

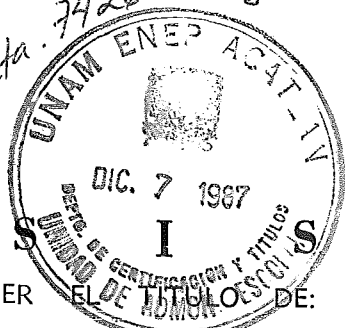


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

EL HOMICIDIO
POR RETRIBUCION DADA O PROMETIDA

No. Cta. 7426160-8



T E S I
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SILVIA ELSA ROMERO DOMINGUEZ

M-0059696

Santa Cruz Acatlán, México

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
Dedicatoria	
Introducción	
CAPITULO I - GENERALIDADES DEL HOMICIDIO	4
I. Antecedentes Históricos	4
a) Grecia	7
b) Roma	9
c) España	12
d) Francia	17
II. Antecedentes Legislativos	22
a) Código Penal de 1871	22
b) Código Penal de 1929	29
c) Código Penal de 1931	35
III. Noción General del Homicidio	39
CAPITULO II - NOCIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO	47
I. Escuela Clásica	50
II. Escuela Positiva	53
III. Noción Jurídica Formal	56

42-0059676

	Pág.
II. El Homicidio por Mandato	104
a) Su regulación en nuestras normas penales	105
b) Los sujetos	106
c) Circunstancias de mayor o menor peligrosidad del delincuente	109
d) El precio o promesa remuneratoria como móvil	111
e) La pena	112
III. Inoperancia de la presunción de premeditación	114
IV. La tentativa en relación a este homicidio	115
C O N C L U S I O N E S	121
B I B L I O G R A F I A	124

A mis hermanos
especialmente a Elia
y a su inflexible espíritu
de lucha y solidaridad.

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

No podemos negar que el factor más importante de nuestra sociedad es la vida humana, basada ésta como el bien más valioso que poseemos y que hemos prolongado a través de varias generaciones y distintos métodos, y que el homicidio como contraposición de la primera, es el acto u omisión que debe ser más severamente reprimido por la misma sociedad.

A la sociedad, dentro de nuestra concepción jurídica, le corresponde por medio de su órgano representativo que es el Estado, conducir la convivencia humana a fin de que no se desarrollen actos u omisiones que provoquen la alteración en su marco social y puedan desenvolverse bajo una ley común general. Siendo el homicidio la privación de la vida en forma antijurídica de un miembro de la colectividad, será el Estado quien reaccione más enérgicamente ante aquél que atente contra la unidad de su comunidad.

Con el interés de estudiar el homicidio en sus diversos orígenes y consecuencias, encontramos en nuestra actual legislación penal, en su artículo 315 los tipos complementados cualificados cuando éstos se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición. Es el delito presuncionalmente complementado grabado del homicidio por retribución dada o prometida el que nos ha inquietado, amén de que existen otros más; contenido éste en el Párrafo III del precepto a que se hace alusión; es un delito en el que se presume la premeditación. Considerando la negatividad de este tipo en cuanto a la premeditación hemos fundamentado el presente trabajo de investigación.

Con base en ello, lo hemos desarrollado en cuatro capítulos en donde encontraremos desde el antecedente histórico de la Grecia de Aristóteles y el análisis de los antecedentes Legislativos, que han regido la vida jurídica penal de nuestro país, incluyéndose las generalidades del homicidio.

El segundo apartado del presente trabajo comprende la evolución del Derecho Penal a través de las escuelas que han influido en su metamorfosis, además de las nociones jurídicas sustancial y formal y un somero desglosamiento y estudio de los elementos que se desprenden del mismo.

En el Tercer Capítulo analizamos los tipos presuncionalmente complementados del homicidio, desde el concepto de la premeditación hasta los tipos que prevee el artículo 315 del Código Penal vigente; todo esto, sin perder la postura inicial de que la presunción en estos delitos no tiene razón de ser,

ya que tiene las características propias de la premeditación y otras calificativas.

En el cuarto apartado ya encontramos propiamente la parte medular de la tesis y analizamos el homicidio por retribución dada o prometida, desde sus antecedentes históricos más remotos hasta el actual Código Penal, pasando a través de las distintas normas que lo han regulado. Sin olvidar el estudio de la tentativa en sus dos formas y las circunstancias que la hacen aparecer en este delito. Y finalmente, se presenta en este breve estudio, las conclusiones a que hemos llegado después de tratar de entender, explicar y deducir este tema.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL HOMICIDIO

SUMARIO: I.- Antecedentes Históricos: a) Grecia; b) Roma, c) España, d) Francia. II.- Antecedentes Legislativos: a) Código Penal de 1871, b) Código Penal de 1929, c) Código Penal de 1931. III.-Noción General del Homicidio.

I.- ANTECEDENTE HISTORICO.- La Historia es la ciencia maestra de la vida, única fuente de conocimiento del eterno presente, es la piedra de toque de una cultura.

En otras palabras: la Historia es la ciencia forjada por los pueblos que manifiestan su vida, su cultura, el proceso de su desarrollo, el alcance de su progreso, en suma, su realidad, con los matices de sus propios caracteres, el modo de sus adelantos y el aspecto de su lucha en la conquista de la naturaleza, en la defensa de sus propios intereses y en su peculiar forma de resolver los diversos problemas que se les presentan de acuerdo a su personal forma de concebir el mundo.

De ahí que, comunmente a la Historia se le conoce como: la narración ordenada y sistemática de hechos o acontecimientos, que han influido en el desarrollo evolutivo de la humanidad. Este concepto, aplicado a la historia del homicidio, resulta que: es la narración ordenada y sistemática de los diferentes modos de represión, con los cuales ha sido sancionado el homicidio en las diferentes etapas de desarrollo de la humanidad, con sus consecuentes cambios en base a tiempos y lugares.

Tan es así que lo encontramos desde la época bárbara hasta el actual período científico. Ignacio Villalobos establece que estudiar la Historia del Derecho Penal "no se estudia con afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración".¹

Dentro de la Historia del Derecho se han dado distintas concepciones, por ejemplo, para Ricardo Levene: "La Historia del homicidio es, en el fondo, la misma historia del Derecho Penal".²

-
- 1 - Derecho Penal Mexicano, Parte General, 4a. Edición, Ed. Porrúa, S.A., Méx. 1983, p. 24.
 - 2 - El Delito de Homicidio, 2a. Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 11.

Para Maggiore: "La acriminación del homicidio es contemporánea de la Historia de la Humanidad".³

Para Puig Peña: "El delito de Homicidio es tan antiguo como la Humanidad misma, pues por desgracia, inmediatamente después de nuestros primeros padres, el hombre ha atacado constantemente la vida de sus semejantes, no obstante las fuertes penas que por este delito, se han impuesto siempre".⁴

Respecto a otras conductas lesivas del interés de la Sociedad y desde los albores de la humanidad, la Sociedad ha reaccionado siempre con más energía ante este delito. El homicidio ha sido sancionado, siempre, con las penas más severas; si hacemos un análisis con relación a esto, encontraremos que existen razones fundamentales y de peso, éstas son:

Primero.- El hombre forma parte del total de la suma de la colectividad, por lo que al afectarse parte de ese total, se esta atacando a la sociedad misma. Como consecuencia, el Estado a quien se le ha encargado el interés general y además es representante de la sociedad, tiene la obligación y debe castigar enérgicamente la comisión de este delito.

3 - Derecho Penal, Parte especial, 4a. Edición, T. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1955, p. 263

4 - Derecho Penal, parte especial, 5a. Edición, Ed. Nauta, S.A. Barcelona, 1959, p. 287.

Segundo.- El bien jurídico tutelado por el Derecho es la vida, el respeto a la misma es la condición necesaria que se debe observar para poder disfrutar de los restantes bienes protegidos por el derecho, ya que sin la primera los segundos no tendrían razón de ser; además, porque el daño cometido contra ella es irreparable, y

Tercero.- Si el atentado al orden jurídico de la sociedad pone en peligro alguno de los valores de justicia, seguridad y bien común como principios fundamentales del Derecho, éste será delito, más aún cuando se trate de la vida.

A estos fundamentos podríamos agregar también que nuestra civilización esta muy influenciada por el cristianismo, el que postula que al hombre no le es dable disponer de su propia vida, por no pertenecerle ésta, consecuencia lógica, mucho menos puede disponer de la vida de sus semejantes.

Ya hemos visto por qué se sanciona el Homicidio tan severamente, ahora trataremos su historia dentro de las principales culturas que registra la humanidad y que han influido hasta nuestros días.

a) **Grecia.**- Uno de los principales exponentes en la historia del Homicidio de Grecia es Ricardo Levene, por lo que este autor nos será de gran auxilio al decirnos que: "entre los griegos, el homicidio, fuera de hombre libre o esclavo, era sancionado con la misma pena, no existiendo distinción entre ambos".

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

"Asimismo, tampoco existía distinción entre homicidio e infanticidio, consecuentemente a los dos les era aplicable también la misma penalidad; pero en Esparta, era permitido al padre matar a su hijo, arrojándolo desde el Trageo eliminándolo así de su físico pobre". "Esto representaba para los griegos una excusa absolutoria en favor del padre, o lo que es lo mismo, no se le aplicaba penalidad alguna".

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

Punibilidad.— Por lo que respecta a las penas que los griegos aplicaban el homicidio, Levene nos dice que "en Grecia no se castigaba la muerte concebida en defensa propia".

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

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

b) Roma.- "En el derecho romano primitivo se considero al homicidio como sacrilegio, y era sancionado con el "suplicium", que era una especie de expiación religiosa, según la máxima "Si quis hominem liberus sciens morti duit, parricidas esto", esto es: si alguno a sabiendas de su crimen, da muerte a un hombre libre, será tenido como homicida".⁶

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

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

5 - Op. cit., págs. 12 y 17.

6 - Giuseppe Maggiore, Op. cit., p. 263.

7 - Derecho Penal Mexicano, t.I. 2a. edición, Ed. Porrúa,S.A.,
Méx., 1968, p. 70

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

Edmundo Mezger dice que "a partir de Adriano se pretendió distinguir -siguiendo el ejemplo griego- entre premeditación o ímpetus y citando a MOMMSEN, expone que en el Derecho Romano se valora la muerte ocasionada culposamente, con criterios muy distintos".⁹

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

"En tanto que la Ley Julia de adulterio, permitió que el padre de la adúltera la matase, pero sólo en caso que no lo hiciera el cónyuge ofendido".¹⁰

8 - Ricardo Levene, Op. cit., p. 12

9 - Derecho Penal, parte especial, trac., de la 4a. edición alemana, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954,p.30

10 - Federico Puig Peña, Op. cit., pag. 288

Punibilidad.- Tal como se estudio la punibilidad de los griegos, toca ahora hacer un breve estudio sobre la que los romanos aplicaban en el delito de homicidio, por lo que: "desde las Doce Tablas existieron jueces especiales para los procesos de homicidio, llamados "Quaestores parricidi". La Ley Cornelia de Sicariis et Venefecilis, delegó a los quaestiones, que era una especie de jurado presidido por los magistrados, el conocimiento y el castigo de este delito".

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

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

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

"Según la Ley Aquilia, el homicidio involuntario daba lugar a una reparación pecuniaria. Al caer la República se impusieron penas más graves a los homicidios, aún a los involuntarios, considerándose el homicidio como "res mali exempli", asunto del mal ejemplo".¹²

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

"En los primeros tiempos se castigaba con pena de muerte al homicidio internacional y con la expiación al casual. La Ley Cornelia dispuso la muerte para el homicidio doloso. Se sancionaba igual la participación que la autoría".¹³

c) **España.**— Levene nos dice que: "El Fuero Juzgo del Siglo VII, dedica el Título V del Libro VI a "Muertes de Homines", distinguiendo entre homicidio involuntario, el proveniente de actos ilícitos y el voluntario. Cuando se trataba del primero, no se debía castigar como homicidio cuando no se había cometido por odio o malquerencia, como cuando se trataba del maestro, padre o señor que castigaba a sus subordinados. Si se causaba

12 - Giuseppe Maggiore, Op. cit., p. 265

13 - Ricardo Levene, Op. cit., p. 17

a la víctima una pequeña herida y moría, se castigaba a su autor como reo de homicidio; asimismo, también se preveía el hecho del padre, que mataba empujado o por juego en riña".

Cuello Calón aprecia que "es riquísima la cantidad de textos del homicidio en los fueros municipales de Castilla". Estos Fueros, sigue diciendo este autor "destacan la impunidad del homicidio del "enemigo conocido", así como la declaración de traidor o enemigo de todo el Consejo, declaración equivalente a la pérdida de la paz en el derecho germánico, en virtud de la cual el homicidio quedaba excluido de la comunidad política y desprovisto de protección y amparo; algunos fueros establecieron penas de exagerada crueldad. En Cataluña, se desprende de los Usatges que los homicidios daban lugar a la composición o a la venganza, el fuero de Agramunt manda que den fiadores y sean juzgados conforme a los Usatges y en tudines Irlandeses también los homicidios se rescataban con la composición o quedaban abandonados al derecho de venganza".¹⁴

"En el Fuero Real de 1255 (Lib. IV, tit. XVII, Ley I), contemplaba el homicidio cometido en legítima defensa, cuando la víctima fuera sorprendida yaciendo con la mujer, hija o hermana del matador, si se mataba al ladrón nocturno, o si se mataba soñoriendo a su señor. Ya reaparece la distinción entre homicidio voluntario (a sabiendas), penado con la muerte, y el involuntario (por acción, no queriendo matarlo); sin embargo, reconoce

14 - Op. cit., p. 13

el derecho de venganza en caso de muerte del enemigo conocido. Igual apreciación del elemento voluntario hállase en las partidas (partida VII, ti. VIII, ley I), las cuales, en caso de homicidio voluntario, imponen también la pena capital y si fue cometido por imprudencia, el destierro por cinco años en una Isla. Preceptos semejantes se hallan en el Libro de las costumbres de Tortosa, pero en este no obstante su espíritu romanista, subsiste aún la composición para el homicidio; de igual manera en el Fuero de Valencia, muy romanista también, pero que, no obstante, reconoce el derecho de venganza".¹⁵

Las partidas de Alfonso al Sabio, del año de 1256 (partida VII, tit. VIII, ley 1), define el "homecillo" como "cosa que fassen los homes a las vagadas a fuerte a las veces a derecho", y como forma del mismo preve el injusto con derecho y de acción. En caso del homicidio voluntario imponen también la pena capital; al cometido por imprudencia, al destierro por 5 años en una Isla. Matar al loco desmemoriado y menor de 10 años y medio de edad, no era objeto de sanción alguna. Se imponía sanción a los físicos (médicos) y cirujanos que obraban por imprudencia, al boticario que vendía a sabiendas veneno mortífero, la mujer embarazada que ingería algo para abortar, el juez que dictaba sentencia injusta y a los testigos falsos, con la pena de muerte. Existe en las partidas un gran adelanto, pues se fija la sanción para aquellos que con castigo ocasionan la muerte del hijo, el ciervo o el discípulo".

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

En España, por lo que nos dice Cuello Calón "los Códigos posteriores penaron al homicidio simple con penas de privación de la libertad de larga duración: el de 1822 (art. 618), le señalaba la pena de obras públicas de 15 a 25 años, aproximada duración señalaron los Códigos de 1850 (art. 333, 2º), 1870 (art. 419), 1928 (art. 515) y 1932 (art. 413)".¹⁶

Levene manifiesta que "en las Indias se aplicaban mencionadas leyes en el orden preestablecido por el ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, y Nueva Recopilación de Leyes de Castilla. Consecuentemente la Recopilación de Indias de 1680, prácticamente no contiene disposiciones relativas al derecho de fondo, esto es el penal, no obstante que en el Libro VII, título VIII, trata de los delitos y penas y su aplicación en 28 leyes y refiere a alguno de ellos, pero no al homicidio, pudiéndose citar tan solo una ley de la misma que ordenó a los jueces no aceptar la composición de los delitos, salvo que no hubiese de por medio un interés general".

16- Op. cit., p. 418

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

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

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

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

"El parricidio era castigado como el Derecho Romano. No obstante que las leyes españolas regían en América, su aplicación fue moderada por los jueces y excepcionalmente se llegó a la pena de la muerte".¹⁷

17 - Op. cit., págs. 15, 18 y 19

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

"Estos esfuerzos de unificación, se personificaron con Carlos Magno, quien crea una primera unidad con sus Capitulares, en medio de instituciones confusas de tiempos bárbaros, creando un poder capaz de defender al individuo. Luis IX y Luis X luchaban contra el Feudalismo; en el Siglo XVI la jurisprudencia, basada más que nada en el derecho romano se apropia de todos los elementos dispersos del derecho".

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

1.— **De formación.**— Durante el cual se combinan el derecho romano, el germánico y el canónico. Este período abarca hasta el Siglo XVI.

2.— **De unificación.**— Una vez cumplida la unidad territorial de cada costumbre, se une la realeza y los legisladores para llevarla a cabo. Se extiende este período hasta finales del Siglo XVI, y

3.- De unidad.- Comienza en 1789 y se caracteriza por la codificación de la legislación nacional".¹⁸

Por su parte Luis Jiménez de Asúa dice textualmente: "En Francia, su derecho penal común se forma en la lucha del poder civil contra el religioso, que acaba siendo vencido en toda la línea, así como las jurisdicciones municipales y feudales".¹⁹

En mérito de todo esto, considerándolo, fue el haber combinado los diversos elementos que la componen, esto es, haber apropiado sus materiales con un gran trabajo de asimilación y haberle dado un carácter impersonal, lo cual haría que posteriormente el derecho criminal francés sirviera de base a la mayoría de legislaciones europeas.

"Existieron varios ordenamientos que se dieron durante el desarrollo legislativo francés, éstos fueron: el Gran Coutumier de Carlos VI (1453), las ordenanzas criminales de Francisco I (1539). La Ordenanza Criminale de Luis XIV (1670) y las posteriores que procedieron a la Gran Revolución".

"Estas Ordenanzas Criminales de Luis XIV, son más bien de carácter procesal, ya que se trata con gran desorden el duelo, el peculado, de la ocultación del embarazo. Esto trajo como

18 - Tratado de Derecho Penal, delito, delincuente y pena, obra mimeografiada, México, 1934, p. 29

19 - Tratado de Derecho Penal, t.I, 2a. edición, Ed. Lozada, S. A., Buenos Aires, 1956, ps. 296 y sig.

consecuencia la necesidad de la Jurisprudencia de los parlamentos, dicha jurisprudencia se estableció sobre el influjo de la doctrina, de la legislación y del derecho canónico. De ahí la diversidad de infracciones que se penan; entre las cuales, es digna de mencionarse la de los criminales contra las personas, entre las que se encuentra el homicidio y otros. La época codificadora en Francia, empieza con la Revolución, dichos códigos son: el del 25 de septiembre, 6 de octubre de 1791, el de 3 de Brumario del año IV (25 de octubre de 1795) y el Código de 1810, aún en vigor".²⁰

"Este Código Penal dice: "L homicide commis volontairement est qua lifié meurtre"; y en otro artículo dice: "Toust meurt recommis avec premeditation ou de quest apens, est qualifié assassinat".²¹

Edmundo Mezger interpretando los anteriores artículos del Código Penal francés, estima que: "Se distingue entre homicidio y asesinato, consistiendo el primero en matar abiertamente y el segundo en matar en forma oculta y alevosa, con las características de la premeditación".²²

Esto es, en Francia existe la diferencia entre cometer un homicidio y el cometer un asesinato; se diferencian en que en el primero no operan las calificativas, denominándolo diríamos

20 - Luis Jiménez de Asúa, Op. cit., ps. 296, 309 y 310

21 - Arts. 295 y 296 del Código Penal Francés

22 - Op. cit., p. 37

que es un homicidio simple, en tanto que en el segundo si operan, por lo que el segundo es un homicidio calificado.

"Este Código Penal francés de 1810, ha tenido dos grandes reformas, una en 1824, la cual consistió en la extensión de las circunstancias atenuantes, la otra reforma fue en 1832, que modificó el cuerpo legal en cuanto a la medida de la pena, introduciendo las causas atenuantes en el sentido igualitario de la Revolución no había querido recibir. Suele considerársele como la legislación que inspiró a todos los países durante casi todo el siglo XIX, principalmente los Europeos".²³

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

Por consiguiente, sólo haremos transcripción de citas que esporádicamente hacen los autores consultados, por lo que:

"En la época de San Luis (1270), se estableció la pena de horca, aboliéndola la ley del 4 de Brumario del año IV (26 de octubre de 1795)".²⁴

23 - Luis Jiménez de Asúa, Op. cit., pág. 310

24 - Ricardo Levene, Op. cit., ps. 18 y 20

"El Código de 1810, volvió a castigar con la muerte al homicidio calificado, contemplando el elemento intencional".²⁵

25 - Giuseppe Maggiore, Op. cit., p. 265

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

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

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

Código, que presentado a las Cámaras, fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871, para comenzar a regir el primero del mes de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California.

Respecto a esta situación, Martínez de Castro manifiesta que: "solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el sólo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron".²⁶

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

Este Código que cuenta con 1151 artículos, admite fundamentalmente los postulados de la Escuela Clásica; conjuga la justicia absoluta y la utilidad social; establece la responsabilidad moral (libre albedrío) como base de la responsabilidad penal (artículo 34 frac. I); cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (arts. 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático; el arbitrio judicial se encuentra reducido y muy limitado, teniendo el juzgador la obligación de imponer la pena específicamente señalada en la ley (arts. 37,66,69,230 y 231); la pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo y se acepta la de muerte (art. 92 frac.X);

delimita los conceptos de intención y culpa; desarrolla la participación en el delito; la acumulación, reincidencia y tentativa.

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

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

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

El maestro González de la Vega, al ocuparse de dicha clasificación escribe que: "El sistema seguido por el citado ordenamiento presentaba el inconveniente de agrupar en una sola clasificación

delitos de tan diversas consecuencias jurídicas como son aquellos que afectan directamente la vida y la integridad fisiológica de las personas y aquellos que lesionan simplemente su libertad y, además, el de pretender integrar una enumeración completa de los delitos contra las personas cometidos por particulares, siendo así que sólo se incluía escasa parte de ellos, quedando excluidos de esta denominación tipos de infracciones evidentemente realizadas por particulares contra las personas, especialmente los delitos patrimoniales, los sexuales y los llamados delitos contra el honor".²⁷

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

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

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

27 - Derecho Penal Mexicano. los delitos. 14a. edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1975, p. 3.

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

II.- Que la muerte se verifique dentro de los sesenta días contados a partir del momento que se produjo la lesión. En su exposición de motivos se decía que, ésto tenía como objeto primordial evitar que los procesos se aplazaran por más tiempo, ya que, estadísticamente, la mayor parte de los lesionados sanan o mueren antes de transcurrido ese tiempo.

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

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

Art. 545.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión aunque

se pruebe: que se hubiera evitado la muerte con auxilios oportunos; que la lesión no hubiera sido mortal en otra persona; o que lo fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Art. 546.- Como consecuencia de las declaraciones que proceden, no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea resultado de una causa que existía y que no fue desarrollada por la lesión, ni cuando esta se haya vuelto mortal por una causa posterior a ella como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas mal practicadas, o excesos del paciente o de los que lo asisten.

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

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

II.- Cuando se infieran varias heridas, todas mortales, y no constare quienes fueron los heridores; todos serán castigados como homicidas.

III.- Cuando sean varias las heridas, unas mortales y otras no, y se ignore quienes infirieron las primeras, pero constare quienes hirieron sufrirán todos la pena de seis años de prisión, excepto aquellos que justifiquen haber dado sólo las segundas.

A estos últimos se les imputará la pena que corresponda por las heridas que infirieron.

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

En el artículo 553, el que da la definición de la riña, diciendo: "es la contienda de obra y no de palabra, entre dos o más personas". Creemos nosotros que los redactores del Código Penal en estudio, se basaron en la definición que da Carrara de la riña -decía el gran jurista italiano-: "la riña se define como una lucha súbita entre dos o más personas por causas privadas. Se dice súbita para distinguir la riña de la agresión y del duelo; y se dice por causas privadas, para distinguirla de la sedición y de otros delitos de carácter político".²⁸

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

28 - Programa de Derecho Criminal, parte especial, vol. I, t.IV, traducción de la 5a., 6a. y 7a. edics. italianas, Editorial Témis, Bogotá, 1957, p. 408.

Punibilidad.- En el Código Penal de 1871, se exceptuaba de pena al homicidio casual, que era aquel que resultaba de un hecho u omisión, que causaba la muerte sin intención ni culpa; el homicidio simple intencional se castigaba con doce años de prisión, cuando lo cometa el homicida en un descendiente suyo, excepto en el caso del artículo 555, cuando lo cometa en su cónyuge, menos en el caso del artículo 554 y cuando lo ejecuta sin causa alguna y sólo por una brutal ferocidad (artículo 552 fracciones I, II y III); se aplicaban cuatro años de prisión cuando el homicidio se ejecutaba en el cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en uno próximo a su consumación y con 5 años cuando lo cometa el padre en su hija, o al corrupto de ella, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él y siempre y cuando no se haya procurado o facilitado el adulterio o la corrupción de la hija (artículos 554, 555 y 556); se castigaba con la pena de muerte al homicidio intencional, cuando se ejecutaba con premeditación y fuera de riña, cuando se cometía con ventaja tal, que el homicida no corre riesgo de ser muerto, ni herido por su adversario y aquél no actúe en legítima defensa, cuando se cometía con alevosía o a traición (artículo 561); se castigaba como premeditado el homicidio cometido por medio de veneno (artículo 562), y se equiparaba al premeditado, el que se cometía por abandono de niños menores de 7 años de edad o de cualquier persona que tenga a su cuidado el homicida (artículo 563).

b) Código Penal de 1929.- En 1903, y bajo la Presidencia del General Porfirio Díaz, se designó una Comisión, presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, para efectuar una revisión

de la legislación penal. Siendo hasta el año de 1912 cuando se presentó el proyecto de reforma al Código de 1871, no habiéndose reconocido legalmente, en virtud de que el país se encontraba bajo la convulsión revolucionaria.

Al igual que en el anterior Código, una vez vuelta la calma al país, a fines del año de 1925, el Presidente de la República, nombró, por conducto del Secretario de Gobernación, una Comisión para que redactara un Código Penal para el Distrito Federal y Territorios, quedando integrada, dicha Comisión, por los Licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y el Licenciado Castañeda. En el mes de mayo de 1926 fué nombrado en sustitución del Licenciado Castañeda, el Licenciado José Almaráz, quedando finalmente integrada la Comisión por los Licenciados Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudeño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, presidiendo los trabajos de la Comisión éste último.

Siendo Presidente de la República, el Licenciado Don Emilio Portes Gil, se expidió en septiembre de 1929 un nuevo Código Penal.

El Licenciado José Almaraz decía que: "La Comisión acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva... es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes -entre sus méritos señala- el haber roto con los antiguos moldes de la Escuela Clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha

conciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones".²⁹

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

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

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

29 - Exposición de Motivos, ps. 18 y 19.

Muy por el contrario de su antecesor, el Código de 1929 padeció de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos, lo que dificultó su aplicación práctica. Por eso coincidimos con la opinión sustentada por el maestro Celestino Porte Petit, de que "... no realizó integralmente los postulados de la Escuela Positiva por: a) obstáculos de orden Constitucional, y b) errores de carácter técnico".³⁰

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

Por lo que se refiere al delito de Homicidio, el artículo 963 toma íntegramente la definición del artículo 540 del Código

30 - Evolución Legislativa Penal en México, 1a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, p. 30

anterior; son iguales también, los artículos 541 y 964; 942 y 965; 543 y 966; 544 y 967, excepto la fracción III de éste último, pues ilógicamente agrega la frase "si se encuentra el cadáver del occiso". La pérdida del cadáver, impide físicamente la práctica de la necropsia; son también iguales el 545 y 968; 546 y 969; 547 y 970, de los citados ordenamientos.

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

Se distingue en este ordenamiento, la excusa absoluta de que gozaba tanto el cónyuge homicida como el padre que mataba al corrupto de su hija. Los artículos 979 y 980, reglamentaban lo anterior, en los siguientes términos: art. 979.— No se impondrá sanción alguna: al que sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio, o en un acto próximo a su consumación, mate a cualquiera de los adúlteros o a ambos; salvo el caso de que el matador haya sido condenado antes como reo de adulterio, por acusación de su cónyuge, o como responsable de algún homicidio o delito de lesiones. En estos últimos casos, se impondrá al homicida cinco años de segregación; por su parte, el artículo 980, establecía que "tampoco se impondrá sanción: el padre que mate a su hija que esté bajo su patria potestad, o al corrupto de

aquella, o a ambos si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él. Cuando el padre haya sido condenado anteriormente como responsable de un homicidio o de un delito de lesiones, se le imputarán cinco años de segregación". Son de resaltar que, siendo precisamente el Código que tan acertadamente y con un criterio moderno, suprimiera la pena de muerte, tuvo un retroceso a las épocas primitivas del Derecho Penal, regresando al criterio de impunidad de las viejas leyes españolas, al consagrar a los particulares el derecho de venganza; también se resalta su carencia de técnica, pues no proveía a las lesiones e interpretando dichos preceptos, encontramos que cuando sólo se causaran éstas, se le exceptuaba también de sanción al agente del delito.

c).- Código Penal de 1931.- Tocó ser al mismo Presidente de la República que había promulgado el Código anterior, licenciado Emilio Portes Gil, quien determinó la elaboración de un nuevo Código Penal. La Comisión encargada fue integrada por el licenciado Alfonso Teja Zabre como Presidente y los Licenciados Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles; quienes concluyeron su trabajo con la redacción del actual Código Penal vigente, mismo que inició su vigencia el día 17 de septiembre de 1931.

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

En su exposición de motivos encontramos que: "ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea, práctica y realizable. La fórmula, no hay delitos, sino delincuentes, debe complementarse así: no hay delincuentes, sino hombres. El delito es un hecho principalmente contingente: sus causas son múltiples, es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, se identifica por distintos

conceptos parciales, por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal en un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene un valor científico como crítica y método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica nos lo proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) - Ampliación del albitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) - disminución del causismo con los mismos límites; c) - Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad; d) - efectividad de la reparación del daño; e) - Simplificación de procedimientos, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1.- Organización práctica del trabajo de los presos, reformas de prisiones y establecimientos de centros adecuados; 2.- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3.- Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); y 4.- Medidas sociales y políticas de prevención".³¹

31 - Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia de Fuero Federal. Revisada según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del Licenciado Alfonso Teja Zabre, 4a. Ed., Edit. Botas, México, 1938.

Este Código de 1931, ha recibido numerosos elogios de propios y extraños, pero también, por supuesto, diversas críticas. Sin embargo no podemos menos que aceptar que se trata de un ordenamiento con puntos positivos, que si bien es cierto que contiene defectos como toda obra humana, también es cierto que constituyó un gran adelanto para la época en que entró en vigor, pues vino a remediar la carencia de técnica y los errores de su antecesor. Podemos considerar a sus dos principales defectos que son: a) La reducción del articulado, que origina serios transtornos prácticos, y b) La exagerada ampliación del arbitrio judicial.

El Código Penal en vigor, está compuesto por 400 artículos y 3 transitorios. En el Libro Segundo, el título decimonoveno, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", enumera las siguientes infracciones: "Lesiones" I, "Homicidio" II, "Reglas comunes para lesiones y homicidio" III, "Parricidio" IV, "Infanticidio" V, "Aborto" VI, "Abandono de personas" VII. La denominación del título, tampoco ha escapado a la crítica, pues, la clasificación del delito de abandono de personas, dentro de este título, es incorrecta, ya que el abandono se sanciona aún cuando a consecuencia del mismo, no exista alteración en la salud ni la privación de la vida; también le es criticable la inclusión dentro del Capítulo de homicidio de los delitos de disparo de arma de fuego y el ataque peligroso, ya que estos son delitos formales, es decir, se sancionan independientemente de la comisión de cualquier otro delito y por lo tanto, ninguno de los dos supone necesariamente el daño de muerte.

Es el artículo 302 del citado ordenamiento, el que da la definición del homicidio, en los términos de: "Comete el delito de -- homicidio, el que priva de la vida a otro". En el siguiente -- Capítulo, nos encargaremos del estudio de los elementos que se aprenden de la definición y de la crítica de ésta.

III.- NOCION GENERAL DEL HOMICIDIO.- Al hacer el estudio de los antecedentes históricos y legislativos del homicidio, lo hice sin dar una definición de lo que jurídica y etimológicamente debemos entender por homicidio. Por lo que ahora dare una definición general del mismo, a reserva de tratarlo con amplitud cuando haga el estudio del Código Penal de 1931.

Etimológicamente la palabra homicidio, dice Bernal Pinzón es la: "derivación de la expresión latina homicidium, la cual a su vez se divide en dos elementos: homo y caedere. Homo (hombre) proviene de homun, cuyo significado corriente es el de tierra y el sufijo "cidium" proviene de caedere (matar)"³². En este sentido, homicidio es privar de la vida a un hombre.

Francisco Carrara por su parte hace la distinción entre homicidio en el sentido amplio y homicidio en el sentido restringido. Dentro del primero "muerte de un hombre cometida por otro hombre", comprende "el homicidio legitimo que es aquél que tolera la ley, en legítima defensa de uno de otros; comprende también el homicidio legal, esto es, el cometido por orden de la Ley, por ejemplo, el que comete el verdugo, exceptuando de éste, el caso en que el verdugo masacra bárbaramente al condenado, en vez de matarlo de un solo golpe. En sentido restringido, Carrara lo define como "la muerte" de un hombre cometida injustamente por otro hombre".³³

32 - El Homicidio, 1a. Edi. Editorial Témis, Bogotá, 1971, P.1

33 - Programa de Derecho Criminal, 5a. 6a. y 7a. ediciones Italianas, t.III, Ed.Témis, Bogotá, 1957, p.42.

Considero que, el agregar el calificativo "injusto" al homicidio, en la definición que da Carrara, esta de más, pues la injusticia es la característica de todo delito y el aceptarlo en el homicidio, traería como consecuencia la necesidad de agregarle a todas aquellas conductas previstas en los códigos penales. Se tendría que agregar lo injusto en todos los delitos como el robo, el engaño en el fraude, etc.

Además, por el sólo hecho de encontrarse prevista una conducta en el Código Penal, es injusta, pone en peligro la seguridad y el bien común y por lo tanto no hay necesidad de hacer referencia específicamente a éstas.

Debo aclarar que, desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, es útil para el estudio integral de este delito, pero es conveniente que se haga mención a todos los elementos esenciales del delito, como son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad que posteriormente analizaré con amplitud y sus aspectos negativos.

El penalista español Eugenio Cuello Calón opina que: "es necesario para dar una definición del homicidio, el hacer alusión a uno de los elementos esenciales del delito "la voluntad", de modo que la definición más justa del homicidio quedaría así, la muerte de un hombre causada por otro hombre".³⁴

34 - Derecho Penal, parte especial, t. II, 7a. edición, Editorial BOSCH, Barcelona, 1949, p. 417.

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

Antolisei lo define como "la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de justificación"; Ranieri por su parte dice que "es la muerte legítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre".³⁵

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

Para Pavón Vasconcelos "homicidio es la muerte violenta e injusta de un hombre atribuible, en un nexo de causalidad, a la conducta dolosa o culposa de otro".³⁶

35 - Citados por Celestino Porte Petit. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud, 1a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, México 1966, p.2.

36 - Lecciones de Derecho Penal, parte especial, 2a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1965, p.13.

Esta definición alude por un lado, al elemento objetivo "muerte" y por otro a la antijuricidad, conducta o culpabilidad, omitiendo hacer mención específica a la tipicidad, que si bien, la antijuricidad presupone a la tipicidad, como mencioné con anterior, para dar una definición dogmática completa, es necesario utilizar en cada definición a todos los elementos esenciales del delito y no solo a uno o alguno de ellos.

Por otra parte creo que es de destacarse la inclusión en dicha definición, del nexo causal, pues éste, es esencial para la integración del homicidio, pues la muerte debe ser moralmente imputable a la conducta externa de otro hombre, en caso contrario no existe el delito y por consiguiente la muerte que no tenga un nexo causal entre la conducta y esta como resultado, es irrelevante para el derecho penal.

Pienso que, para definir al homicidio, es suficiente hacer referencia únicamente al elemento objetivo "privar de la vida" (daño material), pues el tratar de dar una definición dogmática del homicidio algunas veces pecaría de amplia y otras de estrecha; además, esto es solo útil para la teoría del delito en general y no de cada delito en particular, pues como sostiene Porte Petit "cada delito en particular contiene los elementos esenciales de cada delito y los propios contenidos en el tipo".³⁷ Entonces si cada delito contiene los elementos esenciales, sería redundante que al tratar de dar una definición de cada delito en particular, se hiciera mención específica a ellos.

37 - Op. cit., p. 4

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

Por ello mi adhesión a la definición que sobre homicidio hace Giuseppe Maggiore, esto es, "la destrucción de la vida humana".³⁸

A reserva de tratarlos ampliamente cuando trate el estudio del homicidio en el Código Penal de 1931, diré que los elementos que se desprenden del tipo legal son: la conducta, el resultado y el nexo causal entre éste y aquélla.

El homicidio se consuma con la muerte del sujeto pasivo, pues cuando la vida únicamente ha sido puesta en peligro, estamos en presencia de la tentativa de homicidio. Escribe Fontan Balestra que "la muerte es un fenómeno biológico que se produce en la persona de la víctima como consecuencia de la conducta del matador".³⁹

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

38 - Op. cit., p. 274.

39 - Op. cit., p. 419

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

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

Fontan Balestra los define como "aquellos que con una acción que no llega físicamente a la víctima, le produce sin embargo, la muerte".⁴⁰

"Hay homicidio aún cuando el muerto hubiera nacido sin capacidad o fuera un hombre próximo a morir, es decir, el homicidio sólo puede darse entre el lapso de vida y la muerte".⁴¹ Por lo tanto, el homicidio puede darse en un menor, aunque éste hubiese nacido sin capacidad vital o en un sujeto próximo a morir.

Por la integración del homicidio es necesario que, además de la conducta y el resultado de la muerte, exista un nexo de

40 - Ibidem, p. 22

41 - E. Cuello Calón, Op. cit., p. 22

causalidad entre éstos, es decir, que el resultado material (muerte) se deba a la conducta dolosa o culposa de un hombre que le es imputable a éste.

Algunas legislaciones como la francesa, consideran como constitutiva del homicidio a la voluntad de matar "animus necandi", ya que prevee en una penalidad disminuida para el caso de que la muerte del sujeto pasivo sea consecuencia de un resultado no querido.

Hay ocasiones en que no reviste ningún problema encontrar el nexo causal entre la conducta y el resultado, por ejemplo el sujeto activo da un balazo en el corazón de su víctima. Encontramos aquí el nexo causal ya que la bala, en este caso intereso un órgano vital. Pero hay otras en que la conducta lesiva del agente no es causa directa e inmediata del homicidio, no es su única causa, por sí sola es incapaz de causar la muerte y si la origina es a consecuencia de un conjunto de "concausas" o contingencias independientes de la voluntad del agente. Se puede citar como ejemplo de concausas a las siguientes: la falta de asistencia médica oportuna, no imputable al acusado, las condiciones patológicas del sujeto pasivo y las imprudencias del occiso o de quienes lo rodearon.

Francisco Carrara en su obra de Derecho Criminal, al ocuparse de este problema opina que: "es indispensable la intervención de los peritos médicos en los procesos de homicidio para la comprobación del nexo causal".⁴² Esto es, mediante la abertura

42 - Op. cit., p. 51

de las cavidades craneanas, torácica y abdominal del cadáver, el perito médico va a establecer si existió nexo de causalidad entre la conducta del sujeto activo (acción u omisión) y el resultado letal (muerte).

Me parece acertada la definición que sobre las concausas da Frontan Balestra, estas son: "aquellas condiciones o circunstancias preexistentes, concurrentes o sobrenientes, que sin pertenecer a la acción, coadyuven en la producción del resultado".⁴³

La opinión científica no se pone de acuerdo, pues mientras unos opinan que el verdadero homicidio es solamente el que es causado directa e inmediatamente; otros sostienen lo contrario, para ser verdaderamente responsables del homicidio, basta haber originado algunas de las concausas".⁴⁴

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

43 - Op. cit., p. 23

44 - Eugenio Cuello Calón, O. Cit., p. 24

CAPITULO II

NOCIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO

Sumario: I.- Escuela Clásica; II.- Escuela Positiva; III.- Noción Jurídica Formal; - IV.- Noción Jurídica Sustancial; V.- Los Elementos del Delito.

Una de las partes más importantes dentro del Derecho Penal son las Nociones Generales del Delito como consecuencia de la diversidad de criterios y opiniones basados en la ignorancia o el negativo planteamiento de los expositores de esta rama jurídica, además de la Noción vulgar que ha trascendido a las diferentes etapas sociales y que no define claramente su esencia o contenido y que hace alusión a un acto sancionado por la ley con una pena.

Sin embargo, todas las palabras tienen un origen etimológico e Ignacio Villalobos define la palabra "delito" como la derivación del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto

de linquere, dejar y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino.⁴⁵

Tomando la idea o esencia de diversos autores que han tratado de definir el delito, se ha pretendido dar una definición única del mismo, valedera en distintos tiempos y lugares, una definición filosófica única. Sin embargo, ésto tiene consecuencias negativas, toda vez que el delito tiene sus más profundas raíces en las conductas de cada pueblo y las necesidades que plantea cada época, de ahí que el delito lo podemos considerar como "una valoración jurídica" y por ello, con el correr de los tiempos se modifica, lo que hoy puede considerarse delito, antiguamente no lo era, o a la inversa, lo que antes se estimada como delito actualmente ha dejado de serlo.

Actualmente y para nosotros los mexicanos que poseemos una Constitución General de la República, de la que emanan los demás ordenamientos, en su artículo 14 encontramos la garantía de un régimen respetuoso y con plena libertad, ya que en el segundo párrafo del citado artículo menciona que:

45 - Derecho Penal Mexicano, 4a. Edición, Editorial Porrúa, 1983, pág. 202

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente -- aplicable al delito del que se trata".⁴⁶

Cuando hace mención a "Ley exactamente aplicable" se refiere al conjunto de la descripción legal de la conducta tipo que no se agota dentro de los límites del precepto que describe la conducta prohibida, sino que se integra mediante la sistematización de todos los elementos dispersos tanto en el Código Penal como por la totalidad del ordenamiento jurídico, siempre que las disposiciones legales que contribuyen, numerosos estudiosos del delito no se ponen de acuerdo en una definición exacta, como más adelante lo veremos, sin embargo, nuestro Código Penal vigente en su Artículo 7° lo define como: "Delito en el acto u omisión que sancionan las leyes penales", a su integración sean de la misma jerarquía que los que constitucionalmente pueden definir delitos y señalar penas".

Para el maestro C. Porte Petit, "La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse del mismo".⁴⁷

46 - Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero.- Mexicano ésta es tu Constitución, 4a. Edición, Edit. Cámara de Diputados, Pág. 45.

47 - Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 4a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1978, p. 39

I.- ESCUELA CLASICA.- Determinantes han sido las Escuelas Clásica-Positiva en el Derecho Penal, por tal motivo nos ocuparemos de ellos para ver como trataron la Teoría del Delito con sus respectivas corrientes ideológicas.

Entre los representantes de la Escuela Clásica existieron varias definiciones del delito, pero sólo aludiremos aquí a la de Francisco Carrara, principal exponente de esta Escuela y para quien el delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."⁴⁸

Es el propio Carrara, quien analiza y explica su definición en los siguientes términos: es la infracción de la ley, porque "un acto se convierte únicamente en delito cuando choca contra ella"; pero para no confundirla con el "vicio", "que es el abandono de la ley moral", y con el "pecado", "que es la violación a la ley divina" (núm. 23), se afirma que es la Ley del Estado (núm. 24), promulgada a los ciudadanos, porque sin ella no sería "obligatoria" (núm. 25); se dice que es para proteger la seguridad para que resulte manifiesta la "idea especial del delito" que no esta en transgredir las "leyes" que protegen los intereses patrimoniales, violados por el "mero incumplimiento de una obligación civil"; ni en el quebrantamiento de las

48 - Programa de Derecho Criminal, Vol. I, párrafo 21, p.60

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

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

Así quedaba contemplada la concepción jurídica del delito, la cual con Carrara alcanzó su plena perfección, éste la consideró como "fórmula sacramental". Sin embargo, L. Jiménez de Asúa manifiesta que Carrara pensó que su doctrina era inatacable. Más por ser tan perfecta llevaba consigo la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y por tanto futuro ido. Y a pasos agigantados, pasado.⁴⁹

Esta definición de Carrara, fue una fuente de múltiples progresos, que si bien es cierto, posteriormente las concepciones dogmáticas del delito habrían de superar técnicamente, también es cierto que pueden hallarse en ella, los inicios de la división tripartita (acción-tipo, antijuricidad y culpabilidad).

49 - Derecho Penal, t. III, p. 36.

II.- ESCUELA POSITIVA.- Por lo que respecta a los positivistas, éstos se habían limitado a afirmar que el delito es un hecho natural, resultado de factores antropológicos, físicos y sociales, sin ocuparse de dar una definición del mismo, lo revistió con el carácter de independencia de cualquier valoración jurídica, esto es, dar una definición natural que no considera al Derecho Positivo. En contraposición a esto y tratando de dar una definición más clara, es Garófalo quien da el concepto histórico y sociológico, en donde evidentemente confunde lo jurídico con lo sentimental, pero además no toma en cuenta las necesidades colectivas, sino los sentimientos individuales; y así establece que delito es: "la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseidos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. 50

La investigación de Garófalo sigue el camino de "delito natural" a "sentido moral", por esta vía llega a los sentimientos de piedad y probidad. Pero esta definición al igual que otras posteriores tampoco se apegaba a una definición de delito, por lo que Enrique Ferri, representante de la tendencia sociológica en la Escuela Positiva, propone una nueva fórmula que se acerca más a la noción del delito, y dice que: "son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales

50 - Carlos Franco Sodi, Nociones de Derecho Penal, parte general, 2a. edición, Ed. Botas, Méx., 1950, p. 55

que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".⁵¹

Entre las múltiples críticas que se le han hecho a la definición sociológica del delito, podemos enumerar las siguientes: "Garófalo advirtió que la palabra "delito" no es un tecnicismo ni ha sido creada por los legisladores sino que existe en el lenguaje popular. Así comienza el desviado razonamiento del sabio jurista, quien ya con lo dicho demuestra que no iba a investigar el fenómeno delito en sí, sino más bien la palabra "delito", ni trataba de saber qué es tal delito sino qué se requiere significar, con ese nombre. Era la suya una investigación lingüística más bien que criminológica".

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

51 - Principios de Derecho Criminal, trad. al español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 1a. edición, Ed. Reus, S.A., 1933, p. 584.

"Como consecuencia de todo lo anterior debemos convenir en que, de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como "hecho natural", que no lo es; sino como un concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.⁵²

En lo personal cabe considerar que, si bien la conducta del hombre es un hecho natural, supuesta la inclusión del elemento psicológico del delito (culpabilidad), dentro de lo natural; así como sus especiales mecanismos, pero el delito -como tal- es una clasificación de determinadas conductas humanas, catalogadas como lesivas del interés de la Sociedad, hechas por especiales estimaciones jurídicas. Por lo tanto, es inaceptable la definición del delito emitida fuera del marco del Derecho.

Independientemente de las diversas definiciones jurídicas del delito que atienden a lo material o a lo formal; a lo objetivo o a lo subjetivo del mismo, existen dos tipos de definiciones jurídicas del delito, estas son: la noción jurídica formal, que trataremos inmediatamente y la noción jurídica substancial, que en páginas más adelante encontraremos.

52 - Ignacio Villalobos, Op. cit., ps. 206, 207 y 208

III.- NOCION JURIDICA FORMAL.- Dentro de la definición de la noción Jurídica Formal, están los autores que, opinan que, es el propio ordenamiento jurídico, el que da la definición jurídica formal del delito cuando amenaza con una pena la realización de una determinada conducta; para ellos, no es indispensable que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena, basta con que esta amenace, esto es, como su consecuencia.

Entre los partidarios de definir al delito en esa forma, tenemos a Edmundo Mezger, quien al definir al delito en sentido amplio, sostiene que éste "es la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena".⁵³ En México, sostiene Julio Klein Quintana que "es el hecho (positivo o negativo) humano, a cuya realización una norma condiciona la aplicación de una pena".⁵⁴

Podemos pensar que este tipo de definiciones son insuficientes ya que no contienen lo intrínseco de la conducta, y en cambio sólo atienden a la formalidad de la misma. El autor Jiménez de Asúa en su estudio al respecto sostiene que: "decir del delito que es un acto penado por la ley, como dispone el Código Español, el chileno y el mejicano, y aún añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio a posteriori, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es

53 - Tratado de Derecho Penal, t.I, 2a. edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 153.

54 - Ensayo de una teoría jurídica del Derecho Penal, 1a. edición, Librería de Manuel Porrúa, México 1951, p. 32.

una tautología (decir dos veces)".⁵⁵ Sostener que el delito es una conducta sancionada, equivale a decir que el delito es el delito, sin que esto demuestre avance alguno. Los partidarios de esta forma de definir el delito, consideran a la punibilidad como elemento esencial del mismo, obviamente no es verdad, pues como veremos más adelante, al determinar los elementos esenciales del delito, la punibilidad no es elemento esencial del ilícito penal.

55 - La ley del Delito, 11a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 201.

IV.- NOCION JURIDICA SUBSTANCIAL.- Los partidarios de esta concepción, la clasifican en bitómica, tritómica, tetratómica, pantatómica, hexatómica y heptatómica, esto es en razón del número de los elementos que lo conforman de acuerdo al criterio de cada autor. En Alemania para Franz Von Liszt, el delito es: "un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena".⁵⁶ Von Beling lo define como "la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una acción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad".⁵⁷ Mezger lo considera como "una acción típicamente antijurídica y culpable".⁵⁸

Entre este último autor y Beling se establece una diferencia en cuanto a sus conceptos, ya que para Beling son dos características distintas la antijuricidad y la tipicidad, en tanto que, para Mezger no es posible hablar del delito como acción típica, sin entenderlo a la vez como acción antijurídica, por lo tanto los conceptos de antijuricidad y tipicidad se confunden en uno solo.

Para Jiménez de Azúa, el delito es: "el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁵⁹

56 - Tratado de Derecho Penal, México, 1955, p. 13

57 - Esquema de Derecho Penal, la doctrina del delito tipo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 257, trad. de Sebastián Soler.

58 - Op. cit., p. 156

59 - La ley y el delito, Op. cit. p. 207

La definición de este último autor es la más completa, pues incluye como elementos del delito a: 1) actividad; 2) adecuación típica; 3) antijuricidad; 4) imputabilidad; 5) culpabilidad; 6) punibilidad, y 7) en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Creo, al igual que el maestro Villalobos que: la impunidad y las condiciones objetivas de punibilidad no tienen el carácter de elementos esenciales del delito, pues, "la imputabilidad, que no es otra cosa que la capacidad de obrar con responsabilidad, no es "elemento" nuevo que deba mencionarse necesariamente, sino sólo un presupuesto de la culpabilidad, y como tal, queda incluido en este último factor".

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

"Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco son elementos autónomos del delito. Un error trae otro error y por eso quienes consideran que la punibilidad es elemento esencial y constitutivo del delito, han sentido la necesidad de encajar dentro de la misma estructura las condiciones de punibilidad, no obstante convenir en que tales condiciones de punibilidad sólo se dan en algunos delitos y por lo tanto no pueden referirse a la esencia común a todos ellos. Esencia es necesidad, es no poder faltar en un sólo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado... Admitido que la punición no es elemento esencial del delito, fácilmente puede hacerse la debida separación y comprender que las condiciones de penalidad tampoco se requieren para constituir el delito sino, a veces, para imponer o hacer efectiva la pena, que es cosa diferente. Es verdad que con frecuencia se mencionan condiciones sin cuyo cumplimiento no se integra el delito; pero entonces, como luego veremos, se trata de anexos o partes del tipo que, como tales, no requieren mención especial aparte".⁶⁰

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

60 - Ignacio Villalobos, Op. cit., p. 212 y 215

Para Don Celestino Porte Petit, no existe prioridad temporal entre los elementos del delito, pues éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Tampoco acepta -este autor- la prioridad lógica, pues la existencia del delito requiere de sus elementos y si bien guardan entre sí un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Dice este autor, lo correcto es hablar de prelación lógica "habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando si es necesario para que el otro elemento exista".⁶¹

Para conocer la composición del delito, la Doctrina ha recurrido principalmente a dos concepciones:

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

61 - Apuntamientos, Op. cit., p. 148

b) - La analítica o atomizadora.- La concepción analítica estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en razón de la unidad del delito..."⁶² Personalmente nos adherimos sin reservas a estos argumentos dados por los defensores de ésta última tendencia. Pues como dice Jiménez de Asúa "sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes".⁶³

Cuestión interesante dentro del campo de la teoría del delito, es la relativa a los presupuestos del mismo. Es a partir de Manzini cuando se trata de elaborar una verdadera noción de los presupuestos, originado dentro de la teoría del derecho privado, se ha pretendido trasladar al campo del derecho penal, con resultados poco favorables.

Con certeza sostiene Maggiore que "la noción de presupuestos no está aún bien definida en el campo de la teoría general del derecho, tal vez por ser una apurada transposición de un dogma del derecho privado al campo del derecho penal".⁶⁴

El autor Manzini divide a los presupuestos en dos, estos son: a) presupuestos del delito, y b) presupuestos del hecho. Y explica que los primeros "son aquellos elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de

62 - Celestino Porte Petit, Op. cit., p. 241

63 - La Ley y el Delito, Op. cit., p. 225

64 - Derecho Penal, t.I, 4a. edición, Ed. Témis-Bogotá, 1955, p. 276

cuál depende la existencia del título delictivo de que se trata"; por otra parte, "presupuestos del hecho, son aquellos elementos jurídicos y materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito".⁶⁵

Para Porte Petit, quien sólo acepta la existencia de los presupuestos de la conducta o hecho, (según el tipo delictivo exija la aparición de un resultado formal o material, respectivamente), explica que, suponiendo la existencia de los presupuestos del delito, éstos son "aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hechos descritos por el tipo y de cuya existencia depende el título o dominación del delito respectivo".⁶⁶

Los presupuestos del delito han sido divididos por la doctrina en generales y especiales, según sean contenidos por todo delito en general o por cada delito en particular. Porte Petit señala como presupuestos generales del delito a los siguientes: "a) la norma penal, comprendidos el precepto y la sanción; b) el sujeto, activo y pasivo; c) la imputabilidad; d) el bien tutelado, y e) el instrumento del delito". Y son requisitos del presupuesto del delito especial: "a) un antecedente jurídico o material; b) previo a la realización de la conducta o hecho, descritos por el tipo".⁶⁷ La diferencia entre ambos se encuentra

65 - Tratado de Derecho Penal, t.II, EDIAR, S.A., Editores, Buenos Aires, 1950, ps. 37-38

66 - Apuntamientos, Op. cit., p. 258

67 - Apuntamientos, 4a. edición, Ed. Porrúa, 1978, ps. 256 y 260

en que, los presupuestos del delito generales pueden señalarse de antemano, no así los presupuestos especiales, pues estos son aquellos propios de cada delito en especial de que se trate. La ausencia de un presupuesto del delito en general acarrea la inexistencia del mismo, en tanto que tratándose de un presupuesto en especial, sólo se traduce en variabilidad de la figura penal. Suele citarse como ejemplo, para el caso de la ausencia de presupuestos de los delitos especiales, el caso del parricidio cuando no se logra comprobar el parentesco, pues el resultado de la acción u omisión en que consistió el delito (muerte), sigue constituyendo delito-Homicidio y no el caso agravado -parricidio-, solo cambia la figura delictiva, pero sigue existiendo el delito.

Los presupuesto de la conducta o hecho, aceptados por Porte Petit son: "aquéllos antecedentes jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típico".⁶⁸

Asimismo, "presupuestos jurídicos del hecho son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista"; "presupuestos materiales del hecho son las condiciones reales preexistentes, en las cuales debe iniciarse la ejecución del hecho".⁶⁹ La ausencia de un presupuesto de la conducta o

68 - Op. cit., p. 260

69 - Op. cit., p. 39

hecho, trae como consecuencia la imposibilidad de la realización del delito. El ejemplo a los presupuestos jurídicos de la conducta o hecho es el delito de Bigamia, el cual para su realización típica exige la existencia anterior de un matrimonio que no haya sido disuelto ni declarado nulo. Si faltare este requisito, es imposible la realización de tal delito. Como ejemplo del presupuesto material, se cita el caso del delito de Aborto, el cual para su realización, exige el antecedente del embarazo, pues en caso contrario, no habrá muerte del producto de la concepción, como lo exige esta figura.

Tantas clasificaciones hay como autores existen, atendiendo a su muy particular punto de vista. Así tenemos clasificaciones del delito hechas desde el punto de vista del resultado, de la conducta, de su duración, etc. Sin embargo considero innecesario tratar todas estas clasificaciones, porque este trabajo desviaría su objetivo, amén de su tediosidad y de que muchos autores (extranjeros) no necesariamente han influido en nuestros preceptos legales.

V.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO.- Como último punto a tratarse dentro de este segundo capítulo, hemos contemplado a los elementos esenciales del delito, para así redondear la noción general del mismo; vistos estos con su correspondiente aspecto negativo. Para ello partiremos en el siguiente orden (aceptado este por los tratadistas de la materia): 1.- La conducta; 2.- La tipicidad; 3.- La antijuricidad; 4.- La culpabilidad, su respectivo aspecto negativo sería: a) Ausencia de conducta; b) Atipicidad; c) Causas de justificación, y d) Causas de inculpabilidad.

1.- La Conducta.- Este elemento objetivo del delito ha recibido diversas denominaciones, pues cada autor, atendiendo a su particular consideración, le da una distinta terminología al mismo. Así pues, que se le ha llamado acto, acción, conducta, acontecimiento, acaecimiento, hecho, etc. Para Luis Jiménez de Asúa es más correcto hablar de acto, pues explica que "empleamos la palabra acto (e indistintamente acción *latu sensu*) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que de la naturaleza... Adviértase además, que usamos la palabra acto en una concepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión".⁷⁰ Villalobos acepta esta tendencia, pues designa a éste elemento con la palabra "acto humano".⁷¹ Radbruch al contrario de los autores que le antecedieron, niega "la posibilidad de subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías".⁷² Porte Petit, Pavón

70 - La ley y el Delito, Op. cit., p. 144

71 - Op. cit., p. 210

72 - Citado por Luis Jiménez de Asúa, o. cit., p. 213

Vasconcelos y González Trujillo Campos, en México, se muestran partidarios de denominarle a este elemento Conducta o Hecho, "Conducta, sólo cuando el delito requiere para su integración únicamente de una acción u omisión, humana, pues cuando es menester además de la manifestación de voluntad un resultado para que fácticamente se integra la infracción penal, entonces el vocablo conducta resulta ya insuficiente para abarcar el concepto en esta segunda forma en que puede presentar el elemento físico o material. En tal hipótesis considero que ya no debe hablarse de conducta, sino de hecho".⁷³

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

"La conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario -las dos especies de ésta- la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico -la omisión-

73 - La relación material de Causalidad en el delito, 1a. edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1976, p.14

consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición".⁷⁴

Sólo la conducta humana es incriminada, pues solo el hombre puede ser sujeto activo del delito, ya que está previsto de voluntariedad. Sin embargo, en la actualidad se ha venido desarrollando una doctrina con Franz Von Liszt a la cabeza, que trata de dotar de responsabilidades a las personas morales. En un criterio muy personal, consideramos más acertada la exposición de Jiménez de Asúa, pues, "sin perjuicio de hacerlas objeto de medidas asegurativas, de sanciones disciplinarias y de responsabilidad civil, es imposible castigarlas con penas, porque la llamada persona moral no puede cometer delitos".⁷⁵ González de la Vega, al comentar el artículo 11 de nuestro ordenamiento penal explica que: "el anterior concepto apenas contiene una simple apariencia de responsabilidad colectiva y no contraría la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser en nuestro derecho, posibles sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica, es decir, un hombre el que comete el delito, ello sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación a los demás colaborantes y de que se decrete la suspensión o disolución de la agrupación".⁷⁶

74 - Apuntamientos, Op. cit., ps. 299, 300, 305 y 306

75 - La Ley y el Delito, Op. cit., p. 211

76 - Derecho Penal Mexicano, los delitos, Ed. Porrúa, 1977, p.155

En este mismo orden de ideas, debemos considerar que las personas morales no deben ser sujetos activos de los delitos por carecer de voluntad; circunstancia diferente es que, si pueden ser sujetos pasivos del delito, obviamente, en lo que concierne a los delitos patrimoniales, pues para ser sujeto pasivo de la infracción penal, no se exige la voluntariedad, al contrario de los sujetos activos.

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

Existen varias teorías para determinar cuales actividades humanas deben ser consideradas como causas del resultado. Nos ocuparemos únicamente de aquella que ha tenido más aceptación y es, la teoría de la equivalencia de las condiciones (condictio sine qua non), "debida a Von Buri, y según la cual todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes, consecuentemente, todas son tenidas como causa. Una o varias de ellas, sin la unión de todas, son ineficaces para producir el resultado, pues éste sólo se obtiene con la conjugación de todas ellas. Esta teoría ha sido criticada por Carlos Binding, quien sostiene que tal teoría contiene excesos. Para corregir tales deficiencias, Antolisei aplica "correctivos" basados en la culpabilidad, pues para que exista responsabilidad no es suficiente con que exista relación causal, sino que es indispensable saber

si se actuó con dolo o culpa".⁷⁷ Es claro que tal teoría es aceptable sin la aplicación de "correctivos", pues para que exista el delito, no basta con la comprobación del resultado y su nexó causal, sino que es indispensable que se den todos los elementos esenciales del mismo.

-Ausencia de Conducta- Sólo enunciaremos el aspecto negativo de la conducta desde el punto de vista de Jiménez de Asúa: "la fuerza irresistible y la sugestión hipnótica".⁷⁸ y a título personal agregaría a los actos reflejos.

2.- La Tipicidad.- Para que la conducta humana (acción u omisión), pueda configurarse como delito, es necesario que ésta sea típica; esto es, que encuadre dentro de alguno de los tipos penales creados por el derecho positivo mexicano. La ausencia de tipicidad, trae como consecuencia que dicha conducta no sea inculparable. Por esa circunstancia nuestra Constitución Política (artículo 14), acepta el dogma de "nullum crimen sene lege", esto es, no hay delito sin tipo legal al que corresponda la conducta. Por lo tanto la tipicidad es elemento constitutivo del delito y sin ella, no podrá ser sancionada la Conducta.

Para el autor Luis Jiménez de Asúa, y analizando la definición del tipo manifiesta que: "es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descontando los detalles innecesarios

77 - Jesús González Trujillo. La relación material de Causalidad, ps. 15 yss.

78 - La ley y el delito..., p. 220

para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".⁷⁹ Carrancá y Trujillo, autor mexicano, siguiendo la teoría de Mezger, dice que: "el tipo legal no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente en la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal".⁸⁰ Por lo tanto el tipo es la conducta humana configurada hipotéticamente por el precepto legal y catalogada como delito; y -la tipicidad- es la adecuación de una conducta concreta, a un tipo penal, también concreto.

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

El tipo jurídico, pena, es... fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad".⁸¹

Cuando se describen los tipos penales, se distingue entre elementos típicos objetivos, subjetivos y normativos. Esto es, -

79 - La Ley y el Delito..., p. 235

80 - Derecho Penal Mexicano, parte general, IIa. edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1977, p. 381

81 - Tratado de Derecho Penal, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, traducción de la 2a.edic. alemana, ps. 375-376

los elementos típicos que aparecen con frecuencia en los tipos penales, hacen referencia al mundo corporal exterior, a la vida anímica del autor o de otras personas o a la valoración del que juzga.

a) Elementos Objetivos.- La mayoría de los tipos penales, tienen como punto de partida una descripción objetiva de determinados estados, que deben constituir la base de la responsabilidad penal. El ejemplo del homicidio es claro, pues según la ley, lo comete "el que priva de la vida a otro".

b) Elementos Subjetivos.- El delito depende en muchos casos de características subjetivas, situadas en el alma del sujeto. El ejemplo es el delito de parricidio, en donde el descendiente debe estar conciente del parentezco que lo liga con su ascendiente y en quien realiza el delito.

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

-Atipicidad- Por lo que hace al aspecto negativo de la tipicidad, hay que distinguir entre atipicidad propiamente dicha y ausencia total del tipo. En este último caso, existe la imposibilidad absoluta de dirigir una acción contra el autor de una determinada conducta que no se encuentre prevista en la ley como delito. Esto es, cuando la conducta no se encuentra

prevista en la ley, esta es irrelevante para el Derecho Penal, así se contempla en el artículo 14 de nuestra Constitución Política; sin embargo habrá atipicidad cuando no concurren todos los elementos descritos por el tipo legal, Esto es, la atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo.

Es Luis Jiménez de Asúa quien expresa dos casos específicos de atipicidad: 1) cuando no concurren a un hecho concreto todos los elementos del tipo (atipicidad propiamente dicha) y 2) cuando la ley penal no ha descrito la conducta que se presenta fácticamente, con características de antijuricidad. La atipicidad "puede prevenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del tiempo o lugar y del especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta de los elementos subjetivos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica".⁸²

3.- La Antijuricidad.- La conducta humana necesita, además de ser típica, ser contraria o contradictoria, objetivamente de los valores establecidos; esto es, antijurídica.

La definición de Porte Petit de este elemento es: "una conducta o un hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación".⁸³

82 - Tratado de Derecho Penal, t. III, Buenos Aires, 1958, p. 934.

83 - Programa de la Parte General del Derecho Penal, 2a. edición, UNAM, 1968, p. 384

Dogmáticamente, se distingue entre antijuricidad formal y antijuricidad material. Algunos tratadistas aceptan únicamente la existencia de la antijuricidad formal: "La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva".⁸⁴

La distinción de la antijuricidad formal de la materia se debe a Franz Von Liszt, quien afirma que "el acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; el acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)".⁸⁵

Luis Jiménez de Asúa al estudiar a Franz Von Liszt sostiene que "Bien narrado todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuricidad formal con la tipicidad. En suma: la antijuricidad formal es la tipicidad y la antijuricidad material es la antijuricidad propia. El error está en que la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo "formal", que es lo descriptivo (típico)".⁸⁶

Para Eugenio Cuello Calón, el tratadista español, "la antijuricidad presenta un doble aspecto; un aspecto formal constituido

84 - Op. cit., p. 484

85 - Tratado de Derecho Penal, t. II, 3a. Edición, Ed.Reus, Madrid p. 336. Traducida de la 20a. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionada por el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña.

86 - La ley y el delito, p. 278

por la conducta opuesta a la norma, y otro material íntegro por la lesión o peligro para bienes jurídicos.⁸⁷ Para Beling "en toda antijuricidad, están unidos lo formal y lo material".⁸⁸ "No es preciso pensar, por supuesto que cada especie de antijuricidad, formal o material, excluye a la otra, por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la norma y la otra el contenido de una misma cosa".⁸⁹

Y Bettiol Giuseppe sostiene que "la oposición entre antijuricidad formal y material no tiene suficiente razón de ser para mantenerse, porque sólo es antijurídico el hecho, que pueda juzgarse lesivo de un bien jurídico. Fuera de este contenido la antijuricidad no existe".⁹⁰

En el estudio de la antijuricidad, de suma importancia es la determinación de su naturaleza objetiva o subjetiva.

Cuello Calón⁹¹ y Luis Jiménez de Asúa,⁹² coinciden al afirmar que la antijuricidad es de naturaleza netamente objetiva. Circunstancia en la que estamos de acuerdo, ya que existe una contradicción entre la conducta humana y la norma penal positiva; esta oposición presenta a su vez dos aspectos: el objetivo y el subjetivo.

87 - Derecho Penal, t. I, 12a. edición, Barcelona, 1956, p.338.

88 - Op. cit., p. 23

89 - Ignacio Villalobos, Op. cit., p. 259.

90 - Derecho Penal, parte general, 4a. edición, Ed. Témis, Bogotá, 1965, p. 259.

91 - Op. cit., p. 335.

92 - Derecho Penal II, 2a.edición, Buenos Aires, ps. 975,983 y 984

La oposición objetiva, antijuricidad consiste en que la conducta, en su fase externa y tangible, es contraria a Derecho. En tanto que la oposición subjetiva -culpabilidad- es la rebeldía interna -ánimica- del sujeto, con el ordenamiento jurídico positivo.

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

Celestino Porte Petit sostiene que: "Dogmáticamente llegamos a la conclusión que como causas de justificación, contamos con las expresadas en las fracciones II y IV (con una hipótesis), V y VII del artículo 15, respectivamente: la legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber el ejercicio de un derecho consignado en la ley y el impedimento legítimo".⁹³

4.- **La Culpabilidad.**- Para que a una conducta humana se le pueda aplicar el calificativo de delictuosa, no es suficiente que esta se adecue a un determinado tipo legal y además lesione

93 - Apuntamientos de la Parte General, Op. cit., p. 496.

o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante, el interés tutelado por el derecho; es necesario que además de estos requisitos, exista una voluntad conciente dirigida a realizar esa conducta. Sólo entonces se podrá decir que dicho comportamiento pertenece al agente, que es suyo y que por lo tanto de él debe responder ante la sociedad.

Cuello Calón opina que para que la conducta sea delictuosa "No es bastante que el agente sea su autor material, es preciso además que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente".⁹⁴ La realización de la conducta típica y antijurídica por alguien que lo hizo como resultado de una operación mental en la cual intervinieron de manera conciente y libre las esferas intelectiva, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce como culpabilidad; este fenómeno encuentra su origen en el aspecto psíquico del agente. Es así cuando se le considera como elemento o aspecto subjetivo del delito.

En un sentido más amplio, la culpabilidad ha sido definida como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁹⁵

Existen actualmente dos teorías cuya pretensión es explicar la naturaleza jurídica del elemento de la culpabilidad, esta son: a) - La teoría psicológica y b) - La teoría normativa.

94.- Cuello Calón, Derecho Penal, Parte General, t. I, p. 403.

95 - Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, p. 352.

a) - Teoría Psicológica.- En esta teoría la culpabilidad encuentra un ideal fundamento en la determinada situación fáctica, predominantemente psicológica. Es por ello que quienes se inclinan por esta teoría, afirman que este elemento del delito, es la relación de carácter psicológico entre el autor de la conducta ilícita y su resultado, querido o no, pero previsible.

REINHART MAURACH, tratadista alemán y partidario de esta tendencia afirma que: "el dolo se caracteriza por la voluntad del autor, tendiente a un resultado positivo prohibido por la ley; consistente en encaminar la acción hacia ese fin, en tanto que el elemento constitutivo de la culpa se refiere al hecho de que el autor no quería alcanzar ese resultado".⁹⁶ Para esta teoría queda fuera de dicha relación psicológica todo juicio sobre la injusticia o no de la conducta. El juzgador dice al delincuente "tú has causado el resultado, has querido la acción. Uno y otro te pertenecen, hayas o no hayas tenido conciencia de la antijuricidad de tu obrar, luego te declaro culpable".⁹⁷

Para Franz Von Liszt, quien también es partidario de esta teoría, "No basta que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad del actor".⁹⁸

96 - Citado por Alfonso Reyes, Derecho Penal, parte general, 6a. edición, Publicaciones Externado de Colombia, 1979, P. 280

97 - Maggiore, Op. cit., vol. I, p. 453

98 - Tratado..., t. II, p. 387.

Esta teoría ha sido objeto de muy duras críticas, pues como lo expresa Giuseppe Maggiore "esta doctrina... tiene el mérito de la sencillez y de la notable nitidez de contornos. Pero tiene el defecto de encasillarse en el concepto de imputabilidad, sin tratar de superarlo. Es decir, se detiene en un juicio sobre la acción, en cuanto le pertenece al autor, pero no sabe decir porque el sujeto debe responder de la acción".⁹⁹

"Aún más precaria es la situación de la teoría dominante dentro de los problemas de la culpabilidad. Según ella, la culpa es la relación psíquica del autor con los resultados... Radbruch ha tratado de desarrollar un concepto puramente psicológico de culpa, pero debió acabar con la culpa inconciente. A la inversa de la teoría de que la culpabilidad es la relación psíquica del autor con el resultado ha sacado la conclusión de negar en absoluto el carácter de culpabilidad a la culpa inconciente. También aquí se demuestra ostensiblemente que el concepto de la culpa de la teoría reinante debe ser inexacto".¹⁰⁰ Jiménez de Asúa, al ocuparse de esta teoría sostiene que: "A nuestro juicio inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad si es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella, a pesar de lo que supone Radbruch, lo psicológico puro".¹⁰¹

99 - Op. cit., p. 453

100 Hans Welzel, la teoría de la acción finalista, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1951, ps. 31, 32.

101 La ley y el delito, p. 354

b) - **Teoría Normativa.**- Afirma Reinhart, su iniciador, que la culpabilidad no es sólo una situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente, esto es, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a una actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el exámen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos, si el autor cometió o no un hecho reprobable.

"Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter de sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujera conforme a las pretenciones del derecho".¹⁰²

Para Edmundo Mezger, uno de los principales exponentes de esta teoría, la culpabilidad es "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".¹⁰³

De acuerdo a esta teoría, el juzgador en su juicio, deberá emitirlo de la siguiente manera: "has obrado diversamente de como debías obrar, has hecho lo que no hubieras debido hacer; por eso te declaro culpable y te castigo".¹⁰⁴

102 - Carlos Frontan Balestra. El elemento subjetivo del delito, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957, p. 6.

103 - Tratado..., t. II, ps. 7, 8.

104 - Maggiore, Op. cit., p. 455.

Y Jiménez de Asúa sostiene que la teoría normativa "establece como esencia de la culpabilidad, el reproche, válido tan solo cuando era exigible otra conducta. En vez de estar la reprochabilidad fuera del proceder, está dentro, y así la exigibilidad se convierte en ciencia de lo culpable".¹⁰⁵

Esta exposición de la culpabilidad la podemos finalizar de la siguiente manera: la teoría normativa de la culpabilidad se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en el carácter de agente) y en la exigibilidad de una conducta. Así pues, la base de la culpabilidad es un "juicio de valor", en referencia a una determinada situación de hecho y, por consiguiente, no únicamente, una situación de hecho psicológico, sino una situación de hecho valorizada normativamente.

-Inculpabilidad- El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, vista ésta desde la opinión de Cuello Calón "son situaciones o estados que concurren con la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad, y señala como excluyentes de culpabilidad a: la legítima defensa putativa, el exceso en la defensa cuando es motivado por el terror o angustia que la agresión origina, el estado de necesidad en casos de conflictos de bienes de igual valer, la obediencia cuando el agente conoce la ilicitud de la orden dada, la violencia física, la violencia moral y el caso fortuito".¹⁰⁶

105 - Tratado..., t. V, p. 1764

106 - Op. cit., p. 283

CAPITULO III

LOS TIPOS COMPLEMENTADOS CUALIFICADOS

Sumario.- I.- Premeditación; II.- Su concepto; III.- Teorías; IV.- Concepto de -- Presunción de Premeditación; V.- Los tipos previstos en el artículo 315 del Código Penal vigente.

Ya hemos tratado en buena medida las generalidades y la historia del homicidio, ahora hare referencia a la premeditación, que al calificar las lesiones u homicio, da origen a un tipo complementado, circunstanciado o subordinado calificado.

A través de la historia de nuestro derecho penal, así como en los de otros países, en la ejecución de los delitos concurren circunstancias que agravan la penalidad del mismo y que son plenamente aceptadas por la ley, a estas circunstancias agravantes las conocemos como: Premeditación, Ventaja, Alevosía y Traición. Para el caso del estudio que nos ocupa, la premeditación opera con especial atención en el homicidio, (artículos 310, 311, 315 y 321 del Código Penal vigente.

Hay quienes a las agravantes las consideran como objetivas porque "no radican en el estado psíquico del delincuente en el momento de la ejecución del hecho, peculiar modo de persecución o aparición del hecho delictuoso".¹⁰⁷

Para el Derecho Romano las agravantes fueron: los medios empleados para la ejecución del delito, el tiempo, el lugar, la condición del delincuente y del ofendido, así como la reincidencia.

Tiempo atrás y debido al amplio criterio que el juzgador poseía, éste podría agravar o atenuar la penalidad, circunstancia que debió generar en más de una ocasión el abuso. En la actualidad y en respuesta al derecho proteccionista de las personas, éstas sólo pueden ser aplicadas cuando así lo dicta la norma positiva.

I.- Premeditación.- Para la Escuela Clásica, "es la agravadora por excelencia porque ya que para que esta exista es necesario que presente la reflexión; por lo que fundada la responsabilidad penal en el discernimiento, el agente que reflexiona revela una mayor conciencia del acto delictivo y una mayor persistencia del propósito"... para la Escuela Positiva, representada por

107 - Cuello Calón, Derecho Penal, parte general, novena edición, Ed. Nacional, 1976, p. 489

Garófalo, "El caracter del homicida instintivo no depende de la reflexión más o menos prolonga. La rapidez del acto no tiene ninguna relación con la naturaleza corregible o incorregible del agente, y no es compatible con la carencia más completa del sentimiento de piedad, por el contrario, un homicidio cometido con premeditación no indica siempre un gran criminal..."¹⁰⁸

Las teorías de las escuelas clásica y Positiva dieron paso en fechas más recientes a que nuestra norma positiva a través de su evolución diera otra concepción.

Nuestros Códigos Penales de 1871 y el de 1929 en sus artículos 515 y 938 respectivamente, mencionan que: "hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado o podido reflexionar sobre el delito que va a cometer".¹⁰⁹

Del texto del artículo 515, y siguiendo al mismo autor, este desprende del precepto legal dos formas de premeditación, que son:

- a) Aquélla en que el reo causa intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado, y
- b) Aquélla en que el reo causa interncionalmente una lesión habiendo podido reflexionar.¹¹⁰

108 - Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, 16 Ed. Ed. Porrúa, 1980, ps. 60 y 70.

109 - Celestino Porte Petit, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, 4a. Ed., Ed. Jurídica Mexicana, - 1975, p. 119

110 - Op. cit. p. 119

Es obvio que el término "habiendo podido" quedaba sujeto a comprobación y sobre todo a una serie de arbitrariedades, afortunadamente esta circunstancia se vió relegada por una definición más certera en el Código que les seguiría.

Para el Código Penal de 1931 en su artículo 315 se estableció que: "Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer".¹¹¹

Posteriormente se elaboraron Proyectos de Reformas a este Código vigente, en los años de 1949, 1958 y 1963¹¹² los que definían a la premeditación en una forma muy semejante a la norma positiva, y dado que estos proyectos no llegaron a cristalizarse, la definición que seguimos aceptando es la aportada por el artículo 315 del Código de 1931.

Ahora bien, creo que la Premeditación, como agravante, la podemos considerar como la reflexión interna en la que el agente persiste desde el momento en que concibe y tiene el deseo de la realización del acto delictivo hasta el momento en que la consuma. Por lo tanto, esta situación se vuelve subjetiva y absolutamente personal del agente y la verdad es que esta característica no representa una mayor perversidad,

111 - Op. cit. p. 110

112 - Estas comisiones redactoras de los Proyectos de Reformas, siempre fueron integradas por el maestro Porte Petit, circunstancia que me hizo consultar en buena medida sus obras para realizar el presente trabajo.

ni peligrosidad en el delincuente; esta idea la podemos finalizar expresando que el elemento más importante dentro de la Premeditación es el proyecto reflexivo.

Con base a lo expresado y en atención al artículo 315 que en particular nos interesa, se puede encuadrar la subjetividad por parte del que retribuye un pago y la mayor o menor peligrosidad del que ejecuta el acto, dado que éste puede actuar por una imperante necesidad económica o presionado por otro móvil, sin que esto lo excluya de que su conducta sea negativa.

Al hablar de meditación o reflexión, cabe la duda de determinar el lapso que la legislación mexicana acepta entre la decisión y el querer hacer del sujeto y su conducta o resultado. La respuesta obligada sería: el tiempo necesario que el reo requiere para reflexionar deliberadamente, preparar y ejecutar su conducta delictiva.

Para diferenciar a esta agravante, se le ha dividido en distintas clases, como son: la condicionada y la indeterminada. A la primera corresponde cuando el agente una vez que ha determinado la ejecución de su delito la condiciona a un hecho futuro. Y a la segunda se le interpreta como el acto delictivo que mata o lesiona, no a una persona determinada, sino a cualquiera que a su paso encuentre.

II.- Su concepto.- Premeditar es: "pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla".¹¹³

Para González de la Vega, "Premeditación es una palabra compuesta, en la que el sustantivo meditación indica juicio, análisis mental en que se pesan y miden los diversos aspectos, modalidades o consecuencias de un propósito o idea; el uso del prefijo pre indica anterioridad, que la meditación sea previa".¹¹⁴

Alimena sostiene que es: "una forma de volición establecida en la calma del alma y confirmada durante una serie de estados de conciencia semejantes, que da por resultado una noción más cierta del carácter del agente".¹¹⁵

Premeditar dice Saleilles, "es haber preparado, haber esperado, reflexionado, adoptado sus medidas y fortificado su voluntad, pues bien, tómense personas obsesionadas por una idea, cuando más irresistible sea la obsesión, más ciega, más dominante, la voluntad parecerá mas fría, más calculada, paciente y reflexiva; nada más paciente y premeditado que la obsesión del suicidio; nada más paciente que la obsesión pasional de ciertos homicidios".¹¹⁶

113 - Genuina acepción según el Diccionario de la Academia Española.

114 - Op. cit., p. 67

115 - Op. cit., p. 114

116 - Citado por Cuello Calón, Derecho Penal, 9a. ed. Edit. Nacional 1980, p. 492

La definición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece es: "por premeditación debe entenderse la meditación antes de obrar, el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito, mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente".¹¹⁷

Y por lo que hace a los anales de jurisprudencia en su tomo XX, sostiene que: "La premeditación definida por el artículo 315 del Código Penal, consiste en la reflexión que procede a la comisión de un delito intencional; es el proceso psicológico de la deliberación sobre los móviles y fines del delito que intencionalmente se comete, y es, por tanto, una circunstancia que califica determinados delitos de sangre, en oposición a los que se cometen en el primer impulso de cualquier pasión, la ira, la cólera, el miedo, el honor, etc."¹¹⁸

Con las características que cada autor por su cuenta aprecia en las definiciones que consideramos de premeditación, podemos considerar que ésta lleva implícita una circunstancia objetiva -independientemente de la subjetiva que ya tratamos- por medio de la cual se conocerán las manifestaciones externas de que se ha valido el agente para obtener el resultado que previamente ha meditado y ha querido realizar; esto es, se ha proveído de armas o instrumentos necesarios para su objetivo, ha amenazado

117 - Semanario Judicial de la Federación, XL, ps. 26 y 27, 59 Epoca.

118 - Op. cit., p. 694.

privada o publicamente, ha acechado a su víctima, etc. Estas circunstancias aplicadas a los delitos implica que el agente resuelve; previa deliberación mental, previo pensamiento reflexivo, la comisión de un ilícito.

De acuerdo a nuestro sistema penal, la premeditación observada en un delito, es una calificativa, sobre todo en los delitos intencionales; en el homicidio y lesiones agrava la penalidad, elevando los términos de mínimos y máximos, tal como se aprecia en los artículos 298 y 320 del Código Penal vigente.

III.- Teorías.- El estudio a la interpretación que sobre la materia tratan los diversos autores da origen a presentar las teorías de la premeditación, vistas éstas genéricamente, por lo que en seguida presento un cuadro sinóptico para ilustrar mejor la idea.

		a) Psicología o de la Frialdad de Animo
	Subjetivas	b) Ideológica b. la Reflexión
		c) Motivación depravada
TEORIAS		
DE LA		
PREMEDITACION ¹¹⁹		
	Objetivas	d) Cronológica
		e) Disminuida defensa

119 - Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, 4a. Edición, Edit. Porrúa, p. 102.

a) - **Teoría Psicológica.**- Se caracteriza con el ánimo frío y tranquilo del agente activo, en la volición desarrollada en la calma del alma. Es claro que el sujeto que observa estas características es de una mayor peligrosidad y persistencia en sus objetivos, al contrario de aquel que reacciona de modo repentino e impensado.

En la actualidad esta teoría carece de validez cuando se habla de premeditación; y esto es porque se toman en consideración los siguientes puntos: 1.- Porque la frialdad de ánimo no tiene más que la simple apariencia externa; dado que todos los actos y hechos humanos, de alguna manera se ven acompañados de estados emotivos con poca o mucha intensidad, según el temperamento del agente. 2.- Porque carece de valor psicológico, ya que la tranquilidad de ánimo no es causa ni efecto de la capacidad de delinquir, es correlativo a un atributo de la personalidad psico-física, y 3.- Porque se considera injusto poner a cargo del sujeto un elemento psicológico independiente de la voluntad, porque no se le puede atribuir un valor psicológico a la expresión de frialdad y tranquilidad de ánimo.

b) - **Teoría Ideológica.**- Según esta teoría el homicidio es premeditado cuando el agente la ejecuta previa una decisión perfectamente deliberada.

Como ya lo tratamos al hablar de la premeditación y su concepto, sólo resumiremos, que es considerado homicidio premeditado cuando el agente lo recapacita, madura, planea o ejecuta deliberadamente el delito que va a cometer, por lo que en esta teoría encontramos la penetrante elaboración intelectual que preside el proceso de formación y planeación e la decisión criminal.

c) - **Teoría de la Motivación Depravada.**- La depravación del motivo es el requisito esencial en la premeditación, en ella se aprecia el influjo que ejerce sobre un dolo más intensivo.

d) - **Teoría Cronológica.**- Tanto esta teoría como lo que sigue pertenecen al grupo objetivo, en el que se requiere para la integración, que entre la decisión de cometer el delito y su ejecución transcurre un relevante intervalo de tiempo más o menos largo. Como ya trate este tema en las páginas que antecedieron, resulta ocioso repetir la especificación.

e) - **Teoría de la Disminuida Defensa.**- Su nombre sienta las bases de considerar agravado el delito en virtud de que al sujeto pasivo le es más difícil defenderse de la agresión. Carrara sostiene que: "El verdadero motivo del aumento de la cantidad política reconocida en el homicidio a causa de la premeditación, consiste en la mayor dificultad que la víctima tiene para defenderse contra el enemigo que friamente calculó la agresión".¹²⁰

IV.- Concepto de Presunción de Premeditación.- Cuestión más difícil resulta definir la presunción en la premeditación, ya que nuestro ordenamiento positivo vigente no hace referencia al mismo, en tanto que son pocos los autores que tratan el tema. Sin embargo, y siguiendo la pauta que nos marca nuestro

120 - Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I, Ed. Témis Bogotá, 1967, p. 111

Código Penal encontramos que: "Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad".¹²¹

"La presunción a que se refiere el precepto se basa en la creencia legal de que las lesiones y homicidio se efectúan con las cualidades enumeradas, el sujeto ha debido emplear medios preparatorios de su delito, reveladores de su predeterminación delictiva, y de su reflexión sobre las circunstancias de ejecución. La presunción de premeditación debemos interpretar-la como una "juris tantum", porque el supuesto legal puede ceder lógicamente ante el conocimiento exacto de la ausencia de espíritu reflexivo previamente deliberado".¹²²

V.- Los tipos previstos en el artículo 315, II párrafo del Código Penal vigente.

a) - Comisión por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos. Ya hemos visto que en estos ilícitos predomina la reflexión y la planeación continua de llevar a cabo el delito. Esto

121 - Art. 315, IV párrafo, p. 110.

122 - Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, XVI edición, 1980, p.76.

es, se requiere una preparación química o mecánica de destrucción. En los Códigos Penales de 1871 y 1929 ya se valoraban estas comisiones como circunstancias agravantes.

b) - Comisión por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud. Helmann define al veneno como "aquella sustancia que introducida en el organismo en cantidades relativamente pequeñas, y por otros medios que no sean mecánicos ni térmicos, daña la salud o produce la muerte".¹²³

"El veneno ha sido utilizado, casi puede aseverarse, desde los comienzos de la existencia del hombre en la tierra. las flechas envenenadas fueron arma primitiva y principal de combate; cuando llegaron los descubridores a América, encontraron que, en las organizaciones indígenas, rudimentarias o cultas, era la flecha envenenada el medio principal de ataque y de defensa. El veneno alcanzó popularidad y uso extraordinario en Grecia y en Roma. En el siglo XII aparecen los primeros libros que hablan del arte de envenenar. Cobra una gran importancia en los siglos XV y XVI, especialmente en Italia quizá, más que nada, debido al uso que de él se hizo en la Corte de los Borgia. para concepto popular, los especializados en filtros amorosos, brujerías y hechicerías, eran envenenadores. El veneno pasa después a Francia, posiblemente llevado por Catalina de Médicis, y se populariza tanto allí, se abusa tanto de él y son tantas las muertes que ocasiona, sobre todo

123 - Citado por Cuello Calón, Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1936, tomo II, p. 424.

en los siglos XVII y XVIII, que los reyes de Francia tuvieron que dictar varias ordenanzas persiguiendo implacablemente su uso y Luis XIV creó la llamada Corte de los venenos, o Cámara ardiente, descrita por Victorieu Sardou, tribunal especializado y destinado a perseguir el uso de ese medio, que tantas víctimas causaba. Pero felizmente, en el siglo XIX aparece una nueva ciencia: la toxicología. Ello ha hecho en beneficio de la humanidad mucho más que todas las Cortes de los venenos y la represión legislativa. Nos permite hoy no solamente una mejor preparación de los hechos y un mejor análisis del veneno utilizado, sino también usar contra-venenos y salvar de ese modo personas destinadas a morir".¹²⁴

Cuando el artículo de referencia habla de otras sustancias nocivas a la salud, podemos considerar a los metales, el vidrio molido y también a los enervantes. La vía de administración en todos los casos puede ser cualquiera que conduzca o haga llegar la sustancia al interior del organismo.

c) - Comisión por contagio venéreo.- Si tomamos en cuenta el sentido crónico del sujeto activo, estaremos, ante un delito irreflexivo, por la falta de preparación. Ya que el medio elegido no es adecuado, toda vez que el sujeto pasivo tendría que morir dentro de los 60 días contados desde que fue, lesionado (Art. 303, Frac. II) para que existiera la premeditación de homicidio y esto por razones obvias, me parece casi imposible o más bien imposible.

124 - Ricardo Levene, El Delito de Homicidio, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955, ps. 195 y 196.

d) - Comisión por asfixia.- Según Vibert ¹²⁵ con el nombre de - asfixia se comprenden todos los casos en que, por obstáculo mecánico, no puede el aire entrar en el pecho: el sofocamiento por obturación de los orificios respiratorios, la estrangulación, el ahorcamiento, la sumersión, el enterramiento y la compresión del torax, que dan como rasgo etiológico común la interrupción de la respiración.

En los cuatro incisos a que me he referido, no obstante su presunción de premeditación, puede presentarse la instantaneidad, o el ímpetu voluntario, por lo que no existiría la reflexión y preparación del ilícito, como condición necesaria para la premeditación, por lo que en el momento de dilucidar en el precepto legal y en el caso específico, estaríamos ante una verdad provisional o interina que el juez debe tener como exacta en tanto que las pruebas demuestren lo contrario y se desvanezca la creencia legal. Por lo tanto, estamos ante una presunción de premeditación IURIS TANTUM, porque advierte la prueba de la ausencia del ánimo reflexivo previamente deliberado.

e) - Comisión por retribución dada o prometida.- Siendo este el tema específico del presente trabajo, lo trataré en el siguiente capítulo.

125 - Citado por González de la Vega, Op. cit., p. 78.

f) - Comisión por tormento.- En la opinión de Francisco Carrara¹²⁶ manifiesta que: "...yo lo llamaría homicidio felino, -al tormento-, pues es notorio que, entre los animales carnívoros, los más sanguinarios y feroces son los de la raza felina. Estos animales no se contentan con matar a su presa para comérsela, sino que se solazan con péfido deleite en hacerla sufrir y en prolongar su agonía antes de devorarla".

La agravación de la pena en este tipo se aplica con motivo de haber aumentado deliberada e innecesariamente el dolor y sufrimiento a aquél que resiente la agresión, y que de esa manera se le prolonga la agonía, en tanto que el delincuente goza con esos actos.

g) - Comisión por motivos depravados.- La figura delictiva que contempla el artículo 315 de nuestra vigente legislación y que se lleva a cabo no con la finalidad de matar o lesionar, independientemente de que si sucede, sino de buscar, posteriormente, la satisfacción de los más bajos instintos, la depravación sexual y otras costumbres reprobables en nuestra sociedad.

Esto es que el agente razonó deliberadamente en la comisión de su delito, aunque para obtenerlo tuviera que matar.

126 - Programa de Derecho Criminal, parágrafo 1,444, nota 1.

h) - Comisión por brutal ferocidad.- En esta comisión, el agente obra sólo por bestial ferocidad.

Siguiendo a Carrara, sostiene que, "El homicidio brutal, ad lasciviam, o por lividine de sangre, dibuja a un hombre peor que una fiera; el hombre que actúa por odio contra el género humano".¹²⁷

El mismo autor sigue diciendo: "Frente a quien mata sin odio, sin pasión, sin finalidad de lucro, por la sola sed de sangre, no hay quien pueda considerarse seguro; no basta ni ser pobre, ni ser prudente, ni el no tener enemigos. Frente a este individuo no hay previsión posible, pues la agresión proviene de un desconocido. La razón que aumenta en estos casos la gravedad del delito, radica en la dificultad que encuentran los ciudadanos para precaverse contra el hecho".¹²⁸

Creo que con lo expresado por Carrara queda más que completos los elementos que son necesarios considerar en la tipificación de esta figura delictiva.

La consideración, en lo personal, de que los delitos de Comisión por tormento, motivos depravados y brutal ferocidad no deben considerarse como presunciones de premeditación, en tanto no se pruebe lo contrario, obedece a que los sujetos que incurrir en estas clasificaciones son seres de máxima temibilidad.

127 - Ob. cit., parágrafo 1,201.

128 - Ob. cit., parágrafo 1,199

Por lo que no podemos esperar o creer en la posibilidad de desvanecer una presunción, o confirmarla, ya que son actos que deben ser sancionados severamente, porque van en contra de cualquier norma de la colectividad y lesionan enormemente la seguridad y estabilidad de nuestra sociedad.

CAPITULO IV

EL HOMICIDIO POR RETRIBUCION DADA O PROMETIDA

SUMARIO: I.- Ley Cornelia de Sicariis; II.- El Homicidio por mandato: a) Su regulación en nuestras penales, b) Los sujetos, c) circunstancias de mayor o menor peligrosidad del delincuente, d) El precio o promesa remuneratoria como móvil, e) La pena; III.- Inoperancia de la Presunción, de la Premeditación; - IV.- La Tentativa en relación a este homicidio.

Inicio este capítulo, con la creencia de que la 'presunción de premeditación', establecida en la norma positiva vigente, no ha considerado la notable habilidad insidiosa que pone en juego el sujeto, que recurre a un sicario para privar de la vida a su enemigo y el ambicioso motivo que le da fuerza al mercenario criminal para cumplir el objetivo encargado.

I.- LEY CORNELIA DE SICARIIS.- Bernaldo de Quirós, uno de los autores que más se amplía en la historia, manifiesta que: "El asesinato es la otra especie gravada del género homicidio, que se caracteriza, no por relaciones personales entre el matador y la víctima, como el parricidio, sino por circunstancias reales, esto es, relativas al modo de comisión del delito".

"Mientras la mayor parte de los nombres de los delitos, son de origen latino, como procedentes directamente del Derecho Romano, el nombre de asesinato es, por excepción, árabe".

De Quirós continúa diciendo que: "La versión más general relaciona el nombre de asesinato con el de la secta árabe de los 'Haschischin', o fumadores de 'haschich', de que fue creador y jefe el misterioso personaje del Líbano, Hassan ben Sabbah, el Homairi, 'el Viejo de la Montaña', de quien hablaron las crónicas de la primera cruzada (1096-1099). Los antiguos viejos de oriente, como Marco Polo y Oderico de Podernone, y, mucho después, Torcuato Tasso en su poema 'La Jerusalem libertada'. Fortificado en su castillo de Alamut, o del Aguila negra, que aún subsiste, lo mismo que otros castillos contemporáneos de él, como el de San Servando de Toledo, al otro lado del Tajo, el 'Viejo de la Montaña', que acababa de crear una de las grandes dicitencias de la fe mahometana que aún se conserva y se perpetua hasta el día, en la persona del Agha Kan, Jefe de los Mahometanos de la India, atraría a sus fanáticos a su alrededor, procurándoles, en recompensa la mágica droga del haschich, creadora de los 'paraísos artificiales' de sus ensueños voluptuosos, y que no es otra cosa sino la vulgar marihuana de nuestros días, para que se introdujesen furtivamente en el campamento de los cristianos, dando muerte a sus jefes escogidos. Al regresar a Europa, terminada felizmente la primera cruzada, los cristianos trajeron consigo esta palabra, que importaron relativamente deformada en sus respectivos países, donde al cabo, sirvió para significar un temible delito de muerte".

M-00 59676

"Aunque España no participó en la primera Cruzada, ni en ninguna de las que le siguieron, ocupada como estaba ella en la propia cruzada interior de la reconquista, las dos palabras de 'asesinato' y 'asesino' aparecen siglo y medio más tarde en el Código de las Siete Partidas, en una de las leyes mas interesantes, penalmente consideradas, de la Setena Partida, la ley tercera del Título XVII, en un lugar inesperado, al lado de los que reprimen el suicidio de los desesperados, pues el asesinato, por sus irremediables consecuencias mortales, se consideraba como uno de los casos equiparables al suicidio mismo por enfermedad, locura o reveses de la fortuna".

La ley dice así: "Assesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados e malos, que matan a los omes a traición, de manera que non se pueden de ellos guardar. Ca tales y ha de ellos que andan vestidos como religiosos, e otros como peregrinos, e otros que andan como labradores; e alvenganse para labrar con los omes porque se aseguren en ellos, e andan muy encubiertamente en estas maneras sobredichas e en otras semejantes de estas, porque puedan cumplir su traición e su maldad que han en el corazón de facer, e porque tales omes como estos son muy peligrosos, mayormente contra los Reyes e contra los otros Señores, por ende defendemos que ningún ome non sea osado de los recibir a sabiendas en su casa, nin de los encubrir en ninguna manera. E si por ventura alguna contra estos ficiere recibiendo alguno dellos o encubriéndole o mandándole matar algún ome magüer que no le encubriere el señor, si supiese ciertamente que se alogaba en casa de otro alguno e non le descubriere, mandamos que muera por ello. E si por ventura fuyese que non le pudiese aver para

cumplirlo la justicia en él, démoslo por desafiado de Nos, e de todos los de nuestro Señorío, de manera que cualquiera que lo mate de allí adelante non haya pena ninguna. Otro si decimos que los asesinos e los omes desesperados que matan los omes por algo que les den, deben morir por ende, también ellos como los otros por cuyo mandato lo hacen".¹²⁹

Sin lugar a dudas el Derecho Romano ha sido el pilar de nuestro propio Derecho, y en esa vieja legislación romana ya se hablaba de los sicarios, en la 'Ley Cornelia de Sicariis'.

Y Carrara nos dice que: "Esta palabra proviene de 'sica', penal. Sicario es el individuo pagado para matar, y la agravante tiene su razón de ser en que la actitud de los dos, el que paga y el que recibe el pago, pone de relieve cobardía, búsqueda de impunidad y hasta falta de motivos, todo lo que hace necesario la agravación de la pena. El que mata lo hace sin motivo personal contra la víctima, y el matador utiliza a un tercero para que lleve a cabo la acción. Por eso es agravante, tanto para el autor moral como para el autor material".¹³⁰

Podemos apreciar que el origen más antiguo del tema que nos ocupa, proviene de los pueblos o gentes llamados asesinos, principalmente en los pueblos de los cristianos y las Cruzadas, en donde se consideró se cometieron los más horrendos homicidios,

129 - Constancio Bernaldo de Quirós, Derecho Penal, parte especial, Editorial José M. Cajica, Jr., S.A.; México-Buenos Aires, 1957, 2a. Edición, p. 58 y ss.

130 - Carrara, citado por Ricardo Levene, el Delito de Homicidio y Ediciones Depalma, 2a. Ed., Buenos Aires, 1970, p.194

y para entender el crimen inter sicarios "La Ley que reglamentó ex-profeso el delito de homicidio, fue la Lex Cornelia de Sicariis et Venefecci".¹³¹

"La Ley Cornelia de Sicariis et Venefecci (de sicarios y envenenadores) del año 671, bajo Sila, sancionaban de una manera muy especial al autor de un homicidio por precio y a los envenenadores (incluyendo a los que lo preparaban) y hechiceros, distinguiendo ya entre homicidio doloso del culposo o casual; a este último no se le aplicaba ninguna sanción".¹³²

Al tratar el homicidio en Roma, observamos que del Derecho Romano bajo la influencia del Derecho canónico, distinguió entre homicidio doloso y homicidio culposo, llamando al primero "homicidium qualificatum" -homicidio calificado- y castigándolo con la pena de muerte, en tanto que al segundo le llamó "homicidium simplex" -homicidio simple- y los sancionó con leves penas pecuniarias.

"La suma de las leyes penales de Francisco de la Provilla, adicionada por el Lic. Francisco de la Barreda, (Madrid 1639), se refiere con toda atención al homicidio doloso, castigándolo con pena de muerte al preterintencional, al justificado, al cometido en legítima defensa o por un clérigo, o con veneno, al parricidio, o al homicidio alevoso o por precio".¹³³

131 - Giuseppe Maggiore, Op. cit., p. 263.

132 - Levene, Op. cit., p. 13.

133 - Levene, Op. cit., p. 14.

II.- EL HOMICIDIO POR MANDATO.- Para Bernal Pinzón, autor colombiano, "el asesinato es el homicidio cometido por mandato, o por precio. El mandante o conductor de la obra de otro se llama asesino; el mandatario asesinador".¹³⁴

Por lo que respecta a la legislación italiana del siglo pasado en que no se consideraba al Homicidio por mandato como agravante específica descansa en la tesis de que si El Código, como ya se anotó, proveía, como agravante del homicidio, la premeditación, no había necesidad de mencionar en especial el mandato, simplemente porque, con nitidez afirma IMPALLOMENI, "el mandato es siempre forma de premeditación en el mandante, ya que cuando se piensa, no en matar directamente, sino en confiar a otro el encargo, con eso mismo se difiere la ejecución del designio criminal para tiempo posterior, para la época en la cual el mandatario podrá matar". Por lo mismo, "siendo... el mandato raras veces configurable sin premeditación, tendría poco interés la cuestión relativa a si tales circunstancias merezcan ser consideradas como agravantes."¹³⁵

Esta modalidad de ejecución del delito, fue la que hizo denominarle asesinato; afirma Carrara, "en el lenguaje clásico de la escuela la palabra asesinato indica el homicidio cometido por orden y cuenta de otro, es decir, querido por una persona y ejecutado por otra".¹³⁶

134 - El Homicidio, Ed. Témis, Bogotá, 1971, p. 79.

135 - Impallomeni, citado por Bernal Pinzón, Ob. cit., p.204.

136 - Ob. cit., Programma 1193

a) - Su regulación en nuestras normas penales.- Nuestra legislación en sus ordenamientos no especifica de manera determinante la comisión por mandato, sin embargo en el Art. 315, II fracción esta contemplado este homicidio, tomando como base la premeditación y la presunción de premeditación; y así establece que:

ART. 315.- Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición.

Hay premeditación: siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.¹³⁷

Como lo establece el artículo y su fracción respectiva, estas son las circunstancias que al concurrir en la comisión de un homicidio, lo convierten en una figura subordinada. Sin embargo, -frac. II- la Ley, encubiertas en presunciones de premeditación, establece otras agravantes que cuentan con autonomía propia.

Basta una sola de estas calificativas para que las lesiones y el homicidio sean gravados, no se requiere que concurren

137 - Ob. cit., p. 110.

dos o más. Las calificativas en cuestión atienden a la más alta peligrosidad del agente y a los medios de ejecución del delito.

Es poca la información que podemos obtener a través de las normas legislativas que antecedieron a la norma vigente; podemos mencionar que el Anteproyecto del Código Penal de 1949 y otros, no se mencionaban para nada estas circunstancias, tal vez porque se estimó que no era conveniente presumir la existencia de la calificativa de premeditación.

Sin embargo, el hecho de no referirnos a ellas, conduce al extremo de considerarlas como simples las lesiones o el homicidio cometidos en esas circunstancias, cuando no sea posible comprobar la existencia de la premeditación o de alguna otra calificativa. Esta omisión es desacertada, la ejecución de las lesiones o el homicidio mediante el empleo de estos medios o en virtud de estos móviles revelan la extraordinaria peligrosidad del agente y su carácter profundamente antisocial.

En el Capítulo anterior, traté el Art. 315 dando una breve explicación respecto de las clases de homicidio que contiene, reservando únicamente el inciso e) que se refiere al tema de que trata el presente trabajo.

b) - Los Sujetos.- "Añeja es la presente figura que era conocida; 'por mandato y por merced'. Esta figura presuncionalmente gravada requiere de la intervención cuando menos de dos sujetos

activos: el inductor o instigador y el ejecutor material o autor del homicidio".¹³⁸

El Código Penal vigente se anota en el Art. 13, a las personas responsables de los delitos, sin embargo el Código Penal de 1871 había agrupado a los responsables de los delitos en tres categorías; como lo argumenta Carrancá y Trujillo en su obra del Código Penal Anotado; "autores, cómplices y encubridores (Arts.48 a 58). Igual solución adoptó el Código Penal de 1929 (Arts. 36 a 43); en tanto que el precepto comentado se refiere a los 'responsables de los delitos', sin adoptar denominaciones propias para cada categoría".¹³⁹

Sin embargo la clásica clasificación que comprende a autores, cómplices y encubridores, se mantuvo ínsita en el texto original del Art. 13, pero ya no ahora en el texto vigente, que sólo comprende a los autores y a los cómplices de acuerdo al Art. 400 de la norma de referencia.

Así pues que, en el artículo de referencia se manifiesta que:

ART. 13.- Son responsables de los delitos:

- I - Los que acuerden o preparen su realización;
- II Los que lo realicen por sí;
- III Los que lo realicen conjuntamente;
- IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

138 - Cardona Arizmendi, Apuntamientos de Derecho Penal, Parte Especial, Cárdenas, Edit.y Dist., 2a. Ed., Méx.1976, p.70.

139 - Ob. cit., p. 63.

- VI Los que intencionalmente presten ayuda o auxi-
lien a otro para su comisión;
- VII Los que con posterioridad a su ejecución auxi--
lien al delincuente, en cumplimiento de una pro
mesa anterior al delito; y
- VIII Los que intervengan con otros en su comisión --
aunque no conste quién de ellos produjo el re--
sultado.

Cada numeral es explicativo por sí mismo.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa, "los inductores son también autores intelectuales del delito, por instigación sobre el autor material. La inducción -de inducir: instigar, mover, persuadir a uno- puede consistir en dádiva, consejo, promesa, etc., lo que se exige es que represente el impulso del delito".¹⁴⁰

Los que compelen -de compeler: obligar a uno, por la fuerza o por autoridad a que haga lo que no quiere- a otro a cometer el delito v. gr. por mandato, orden, coacción moral, etc., son también autores intelectuales. El compelido puede no ser responsable si obra en estado de necesidad, a virtud de obediencia jerárquico-legítima, etc., pero el que compele siempre lo es.

140 - Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1939
Tomo I, p. 501.

Debemos considerar que no basta que el sujeto afirme la existencia de un mandante. Debe ser conocido ese mandante, porque si no se le conoce, puede que exista un propósito personal de dar muerte a la víctima. No basta decir, "fulano me ha comisionado", ya que con ello puede disfrazarse el verdadero deseo de eliminar al sujeto.

Es posible también que coexistan intereses personales y directos del autor material de matar a la víctima, cuando además obra por precio o promesa remuneratoria.

"Es ésta una de las formas de homicidio más repulsivas desde todo punto de vista, porque configura la abyección y la cobardía tanto del autor material como del autor moral".¹⁴¹

En resumen, respecto a los sujetos, creo que quien lo ejecuta presenta una especial deliberación para cometer el delito impulsado por la retribución, en tanto que el sujeto activo intelectual es todavía más reflexivo ya que le corresponde, pensar en el ilícito, prepararlo, buscar el elemento material que lo consumará, tener la retribución, etc.

c) - Circunstancias de mayor o menor peligrosidad del delincuente.- Indudablemente éste es uno de los elementos o características más importantes de los sujetos que cometen el homicidio por retribución, ya que, presentan no sólo la calificativa

141 - Ricardo Levené, Ob. cit., p. 195

de premeditación, sino de otras calificativas, según la consumación del delito, situación que los vuelve elementos antisociales y temerariamente peligrosos.

En relación a la mayor o menor peligrosidad del delincuente, Enrique Ferri dice que: "Esta distinción de los delincuentes según su peligrosidad se deriva de su conducta antisocial, aparece determinada por tendencias congénitas o por atrofia del sentido moral, o por impulsos pasionales, o, en fin, por los influjos predominantes del ambiente familiar y social y por las deficiencias de los mismos sistemas carcelarios, que son como cubetas, para el cultivo de los microbios criminales. Y sólo en virtud de esta distinción... le será posible al legislador realizar en la práctica... el doble objetivo de la defensa social y de la corrección de los condenados".¹⁴²

Para Grispigni Filippo, "los elementos constitutivos de la peligrosidad serán aquéllos modos de ser y de presentarse las siquis, por los cuales es de esperarse una resolución criminal. A su turno, los factores casuales estarían constituidos por todo aquello que ha tenido alguna influencia, casual o condicionalmente, en el proceso de formación de los elementos constitutivos. Los índices de la peligrosidad estarían representados por todo aquello de lo cual se puede deducir la existencia de la peligrosidad en el sujeto. Finalmente los estímulos realizadores o factores desencadenantes de la peligrosidad

serían aquellos que, como su nombre lo indica, estimulan la aparición o la exteriorización de la peligrosidad que estaba antes inerte en la personalidad del sujeto".¹⁴³

Respecto al mismo tema, el criterio de Alfredo Rocco en la Exposición de Motivos del Código Italiano vigente, sostiene que: "Se han inspirado en la idea fundamental, sobre la cual he insistido varias veces, de la necesidad de que el juez tenga un concepto completo y orgánico del culpable y del delito cometido por él, de modo que la pena que se vaya a aplicar en concreto sea, en lo posible, el resultado de un juicio completo y sintético sobre la personalidad del reo y sobre la gravedad del delito, antes que árido resultado de sucesivas operaciones aritméticas".

d) - El precio o promesa remuneratoria como móvil.- El homicidio por precio o promesa remuneratoria es, como el homicidio por impulso de brutal perversidad o por placer, una forma de este delito calificada por el móvil, como lo es por el modo cuando media ensañamiento, o por el medio empleado cuando hay sevicias.

Cuando nuestro Código Penal vigente habla de "retribución dada o prometida", está contemplando el precio como ratio de la conducta, es lo que caracteriza el crimen sicarius. Y para

143 - Derecho Penal Italiano, Editorial Giuffe, Vol. I, 1952, p. 191.

Carrara, el precio debe de consistir en "dinero o ventaja de índole patrimonial".¹⁴⁴ Son coactores del delito tanto el que da como el que recibe el precio. La promesa de precio requiere que éste este estipulado, pues no basta que el agente obre con la sola esperanza de una recompensa para que se configure el crimen sicarius.

Este inciso se puede finalizar diciendo que: el precio puede ser grande o pequeño, en dinero o en especie, de palabra o por escrito, esto es independiente y circunstancial de acuerdo a los sujetos.

e) - La Pena.- Para Carrara: "la derivación de la pena deriva de la retribución, lo que vuelve mucho mayor el temor que genera el homicidio cometido por mandato, es la demaciada facilidad que puede tener un malvado pudiente para encontrar sicarios mediante dinero y de ahí la gran dificultad de la víctima para defenderse de un ataque que no sabe por qué lado vendrá".¹⁴⁵

No existe diversidad de sanciones para mandante y mandatario, ya que la responsabilidad es gravada para uno y para otro.

La cuestión de la diversidad de sanciones para mandante y mandatario fue problema de los clásicos; y siguiendo al mismo autor, éste sostuvo que sí debe haber diversidad, tomando como base el criterio ontológico, el moral, el político y el jurídico.

144 - Programa 1195

145 - Programa 1192

Con el primero porque, "el mandante quiere el delito, mientras que el mandatario lo quiere y lo ejecuta, por tanto éste debe ser sancionado más severamente porque hizo más en el delito"; en el segundo criterio, "porque el mandante tuvo siempre una gran pasión que lo impulsó a querer la muerte de su enemigo; mientras que el sicario no tuvo... más impulso que la avidez de la mezquina ganancia... etc."; por el tercer criterio, porque como lo anuncio Beccaria, era útil infundir desconfianza a los sicarios, a través de la conminación de penas graves; y, finalmente por el criterio jurídico, porque el homicidio se agrava por razón de la causa, esto es, el fin del lucro, que sólo existe en la conducta del ejecutor".¹⁴⁶

A criterio personal considero que estas cuestiones no tienen mayor relevancia que el mero interés académico, ya que actualmente no se pone en tela de juicio la igualdad de responsabilidad entre el que manda y el que ejecuta o obedece.

Ahora bien, por lo que respecta a cometer el delito, errando en la persona previamente elegida para darle muerte, no sufre ninguna modificación la pena, ni destruye la calificativa.

Los artículos, vigentes de la norma respectiva, 51 y 52, determinan la aplicación de las sanciones y el 320 establece que: al autor de un homicidio calificado -el presente caso- se le impondrán de 20 a 40 años de prisión.

III.- INOPERANCIA DE LA PRESUNCION DE PREMEDITACION.- El artículo 315, segundo párrafo, de referencia, "crea verdaderos tipos complementados, subordinados y presuncionalmente gravados, los que se componen con los elementos del tipo básico de homicidio más la referencia típica del medio empleado, móviles de la conducta, etc.". ¹⁴⁷

La presunción descansa en el hecho de que para darse la figura ordinariamente requiriera de la reflexión tanto del autor intelectual, como del sicario, se hará acompañar de actos que determinen la conducta ilícita.

Dice Castro García en su obra de Ensayo sobre las Calificativas en los Delitos de Lesiones y Homicidios que: "La presunción legal de premeditación se deriva de las generalizada creencia de que la comisión de las lesiones del homicidio en esas circunstancias requiere por lo general el empleo de métodos preparatorios, los cuales revelan que el sujeto activo ha reflexionado acerca del delito que pensaba cometer y ha planeado..!". ¹⁴⁸

Y para Bernal Pinzón: "El mandato es una especie de contrato que desde luego tiene objeto y causa ilícitos es necesario que el mandante haya expresado claramente su voluntad, pero no es indispensable que el mandatario exprese a su turno la suya propia, ya que puede presumirse su aceptación con la ejecución del mandato. La ley tampoco ha puesto requisitos

147 - Cardona Arizmendi, Ob.cit., p. 66

148 - P. 119

especiales para demostrar la existencia del mandato, de donde, por lo mismo, es suficiente para integrarlo cualquier forma de manifestación de esa voluntad, sea oral o escrita, sin que, desde luego, y como se reconoce en la doctrina se pueda aceptar presunción de mandato".¹⁴⁹

Esta visto, a través de las observaciones de los diversos autores que tratan el tema que la razón legal de este delito es la acusada actividad reflexiva. Sin embargo y en un criterio muy personal, considero a la presunción de premeditación, a que hace alusión el 315, muy limitada en su alcance jurídico-penal, de ahí que crea en la inoperancia de la misma; toda vez que si consideramos los factores con que se realiza este ilícito, a los que ya hemos hecho alusión, no hay motivo para que se considere la presunción, puesto que de seguirla considerando, solo nos llevaría a no sancionar adecuadamente el delito o a encubrir conductas altamente peligrosas, amén de que en la misma figura se pueden presentar las restantes calificativas.

IV.- LA TENTATIVA EN RELACION A ESTE HOMICIDIO.- En breve forma trataré los aspectos que considero más importantes para una mejor evaluación de este tema, con el homicidio por retribución dada o prometida.

Se considera la tentativa cuando, habiendo dado comienzo la ejecución del delito, éste se interrumpe por causas ajenas a la voluntad de la gente. Y para que exista es necesario

149 - Ob. cit., p. 206.

"a) Intención de cometer un delito determinado; b) que haya un principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del mismo, y c) que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad de agente".¹⁵⁰

Para comprender a la tentativa tenemos que entender la "Inter criminis" o el estudio de las fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento.

En el camino del delito se consideran dos fases: a) la fase interna, desarrollada en la mente del sujeto y b) fase externa que se desarrolla en el mundo físico y palpable.

a) - La fase interna es cuando el delito surge en la mente del sujeto, pero aún no la exterioriza. Esta etapa atraviesa por la Ideación o la idea surgida en la mente del sujeto para cometer un delito; la deliberación o la facultad de determinar la voluntad libremente; y la Resolución o la persistencia de la consumación del delito.

Pavón Vasconcelos sostiene que: "la fase interna o subjetiva no tiene trascendencia penal",¹⁵¹ puesto que no se ha alterado el orden jurídico.

b) - La fase externa u objetiva del intercriminis se inicia con la manifestación de la intención delictuosa y termina

150 - Cuello Calón, Ob. cit., pag. 606

151 - Breve ensayo sobre la tentativa, Ed. Porrúa, SA, Tercera Edición, México 1982, p.11

con la consumación de la conducta que produce un resultado jurídico. Esta fase comprende a: la resolución manifestada, los actos preparatorios y la consumación.

La resolución manifestada, es cuando el sujeto exterioriza su idea criminosa, por medio de la palabra; esto es, la expresión externa de una voluntad delictiva.

Los actos preparatorios "son aquéllos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención de la gente, que tiende así a preparar su ejecución".¹⁵²

Y la consumación, es el momento de plena ejecución del delito y por consiguiente se verifica "la lesión jurídica",¹⁵³ esto es, - el hecho se produce mediante la integración de sus elementos esenciales.

Tratando de ser más objetiva y encuadrando el tema de estudio a la tentativa, notamos que el Código vigente en el artículo 12 apunta que: "la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente".

Es Pavón Vasconcelos quien menciona que, este artículo: "...está sancionando de acuerdo con la interpretación de su texto, los actos puramente preparatorios y no los ejecutivos del delito".

152 - Jiménez de Azúa, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, 11a. Ed. Buenos Aires, 1980, p.471.

153 - Pavón Vasconcelos, Ob cit., p. 18.

Y si tratamos a la tentativa acabada y a la tentativa inacaba, el mismo ordenamiento reza en el primer párrafo que: "para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado en que se hubiere llegado a la ejecución del delito".

Concluyendo: la tentativa sólo se da si el delito adolece de la consumación, ya que la voluntad sólo se quedó en los actos preparatorios y éstos también son consecuencia de una norma penal.

Por lo tanto, la tentativa contiene los elementos de: conducta típica, antijuricidad y culpabilidad, que son necesarios para la configuración delictiva y obviamente con estos elementos se está violando la norma prohibitiva y los sujetos se harán acreedores a una pena.

Tratada en forma genérica la tentativa, ahora la explicare a el homicidio por retribución dada o prometida.

Y así Carrará nos explica que: "el asesinato tiene su consumación en la muerte, no con el pacto; en el cual aún cuando seriamente concluido, no se da ni siquiera tentativa, porque con el pacto no se da comienzo a la ejecución del homicidio. Se dará sólo un conato cuando el sicario haya comenzado los actos externos de ejecución del homicidio. En el pacto podrá crearse un título de delito autónomo, como en cualquier asociación o instigación criminal, cuando el delito al cual tienden sea de tal gravedad política que lo merezca. Reconocer delito en el pacto fue

emancipación de un terrorismo sistemático, y error de la vieja práctica, que no tuvo jamás idea de la tentativa".¹⁵⁴

De acuerdo con las disposiciones contenidas en el Código de 1931, es claro que no se podrá hablar de tentativa, cuando ha existido apenas el acuerdo entre mandante y mandatario para la comisión de un delito de homicidio por retribución dada o prometida, si no se ha dado principio, a la ejecución de dicho homicidio.

La Jurisprudencia asienta que: "El Código Penal no define la tentativa sino que señala cuando es punible, lo que quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente. La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad de la gente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de política criminal por cuanto conviene a los fines de ésta estimular los desistimientos. El Código Penal de 1931 ha considerado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa a dos circunstancias: una de causalidad y otra en razón del tiempo; por la primera se requiere que los actos ejecutivos

se encaminen directamente a la realización del delito proyectado o sea que por su naturaleza se le vincule intimamente..." 155

Finalmente y apegándonos a nuestra norma positiva, la punibilidad en la tentativa está regulada por el artículo 63 que a la letra dice: "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

155 - S.C., tesis relacionada, 6a. época, 2a. parte, tomo LXXXVIII, p. 33.

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

1. Desde los tiempos más antiguos y a través de las diversas legislaciones, el homicidio ha sido el delito más severamente sancionado, en comparación con las otras figuras delictivas y esto es debido a que la vida es el objeto de la tutela jurídica, es la razón de ser de los demás bienes protegidos por el derecho, por lo que cuando se afecta a uno de los integrantes de la Sociedad, esta debe reaccionar con más energía ante la agresión, pues la muerte de uno de sus integrantes le daña directamente.

2. El Homicidio regulado en nuestra norma positiva en su artículo 302 establece que: 'comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a otro'. Pero en el caso que nos ocupa concurren circunstancias que agravan la penalidad, tal es el caso de la Premeditación, considerada como una calificativa por excelencia.

3. La premeditación como calificativa, es la reflexión interna, el deseo formado en el agente para preparar, madurar y ejecutar el delito, auxiliándose de los medios y elementos necesarios para ello; lo que pone de manifiesto un elevado índice de peligrosidad y perversidad en el sujeto activo.

4. El Homicidio por retribución dada o prometida contenida en el artículo 315 de nuestro ordenamiento vigente, encuentra su origen en los pueblos árabes, es decir, en la época de los cristianos y las cruzadas, donde el sujeto activo era conocido como asesino por cometer los crímenes más despiadados y horribles.

5. Nuestra legislación no da una definición textual de Homicidio por Mandato, pero este se interpreta en el artículo 315 que regula - al homicidio como calificado, cuando concurre como agravante de Premeditación; aunque de acuerdo con lo que dispone el último párrafo - del precepto citado, hay una presunción que a mi criterio no admite prueba en contrario y da por hecho la existencia de la premeditación.

6. Este delito es plurisubjetivo, ya que se presenta la conducta de dos o más sujetos, por un lado el que ofrece el precio o la recompensa y por otro, el que recibe o acepta la recompensa y materializa el mandato; aún cuando uno haya sido autor intelectual y otro material, ambos son responsables del delito en una igualdad de sanciones.

7. La calificativa en cuestión, no se destruye si en la ejecución concurre el error en la persona, por lo que la aplicación de la pena se registrará conforme a la agravación de mínimos y máximos que contienen los artículos 298 y 320 del Código Penal vigente.

8. La presunción que establece el artículo comentado, no ha considerado lo arduo del crimen, que dificulta o imposibilita toda defensa, la extrema peligrosidad del mandante y del mandatario, así - como la imperiosa necesidad de combatir las asociaciones delictuosas; todos estos elementos exigen que este delito sea considerado en sí mismo, como calificativa autónoma.

9. Finalmente considero, que la presunción de premeditación en el delito de homicidio por retribución dada o prometida no tiene ninguna razón de ser, ya que por la forma en que se ejecuta este delito, presenta sin lugar a dudas, todas las características de preme

ditación, amén de que también puede concurrir cualquier otra de las calificativas.

10. En otros términos, mi observación al artículo 315 del Código Penal vigente, no obedece a una inquietud reformista, sino a una transformación cualitativa para instaurar la aplicación justa de las penas. Esta propuesta atiende a incorporar normas que correspondan a las necesidades actuales y a la evolución de las ideas y requerimientos de nuestra sociedad, para así mejorar substancialmente la administración de la justicia y para que el homicidio por retribución dada o prometida deje de ser una presunción y se incorpore al rubro general de los homicidios calificados.

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

I - OBRAS CONSULTADAS

- 1.- Bernal Pinzón, Jesús. El Homicidio, Editorial Témis, Bogotá, 1971.
- 2.- Bernaldo de Quirós, Constancio. Derecho Penal, Parte Especial, Editorial José M. Cájica, Jr., S.A. México-Buenos Aires, 1957, segunda edición.
- 3.- Bettiot Giuseppe. Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, Editorial Témis, Bogotá, 1965.
- 4.- Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1976.
- 5.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Onceava Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1977.
- 6.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, Doceava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1986.
- 7.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, Tomos I-IV, traducción de la 5a., 6a. y 7a. ediciones italianas, Editorial Témis, Bogotá, 1957.

- 8.- Castro García, Alfredo. Ensayo sobre las calificativas en los Delitos de Lesiones y Homicidio, México 1951.
- 9.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Séptima Edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1949.
- 10.- Ferri Enrico. Principios de Derecho Criminal, traducción al español por José Arturo Rodríguez Muñoz, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia, Primera Edición, Editorial Reus, S.A., 1933.
- 11.- Fontan Balestra, Carlos. El elemento subjetivo del delito, Roque Depalma editor, Buenos Aires 1957.
- 12.- Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Botas, 1950.
- 13.- Garraud, Tratado de Derecho Penal, delito, delincuente y pena, Obra mimeografiada, Primera Edición, México, 1934.
- 14.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, Editorial Porrúa, S.A., Décimo catorce edición, México, 1977.
- 15.- González Trujillo, Jesús. La Relación Material de la Causalidad en el delito, Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976.

- 16.- Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Onceava Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1980.
- 18.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, T. I-III, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1956.
- 19.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, T. II, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1979.
- 20.- Klein Quintanán, Julio. Ensayo de una teoría jurídica del Derecho Penal, Primera Edición, Librería de Manuel Porrúa, México, 1951.
- 21.- Levene, Ricardo. El Delito de Homicidio, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.
- 22.- Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, T. I-IV, Cuarta Edición, Editorial Témis, Bogotá, 1955.
- 23.- Moreno, Antonio P. Derecho Penal Mexicano, T. I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968.
- 24.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

- 25.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965.
- 26.- Porte Petit y Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
- 27.- Porte Petit y Candaudap, Celestino. Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud, Primera Edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1966.
- 28.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., México.

II - LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
- 2.- Código Penal de 1871 (Martínez de Castro).
- 3.- Código Penal de 1929 (Almaráz)
- 4.- Código Penal de 1931 y sus reformas.

III - ANALES DE JURISPRUDENCIA.