



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

PRETERINTENCION Y TEORIA DEL DELITO



Tesis Profesional

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

RAUL GONZALEZ-SALAS CAMPOS



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PRETERINTENCION Y TEORIA DEL DELITO

INDICE

Página

INTRODUCCION 1

CAPITULO PRIMERO

I. LA PRETERINTENCION EN EL ESQUEMA CLASICO DE LA TEORIA DEL DELITO.

1. El dolo y la culpa como especies de culpabilidad 5
2. La preterintención como tercera forma de culpabilidad: la combinación de dolo en el inicio y culpa en el resultado..... 24
3. Preterintención y delitos calificados por el resultado. El problema de la responsabilidad objetiva..... 38

CAPITULO SEGUNDO

II. LA PRETERINTENCION EN SISTEMAS MODERNOS

1. El dolo y la culpa como distintos supuestos típicos del hecho punible..... 46
2. La preterintención y el concurso ideal..... 71

CAPITULO TERCERO

III. EL SISTEMA DEL CODIGO PENAL DE 1931 Y LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES.

1. Las modalidades delictivas previstas en el artículo 8°.....	78
2. Las presunciones de dolo del artículo 9°y su relación con el delito preterintencional.....	86
3. La Jurisprudencia anterior a la reforma.....	99

CAPITULO CUARTO

IV. LA REFORMA PENAL Y EL DELITO PRETERINTENCIONAL.

1. La incorporación del delito preterintencional (artículo 9).....	103
2. Técnica legislativa utilizada: paralelismo con el sistema de "numerus apertus" adoptado en relación al delito culposo.....	107
3. La supresión de las presunciones de dolo.....	111
4. La escala de punibilidad prevista:	
a) Relación con la escala correspondiente al delito doloso.....	113
b) La facultad adjudicada al Órgano jurisdiccional....	
Crítica.....	120
CONCLUSIONES.....	124
CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	139

INTRODUCCION

Los delitos preterintencionales incorporados al Código Penal para el Distrito Federal y materia Federal, el 13 de enero de 1984, plantean diversas consideraciones en el ámbito de la propia materia penal, tanto para los Organos Jurisdiccionales como para la Jurisprudencia y Doctrina.

Hay quienes consideran a la preterintención como una suma de dolo y culpa, es decir, la realización de una acción inicial dolosa, cuyo resultado se sanciona culposamente, en este sentido surge con el fin de no sancionar como intencionales conductas que no lo son (1).

Otra parte de la doctrina señala que la preterintención es una forma singular de la culpa, en la que se mantiene los extremos de dolo y culpa (2).

La preterintención definida por el artículo 9 del Código Penal, alude a la realización de una acción dolosa, querida y aceptada, produciéndose un resultado no querido ni aceptado al cual nuestro legislador le llama "producido

por imprudencia".

Art 9: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico - mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

El resultado final (culposo), es incriminado en forma específica por nuestra legislación, dándole al juez - la facultad potestativa para reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, tomando como base de la misma para la reducción la del delito consumado doloso.

Artículo 60, fracción VI: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena - hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

Se infiere de lo expuesto, que por un lado, en la definición de la preterintención el legislador llama al resultado final (culposo), y ese mismo lo sanciona en forma dolosa con una facultad potestativa para el juez de reducir la pena en una cuarta parte, es decir, el resultado final - producido se da por una desviación en el curso causal y lo sanciona en forma específica.

La causalidad y la conducta externa, no coinciden

con el querer de la gente, y es por ello que al producirse un resultado el legislador señala que el autor incurre en responsabilidad penal, y califica éste en forma preterintencional dándole al juez la facultad de reducir la pena.

Sin embargo el resultado en los delitos dolosos no tiene la misma vinculación con su autor que en los culpables ya que en la estructura de cada una de estas modalidades delictivas funcionan de diferente manera (3).

Se destaca que la reforma del Código Penal de enero de 1984, fue positiva en el sentido de derogar las presunciones de dolo previstas anteriormente en el artículo 9, y de esta forma se le dio cabida a la preterintención, ya que específicamente ésta se sancionaba dolosamente en la fracción II del propio artículo.

A pesar de que se sancionaba la preterintención presumiéndola dolosamente por el contenido de dicha fracción II del artículo 9, la Jurisprudencia le daba cabida sancionándola de distinta forma a la modalidad dolosa.

La incorporación del delito preterintencional al Código Penal, plantea una serie de hipótesis y consideraciones en torno a su aplicación y funcionamientos en los casos

concretos, como en la teoría del delito.

Por ello en este trabajo, se hace un estudio de lo que es el dolo y la culpa desde dos puntos de vista distintos: causalista y finalista, que conducen a determinar si es ó no funcional prever la preterintención como figura autónoma dentro del Código Penal, o por el contrario si es suficiente con las formas de comisión intencionales e imprudenciales; en cuyo caso se acudiría a reglas específicas como las del concurso, por ejemplo para resolver este tipo de hipótesis.

CAPITULO PRIMERO

LA PRETERINTENCION EN EL ESQUEMA CLASICO DE LA TEORIA DEL DELITO.

1. EL DOLO Y LA CULPA COMO ESPECIES DE CULPABILIDAD.

Uno de los elementos necesarios para la integración del delito es la culpabilidad, que básicamente ha sido entendida como referencia personal del autor con respecto al acto realizado. Desde un punto de vista histórico, es un concepto que ha sido interpretado de diversas formas.

En un principio se le identificó como un nexo psicológico entre la conducta del autor y el acto ejecutado, es decir un reflejo anímico de la realidad en la mente del autor. Se consideraba que existían dos presupuestos psíquicos que fundamentaban la pena: dolo y culpa.

Esta postura se equipara a la culpabilidad con una relación subjetiva entre acto y autor, ha sido seguida, con algunas variantes, por autores contemporáneos. Es el caso de Sebastián Soler, en Argentina, para quien la fundamentación de culpabilidad se encuentra en la mezcla

de dos elementos, uno de orden psicológico y otro de naturaleza normativa. Desde su punto de vista, el concepto de culpabilidad "es en sí mismo doble, bipolar, pues importa una referencia al hecho propio como ilícito, para lo cual - es preciso suponer al sujeto dentro de un orden jurídico de cuyas valoraciones está penetrado y con respecto a las cuales también adopta una actitud interna" (4).

La culpabilidad es por consiguiente entendida como una relación subjetiva que se da entre autor y hecho punible, se hace por lo tanto indispensable el análisis del psiquismo de la persona, con el propósito de determinar concretamente cuál era la conducta psicológica que el sujeto había tenido con relación al resultado delictivo, y de esta manera establecer la relación subjetiva, entre conducta y autor, a efecto de precisar posteriormente si el acto típico y antijurídico se cometió culpablemente, dolosa o culposamente.

Los partidarios de esta corriente teórica, señalaron como origen de la culpabilidad tres fuentes: en primer término la intención, donde se encontraba el elemento psicológico de la voluntad; en segundo lugar la previsión, en la que se decía que aunque no se hubiera querido el resul-

tado, lo decisivo era el conocimiento; y por último la culpa en donde el resultado no es ni querido ni previsto, pero pudo y debió preverse y evitarse (5).

La teoría psicológica ha sido criticada por la doctrina, argumentando básicamente dos criterios. Por un lado, se alude al problema que representa para esta postura la coacción, como causa de inculpabilidad, en la medida en que no es posible atribuir en esas condiciones culpabilidad al autor, en virtud de que en dichas hipótesis existe efectivamente una relación anímica o psíquica entre autor y conducta; sin embargo no sería válido afirmar que esa conducta es culpable, ya que en esas condiciones no es exigible al autor, el haber actuado de manera distinta.

Por otra parte, tampoco es clara la tesis psicológica en los casos de culpa inconsciente o sin representación, es decir en aquellos supuestos en los que el autor no ha previsto la posibilidad del resultado, no obstante - la conducta es culpable a pesar de que no existe un nexo psicológico entre la mente del autor y la conducta que realizó.

Descartada la teoría psicológica, surge una nueva concepción sobre la culpabilidad, es la llamada teoría

normativa, la cual explica el elemento culpabilidad a partir de los siguientes presupuestos y elementos (6).

La culpabilidad se equipara al concepto de reprochabilidad, se dice que un sujeto es culpable cuando se le puede reprochar la conducta típica y antijurídica que realizó. Este reproche depende de un primer presupuesto que será la imputabilidad del autor. Un sujeto será imputable -- cuando tenga capacidad de culpabilidad, es decir cuando tenga capacidad de comprensión y dirección de sus actos conforme a la ley. Sin embargo, no basta con que el sujeto sea imputable, es necesario algo más, este elemento será la exigibilidad; entendida como un juicio de culpabilidad o sea -- un juicio de referencia a una determinada situación de hecho.

La concepción normativa de la culpabilidad estima al dolo y a la culpa como formas o especies a través de las cuales puede darse la conducta reprochable.

De acuerdo con esta teoría, para poder atribuir culpabilidad a una persona, es decir, para poder reprocharle la conducta que realizó, se requerirá en principio que dicha persona sea capaz, pero además es necesario que se le

pueda exigir el haber actuado conforme a derecho y no de una manera antijurídica. Se reconocen como formas bajo las cuales puede presentarse dicha conducta reprochable: la forma dolosa o la culposa.

A partir de este criterio de clasificación, habrá que analizar en qué circunstancias una conducta se cataloga como dolosa y cuándo se puede afirmar que el autor actuó culposamente.

DOLO

Actúa dolosamente el sujeto que conoce todas las circunstancias que corresponden a los elementos descritos por el tipo, así como los medios para producir el resultado a que se aspira. Este conocimiento deberá abarcar las referencias que el tipo haga sobre el sujeto activo, pasivo, objeto, tiempo, lugar, etc. Pero además, para poder afirmar que el autor actúa dolosamente es necesario contemplar su voluntad, misma que deberá estar dirigida a la producción del resultado típico.

De lo expuesto se infiere que el dolo requiere de

dos elementos: uno de naturaleza intelectual y otro de carácter afectivo.

Elemento intelectual.- Como ya se expresó el dolo requiere que el autor sepa o conozca los elementos del tipo, esto no significa que el autor debe conocer todas las consecuencias de su conducta o todas las circunstancias propias de un hecho delictuoso (7).

Sin embargo sí se requerirá del conocimiento y -- previsión del resultado, total realización del tipo, así como una relativa percepción de la serie o cadena causal que se desarrollará a partir de la conducta. Cabe mencionar que no siempre coinciden de modo exacto la cadena causal representada y el caso real de la sucesión, ya que el autor no siempre prevé todos los detalles, que concurrirán en el resultado.

Es conveniente destacar dentro de este elemento - el conocimiento del significado de los hechos, el cual no - está totalmente referido a la subsunción en el tipo legal, sino que se requiere también que el sujeto sepa que su conducta es contraria al deber. Ello quiere decir que el dolo exige un conocimiento sobre la naturaleza de los hechos --- (fáctico) pero al mismo tiempo requiere del conocimiento de

su significación jurídica (contraria a derecho).

Al respecto se ha discutido la ubicación sistemática del conocimiento del injusto o antijuridicidad. En opinión de algunos, forma parte del dolo y para otros es un elemento de la culpabilidad (8). Para Liszt, por ejemplo, la conciencia de antijuridicidad no es necesaria en principio como parte del concepto de dolo, ya que si el autor sabía que su acción reunía todos los requisitos esenciales del tipo, resultaba indiferente que también supiera que con tal acto se transgredía la ley (9).

La teoría normativa sustenta la tesis de que es necesario el conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, para que la misma pueda ser considerada como dolosa.

Se argumenta que este conocimiento es una exigencia del dolo y no una característica del tipo, ya que sería imposible el juicio de reproche cuando el autor no tuviere conciencia de que su comportamiento es contrario al deber de respetar la norma (10).

El conocimiento de lo injusto es necesario para el dolo, es su parte central, pues si el dolo es el reproche personal contra el autor, éste debe saber ante todo que obra

antijurídicamente: quien actúa dolosamente sabe que su comportamiento está prohibido por la ley.

Elemento afectivo.- "Es la lógica consecuencia de haber admitido en la estructura fundamental del dolo, la con ju nción de representación y voluntad" (11).

En el elemento afectivo debe haber un conocimiento contenido en la voluntad de la acción, se le llama también e l e m e n t o emocional. El simple conocimiento no es aún dolo, - es preciso además que dicho conocimiento aparezca en referenc i a a la voluntad de la acción del autor, pues la voluntad - como proceso emocional, debe serle reprochable desde una persp e c t i v a jurídico-penal.

No todo resultado que se verifique como efecto del impulso dado a la voluntad puede ser atribuido a ésta. Es necesario atender al concepto de "representación" para ser capaz de concretar el problema del dolo, pues una voluntad sin conciencia no puede existir.

Para entender este elemento es importante hacer - una distinción entre los conceptos "desear" y "querer", ya que en este sentido surgirán distintos problemas en relación

directa con el tema que se analiza en este trabajo, es de cir, la preterintención. Podrá presentarse, por ejemplo, el supuesto de representación de un resultado que no ha si do deseado, o viceversa, es decir, desear un resultado pe- ro sin que el autor se lo haya representado.

Cabe destacar dentro de este elemento la distin- ción que se plantea entre voluntad consciente y voluntad - del resultado.

La voluntad se equipara con intención, y de una manera más concreta con intención antijurídica. La inten- ción será por lo tanto la voluntad encaminada al resultado típico y antijurídico. Esta voluntad de resultado es lo que caracteriza afectivamente al dolo.

Para algunos autores además de los aspectos hasta aquí descritos como parte del elemento afectivo, deben in- cluirse también los motivos y fines que impulsan la conduc- ta del sujeto.

Afirmando que todo delito, como toda acción, tiene un motivo: "el hombre no quiere el delito por el delito, si no como medio para alcanzar un fin, sin que se deba confun-

dir la intención de cometer el delito con los motivos que determinaron al agente a cometerlo y con el fin que persigue" (12).

Los primeros, es decir los motivos de la acción, no pueden ser considerados como condiciones generales y necesarias de la culpabilidad. En opinión de la doctrina, - el dolo concebido con independencia absoluta de los motivos que operaron en el autor, es un concepto incompleto e incorrecto (13).

Dentro del esquema básico que hasta aquí se ha -- trazado, es evidente que son muchas las conductas que pueden presentarse bajo el rubro de lo que se ha definido como comportamiento doloso. Es por ello, que con el propósito de delimitarlo, enseguida se hará un breve análisis de las clases, que en opinión de la doctrina dominante, se puede presentar esta forma de culpabilidad.

CLASES DE DOLO

Muchas han sido las clasificaciones que los autores han hecho al respecto, sin embargo tradicionalmente se

han distinguido tres clases de dolo: dolo directo, dolo in directo y dolo eventual. Para los efectos de este estudio, se ha estimado que sólo es necesario hacer referencia a las hipótesis de dolo directo y eventual. Aclarando que en este sentido se sigue un criterio eminentemente normativista, y sin dejar de reconocer que para muchos autores las clases - de dolo son otras (14).

DOLO DIRECTO

Existe dolo directo cuando el autor sabe con certeza que determinados elementos del tipo se van a realizar a partir de su acción, previendo como segura la producción de ese resultado típico.

La certeza de que se va a producir el resultado, es equiparable a la que se da en el autor que estima sumamente probable la producción del resultado y se conforma con ello. El autor ordena su comportamiento según la meta propuesta y actúa interesado en alcanzarla.

Son también supuestos de dolo directo los que se dan cuando el sujeto piensa que a su acción van unidos resultados inevitables, ya sean anteriores, simultáneos o pos

teriores, inclusive en la hipótesis de que deseara poder realizar el hecho sin que esos resultados inevitables se produjeran (15).

DOLO EVENTUAL

Esta clase de dolo, está referida a las hipótesis en las que el autor considera como posible la realización del tipo y se conforma con ello.

El autor no persigue un resultado determinado, ni considera segura su producción, sino que se abandona al curso de la cosas, teniendo la conciencia de que concurre un riesgo concreto de que se realice el tipo, asumiendo seriamente dicho riesgo, juzgando la realización típica como relativamente elevada.

En otras palabras, existe cierta incertidumbre en el momento de la acción, por lo que quien actúa de tal manera, ante el riesgo de que se realice el tipo, ha introducido tal posibilidad entre las bases de la decisión de su acción y por ello ha querido su producción (16).

Debe tenerse en cuenta respecto a esta clase de dolo, la voluntad del sujeto, ya que habrá de estimarse --

que hay dolo cuando el sujeto acepta de antemano la producción de cualquiera de los resultados que se darían como -- probables. Como consecuencia, no habrá dolo respecto de -- aquel o aquellos resultados pensados como probables o posi**bles** que el autor rechace.

El rechazo sólo se dará cuando el sujeto se decida a actuar, después de percatarse de la posibilidad al pensar que no se producirán porque confía en su habilidad, en su buena suerte, en experiencias anteriores o en otras causas como podría ser el comportamiento del sujeto pasivo -- (17).

CULPA

Actúa culposamente el que omite la diligencia debida y con ese comportamiento provoca un resultado típico.

Al igual que en el dolo, la culpa presupone la realización de una acción u omisión típica y antijurídica. No obstante, bajo esta forma de culpabilidad no existe en el autor la intención de llevar a cabo dicha acción u omisión.

En estos supuestos el autor actúa infringiendo un deber que le era exigible, menospreciando la atención y el

cuidado debido a bienes e intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que a ellos causaría si ejecutara - el acto voluntariamente.

La esencia de la culpa debe verse en la inobservancia del autor a normas previstas de sanción, con el fin de prevenir resultados dañosos. Se trata, como en el dolo, de un deber exigible, que consiste " en el deber de obrar de manera distinta", con el fin de evitar que bienes jurídicamente protegidos puedan lesionarse o incluso ponerse - en riesgo (18).

En opinión de la doctrina, los deberes exigibles en la manifestación culposa de una conducta, y a los que - está obligado todo sujeto, son: "los medios que el Estado se autoproporciona para la preservación de sí mismo y de - sus integrantes", "como valores de diversa índole que configuran el patrimonio y acervo cultural del propio Estado.

Esa preservación buscada por las normas se realiza limitando en cierta forma las conductas que pueden vulnerar -- los bienes jurídicos protegidos, imponiendo ciertas formas a la propia conducta con el carácter de obligatorias" (19).

Ello significa que debe imponerse a la conducta

un mínimo de sentido, a fin de evitar que se causen daños a los bienes o valores que la sociedad a través de la norma, tiene interés en proteger permanentemente.

Por consiguiente, el autor de una conducta ilícita para la sociedad debe ser objeto de reproche por no cumplir con la obligación que su calidad de integrante de la misma le impone.

En este sentido, cabe mencionar la definición de Carrara sobre el concepto de culpa: "es la voluntaria omisión de diligencia de calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho" (20).

La doctrina destaca en esta forma de culpabilidad tres elementos fundamentales: a) la voluntariedad del acto; b) la falta de previsión del efecto nocivo; y c) la posibilidad de prever (21).

a) Voluntariedad del acto.- Se define como un vicio en la propia voluntad. Existe una omisión de la reflexión en la cual podrían conocerse anticipadamente las posibles consecuencias de la conducta que habrá de llevarse a cabo, y se omite ese deber colocándose así el autor volunta

riamente en situación culposa en caso de que acontezca el resultado previsible.

b) Falta de previsión.- En opinión de algunos autores es en este elemento donde radica la esencia de la imprudencia. Pues habrá reproche para quien pueda prever y no lo hace, así como para quien habiendo previsto el resultado típico actúa con la esperanza de evitar la consecuencia.

c) Posibilidad de Prever.- Se darán distintos grados de culpa en función de la facilidad o dificultad -- que haya tenido el autor para prever el resultado. Al respecto la doctrina reconoce tres clases de culpa: lata, leve y levisima.

La fundamentación de punibilidad en los delitos dolosos, no representa mayor problema en la medida en que se admite que el autor ha actuado sabiendo y queriendo, es decir le es reprochable su acción en la medida en que pudo actuar de manera distinta y sin embargo no lo hizo. Pero cuando el autor no actuó intencionalmente, cuál es el argumento que motiva o justifica la aplicación de una pena.

Al respecto se estima que son dos los principios que motivan la punibilidad en este tipo de conductas. Uno es el deber que todos los miembros de una sociedad tienen de respetar las normas, y el otro radica en la obligación de prever con inteligencia, voluntad y atención las consecuencias de un comportamiento determinado, a fin de no producir con el mismo, resultados dañosos para los demás.

En ambos casos hay un deber exigible de poner la atención suficiente, para evitar la conducta típica. Es a través de lo dispuesto por el legislador en la norma, en donde surge la obligación de "diligencia" para que estén debidamente protegidos determinados bienes jurídicos.

Mucho se ha discutido en torno a la similitud o discrepancia de la estructura de estas formas de culpabilidad. Algunos autores consideran que en ambas se da un mismo deber exigible, que radica en el "deber de obrar de otra manera". Este deber está directamente relacionado con la conducta y con los bienes jurídicos que pueden lesionarse o ponerse en riesgo. En el delito culposo el autor menosprecia ese deber exigible, y en el doloso sabe y quiere conscientemente violar o quebrantar dicho deber de actuar de forma distinta.

En apoyo de esta opinión, se dice que la norma no solamente fué creada para castigar a quien comete conductas que dañan los bienes jurídicamente tutelados, sino también para prevenir su posible lesión. Por ello, es deber de todo sujeto imputable poner la atención necesaria y suficiente, para no dañar con su conducta bienes que jurídicamente están protegidos (22).

CLASES DE CULPA

En función de la previsibilidad, se han distinguido dos clases de culpa: la culpa consciente o con previsión y la culpa inconsciente o sin previsión (23).

CULPA CONSCIENTE.- El sujeto se representa la posibilidad del resultado dañoso, no obstante actúa confiando en que no se producirá.

CULPA INCONSCIENTE.- En estos supuestos falta por completo en el autor la representación del resultado típico, aunque pudo y debió haber imaginado lo que iba a ocurrir, y en consecuencia haber motivado su conducta conforme a la norma.

En relación a la mayor o menor pena aplicable a estos supuestos, son diversas las opiniones, en general se admite que en los supuestos de culpa sin representación, es decir cuando hay en el autor inconsciencia total sobre la posibilidad de causar un resultado, la penalidad debe ser más alta que en los casos en los que el autor previó el resultado pero confió en que éste no se produjera.

Los criterios para determinar la gravedad de la conducta deben tomar en cuenta la índole de las precauciones omitidas, su relación con el grado de probabilidad de producción del resultado lesivo, así como el nivel intelectual del autor. Mientras más alta sea la posibilidad de que por la omisión de cuidado se produzca el resultado y mayores sean los conocimientos del sujeto que actúa, mayor será la gravedad de la culpa y por lo tanto la pena (24).

2. LA PRETERINTENCION COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD:
LA COMBINACION DE DOLO EN EL INICIO Y CULPA EN EL RESULTADO.

Antes de abordar concretamente este tema, es conveniente mencionar qué se entiende por preterintención, para ello se transcribe una de las definiciones proporcionadas por el Maestro Jiménez de Asúa, para quien la preterintención es "un resultado que excede de nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto pero que, por ser previsible el efecto más grave resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa. La preterintención consiste en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido" (25).

Han sido diversas las acepciones que a lo largo de la historia del Derecho Penal y de la dogmática se han dado a esta figura jurídica. En la doctrina alemana, por ejemplo, se le identificó como culpa determinada por el dolo, y también como un delito calificado por el resultado.

Los nombres que se le han asignado en la doctrina

italiana, también han sido variados, así se aludió a "delitos agravados por el resultado", de "colpa informata a dolo" (Carrara), o "colpa mista a dolo" (Pessina) (26).

Desde un punto de vista teórico, también han sido aceptados los términos: dolo preterintencional, delito preterintencional y simplemente preterintención. En países como Italia y Argentina se le ha reconocido como delito con resultado preterintencional.

Enseguida se hará una breve exposición sobre distintos aspectos legislativos y teóricos que se han dado a lo largo de la evolución histórica de esta figura.

Aceptado como antecedente indiscutible de nuestro sistema jurídico, cabe mencionar en primer término lo que respecto de esta figura preveía el derecho romano. Se decía que el que sin ánimo de matar, mata, no sería castigado como homicida; pero si ésta se causó con medios que racionalmente podrían ocasionar la muerte, entonces debería aceptarse indubitadamente el ánimo de matar. Cuando no existía ánimo de matar la pena aplicable era leve o podía ser idéntica a la que correspondiera a un homicidio culposo (27).

En el antiguo derecho germánico se sancionó la mera responsabilidad por el resultado, concepto que con el tiempo evolucionó, exigiéndose un elemento más de carácter subjetivo.

En la Edad Media y en el derecho canónico continuó la evolución de la no aplicación de la sanción sólo por el resultado, al dar cabida a lo que se denominó como "dolus indirectus" (28.)

Posteriormente se concede importancia en la determinación del concepto al elemento objetivo que se identificó como "daño". El delito es entendido como la producción antijurídica de un resultado dañoso, que va directamente ligado con la responsabilidad, identificándose por lo tanto - ésta (responsabilidad) con el resultado. Sin embargo, ello no significaba que quedara sin sanción la falta de voluntad culpable, sino que este elemento de voluntad se presumía tras el hecho, considerándose el resultado dañoso como la expresión sensible de la voluntad criminal (29).

Estos principios fueron interpretados de distinta forma, lo que originó diversas regulaciones legislativas de esta figura. Algunos Códigos Penales lo previeron como

una forma de culpabilidad, otros como un delito calificado por el resultado, y en otras legislaciones se resolvió a través de las reglas generales previstas para el concurso de delitos.

Antiguamente, la Constitución Criminal Austríaca, el Código de Baviera y los Códigos Italianos Sardo y Toscano, fueron las principales legislaciones que contemplaron como principio la aplicación de pena al resultado, exclusivamente por la responsabilidad. El autor debía responder de su delito con todas las consecuencias que se hubieran podido derivar del resultado.

Posteriormente, en legislaciones como la francesa la alemana y la italiana, aparecen ya elementos propios de la preterintención. Así, el Código Penal Francés señalaba que se castigaría con pena menor a la señalada para el homicidio, a quien hubiera provocado la muerte como consecuencia de golpes o heridas voluntariamente inferidas, pero sin intención de haber causado la muerte. Este principio, reconocido por la jurisprudencia francesa, acabó con antiguas formas de responsabilidad objetiva.

El Código Toscano de 1853, distinguió conceptos como el de dolo puro y dolo mixto de culpa. El artículo 311

de dicho ordenamiento aludía al homicidio preterintencional, atribuyéndole una pena menor a la del homicidio culposo.

En el Código Penal Sardo (1859), las lesiones seguidas de muerte fueron sancionadas como si se tratara de homicidio voluntario, salvo cuando se demostraba la falta de intención o la ausencia de previsibilidad (30).

De lo expuesto se infiere que en derecho comparado la regulación de la preterintención ha sido diversa. Por ello, y con el propósito de tener una correcta apreciación teórica, enseguida se abordarán las principales corrientes de opinión que sobre este tema proporciona la doctrina. Aclarando que de acuerdo con la línea que sigue la legislación penal mexicana, las teorías que en mayor medida la han influido, han sido las italianas. De ellas, sólo se desarrollarán las que se estiman más destacadas o aquéllas que de alguna manera han sido importantes para nuestra legislación,

1) TEORIA DEL DOLO PRETERINTENCIONAL O DE LA PRETERINTENCION DOLOSA.

Quienes sostienen esta corriente doctrinal consideran a la preterintención como una forma de dolo, definién

dolo justamente como "dolo preterintencional". Fundamentan su opinión en que la circunstancia de que el sujeto proceda con intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley, debe ser entendido como actuar doloso, independientemente de que el resultado causado no haya sido requerido.

Estiman impropio llamar a la preterintención --- "dolo mixto de culpa", pues identifican a aquella como una hipótesis de dolo indirecto y por consiguiente se dice que es más correcto hablar de delito preterintencional, definiendo al dolo como intención y a la preterintención como lo que está más allá de la intención.

Señalaba Impallomeni que en el delito preterintencional, la culpa se une al dolo. Distinguiendo asimismo entre delitos dolosos voluntarios y dolosos preterintencionales (31).

De acuerdo con esta teoría existe una especie de concurso de dolo y culpa. Dolo como previsión del efecto menos grave, y culpa como previsibilidad del efecto más grave que se verifica; no obstante cabría precisar que en realidad se trata de un delito ocasionado por un propósito doloso, que no tuvo otra causa que el dolo (32).

Se afirma que la preterintención es una especie de dolo indirecto, ya que no se quiere solamente lo que se desea, sino todo aquello sobre lo cual actúa la voluntad, ya sea como medio o como consecuencia probable o riesgo. De tal manera, que el autor sabe, basándose en la experiencia común, cuáles son las consecuencias, incluso mayores de las esperadas, que con su acción se pueden llegar a producir -- (33).

2) TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Esta teoría será analizada con detalle en el número 3 de este mismo CAPITULO (34).

3) TEORIA DE LA CONCURRENCIA ENTRE DOLO Y CULPA.

Uno de los autores clásicos que explica las hipótesis de preterintención a través de la fórmula dolo en el inicio y culpa en el resultado, es Carrara. Su explicación teórica, está referida básicamente en función del delito de homicidio, y se fundamenta en los siguientes razonamientos: el dolo se caracteriza por la previsión del autor; faltando ésta deberá imputarse como doloso el efecto antecedente.

Pero en relación con el resultado no previsto, se debe descender a la búsqueda de dicha previsibilidad para constituir

como potencial aquella relación ideológica que en el momento de darse el hecho no interviene. Cuando el antecedente es un delito doloso, pero menos grave que el consiguiente, surge en opinión de Carrara, la forma "mixta".

Esta forma es denominada "mixta", en virtud de - que se dan: dolo en el antecedente previsto y culpa en el consiguiente no previsto pero previsible. "El hecho que ha entrado una vez en la esfera de los delitos dolosos, no puede ya salir de esta esfera, y mucho menos lo puede para un resultado más grave culposo que le haya subseguido" (35).

La pena aplicable en estos supuestos deberá ser mayor a la que le correspondería al solo antecedente doloso pero menor a la que se aplicaría al consiguiente, si el mismo fuere también doloso.

De acuerdo con esta teoría el delito preterintencional está compuesto de tres elementos:

a) Un hecho base doloso o hecho simplemente doloso, el cual constituye un delito;

b) Un resultado no querido, o sea culposo; y

c) Un nexo entre el hecho base doloso y el resultado no querido.

Los seguidores de esta corriente han sido muchos y si bien básicamente coinciden en entender a la preterintención como una fórmula entre dolo y culpa, el punto de -- vista específica a través del cual contemplan esa idea básica, ha sido diverso. Es por ello que surgen interpretaciones como las de los autores que a continuación se mencionan.

En opinión de Finzi, en esta clase de supuestos - debe tomarse en consideración una "relación de previsibilidad", ya que no basta exclusivamente con la responsabilidad objetiva". De acuerdo con este autor la preterintención equivale a dolo más culpa más previsión futura (36).

De acuerdo con otro criterio, la preterintención no es un elemento subjetivo distinto del dolo y de la culpa, es decir un tercer elemento de culpabilidad, como tampoco es una forma particular de dolo. La preterintención es según esta opinión intrínsecamente culpa con la particular denominación de preterintencionalidad, en consideración a la naturaleza (en otro aspecto doloso) de la voluntad a la cual está referida.

A partir de otro punto de vista, se niega que - la preterintención sea un tercer estado subjetivo, puesto al lado del dolo y de la culpa. Se afirma que la preterintención es "ultraintención", ya que se trata de un concepto negativo. De ahí que no baste con decir que este "plus" que se imputa al agente es "ultraintencional" sino que es - necesario decir en qué consiste. Se afirma entonces que - consiste en que el resultado más grave se atribuya al autor aunque el resultado está fuera de su voluntad, más allá del dolo. Por consiguiente, el resultado más grave se atribuye sólo a título de culpa o de responsabilidad objetiva. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la culpa, en la preterintención la voluntad va directamente encaminada a la comisión de un delito, existiendo por lo tanto un nexo material entre delito y resultado (37).

De acuerdo con este criterio, en la preterintención existirá dolo, en la conducta encaminada a la producción del resultado menor, y culpa en aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor. La fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta por consiguiente verdadera (38).

4) TEORIA DE LA PRETERINTENCION COMO TERCERA FORMA DE CULPABILIDAD.

Esta corriente doctrinaria entiende a la preterintención como una especie más de la culpabilidad, estimando que es un exceso en relación con el resultado querido. Se afirma que existe un particular nexo psicológico, que consiste en la presunción de culpa, agravada por la fácil previsibilidad del resultado. Es decir, se presenta como una combinación de dolo y de presunción de culpa respecto del resultado no querido.

De acuerdo con esta corriente, principalmente se guida por autores italianos, en la preterintención se da una acción con resultado único pero que representa un exceso respecto del que se había querido, dicho exceso tiene - que haber sido previsible.

Se entiende que la preterintención es una especie propia y distinta de culpabilidad y para fundamentar este - razonamiento se acude al típico caso del homicidio preterintencional, considerando que en este delito existe un claro nexo psicológico que consiste en la presunción de culpa, a gravada por la fácil previsibilidad del resultado. Se tiene así una mezcla de dolo respecto del resultado que el autor tuvo a la vista y de presunción de culpa agravada por la fácil previsibilidad, en relación a la muerte no querida.

La responsabilidad en estos supuestos no debe estar basada solamente en el nexo de causalidad, ya que ésta se funda también, por regla general, en un elemento que da esencia a la particular situación del "versari in re illicita", y sólo excepcionalmente está fundamentada en el simple nexo causal.

En otras palabras, se pretende encontrar como apoyo de la responsabilidad las mismas razones en que se fundamentó el principio del "versari in re illicita", con la diferencia de que la preterintención deriva necesariamente de un acto doloso.

Si bien es cierto que el hecho no se imputa al autor por la responsabilidad objetiva exclusivamente, puesto que el "versari" surge de "cosa ilícita", es innegable que se atribuye al agente un resultado más grave que no ha sido querido, lo que supondría una carga objetiva y puramente -- causal.

De acuerdo con este criterio, la preterintención es una especie o grado de culpabilidad. No se trata de una imputación mixta de dolo y culpa o de una responsabilidad - de carácter exclusivamente objetivo, sino que se alude a una forma específica de "responsabilidad preterintencional" es

decir como una figura independiente del elemento culpabilidad.

Para explicar figuras como los delitos agravados por el resultado o delitos con doble resultado, se acude a la intención pues se trata de delitos, precisamente intencionales.

En opinión de la jurisprudencia italiana la esencia de la preterintención no radica en la idoneidad del medio para ocasionar el resultado último, y menos aún en un accidente exterior que sería la producción del resultado, - sino justamente en la preterintención. Es decir en un resultado que ha ido más allá de lo querido por el autor. La diferencia entre preterintención y delito doloso no radica en el elemento objetivo, que se haya siempre representado - en ambas hipótesis delictivas, sino más bien en el elemento psicológico del delito, que en el delito doloso consistirá en la voluntad y la previsión de un resultado (39).

Esta tesis doctrinal es criticada en el sentido - de que si bien la preterintención es un alcance o concurrencia de dolo y culpa, no se trata de un concurso real o ideal de delito doloso y culposo. La preterintención se presenta como una unidad, como un delito compuesto, sin que ello sig

nifique que el dolo y la culpa formen una unidad.

La preterintención no es una tercera forma o especie de culpabilidad, ya que no se trata del mismo momento psicológico, por una parte doloso y por otra culposo, sino de dos, aunque se separen por fracciones de segundos, puesto que recaen sobre el acto querido y sobre la consecuencia del mismo, y cada una de estas especies de culpabilidad (el dolo inicial y la culpa del resultado), conservan su naturaleza propia y específica, de dolo y de culpa respectivamente.

Sólo podría sostenerse que la preterintención es una tercera forma de culpabilidad, si se niega el reconocimiento de exigencia de que el resultado más grave sea previsible, en este supuesto sí podría admitirse que la preterintención sea una forma más de culpabilidad.

En opinión de otros autores, la preterintención, debe ser entendida como una especie de la culpabilidad, -- pues con ello se evita atribuir el resultado más grave por mera causalidad.

3. PRETERINTENCION Y DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO.

Atendiendo a la relación que existe entre conducta y objeto de la misma, tradicionalmente se han distinguido dos grupos de delitos, los llamados delitos de resultado y los de actividad (40). Los primeros, llamados también delitos materiales, presuponen a través de la realización de la acción descrita en el tipo, la modificación del mundo exterior, es decir, la producción de un resultado.

Son ejemplo de este tipo de delitos, el homicidio doloso o el culposo, puesto que su consumación depende de la producción de un resultado: la privación de la vida.

Los delitos de simple actividad son los que se agotan en el mismo movimiento corporal. En ellos no es configurable la tentativa, ya que el tipo se cumple con la simple acción del autor, esto sucede, por ejemplo, en el delito de falso testimonio.

Dentro de los delitos de resultado se ha distinguido un grupo especial, el cual ha provocado interés dogmático y dificultades para su resolución en la práctica.

Se trata de los "delitos calificados por el resultado" cuyo origen se remonta al antiguo derecho canónico, a través del principio medieval "versari in re illicita". Es-

tos ilícitos aluden a una especial combinación entre dolo e imprudencia, ya que su estructura está formada por un delito básico, cometido dolosamente (excepcionalmente culposos) y un resultado que califica, acerca del cual no es necesario comprobar más que la existencia de una relación de causalidad con respecto a la acción del autor (41).

La solución legislativa en supuestos de esta índole, ha sido diversa. Sin embargo, es posible afirmar que en general estas hipótesis se resuelven, prescindiendo en el segundo caso (resultado final) de la exigencia de culpabilidad.

Es decir, que por razones de dificultad en la prueba, de resultados generalmente unidos, el orden jurídico renuncia a la comprobación de culpabilidad en el segundo resultado.

La forma en que algunas legislaciones incriminan esta clase de delitos es intermedia, ya que la pena es superior a la del delito básico e inferior a la que correspondería a la producción dolosa en el segundo supuesto (42).

De lo expuesto surgen inevitablemente varias cues

tiones por resolver. Por una parte es evidente que estos su puestos aluden a formas combinadas de dolo y culpa, es decir, a hipótesis de preterintención, pero que legislativamente han sido resueltas de manera distinta a la prevista por nuestro Código Penal vigente.

Desde otro punto de vista es importante analizar cuál es la respuesta teórica en estos casos en relación con el principio de causalidad y la fundamentación de responsabilidad jurídica.

Tratándose de delitos de resultado, la consumación depende justamente de la producción del resultado típico; e existe por consiguiente una relación entre acción y resultado. Cuando este nexos causal puede ser atribuido o imputado al autor, se le considera como responsable del resultado.

Sin embargo, esta última afirmación no puede ser admitida categóricamente, ya que de hecho se presentan casos en los cuales se da la imputación objetiva, pero no existe causalidad, sería el supuesto de la omisión impropia, por ejemplo.

Es por ello que debe distinguirse entre causalidad e imputación objetiva, ya que no siempre la comprobación del

nexo causal es suficiente para atribuir al autor como hecho propio un resultado.

El nexo causal ha sido conceptualizado de diversas formas. Sin pretender profundizar, es posible mencionar como las más importantes corrientes doctrinarias al respecto a las siguientes:

TEORIA DE LA CONDICION

Todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado tienen valor de causa, todas son equivalentes. Toda "conditio sine qua non" del resultado, es causa del mismo (43).

Se afirma que la acción es causa del resultado si suprimida mentalmente su realización, através de un proceso hipótetico de eliminación, desaparece el resultado.

Esta teoría ha sido criticada, porque su excesiva amplitud conduce a serios problemas en la determinación de responsabilidad objetiva. Ya que con base en sus postulados, se resuelven supuestos de responsabilidad objetiva y de delitos calificados por el resultado, prescindiendo to--

talmente de la exigencia de culpabilidad (44), así como de los mínimos requerimientos de dolo y culpa (45).

TEORIA DE LA ADECUACION

Sólo deberá considerarse como causa aquella condición que, conforme a la experiencia, es apropiada para producir el resultado típico (46).

La adecuación será determinada por el juez con posterioridad a la producción del hecho, deberá suponerse la situación anterior a la comisión y tener en cuenta la experiencia general y los conocimientos personales del autor. Si el análisis de todos estos datos lleva a la conclusión de que la condición era apropiada para originar el curso causal, se tendrá como causa en sentido jurídico-penal (47).

Esta corriente tampoco resulta totalmente satisfactoria, ya que limita el concepto de causa y acude a conceptos dudosos para su determinación, tal y como sería el de la posibilidad de prever.

TEORIA DE LA RELEVANCIA.

Apoyándose en la teoría de la equivalencia de las

condiciones, esta corriente manifiesta que la equivalencia causal no es necesariamente correspondencia jurídica de las mismas. Es decir para que el autor responda del resultado, se deben dar dos presupuestos: que objetivamente lo haya causado y que subjetivamente lo haya producido de modo culpable.

De esta afirmación se desprende la distinción entre causalidad e imputación objetiva, pues para que el resultado sea objetivamente atribuido, es necesario que la condición haya sido relevante. De tal manera que la imputación objetiva dependerá:

- a) de la efectiva existencia de un nexo causal; y
- b) de la relevancia jurídico-penal de dicho nexo.

Este presupuesto se determinará desde el punto de vista del tipo (48).

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA.

Tomando en cuenta los postulados de las teorías de la adecuación y de la relevancia, ha surgido en la actualidad esta nueva tendencia estimando que, sólo es objetivamente

te imputable un resultado causado por una acción, cuando ésta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.

De acuerdo con esta teoría, en los delitos calificados por el resultado sólo podrá considerarse la imputación objetiva del resultado más grave cuando éste constituya la consecuencia inmediata de la comisión del delito básico (49).

Cabe reiterar que en algunas legislaciones no se prevén hipótesis de preterintención específica pero sí contemplan en sus textos delitos calificados por el resultado.

La doctrina alemana actual fundamenta la punibilidad de estos supuestos en "la especial peligrosidad inherente a determinadas acciones por sí solas ya punibles, conuce a castigarlas con pena sustancialmente mayor cuando el peligro típico que el hecho encierra se realiza en un resultado lesivo" (50).

El principio de culpabilidad en estos casos, estará resuelto a través de la consideración de dos factores:

a) Que el resultado último pueda ser atribuido a su autor, por lo menos a título de imprudencia; y

b) Que el resultado haya sido previsible (curso causal en sus elementos esenciales), en estos supuestos los restantes elementos de la imprudencia se entienden ya contenidos en la comisión del delito base doloso.

No obstante lo expuesto, es por lo menos discutible el respeto hacia el principio de culpabilidad, si se tiene presente que la pena se agrava y excede a la que correspondería por el solo hecho realizado imprudentemente.

Es por ello que la legislación alemana ha acudido a reforzar su posición en este sentido, introduciendo el concepto de imprudencia temeraria, entendiendo por ésta, la inobservancia del cuidado exigible en una medida desacostumbrada, o bien cuando el autor no ha observado lo que en el caso concreto había de ser evidente a cualquiera (51).

CAPITULO SEGUNDO

LA PRETERINTENCION EN SISTEMAS MODERNOS

1. EL DOLO Y LA CULPA COMO DISTINTOS SUPUESTOS TIPICOS DEL HECHO PUNIBLE.

En el capítulo anterior se analizaron los aspectos básicos, que desde una perspectiva dogmática, se han dado respecto de los conceptos de dolo y culpa. Fundamentalmente se examinaron tesis abordadas por la teoría normativa bajo un matiz causalista. Toca ahora analizar estos mismos conceptos, pero desde una perspectiva distinta, es decir, a partir de una sistemática más actual. Para ello se acudirá a algunos de los principios básicos reconocidos por la teoría finalista.

Con el propósito de precisar el tratamiento que se ha dado a los conceptos que influyen en la figura de la preterintención, de acuerdo con cada una de las corrientes doctrinales; enseguida se mencionan los aspectos que se estiman relevantes para este trabajo, y que han sido resueltos de manera distinta de acuerdo a la corriente de opinión

a la que se acuda.

Cabe aclarar que no se tiene como propósito analizar detenidamente las diferencias sistemáticas que se han dado entre causalismo y finalismo, y mucho menos polemizar o discutir al respecto. Se trata únicamente de destacar los conceptos relacionados con la preterintención, de acuerdo con cada una de las corrientes así como las consecuencias que derivan de sus respuestas.

El llamado concepto clásico del delito (finales del siglo pasado), gira en torno a conceptos eminentemente naturalísticos, la acción es concebida como un movimiento corporal voluntario que modifica el mundo exterior, ambos extremos ligados por un nexu o vínculo causal. Se distinguen como elementos objetivos del delito la tipicidad y la antijuridicidad, dando a la culpabilidad un carácter subjetivo.

El tipo es entendido como una mera descripción externa, desprovista de valoración, pues ésta se realizaba hasta la antijuridicidad y desde una perspectiva exclusivamente objetiva.

El concepto de culpabilidad adquiere naturaleza subjetiva, por estar referido a todos aquellos procesos de orden psíquico que se desarrollan en el interior del autor - y que se reflejan en su acción. El dolo y la culpa son entendidas como formas o especies de culpabilidad; la imputabilidad como presupuesto y la conciencia de antijuricidad como elemento de la culpabilidad. Posteriormente evoluciona dicha noción de culpabilidad, adquiriendo un nuevo matiz a través de la concepción normativa que la equipara a reprochabilidad (52).

Surge más adelante la llamada teoría final de la acción (principios de los años treinta), basada fundamentalmente en una concepción ontológica. La acción es definida como ejercicio de actividad final, esta finalidad se equipara al dolo, lo que lleva a considerarlo como parte del tipo y ya no de la culpabilidad. La conciencia de antijuricidad se separa del dolo y por lo mismo se convierte en factor central de la culpabilidad.

Esta separación de dolo y conciencia de antijuricidad trajo como consecuencia que los supuestos de error de tipo y de prohibición se resolvieran de manera diferente a la tradicional.

En el finalismo, la imprudencia adquiere otra esencia, pues ya no es considerada como forma de culpabilidad. La culpa ahora se ubica como parte del tipo de injusto, pues está referida a la violación de un deber objetivo de cuidado (53).

Sin ánimo de pormenorizar, éstas son algunas de las diferencias que se han dado entre las corrientes causalista y finalista (54). Enseguida se relacionarán los efectos que estas mismas diferencias han provocado en el caso específico de la preterintención.

De acuerdo con la corriente causalista, un hecho doloso no se diferencia de uno culposo a nivel de tipo, sino que es hasta el elemento culpabilidad donde ambas formas delictivas se distinguen, es hasta entonces donde se examina la voluntad del autor y si ésta iba dirigida o no a la realización del tipo,

La teoría finalista distingue entre dolo y culpa desde el tipo, es decir el dolo forma parte del tipo subjetivo y la culpa es un tipo específico referido a la violación de un deber de cuidado. En el tipo se analiza el contenido de voluntad del autor, o sea si éste ratificó o no

el resultado que se produjo. En el primer supuesto existirá dolo y en el segundo imprudencia. En otras palabras, para el finalismo la presencia o ausencia de dolo no es la -- condición determinante de una conducta culpable, sino que es un elemento decisivo para calificar a la conducta típica o no.

Desde la perspectiva causal, el dolo tiene como elementos el conocimiento y la voluntad de realización de -- los elementos típicos, más la conciencia de antijuricidad.

Así, el hecho podrá no ser doloso por falta de -- alguno de los elementos que describe el tipo, o bien por ausencia de conciencia de antijuricidad. Para el finalismo, por el contrario, el dolo forma parte del tipo subjetivo y no requiere de conciencia de antijuricidad, la cual se ubica dentro de la culpabilidad.

Por consiguiente, es importante destacar que quien estudia la teoría del delito a través del método finalista, llega antes al análisis del dolo, en la medida en que la ubicación sistemática de este elemento se localiza en el tipo; mientras que en la teoría causalista, se estudia hasta el momento de la culpabilidad.

La trascendencia del estudio del dolo y de la cul

pa no radica en que se lleve a cabo antes o después, sino en determinar en última instancia cuál corriente lo explica de una manera más favorable. Por otra parte, si resulta importante el análisis de estos elementos, así como su ubicación dentro del esquema del delito, pues las consecuencias que derivan de ello son totalmente distintas.

Como se señaló anteriormente, una de las consecuencias fundamentales de la distinta ubicación sistemática de estos elementos, se da en los supuestos del error de tipo y del error de prohibición. Es por ello que enseguida se establecerán las discrepancias que sobre estos elementos se dan entre la corriente causal y la final.

El error de tipo implica el desconocimiento o la incorrecta apreciación de alguno de los elementos descritos por el tipo. El error de prohibición por otra parte recae sobre la antijuricidad del hecho, es decir que equivale a una incorrecta apreciación de la conciencia de antijuricidad en el autor (55).

Las consecuencias que se derivan de estas dos clases de errores, han sido entendidas por la doctrina de manera distinta. Son reconocidas como principales explicacio--

nes dogmáticas dos teorías, la del dolo y la de la culpabilidad (56).

La teoría del dolo ubica dentro de la culpabilidad al elemento " dolo ", tal y como es aceptado en las teorías clásicas y normativistas. Desde esta perspectiva, el error de tipo es una falta de conocimiento sobre alguno de los elementos del tipo; el error de prohibición está referido a la inexacta estimación sobre la conciencia de antijuricidad.

Los efectos son los mismos, en ambos supuestos se excluirá el dolo, quedando subsistente la forma culposa si el caso concreto así lo admitiere y concurrieren los demás elementos que la fundamentan (57).

Respecto de la teoría de la culpabilidad las consecuencias son otras, ya que el dolo está ubicado dentro del tipo y la conciencia de antijuricidad es un presupuesto potencial de culpabilidad. Es por ello que de acuerdo con este criterio el error de tipo excluye el dolo, en el supuesto de que dicho error sea invencible o insuperable, subsistiendo la forma culposa cuando el error haya sido superable o vencible (58).

Por otra parte, habrá error de prohibición cuando

exista desconocimiento sobre la antijuricidad del hecho punible, en cualquiera de las siguientes hipótesis: desconocimiento sobre la existencia de una norma jurídica; error sobre una causa de justificación, y error que recae sobre algún presupuesto objetivo que daría lugar a una causa de justificación (eximentes putativas).

De acuerdo con la teoría de la culpabilidad si el error ha sido superable, el grado de culpabilidad se atenuará y si aquél fué invencible aquélla se elimina (59).

Analizados los efectos que se derivan de una y otra postura, a continuación se examinarán los conceptos de dolo y culpa, como supuestos típicos independientes, con el propósito de relacionarlos más adelante con la figura de la preterintención.

DOLO

Se la ha definido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal. Como ya se mencionó, el desconocimiento de alguna de estas circunstancias se traduce en la eliminación del dolo.

El autor debe conocer los elementos objetivos de la descripción legal. Este conocimiento estará referido - a elementos del tipo situados en el presente y en el pasado. Ya que el autor debe prever en sus rasgos esenciales - los elementos típicos futuros, en especial el resultado y - el proceso causal (60).

El dolo por consiguiente debe presentarse en el momento de la acción. Por ejemplo, en los delitos de lesión, el autor debe haber conocido y querido la lesión; en los delitos de peligro, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción; en los delitos de resultado, el dolo debe abarcar también el curso causal.

Para que exista dolo en la realización de una acción, es necesario que se presenten al autor como más o menos probables, dos situaciones:

- a) El conocimiento de las circunstancias exteriores del hecho; y
- b) La previsión del desarrollo del hecho como tal.

a) Respecto del primero, es decir conocer las circunstancias del hecho, está directamente ligado con las ca

racterísticas externas del tipo, en otras palabras, lo que el tipo describe como parte externa de la acción. Comprenderá por consiguiente los elementos descriptivos y los normativos.

Los elementos descriptivos son aquéllos que se captan a través de los sentidos, por ejemplo en el delito de homicidio, la víctima será el elemento descriptivo. Por otra parte los elementos normativos son los que requieren de una valoración, de naturaleza jurídica o cultural; es el caso del elemento "ajena" referido a la naturaleza de la cosa mueble en el delito de robo (61).

En este sentido, es necesario que las circunstancias del hecho sean perceptibles para el autor pero también se requiere que sean cognoscibles, es decir, que le sea comprensible el significado de cada una de ellas.

El autor no necesita saber que su conducta encuadra con exactitud en un tipo legal (lo que no significa que no deba saber que su acción es contraria a derecho); en otras palabras lo que caracteriza al actuar doloso es la intención contraria a la norma.

El conocimiento de las circunstancias del hecho,

requiere también que el autor esté consciente de ellas, durante la realización de la acción. Habrá conciencia en aquellas situaciones que tiene presente en su momento y que sabe son posibles, ya que si las recuerda pero no las tiene presentes en ese momento preciso, no podrá hablarse de dolo.

El autor habrá actuado dolosamente, cuando tenga el conocimiento de la existencia o producción de circunstancias de hecho (objetivas) como realmente posibles, y no de mero peligro, por consiguiente no actúa con dolo el que en la comisión del hecho no conoce una circunstancia -- perteneciente al supuesto de hecho típico legal (62).

El dolo requiere además de una voluntad encaminada o dirigida a la realización del supuesto típico objetivo. Esto quiere decir que el autor no debe tener la facultad o potencia de su realización.

b) Previsión del desarrollo del suceso.- El actuar doloso exige del autor la voluntad dirigida a la realización típica, no de una manera impersonal sino como la obra de él mismo.

De esta manera, el solo deseo no constituye do--

lo, ya que el autor debe encaminar su acción, voluntariamente, a la producción del resultado final. Es por ello -- que se afirma que la conciencia pertenece al elemento cognitivo del dolo, cuando la acción probablemente llegue a producir el resultado; pero siempre será necesario que el autor prevea el desarrollo del suceso, representándose.

Es en este punto que se cuestiona si toda desviación del curso causal real, con respecto al esperado, debe tener como consecuencia que el suceso ocurrido (no esperado), deba o no ser imputado al autor a título de dolo.

Para resolver esta clase de problemas debe acudir se a las diferentes teorías que se han dado en materia de - causalidad, las cuales de alguna forma ayudan a delimitar - la responsabilidad jurídico-penal, en cuanto que ésta no -- puede ir más allá de los límites de la capacidad del hombre para dirigir y dominar un desarrollo causal (63).

Es por ello que una correcta valoración jurídica no debe estar basada en todas las condiciones, sino sola--- mente en aquéllas que, de acuerdo con la experiencia gene--- ral resultan adecuadas para la producción de un resultado - típicamente antijurídico.

En este sentido el desarrollo no previsible de un suceso deberá tener presente los límites de los riesgos que surjan de la acción prohibida, a efecto de establecerse la responsabilidad penal. Dicha limitación, en cuanto a qué riesgos deben imputarse contra el autor conforme a la experiencia, serán aquellos que a contrario sensu no sean riesgos permitidos (64).

Para hablar de dolo no es suficiente con la consideración de la cognoscibilidad de las circunstancias típicas y de la previsibilidad del desarrollo del suceso, se requiere además que el autor se decida por la realización de la lesión del bien jurídico. Esta trayectoria de la voluntad del autor, presenta algunas dificultades, lo que ha dado lugar a considerar que el dolo puede ser de varias clases.

Al respecto sólo se aludirá a las formas de dolo directo y dolo eventual, ya que la doctrina en general admite estas dos categorías, lo que no significa que no se reconozcan otras clases de dolo, previstas por algunas legislaciones o admitidas por los autores (65).

DOLO DIRECTO

El autor se decide por la lesión del bien jurídico y encamina su voluntad a la producción del resultado, la intención se identifica con propósito.

El dolo directo se extiende a todos los resultados típicos, como un presupuesto necesario o un estado intermedio para alcanzar la meta propia de la acción.

Respecto de las consecuencias secundarias, cuya producción es apreciada por el autor como inevitable para la realización del fin de la acción, habrá también dolo.

En este sentido, el autor no tiene que considerar como segura la producción de consecuencias secundarias, si no sólo estimar como cierto el desarrollo del suceso perseguido.

El dolo directo está referido al fin propio de la acción del autor, así como a las demás circunstancias y acontecimientos que se ha representado como presupuestos necesarios o consecuencias ineludibles para lograr la meta (66).

DOLO EVENTUAL

También denominado dolo condicionado, en él se --

plantea la cuestión de qué otras circunstancias o qué sucesos pueden caracterizarse como queridos, y que el autor se ha representado como existentes o previsibles (67).

No se trata de una voluntad condicionada, sino de un resultado que puede o no darse, pero que es admitido por el autor.

Se habla de dolo eventual cuando el autor, junto a la meta provisional de su acción, persigue una segunda, - la cual compite a su vez con la primera. Sin embargo, no se puede afirmar que esta segunda acción sea dolo directo, ya que para alcanzar el fin, desde el punto de vista del -- autor, se requiere de la realización del hecho típico, si bien no en forma necesaria sino sólo probable, en este último supuesto habrá dolo eventual.

Tratándose de dolo eventual el autor considera seriamente como probable la realización del tipo, y se conforma con ella, pero no se persigue el resultado, ni es segura su producción, no obstante el autor abandona el curso de las cosas. Por una parte se tiene la conciencia de que ocurre un peligro concreto de que se lleve a cabo el tipo; y por la otra el autor toma en serio dicho peligro, juzga

el riesgo de realización típica como relativamente elevado, se representa la seriedad del peligro y sin embargo se conforma con su realización.

En la hipótesis de dolo eventual el autor acepta la realización del tipo y asume el estado de incertidumbre que se le presenta en el momento de llevar a cabo la acción (68).

En relación con las consecuencias secundarias que pudieran presentarse, quedarán introducidas en la decisión del autor como posibles, por lo tanto serán queridas como eventuales, posibles e inevitables.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de culpa consciente, en el dolo eventual el autor advierte las consecuencias accesorias o secundarias, pero no las rechaza como realidad posible, es por ello que no deja de quererlas.

En la culpa consciente el autor ha previsto el peligro concreto, pero no lo ratifica, no lo considera seriamente; lo niega o confía en que la lesión al bien jurídico no se producirá.

Para la delimitación de dolo y culpa, en el ámbi-

to del injusto, lo decisivo es el resultado de la toma de posición. Tratándose de dolo el autor introduce el resultado secundario, no deseado, en las bases de su decisión; lo que no sucede en las hipótesis de culpa consciente.

El estado de indecisión que pudiera darse en el agente, no es todavía dolo, ya que éste requiere de una resolución definitiva de la voluntad. Si el autor se propone un resultado típico con la conciencia del peligro que existe para el objeto tutelado, actúa dolosamente, aunque el tipo requiere de un hacer ulterior y en este punto el autor se encuentre todavía indeciso.

Quien adopta la resolución de cometer un delito, pero condiciona o hace depender su realización de circunstancias situadas fuera de su alcance, actúa también con dolo. Asimismo, hay dolo cuando la acción se encamina esperando que no sea punible en el momento de la consumación - (69).

Para dar por terminado el análisis del dolo, enseguida se hará una breve referencia del elemento que junto con el dolo, forma la estructura de lo que para la teoría finalista se define como tipo subjetivo. Reiterando que por tipo objetivo se entenderá la descripción legislativa, re--

ferida a la parte externa de la acción, y que básicamente comprende el núcleo o verbo y las referencias, mismas que se han sistematizado en elementos descriptivos y normativos.

El llamado tipo subjetivo, por el contrario, está directamente relacionado con aquellos aspectos que se suceden en el interior del autor; o sea con la intención que lo motiva a actuar, o con la finalidad específica que persigue su conducta.

El legislador no describe exhaustivamente en los tipos el comportamiento punible, sino que son los Jueces o en su caso la doctrina quienes desempeñan la misión de interpretar la descripción del tipo, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

El dolo como ya se señaló se equipara a la intención de cometer un hecho típico, sin embargo en algunos casos no basta con esto y el legislador incluye en su descripción elementos subjetivos del injusto, que son aquellas finalidades que deben darse en el autor en el momento de la comisión del delito; si bien en algunos supuestos no aparecen descritas por el tipo (70).

En el caso de los propósitos especiales que se dan en algunos delitos, como por ejemplo en los atentados al pudor (artículo 260 del Código Penal), donde se alude a este tipo de elementos al expresar el tipo: "sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula", o bien el delito de robo (artículo 367 del Código Penal), en el que no se menciona expresamente que el autor debe actuar con "ánimo de apropiación", elemento subjetivo del injusto unánimemente reconocido por la doctrina.

CULPA

Tratándose de delitos culposos la finalidad del autor no coincide con el resultado, ya que tiene una dirección distinta a la que corresponde a la prohibición concreta.

La imprudencia requiere que la acción lesione en forma general un mandato de cuidado, y que el autor, según sus capacidades individuales, haya podido dar cumplimiento al cuidado que le era exigido. De tal manera que habrá que determinar el comportamiento correcto, no sólo conforme a las normas generales, sino también de acuerdo a las posibilidades del autor. En este sentido, habrá culpa cuando el

autor obre con desprecio por el cuidado que le deben merecer bienes jurídicos ajenos (71).

Han sido reconocidos por la doctrina como elementos del delito culposo los siguientes:

La acción, que al igual que en los delitos intencionales es un movimiento corporal voluntario que produce un resultado, admitirá por consiguiente las mismas causas - de exclusión que en los delitos dolosos: fuerza física exterior irresistible y movimientos reflejos. Los tipos culposos se pueden cometer por acción o por omisión igual que los dolosos.

Por consiguiente, no es a nivel de la acción donde radica la diferencia entre tipos dolosos y culposos. La falta de respeto por los bienes jurídicos ajenos, no comienza en la decisión consciente, sino en el momento en que el autor demuestra poca consideración por dichos bienes jurídicos, y no se esfuerza en meditar sobre el peligro que su comportamiento puede significar para otros. De la misma manera, habrá imprudencia cuando a pesar de reconocer la existencia del peligro, el autor continúa con la ejecución, demostrando poco respeto por bienes ajenos (72).

Desde la perspectiva finalista, es en la estructura del tipo donde radica la diferencia entre dolo y culpa. Como ya se mencionó, los tipos dolosos exigen coincidencia entre tipo objetivo y subjetivo, es decir entre la descripción objetiva de la conducta prohibida y su conocimiento y voluntad de realización por parte del autor.

Por el contrario, en los delitos imprudenciales, no existe concordancia entre la intención del autor y el resultado prohibido, es por ello que en este tipo de delitos se alude a la ausencia del tipo subjetivo o tipo subjetivo incompleto.

Algunos Códigos Penales, como por ejemplo el nuestro, contienen dentro de la parte general un enunciado genérico sobre lo que es la imprudencia. No obstante, en cada caso concreto es el Juez quien determina si la acción ha sido imprudente o no. Es decir, el Juez precisa si el autor efectivamente actuó con "imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado".

Consiguientemente el tipo culposo está compuesto por tres elementos fundamentales:

- a) violación de un deber objetivo de cuidado;
- b) previsibilidad objetiva; y
- c) resultado producido.

Por supuesto debe existir un nexo causal entre - violación objetiva de cuidado y resultado (73).

La voluntad de realización del hecho culposo no - se dirige al resultado penalmente relevante, por lo mismo - el resultado típico no surge directamente de lo querido, si no de una comparación con respecto al comportamiento debido.

El problema que se presenta en los delitos impru- denciales, es la descripción de la conducta prohibida, ya que se plantea la cuestión de saber si la sola ejecución de la acción realiza por sí misma el tipo.

La acción aparece como penalmente relevante por-- que lleva a cabo un determinado resultado, es decir crea o aumenta el peligro que se concreta en el resultado. La -- descripción del tipo en el delito culposo, no puede sin em bargo, abarcar o comprender cada puesta en peligro de los - bienes jurídicos protegidos, es por ello que se alude a un mandato general, en el sentido de que está prohibida toda acción en que aparezca como probable una lesión a un bien -

jurídico. Sin embargo, es imposible eliminar con esto todo peligro derivado de determinado tipo de acciones, y por lo mismo se permiten ciertos riesgos, dentro de ciertos límites (74).

De esta manera se puede llegar a tener un criterio correcto respecto de qué riesgos están permitidos, y delimitar aquellas conductas que son imprudenciales.

En determinados núcleos de actividades sociales existen reglas de cuidado que deben ser observadas y respetadas, por ejemplo las derivadas del Reglamento de Policía y Tránsito, del Reglamento de Sanidad, del Reglamento de Construcciones; etc, ya que en los mismos se delimita el deber de cuidado que debe ser observado por el autor para la salvaguarda de los bienes jurídicos tutelados.

No obstante, no sólo debe acudirse a lo señalado por estas reglas, también deberá atenderse a la capacidad personal del autor, al momento en que se presentó el hecho, etc. Es decir que el obligado al cuidado debe estar en condiciones de reconocer qué riesgo permitido se vincula con su acción, así como la forma en que esto ocurre.

De lo expuesto se deducen las distintas formas en

que puede presentarse la culpa. Si el autor reconoce realmente el riesgo o peligro de su acción, pero confía en que no se producirá el resultado, se estará ante la hipótesis de culpa consciente.

Si existe desconocimiento fáctico del peligro y no representación del resultado, habrá culpa inconsciente - en esta segunda hipótesis, serán decisivas la capacidad individual de percepción, la inteligencia personal y la preparación del autor (75).

Debe aclararse que quien no es capaz de mantener el riesgo de su actividad dentro de los límites de lo permitido, en principio tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad. En este supuesto, el objeto de reproche sólo podrá estar dirigido a quien sea capaz de percibir su incapacidad, de no existir esta capacidad el hecho no podrá ser atribuible al autor, por falta de imputabilidad, es decir de capacidad de culpabilidad.

Prestar atención al peligro puede ser una exigencia de índole moral, y no percibirlo puede ser consecuencia de indiferencia frente a bienes jurídicos ajenos. Por consiguientes, se afirma que el delito culposo será el realiza

do a través de una acción, siempre y cuando el autor:

- 1) Coloque al bien jurídico en peligro por encima del riesgo permitido, pudiendo evitarlo;
- 2) Si esta puesta en peligro se concreta en un resultado.

La puesta en peligro y la causación del resultado, deben encontrarse en conexión interna, de manera que sea factible afirmar que el resultado es precisamente efecto del peligro causado imprudentemente por el autor. Esto significa que la violación a las prescripciones de seguridad, no puede derivarse sin más de la inevitabilidad del resultado producido. Por ejemplo: el que pretende suicidarse y se arroja de un puente del Periférico, y es atropellado por un automóvil, cuyo conductor iba en estado de ebriedad. En este caso no podrá reprocharse al conductor el delito a título de imprudencia.

Respecto a la antijuricidad en los delitos culposos, no existe diferencia con los delitos dolosos. Únicamente cabría analizar la posible concurrencia de causas de justificación. Pues es viable que circunstancias que determinan la justificación, dejen sin efecto el deber de cuidado. Piénsese en el caso de la persona que está amparada --

por legítima defensa, para disparar a otro, supuesto en el cual no existirá el deber de evitar dicha puesta en peligro.

El contenido de ilicitud del obrar culposo, comparado con el doloso es menor, por consiguiente la justificación tendrá un ámbito mayor.

La culpabilidad se presenta de la misma forma que en los delitos intencionales, también es equiparable a reprochabilidad, y depende de que el sujeto sea capaz de culpabilidad, es decir, sea imputable, además de que haya podido - conocer la antijuricidad de su conducta (76). El sujeto no será culpable de un delito culposo, si no le era exigible haber actuado de manera distinta de como lo hizo.

Para poder afirmar que el sujeto tuvo ocasión de actuar de manera distinta, es preciso que haya podido prever en forma concreta el nexo causal y la producción del resultado.

2. LA PRETERINTENCION Y EL CONCURSO IDEAL.

Como ya se ha expuesto la preterintención presupone la existencia de una acción que da lugar a dos resulta--

dos jurídicos distintos: uno doloso y otro culposo.

Las respuestas dogmáticas que han intentado dar solución a este problema, han sido muchas, a través de este trabajo, se ha pretendido plantear algunas de ellas.

Una de las explicaciones que técnicamente ha dado la doctrina, es la que ubica a los supuestos de preterintención dentro de la fórmula del concurso ideal. Es por ello, que enseguida se analizará en qué consiste el llamado concurso ideal y de qué manera los autores ubican aquí a la preterintención.

Se entiende por concurso, no la aplicación de dos o más tipos penales, sino que con este concepto sólo se ha querido aludir a su encuentro o coincidencia en un determinado instante del proceso de adecuación (77).

Establece el artículo 18 del Código Penal Mexicano, que: "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

Por consiguiente, el concurso puede ser de dos clases: real o ideal. El primero se da cuando un mismo sujeto

comete dos o más delitos integrados cada uno de ellos por todos sus elementos, es decir, acción, típica, antijurídica y culpable; pudiendo ser los delitos homogéneos, por ejemplo dos robos, o bien heterogéneos: lesiones y homicidio.

El concurso ideal por el contrario, se puede presentar de dos formas distintas:

1) Cuando con una acción se producen dos o más resultados materiales, es decir realización simultánea de varios tipos penales, por ejemplo cuando alguien dispara una pistola para matar, y ese mismo disparo daña el cristal de una casa. Aquí habrá disparo de arma de fuego y daño en propiedad ajena.

2) Cuando con una sola acción se produce un resultado que puede ser valorado bajo dos estimaciones jurídicas diferentes, y que conforme a ellas merezcan sanción distinta. Ejemplo de ello sería el artículo 59 del Código Penal que dispone: "Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor."

Esta hipótesis se daría en los casos de incesto, violación y adulterio.

El artículo 59 del Código Penal, prevé la absorción de las penas menores por la del delito mayor. Este mismo artículo reconoce que una misma conducta puede ser estimada bajo dos o más aspectos, lo que significa que se admite que se han dado dos tipos distintos.

En opinión de algunos autores, además de estos tipos de concurso puede también admitirse otra forma que será el llamado concurso de leyes (78). Este concurso, es ubicado por la doctrina dentro del concurso ideal, en el cual no hay dos resultados materiales, sino dos resultados antijurídicos. Hay por tanto un concurso de leyes, puesto que dos o más delitos recaen sobre un mismo hecho para calificarlo, cada uno de ellos protegerá un interés jurídico distinto.

En algunos supuestos el legislador describe conductas de manera compleja, es decir que pueden ser apreciadas desde perspectivas totalmente diferentes, o sea que una descripción típica, en algunos casos, puede ser contemplada como una conducta dolosa o como hipótesis culposa. Señala la doctrina como ejemplo de este tipo de descripciones, a la preterintención, ya que se tipifican conjuntamente una acción dolosa, dirigida a un fin típico específico y una acción culposa que es la que causa el resultado (79).

Estos casos han sido resueltos por un sector de la doctrina mediante las reglas del concurso ideal (80).

Esta misma respuesta ha sido adoptada por algunas legislaciones, es el caso del Código Penal Español, a partir de la reforma del año 1983, a través de la cuál se superan - los indicios de responsabilidad objetiva y el principio "ver sari in re illicita", aplicándose en un primer momento la - llamada fórmula de Silvela, en la cual la realización de un hecho con doble significación penal, da lugar a una elevación de pena, en relación con el delito que el autor preten día llevar a cabo. Dicha fórmula condujo a imponer la pena del delito querido en su grado máximo, excluyéndose la co- rrespondiente al hecho imprudencial (81).

Posteriormente la doctrina española se inclinó por resolver este tipo de situaciones a través de la figura del concurso ideal. Esto en razón de que el autor no produce - dos delitos, pero fácticamente sí se dan dos delitos, pues con una sola conducta se presentan dos tipos penales.

El Código Penal Español resuelve las hipótesis de preterintención con las reglas del concurso ideal, tal y co mo lo dispone el artículo 71:

"Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que presente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado".

Se deduce por consiguiente que para la legislación española, cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, se impone la pena más grave, pudiendo ser ésta la del delito doloso o la del culposo.

La doctrina española reconoce dos clases de preterintención: la homogénea y la heterogénea; la primera da lugar a la aplicación de las penas establecidas para el concurso ideal; y la heterogénea a la pena del delito imprudencial (82).

La preterintención homogénea supone la imprudencia en los casos en que no hay intención del autor de llevar a cabo el hecho típico que resultó, sino otro distinto. Sería el caso de quien sólo tiene intención de maltratar y no de lesionar y sin embargo causa la muerte por un empujón.

Por el contrario, la preterintención homogénea es tá referida a supuestos de iniciación típica y antijurídica

que se traducen en un resultado típico más grave.

En síntesis, las hipótesis de preterintención se pueden resolver a través de la fórmula del concurso ideal, siempre y cuando se acepte que el autor produjo un resultado mayor al querido, por haber infringido culpablemente el deber de cuidado necesario para evitar dicho resultado mayor.

CAPITULO TERCERO

EL SISTEMA DEL CODIGO PENAL DE 1931 Y LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES.

1. LAS MODALIDADES DELICTIVAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 8º

El Código Penal Mexicano de 1931 estableció que los delitos se podían cometer de dos formas: intencional o imprudencialmente. Cabe aclarar que el legislador no aludía específicamente al dolo o a la culpa, pues prefirió -- llamar a estas clases de voluntad final, intencionalidad y no intencionalidad o imprudencia.

Al respecto, como ya se mencionó, la teoría psicológica de la culpabilidad, aprecia al dolo y a la culpa como formas de vinculación entre autor y hecho ilícito; ya que en opinión de los seguidores de esta corriente, la conducta es culpable siempre que pueda ser atribuída subjetivamente a su autor, atendiendo al nexo psicológico que liga al hecho con la mente del sujeto.

La redacción del Código Penal de 1931, sugiere - que la conducta ha de contener una u otra forma de manifes

tación de culpabilidad, de manera que sólo en estos casos - se podía atribuir al autor su conducta a título culpable, y por lo mismo reprochable. La intención era considerada como una forma de dolo, equiparando este concepto al de daño en la comisión del ilícito.

Por otra parte debe señalarse que de acuerdo a una posición dogmática normativista, el juicio de reproche es entendido como un juicio de valoración precisamente normativo, y no exclusivamente psicológico. De esta manera, el delito ya no es una mera descripción formal, sino que la conducta es calificada a través de elementos materialmente normativos. La culpabilidad es en este sentido, un conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad y la acción ilícita en relación con el autor.

El contenido del artículo 8° del Código Penal fué interpretado por un sector de la doctrina, en el sentido de "dañada intención", es decir que el autor actuaba intencionalmente, cuando en su conciencia admitía la causación del hecho ilícito, representándose asimismo las circunstancias y la significación de su acción, queriendo ese "algo ilícito" voluntaria e intencionalmente, siendo esta la base sobre la que se sustentaba el concepto legal de dolo (83).

Se reconocían como elementos del dolo, la previsión del resultado ilícito, es decir de las consecuencias de la acción; y la voluntad de causación o de decisión de producción del resultado. Había por lo tanto dos clases de elementos: intelectuales y emocionales.

El Código Penal no aludía expresamente a las denominaciones de dolo directo, indirecto o eventual, por ello no estaba obligado a remitirse a las presunciones establecidas en la fracción II del artículo 9°.

El hecho de que el autor hubiera previsto las consecuencias de su acción, era contemplado como hipótesis de dolo eventual. Y el supuesto de que el autor hubiese podido prever, por efecto ordinario del hecho u omisión de estar al alcance del común de las gentes, fué identificado como dolo directo.

Al no definirse en el artículo 8° del Código Penal el término "intencional", el legislador redujo la especie sólo a los delitos cometidos con dolo directo, incluso la Jurisprudencia llegó a considerar como intención directa todas las especies de dolo, con el propósito de evitar problemas de carácter práctico.

Otra consecuencia derivada de la falta de definición de dolo, fué que este concepto adquirió un carácter evidentemente negativo y casuista. El legislador enumeraba todo lo que no hacía desaparecer o destruir la intención delictiva, presumiéndose esta salvo prueba en contrario. Esta presunción prevalecía, incluso cuando el acusado lograba probar alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 9°.

Todo ello se contradecía con lo previsto en el artículo 17 del Código Penal, es decir con las excluyentes de responsabilidad. Ello significaba que no era suficiente -- con que dichas circunstancias se hicieran valer, para tener por desaparecida la presunción de intencionalidad (84).

En relación con la imprudencia o no intencionalidad, el Código la definía en el artículo 8°, en los siguientes términos: "toda imprevisión, negligencia, impericia, -- falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional".

Los delitos de imprudencia se caracterizaban por la falta de previsión y de intención, por ser producto de un resultado no previsto ni querido por el autor, pero que es efecto necesario de la imprudencia del sujeto, lo que justificaría la imputación legal.

La imprudencia constituye el límite mínimo de culpabilidad, y sus grados de mayor a menor, son:

- a) Dolo;
- b) Dolo eventual;
- c) Culpa con representación; y
- d) Culpa (85).

La doctrina mexicana ha reconocido como elementos de existencia de la imprudencia los siguientes:

1) Falta de precaución en la manifestación de voluntad.-

Es decir desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico, exigido por las circunstancias y en general - por la naturaleza objetiva de la acción. Este elemento se equiparó también con la no aplicación de atención debida, - el no cumplimiento de lo ordenado, etc, es decir con todo a aquello que pudiera ser identificado como falta de voluntad.

2) Falta de previsión.-

Se da cuando el agente pudo prever el resultado - como efecto de su acción, y reconocer sus elementos esenciales. Todo ello relacionado con las facultades psíquicas - del autor y con el elemento de la acción. Estas circunstancias deben estar matizadas por un parámetro especial, pues a

lo que se atiende es a la falta de previsión y no a la falta de inteligencia.

3) Falta de sentido de la significación del acto.-

Cuando el autor no ha reconocido la significación antisocial del acto, siendo ello posible, a causa de su indiferencia hacia las exigencias de la vida social.

Nuestro sistema jurídico distinguía dos clases de culpa: grave y leve, cuya calificación se dejaba al arbitrio del Juez, en atención a lo dispuesto por el artículo 60 del Código Penal.

Artículo 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 a consecuencia de actos u omisiones imprudentes, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviario, 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 bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia ;
- III.- Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV.- Si tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidado necesarios; y
- V.- El estado de 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."

La culpa denominada levísima era también contemplada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 62 del Código Penal.

Artículo 62: "Cuando por imprudencia se ocasiona únicamente daño en propiedad ajena que no sea mayor de diez mil pesos sólo se perseguirá a petición de parte y se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de éste. La misma sanción se aplicará cuando el delito de imprudencia se ocasione con motivo del tránsito de vehículos, cualquiera que sea el valor del daño.
 Cuando por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 de este Código o daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor, o ambos, sólo se procederá a petición de parte, siempre que el presunto responsable no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupe-

facientes u otras sustancias que produzcan efectos similares.
Lo dispuesto en los párrafos anteriores no se aplicará cuando el delito se cometa en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos de navíos, aeronaves o en cualquier transporte de servicio público federal".

2. LAS PRESUNCIONES DE DOLO DEL ARTICULO 9° Y SU RELACION CON EL DELITO PRETERINTENCIONAL.

Antes de las reformas de 1984, la legislación mexicana establecía que salvo prueba en contrario, la intención delictiva se presumía, quedando excluidos los supuestos previstos como excluyentes de responsabilidad descritos en el artículo 15 del Código Penal.

Se mantenía la presunción de intencionalidad, aunque se demostrara alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 9°, que a la letra decía:

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

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

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

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fué 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;

III.- Que creía que la ley era injusta;

ta o moralmente lícito violarla;

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

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

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

Enseguida se hará un breve análisis de cada una de estas presunciones de dolo.

I. Respecto de la primera fracción, es decir: "Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño", cabe mencionar lo siguiente.

De acuerdo con la doctrina mexicana, se trataría en esta hipótesis de una forma de dolo indeterminado ya -- que el autor del delito ha tenido la intención de delin--- quir, resultándole indiferente quien resienta el daño de su acción (86).

En relación con la frase, " ni tuvo en general in tención de causar daño", se puede afirmar que sólo genera - confusión en su interpretación, ya que de ninguna manera se

puede hablar de dolo faltando la intención de cometer el delito, en todo caso podría ser un supuesto de comisión culposa.

II. Establecía la fracción II del artículo 9° varias hipótesis, que pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

a) Que el autor no se propuso causar el daño que resultó, si este fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

Podría afirmarse que este supuesto está referido a cualquier efecto que resulte de la acción desplegada por el autor, y que no fué previsto por él.

Esta presunción de dolo estará fundamentada en que la consecuencia de la conducta es necesaria, evidente.

Se deduce entonces que se trata de un supuesto de dolo eventual, ya que la acción ha sido encaminada a la producción de un resultado, sin que el autor tenga la certeza de su producción, sin embargo no hizo nada por evitar el resultado, representándose el peligro o riesgo de que ésto suceda.

Ante la ambigua redacción del legislador en este supuesto, también podría interpretarse que se trata de una acción final culposa, cuyo precedente ha sido un actuar intencional, es decir se trataría de un caso de preterintención.

b) Que el autor no se propuso causar el daño que resultó, si previó o pudo prever dicha consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión, y estar al alcance del común de las gentes.

En esta hipótesis el legislador se refiere a efectos concomitantes, previsibles o previstos, con una modalidad, que puedan estar dentro de la capacidad de comprensión de la mayoría o del común de la gente.

En opinión de algunos autores esta presunción de dolo fué incluida en el Código, en virtud de que se trata de circunstancias subjetivas de difícil comprobación, ya que en última instancia con la simple negación del inculpado, el juzgador se vería forzado a sancionar como culposos supuestos de naturaleza intencional (87).

Este punto de vista parecería poco razonable, si

se considera que la hipótesis prevista como presunción dolosa, es un típico caso de imprudencia, que no tendría por qué estar contemplada como presunción de intencionalidad.

En el primer caso, es decir cuando el autor previó el resultado, se está ante un supuesto de culpa con representación, y en el segundo, cuando existió la posibilidad de prever y el autor no lo hizo, se estaría ante la culpa inconsciente o sin representación, pero nunca podría suponerse que existió intención en el autor, ya que éste pudo tener conocimiento de la comisión delictiva, pero nunca tuvo voluntad de realizarlo, es decir habría probablemente conocimiento pero no decisión de llevar a cabo un tipo penal.

c) Que el autor se propuso violar la ley, fuere - cual fuere el resultado.

Esta presunción puede equipararse con una hipótesis de dolo eventual, en la medida en que el autor asuma el resultado, sea ésta cual sea. Ello significaría que la intención inicial de cometer un delito ni siquiera tendría -- que presumirse, pues de hecho existe, lo que el autor no -- tiene como seguro, pero de cualquier forma no le importa, - es el resultado y la magnitud de éste.

III. Disponía la fracción III del artículo 9º: "Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla".

Parece poco razonable que el legislador haya incluído estos dos supuestos como presunciones de dolo, pues no es muy clara la relación que pudiera darse entre una acción dolosa y las consideraciones subjetivas, además de elizantes que pudieran existir en el autor.

El hecho de que el autor actúe motivado por apreciaciones de carácter personal, no pueden ser relevantes - para catalogar a una acción de intencional o imprudencial, en todo caso serán circunstancias que se tomen en cuenta para determinar la graduación de la pena.

Las normas jurídicas protegen intereses o valo--res sociales reconocidos por la colectividad, quien los ataca quebrantando dicha tutela, ya sea queriéndolo o como producto de un actuar imprudencial, estará cometiendo un hecho típico y antijurídico. Que el autor pretenda justifi--car su conducta aduciendo que para él la ley era injusta, es desde el punto de vista penal, absolutamente irrelevante. Las leyes como producto social obedecen al consenso --

del grupo social pues son el resultado de un proceso que les da legitimidad y obligatoriedad.

Por otra parte tampoco resulta penalmente trascendente el hecho de que el autor haya creído que violaba la ley, pero era moralmente válido hacerlo. Salvo que las apreciaciones de naturaleza moral, se entiendan de alguna manera relacionadas con la forma en que el autor capte la antijuricidad de su conducta, lo que evidentemente es discutible.

IV. La fracción IV mencionaba que la intención se presumía, incluso cuando el autor hubiera creído que era legítimo el fin que se había propuesto.

Esta presunción no tomaba en consideración que en estos casos, el autor actúa amparado por una causa de inculpabilidad, al suponer que su conducta es legítima y no contraria a derecho.

Esta fracción debió modificarse desde hace mucho tiempo y no hasta 1984, ya que las modernas tendencias sobre teoría del delito han evolucionado y reconocido como -- causa de inculpabilidad, el llamado error de prohibición.

Tanto la legislación de algunos países, como la doctrina aceptaron, hace tiempo, como presupuesto de reprochabilidad el conocimiento actual o potencial de la antijuricidad. Esta cuestión, como ya se ha señalado, tiene -- distintos efectos prácticos en el ámbito del error.

Al respecto cabe reiterar que cuando se entiende que el dolo incluye el conocimiento de los elementos del tipo y el de antijuricidad, un error sobre esta última circunstancia, produce la exclusión del dolo y por consiguiente de toda responsabilidad, si el error ha sido insuperable.

Subsistiendo la responsabilidad a título de culpa cuando aquél haya sido superable o vencible y se den los requisitos de la imprudencia.

Por otra parte, si se estima que la conciencia de antijuricidad pertenece a la culpabilidad, una incorrecta apreciación al respecto traerá como consecuencia la eliminación de culpabilidad, si el error fué invencible y una disminución o atenuación de aquélla si el error era superable.

Mientras permaneció vigente la fracción V del artículo 9, todas estas consideraciones resultaban inútiles, pues la intención se seguía presumiendo, ciñéndose el Cód-

go a la antigua fórmula "error iuris nocet". Sin embargo, a partir de la reforma de 1984, desaparecen las presunciones de dolo y se dá al error de prohibición un nuevo tratamiento (artículo 15 fracción XI del Código Penal).

Cabe apuntar que en la actualidad no sólo la doctrina nacional acepta el error de prohibición, también ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal y como lo muestra la tesis que en seguida se transcribe:

ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.-

Frente a la ignorancia, que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto de la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante, la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto de hecho, no puede ser censura penalmente no obstante su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible, se genera responsabilidad.

El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto -- que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento de carácter típico del hecho o de un elemento de tipo penal.

ERROR DE PROHIBICION.-

El error de prohibición, es el error, que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto, en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecta cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificación no acogida por la Ley. Por último existe igualmente el error de prohibición, -- cuando el autor suponga erradamente -- que concurre en el hecho, como una causa de justificación en cuyo caso se habla de un error de permisión. El error del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso de homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima derivada de un peligro inminente y grave pa

ra bienes jurídicos. Debe agregarse, que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.

Amparo directo 2769/84.- Enrique Enríquez Rojas.- 27 de septiembre de 1984. 5 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.- Secretario: José Jiménez Gregg.

V. La fracción V del artículo 9 se refiere a los supuestos de error en la persona o en el objeto. En estos supuestos no existe en el autor previsión o representación sobre el cambio de realización de los hechos que en realidad se producen. Existe una alteración en el curso causal que afecta la esencia del acontecimiento pero que sigue siendo dolosa.

Respecto del error en la persona, no se destruye la intención de realizar el hecho, sin embargo la solución de este tipo de casos en la práctica ha sido distinta. En opinión de algunos se trataría sólo de un delito intencional, y desde otra perspectiva, se da un delito en grado de tentativa y uno consumado pero imprudencial.

En cuanto al error sobre el objeto, se excluye el

dolo cuando los objetos no son equivalentes, y subsiste cuando lo son.

También puede existir error sobre el nexo causal, entre acción y resultado (*dolus generalis*), cuando éste - último se dá a través de un segundo acto cuando el autor su ponía haberlo logrado ya. Al respecto se han dado dos soluci ones. Una en el sentido de que se trata de un sólo delito, doloso y consumado. Y por otra parte se afirma que se está ante dos delitos: tentativa en concurso real con un de lito imprudencial (88).

VI. Por último, la fracción VI del artículo 9 del Código Pe nal, señalaba que la intención se presumía incluso cuando - el autor hubiera actuado con el consentimiento del ofendido, exceptuándose lo dispuesto en el artículo 93 del propio orde namiento.

Cabe puntualizar que el consentimiento es un térmi no cuyo análisis correspondería, más que a nivel de dolo, desde una perspectiva de justificación. No obstante, al es tar previsto en la fracción, pueden hacerse los siguientes comentarios:

1) La fracción VI se refería al consentimiento del ofendido, sin embargo el titular de dicho consentimiento es el interesado y no necesariamente el ofendido, en este sentido deberán plantearse las cuestiones de cuál es el bien jurídico protegido y quién es su titular.

2) El sujeto activo debe actuar con conocimiento de que el interesado le ha otorgado su consentimiento, para estar justificado. En este punto deben precisarse las formas de manifestación del consentimiento, que pueden ser: expresa o tácitamente.

3) El consentimiento como causa de justificación sólo es válido cuando se otorga sobre determinados bienes jurídicos. Al respecto deben distinguirse los bienes jurídicos disponibles de aquéllos que de acuerdo con el orden jurídico no lo son, ya que existen bienes que interesan --- prioritariamente al grupo social y que por lo tanto requieren de especial tutela o protección, y no son disponibles, por ello el consentimiento que sobre su quebranto otorgue - su titular, no es válido, ni justifica la acción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los tipos que protegen la vida o la integridad de las personas.

Para determinar la disponibilidad de un bien jurídicamente protegido, se tendrá que recurrir a la naturaleza de la antijuricidad, así como a la del consentimiento del interesado, ya que el hecho de que éste otorgue su consentimiento no siempre es eficaz para eliminar la antijuricidad de la conducta (89).

3. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA

Como ya se mencionó, el Código Penal de 1931 no incluyó de manera específica la forma de comisión preterintencional, asimismo se señaló que algunas de las presunciones que se contenían en la antigua redacción del artículo 9, podían ser consideradas como hipótesis de preterintención, sin embargo no existía un precepto específico que así lo estableciera.

A pesar de ello, la preterintención era reconocida por la doctrina mexicana y por la Jurisprudencia. Como se ha venido sosteniendo, para la mayor parte de los autores nacionales, la preterintención era una forma de culpabilidad, pues se seguía un criterio causalista que llevaba a considerarla al lado del dolo y de la culpa.

En este apartado se incluirán algunas de las tesis que sobre el tema han sentado Jurisprudencia:

PRETERINTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS.- El artículo 8 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, clasifica los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y define lo que debe entenderse por imprudencia y que consiste en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional; enseguida, en el artículo 9 previene que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y que no se destruirá la presunción de que un delito es intencional, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si este es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; es decir, el legislador de mil novecientos treinta y uno no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido en algunos Códigos de la República, como Sonora y Veracruz, en que se habla del delito preterintencional o ultraintencional. Y como puede verse en el Tomo IV de la exposición de motivos de los trabajos de la revisión del Código Penal de mil ochocientos setenta y uno, redactado por el señor Licenciado Migue. S. Macedo, esta fracción II se tuvo en cuenta al discutirse las observaciones al proyecto y se consideró que la primera parte del artículo 9 rige todo el precepto. La doctrina de la Escuela Clásica al igual que la de la Escuela positiva y modernamente algunos tratadistas europeos y sudamericanos, -- aún no despejan esta anómala figura del delito preterintencional, pero desde el punto de vista de la legislación penal mexicana, imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso.

Amparo Directo 6668/1961. Ernesto Padilla Plascencia. Mayo 4 de 1962. Mayoría de 3 votos.
Primera Sala.- Sexta Epoca, Volumen LIX,
Segunda Parte, pág 29.

PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE.- Cuando está probado en autos que la víctima del delito estaba molestando al in

culpado y por ese motivo, éste le dió una cachetada que lo tiró al suelo y al caer se golpeó la cabeza y murió, es claro que existe dolo preterintencional, porque el quejoso únicamente quiso golpear con la mano al ofendido y no tuvo la intención de causarle la muerte.

Amparo Directo 662/1969. L.C.G. Julio 6 de 1970. Unanimidad.
Tribunal Colegiado de Segundo Circuito
(Toluca)

PRETERINTENCIONALIDAD (Legislación del Estado de Chihuahua). La ley penal vigente en el estado de Chihuahua, no prevé el delito preterintencional que la doctrina reconoce, cuando la representación mental que del delito se hace el acusado antes de cometerlo, no resulta conforme a la realización exterior del mismo; más no obsta lo anterior, para que el juzgador deba tomar en cuenta, en el delito preterintencional el menor propósito del inculpado de causar el daño, a fin de regular su arbitrio en la aplicación de la pena.

Amparo Directo 8378/1965 Higinio Santa Cruz Calixto. Abril 14 de 1966. Unanimidad 5 votos. Ponente: Mtro Manuel Rivera Silva
Primera Sala.- Sexta Epoca, Volumen CVI, Segunda Parte, pág 47.

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.

Amparo Directo 1501/1956.- Feliciado Estrada Francisco. 5 votos. Volumen II. pág 49.

Amparo Directo 2136/1957. J. Guadalupe González. Unanimidad de 4 votos. Volumen III. Pág 73.

Amparo Directo 2930/1956. Agripino Gutiérrez Castillo. Una

nimidad de 4 votos. Volumen XII, pág 124.

Amparo Directo 56/1956. Diego Valdez Serrano. 5 votos Volumen XXII, pág 126.

Amparo Directo 6559/1960 Fernando Herrera Suveldia. Unanimidad de 4 votos. Volumen XLIII. Pág 78.

JURISPRUDENCIA 222 (Sexta Epoca). pág 448, Sección Primera, Volumen Primera Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

DOLO Y CULPA.- Al decidirse el sujeto activo a manejar su camioneta en estado de ebriedad, por tal decisión se ubicó en condiciones de ser sancionado por delito doloso, ya que puso en riesgo la vida e intereses de los demás; pero si por dicho estado imprimió velocidad excesiva al vehículo, tirando un poste de energía eléctrica, se hizo acreedor a aumento de pena, por ser previsible y evitable el daño producido, siendo violatoria de garantías la sentencia que estimó la última conducta como dolosa, en razón de que el agente no encaminó su voluntad a la producción de aquél resultado típico, sino que advino por las circunstancias anotadas, o sea, como delito culposo o imprudencial.

Amparo Directo 8200/1962/2a Antonio Olvera Oviedo, Resulto el 15 de enero de 1964, por unanimidad de 5 votos. Ponente. Mtro Agustín Mercado Alarcón. Primera Sala. Informe 1964. pág 35.

CAPITULO CUARTO

LA REFORMA PENAL Y EL DELITO PRETERINTENCIONAL

1. LA INCORPORACION DEL DELITO PRETERINTENCIONAL.

Antes de hacer referencia expresa a la reforma : del Código Penal para el Distrito Federal de 1984, se - hará mención de algunas de las legislaciones de las ent^udades federativas, que han incorporado en sus textos a la figura de la preterintención, ello con el propósito de es- tablecer las semejanzas y diferencias que se puedan hallar en relación a la forma en que han sido descritas por el le- gislador, a partir de 1984.

a) El Código Penal del Estado de Veracruz dispo-
ne:

Art 17.- "Existe preterintencionalidad cuando se causa un resultado mayor al querido o aceptado, si aquél se produ- ce en forma culposa".

b) El Código Penal del Estado de Michoacán seña
la:

Art 7.- "Es preterintencional cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría".

c) La legislación penal del Estado de Zacatecas
señala:

Art 6.- "Es preterintencional cuando se cause un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa -- con relación al daño causado".

d) El Código Penal del Estado de Sonora establece:

Art 5.- "Existe preterintención cuando se causa un daño mayor que el se - quiso causar, habiendo dolo directo - respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado".

De la redacción de estos artículos, se infiere - que en general han sido considerados como elementos de la preterintención los siguientes:

- 1.- previsión;
- 2.- representación de un resultado;
- 3.- intención de causar un tipo; y
- 4.- producción de un resultado mayor.

Destaca en los Códigos Penales de Sonora y Zacatecas, el límite a la esfera intencional de la preterintención, a supuestos de dolo directo, lo que puede ser discutible, ya que una hipótesis de dolo eventual, también podría dar lugar a un delito preterintencional.

Desde un punto de vista exclusivamente técnico, la definición más satisfactoria sería la prevista en el Código Penal del Estado de Veracruz, ya que determina con precisión lo que es la preterintención. Esta misma directriz fue seguida por la reforma de 1984 al Código Penal para el Distrito Federal y aplicable en materia federal tal y como lo demuestra la redacción del artículo 9°:

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

Cabe precisar que la reforma también incluyó una nueva redacción del artículo 8° del Código Penal, al mencionar que los delitos pueden ser:

- 1.- Intencionales;
- 2.- No intencionales o de imprudencia y
- 3.- Preterintencionales.

2. TECNICA LEGISLATIVA UTILIZADA:

PARALELISMO CON EL SISTEMA DE "NUMEROS APERTUS"

ADOPTADO EN RELACION AL DELITO CULPOSO.

Dispone el artículo 9° del Código Penal del Dis
trito Federal:

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

II. "Obra imprudencialmente el que realiza - el hecho típico incumpliendo un deber de cu
idado, que las circunstancias y condiciones - personales le imponen."

III. "Obra preterintencionalmente el que cau
se un resultado típico mayor al querido o a
ceptado, si aquél se produce por imprudencia".

De la redacción de este artículo, se infiere que el legislador utilizó la misma técnica para describir deli
tos imprudenciales y preterintencionales, es decir dejar a
bierta la posibilidad de comisión y adecuación típica a to

dos los delitos descritos en la Parte Especial. Esto significa que el Código Penal sigue en ambos casos el sistema de nominado de "numerus apertus".

Tratándose de la sistematización de delitos imprudenciales, la doctrina reconoce dos técnicas legislativas:

a) El sistema de números cerrados, "numerus clausus", en virtud del cual los delitos culposos están previstos específicamente en la parte general del Código, es decir, existe un número determinado de tipos culposos, junto a los tipos dolosos.

Este sistema se fundamenta en el hecho de que los bienes jurídicos están protegidos de ataques dirigidos finalmente a ellos, excepcionalmente estos bienes están tutelados de ataques que no provienen de una dirección final de voluntad, sino del descuido del autor (90).

b) El sistema llamado de números abiertos "numerus apertus", consiste en establecer en una sola disposición de la Parte General o Especial, que cualquier tipo de los previstos con pena en el ordenamiento penal por su realiza-

ción dolosa, será punible aunque con pena distinta, si es consecuencia de la conducta descuidada del autor. Este sistema es el seguido por los Códigos Penales Mexicano y Español.

Cabe mencionar que esta técnica legislativa, ha sido rechazada por gran parte de la doctrina, aduciendo -- que la utilización de este método puede llevar "al absurdo de que se incriminara el robo culposo, la defraudación culposa, la estafa culposa, lo cual carece de sentido político criminal" (91).

En relación con los delitos preterintencionales el legislador mexicano ha seguido la misma técnica que utilizó para la descripción de los delitos imprudenciales, -- pues el propio artículo 9, alude a través de una fórmula genérica a las formas de comisión preterintencional, expresión que extiende sus efectos a todos los supuestos previstos como tipos dolosos en la Parte Especial.

Es así que se podrían realizar delitos específicos en forma preterintencional, tales como el parricidio, infanticidio, aborto, etc, lo que traería como consecuencia una pena distinta en cada caso particular, lo que es un ab

surdo por las razones que más adelante se explican en el in
ciso correspondiente a la escala de punibilidad.

3. LA SUPRESION DE LAS PRESUNCIONES DE DOLO

A partir de la reforma de 1984, desaparecen las presunciones de dolo, antes consagradas a través del artículo 9 del Código Penal.

La preterintención ya no tendrá fundamento en la antigua fracción II del artículo 9. Por consiguiente, la doctrina tiende a explicarla desde perspectivas teóricas distintas. Es así, que en opinión de algunos autores se afirma que la preterintención no es ni dolo ni culpa, sino una suma de ellos, es decir, una conducta de iniciación dolosa y de terminación culposa (92).

Obedeciendo a ello es que en estos supuestos se aplica una sanción especial, ya que no es posible castigar como intencionales, conductas que en realidad no lo son.

Desde otro punto de vista, se estima que la preterintención es una forma de culpa, en la que se mantienen los extremos de dolo y culpa. Por consiguiente tendrá un tratamiento punitivo distinto del previsto para el dolo o para la culpa (93).

De las opiniones antes expuestas, se deduce que la preterintención no puede ser entendida como lo hacía el Código Penal de la reforma, es decir, como una presunción de dolo.

Se podrá admitir que se trata de una combinación entre intención e imprudencia; o que es una forma de realización culposa; o que alude a formas de comisión distintas e independientes.

Cabe apuntar que la supresión de las presunciones de dolo contenidas en el artículo 9, contribuyó a mejorar la sistemática del Código Penal. Pues como ya se señaló en el Capítulo anterior la mayoría de estos supuestos resultaban inútiles y antitécnicos.

4. LA ESCALA DE PUNIBILIDAD PREVISTA

A) RELACION CON LA ESCALA CORRESPONDIENTE AL DELITO DOLOSO.

La fracción VI del artículo 60 del Código Penal señala: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

Es evidente la contradicción que se da entre esta fracción y la descripción que hace el artículo 9, en relación al concepto de preterintención, ya que este último dispone que hay preterintención cuando se causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia. Es decir, alude a un resultado típico final de naturaleza imprudencial.

Por el contrario la fracción VI del artículo 60, se refiere a una disminución de la pena si el delito fuere intencional. Esta redacción resulta confusa, pues no se termina sobre qué delito el juez va a reducir la pena, si respecto al doloso o al culposo.

Cabe precisar que el artículo 9 alude en su texto a un resultado típico mayor al querido o aceptado, es decir, en un principio se está en presencia de una forma de realización dolosa, sin embargo, esta acción calificada en su inicio de dolosa lo es hasta un determinado momento, ya que el resultado que finalmente se produce no ha sido querido o aceptado por el autor, es decir es culposo en relación con el resultado final.

Ahora bien, si como lo señala el artículo 9, en la figura de la preterintención hay dolo de producir un resultado que se previó y se quiso, es indiscutible que se trata de un tipo doloso.

No obstante el resultado, según la definición del artículo 9, es definitivamente imprudencial, pues no ha sido querido ni aceptado por el autor, y por la definición que el mismo artículo hace de los delitos imprudenciales, se infiere que el resultado es producto de la falta de cuidado o imprevisión del propio sujeto.

En este orden de ideas se podría afirmar que, en la preterintención no es sólo un delito el que debe considerarse, sino dos, uno de naturaleza intencional y otro de

carácter imprudencial. En otras palabras se trata de dos tipos, uno doloso y otro culposo.

Lo que no está claro es si se produjeron dos resultados: uno cometido en forma dolosa, es decir querido y aceptado, y un segundo resultado no querido ni aceptado si no provocado en forma imprudencial.

La interpretación de la fracción VI del artículo 60 del Código Penal, conduce a afirmar que se sancionará - uno solo de los resultados, que será el resultado final, - que correspondería al tipo culposo. Sin embargo éste se sanciona considerándolo como si hubiere sido cometido en forma intencional ya que es respecto de este último que se hace la reducción correspondiente.

Podrían plantearse entonces dos hipótesis, en relación con la escala de punibilidad aplicable a estos supuestos:

1.- Que la reducción de pena esté referida al resultado que se quiso y aceptó y que corresponde a la del delito doloso en su inicio; y

2.- Que la disminución de la pena esté referido al delito culposo, pero considerando este resultado como intencional a efectos de sancionarlo.

Aplicando prácticamente estos criterios, se tendría que en un caso de lesiones intencionales con resultado de homicidio, se aplicaría de acuerdo con el primer criterio una reducción de pena del delito de lesiones; y de acuerdo a la segunda interpretación la reducción de pena sería respecto del homicidio considerando la pena de éste como intencional.

Ciertamente estas soluciones resultan discutibles, sin embargo, son producto de la imprecisa redacción del legislador de la fracción VI del artículo 60 del Código Penal.

Lo que es inobjetable, es que dicha fracción resulta contradictoria con lo que dispone el artículo 9, ya que este último hace referencia a un resultado culposo producto de una acción dolosa, y no indistintamente, es decir resultado final producto de una acción dolosa o culposa.

La doctrina ha reconocido esta discrepancia tal y

como lo demuestra la siguiente opinión:

"De la lectura del párrafo tercero del artículo 9, donde el legislador quiere definir la preterintencionalidad, se infiere que el resultado debe ser por imprudencia. Pero sucede que en la nueva fracción VI -- del artículo 60 se lee lo siguiente al pie de la letra: "en caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de - la aplicable, si el delito fuere intencional". Esto quiere decir que se admite la posibilidad de que el delito sea intencional, doloso en - realidad. Pero acontece que donde se define la preterintencionalidad se califica el resultado como consecuencia de una acción imprudencial. Es fácil observar, entonces, que en el artículo 9 el resultado se produce por imprudencia. No es que se - trate de un resultado imprudencial o culposo per se, sino que, repito se produce por imprudencia porque - el delito fue o es imprudencial --- (culposo). Tal es el sentido gramatical de la frase ateniéndose uno a su sintáxis y a su semántica. Luego para que exista la preterinten--

cionalidad, en los términos del artículo noveno el resultado ha de ser producido por imprudencia por una acción culposa. (sic) En cambio en la fracción VI del artículo 60 el resultado es producto de una acción dolosa (la ley dice "si el delito fuere intencional"; al margen de que aquél se pueda ver, según - el enfoque doctrinal, como culposo) Hay en consecuencia una grave confusión y contradicción entre ambos preceptos legales del Código. Lo que revela desorden intelectual además de descuido. No obstante el anterior razonamiento se podría arguir en contra que en la fracción VI del artículo 60 se establece una regla sobre la preterintencionalidad para el caso exclusivo de que el delito sea doloso, lo cual no se contrapone al sentido del párrafo III del artículo 9. Uno se pregunta, entonces, por qué el legislador no ofrece igualmente una regla en materia de preterintencionalidad para el caso exclusivo de que el delito sea culposo. Pero si la ofreciese caería en contradicción - frente al artículo 9 ya que éste se refiere nada más a un resultado producido por una acción culposa y no indistintamente culposa o dolosa (94).

Respecto de la opinión antes transcrita, cabe decir que confunde la producción del resultado final al decir que éste es producto de una acción culposa, cuando se infiere de la propia lectura del artículo 9, que el resultado es producido por una acción dolosa, querida y aceptada, encaminada a un resultado típico determinado pero, que por una -- desviación en el curso causal de la propia acción, se produce un resultado distinto del querido y aceptado; resultado al que el legislador califica como realizado en forma culposa.

No obstante el resultado no se puede atribuir a título culposo, pero podría sancionarse como tal, si se acepta que existió una desviación entre el nexo causal y el resultado, en cuyo caso se estaría en presencia de un error de tipo. Ya que si el dolo es conocer y querer los elementos del tipo objetivo como son conducta, nexo causal y resultado, cuando alguno de éstos no se conoce ni se quiere, se está ante un error de tipo.

Si se quiso y se aceptó producir un resultado, -- éste debe ser sancionado ya sea como tentativa o como consumado, y respecto del resultado final no querido ni aceptado, también debe ser sancionado; y como lo señala el propio ar-

título 9 podrá ser sancionado a título culposo.

B) LA FACULTAD ADJUDICADA AL ORGANO JURISDICCIONAL.

Se infiere del texto de la fracción VI del artículo 60 del Código Penal, que corresponde al juez reducir la pena hasta en una cuarta parte de la que pudiera corresponder al delito, si éste fuere intencional.

Se trata por consiguiente, de una facultad potestativa del Órgano jurisdiccional, que de alguna manera amplía lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 52 que a la letra dice:

Art 52: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

- 1.- La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido".

Aunque se alude a una facultad discrecional, el -

legislador la limitó dentro de un máximo, considerando que si bien se dan dos tipos, doloso y culposo, la preterintención es regulada autónomamente, por ser entendida como hipótesis de menor gravedad.

El texto de la fracción VI del artículo 60 señala que el juez podrá reducir la pena "hasta" una cuarta parte, respecto del sentido que se puede dar al término "hasta", caben dos interpretaciones:

1.- Que la reducción que lleve a cabo el juez, sea la que corresponda al mínimo y al máximo en cada caso concreto. Es decir, en una hipótesis de homicidio preterintencional, el juez al considerar que la pena del homicidio simple es de ocho a veinte años de prisión, en el supuesto de la preterintencionalidad la disminución de la pena sería considerada entre los seis y los quince años de prisión, reduciendo una cuarta parte del mínimo y del máximo.

2.- Si se interpreta el vocablo "hasta", en el sentido de una disminución en la aplicación de una cuarta parte de la pena del mínimo y del máximo que tenga previsto

el delito se estará en presencia de una reducción progresivamente mayor a la señalada en la hipótesis anterior, es decir en un homicidio preterintencional se aplicaría una pena entre dos y ocho años de prisión.

El segundo criterio señalado parece ser el correcto, ya que independientemente del criterio que se acepte y adopte, es obvio que debe atenderse siempre a la escala de punibilidad con que se sancionan los distintos tipos que pudieran presentarse como supuestos de preterintención.

Por ejemplo la graduación de pena en los distintos casos de homicidio, implica diferentes escalas; consiguientemente, si en alguno de ellos se diera la preterintención, el juez tendría que considerar en cada caso concreto los límites mínimos y máximos que para cada uno de ellos ha fijado el legislador. Tratándose de delitos contra la vida la escala de punibilidad iría de mayor a menor en el siguiente orden:

- Homicidio calificado 20 a 40 años de prisión
- Parricidio 13 a 40 años de prisión
- Homicidio simple 8 a 20 años de prisión

- Infanticidio 6 a 10 años de prisión.
- Homicidio en riña 4 a 12 años de prisión.
- Homicidio en duelo 2 a 8 años de prisión.
- Homicidio culposo 3 días a 5 años de prisión.
- Homicidio en estado de emoción violenta 3 días a 3 años
- Homicidio en legítima defensa, sin pena.

La ubicación del homicidio preterintencional entonces, sería entre el homicidio en duelo y el homicidio en riña, en virtud de que su pena sería de 2 años a 5 años.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Los delitos preterintencionales de que el Código habla, se realizan a través de una acción dolosa antijurídica, de la cual resulta la producción de un resultado final al que el legislador le llama "resultado producido en forma culposa", mismo que lo sanciona en forma específica al darle al Juez la facultad de reducir la pena - hasta una cuarta parte de la pena correspondiente al delito finalmente producido tomándolo como si fuera éste doloso.

SEGUNDA.- Se deben distinguir dos sanciones en la preterintención, primero, la sanción correspondiente a la acción dolosa que se realiza para producir un resultado que rido y aceptado. Si éste se produce, no hay duda de que se debe aplicar la pena correspondiente al delito doloso consumado; si no se produjo, entonces se deberá aplicar la pena correspondiente al delito doloso en grado de tentativa.

TERCERA.- Si se produce un resultado mayor al que rido y aceptado pero como consecuencia de la acción dolosa y antijurídica inicialmente, se debe sancionar este resul-

tado a título de culpa. El legislador lo sanciona en forma específica con la facultad potestativa que se le da al Juez de reducir la pena. (art 60)

Parece que el legislador se olvida de sancionar - las acciones iniciales dolosas respecto del resultado querido y aceptado, ya que únicamente sanciona el resultado final, que es no querido ni aceptado, como consecuencia de esto, resulta que se den situaciones en las que haya acciones iniciales dolosas y antijurídicas con resultados cuya pena - sea mayor que la correspondiente al resultado final.

Un ejemplo de esta situación, sería la intención - de producir alguna de las lesiones previstas en el artículo 292 segundo párrafo y que tiene una pena de 6 a 10 años.

Si el resultado final en este caso es la muerte, - entonces se aplicará el artículo 307 con pena de 8 a 20 años de la cuál se podrá hacer la reducción hasta de una cuarta - parte según el artículo 60 fracción VI, y traería como consecuencia que si muere la víctima favorecería al autor ya que se le podría aplicar una sanción de 2 a 5 años.

CUARTA.- Si con motivo de la acción dolosa, se -

pretende realizar un resultado típico y antijurídico, y por una desviación en el curso causal ya sea de la acción o del resultado, y se produce un resultado mayor al querido y aceptado, vemos claramente que en esta situación se dan todos y cada uno de los elementos de la llamada figura "error de tipo".

El error de tipo, se da en virtud de que si el dolo es querer y conocer los elementos del tipo objetivo, y estos son: 1) Conducta 2) Nexo causal y 3) Resultado, -- cuando no se da alguno de estos tres elementos, estamos en presencia de la figura del error de tipo.

QUINTA.- La preterintención podría ser resuelta -- como lo hace la figura del error de tipo, al decir que hubo una desviación en el curso causal de la acción o del resultado, que hizo que se produjera un resultado mayor al querido o aceptado.

En este caso se resolverán las hipótesis de preterintención, aplicando la pena correspondiente al delito doloso querido y aceptado, ya sea en grado de tentativa si no se produjo ese resultado, o la pena correspondiente al delito consumado si el resultado efectivamente se produjo.

A esta pena se le suma la pena correspondiente al resultado final no querido ni aceptado y mayor al querido, la que no podrá ser considerada a título doloso, ya que en estos casos se excluye al dolo de la realización típica -- subsistiendo la culpa cuando exista el tipo culposo y demás elementos que la fundamenten.

SEXTA.- Uno de los problemas que tiene la preterintención, es el por qué considerar que un resultado final no querido ni aceptado se le considere culposo, cuando el mismo fue producido por la realización de una acción dolosa antijurídica y no por una falta de deber objetivo de cuidado.

Debemos destacar que un resultado típico se puede producir en forma dolosa o culposa, el cuál se estudia dentro de las distintas teorías causales para saber si éste se produjo por una acción dolosa o por la falta de un deber objetivo de cuidado.

A este respecto no se puede considerar que por la realización de una acción inicialmente antijurídica, el resultado final no querido ni aceptado se haya debido a una falta de un deber objetivo de cuidado, es decir, culposamente.

En la preterintención lo que sucede es que el resultado final se pretende sancionar aplicando la pena correspondiente al delito culposo, lo que no quiere decir que éste fue producto de una falta al deber objetivo de cuidado, sino que fué consecuencia de una desviación en el curso causal del resultado, que hizo que se produjera un resultado mayor al querido o aceptado y por lo tanto se le debe sancionar aplicando la pena que corresponde al delito culposo, ésto cuando exista el tipo culposo y demás elementos que lo fundamenten.

SEPTIMA.- Al pretender nuestra legislación aplicar una sanción específica al resultado finalmente producido, es querer sancionar una conducta aplicando una pena dependiendo del resultado que finalmente se produjo. Esto trae como consecuencia que la pena aplicable se dará según la gravedad del resultado finalmente producido lo que en otras palabras y según como lo sancionan los alemanes es calificar el delito por su resultado.

Esta posición es correcta siempre y cuando se sancione también la acción inicialmente dolosa ya sea que ese primer resultado querido y aceptado se haya consumado o no.

OCTAVA.- No hay duda de que se debe sancionar la acción inicialmente dolosa y por otro lado, como se dijo, - se debe sancionar también el resultado finalmente producido no querido ni aceptado a título culposo.

Para esto es necesario aplicar las reglas del - concurso ideal que establece el artículo 18 del Código Penal y que sanciona el artículo 59 del mismo ordenamiento.

NOVENA.- El juez podrá entonces aplicar la pena correspondiente al delito doloso, o la pena correspondiente al culposo aplicando las reglas del concurso, y no sancionará estos casos de preterintención en forma específica.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Sostiene este criterio el maestro Celestino PORTE PETIT, Vid. "Hacia una Reforma del Sistema Penal", México, 1985, pág. 387.
- (2) Así lo reconoce GARCIA RAMIREZ, "Justicia y Reformas Legales", México, 1985, pág. 299.
- (3) Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, "Temas de Derecho Penal", Madrid, 1977, pág. 14 y sigs.
- (4) SOLER, "Derecho Penal Argentino", T.I., Buenos Aires, 1967, pág. 68.
- (5) Una amplia exposición sobre esta teoría puede verse en JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho Penal", T.V., Buenos Aires, 1965, pág. 149 y sigs.
- (6) Fueron Goldschmidt y Freudenthal, quienes en 1922, sentaron las bases de lo que hoy se conoce como concepción normativa de la culpabilidad. Para Goldschmidt la culpabilidad es un juicio de reproche que versa sobre la exigibilidad, que tiene por contenido la no motivación por la representación del deber jurídico. Al respecto véase ZAFFARONI, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Buenos Aires, 1982, pág. 449 y sigs.
- (7) Sería el caso señalado en la fracción III del artículo 303 del Código Penal Mexicano, que ha sido unánimamente reconocido por la doctrina como una condición objetiva de punibilidad, cuyo conocimiento no es relevante para el autor.
- (8) Una amplia descripción en torno a las distintas teo

rías surgidas sobre la naturaleza y ubicación sistemática del conocimiento de injusto, puede verse en MAURACH, "Tratado de Derecho Penal", T.I, Barcelona, - 1962, pág. 131 y sigs.

- (9) Cfr. VON LISZT, "Tratado de Derecho Penal", T.II, Madrid, 1927, pág. 412.
- (10) Al respecto Vid. FRANCO GUZMAN, "La culpabilidad y su aspecto negativo", en CRIMINALIA, año XXII, México, - 1976, pág. 456.
- (11) JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 5, pág. 474.
- (12) La transcripción corresponde a ALIMENA, quien es citado por JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 5, pág. 490.
- (13) Ibidem, pág. 497.
- (14) Un desarrollo completo sobre las clases de dolo que reconoce la doctrina, puede verse en CUELLO CALON, "Derecho Penal", Parte General, T.I, Barcelona, 1956, pág. 410.
- (15) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español", Parte General, Madrid, 1979, pág. 444 y sigs.
- (16) Cfr. CUELLO CALON, op. cit. en 14, pág. 411.
- (17) En este sentido véase RODRIGUEZ DENESA, op. cit. en 15, pág. 446.
- (18) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, op, cit. en 5, págs. 836 837.
- (19) VELA TREVIÑO, "Culpabilidad e Inculpabilidad", México, 1977, pág. 232.

- (20) CARRARA, "Programa al Curso de Derecho Penal", Parte General, Vol. I, Bogotá 1956, pág. 83.
- (21) VELA TREVIÑO, op. cit. en 19, pág. 235.
- (22) Al respecto véase JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 5, - pág. 837.
- (23) Cfr. MEZGER, "Derecho Penal", Parte General, Libro de Estudio, México, 1985, pág. 257.
- (24) Entre otros esta opinión es la que sostiene RODRI - GUEZ DEVESA, op. cit. en 15, págs. 460 y 461.
- (25) JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho Penal", T. VI, Buenos Aires, 1965, pág. 19.
- (26) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 25, págs. 28 y - sigs.
- (27) Una amplia exposición sobre la forma en que se regu - ló la preterintención en el Derecho Romano, puede - verse en PUIG PEÑA, "Derecho Penal", Parte General, T. I, Madrid, 1955, pág. 325 y sigs.
- (28) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 25, pág. 23.
- (29) Sobre esta nueva concepción, Vid. CARRARA, "Progra - ma del Curso de Derecho Criminal", Buenos Aires, - 1944, págs. 269 y sigs.
- (30) En relación con la evolución histórica de la prete - rintención en Italia, Vid. FINZI, "El delito prete - rintencional", Buenos Aires, 1944, págs. 28 y 29.
- (31) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 25. pág. 61.

- (32) Ibidem, pág. 63 y sigs.
- (33) Lo representado como posible es querido, si el autor ha considerado probable su realización, lo que da origen a la llamada teoría de la probabilidad, MEZGER, op. cit. en 23, pág. 232.
- (34) Vid. infra, pág. 38.
- (35) CARRARA, op. cit. en 29, pág. 273.
- (36) FINZI, op. cit. en 30, pág. 140.
- (37) Un amplio desarrollo en relación a lo que se ha denominado ultraintención, puede verse en JIMENEZ DE ASUA, "La Ley y el Delito", Buenos Aires, 1980, págs. 384 y 385.
- (38) Ibidem, pág. 383.
- (39) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, op. cit. en 25, pág. 83.
- (40) En forma unánime reconoce la doctrina esta clasificación en este sentido, Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, op. cit. en 15, pág. 354, ZAFFARONI, op. cit. en 6, pág. 335; MAURACH, op. cit. en 8, "Tratado de Derecho Penal", T. I, Barcelona, 1962, pág. ; JESCHECK, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, T. I, Barcelona, 1981, pag. 354; entre otros.
- (41) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, op. cit. en 15, pág. 423.
- (42) Así lo resolvía la legislación española (artículos - 348 y 411 último párrafo). Sin embargo a partir de la reforma de junio de 1983, la legislación española erradica de sus normas penales cualquier vestigio de la responsabilidad objetiva, resolviendo los casos de preterintención a través de las reglas prescritas para el concurso de delitos.

- (43) Esta teoría fué fundada por Glaser e introducida en la práctica por Von Buri. Al respecto, Cfr. MAURACH, op. cit. en 8, pág. 229.
- (44) Vid. MAURACH, op. cit. en 8, pág. 296. asimismo puede verse en este sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal", Parte General, Madrid, 1978, pág. 230.
- (45) Cfr. JESCHECK, op. cit. en 40, pág. 386.
- (46) Teoría sustentada por Von Bar y enunciada por Kries.
- (47) Un amplio desarrollo de esta teoría, puede verse en RODRIGUEZ MOURULLO, op. cit. en 44. págs. 297 y 298.
- (48) Sobre esta teoría, Cfr. MEZGER, op. cit. en 23, pág. 235 y sigs.
- (49) Así JESCHECK, op. cit. en 40, págs. 389 y sigs.
- (50) Ibidem, pág. 355.
- (51) Al respecto Cfr. JESCHECK, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, T II, Barcelona, 1981, pág. 786 y sigs.
- (52) Sobre la concepción y sitemática clásica del delito, véase JESCHECK, op. cit. en 40, pág. 274 y sigs.
- (53) Ibidem, pág. 282.
- (54) Un interesante desarrollo crítico sobre estas dos tendencias dogmáticas puede verse en NOVOA MONREAL, "Causalismo y Finalismo en Derecho Penal", Costa Rica, 1980.

- (55) La doctrina así ha definido estos dos conceptos, en este sentido pueden verse MAURACH, op. cit. 8, pág. 331 y sigs.; JESCHEK, op. cit. en 51, pág. 412; WELZEL, "Derecho Penal Alemán", Parte General, Santiago de Chile, 1976, págs. 112 y 233; WESSELS, "Derecho Penal", Parte General, Buenos Aires, 1980, págs. 74 y 76.
- (56) Cfr. WELZEL, op. cit. en 55, pág. 224 y sigs.
- (57) Una amplia exposición sobre la teoría del dolo puede verse en WESSELS, op. cit. en 55, pág. 133 y sigs.
- (58) En relación con las ventajas que representa la adopción de esta teoría, Vid. STRATENWERTH, "Derecho Penal" Parte General, Madrid, 1982, pág. 184. En igual sentido cfr. Welzel, op. cit. en 55, pág. 231 y sigs.
- (59) Cfr. BACIGALUPO, "Lineamientos de la Teoría del Delito", Buenos Aires, 1978, pág. 90.
- (60) Cfr. STRATENWERTH, op. cit. en 58, pág. 96 sigs.
- (61) Esta distinción entre elementos descriptivos y normativos, es reconocida unánimemente por la doctrina, al respecto pueden verse BACIGALUPO, "Manual de Derecho Penal", Bogotá, 1984, pág. 84. ZAFFARONI, op. cit. en 6, pág. 806, RODRIGUEZ DEVESA, op. cit. en 15, pág. 398; JESCHECK, op. cit. en 51, 365; MAURACH, op. cit. en 8, pág. 284.
- (62) Cfr. STRATENWERTH, op. cit. en 58, pág. 98.
- (63) Vid. Supra, pág. 41.
- (64) Cfr. MEZGUER, op. cit. en 23, pág. 127.

- (65) Sobre las distintas clases de dolo admitidas por la doctrina, véase MAURACH, op. cit. 8 pág. 313; así mismo GIMBERNAT, "Acercas del Dolo Eventual", en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, pág. 123 y sigs.
- (66) Así lo estima STRATENWERTH, op. cit. en 58, pág. 106.
- (67) Cfr. GIMBERNAT, op. cit. en 65, pág. 132. También pueden verse MIR PUIG, "Derecho Penal", Parte General, Madrid, 1984, pág. 203; BACIGALUPO, op. cit. en 61, pág. 122; ZAFFARONI, op. cit. en 6, pág. 353.
- (68) Cfr. MEZGUER, op. cit. en 23, págs. 229 y 230.
- (69) Criterio sostenido por STRATENWERTH, op. cit. en 58, pág. 110 y sigs.
- (70) Opinión acertada por la doctrina dominante, Vid. MEZGUER, op. cit. en 23, pág. 135; JESCHECK, op. cit. en 51, pág. 434; BACIGALUPO, op. cit. en 61, pág. 114; RODRIGUEZ DEVESA, op. cit. en 15, pág. 390.
- (71) Cfr. VELA TREVIÑO, op. cit. en 19, pág. 257.
- (72) Al respecto véase ZAFFARONI, op. cit. en 6, pág. 364 y sigs.; WELZEL, op. cit. en 55, pág. 182 y sigs.
- (73) Un desarrollo pormenorizado sobre cada uno de los elementos del tipo culposos, puede verse en BACIGALUPO, op. cit. en 59, pág. 137 y sigs. En igual sentido JESCHECK, op. cit. en 51, pág. 796 y sigs.
- (74) No toda acción que de acuerdo a un juicio razonable genera peligro para bienes jurídicos, es contraria al cuidado exigido por la sociedad, en este sentido WELZEL, op. cit. en 55, pág. 188. De la misma opinión es STRATENWERTH, op. cit. en 58, pág. 322.

- (75) Sobre las clases de culpa admitidas por la doctrina, Vid. MAURACH, op. cit. en 8, pág. 221 y sigs; JES - CHECK; op. cit. en 51, pág. 782 y sigs.
- (76) Cfr. MEZGUER, op. cit. en 23, pág. 202.
- (77) Cfr. JIMENEZ HUERTA, "Derecho Penal Mexicano". T. I, México, 1980, pág. 326.
- (78) Sostiene esta opinión VILLALOBOS, "Derecho Penal Me - xicano", México, 1983, pág. 503.
- (79) Cfr. ZAFFARONI, op. cit. en 6, pág. 376.
- (80) Ibidem, pág. 377.
- (81) La fórmula de Silvela fué aceptada mayoritariamente; sin embargo se le criticó en el sentido de que supo - nía, infundadamente, que el delito producido sin in - tención es el doloso, cuando en realidad sólo pudo ser culposo. Ello llevaba a injustas soluciones en el mo - mento de individualizar la pena. Cfr. MIR PUIG, op. - cit. en 67, pág. 244.
- (82) Ibidem, pág. 248.
- (83) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO y CARRANCA Y RIVAS, "Código Penal Anotado", México, 1975, pág. 16 y sigs. JIME - NEZ HUERTA, op. cit. en 77, pág. 437; VILLALOBOS, - op. cit. en 78, pág. 293 y sigs.
- (84) Cfr. PAVON VASCONCELOS, "Manual de Derecho Penal Me - xicano", México, 1978, pág. 377.
- (85) Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 52 del Có - digo Penal, se distinguen las consideraciones que ha - ce el juez para aumentar o disminuir la penal según se trate de la modalidad del delito.

- (86) En este sentido VILLALOBOS, op. cit. en 78, pág. 306.
- (87) Así lo entiende JIMENEZ HUERTA, op. cit. en 77, págs. 444 y 445.
- (88) En el caso de quien cree haber matado a golpes a alguien, lo arroja a las aguas de un río para ocultar cadáver y en realidad la víctima muere ahogada y no a consecuencia de las lesiones.
- (89) Opinión sostenida por VELA TREVIÑO, "Antijuridicidad y Justificación", México, 1976, pág. 210.
- (90) Al respecto puede verse BACIGALUPO, op. cit. en 61, pág. 212 y sigs.
- (91) BACIGALUPO, op. cit. en 59, pág. 135.
- (92) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO y CARRANCA Y RIVAS, op. cit. en 83, pág. 48 y sigs.
- (93) Cfr. PAVON VASCONCELOS, op. cit. en 84, pág. 378; JIMENEZ HUERTA, op. cit. en 77, págs. 446 a 449.
- (94) CARRANCA Y TRUJILLO y CARRANCA Y RIVAS, op. cit. en 83, pág. 53.

B I B L I O G R A F I A

BACIGALUPO, Enrique, "Lineamientos de la Teoría del Delito". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

"Reflexiones sobre la tentativa en el Código Penal Mexicano", en Tentativa, Legítima Defensa. Fraude. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 1976.

"Tipo y Error". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

"Manual de Derecho Penal". Editorial Temis, Bogotá, 1984.

CARDENAS, Raúl F., "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial. Vol I, Editorial Jus, México, 1964.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, "Código Penal Anotado". Porrúa, México 1985.

"Derecho Penal Mexicano". Porrúa, México, 1976.

CARRARA, Francisco. "Programa al Curso de Derecho Penal", - Parte General. Vol I, Editorial Temis Bogotá, 1956.

CORDOBA RODA, Juan, "Una Nueva Concepción del Delito". Ariel, Barcelona, 1963.

CUELLO CALON, Eugenio, "Derecho Penal", Parte General. T. I, - Bosch, Barcelona, 1956.

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CAMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Sesión Pública Ordinaria, - celebrada el 20 de diciembre de 1983.

FINZI, Marcelo, "El delito preterintencional". Buenos Aires, 1944.

FRANCO GUZMAN, Ricardo, "La culpabilidad y su aspecto negativo", en Criminalia, año XXVII, México, 1976.

Los elementos subjetivos del injusto en la teoría subjetiva de la acción", Revista de la Facultad de Derecho, T.IV, núm 14, Abril - Junio, 1954.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, "Derecho Procesal Penal". Porrúa - México, 1974.

"Justicia y Reformas Legales" Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Estudios de Derecho Penal". Civitan, Madrid, 1976.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, "Derecho Penal Mexicano". Porrúa, México, 1979.

GONZALEZ DE LA VEGA, René, "Comentarios al Código Penal". - Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1975.

JESCHECK, Hans - Heinrich, "Tratado de Derecho Penal", Parte General. T I y II, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, "La ley y el delito". Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979.

"Tratado de Derecho Penal". T. III, IV, V y VI, Losada, - Buenos Aires, 1976.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, "Derecho Penal Mexicano". T. I, - Porrúa, México 1980.

MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal". T. I y II, - Ariel, Barcelona, 1962.

MEZGER, Edmund, "Derecho Penal", Parte General. Libro de - Estudio, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal", Parte General. Promociones Publicaciones Universitarias, 1982.

"Introducción a las bases del Derecho Penal". Boch, Barcelona, 1982.

NOVOA MONREAL, Eduardo, "Causalismo y Finalismo". Editorial Juricentro, San José, 1980.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Comentarios de Derecho Penal". Porrúa, México, 1978.

"Manual de Derecho Penal". Porrúa, México, 1978.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Porrúa, México, 1978.

"Hacia una reforma del sistema penal". Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985.

PUIG PEÑA, Federico, "Derecho Penal", Parte General. T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

RIGHI, Esteban, "El cuerpo del delito en el artículo 19 de la Constitución Nacional", en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México VI-1979, - Año 1980.

"La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad", en Cuatro Ensayos de Derecho Penal. E.N.E.P. Acatlán, U.N.A.M. México, 1978.

RODRIGUEZ DEVESA, José Ma., "Derecho Penal Español", Parte General. Madrid 1979.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Derecho Penal", Parte General. Civitan, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis, "Temas de Derecho Penal". Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977.

ROXIN, Claus, "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal". Bosch, Barcelona, 1972.

"Problemas Básicos del Derecho Penal". Reus, Madrid, 1976.

SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino". T.I., Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1967.

STRATENWERTH, Günter, "Derecho Penal", Parte General. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.

"El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad", en Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, Madrid, 1980.

VELA TREVINO, Sergio, "Artijuridicidad y Justificación". Porrúa, México, 1976.

"Culpabilidad e Inculpabilidad". Editorial Trillas, México, 1977.

"La prescripción en materia penal". Editorial Trillas, México, 1983.

VILLALOBOS, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano". Porrúa, 1983.

VON LIZT, Franz, "Tratado de Derecho Penal". T. II, Madrid, 1927.

WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes, "Derecho Penal", Parte General. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Raúl E., "Manual de Derecho Penal", Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1982.

"Tratado de Derecho Penal" Parte General. T. III, Ediar, - Buenos Aires. 1981.