

LA REFORMA DEL ARTÍCULO NOVENO DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

Rafael Márquez Piñero

*Sumario: I. Situación anterior a la reforma; II. Contenido de la reforma;
III. Reflexiones críticas y consideraciones jurídicas.*

I. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA

El texto del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal ¹, antes de la reforma de 1983-84, decía en su artículo noveno lo siguiente:

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 éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuere el resultado;

III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

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

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

¹ **Código Penal para el Distrito Federal**, México, Ed. Porrúa, 1982, (35 ed.) pp.9 y 10.

Ante un texto como el arriba citado que además forma una regulación íntimamente emparentada con los artículos 7 y 8 del propio Código Penal anteriores a la reforma de 1983-84, se impone un considerable esfuerzo in-terpretativo basado en una serie de principios constitutivos de una especie de columna vertebral de la ciencia del derecho.

En cuanto me refiero a ciencia del derecho, en este caso concreto, me estoy refiriendo a la dogmática jurídica, que, como sostiene con la sagacidad que le caracteriza, el maestro Enrique Gimbernat Ordeig ², es una herramienta conceptual de primerísima categoría, pues cuando nos encontramos en los terribles terrenos del derecho penal, el jurista está obligado a manejarse con un cuidado exquisito teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, va a jugar con los bienes fundamentales del hombre, desgraciadamente incluso con la propia vida del ser humano. El derecho penal no puede admitir, por consiguiente, otra interpretación que la derivada de la conjugación de estos cinco principios:

- a) Conexión normativa de sentido.
- b) Congruencia constitucional.
- c) Interés preponderante.
- d) No contradicción de normas.
- e) No contradicción de valoraciones.

Pero bien, entremos en materia. Desde 1931, el artículo nueve del Código Penal ha constituido una enorme dificultad a superar por todos los juristas que llenos de cariño por México y preocupados por sus complejísimas realidades sociales, trataban de superar la desafortunadísima relación del precepto que nos ocupa, y para muestra ahí van algunos botones.

Así el maestro Pavón Vasconcelos ³, refiriéndose a la regulación del dolo en el Código vigente antes de la reforma habida en 1983-84,

² Gimbernat Ordeig, Enrique, **Estudios de derecho penal**, Madrid, Ed. Civitas, 1981, pp.105-130.

³ Pavón Vasconcelos, Francisco, **Manual de derecho penal mexicano**, México, Ed. Porrúa, 1974, p.360.

y relativa al artículo nueve, estimaba que constituía una serie de desaciertos, que conducían no sólo a confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley, con el pretexto de su interpretación.

Así mismo, el artículo octavo dividía los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia, estimando por esto Pavón Vasconcelos que se trataba de una terminología inadecuada, ya que resultaba obvio —seguía diciendo el muy connotado penalista mexicano— que la intención no agotaba el concepto de voluntariedad, y que tampoco la voluntad por sí misma resultaba eficaz para construir el concepto de los delitos dolosos. Al examinar la presunción *juris tantum* respecto de la intencionalidad, establecida en el artículo noveno, antes de las reformas, se evidenciaba su divorcio absoluto de la realidad jurídica y de los principios de una sana justicia (refiriéndonos al primer lineamiento), dando como consecuencia el que se pretendiera abarcar como intencionales aquellas conductas o hechos que, en rigor, no quedaban comprendidos dentro de la forma de culpabilidad intencional, pero sí en la comisión dolosa, lo cual —remachaba Pavón Vasconcelos— era prueba palmaria de la pobreza conceptual que orientaba entonces al Código en este aspecto.

Para Ignacio Villalobos ⁴, la presunción de intencionalidad del artículo noveno, referida a la redacción anterior a la reforma, (y su antecedente del artículo nueve del Código de 1871), no se ajustaba ni a la razón ni a la verdad. Y no se ajustaba a la verdad, porque por ejemplo, en la práctica, si se presentaba a un detenido, con el sólo informe de que había atropellado con su vehículo, ningún funcionario aceptaba la presunción de intencionalidad, establecida entonces en la Ley, sino que se iniciaba el procedimiento sobre un supuesto de imprudencia (salvo casos excepcionales de pruebas especialísimas sobre la intencionalidad).

⁴ Villalobos, Ignacio, **Derecho penal mexicano**, México, Ed. Porrúa, 1975, pp.306-307.

No se ajustaba tampoco a la razón —continuaba Villalobos—, porque habiendo delitos dolosos y culposos, no existía justificación alguna, para que el simple aserto de que se había cometido un delito hiciera presumir cosa alguna sobre su naturaleza; mucho menos si sólo se tenía noticia de una violación material, que ni siquiera se sabía si era delito.

Haber recomendado con aquella redacción del mencionado artículo nueve, que se adoptara la suposición más hostil y desfavorable para el reo, dejando a éste la carga de las excepciones y de las pruebas, y transfiriendo a los jueces la misma actitud persecutoria y parcial, que acaso correspondía al Ministerio Público, significaba una inerte adherencia a normas procesales, de cuya superación se precisaba ya en aquel tiempo la ciencia moderna.

El juez —en su imparcialidad— no debe presumir nada, a no ser que se desprenda de indicios o pruebas adecuadas; ni al Código Penal sustantivo le correspondería, en ningún caso, imponer estos sistemas de prejuicios legales.

Finalizaba el profesor Villalobos apuntando que no existía base alguna, ni incluso la realización de un hecho típico penal, para presumir la culpabilidad, pues ninguna conclusión puede ser sacada de la nada. Y antes al contrario se hallaba en vigor el principio de *animus praesumitur tancum facta demostrant*, el más reconocido y respetado de todos los tiempos, en materia penal. En opinión del maestro Villalobos, éste era el principio que se aplicaba en la práctica, afirmando que, en caso de plantearse una duda entre el dolo y la culpa, las reglas sobre prueba, los principios de humanidad y de justicia, y el espíritu liberal (que impregnan e impregnaban ya en aquel tiempo, los ordenamientos jurídicos penales de los países civilizados), recogidos en los artículos 14 y 16 constitucionales, obligaban al igual que ahora, a estar a lo más favorable para el reo.

En resumen, según Villalobos nuestro Código antes de las reformas, no definía positivamente el dolo, pero sí pretendía darnos su

idea negativa y casuística, ya que señalaba todo aquello que no lo destruía o hacía desaparecer. Consecuente con su criterio de que la intención delictuosa era presumida *juris tantum* o salvo prueba en contrario, advertía que tal presunción no se destruiría, aunque el acusado probara algunas de las circunstancias señaladas en las seis fracciones del entonces artículo 9º, dándose por supuesto que al reo correspondía la carga de la prueba, se percibe claramente el error creado por imitar los moldes civiles, quedando contradicho poco después el artículo 17 del propio Código Penal, donde justamente, y de conformidad con la naturaleza del derecho público, se establece que habrán de hacerse valer de oficio las excluyentes de la responsabilidad.

Carrancá y Trujillo ⁵, manifestó que el Código mexicano no hacía mención expresa de las denominaciones de dolo directo, indirecto, ni eventual, pero que se les supone de establecer la presunción de intencionalidad *juris tantum* del artículo 9, en sus diversas fracciones. Cabe mencionar que el Código de 1931 no definía el dolo.

Fernando Castellanos ⁶, en la exégesis de las citadas fracciones, señalaba que la primera se refería al dolo indeterminado, en el cual se presentaba la intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño. Opinión que era compartida por Villalobos ⁷, y por Pavón Vasconcelos ⁸ aunque ambos precosaban que la indeterminación se refería a las personas, sin mencionar la indeterminación respecto del objeto. Por su parte Francisco González de la Vega ⁹, compartía la opinión de Castellanos, entendiendo que se trataba de una indeterminación de carácter general.

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, **Derecho penal mexicano**. Parte general, México, Ed. Porrúa, 1977, pp. 404-405.

⁶ Castellanos Tena, Fernando, **Lineamientos elementales de derecho penal mexicano**, México, Ed. Porrúa, 1975, pp. 242-243.

⁷ Villalobos, **op.cit.**, *supra nota* 4, p.307.

⁸ Pavón Vasconcelos, **op.cit.**, *supra nota* 3, p.360

⁹ González de la Vega, Francisco, **El Código Penal comentado**, México, Ed. Porrúa, 1978, p.65.

La fracción segunda del artículo 9º tenía mayores dificultades interpretativas y desde luego no había un criterio unánime entre los autores. Fernando Castellanos¹⁰ desglosó las distintas hipótesis contenidas en dicha fracción. Encuadró la primera relativa a (... que «no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito») dentro del dolo indirecto, ya que si se tenía presente que se refería a un resultado penalmente tipificado, no querido directamente por el agente, pero que sabía que ocurriría. (Éste es llamado por Jiménez de Asúa dolo de consecuencia necesaria). Respecto a la segunda (respecto a... «que no se propuso causar el daño que resultó... 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»), era aun más confusa, pues planteaba dos situaciones diversas: que el agente haya previsto o no podido prever.

Si había previsto, afirmaba Castellanos, podía ocurrir que se integrara un dolo eventual o indirecto (según existiera posibilidad o certidumbre respecto de la producción del resultado), mas también era dable la integración de la culpa consciente si el sujeto, habiendo previsto el evento, abrigaba la esperanza de que no ocurriría (caso éste, indicaba Castellanos, donde no se explicaba la calificación legal del dolo).

Cuando no se preveía el resultado que podía haber sido previsto, jamás se integraría el dolo, cuya naturaleza exige que se prevea la consecuencia típicamente antijurídica y que se quiera y se acepte, por lo cual entendía Castellanos que la ley incorrectamente establecía la existencia de dolo, ante la simple posibilidad de prever, que caracteriza a la culpa consciente.

En cuanto a las fracciones III y IV resultaba claro que ni el juicio que pudiera merecer la Ley, ni su ignorancia, ni el concepto equivocado de la misma servía de excusa, lo que no impedía que el juzgador

¹⁰ Castellanos Tena, *op.cit.*, *supra nota* 6, p.242.

podiera tener entonces como ahora, las circunstancias reseñadas en la evaluación de su arbitrio, siempre dentro de los límites de máximo y de mínimo para fijar las penas y que el error en la persona o en la cosa, que estaba previsto en la fracción V, no hacía desaparecer la intención delictiva y suponía la perfecta integración del delito ante la concurrencia de su elemento material y del subjetivo; pero el error de la persona podía dar lugar a la variación del tipo del delito, como en el caso del parricidio.

En general, podía y puede afirmarse que el consentimiento del ofendido no legitima la comisión de un delito, porque ello contradice el carácter de garantía y tutela del interés y del orden público que tiene el ordenamiento jurídico penal. La admisión del consentimiento del perjudicado como causa de impunidad de una acción delictuosa supondría tanto como dejar el cumplimiento de las normas penales al capricho o a los acuerdos entre particulares como muy acertadamente decía González de la Vega ¹¹. El contenido de la fracción VI establecía la excepción del perdón o consentimiento del ofendido como causa de exclusión de la acción penal, cuando se reunieran los requisitos referidos por el artículo 93 del Código, y referido a los delitos que exigen querrela de parte.

En cuanto al contenido que entonces tenía la fracción II (que decía: «... o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado») estábamos ante una situación de indeterminación dolosa, de dolo indeterminado por no requerir un objetivo específico, pero sí la intención de delinquir.

Por su parte Jiménez de Asúa expresaba que el código mexicano vinculaba el dolo a la intención definiendo el delito intencional por el enrevesado procedimiento de hipótesis negativas tan frecuente en la legislación penal mexicana; decía el maestro del que resultaba que basta el dolo indeterminado y que hay otras formas de dolo ¹².

¹¹ González de la Vega, *op.cit.*, *supra nota 9*, p.65.

¹² Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, Bogotá, Ed. Temis, 1978, tomo V, p.344.

El artículo nueve en cuestión, afectaba a tres pilares fundamentales de la justicia penal, a saber: la certeza, la claridad y la seguridad jurídicas. Evidentemente contenía alguno que otro acierto, pero introducía tal grado de confusión en las relaciones jurídicopenales, que la más elemental regla de lógica dio lugar a la formulación de un Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal ¹³.

Las directrices de política criminal, contenidas en dicho Anteproyecto, señalaban muy marcadamente la intención de salvar un principio fundamental de derecho penal, éste sí, era vulnerado ominosamente en el tan reiterado artículo nueve del texto anterior a la reforma.

Se trataba, nada más, pero también nada menos, del principio universalmente reconocido en las legislaciones penales democráticas, de que toda persona es inocente, mientras no se le demuestre su culpabilidad. Por fortuna la confusión del derecho sustantivo, estaba amplia y generosamente reparada en el derecho procesal penal, tanto a nivel federal, como en lo relativo al Distrito Federal y en general en todas las entidades federativas.

En esta tesitura, el Anteproyecto, concretamente en sus páginas 4 y 5, indicaba que la filosofía que sustentaba al posible nuevo Código, era por sobre todo de matiz esencialmente democrático, y no podía ser de otra forma si quería coincidir, como era obvio que tenía que hacerlo, con los preceptos constitucionales de nuestra Carta Magna.

De ahí que hubiera una doble preocupación en los redactores del Anteproyecto, y esta doble preocupación se proyectaba, por un lado, en asegurar el desarrollo de las personas, consideradas individualmente,

¹³ **Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal** (versión preliminar), 10 de agosto de 1983; proporcionado por la Procuraduría General de la República.

con justicia y libertad, y, del otro lado, garantizar —al propio tiempo— la adecuada convivencia social en el marco de un estado social y democrático de derecho.

Por ello, cuando el tiempo decante las pasiones jurídicas y no jurídicas, fundará un timbre de orgullo del sexenio del presidente Miguel de la Madrid las reformas introducidas en la legislación penal sustantiva, desde luego con sus inevitables errores, pero también con sus numerosos y muy considerables aciertos, entre ellos la reforma de los artículos 7, 8 y muy concretamente el 9 del Código Penal del Distrito Federal. Se salvaba así una injusticia que tal vez por atender otras actividades más urgentes, permanecía clavada, como un rejón, en el mismísimo corazón del ordenamiento penal sustantivo mexicano, y que provocaba la inquietud y la zozobra de los grandes penalistas de la República.

II. CONTENIDO DE LA REFORMA

Para comprender bien el alcance de la reforma, en vigor desde abril de 1984, conviene reseñar literalmente los artículos referentes al tema que nos ocupa. El texto de los mismos es el siguiente:

Artículo 7°. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

- I. Instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
- II. Permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8°. Los delitos pueden ser:

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

Artículo 9°. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

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

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

Como se advierte, la reforma vigente desde abril de 1984 enfatiza como un punto de singular relevancia la ampliación de las formas de la culpabilidad, añadiendo a las tradicionales del dolo y culpa, la de la preterintencionalidad, que —conocida ya en otros ordenamientos jurídicos— constituye una novedad en la normación penal mexicana. Tal vez aquí, en la preterintencionalidad, resida alguna de las cuestiones más discutibles de la reforma, pero mirar con objetividad supone un avance de indiscutible trascendencia en el universo jurídico mexicano ¹⁴.

El problema del dolo que en anterior redacción del artículo nueve, ampliamente comentada o criticada en las páginas anteriores, reside en su texto actual un tratamiento jurídico mucho más técnico, lógico y razonable que justifica sobradamente el nuevo giro introducido en el ordenamiento legal.

III. REFLEXIONES CRÍTICAS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para redondear lo que hasta aquí hemos expuesto, podemos decir que, en cuanto al dolo en el derecho mexicano, la reforma del 13 de enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año, terminó con el complicadísimo galimatías que suponía la anterior redacción del artículo nueve del Código Penal, que había merecido, como ya lo hemos mencionado, la reprobación de un considerable número de penalistas mexicanos, pues la interpretación del texto anterior daba lugar, como también ya lo hemos dicho, a verdaderos casos de integración legal. De ahí que afirmemos que el nuevo texto

¹⁴ Márquez Piñero, Rafael, **Derecho penal**, México, Ed. Trillas, 1986, pp.265 y ss.

acusa una técnica jurídica más depurada y más acorde con el avance experimentado por nuestra disciplina.

La inclusión de los delitos preterintencionales en el capítulo octavo refleja el pensamiento de los autores del Anteproyecto de nuestro Código Penal, pues éstos señalaban la conveniencia de suprimir las presunciones legales, y la necesidad de establecer una clara distinción entre dolo, culpa y preterintención.

Para ellos, el dolo equivale a lo que el Código promulgado en 1931 denomina intención; la culpa es equivalente a lo que en la actualidad se designa como no intención o imprudencia, por lo cual la auténtica novedad es la preterintencionalidad, entendida como el no sancionar como dolosa una conducta que realmente no lo sea, que es precisamente lo que ocurre cuando el responsable del ilícito quiere realizar un delito de menor entidad y lleva a cabo uno más grave.

La preterintención se traduce en la punibilidad, con una sanción atemperada, que se encuentra en un punto intermedio entre el dolo y la culpa. Desde luego la preterintención, al menos desde el punto de vista estrictamente técnico, ofrece reparos considerables.

Cabría preguntar si en el actual artículo nueve la descripción del legislador, en cuanto al dolo, presupone la afiliación de éste a alguna de las sistemáticas doctrinales actuales, respecto del arduo problema doloso, en otras palabras: finalismo, causalismo, modelo lógico. Personalmente estimamos que, sin una ruptura estridente con el causalismo, el concepto legal mexicano se manifiesta como pasado por el tamiz finalista; hay un evidente regusto de finalismo en la conceptualización expresada.

Cuando el gran Hans Welzel¹⁵, formuló su famosa teoría finalista de la acción y ulteriormente extrajo de su nueva nación las consecuencias

¹⁵ Welzel, Hans, **Derecho penal alemán**. Parte general (traducción Bustos y Yáñez) Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1976 (11ª. ed.), p.53.

inherentes a ella, lógicamente una de las áreas penales más afectadas fue la relativa al dolo. Dolo en la acción, dolo en el tipo, dolo valorativo y dolo neutro fueron (y algunas siguen siendo) dificultades o problemas inquietantes para la sistemática finalista.

Desde la perspectiva del tradicionalismo causalista, que construye su teoría del delito sobre el fundamento de la acción causal, el dolo recibe su ubicación en el terreno de la culpabilidad, como una especie de la misma, de conformidad con los partidarios de la teoría psicologista, o como un elemento o una de las formas de la culpabilidad, para los seguidores de la teoría normativa, o bien: la cuestión del dolo permanece alejada del tipo desde la tipicidad.

Con el finalismo, las cosas ocurren de forma diversa o sea, en este punto es evidente su separación del causalismo. El finalismo, coloca el dolo tanto en la acción como en el tipo y de esto deriva una consecuencia doble: a) Para los finalistas, la acción ¹⁶ («acción humana es ejercicio de actividad final») se encuentra antes del tipo (se trata de un concepto prejurídico) y en ella sitúan a la voluntad final, en otras palabras, al dolo; b) Pero el dolo, para el finalismo, también se haya en el tipo (concepto eminentemente jurídico).

La inferencia resultante de los dos apartados señalados es, sin duda, contradictoria: el dolo se convierte —al mismo tiempo— en una noción, en un concepto prejurídico, ya que está situado a la vez en la acción (concepto prejurídico) y en el tipo (concepto jurídico).

Esta situación tan extraña ha sido captada mejor que nadie por el maestro Zaffaroni ¹⁷. El juspenalista argentino señala que la mera resolución no es dolo en un nivel meramente pretípico —en la acción—; sólo analíticamente cabría separar a la voluntad de la manifestación de voluntad, porque la conducta constituye una unidad que es inescindible.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zaffaroni, E.R., **Teoría del delito**, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp.258-259.

Además, añade Zaffaroni que una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad, ni voluntad sin manifestación que corresponda a un «acto de acción». Podrá corresponder a un «acto de pensamiento», pero no a un «acto de acción»; por ende, la mera resolución de obrar contra la ley es un acto de pensamiento que no puede ser llamado dolo, ya que el dolo comienza a existir cuando se manifiesta.

El profesor rioplatense puntualiza: «El dolo es finalidad que se individualiza en el tipo de atención a ella misma (y no por el modo de su realización) como sucede en los tipos culposos».

Si tenemos en cuenta la descripción del dolo (obrar intencionalmente) del párrafo primero del artículo nueve actual, se resalta la integración del mismo con base en dos supuestos: a) Conocimiento de las circunstancias del hecho típico; b) Querer o aceptar el resultado prohibido por la ley.

Esto es, hay una doble vertiente en la configuración legal del concepto de dolo: por un lado, lo que según Zaffaroni es acto de acción, y por el otro, el acto de conocimiento. Dicho así, parece haber una contradicción, entre ambos actos, pero el tema amerita mayor puntualización.

Continuando con Zaffaroni puede decirse que, mientras en el acto de acción el objeto resulta alterado, en el de conocimiento permanece indiferente; sin embargo, Zaffaroni admite en que quien propuso un fin en el acto de acción, como su fin tiende a un objeto, debe conocer ese objeto o, por lo menos «tener alguna referencia conocida para individualizarlo aproximadamente»¹⁸.

La lógica de lo anterior se impone con signos de evidencia: el dolo es concebido (párrafo primero del artículo nueve) como un acto de

¹⁸ *Ídem*, p.260.

acción *lato sensu* (está orientado al fin de cometer un delito determinado), pero esa voluntad se encuentra siempre regida por el conocimiento, que deriva precisamente de actos de conocimiento que son anteriores.

En este instante aparece en el horizonte del razonamiento una posible contradicción: si el dolo recién surge con el acto de acción (ya que antes era una resolución indiferente desde la perspectiva penal, o sea, un acto de pensamiento), ¿cómo puede abarcar el conocimiento, que es anterior?

La contradicción es aparente y no real, pues el conocimiento se revela en la dirección final de la conducta.

En el dolo, la predación (lógica), coincide con la prioridad (cronológica), mientras que el conocimiento y los actos de conocimiento son anteriores a los actos de acción pues no puede haber un acto de acción sin conocimiento.

Termina Zaffaroni afirmando que el dolo es «el fin tipificado»¹⁹, y la finalidad que es lo que le proporciona sentido y unidad de conocimiento. «Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad».

Hans-Henrich Jescheck, profesor de la Universidad de Friburgo, indica que el dolo significa «conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal». Esa noción permite establecer cuando está ausente el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo legal se excluya al dolo; por contrapartida, habrá de inferirse, positivamente, que el dolo requiere el conocimiento de dichas circunstancias²⁰.

¹⁹ *Ídem*, p.261.

²⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, **Tratado de derecho penal** (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Barcelona, Bosh, Casa Edit., vol.I, 1981, p.398.

Jescheck concreta su posición: el conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente; además, el autor ha de prever —en sus rasgos esenciales— los elementos típicos futuros, muy específicamente el resultado y el nexo causal.

La voluntad consiste en la resolución de ejecutar la acción típica. Se extiende a todos los elementos objetivos, conocidos por el autor, que sirven de base a la decisión de la acción.

Este autor concluye diciendo que: «La resolución distingue al dolo de las meras ilusiones, deseos y esperanzas. Finalmente, el dolo debe concurrir en el momento de la acción, pues sería absolutamente irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente».

Tomando en cuenta lo anterior, añadimos una postura seria, científica y sólida en muchos de sus aspectos; la de los juspenalistas mexicanos patrocinadores del «modelo lógico del derecho penal» (fundamentalmente la doctora Islas y el profesor Elpidio Ramírez) muestran en esta muy dificultosa parcela dolosa una especial claridad.

Islas entiende por dolo «conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal»²¹. Por consiguiente, estima que para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, por tres razones: a) Los elementos del tipo son objetivos y subjetivos; b) El dolo es uno de los elementos del tipo; c) El objeto al cual se refiere al dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

Sin embargo agrega la doctora Islas²², el concepto de dolo, que propone el modelo lógico, corresponde a un dolo neutro, natural, no valorado, entendiéndolo como un hecho psíquico simplemente. Ello produce la consecuencia de la exclusión de toda referencia a elementos

²¹ Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Ed. Trillas, 1982, p.31.

²² *Ídem*, p.32.

objetivos valorativos, es decir, el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. De no producirse esta elusión de dichos elementos objetivos valorativos, se incidiría en un concepto de dolo valorado, propio del causalismo.

El modelo lógico coincide con el finalismo en su exclusión del dolo de la culpabilidad, consecuencia de que la acción penal es una acción ontológica mente entendida, ya que los delitos son hechos de la vida real, no entes metafísicos; pero —al mismo tiempo— el modelo lógico analiza el dolo en dos niveles conceptuales distintos: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. En aquélla, el dolo se incluye en la conducta, general y abstracta, descrita en el tipo, o sea, el dolo está incluido en el tipo; en ésta, el dolo se contiene en la conducta particular y concreta realizada por el sujeto, es decir, el dolo se haya contenido en el delito, en definitiva, habla de un dolo típico.

Las distintas clasificaciones del dolo, aludidas anteriormente, caben dentro de la dogmática realizada a partir de la conceptualización del Código, y teniendo presentes los tipos distintos.

Siguiendo con la redacción actual, tanto el artículo octavo como el noveno en su párrafo segundo, no deja en duda, en nuestro concepto, del avance técnico-jurídico que la normatividad utilizada supone respecto a la redacción anterior a las reformas aunque aún subsiste la imprecisión terminológica al hablar de imprudencia.

Respecto a este problema de terminología, Porte Petit, al hacer la exégesis de las disposiciones anteriormente en vigor, se pronuncia claramente por llamar a esta especie de la culpabilidad no intencional con su nomenclatura adecuada (es decir, culpa), de manera que en el término empleado resultan comprendidos sus elementos estructurales (con representación y sin representación) ²³.

²³ Porte Petit, Celestino, **Legislación penal comparada. Parte general**, Jalapa, Ver., 1946, p.16.

Personalmente, estimamos un desacierto que tras una conceptualización ciertamente moderna del acto culposo, se reincida en el error terminológico de equiparar, normativamente al menos, la imprudencia con la culpa ²⁴.

En referencia con la culpa, la imprudencia guarda una relación de particular a general, de especie a género. La culpa no queda agotada, ni con mucho, en la manifestación imprudencial de la misma.

No se trata de restar importancia a la cuestión terminológica, pero la ciencia moderna en general, y la jurídica en particular, prestan cada vez mayor atención a la precisión lingüística, tal vez porque (parafraseando a Wittgenstein y a sus seguidores del llamado Círculo de Viena) sólo debe decirse aquello que puede ser bien dicho ²⁵.

En idéntica cuestión terminológica incide Vela Treviño ²⁶, quien considera muy desafortunado el empleo de los vocablos *no intención* o *imprudencia*, utilizados en el texto legal.

EL concepto legal del «obrar imprudentemente» lleva insisto —según la descripción del párrafo segundo del artículo nueve del Código Penal— el incumplimiento de su deber de cuidado; pero, ¿por qué y para quienes aparece ese deber de cuidado? En cuanto al por qué, el propio texto legal indica su dimanancia de determinadas circunstancias y condiciones personales del agente, y respecto de para quiénes, se trata de una obligación frente a los restantes sujetos comunitarios.

Maurach ²⁷, señala tal situación cuando se refiere a una especial posición del afectado frente a los restantes sujetos de la colectividad:

²⁴ Márquez Piñero, **op.cit.**, *supra nota* 14, p.293.

²⁵ Wittgenstein, Ludwig, **Tractatusmtrd** (trad. Enrique Tierno Galván), Madrid, Ed. **Revista de Derecho privado**, 1957, *passim*

²⁶ Vela Treviño, Sergio, **Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito**, México, Trillas, 1977, p.230.

²⁷ Maurach, Reinhart, **Tratado de derecho penal** (trad. Córdoba Roda), Barcelona, Ariel, 1962, T.II, pp.284-285.

un deber de cuidado dado en función de una necesidad socialmente sentida para no llevar a cabo, o en su caso, evitar la realización del hecho típico.

La postura de la maestra Islas ²⁸ es de innegable originalidad y prestancia científica (naturalmente enmarcada en los parámetros del modelo lógico del derecho penal, por ella defendido), quien entiende que existe culpa «cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto».

La definición se apoya en cuatro conceptos racionalmente derivados del tipo: la previsibilidad, la provisióbilidat, la previsión y la provisión. Previsibilidad quiere decir que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; provisióbilidat significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y provisión es poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien.

En dichos conceptos, el núcleo de la culpa reside en la no provisión del cuidado posible y adecuado. Si el sujeto prevé la concreción del tipo y confía en que tal acontecimiento no suceda, ello es irrelevante cuando falta la provisióbilidat o se pone en juego el cuidado posible y adecuado. Por consiguiente —afirma la juspenalista mexicana—, pierde toda su importancia la distinción que hace la teoría tradicional de la culpa en consciente o inconsciente.

La punibilidad de la culpa, de los eventos delictivos culposos está determinada en función de la correspondiente conexión normativa de los artículos 60, 61 y 62 del código penal vigente, y la añeja distinción de culpa lata, leve y levísima resulta perfectamente encajable

²⁸ Islas, *op.cit.*, *supra nota* 21, p.33.

(respecto de las dos primeras), en el artículo 60 y (en referencia a la levísima) en el párrafo primero del artículo 62.

En opinión del profesor González de la Vega, el artículo 62 constituye una regla especial (de aplicación preferencial) para las imprudencias no calificadas de graves, el artículo 60 en relación con el 61 (o sea, de las punitivamente referidas en el lineamiento inicial del 60).

Las reformas de 1984 han afectado, fundamentalmente, a los artículos 60 y 62. Esto da como consecuencia la agravación punitiva ya establecida en la redacción anterior, para las conductas imprudentes, culposas, en actividades del servicio público de transporte federal o local la de las mismas conductas con motivo del transporte de servicio escolar. En cuanto al artículo 62, se modifica el régimen de cuantificación del daño, al sustituirse el criterio numérico de pesos por múltiplos del salario mínimo.

Resulta necesario examinar un punto importante en relación con la culpa. Nos referimos al caso de concurrencia de culpa en el sujeto activo y pasivo del delito, y a la posible compensación de culpas, por ejemplo: el caso de un automovilista que al desplazarse a gran velocidad, atropella y mata a un individuo que —con manifiesta imprudencia— sale corriendo de su casa para atravesar la calle. Los autores, con casi absoluta unanimidad, señalan que la culpa de la víctima no invalida la del agente, porque en materia penal no puede alegarse, como en el derecho civil, la compensación de culpas. El derecho penal —se dice— es de carácter público y en él no puede haber esta clase de transacciones. La pena no existe para satisfacción del agraviado, sino que tiene una doble función: la prevención general (dirigida a toda la comunidad), y la especial (enfocada al individuo concreto), que se cumple también en los delitos culposos por la conminación de la pena en la ley y por su ejecución del orden jurídico y responsable de la recta convivencia social, y ahí no caben componendas.

Para Cuello Calón ²⁹, la razón fundamental de la no admisión de la compensación de culpas se encuentra en la conducta culposa de la víctima ya que no interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho inicial del resultado dañoso y este mismo resultado, el hecho inicial es causa mediata, pero eficiente, del resultado dañoso producido.

Cabe afirmar que, en la gran mayoría de los pueblos civilizados, y como lo han dicho la casi totalidad de los autores, se coincide en que en el derecho penal no existe la compensación de culpas. La jurisprudencia de los tribunales (como la francesa, italiana, alemana, española, argentina, etcétera) también establece esta dirección de no admisibilidad de la compensación de culpas. Respecto a los países anglosajones, la jurisprudencia británica ha resuelto, en caso de accidente de automóvil, que cuando la culpa del perjudicado es la causa principal del accidente, pueda quedar excluida la responsabilidad del que causó el daño, a su vez, la jurisprudencia norteamericana concede generalmente una disminución en la indemnización o en la reparación de los daños, quedando una parte a cargo de la víctima, cuando éste fue también causa del resultado lesivo ³⁰.

Respecto a la reincidencia, no existe la menor imposibilidad de que alguien que haya delinquido culposamente vuelva a hacerlo y su conducta encaje en los requisitos fijados para la misma en el artículo 20 del código penal vigente. La jurisprudencia mexicana así lo confirma al establecer que para la declaración y punición de la reincidencia es indiferente que los delitos que la motivan sean intencionales o imprudenciales (Sexta época, segunda parte, vol. XXII, p. 126, AD. 260/50; vol. XXXIII, p. 85, A.D. 7450/59; vol. LI, p.90).

Una vez expuesto el análisis del concepto de culpa, pasamos al concepto de preterintención, esto es, casos en que la acción delictuosa origina un resultado más grave que el deseado por el agente; al respecto, Cuello Calón manifiesta ³¹, la figura del delito llamado

²⁹ Cuello Calón, **Derecho penal**, p.468.

³⁰ Thomas M. Cooley, «Problems in contributory negligence», University of Pennsylvania. **Law Review**, 1941, p.335.

³¹ Cuello Calón, **op.cit.**, *supra nota* 28, p.499.

preterintencional, de procedencia italiana, cuya doctrina viene a concebir la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, un ejemplo se tiene cuando una persona golpea a otra —sin ánimo homicida— y como consecuencia, debido a las lesiones causadas, sobreviene la muerte. El hecho es intencional, pero la intención ha sido ampliamente superada por el resultado.

Frente a esta figura de la preterintencionalidad las posiciones doctrinales se escinden en tres direcciones:

1. La doctrina clásica italiana, seguida a este respecto por los positivistas, ve en la preterintención una forma de dolo el denominado dolo preterintencional; Carrara pensó al clasificar al homicidio preterintencional en la familia de los homicidios dolosos, aunque conviene advertir que el gran maestro italiano utiliza la fórmula de culpa mezclada con dolo ³².

En este sentido, Eusebio Gómez, profesor argentino, afirma que al homicidio preterintencional le confiere carácter doloso la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la Ley ³³.

2. Otro grupo de autores se alza contra la admisión del dolo más allá de la intención del agente. Precisamente, José Irureta Goyena ³⁴, juspenalista uruguayo, indica que el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto a la lesión, culpa en referencia a la muerte. Jiménez de Asúa ³⁵, señala al respecto que en Argentina, José Pecó sostiene que el delito preterintencional está constituido por dos ingredientes: uno culposo, y otro doloso; el dolo recae en el propósito, y la culpa sobre el resultado. A esta opinión se adhiere el maestro hispano por lo que se refiere a la interpretación de esta figura.

³² Carrara, Francesco, **Programa del curso de derecho criminal**, Bogotá, Ed. Temis, 1978, pp.269-271.

³³ Gómez Eusebio, **Tratado de derecho penal, Serie leyes penales anotadas**, Buenos Aires, 1953, T.I, pp.436 y ss; T.II, 10 y ss.

³⁴ Jiménez de Asúa, **op.cit.**, *supra nota* 12, pp.383 y 384.

³⁵ *Ídem*, p.384.

3. Delitos calificados por el resultado. Jiménez de Asúa, en nuestra opinión, entiende que, en riguroso análisis, los delitos preterintencionales no son más que los calificados por el resultado en la técnica jurídica alemana.

El profesor Porte Petit ³⁶, ha mantenido, la carta de naturalización de la preterintencionalidad en el derecho mexicano. La sostuvo con base en la ya mencionada fracción II del artículo nueve, literalmente, por la reforma del 13 de enero de 1984, y la mantuvo sin enmienda, pues, según se tiene entendido, es uno de los redactores del Anteproyecto de 1983, auténtico cimiento de la reforma, tantas veces referida.

Basta comparar el Anteproyecto del artículo 11 con el artículo 9 actualmente vigente, y tendrá que aceptar lo que afirmamos: una levísima mutación de redacción, referente a los respectivos párrafos terceros no resta ni un ápice de verdad a lo que decimos ³⁷.

El ilustre maestro sostenía ³⁸ que la fracción II del anterior artículo 9 no era otra cosa que la aceptación de la preterintención en el ámbito penal mexicano, independientemente de lo desafortunado de su redacción. De dicha fracción II, Porte Petit entendía que dimanaba el que el agente cometió un daño mayor del que se propuso causar, y que mediaba culpa respecto al daño causado, tomando en consideración que este daño pudo haber sido notorio, previsto o haberse previsto.

Actualmente, tras la reforma en vigor desde el 12 de abril de 1984, la preterintencionalidad quedó ya incorporada al acervo jurídico penal mexicano.

³⁶ Porte Petit, Celestino, **Programa de la parte general del derecho penal**, 1958, p.498.

³⁷ Anteproyecto p.7, *in fine*.

³⁸ Porte Petit, **op.cit.**, *supra nota* 35, p.498.

Al doctor Enrique Gimbernat Ordeig ³⁹, uno de los mejores penalistas hispanos de la hornada democrática y profesor de la Universidad Complutense de Madrid, reafirma la cuestión que tratamos (la preterintención) cuando explica que en el homicidio preterintencional se le imputa al autor resultados imprevisibles y aquí, por lo menos en algunos delitos, radica una diferencia entre la responsabilidad por el resultado y la responsabilidad imprudencial, en que solamente se imputan los resultados previsibles.

Por su parte, Gimbernat entiende que lo que, en esencia, distingue a la responsabilidad por el resultado de la dolosa y de la culposa es que: «la pena es desproporcionada a la culpabilidad del agente», mientras que en los delitos culposos y dolosos las penas son fijadas en función del grado de culpabilidad del autor.

Como colofón, quisiéramos citar las palabras del doctor Sergio García Ramírez ⁴⁰, quien respecto de las cuestiones tratadas en estas páginas señala lo siguiente:

«Además, el superado artículo noveno del Código Penal contenía también estipulaciones muy controvertibles y controvertidas, que en la práctica promovía confusiones y gravísimas injusticias. La presunción delictuosa salvo prueba en contrario, que se cargaba al inculpado. Ciertamente, la fórmula de la presunción cuando era indestructible, recogía inequívocos casos de dolo, pero también alguno en que era evidente la ausencia de dolo. Ocurría, en este punto, que la presunción de dolo se conservaba incólume aunque se acreditase la inexistencia de dicha forma o grado de culpabilidad. En síntesis regía el principio de suponer que quien comete un delito lo hace siempre, o casi siempre de manera deliberada o intencional. Esta absurda presunción aparejaba la posición tan inevitable como injusta, de las sanciones correspondientes a los delitos intencionales, mucho más severas que las relativas a las que el Código denomina delitos no intencionales o de imprudencia.

³⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**, Madrid, Instituto Edith. Reuss, 1966, p.163, nota 141.

⁴⁰ García Ramírez, Sergio, **Justicia y reformas legales**, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, cuaderno No.14, 1985, pp. 256-257.

»La reforma de 1983, que en este punto, como en tantos otros, representó un enorme paso adelante, incorporó tres categorías, que ya reconocen algunos ordenamientos, a saber: delitos intencionales, delitos no intencionales o de imprudencia, y delitos preterintencionales, que constituyen una novedad para la legislación federal y del Distrito Federal. Se mantuvo la objetable terminología sobre intencionalidad e imprudencia, cuya imperfección formal se compensa con la fijación de los respectivos conceptos o definiciones, en virtud de que otros muchos preceptos del Código, que aguardan el deseable relevo, recogen estos términos»⁴¹.

- ⊙ Índice General
- ⊙ Índice ARS I

⁴¹ *Ídem.*