RICARDO C. HERNÁNDEZ, Derecho Penal Argentino, parte es-
pecial, tomo III, Buenos Aires, 1961, pág. 103.

d) La previsibilidad del resultado mortal por parte del sujeto. -- "Si la muerte no fuere previsible, si se hubiera causado mediante la conurrencia de un verdadero caso fortuito, conforme a la doctrina cientifica sólo será punible el golpe o lesión intencional" (13).

Sostiene Pessina que "Debe tenerse en cuenta que el homicidio preterintencional presenta un doble grado de incriminación, pues la consecuencia involuntaria puede constituir una culpa o un casus, según fuere o no fácilmente previsible para el autor del delito menor" (14).

Debe tomarse en cuenta, también, el nexo de causalidad entre la conducta (intención) lesiva y el resultado final (muerte), en la configuración del homicidio preterintencional, ya que como dice Carrancá y Trujillo "He aquí la mayor garantía a que puede aspirar el acusado: el nexo de causalidad; pues como dice Florián, al comenzar a realizar un hecho punible determinado, el acusado conocía la imposibilidad de encerrar dentro de límites rígidos y absolutos los hechos posibles" (15).

Al respecto opina Carrara que "El homicidio preterintencional presupone... que la muerte, además de no haber sido voluntaria o querida, no fue tampoco prevista, aunque hubiera podido preverse..." (16).

Sobre el particular, nos atrevemos a hacer una crítica a la noción que sobre preterintención da el maestro Porte Petit, pues para éste autor hay homicidio preterintencional cuando "el resultado fue previsto, - teniendo la esperanza de que no se realizaría", pues en tal caso sería - un homicidio cometido mediante culpa consciente y no preterintencional; -

(13) EUGENIO CUELLO CALÓN. Derecho Penal, Vol. III, pág. 487

(14) Citado por E. CUELLO CALÓN, Op. cit., pág. 487, cit. 9

(15) Derecho Penal Mexicano..., pág. 244

(16) Programa, párrafo 1101, vol. III, pág. 83

lo que caracteriza a éste es que el sujeto no previó el resultado, siendo previsible, pues si fue previsto, puede darse el dolo eventual, el indirecto o la culpa con representación, según la hipótesis.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del homicidio preterintencional, diremos siguiendo a la doctrina dominante que está constituida -- por una culpa originada en dolo. Al respecto escribe Carrara que "Representa el grado máximo de la culpa informada por dolo, y un grado inferior al dolo indeterminado. Lo que lo separa del homicidio puramente culposo, es que el agente tuvo voluntad de ofender; y lo que lo aleja del homicidio voluntario, es que debe juzgarse que el agente no previó que podía dar muerte" (17).

a) La preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad.- Dentro del amplio panorama del elemento subjetivo del delito (culpabilidad), se ubica el estudio de la preterintencionalidad; al respecto se han dado diversas posiciones doctrinarias, lo que en última instancia, ha impedido la integración de un criterio unitario, uniforme acerca de su naturaleza jurídica.

Podemos ubicar las diversas corrientes que explican su noción y definen su posición en la estructura general de la culpabilidad, en dos grandes grupos, a saber: 1) Aquella que la ubica como una tercera forma de culpabilidad al lado del dolo y de la culpa, y 2) la que la ubica como clase de dolo.

b) Nociones doctrinarias.- Haremos una exposición breve de las doctrinas, ubicándolas dentro de la tendencia correspondiente, que han tratado de establecer la naturaleza jurídica de la preterintencionalidad.

(17) Programa, parágrafo 1101

1) Mixtura de dolo y culpa.— Los seguidores de esta tendencia sostienen que el agente obra con preterintencionalidad cuando causa un daño mayor que el querido, existiendo dolo directo en cuanto a lo querido y culpa en cuanto al resultado.

Conciben a la preterintencionalidad, los que así piensan, como una mixtura de dolo y culpa; dolo en cuanto a lo querido y culpa en cuanto al resultado sobrevenido, mayor del querido. El ejemplo clásico es el del homicidio preterintencional, del que ya nos ocupamos con anterioridad, y en el cual existe dolo en cuanto a la producción de lesiones y culpa por lo que respecta a la muerte del sujeto (no querida).

Maggiore Giuseppe, al discutir sobre la responsabilidad objetiva, esto es, en el nexo causal y la responsabilidad a título culposo del resultado no querido establece que: "La naturaleza jurídica del delito preterintencional es controvertida. Este delito es ciertamente un delito de dolo, porque es querido el primum delictum, o delito básico; pero a éste se le sobrepone un exceso, que transforma el delito inicial en un delito más grave. Ahora bien ¿este exceso es una pura casualidad independiente por completo de la voluntad del culpable, o es más bien un elemento de culpa imputable a él?

"En el primer caso, el resultado más grave puede ponerse a cargo del culpable únicamente a título de responsabilidad objetiva, o sea en la fuerza del simple nexo de causalidad material. En el segundo caso, se le imputa a título de culpa, y entonces tendría razón Carrara al ver en la preterintención una mezcla de dolo y de culpa, o una culpa informada por dolo, según la locución de los prácticos.

"Si doy un bofetón a un adversario, y éste pierde el equilibrio, cae por tierra, se rompe el cráneo y muere ¿porqué seré responsable de esa muerte? no por representar ella una mera casualidad, sino porque —

se refiere a mi conducta, aunque sea de modo indirecto. Y esta conducta es dolosa y culposa al mismo tiempo: dolosa, con relación al resultado menor; culposa, con relación al mayor, que, aun cuando yo no lo quise, -- podía representarme como efecto probable y previsible de mi acción. Sería impropio recurrir aquí a los criterios de la responsabilidad objetiva, o, lo que es lo mismo, de la causalidad material; mas bien el principio de la causalidad moral es el que predomina en este caso. Yo no -- quise golpear a mi adversario; pero si no preví el resultado mas grave que es la muerte, a lo menos hubiera debido preverla. De todos modos -- sea imprevisto o imprevisible ese resultado, siempre tendría que responder de él a título de culpa, porque fue producido, sino por imprudencia, si a causa de mi inobservancia de la ley que prohíbe y acrimina -- los golpes" (18).

Francisco Carrara sostiene que en "El homicidio preterintencional se advierte el dolo que nace de la intención de perjudicar al enemigo. -- Pero en cuanto el efecto letal, hay culpa, porque la muerte se supone -- como no prevista. Pero hay menos que en el dolo indeterminado, en el -- cual el efecto se supone previsto, aunque no sea precisamente voluntario; y mas que en la culpa, porque se obró con intención dirigida a causar daño al enemigo" (19).

Por su parte, Sebastian Soler al ocuparse de la preterintencionalidad afirma que "De los criterios enunciados, resulta que, en los delitos preterintencionales, si bien la consecuencia agravante no debía estar presente como previsión actual en el momento de la acción, ella debía consistir en algo que debía suceder, y en consecuencia ser previsible" (20).

(18) Derecho Penal, vol. I, pág. 595-96

(19) Programa, vol. I, parágrafo 269-71

(20) Derecho Penal Argentino, Vol. II, Buenos Aires, 1970, pág. 112

En México, Ponte Petit, se muestra partidario de esta tendencia al afirmar que "Hay preterintencionalidad del delito cuando se tiene la intención de causar un daño, pero al llevar a cabo su conducta (al exterior), el resultado obtenido va más allá de su querer interno; de donde resulta que el daño causado es más amplio, más grave que el que se propuso inferir, el agente y de ahí el nombre de delito preterintencional, ultraintencional o por exceso en el fin.

En el delito preterintencional concurren tres elementos: a) querer interno del agente de causar daño; b) conducta exterior del agente encaminada hacia la causación de un daño determinado, y c) resultado exterior que viene a marcar un resultado perjudicial más grave que el que el agente se propuso causar" (21).

2) Como clase de dolo.- Los seguidores de esta segunda tendencia sostienen que la preterintencionalidad no es una mezcla de dolo y culpa, sino que es un acto completamente doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado (lesiones); además, no se concibe la atribución de un determinado hecho a dos causas psicológicas distintas. Cuando el resultado no querido, sea previsto y aceptado por el agente, el hecho constituirá una imputación a dolo eventual.

Entre los seguidores de esta tendencia, podemos citar en primer lugar a Eugenio Cuello Calón, para quien la preterintencionalidad es una forma de dolo, dice este autor "Un ejemplo: el agente golpea a otro sin animo homicida, pero, a consecuencia de las lesiones sobreviene su muerte; el hecho es intencional, pero la intención ha sido superada por el resultado no querido. Pero esta concepción no es justa, aquí existe un-

(21) Derecho Penal Mexicano, Delitos contra la vida y la integridad corporal, 1974, págs. 269 y ss.

resultado doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar; por otra parte, no es posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa). Cuando el posible resultado no querido directamente, sea previsto por el agente, el hecho constituirá el delito realizado imputable a dolo eventual.

Para la existencia de la preterintencionalidad es preciso que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género que los lesionados por el acto inicial, así. v. gr., cuando sin animo homicida (los bienes en cuestión son análogos: integridad personal, vida), pero si el agente causa un daño esencialmente diverso del resultado querido (como cuando queriendo romper un cristal de una ventana hiere a un transeúnte) el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad.

En caso de que las consecuencias no queridas ni previstas no son previsibles, según opinión corriente, debe punirse solamente el hecho doloso, pero se pide que las consecuencias dañosas se consideren como una agravante del hecho" (22).

Eusebio Gómez en su tratado, dice: "Al estudiar al dolo debe ser estudiado también, el delito preterintencional, el agente se propone un efecto determinado, pero se produce otro que va mas allá de la intención otro efecto que no ha sido previsto ni querido. Ejemplo típico del delito preterintencional es el previsto en el artículo 81, inciso 1o. - letra b), de nuestro Código Penal, cuando se refiere al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjera la muerte de una persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte."

(22) Op. cit., párr. 204.

No debe ser confundida la preterintencionalidad con el dolo eventual. En este el efecto es querido. La preterintencionalidad, en cambio excluye en absoluto la idea de que el efecto mas grave que se produce - haya sido querido.

Es necesario no olvidar, en el estudio de esta materia, que no existe delito preterintencional cuando el efecto es lesivo de un interés o bien de diversa naturaleza, de aquél que se quería atacar. Si por ejemplo, con el propósito de dañar una casa, arroja sobre ella una substancia corrosiva que, por desgracia, va a caer sobre el rostro de una persona que se encuentra próxima, la lesión así producida no es preterintencional, sino culposa.

El Código Penal Argentino sólo considera la preterintencionalidad con relación al delito de homicidio y lo hace en los términos de la disposición recientemente recordada. Esa disposición está bien concebida, en cuanto al consagrar la atenuación del delito, exige como requisito, que el medio empleado no pudiera razonablemente, producir el efecto mas grave que sobrevino.

El homicidio preterintencional, según nuestra ley, requiere, por una parte, la muerte de una persona, cuando el medio empleado para realizar aquél propósito no debía, razonablemente, producir el efecto letal. Esta última exigencia implica la aceptación de la teoría, en cuya virtud, para que haya delito preterintencional, es menester que el resultado que excede a la intención fuera previsible. Si el medio empleado para causar una lesión no debía razonablemente producir la muerte, es indiscutible que este resultado no era previsible. No por ello el homicidio deja de ser doloso, puesto que la acción respondió a la intención de causar daño" (23).

Por último, Ricardo G. Nuñez, al ocuparse del estudio de las for -

(23) Tratado de Derecho Penal, tomo I, pág. 443

mas de la culpabilidad, sostiene que: "En este mismo párrafo tit. I, número II -de su obra- hemos señalado que el dolo y la culpa son las especies de la culpabilidad. Con esto se quiere expresar que ellas representan las dos maneras en que una persona puede ser culpable en Derecho Penal... La existencia de las formas de imputación delictiva a título preterintencional no significa, desde el punto de vista sustancial, una tercera especie de culpabilidad. La imputación a título preterintencional le atribuye al autor un efecto delictuoso que excede del fin delictuoso que se propuso, pero que materialmente es un resultado de este "fin" (24).

c) La preterintencionalidad en el Derecho Positivo Mexicano.- Se ha pretendido desglosar la fracción II, segunda hipótesis, del artículo 9º del Código Penal de 1931, en vigor "... 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...", en casos de delito preterintencional.

Entre los partidarios de esta forma de pensar, podemos citar en primer lugar al eminente jurista mexicano Celestino Porte Petit, para quien "de la fracción II del artículo 9 mencionado, se desprende que el agente del delito ha cometido un daño mayor que el que se propuso causar, habiendo mediado culpa respecto del daño causado, tomando en consideración que este daño pudo haber sido notorio, previsto o previsible. Es decir, que la infracción aludida está aceptando la naturaleza del delito preterintencional como mezcla de dolo y culpa, y en conse --

(24) Derecho Penal Argentino, t. II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 44

cuencia, la redacción del artículo 90. es desafortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque se pruebe que no es intencional respecto del daño causado" (25).

Consecuente con su tesis sustentada, Poete Petit señala que "cuando el resultado -muerte- no fue el que quiso causar sino lesiones, pueden presentarse las siguientes hipótesis:

a) Dolo directo respecto del daño querido (lesiones) y culpa con representación con relación al daño causado (homicidio).

b) dolo directo respecto del daño querido (lesiones) y culpa sin representación con relación al daño causado (homicidio)

c) dolo eventual en cuanto al daño aceptado (lesiones) y culpa con o sin representación con relación al daño causado (homicidio)

d) dolo directo respecto del daño querido (lesiones) y caso fortuito en cuanto al homicidio" (26).

Para el maestro González de la Vega, al ocuparse del análisis de la fracción II anteriormente mencionada, expresa que "Esta norma comprende un segundo caso de preterintencionalidad, eventualidad o dolo indirecto, en que también el resultado va mas lejos que el propósito originario" (27).

Otro que también acepta la preterintencionalidad en nuestro Derecho, es el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, aun cuando lo identifica con el dolo indirecto, pues afirma que "otra especie de dolo indirecto-

(25) Programa., Op. cit., pág. 498

(26) Dogmática sobre los delitos contra la vida y la integridad corporal, Op. cit., pág. 39

(27) Op. cit., pág. 34

es el denominado por Finzi 'preterintencional' en el cual un delito doloso produce efectos más graves que los previstos y propuestos; es decir, que el resultado excede a la previsión y a la voluntad de causalidad del agente " (28).

Hay autores que no aceptan la operabilidad de la preterintencionalidad en nuestro ordenamiento penal positivo, posición con la cual coincidimos, entre los que podemos citar a el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, para quien "... resulta innegable que la ley recoge hipótesis preterintencionales, pero esto no equivale a sostener la admisión en nuestro derecho de la preterintención como una tercera forma de la culpabilidad, pues en ambos acertos es distinto. Admitido el primer punto, el problema radica en saber si ha de aplicarse en algunos casos conforme a una correcta hermenéutica jurídica, la pena correspondiente al delito culposo y si excepcionalmente debe relevarse de pena, el resultado no querido, cuando sea este de naturaleza imprevisible" (29).

El maestro Villalobos sostiene al respecto que: "... no es enteramente propio hablar de 'delitos preterintencionales', puesto que suponiendo como se supone que la intención es una especie de la culpabilidad y por tanto uno de los elementos del delito, afirmar que este es preterintencional es colocar el todo (el delito) mas allá de una de sus partes (la intencionalidad). En realidad lo que va mas allá de la intención es un resultado o una tipicidad que se produce sin haber sido lo que se buscaba; por tanto, mas bien que delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado o con tipicidad preterintencional... Si decimos que los delitos son dolosos, culposos y de resultado que va mas allá de la intención, tendríamos que aceptar un cuarto miembro, la ten-

(28) Op. cit., pág. 239

(29) Manual de Derecho Penal Mexicano, Op. cit., pág. 378

tativa, en que el resultado se queda mas acá de la intención y la estricta verdad es que ni uno ni otro de estos casos realiza una nueva forma o especie de la culpabilidad" (30).

El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan José González Bustamante, ha venido sosteniendo que "con base en las disposiciones de Derecho Positivo, la ley penal del Distrito no contempla la preterintencionalidad, pues el artículo 80 solo alude al dolo y a la culpa y con una tendencia dogmática, en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo), o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de culpabilidad de naturaleza mixta. Agrega; aun los Códigos que han incluido la preterintención, siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales, como acontece en la Legislación veracruzana vigente, la cual para la punición de la tercera especie, remite al dolo" (31).

Por nuestra parte, coincidimos con este punto de vista, pues el Código Penal en vigor en la fracción II del artículo 9º, no acoge la preterintencionalidad, como lo vimos al hacer la interpretación restrictiva del mencionado precepto.

El Código Penal del Estado de Veracruz de 1948, en vigor, establece en su artículo 60 que: "Art. 6º- Existe preterintencionalidad cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo -- respecto del daño querido y culpa en relación al daño causado". Por su parte, el artículo 56 del mismo ordenamiento, prevé que "los delitos preterintencionales y en la tentativa serán sancionados atendiendo a lo dis-

(30) Op. cit., pág. 324

(31) Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. cit., pág. 378

puesto por el artículo 50, tomándose como base la sanción correspondiente al delito si hubiese sido intencional". Estableciendo el artículo 50 las circunstancias que debe tomar en cuenta el juzgador para fijar la sanción.

d) La preterintencionalidad en las reformas al Código Penal de --- 1931.- Por decreto del 30 de diciembre de 1983 se reforman los artículos 8º y 9º, entre otros, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, quedando redactados de la siguiente manera:

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

Este precepto, sigue conservando la pobreza conceptual del anterior, al llamar 'intencionales' a los delitos dolosos, siendo que en estricto rigor técnico, lo 'intencional', reduce la especie a los delitos cometidos con dolo directo, por lo que nuestra Suprema Corte de Justicia, deberá dictar Jurisprudencia que salve el vicio de la terminología inadecuada de la fracción I del citado precepto, y evitar así, daños efectivos en la práctica.

La fracción II del artículo 8o en vigor, reformada, conserva así mismo, el error de la anterior, pues la No intencionalidad no es la característica propia de la imprudencia, ni existe equivalencia en ambos términos para afirmarse categóricamente que existen delitos "no intencionales o de imprudencia".

Pero el error más grande de la reforma hecha al artículo 8o, lo es el haber previsto a la "preterintencionalidad" como una tercera forma de la culpabilidad, en su fracción III, la cual no aceptamos y sobre lo que ya sostuvimos nuestro punto de vista. Lo aconsejable hubiera sido que el artículo 8o reformado, hubiera quedado redactado de la siguiente

formas Art. 80.- Los delitos pueden ser: I.- dolosos, y II.- culposos, -- con lo cual quedarían previstas las dos formas tradicionales extremas de la culpabilidad "dolo y culpa", y se terminaría así, con las interpretaciones equívocas de nuestro ordenamiento penal positivo.

Un error trae otro error, pues al reformarse el artículo 80 del Código penal en vigor, ocasionó que se hiciera lo mismo con el artículo 90 que establecía la presunción "juris tantum" de 'Intencionalidad', con la cual se lograba salvar, en parte, el vicio de la pobreza conceptual del artículo anterior, pues abarcaba como 'intencionales' a aquellas conductas que técnicamente no entrarían en las formas de culpabilidad "Intencional", pero sí en la infracción dolosa. En el artículo 90, ya reformado, se establece que:

"Art. 90.- Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. ..." Con la presente reforma, se trató de seguir una unidad de sistema, -- al dar la noción de "intención", pues anteriormente únicamente se daba la definición de la "imprudencia", aunque bien pudo no haber definido a ninguna de las dos, aún que se alterara en nada la esencia del artículo 80, reformado. Siguiendo una tendencia dogmática, en la noción de "Intencionalidad", únicamente se prevén los casos de dolo directo o del indirecto, al establecer que el sujeto "quiera o acepte" el resultado, tomando en -- consideración que el primero de ellos, se presenta cuando el resultado típico coincide con el propósito del agente, y el segundo (dolo indirecto), cuando el sujeto sabe que para llevar a cabo su propósito delictivo, es necesario que surjan otros resultados típicos, no queridos directamente, pero finalmente aceptados.

En el segundo párrafo, se prevé que: "... Obra imprudencialmente, el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias u condiciones personales le imponen...". Esta noción de imprudencia, no difiere de la dada por el art. 80 antes de la reforma.

Por último, en el párrafo tercero del artículo 9o reformado, se sostiene que: "... Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".- Por lo que hace a la preterintencionalidad, las reformas hechas al Código penal vigente, siguen la tendencia que coloca a dicha forma de la culpabilidad como una mixtura de dolo y culpa, lo que es inconcebible, toda vez que por lo ya estudiado anteriormente, dicha posición es incorrecta, pues no es posible atribuir un hecho a dos causas psicológicas distintas, pues atendiendo a la naturaleza del dolo y de la culpa, ambas se excluyen, y según nuestro punto de vista, el delito se comete dolosa o culposamente, pero nunca dolosa y culposamente (preterintencionalmente). Por lo que no estamos de acuerdo en las reformas hechas al Código Penal, de 1931, principalmente en lo que se refiere a la inclusión en el mismo, de la preterintencionalidad, al lado de la intención y de la no intención o imprudencia, participante de la esencia de las dos, pues dicha especie o forma de la culpabilidad, es inoperante en la práctica.

IV. Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Aún no existen tesis de la Suprema Corte con respecto a la preterintencionalidad, en virtud de estar muy recientes las reformas hechas al Código Penal, que la incluyen, al tiempo de realización de este trabajo. Por lo que las que se citan a continuación, fueron emitidas por nuestro máximo-Tribunal antes de ser reformados los artículos 8o y 9o, estas son:

PRETERINTENCIONALIDAD E IMPRUDENCIA: "El delito cometido no puede considerarse como imprudencial únicamente porque el daño final de la conducta delictiva no sea el que se había propuesto causar el agente activo" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, sexta Época, segunda parte, vol. 11, pág. 49 A. D. 1501/56.- Feliciano Estrada, Francisco, 5 votos).

PRETERINTENCIONALIDAD: "Aún 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 acción, si después de abatir a su oponente a puñetazos se ensañó propinándole punta pisa cuando estaba yacente, por lo que contradujo aquella ausencia de -- propósito, siendo aplicable al respecto el artículo 9o fracción II del -- Código Punitivo, por previsible que por la persistencia de los golpes -- con los puños y el ensañamiento referido se cause la muerte del oponente" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, sexta Época, segunda parte, vol. 1, pág. 85 A. D. 594/55 Angel Castro Villagrán.- unanimidad de 4 votos).

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 substantiva -- 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" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Sexta -- época, Segunda Parte, vol: XIII, pág. 123, A. D. 1830/53.- Manuel Hernández Reyes. Unanimidad de cinco votos).

INTENCIONALIDAD E IMPRUDENCIA. HOMICIDIO (LEGISLACION DE PUEBLA): -- "Aunque deba reconocerse que el quejoso no tuvo la intención de causar -- el daño que resultó; esta consideración no es suficiente para estimar el

homicidio como culposo, ya que el resultado, o bien pudo estimarse como consecuencia necesaria y notoria del hecho de disparar sobre una -- puerta sabiendo que en el interior del local se encontraba un grupo de personas, del que podía resultar alguien herido o muerto, o bien por -- que el propio resultado pudo preverse por ser efecto ordinario del hecho de disparar y estar al alcance del común de las gentes, de acuerdo con la presunción legal establecida en el artículo 9o, fracción II, -- del Código de Defensa Social" (Apéndice al Semanario Judicial de la Rederación, Sexta Época, Segunda Parte, vol: XXXIII, pág. 60, A. D. -- 3112/59.- Ernesto Alvarez Bustos.- Unanimidad de 4 votos).

INTENCIONALIDAD, PRESUNCION DE, EN LA COMISION DE DELITOS; "Se es tá en presencia de un delito intencional aun cuando se admita que el a cusado no se propuso causar el daño que resultó, si previó o pudo prever la consecuencia, por ser efecto ordinario de la conducta, y estar al alcance común de las gentes, ya que estaba arrojando un arma punzo-cortante sobre una persona" (Apéndice al Semanario Judicial de la rederación, Sexta Época, Segunda Parte, Vol. LIX, pág. 18, A. D. 1580/62 - Guadalupe Rodríguez Alcantara. 5 votos).

PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE LA; "Solo cuando la ley ex - presamente determina otra situación, si el daño causado va mas allá -- del que se propuso el agente activo, es caso de preterintencionalidad -- en que a título doloso se sanciona el resultado si este es consecuen -- cia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado" (Apéndice -- al Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Segunda Parte, -- vol. XV, pág. 127, A. D. 3330/57.- Dionisio Hernández Campos. 5 vo -- tos).

PRETERINTENCIONALIDAD, NO LA CONTEMPLA EL CODIGO DE SAN LUIS POTO

Si; "El delito preterintencional no está contemplado en el Código Penal de San Luis Potosí; por tanto la autoridad juzgadora obra correctamente al encuadrar la conducta antisocial del acusado dentro de lo dispuesto por la fracción II del artículo 8o del Código Penal del Estado de San Luis Potosí" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte; vol. 58, pág. 63, A. D. 3177/73.- Enrique Ramos Moreno.- Unanimidad de 4 votos).

PRETERINTENCIONALIDAD EN LA RINA: "Estándose en presencia de una riña no importa que exista o no la intención específica de causar la muerte o un daño menor, y si el daño causado fue mas allá de lo que se propuso el agente activo se está en circunstancia de preterintencionalidad, figura en que a título doloso, ya que fue requerida por el agente activo, se sanciona el resultado si este es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte; vol. 66, pág. 46, A. D. 701/74.- J. Jesús Alvarado Lozoya, 5 votos).

PRETERINTENCIONALIDAD, CALIDAD DE DOLOSOS DE LOS DELITOS EN CODIGOS QUE NO PREVEN LA (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA): "El artículo 5o del Código Penal del Estado de Oaxaca, tiene una estructura idéntica al 9o, del Código 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 utili-

zar 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 Esta-
 do de Oaxaca, relacionándola con el 5o del propio ordenamiento debe de-
 cirse que es legalmente incorrecto equiparar la intención pura y simple
 al dolo, llamado por la ley "intención delictuosa". Del contexto del ar-
 tículo 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, entendiendo 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 mas allá del que el sujeto
 quería, tal resultado se reprocha como doloso, no porque concretamente
 se haya querido, sino porque lleva solo dos caminos para entrar al te-
 rreno 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 por -
 que los haya querido concretamente, sino porque violó la prohibición --
 primigenia implícita en todos los tipos de no realizarlos voluntariamen-
 te en un terreno de ilicitud. De sostenerse una posición contraria a es-
 ta, se llegaría al absurdo de concluir que en un concurso formal será -
 doloso únicamente el resultado querido y que los demás que se produje-
 ren no son dolosos porque el sujeto no los quería. Lo que es correcto -
 desde el ángulo puramente psicologico, 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 culpabili-
 dad. En tales ordenamientos, y el de Oaxaca es uno de ellos, cuando e -

xiata una voluntad inicial de contenido típico, el resultado que se produce se reprocha como doloso, no por que específicamente se haya querido, sino porque se penetró voluntariamente al terreno delictual y es la voluntad de la ley el que tal haga respuesta de dicha consecuencia que lo fue de una conducta que en si misma era delictiva" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte: vol. 60, -pág. 37, A. D. 2999/73.- Ezequiel Garfía Rodríguez, Mayoría de 4 votos).

PRETERINTENCIONALIDAD, NO LA CONTEMPLA EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL: "El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales no — contempla la figura de la preterintencionalidad, por lo que la sanción — aplicable es la correspondiente al homicidio simple intencional" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Segunda Parte: vol. 70, pág. 27, A. D. 2805/74. Aarón Pérez Pérez.- Unanimidad de 4 votos).

DELITO PRETERINTENCIONAL: "Es aquél en que el resultado o daño causado ha sido mas allá de la intención del agente. En esta forma de culpabilidad no recogida por el Código Penal del Distrito y Territorios Federales en su artículo 80, pero reconocida por varios autores dentro de algunas de las hipótesis de la fracción II del artículo 90, del mismo ordenamiento legal, debe sancionarse con las penas que al delito ejecutado — corresponda, teniendo al sujeto culpable a título de dolo, ya que tal ha sido el propósito del legislador" (Amparo directo 6775/957.- Quejoso: Luciano Hernández Cañamare. Autoridad Responsable: Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y Juez Mixto de Primera instancia de Coyoacán, Distrito Federal. Fallado: el 14 de octubre de 1959. Votación por unanimidad de cinco votos se negó. Ponente C. Ministro, licenciado JJ González Bustamante. Srío. Lic. Francisco H. Pavón Vasconcelos).

Como se desprende de las Tesis transcritas, anteriormente, de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, el citado Tribunal tampoco acepta la operabilidad de la preterintencionalidad en nuestro Código Penal vigente. Cabe hacer notar, que por decreto de fecha 30 de diciembre de 1953, se reformaron los artículos 60 y 90 del Código Penal de 1931, relativos a la culpabilidad, y en los cuales ya se prevé en forma específica la "preterintencionalidad", según lo vimos con anterioridad, reformas que según su artículo transitorio, primero, entrarán en vigor noventa días después de su publicación en el Diario Oficial, y sobre las que no estamos de acuerdo como lo sostuvimos al explicar nuestro punto de vista.

v. Punibilidad del homicidio preterintencional.- La comisión del homicidio cometido por cualquiera de las hipótesis previstas por la fracción II del artículo 90 del Código Penal de 1931, se sanciona con prisión de 8 a 20 años, según lo previsto por el artículo 307 del citado ordenamiento, por ausencia de otra sanción especialmente prevista.

En las reformas hechas al Código Penal en vigor, ya se prevé una sanción específica para el caso del delito 'preterintencional', al establecerse en la fracción VI del artículo 60 que: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito fuere intencional". Es de criticarse dicha reforma, pues el facultar al juzgador para que aplique una pena disminuida al caso de preterintención, es facultarlo también para que a su arbitrio determine la presencia de esta Supuesta tercera forma de la culpabilidad, pues era más congruente aplicar en tales supuestos, la pena del dolo, ya que como lo asentamos anteriormente, en las hipótesis en donde se trata de encuadrar la "preterintencionalidad", se ubica más bien un caso de "dolo de Consecuencias necesarias", y nunca el dolo más culpa a la vez.

VI. Opinión personal al respecto.- A manera de resumen del presente Capítulo, pensamos nosotros que, nuestro ordenamiento penal positivo en su fracción II del artículo 9o (igual a la fracción I del artículo 10 del Código Penal de 1871 y la fracción II del artículo 15 en el de 1929), como ya lo señalamos con anterioridad, no acoge la preterintención, pues una interpretación restrictiva de la misma, induce a creer que la presunción de intencionalidad que establece, solo puede tener vigencia cuando al acto inicial doloso le sigue un resultado mayor que el aceptado o querido, ya que el no aludir el artículo 8o, mas que al dolo y a la culpa, aunque con terminología inadecuada, desde un punto de vista dogmático, en todos los delitos "o se quiere el resultado o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del sujeto -- (culpa), sin que sea dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta" (preterintención).

La inclusión en el Código de figuras calificadas por el evento, como las llama Luis Jiménez de Asúa o complementadas por el evento, ponen en evidencia que el Código vigente no acepta la preterintencionalidad, sino que la rechaza expresamente al establecer la presunción de intencionalidad en la fracción II del artículo 9o del Código Penal de 1931 - "la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias...", inaplicable a los delitos de culpa, pero vigente en aquellos casos en que el resultado excede a la intención.

Otro argumento a nuestro favor, es la falta de punibilidad prevista para el caso del homicidio preterintencional, pues como ya vimos anteriormente, la sanción aplicable será la prevista por el artículo 307- para el caso del homicidio simple intencional.

En el Código Penal de 1871, en forma expresa, se reglamentó la preterintencionalidad por lo que hace al delito de homicidio, al esta-

blecer en su artículo 557 que "cuando alguno cause involuntariamente la muerte de una persona a quien solamente se proponga inferir una lesión que no sea mortal; se le pondrá la pena que corresponda al homicidio -- simple con arreglo a los seis artículos que preceden; pero disminuida -- por falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de -- cuarta clase, excepto en los casos que exceptúa la fracción 10a del artículo 42". La citada fracción 10a del artículo 42, por su parte establecía; "haberse propuesto un mal menor que el causado, a no ser en -- los casos exceptuados por la fracción I del artículo 10. A su vez, la -- fracción I del artículo 10, estaba redactada en los mismos términos que la fracción II del artículo 9o del Código Penal en vigor; con lo que se robustece nuestra tesis de que nuestra legislación penal vigente, no -- prevé la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabili -- dad, al lado del dolo y la culpa, de naturaleza mixta.

No obstante la inclusión de la preterintencionalidad en las reformas hechas a los artículos 8o y 9o del Código Penal de 1931, como una -- especie de la culpabilidad, participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, no estamos de acuerdo con esta tesis, pues resulta -- incongruente, que un mismo resultado típico, se atribuya a la vez a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa), pues con haberse reformado el artículo 8o únicamente con alusión al dolo y a la culpa (inten -- ción e imprudencia), y haberse dejado el artículo 9o redactado en la -- forma en que anteriormente se encontraba, se hubiera hecho alusión a to das las formas doctrinarias del dolo; lo único que ocasionó la reforma -- del 30 de diciembre de 1983, fue que al hacer la interpretación del artículo 9o, únicamente enmarca la operabilidad de dos clases de dolo, di recto e indirecto (querer o aceptar el resultado), dejando a la Suprema Corte la resolución de los problemas que en la práctica ocasionen las -- modificaciones hechas a los artículos citados anteriormente.

CAPITULO IV

LA TENTATIVA EN EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

SUMARIO: I. Generalidades de la tentativa de delito: a) El iter-Criminis; 1.- Fase interna, 2.- Fase externa; b) tentativa y --- frustración; c) tentativa y delito consumado.-II. Breve historia sobre la tentativa: a) Roma; b) Derecho germánico; c) Las Partidas; d) La Carolina (Constitución Criminal); e) Código Penal --- francés de 1810.-III. La tentativa en el Derecho Mexicano: a) Código Penal de 1871; b) Código Penal de 1929; c) Código Penal de 1931.-IV. Naturaleza Jurídica.-V. La tentativa en los delitos -- preterintencionales.-VI. Punibilidad en la tentativa.-VII. Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. Generalidades sobre la tentativa de delito.- Se dice que hay -- tentativa cuando, habiendo dado comienzo la ejecución del delito, esta se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente. Siendo necesario, para su existencia, a decir de Eugenio Cuello Calón, la concurrencia de tres elementos, a saber: "A) Intención de cometer un delito de -- terminado; B) Que haya un principio de ejecución del delito, es decir, -- que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos -- del mismo, y C) Que la ejecución se interrumpa por causas independien -- tes de la voluntad del agente" (1)

Todo concepto que se ha pretendido dar acerca de la tentativa, ha sido en función del delito consumado o perfecto; coaccionando con esto -- que varios autores afirmen que la tentativa es un delito secundario o -- imperfecto. Ya el insigne Carrara la definió "como cualquier acto exter -- no que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le surge el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior --

(1) Derecho Penal, parte general, t. II, pág. 606-7

o equivalente al que quería violar" (2). Para Luis Jiménez de Asúa, -- sintéticamente, la tentativa es "la ejecución incompleta de un delito" (3). Al respecto expresa Novoa Montreal que "cuando la ley sanciona un hecho, precisa en que consiste y como debe ser realizado, determina -- ción que efectúa en el Código Penal respectivo o en leyes especiales, -- pero siempre a través de su inclusión en un tipo penal; existen casos, sin embargo, en que el delito está incompleto porque no alcanzó a concluir su realización y en ellos el sujeto ha iniciado la ejecución pero no la ha llevado a término dando origen a la figura del delito tentado" (4).

Nos parece acertada la posición de Alfonso Hayes, ya que "es necesario distinguir si la palabra imperfecto se refiere al verbo latino *perficere* (cumplir, terminar, ultimar, acabar), la tentativa en cuanto dice relación con una conducta que no logra la finalidad buscada es algo imperfecto; pero si el calificativo se emplea para designar al hecho cuya consecuencia jurídica ha de ser una sanción penal, entonces -- debe afirmarse que la tentativa es jurídicamente un acto perfecto" (5)

Es de suma importancia, para una mejor comprensión de esta figura jurídica de la tentativa, hacer el análisis del *iter-criminis*, pues como atinadamente afirma el Dr. Gustavo Malo Camacho "la tentativa de delito, es desde el punto de vista jurídico, una figura que se ubica como uno de los momentos del *iter-criminis*" (6).

(2) Programa, párrafo 356, pág. 246

(3) La Ley y el delito, pág. 474

(4) El Proceso de generación del delito, en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 124, Universidad de Concepción, Chile, 1963, -- pág. 19.

(5) Op. cit., pág. 156

(6) Tentativa del delito (con referencia al Derecho Comparado), -- UNAM, Instituto de Inv. Jurídicas, México, 1971, pág. 1, cit. (1).

a) El iter-criminis.- El iter-criminis (camino del crimen), lo que los autores italianos denominan "andamento criminale", es generado con la ideación del delito y finalizado con la consumación de la conducta que produce el resultado jurídico material o únicamente jurídico, relevante para el Derecho Penal; es decir, el delito tiene un desplazamiento en el transcurso del tiempo, desde que surge como idea criminosa en la mente del sujeto, hasta su realización en el mundo fáctico.

Tradicionalmente, en el proceso de generación del delito, se observa la presencia de dos fases: una fase interna desarrollada en la mente (psique) del sujeto y una fase externa que se desarrolla en el ámbito de la realidad física.

1.- Fase interna.- Se dice que el delito se encuentra en su fase interna o subjetiva, cuando habiendo surgido como idea en la mente del sujeto, aún no ha sido proyectado hacia el exterior. Esta fase, según opinión general, se integra por la ideación, la deliberación y la resolución.

A) ideación.- En esta etapa, surge en la psique del sujeto la tentación de delinquir; idea que puede ser acogida o desterrada de su mente. Si el sujeto le da cabida, y persiste en él la idea criminosa, surge entonces, el proceso psíquico de la deliberación.

B) deliberación.- Escribe el maestro Pavón Vasconcelos que "Por esta se entiende el proceso psíquico de luchas entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella" (7). En esta etapa, el sujeto hace un análisis mental entre

(7) La tentativa. Breve ensayo sobre la tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, pág. 10.

el pro y el contra de la realización o no de su conducta criminal, en el cual influyen diversos factores de carácter inhibitorio.

"Si el curso de los sentimientos y de las ideas se agota positivamente o se neutraliza por la acción inhibitoria de sentimientos o ideas opuestas, queda solo como acción íntima y después como recuerdo que no llega a ser decisión volitiva tendiente a la propia actuación exterior. Pero si la naturaleza biopsíquica del individuo no posee fuerzas inhibitorias bastantes, entonces el proceso psíquico de las sensaciones entra en la esfera del sentimiento y llega a ser deliberación volitiva, - que por propia fuerza de impulso determina la serie de movimientos corporales, dirigidos a la realización de aquella idea, que entonces es ya intención delictuosa" (8).

C) resolución.- Una vez que ha tenido lugar el proceso psíquico de la deliberación en la mente del sujeto, este decide llevar a cabo la consumación del delito; pero aunque la intención y voluntad de delinquir son firmes, aún no han sido exteriorizadas, permaneciendo el delito como propósito fijo en la mente del sujeto.

Es generalmente aceptado que en la fase interna del delito aun no es posible la inculpatión, pues la idea criminal permanece todavía en el claustro mental del sujeto. Al respecto escribe Ferrí que "Mientras la idea y la voluntad delictiva no se exteriorizan con una acción física, permaneciendo en lo íntimo de la conciencia y en la esfera individual de la actividad, el orden jurídico no es infringido ni perturbado. Por tanto esta primera fase del iter-criminis interesa a la ley moral y a la fe religiosa, que regulan también los pensamientos del hombre, no a la ley penal" (9).

(8) Cfr. ENRICO FERRI. Principios de Derecho Criminal, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la Jurisprudencia, 1ª. edición, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1933, págs. 488-89

(9) *Ibidem*, pág. 489.

Este principio, de no inculpación del pensamiento delictuoso, - se encuentra consagrado ya en el derecho romano: con frase que se ha - hecho célebre, decía Ulpiano "Cogitationis nemo poenam patitur" (10).-

2.- Fase externa.- Se inicia la fase externa u objetiva del iter-criminis con la manifestación de la intención delictuosa y termina con la consumación de la conducta que produce el resultado jurídico mate - rial o únicamente jurídico, que tiene relevancia para el derecho penal. En esta fase se comprende: la resolución manifestada, los actos prepa - ratorios y a la consumación.

A) resolución manifestada.- En esta etapa, el sujeto exterioriza su idea criminal, antes solo inmersa en su mente, por medio de la pa - labra. El distinguido maestro don Luis Jiménez de Asúa, coloca a la re - solución manifestada en una zona intermedia entre la fase interna y la fase externa del iter-criminis (10); cosa en la que no coincidimos. — Pues si bien es cierto que esta etapa no constituye, propiamente una - actividad o acto material es, sin embargo, la expresión externa de una voluntad delictuosa.

En la resolución manifestada, en el mas amplio sentido, no existe infracción al orden jurídico, tal como sucede en la simple resolución - psíquica, pues la exteriorización de la voluntad criminal no infringe - objetivamente ningún interés jurídico. No obstante lo anterior, excep - cionalmente, existen tipos delictivos que se agotan con la sola mani - festación ideológica. En el Código Penal de 1921, en vigor, tienen el carácter de delictivos las siguientes resoluciones manifestadas: la -- proposición para cometer traición a la patria (artículo 125); la cons-

(10) Consultar Digesto Iustiniani A, Biblioteca Científica, a -- cargo de P. Bonfante, C. Padua, etc.

(11) Cfr. la ley y el delito, pág. 464 y ss.

piración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros-desórdenes públicos (arts. 132-I y 135-I), la amenaza (art. 282) y la provocación de un delito (art. 13-II).

Por proponer se debe entender la invitación formal hecha, por --- quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución de un determinado delito.

La conspiración es el acuerdo o el concierto que se lleva entre dos o mas personas, para llevar a cabo la ejecución del delito.

La provocación de un delito es, el acto de exaltación o alabanza-pública de conductas previstas en la ley como delictuosas.

Por lo que hace a la inducción, esta es la actividad desplegada por el agente y que está encaminada a mover el animo de aquél sobre --- quien actúa para determinarlo a ejecutar la conducta delictiva.

B) Actos preparatorios.- Para Luis Jiménez de Asúa, los actos preparatorios "son aquellos que no constituyen la ejecución del delito --- proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiene así a preparar su ejecución" (12).

La opinión general coincide en afirmar que los actos preparatorios son de naturaleza inocente y equívocos, pues estos se pueden realizar con fines delictuosos o con fines lícitos. Por ejemplo: la compra de un arma de fuego, puede ser con motivo de un fin delictuoso --- (homicidio, lesiones, etc.), pero también puede ser para un fin lícito (la seguridad personal), atento a lo dispuesto por el artículo 10 de nuestra Constitución política de 1917.

La incriminación de los actos preparatorios resultaría mas dañosa que eficaz, pues estos son insuficientes para mostrar el vínculo con la ejecución de un delito; además, no existe en ellos un principio de ejecución del delito ni ponen en peligro algún interés jurídico.

(12) La ley y el delito, pág. 471.

En nuestro derecho, cuando los actor preparatorios concurren a integrar por sí mismos un tipo legal de delito, pueden ser sancionados, - v. gr., el artículo 256 del ordenamiento penal en vigor, sanciona con pena de prisión, que va de los tres días a los seis meses, a los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, genzúas o cualquier otro instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito.

C) Consumación.- El momento de plena ejecución de la conducta violatoria de la norma penal, puede presentar dos distintas formas, a saber: la tentativa y la consumación. Señala Edmundo Mezger que el delito aparece consumado cuando se realizan todas las características del tipo; esto es, para poder hablar de consumación, deben concurrir en la conducta delictuosa, todos los elementos previstos por el tipo legal.

b) tentativa y frustración.- En la tentativa, la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, mientras que en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo, pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento -- perseguido por el sujeto, por causas ajenas a su voluntad.

En un principio solo se distinguía entre delito consumado y tentativa, sin explicar, en cuanto a esta última, si los actos realizados - por el sujeto agotaban o no subjetivamente el delito. Posteriormente - los clásicos italianos distinguieron la tentativa o conato del delito-frustrado, señalando como característica de la primera su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, contrariamente a la frustración, en la que el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para alcanzar el resultado buscado, sin que este llegue a verificarse -- por causas ajenas a su voluntad.

La distinción entre tentativa y delito frustrado corresponde a -- Romagnosi, insigne creador de este último. "Se puede, pues decir que -

la tentativa de delito, que los abogados llaman conato a delinquir, es la ejecución incompleta de un delito. No hay que confundir la tentativa de delito -sigue diciendo este autor- con el delito que se malogra, y que se podría llamar delito frustrado. Este, en quien lo ejecuta, se debe considerar propiamente como un verdadero delito consumado" (13).

Para Francisco Carrara "El delito frustrado se define como la ejecución de todos los actos necesarios para la realización de un delito, ejecución realizada con intención explícitamente dirigida a ese delito, pero no seguida del efecto querido, por causas independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable" (14).

Es el mismo autor quien en forma brillante distinguió entre delito perfecto y delito imperfecto "El delito es perfecto, dice Carrara, cuando se ha consumado la violación del derecho que tutela la ley penal, y es imperfecto cuando dicha violación no ha ocurrido, aunque el culpable haya realizado, con voluntad dirigida a ese fin, actos externos capaces de producirla. Un delito permanece imperfecto cuando haya permanecido imperfecta la acción, porque se interrumpió o se desarrolló de manera insuficiente el curso de sus momentos físicos, o también con ser perfecta la acción en todos los momentos que eran necesarios para alcanzar el fin malvado y no obstante ser estos suficientes para alcanzar dicho fin, con todo y eso no se consiguió el efecto al cual tendía el agente, a causa de un imprevisto y afortunado impedimento. En el primer caso se tiene la tentativa, y en el segundo puede tenerse en ciertas condiciones, el delito frustrado" (15).

(13) Génesis del Derecho Penal, la edición, Editorial Temis, Bogotá, 1956. Traducción de Carmelo González Cortina y de Jorge Guerrero Págs. 260-61

(14) Programa, parágrafo 402, pág. 272

(15) *Ibden*, parágrafos 349 y 350, págs. 238 y 239.

c) tentativa y delito consumado.- En la actualidad la concepción tripartita (tentativa-delito frustrado-delito consumado), ha sido abandonada para volver a la clasificación bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiendo ahora entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Expresa Ignacio Villalobos que "En realidad se tiende hoy a reducir la importancia de las antiguas distinciones nominales, considerando que todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse "tentativa" y solo interesa distinguir en que momento es punible" (16).

El tratadista alemán Edmundo Mezger al hacer la distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada escribe que "esta distinción no se refiere al término de la actividad en referencia al resultado del acto, sino al término (o no término) de la actividad desplegada por el agente. En la tentativa inacabada el autor (aún) no ha hecho todo lo que por su parte es necesario para la consumación del delito, mientras que en la tentativa acabada sí se han verificado todos los actos; pero por causas externas -en ambas- el resultado (aún) no se ha producido" (17).

La temibilidad del sujeto ha pasado a ser el punto clave en todos los problemas de la tentativa, de aquí la nueva fuerza que cobra actualmente la distinción entre tentativa inacabada por propio desistimiento y la inacabada por causas independientes de la voluntad del agente. En la tentativa inacabada por propio desistimiento, el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos, existiendo imposibilidad de incriminación, pues el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, y en la tentativa inacabada por cau-

(16) Op. cit., pág. 460

(17) Tratado, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957, pág. 265, traducida por José Arturo Rodríguez Muñoz.

mas independientes de la voluntad del sujeto, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado delictuoso, pero por causas extrañas, el agente omite uno o algunos de los actos y por eso no alcanza el objetivo buscado, v. gr., el sujeto que pretendiendo ocasionar la muerte de una persona, apunta con el arma de fuego, pero no llega a jalar del gatillo por una causa ajena a él, como la oportuna intervención de un tercero.

En la tentativa inacabada opera el desistimiento, cosa que no es posible en la tentativa acabada, pues no es dable desistir de lo ya ejecutado.

No debemos confundir la tentativa acabada con la tentativa de delito imposible. En la tentativa de delito imposible tampoco surge el resultado delictuoso por causas ajenas a la voluntad del agente, pero no se realiza por la inidoneidad de los medios empleados, por imposibilidad material o por la inexistencia del objeto del delito. Como ejemplos de lo anterior podemos citar a: el caso del sujeto que mediante exorcismos pretende dar muerte a su enemigo; el tratar de cometer homicidio disparando sobre un muerto, al que creía vivo; el tratar de practicar un aborto en una mujer que no se encuentra embarazada, etc. El delito imposible no es punible ni como tentativa, ya que no entraña la ejecución de actos encaminados directamente a la consumación de un delito.

Por último, diremos que no se debe confundir el delito imposible con el putativo. Ignacio Villalobos sostiene que "en rigor, sólo hay delito putativo o imaginario cuando el agente supone delictuoso el acto, sin serlo legalmente en los términos en que fue concebido por su autor" (18). En el delito imposible existe imposibilidad material, en tanto que en el putativo hay imposibilidad jurídica, pues el sujeto cree, en forma errónea, que su conducta es punible, sin serlo legalmente.

(18) Op. cit., pág. 463

II. Breve historia sobre la tentativa.- En el estudio de toda institución jurídica, es necesario, para obtener un conocimiento completo de la misma, analizar sus antecedentes históricos generales. Por lo que a continuación, nos ocuparemos, aunque en forma muy somera, del origen histórico de la figura de la tentativa.

a) Roma.- En el derecho romano fue desconocida la figura de la tentativa, pues no existió criterio distintivo entre esta y el delito consumado, ni se creó concepto o término alguno para diferenciar estos grados del delito.

Para Franz Von Liszt, quien aquí cita a MOMMSEN "entre los romanos faltó el concepto y la palabra técnica de la tentativa, no obstante lo cual, algunos actos de tentativa y preparación si se observaron sancionados como delito consumado" (19). Pero, la inexistencia de una teoría de la tentativa no implica, afirma Hippel "la impunidad de los actos de ejecución del delito, pues en los crimina extraordinaria se llegó a imponer a estos, mediante el uso del arbitrio concedido a los jueces, pena similar a la del delito consumado" (20).

En general, en el derecho romano se siguió el principio de que no existe delito sin actividad manifestada a la causación de un daño determinado. "así, entre los romanos, la institución que nos ocupa solo se conoció y se reglamentó en épocas posteriores en relación con determinados delitos en la lex Cornelia de Sicariis et Venefeciis, y por un prescripto de Adriano en la lex Julia Majestatis, en la Pomponia de Parricidiis y calumniatis" (21).

(19) Tratado de Derecho Penal, t. II, pág. 4

(20) Cfr. EDMUNDO MEZGER, tratado de Derecho Penal, t. II, pág. - 222

(21) Cfr. FRANCISCO FAVOR VASCONCELOS, Breve ensayo sobre la tentativa, pág. 39 (nota)

En el Digesto (libro XLVIII, título 19, Ley 18), Ulpiano incluye - la célebre máxima "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie sufre por el solo pensamiento), y en el mismo Libro (título 8, Ley 14) Calpurnius refiere "in malefeciis voluntas spectatur" (en los delitos se atiende a la voluntad y no al resultado) (22).

Conforme a lo anterior, la figura jurídica de la tentativa, como - posibilidad jurídica concreta de extensión de la imposición penal a - las conductas delictuosas no consumadas, no se observó con precisión, - viniendo posteriormente la ley 14 que explica que la ley atiende a la - voluntad y no al resultado; sin embargo, tal criterio solo se integró - en relación únicamente con determinados delitos particularmente graves - y su presencia fue considerada equivalente a la comisión del delito mis - mo.

En su origen mas remoto, el derecho penal, para la imposición de - la pena, tomaba en cuenta el resultado material ocasionado y no la vo - luntad del agente. Posteriormente, con el devenir del tiempo, ha venido tomando su debida importancia en la aplicación de las penas, el lado -- subjetivo del delito.

b) Derecho germánico.- El derecho germánico, en sus inicios, des - conoció la figura de la tentativa. Con posterioridad lo equiparó al de - lito consumado, pero no creó término alguno para diferenciar a ambas -- instituciones. Finalmente, afirma Edmundo Mezger que en los siglos XIV- y XV parece "reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sen - tido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace - inmediatas con la época presente" (23).

(22) Consultar Digesto Iustiniani Augusto, editado por la Piccola - Biblioteca Scientifica a cargo de P. Bonfante, G. Padda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Sciolosa, de la Societa Editrice Libraiia, Milano, Italia.

(23) Tratado..., t. II, pág. 212

o) Las Partidas.— En el Código de las Partidas (Ley 2, tit. 31,—VII), tenemos que: "Como el ome non deve rescibir pena per mal pensa- miento que aya en el corazón, solo que non lo mete eb obra".

"Pensamientos malos vienen muchas vezes en los coracones de los omen, de manera que se afirman en aquellos que piensan, pero lo cum- plir por fecho.

Despues asman, que si lo cumpliessen que harian mal, e arrepiénten- se, e perende dezimos que qualquier ome que se arrepiente del mal pen- samiento, ante que comencasse a obrar por el, que non merece pena me- rende; porque los primeros movimientos de las voluntades non son en po- der de los omea. Mas si despues que lo aviase pensado, se trabajasse - de lo fazer e de lo cumplir comencandolo de meter en la obra maguer -- non lo cumpliessse de todo entonce seria en culpa, e mereceria escar- miento, segund el yerro que fizo, porque erro en aquello que era en su poder, de se guardar de lo fazer si lo quisiera; e esto seria como si alguno aviesse pensado de fazer alguna traycion contra la persona del- Rey, e despues comencasse en alguna manera a meterlo en obra; assi co- mo fablando que aua, para meterlos en aquella traycion que aua pensa- do el; o faziendo jira o escrito con ellos; o comencandolo a meter por obra en alguna otra manera semejante destas, maguer non lo aviesse en- voluntad a algun ome, de matar a otro; si tal pensamiento malo como es te comencase a lo meter por obra, teniendo alguna poncoña aparejada pa- ra darle a comer, o a beber o tomando algun cuchillo, o otra arma, yen- do contra el para matarlo; o estando armado, assechandolo en algund -- logar, para darle muerte; otro bajandose de lo matar en alguna manera- semejante destas, metiendolo ya por obra; ea, maguer no lo cumpliessse, merece ser escarmentado assi como si lo ouiesse cumplido porque non - finco por de lo cumplir, si pudiera. Otros dezimos, que si alguno pen- sase de robar, o forcar alguna muger virgen, o muger onrada, e comen-

caso a meterlo por obra traguando de alguna dellas, para cumplir su -- pensamiento malo, elevandola arrebutada; oá, maguer non pasasse a ella-- merece ser escarmentado bien assi como si ouiesse fecho aquello que -- cobdiciava, pues que non finco por quanto el pudo fazer, que se non --- cumplio el yerro que auia pensado. En estos casos sobredichos tan sola-- mente ha lograr lo que diximos, que deve: rescibir escarniento los que-- pensaren de fazer el yerro, pues que comienca a obrar del maguer non - lo cumplan. Mas en todos los otros yerros que son menores destos ma --- guer los omes de fazer, e comienca a obrar, si se arrepintieren ante - que el pensamiento malo se cumpla por feero, non merecen pena ninguna" (24).

En base al criterio "comenzar a meter en obra", se conforma la fi-- gura jurídica de la tentativa en las Partidas, en relación a determina-- dos delitos considerados de suma gravedad. Este criterio parece identi-- ficarse con el futuro inicio de la ejecución del delito.

En la Novísima Recopilación (Libro XII, título 21) "De los homici-- dias y heridos" establece:

Ley 1: "Pena del homicidio voluntario; y casos en que se excusa de ella el que mate a otro".

Ley 1, tit. 17, Libro 4 del Fuero Real

"todo hombre que matase a otro a sabiendas que muera por ello; salvo si matare a su enemigo conociendo, o defendiéndose"

Ley III "Pena del que hiere a alguno, procediendo asechanzas o con sejo para ello".

(24) Consultar Código de las Siete Partidas en los Códigos españo-- les concordados y acordados, t. IV, 2a. edición, Antonio de San Martín-- Editor, Madrid, 1872, pág. 466

El Ordenamiento de Alcalá (Ley 1, título 22), establece que: "Acaesce muchas veces que algunos omes estan acechando para ferir, ó feble ó conesco para ferir ó matar á otros, é fieren a aquellos á quien estan acechando é entendiendo para ferir, ó matar; et siempre que fue fecho conesco ó febla, estos atales sien tenidos á pena de muerte, así como si mataren, é fasta aquí en algunos logares por fuero ó por costumbre non se usaba así, é por esto atreuianse muchos a fazer estos yerros; por ende establescemos que qualquier, ó cualesquier que sobre acechancas, ó sobre conesco ó feble feche firiere á alguno, que muera por ello, maguer aquel á quien firiere non muera de la ferida -- (Ley 2, título 23, Libro 8)" (25).

d) La Carolina.- En la Carolina (Constitución Criminal dictada por Carlos V) de 1532, se da por primera vez una definición clara y precisa de la tentativa. Dice el artículo 178 del Ordenamiento citado: "si alguien se atreve a emprender un acto malo "missetat" por algunas obras aparentes que pueden servir para la consumación del acto malo y, sin embargo la consumación de ese acto fue impedida por otros medios contra su voluntad, esta voluntad maliciosa de la cual como se ha dicho, resulta una obra, debe ser criminalmente castigada. Pero en un Caso más duramente que en otro".

e) Código Penal francés de 1810.- En este ordenamiento el que viene a consagrar el principio universalmente aceptado del 'comienzo de ejecución': "toute tentative de crime que aura été manifestée par un commencement d' exécution est considéré comme le crime même".

(25) Consultar los Códigos españoles concordados y anotados, tomo Décimo, Novísima Recopilación de las leyes de España, tomo IV, que contiene el Libro XII. Suplemento e índices, 2a. edición, Madrid, España, 1872, págs. 72 y ss.

III. La tentativa en el Derecho Penal Mexicano.- Nos ocuparemos ahora del análisis de la figura de la tentativa en los ordenamientos penales de 1871 (Martínez de Castro); 1929 (Almaráz), y de 1931.

a) Código Penal de 1871.- En el Capítulo II, Título Primero del Libro Primero de este Código, se distinguió entre conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado, como grados del delito intencional (art. 18).

Definió al conato (tentativa inacabada), como "la ejecución de uno o mas hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación pero sin llegar al acto que la constituye" (art. 19), siendo además, - necesario, para la punición de dichos actos que: 1), los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algunos inicios, -- cual era el delito que el reo tenía la intención de cometer, y 2), -- que la pena a imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de -- quince días de arresto e quince pesos de multa. Llamé delito intentado al imposible (tentativa acabada), en el que la frustración se debió a que el delito fue irrealizable porque fue imposible o por ser -- inadecuados los medios que se emplearon (art. 25). En su exposición -- de motivos, el licenciado Martínez de Castro fundamentó la creación -- de este nuevo grado del "delito intencional", diciendo que "cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta e relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no -- debe quedar sin castigo". Por último, se refirió al delito frustrado, -- prescribiendo que es aquél que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas a las señaladas en el artículo anterior (art. 26).

El Capítulo III, del Título Quinto, relativo a la aplicación de -- las penas, sustitución, reducción y conmutación de las sentencias, re-

firió la penalidad para esas figuras, estableciendo para el conato, un quinto de la pena aplicable al delito consumado (art. 202); para el delito intentado conforme a las tres reglas siguientes: I. Cuando intentándose contra persona y bienes determinados se produzca en personas y bienes diversos, figura que suponía la existencia del delito en presencia de error en persona y en cosas, en cuyo caso se impone la pena del delito consumado; II. En presencia de imposibilidad absoluta cuya pena era de 10 a 1,000 pesos (art. 203); finalmente el artículo 204, relativo al delito frustrado expresó: I. Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustra, pero se consume en persona o bienes, de otro, se impondrá la pena del delito que resultó consumado; II. Fuera del caso anterior, se impondrá de 2 quintos a 2 tercios de la pena por el delito consumado.

Este ordenamiento, de Martínez de Castro, tuvo el gran acierto de excluir de sanción a los actos preparatorios, pues estos solo serían punibles cuando por sí mismos concourrieron a agotar la conducta prevista por el tipo legal (art. 24). Concluyendo: el Código Penal de 1871, tuvo el merito de crear un grado intermedio entre la tentativa inacabada y la acabada (delito intentado), y de haber incluido un nuevo grado (delito imposible), como revelador de una temibilidad en el agente que cause alarma social, siendo esta, una meritoria y plausible creación del legislador de 1871.

b) Código Penal de 1929.— El Capítulo II, del Título Primero del Libro Primero, reunió los grados del delito intencional en dos, a saber: delito consumado y tentativa o conato (art. 20); estableciendo — que la tentativa sería punible “cuando el agente inicie exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente, por actos idóneos, y no practique todos los esenciales de ejecución que debieron producir —

el delito por causas o condición que no sea su propio y espontáneo de -- sistimiento" (art. 22); estableció que el delito consumado "es el acto -- pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo -- legal establecido para cada una de sus especies en el Libro Tercero de -- este Código" (art. 21).

En esta parte, se muestra claramente la influencia del positivis -- mo, pues se concedió al Juzgador la facultad, en el supuesto del conato impune por desistimiento, para exigir al agente la causión de no ofen -- der e someterlo a la vigilancia de la policía e a confinamiento cuando -- se trate de sujetos de máxima temibilidad (art. 26), y la aplicación de -- sanción al autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, si es -- te se realiza posteriormente y en término de cinco años, una nueva ten -- tativa, aunque fuera desistida, suspendida, fallida o consumada, así co -- mo las correspondientes a la primera (art. 27).

Se le critica a este ordenamiento penal de 1929, el haber restrin -- gido la noción de tentativa a una de sus formas (el conato), con lo -- cual se dejó de considerar el delito frustrado (tentativa acabada), -- pues la noción de esta, en manera alguna, puede comprenderse en aquella y menos aún, en el delito consumado; asimismo, se excluyó, en la defi -- nición legal de la tentativa, al delito imposible, ya por inidoneidad -- absoluta, ya por ineficacia de los medios empleados por el sujeto e por la inexistencia del objeto, no sucediendo lo mismo, sin embargo, por -- cuanto hace a la inidoneidad relativa, referida ya a los medios emplea -- dos e al sujeto.

c) Código Penal de 1931.- El Código Penal en vigor, en su Libro I, Título Primero, Capítulo II, art. 12, al referirse a la tentativa establece que "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos enca minados a la realización de un delito, si éste no se consuma por cau sas ajenas a la voluntad del agente".

Escribe Pavón Vasconcelos que el Código Penal de 1931, en mate ria de tentativa, representó un notable retroceso en relación con sus antecesores, pues "... está sancionando, de acuerdo con la interpreta ción de su texto, los actos puramente preparatorios y no los ejecuti vos del delito" (26).

Nuestra Suprema Corte de Justicia, mediante la interpretación ló gica del precepto, ha venido a precisar su alcance al afirmar, a tra vés de sus fallos, que la tentativa es "comienzo de ejecución" del de lito o agotamiento del proceso ejecutivo sin producir el resultado -- por causas ajenas a la voluntad del agente; además, creemos nosotras que, la voluntad del legislador de 1931 no fue la de sancionar los ac tos preparatorios, dejando impune la ejecución, completa o incompleta

Se discute, en la doctrina, la postura del Código en relación -- a las figuras del delito imposible y del delito putativo.

"Ya anota Palacios que no puede prepararse lo imparable, de donde quedaría excluida la acción absolutamente inidonea; frente al caso de imposibilidad por inexistencia del objeto, se presenta como caso de atipicidad y por tanto inexistencia del delito por no haber un bien jurídico protegido... Sobre el delito putativo, no participa mos con quienes estiman que el delito que solo existe en la mente de quien lo realiza pueda ser objeto de pena; en base al principio de re serva que informa al Derecho Penal, se trata de conductas no típicas--

(26) Op. cit., pág. 138

y solo con texto expreso se haría aplicable una medida de seguridad" (27).

Por lo que hace a la distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada, nuestro ordenamiento penal en vigor con mejor técnica que los Códigos de 1871 y de 1929, establece en el segundo párrafo de su artículo 12 que "Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito", en lugar de establecer una presunción legal prefijando una mayor penalidad a la tentativa acabada que a la tentativa inacabada. La distinción entre ambas figuras es un fenómeno que se observa en la esencia misma del delito y no en la voluntad del legislador; sea que el delito tentado se hubiera configurado por la no consumación involuntaria del acto idóneo a causar el daño, o bien que el delito se hubiera frustrado por la inadecuada ejecución de los actos encaminados a realizarlo.

Concluyendo el Código Penal de 1931 en su artículo 12, teniendo como base antecedente el artículo 19 del Código Penal de 1871, tomó el criterio sustentado para el conato, suprimiendo las restantes disposiciones, originando así, grandes confusiones que nuestro máximo Tribunal se vió en la imperiosa necesidad de solucionar emitiendo Jurisprudencia. Por tanto, si la interpretación del artículo 12, hecha por la H. Suprema Corte, y tentativa es "ejecución", queda excluida la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), no así la relativa, ya que la noción de ejecutoriedad impide, por su propia esencia, considerar tentativa de un delito la acción inidónea por imposibilidad absoluta, ya en los medios o bien en el objeto.

(27) MALO CAMACHO, GUSTAVO, Op. cit., pág. 48

IV. Naturaleza Jurídica.- Tradicionalmente se ha considerado a la figura de la tentativa como un delito imperfecto o secundario, ya que faltando en ella la consumación, sólo es posible su existencia en razón de la existencia de un tipo legal al cual se le relaciona.

Carrara, en su tratado, sostiene que "En todo delito existen acciones externas que se componen de diversos momentos físicos, así como las internas se componen de diversos momentos morales. Los momentos físicos pueden estar incompletos tanto objetiva como subjetivamente, --- cuando ninguno de ellos haya tenido su curso y por tanto no se haya alcanzado el fin propuesto por el culpable; en ocasiones tales momentos pueden estar subjetivamente completos, pero objetivamente incompletos, pues a pesar de haberse agotado los momentos físicos de la acción, el derecho atacado por el agente no ha resultado afectado. En tales casos el delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no esta perfecta siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no esta perfecta la ofensa a la ley" (28).

El tratadista alemán Edmundo Mezger, considera a la tentativa como "una causa extensiva de la pena que amplifica el caracter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los Códigos y que, por ello, establece una especial tipicidad ubicada mas allá del círculo del delito consumado" (29).

Retiol Giuseppe, al ocuparse de la figura de la tentativa, sostiene que esta forma -la tentativa- no tiene caracter autónomo en cuanto solo puede funcionar en contacto con una norma incriminatoria principal. Se trata de una norma secundaria -sigue diciendo- que sirve para extender la esfera de incriminación de la principal, a hechos que por si mismos no entrarían en su esfera y quedarían, por lo tanto, in-

(28) Programa, parágrafo 350, pág. 238

(29) Tratado, t. II, pág. 253

punes por atípicos. La tentativa resulta así fruto de una combinación de dos normas inculminatorias: una principal y otra secundaria, que -- dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado" (30).

Por su parte Francisco Antolisei sostiene que "... el delito tentado es la resultante de la combinación de dos normas: una principal -- (la norma inculminadora especial) y una secundaria (la norma extensiva), que dan origen a un nuevo título de delito, a un título que es y debe ser considerado "autónomo", aun cuando conservan el *numen iuris* -- de la figura delictiva a que se refiere (hurto intentado, incendio intentado, etc.). La tentativa en consecuencia no constituye una circunstancia atenuante respecto al delito consumado por la razón mencionada -- y porque las circunstancias representan siempre algún plus respecto a la figura típica del delito, mientras que en nuestro caso existe alguna cosa de menos.

El minus inherente a la tentativa ha inducido a la doctrina a considerarlo durante largo tiempo como "delito imperfecto", pero ello sólo puede considerarse exacto si esta figura jurídica se pone en relación con el delito consumado. Examinada en sí la figura de la tentativa, constituye un delito perfecto; porque también ella es una conducta a que el ordenamiento jurídico conecta como consecuencia una pena (criminal)" (31).

La controversia, entre la autonomía o no de la tentativa, surge -- al relacionar esta con el delito consumado, pues existe imposibilidad -- de inculminar un delito imperfecto sin darle la fisonomía de un delito

(30) Derecho Penal, parte general, pág. 478

(31) Manual de Derecho Penal, parte general, UTISHA Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 345-46, traducida al español por Juan del Rosal y Angel T.

perfecto; pero, y no obstante lo anterior, aunque la tentativa se subordine, para su punición, a un determinado tipo delictivo, en una figura autónoma.

Concluyendo: la tentativa, considerada en sí misma, es perfecta, - pues encierra todos los elementos que son indispensables para su configuración delictiva, la conducta típica, la antijuridicidad y la culpabilidad. Sólo que en su objetividad jurídica constituye peligro de lesión, no lesión efectiva de un bien jurídico. Esta característica no es constitutiva únicamente de la tentativa, pues existen delitos consumados en los que se requiere únicamente de la lesión potencial (peligro) de un interés jurídico determinado.

Ramón Palacios sostiene que la perfección, referida a la tentativa y a la consumación, se entiende desde el punto de vista natural e - jurídico "Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, - por corresponder el acto humano con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que la tentativa es la imperfección porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el peligro, verificase ya - la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen - el actuar en el que está ausente el resultado" (32).

(32) Citado por FCO. PAVON VASCONCELOS, Op. cit., pág. 30

V. La tentativa en los delitos preterintencionales.- No en todos los delitos es admisible la figura de la tentativa: Algunos la excluyen, sea por su propia naturaleza, o por voluntad expresa de la ley. -- Tal es el caso de las siguientes figuras delictivas:

a) Los delitos culposos.- En los delitos cometidos por culpa, no opera la tentativa, pues falta en ellos la intención dirigida a producir un resultado delictuoso querido.

b) Los delitos de simple omisión.- En este tipo de delitos, en los cuales, hasta el momento en que puede cumplirse el acto debido, puede haber intención, pero no acción antijurídica; al pasar de ese momento, el delito es consumado. Al respecto opina Mezger que "la posibilidad de una tentativa debe ser negada, pues una vez fundamentada la punibilidad de la omisión, el delito ya está consumado. Aún cuando después, siguiendo este autor, se obligue al sujeto a realizar la conducta exigida, ello en nada altera la naturaleza de la cosa" (33).

c) Los delitos preterintencionales.- Al ocuparnos del estudio del delito preterintencional, dijimos que esta figura tiene, como carácter distintivo, la producción de un daño mayor al querido. De lo que se desprende que, atendiendo a la naturaleza de ambas figuras (tentativa y preterintención), resulta incongruente hablar de la realización de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un resultado no querido.

Manzini rechaza también la tentativa en los delitos preterintencionales, argumentando que "si el evento más grave no ha sido querido por el agente, resulta inconciliable una tentativa de lo que no solo no ocurrió, sino que ni siquiera se quiso" (34).

(33) Tratado, II, pág. 268

(34) Tratado de Derecho Penal, t. III, pág. 226

Maggiore Giuseppe, quien tampoco acepta a la tentativa en el caso de los delitos preterintencionales, fundamenta su posición diciendo que los delitos preterintencionales excluyen a la figura de la tentativa -- "porque en ellos la intención se dirige a un resultado menor y por lo mismo distinto. No se puede intentar --sigue diciendo Maggiore-- lo que no se ha deseado" (35). El tratadista alemán Edmundo Mezger admite, en forma excepcional, la operabilidad de la tentativa en los delitos calificados por el resultado, pues textualmente sostiene que "los delitos calificados por el resultado. También aquí --afirma-- debe negarse la posibilidad de una tentativa, a menos que el resultado mas grave haya sido admitido en la "resolución" del autor. En este caso excepcional -- puede concurrir con el homicidio del párrafo 212 del Código (homicidio sádico)" (36).

Edmundo Mezger siguiendo la tradición de los tratadistas alemanes denomina a los delitos preterintencionales o ultraintencionales con la voz "calificados por el resultado". Cosa en la que no coincidimos, pues si bien es cierto que aquellos, son una especie de los llamados de doble resultado, existen ciertos rasgos peculiares que permiten diferenciar el género (delitos calificados por el resultado), de la especie -- (delitos preterintencionales).

Así, tenemos que en los delitos calificados por el resultado, el evento ulterior es una mera circunstancia de agravación punitiva que puede dejar inalterado el título del delito base; cosa que en los delitos preterintencionales no sucede, pues la producción del evento final modifica siempre el título correspondiente al delito originado por el primer resultado.

(35) Derecho Penal, vol. II, pág. 89

(36) Tratado, II, pág. 269

En resúmen: la tentativa en el homicidio preterintencional, tomada de este trabajo de tesis, es inoperante, pues como bien dice Maggiero-Giuseppe, al ocuparse del estudio de esta figura en especial "la tentativa no es admisible, porque la voluntad no se dirige al resultado verificado (homicidio)" (37).

VI. Punibilidad en la tentativa.- Algunos autores fundamentan la inculminación de la tentativa en "el peligro corrido por la Sociedad o por el ciudadano atacado" (38). Esta tesis, sostenida por Carrara, no es del todo convincente, pues el peligro social o individual en que se basa es también fundamento de inculminación en el delito consumado, -- concretamente en los llamados "delitos de peligro".

Otros autores, entre ellos Manzini, objetan que el fundamento de punición de la tentativa sea el "peligro corrido", sino que "la tentativa se sanciona porque representa la voluntaria y efectiva violación de un precepto penal" (39). Pero esta solución desplaza la cuestión principal, pues en lugar de responder al problema planteado, simplemente le traslada a otra sede; y queda efectivamente por saber ¿porqué el derecho considera violado el precepto con la sola tentativa?

Por su parte Francisco Antolisei expresa que "... el verdadero -- fundamento de la punibilidad en la tentativa se pone de manifiesto si se efectúa un exámen comparativo de los distintos tipos de delito. Dicho exámen nos demuestra que nunca o casi nunca se requiere que el reo

(37) Derecho Penal, t. IV, pág. 361

(38) Programa, vol. I, pág. 352

(39) Tratado, v. II, pág. 438

haya conseguido la finalidad que esperaba lograr mediante su acción, finalidad que, por otra parte, es muy variable de un caso a otro.

Si ello es verdad y no se puede discutir, resulta evidente que la razón por la que se castiga a la tentativa es la misma, justamente la misma, por la cual se castiga al delito consumado. Se trata — también aquí de la concreción de la intención delictiva en un hecho exterior que no puede tolerarse por el Estado por su carácter inofensivo" (40).

En resúmen parece que, teniendo la tentativa autonomía jurídica lo mismo que el delito consumado, el fundamento de su inculpación no tiene porqué ser diferente a la de este. La tentativa no es solamente una intención, sino una intención manifestada, un propósito — traducido a la acción; por esto es un hecho objetivamente antijurídico y acribable, si bien de menor gravedad que el delito consumado.

Por lo que hace a la cuantía de penalidad aplicable a la tentativa, se han dado dos sistemas: el objetivo, el cual atiende a la menor cantidad del mal o menor grado en la fuerza física, propugna una correlativa disminución de sanción para el delito tentado, y el subjetivo, que, atiende al factor voluntarista y de peligrosidad, considerando indiferente a los efectos penales el grado en la perfección-objetiva. Pero como bien afirma Quintano Ripollés, al referirse a los sistemas seguidos para determinar la cuantía de la pena aplicable a la tentativa, en las diversas legislaciones "... las más modernas y científicas (Código Suizo y Griego), han adoptado el criterio doctrinariamente preferible, a saber: el de dejar al arbitrio judicial la posibilidad atenuatoria en los casos de imperfección" (41).

(40) Op. cit., págs. 347-48

(41) Quintano Ripollés, Antonio. Compendio de Derecho Penal, v. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 374

Nuestro Código Penal en vigor, en su artículo 63 establece la regla de punición de la tentativa, fijando como sanción hasta las dos terceras partes de la correspondiente al delito si este se hubiera consumado, debiendo tomar en consideración el Juzgador las prevenciones de los artículos 52 y 59, salvo disposición en contrario. Este precepto, siguiendo la tendencia general adoptada por el artículo 51, entrega al Juez arbitrio para fijar las sanciones a los responsables de tentativas punibles, atendiendo a las circunstancias objetivas de comisión y a las subjetivas propias del autor. Concluyendo: en el Código Penal de 1931 priva, según lo establecido por el segundo párrafo del artículo 12, el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a los casos de tentativa punibles, condicionándole a la temeridad exhibida por el sujeto, y al grado a que hubiere llegado en la ejecución del delito.

VII. Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Entre -- las muy variadas tesis sustentadas por nuestro máximo Tribunal acerca -- de la tentativa, tenemos las siguientes:

Hay tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso, directamente, por actos idóneos y no practique todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento; pero no debe perderse de vista que en una tentativa, domina casi por completo el elemento subjetivo del delincuente ("Semanao Judicial de la Federación", tomo XXIV, 2a parte, pág. 2349, Quinta época. - Sentencia del 26 de agosto de 1932, en la que la 1a. Sala confirma la - Sentencia dictada por el Juez de Distrito).

La primera Sala en torno a la cuestión expresó: "... la ley requiere para que se castigue el agente por los actos que no han llevado a la ejecución del delito que concurren las circunstancias siguientes: a) -- que aquél inicie exteriormente la ejecución del hecho delictivo; b) que los actos de iniciación sean directos para la ejecución e idóneos para cometer el delito; c) que la causa por la cual no practique todos los -- actos necesarios para la ejecución no sean su propio y espontáneo desistimiento".

Sobre el delito de violación, estimando que la tentativa de violación no se configura ("Semanao Judicial de la Federación", tomo LI, - pág. 2126, Quinta época. Sentencia del 6 de marzo de 1937).

TENTATIVA DE HOMICIDIO: Dos características esenciales indican la tentativa que es punible: el principio de ejecución del hecho material, porque hasta ese momento no hay todavía tentativa, la posibilidad de -- suspender voluntariamente esta ejecución, porque cuando esta facultad -- cesa, no existe tentativa, sino que el crimen se ha consumado; y no es-

punible el hecho ejecutado, cuando de las constancias del proceso, se viene a conocimiento de que el agente desistió, de manera voluntaria, de la ejecución del acto punible ("Semanario Judicial de la Federación" tomo LVIII, 3a parte, pág. 3715, Quinta época. Sentencia del 27 de octubre de 1938).

TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE: El Código Penal vigente en el Distrito Federal, no define la tentativa, sino que señala, en su artículo 12, cuando es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es

La punibilidad de la tentativa nace "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; la tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente;.. El Código de 1931 ha condicionado los actos de ejecución, elementos típicos de la tentativa, a dos circunstancias: una de causalidad; otra, en razón del tiempo. Por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado, o sea, que por su naturaleza se le vinculen intrínsecamente;... La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a este; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren ("Semanario Judicial de la Federación", tomo LVIII, 3a parte, pág. 3716, Quinta época. Sentencia del 27 de octubre de 1938).

TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE: "Aun cuando se admitiera que un caso no reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871, se designaban como conato, delito intentado, y delito frustrado, correspondiendo la definición del intentado al delito imposible, es decir, a aquél que en la consumación -- fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon? El propio precepto no define la tentativa; pero señala en que casos es punible; 'Cuando se define materialmente, es decir, cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Es decir, para que exista tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, y solo cuando el agente desista voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa- ('Semanao Judicial de la Federación', tomo LXXXV, pág. 614, Quinta época. Sentencia del 27 de julio de 1945).

TENTATIVA PUNIBLE: "Se requiere conforme al artículo 12 del Código Penal del Distrito, para que sea punible la tentativa, que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y que éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, de donde se deduce que no es punible la sola manifestación de la voluntad de cometer un delito, cuando el responsable desista de ello por su

propia y espontánea voluntad" (Semanao Judicial de la Federación, tomo LXXXVII, pág. 513, Quinta época. Sentencia del 23 de enero de 1946).

TENTATIVA PUNIBLE Y PRETERINTENCIONALIDAD: "Desde el punto de vista de la ejecución del delito, éste puede ser consumado o intentado, -- mas no preterintencional, el cual es una subdivisión de los delitos intencionales desde el punto de vista de su resultado; los actos imputados al acusado no podrían, en ningún caso, constituir tentativa de un delito diversa del que es consecuencia necesaria y notoria del hecho en que se iba a hacer consistir el delito, o que es consecuencia previsible de ese hecho, por ser efecto ordinario suyo y estar al alcance del común de las gentes..." ("Semanao Judicial de la Federación", tomo -- VIII, pág. 460, Quinta época. Sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA DE HOMICIDIO: "Cuando se pretende atropellar a una persona con un automóvil, evidentemente que lo que se pretende es privarla de la vida, ya que en ese supuesto la muerte es una consecuencia necesaria del hecho en que consiste el delito, e al menos el que lo intente -- prevé o puede prever esa circunstancia, por ser efecto ordinario del hecho y estar al alcance del común de las gentes" ("Boletín de Información Judicial", año VI, núm. 51, pp. 647. Sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA PUNIBLE: "El desistimiento de uno de los coparticipes -- que va a cometer un delito constituye con frecuencia la causa ajena a la voluntad de los demás coparticipes que impide la consumación de la infracción penal, pero no releva de responsabilidad a los demás que -- persisten en su propósito criminal y que no logran realizarlo únicamente por una causa ajena a su voluntad, como lo es la voluntad del que -- desiste del propósito" ("Boletín de Información Judicial", año VI -- (1950), pág. 7. Sentencia del 19 de enero de 1950, núm. 51, pág. 7).

TENTATIVA DE UN DELITO IMPOSIBLE: "la imposibilidad para cometer - un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son no orinamente inadecuados o no idóneos o bien cuando uno de los coparticipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás coparticipes no llegan a consumar la infracción penal" ("Boletín de Información Judicial", año VI (1950), núm 51, pág. 7-Sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA DELICTUOSA: "El cuerpo de la tentativa de delito consta de dos elementos: la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la comisión de un delito, y la imposibilidad de cometerlo por causas ajenas a la voluntad del agente; de donde se concluye que el elemento voluntad para la consumación de algún acto ilícito penal, debe- comprobarse, ya que dicha voluntad es persistentemente presente en la tentativa, hasta el momento en que no se consuma el acto por causas ajenas a ella..." ("Semanario Judicial de la Federación", tomo CIX, pág. - 1646, núm. 7, Quinta época. Sentencia del 18 de agosto de 1951).

TENTATIVA, ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA: "Para que la tentativa -- sea punible se precisa, como primer elemento, que el agente realice actos directa e inmediatamente encaminados a la comisión del delito de -- que se trata, y como actos de esa especie sólo se pueden tener aquellos que por su propia entidad, sin dar lugar a la ambigüedad, de significación, se presentan como integrantes de un proceso dirigido a la realización del hecho típico cuestionado; el segundo elemento es la circunstancia de que el delito no se llegue a consumar por una causa ajena a la voluntad del agente" ("Boletín de Información Judicial", año XI (1956), núm. 105, pág. 303. Sentencia del 6 de abril de 1956).

ACTOS PREPARATORIOS Y PRINCIPIOS DE EJECUCION: "Los actos preparatorios que constituyen modalidades en el aspecto externo del delito, - son impunes por equívocos, a menos que la ley otorgue autonomía como a la conspiración y a las amenazas. Los principios de ejecución, consistentes en actos ostensibles, externos, idóneos, encaminados a la realización del delito, son punibles por unívocos cualquiera que sea el grado a que se llegue en el desarrollo de la tentativa" ("Boletín de Información Judicial", año XII (1957), núm. 123, pág. 659. Sentencia del 30 de octubre de 1957).

TENTATIVA, ACTOS EQUIVOCOS: "La ley establece en forma bien clara que los actos que integran la tentativa deben ser directa e inmediatamente encaminados a la ejecución del delito, y si los que aparecen procesalmente demostrados son equívocos, no pueden considerarse en rigor técnico, como constitutivos de tentativa" ("Semanario Judicial de la Federación", vol. II, pág. 24, sexta época, 3541/61).

"Si el delito de robo no llegó a consumarse, porque los agentes - activos del delito fueron sorprendidos al ir a consumarlo esos hechos - encajan en la previsión del artículo 12 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y Territorios, ya que tendían directa e inmediatamente a la realización del robo, que no llegó a consumarse por causas ajenas a la voluntad del grupo de acusados; y el delito cometido fue el - de robo en grado de tentativa" ("Semanario Judicial de la Federación", vol. LXIV, núm. 5, pág. 1089. Sentencia del 17 de abril de 1969).

CONCLUSIONES

1.- El delito de homicidio, desde los tiempos mas remotos, ha sido sancionado siempre con penas mas severas y mas enérgicas que las otras conductas delictivas. Esto obedece a que la vida, objeto de la tutela jurídica, es la condición necesaria, la razón de ser de los demás bienes protegidos por el derecho; cuando se afecta a un elemento integrante de la colectividad, la Sociedad debe reaccionar enérgicamente ante dicha agresión, pues la muerte de uno de sus miembros, resultante de una conducta delictiva, la afecta directamente.

2.- El Código Penal de 1871, de orientación Clásica, pero influenciado levemente por el Positivismo, en el Título II del Libro Tercero, artículo 540, previó el delito de homicidio dentro de una enumeración incompleta de los "Delitos contra las personas cometidos por particulares", toda vez que excluía de dicha clasificación a otras infracciones cometidas por particulares en contra de las personas. Este ordenamiento en forma expresa, previó el caso del homicidio preterintencional en su artículo 557, señalando para el mismo una sanción específica.

3.- El Código Penal de 1929, no obstante su inspiración Positiva, no modificó el sistema de su antecesor de 1871, pues de hecho no defirió de las orientaciones de la Escuela Clásica. Este ordenamiento Penal en el Título XVII de su Libro Tercero, bajo la denominación de "Delitos contra la vida", por cierto poco afortunada, en virtud de que dentro de dicha clasificación preveía o establecía figuras que en estricto rigor no atentaban contra la vida de las personas, tomó íntegra la definición del homicidio de el anterior Código Penal, en su artículo 963.

4.- El Código Penal de 1931, con una tendencia ecléctica en el Ti tulo XIX del Libro Segundo, bajo el rubro de "Delitos contra la vida y la integridad corporal", artículo 302 contiene no propiamente una defi nición del delito de homicidio, sino de su elemento objetivo (privar - de la vida).

5.- A mi juicio, dogmáticamente el delito es la Conducta, típica, antijurídica y culpable. De lo que se desprende que son cuatro los ele mentos esenciales del delito, estos son: Conducta, tipicidad, antijurí dicidad y culpabilidad.

6.- La definición jurídica formal que de el delito da el artícu - lo 7o del Código Penal en vigor (acto u omisión que sancionan las le - yes penales), es objeto de duras críticas, toda vez que existen faltas administrativas que son sancionadas con una pena y que sin embargo no - son delitos; asimismo, existen conductas delictivas que se encuentran - amparadas por una excusa absolutoria, por lo que no son sancionadas, - pero no obstante esto, no pierden su carácter delictivo.

7.- El elemento subjetivo del delito, la culpabilidad, se mani - fiesta a través de dos formas tradicionales extremas: el dolo y la cul pa, según se dirija la voluntad consciente a la ejecución de una con - ducta delictiva determinada o cause esta por imprudencia. Se ha venido desarrollando actualmente, y la cual no aceptamos, una corriente doc - trinaria que pretende encontrar en la preterintencionalidad una forma - intermedia del elemento subjetivo del delito o culpabilidad, partici - pante, a la vez, de las esencias del dolo y de la culpa. Se dice que - hay preterintencionalidad cuando el resultado delictivo sobrepasa a la intención del agente.

8.- El homicidio preterintencional se presenta cuando, con el propósito únicamente de inferir un golpe o lesionar a una persona, el sujeto activo causa la muerte de aquél a quien quería lesionar o golpear. Por lo que el resultado final, muerte, sobrepasó la intención delictiva del sujeto.

9.- Aquellos que aceptan la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, sostienen que esta consta de cuatro elementos para su completa configuración, a saber: a) el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud, menor que la muerte; b) la muerte de una persona como consecuencia del ataque con ánimo lesivo por parte del agente; c) el empleo de un medio que no debía razonablemente causar la muerte, y d) la previsibilidad del resultado mortal por parte del sujeto activo.

10.- Conceptualmente la preterintencionalidad, como mezcla de dolo y culpa, no la acepto, pues no se concibe la atribución de un mismo resultado a dos causas psicológicas distintas; ambas se excluyen, atendiendo a la naturaleza de cada una. La situación debe ser resuelta conforme a las reglas generales y no incluyendo una tercera especie o forma de la culpabilidad, como lo hace el Código actual.

11.- En nuestro Derecho Penal positivo, se prevee ya a la preterintencionalidad como mezcla de dolo y culpa, al haberla incluido las reformas al lado de estas dos formas tradicionales extremas de la culpabilidad en su artículo 80. Cosa que no aceptamos, pues los delitos se cometen dolosa o culposamente y nunca dolosa y culposamente.

12.- Atendiendo a las reformas hechas a nuestro Código Penal de 1931, en vigor, tenemos que relacionando el artículo 302 con el 80, -- fracciones I, II y III, el delito de homicidio será intencional cuando la muerte corresponda a la intención del agente; será cometido a título de culpa, cuando el sujeto activo cause la muerte de una persona, omitiendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían, y será preterintencional cuando la muerte fuere causada por imprudencia, habiendo tenido la intención de causar un daño menor que ésta. Cosa que antes de las reformas no sucedía, pues únicamente se hacía alusión al dolo y a la culpa.

13.- La sanción prevista para el caso de preterintencionalidad, -- la encontramos en la fracción VI del artículo 60, adicionada, la cual se disminuirá hasta una cuarta parte de la aplicable al delito si este hubiese sido intencional. A diferencia del Código actual, el de 1871, -- preveía una sanción específica, atenuada, en tratándose, únicamente, -- del homicidio preterintencional.

14.- En razón de estar muy recientes las reformas, aún no existen tesis de la Suprema Corte con respecto a la preterintencionalidad, por lo que las anteriores remiten al dolo para efectos de la sanción aplicable al homicidio preterintencional, como lo hace ahora la fracción -- VI del artículo 60.

15.- En vez de hablar de delitos preterintencionales, se debe hacer alusión a hipótesis de delitos con resultado preterintencional o con tipicidad preterintencional, cosa que es mas congruente pues en ellos el resultado sobrepasó a la intención, sin tratar de introducir una tercera forma del elemento culpabilidad.

16.- No obstante que en las reformas hechas a nuestro Código Penal en vigor, de fecha 30 de diciembre de 1983, en su artículo 8o fracción III ya se prevee a la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, al lado del dolo (Intención) y de la culpa (No-Intención), participante de las escencias de ambas, nosotros no aceptamos la inclusión de la misma en nuestro Derecho Penal Positivo por las razones aducidas anteriormente. Algo que podemos comentar a favor de nuestra posición, es que para la punición de la preterintencionalidad, se remite al dolo, según lo establece la fracción VI del artículo 60.-

17.- De acuerdo con las reformas, relacionando el artículo 302 — con la fracción III del 8o encontramos la figura del homicidio preterintencional, al que se aplicará como pena, hasta la cuarta parte de la aplicable si el delito fuere intencional (art. 60 fracción VI). Lo que no aceptamos, pues si el resultado final —muerte— no querido, es producido por imprudencia, no tiene porqué aplicársele una penalidad que tome como base la que se aplica si el delito hubiere sido intencional; — lo aconsejable hubiese sido que si la preterintencionalidad participa de las escencias del dolo y de la culpa, se le aplicara también la pena correspondiente a ambas especies de la culpabilidad. Es decir, la del dolo por lo que hace a las lesiones o los golpes que tuvo la intención de causar, si efectivamente logró su objetivo, y la de la culpa — por lo que se refiere al resultado final —muerte— no querido, pero previsible.

18.- Lo único que se logró con dichas reformas, es que estas ocasionarán graves perjuicios en la práctica, toda vez que la preterintencionalidad, será invocada por todo aquél que se vea envuelto en un delito de homicidio, principalmente por lo que hace a la etapa de Averiguación Previa. Lo que deberá determinar el Juzgador dentro de la secuela del Proceso.

B I B L I O G R A F I A

I. OBRAS CONSULTADAS

- 1.- ALIMENA BERNARDINO. Delitos contra la persona, Editorial Té -
mis, Bogotá, 1975.
- 2.- ANTOLISEI FRANCISCO. Manual de Derecho Penal, UTENSA Argentina
Buenos Aires, 1960.
- 3.- BERNAL PINZON, JESUS. El homicidio, la. edición, Editorial Té
mis, Bogotá, 1971.
- 4.- BETTIOL GIUSEPPE. Derecho Penal, parte general, 4a edición, -
Editorial Témis, Bogotá, 1965.
- 5.- CANDENAS RAUL F. Estudios Penales, la. edición, Editorial Jus
Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho.
- 6.- CABRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, parte gene
ral, 11a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
- 7.- CABRANA FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal, t. I-IV, tra
ducción de la 5a, 6a y 7a ediciones italianas, Editorial Témis, Bogo
tá, 1957.
- 8.- CASARI ENRICO. Principios de Derecho Criminal, traducción al -
español por José Arturo Rodríguez Muñoz, delincuente y delito en la --
ciencia, en la legislación y la Jurisprudencia, la. edición, Editorial
Reus, S.A., 1933.
- 9.- FONTAN BALESTRA, CARLOS. El elemento subjetivo del delito, Ho
que Depalma editor, Buenos Aires, 1957.
- 10.- FRANCO SODI, CARLOS. Nociones de Derecho Penal, parte gene -
ral, 2a. edición, Botas, 1950.
- 11.- GARRAUD. Tratado de Derecho Penal, delito, delincuente y pe -
na, la. edición, Obra mimeografiada, México, 1934.
- 12.- GONZALEZ VEGA, FRANCISCO DE LA. Derecho Penal Mexicano, los -
delitos, 14a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
- 13.- GONZALEZ TRUJILLO, JESUS. La Relación Material de la Causa -
lidad en el delito, la. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976.
- 14.- GOMEZ EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina -
de Editores, Buenos Aires, 1939.
- 15.- GUTIERREZ ALZOLA J. Delitos contra la vida y la integridad -
corporal, Editorial Témis, Bogotá, 1956.

- 16.- JIMENEZ ASUA, LUIS DE. La ley y el delito, 11a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980.
- 17.- JIMENEZ ASUA, LUIS DE. Tratado de Derecho Penal, t. I-III, - 2a. edición, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1956.
- 18.- KLEIN QUINTANA, JULIO. Ensayo de una teoría jurídica del Derecho Penal 1a. edición, Librería de Manuel Porrúa, México, 1951.
- 19.- LEVENE RICARDO. El delito de homicidio, 2a. edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970.
- 20.- MALO CAMACHO, GUSTAVO. Tentativa del delito (con referencia al Derecho comparado), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1971.
- 21.- MAGGIORIS GIUSEPPE. Derecho Penal, t. I-IV, 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1955.
- 22.- MANZINI. Tratado de Derecho Penal, t. II y III, EDIAR, S.A., Buenos Aires, 1950.
- 23.- MIRAGETE I MADRAZO, PASCUAL. Doctrina de Derecho Penal, México, 1955.
- 24.- NUVOA MONTREAL. Del proceso de generación del delito, En Revista de Derecho Privado y Ciencias Sociales No. 24, Universidad de -- Concepción, Chile, 1963.
- 25.- NUNEZ RICARDO C. Derecho Penal Argentino, parte especial, t. III, Buenos Aires, 1961.
- 26.- NUNEZ RICARDO C. La Culpabilidad en el Código Penal, Buenos-Aires, 1946.
- 27.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Breve Ensayo sobre la tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964.
- 28.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal, -- parte especial, 2a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965.
- 29.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.
- 30.- PORTE PETIT CELESTINO CANDAUDAP. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
- 31.- PORTE PETIT CELESTINO CANDAUDAP. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud, 1a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, - México, 1966.
-

32.- PORTE FÉLIX CELESTINO CAN DAUDAR. Evolución legislativa penal en México, 1a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, -- 1965.

33.- QUINVANO HIPOLLES. Compendio de Derecho Penal, v. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

34.- REHNART MAURACH. Tratado de Derecho Penal, v. I, Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

35.- REYES ALFONSO. Derecho Penal, parte general, 6a. edición, -- Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1979.

36.- ROMAGNOSI GIANDOMENICO. Génesis del Derecho Penal, 1a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1957, traducción de Carmelo González-Cortina y de Jorge Guerrero.

37.- SOLEH SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino, parte general, -- 4a. edición, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1970.

38.- WILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, parte general, 3a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.

39.- VON BELING, EMST. Esquema de Derecho Penal, la doctrina -- del 'delito-tipo', Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

40.- VON LISZT, FRANZ. Tratado de Derecho Penal, t. II-IV, 3a. -- edición, Editorial Reus, Madrid, traducida al español por LUIS JIMENEZ DE ASUA.

41.- WELZEL HANS. La teoría de la acción finalista, Editorial -- Depalma, Buenos Aires.

II. REVISTAS

1.- REVISTA CRIMINALIA. Evolución jurídica del homicidio, número XII, Ediciones Botas, México, 1949.

III. LEGISLACION CONSULTADA

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de -- 1917.

2.- Código Penal de 1871 (Martínez de Castro)

3.- Código Penal de 1929 (Almaraz)

4.- Código Penal de 1931, y sus reformas

5.- Código Penal del Estado de Veracruz de 1948

IV. ANALES DE JURISPRUDENCIA