

2ej 191



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

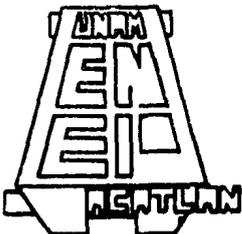
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

DERECHO

"LA ATENUACION DEL DUELO EN LOS DELITOS
DE HOMICIDIO Y LESIONES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARCO AURELIO MAGAÑA CISNEROS



ACATLAN, EDO. DE MEX.



1986.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

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

En el Derecho Penal Mexicano, creemos firmemente, que existen figuras jurídicas previstas por la ley penal, que sin tener una completa definición, son sin embargo sancionadas penalmente, lo cual constituye una clara falta de técnica jurídica que trae como consecuencia el demérito del legislador de 1931, al que corresponde la creación del Código Penal que actualmente nos rige.

Esta deficiencia no es exclusiva de nuestro ordenamiento penal, ya que en muchas legislaciones penales contemporáneas de otros países es común dicha situación anómala.

El propósito que se persigue con el presente trabajo, es el de señalar una de esas deficiencias jurídicas que forman parte de nuestro Código Penal. Nos referimos a la comisión de los delitos de lesiones y de homicidio ocasionados en duelo, a los cuales nuestra ley les atribuye una penalidad atenuada cuando han sido cometidos bajo dicha circunstancia.

Es motivo de inquietud personal, el saber que el legislador de 31 no definió al duelo, por lo que se cree que dejó su interpretación y definición a la doctrina. De lo anterior dejamos constancia, ya que tratamos de encontrar la definición y significado del duelo en los Códigos Penales de 1871 y 1929, no encontrando en ninguno de ellos la respuesta que satisficiera nuestra inquietud, ya que el primero de esos Códigos, aunque

reglamentaba específicamente al duelo, sin embargo, no lo definía propiamente; mientras que el segundo de los señalados, ni lo definía ni lo reglamentaba de alguna manera, lo que a nuestro parecer era un acierto indiscutible.

Por lo anterior, tuvo que recurrirse a la investigación del origen del duelo, tanto en el aspecto legislativo, como en el aspecto práctico y, en países donde era muy usual, tales como Francia y España.

Los países ya señalados, ejercieron gran influencia en las costumbres y legislaciones mexicanas, primordialmente en aquellas que se dieron poco después de la Independencia de nuestro país, por lo que el duelo no podía quedar atrás, es decir, también comenzó a ser reglamentado, tal y como lo hacía el Código de 1871.

Por lo ya expuesto, nos atrevemos a decir que el duelo no tuvo un origen nacional, sino que fué una figura de "importación" y que se creó no para regular las relaciones entre los mexicanos, sino precisamente para regular aquéllas que se daban entre los propios españoles y franceses y los descendientes de éstos y que se establecieron en nuestro país.

A través de éste trabajo, se trata de comparar las distintas atenuantes que fija nuestra ley penal para los delitos de homicidio y lesiones, que consisten en aquéllas que son cometidas: por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, por riña y por duelo.

Como el Código Penal vigente no define al duelo, tuvimos que recurrir a la definición doctrinaria que nos dan autores nacionales como extranjeros, así mismo y a lo largo de este trabajo, se tratan los conceptos que de la propia definición del duelo se extraen, tales como por ejemplo: la participación criminal, los sujetos del duelo, el encubrimiento, la tentativa y otros más que son de utilidad para comprender el tema.

A título personal y al concluir esta investigación, propongo la derogación del duelo como atenuante para los delitos de homicidio y lesiones, ya que si el legislador no se preocupó por definirlo, tampoco debió reglamentarlo de forma alguna. Propongo también que haya una claridad jurídica que tienda al perfeccionamiento del ordenamiento legal que actualmente nos rige, y que no se legisle únicamente por el presente, es decir, por lo que se vive cada día, ya que la solución de los problemas humanos no se encuentra en la simple actividad legislativa, sino en la actividad jurisdiccional de aplicación de las leyes a los casos concretos, lo cual redundaría en una mejor imagen jurídica del ordenamiento penal que nos rige, así como en beneficio de la propia colectividad de la que formamos parte y es la que recibe el beneficio o el perjuicio de una ley bien o mal hecha.

No obstante lo que afirmo, creo que es lógico pensar que quienes tienen a su cargo la función legislativa, en un momento dado se sientan impulsados por la fuerza del presente, de lo ya existente, a crear un articulado dogmático o casuista,

que pretende enumerar específicamente el mayor número de casos posibles, para solamente conseguir la omisión de muchos otros tan importante o más que los ya previstos.

Por lo anterior, quiero decir que lo ideal sería construir ordenamientos legales sencillos y breves, con un lenguaje llano y claro, sin perjuicio de su eficacia, y no como se ha pretendido hacer actualmente, en que rige la tendencia de tratar de hacer de los Códigos unos auténticos manuales de derecho, que realmente al ignorante de la ciencia jurídica nada enseñan y al profesional del derecho sólo le sirven para destruir su iniciativa.

La finalidad de este insignificante trabajo, radica en que quién tenga a su alcance su lectura, pueda captar las inquietudes aquí expuestas, que en honor a la verdad, son honestamente con la finalidad de hacer sentir una inquietud personal que no es nueva, ya que surgió primeramente dentro de las aulas de nuestra Universidad y posteriormente fué ratificada con la actividad profesional que he tenido en la Institución denominada Ministerio Público, en donde me dí cuenta que realmente el duelo se encuentra prácticamente en extinción, por no recurrir a él los individuos que forman parte de nuestra sociedad y que por medio de un enfrentamiento pretenden dirimir sus diferencias personales propias de cualquier grupo social civilizado.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DUELO EN GENERAL

SUMARIO

- 1.- En Francia
- 2.- En España
- 3.- En México
- 4.- Su reglamentación en los Códigos Penales:
 - a) Código Penal de 1871
 - b) Código Penal de 1929
 - c) Código Penal vigente.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DUELO EN GENERAL

1.- En Francia.

El duelo propiamente dicho no nació en Francia como la mayoría de la gente piensa, por el contrario, el duelo primitivo fué introducido a dicho país por las civilizaciones bárbaras germánicas, que fueron las que originalmente eligieron este medio como un recurso para vengar el honor injuriado y dirimir las disensiones privadas. También fueron los germanos quienes introdujeron no sólo en Francia, sino en casi toda Europa el llamado duelo judicial o Juicio de Dios, el cuál subsistió durante siglos, favorecido por la costumbre y autorizado por las leyes como prueba jurídica de las causas civiles y criminales, aunque hay que reconocer que éste era un recurso utilizable únicamente por los nobles y por los hombres libres.

En los preceptos criminales se reputaba culpable al vencido en duelo y éste habría de cumplir la pena correspondiente al delito que se le imputaba. El duelo judicial fué anatemizado por la Iglesia y prohibido por el IV Concilio de Letrán en el año 1215, pero no obstante tal disposición, éste duelo subsistió en los tribunales laicos hasta el siglo XVI. En la Edad Media, caracterizado por el espíritu caballeresco y guerrero de la época, se prodigaron los duelos de hombre a hombre y de grupo contra grupo, pudiendo ser a pie o a caballo.

El duelo evolucionó con el tiempo y al instituirse torneos en que se llevaban a cabo combates, éstos se daban pero

no para reparar las ofensas sufridas, sino que se escenificaban para que los caballeros acreditaran su destreza en el manejo de las armas, por lo que perdió su originalidad.

El duelo propiamente judicial comenzó a ser perseguido y reprimido abiertamente en toda Europa a partir del siglo XVIII y no obstante ser severamente castigado, el duelo logró evadir la aplicación de la potestad penal, ello debido al gran número de personas que lo practicaban. A éste respecto, el maestro italiano Francesco Carrara comenta que "mientras Richelieu y Mazarino dictaban severísimas ordenanzas contra los duelistas, los pajes de la corte se batían en los jardines mismos del palacio real y bajo los balcones del rey, por el motivo mas leve". (1)

El duelo al ser introducido en toda Europa por los germanos, tuvo mayor influencia en países como Francia, España e Italia, quiénes a su vez lo hicieron llegar a América, en donde aunque tuvo cierta influencia, no llegó a tener una práctica alarmante.

De los antecedentes históricos que encontramos del duelo en Francia, podemos mencionar que mediante un Edicto dictado en fecha 18 de septiembre de 1634 se sancionaba con la horca a los espectadores curiosos que asistieran a presenciar un duelo. Este rigorismo también tuvo vigencia en España, ya que mediante los edictos que dictaba Felipe V, uno de ellos de fecha 3 de mayo de 1716, se ordenaba cortar los bosques de los duelistas

(1) CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal, - trad. Jose J. Ortega T. y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1961, t.V p. 466.

en provecho del rey.

A continuación y con la finalidad de que se tenga una idea amplia respecto de las leyes que se dictaron en Francia para reprimir el duelo, procedemos a enunciar por orden cronológico cada una de ellas:

a) Las Ordenanzas de Moulins, creadas en el año de 1566. Estas leyes ya consideraban al duelo como un crimen;

b) El Parlamento de París del año de 1599. Mediante éste se consideró al duelo como un crimen de lesa majestad, pronunciándose en este mismo sentido un Edicto del año de 1602;

c) El Edicto del 24 de marzo de 1626, el cual fué promulgado por el Cardenal Richelieu. Mediante éste se sancionaba con la pena de muerte a los duelistas;

d) El Edicto de fecha 18 de septiembre de 1634, cuyo propósito era el de castigar con la horca a los espectadores curiosos;

e) Los Edictos de 1651 y de 1679 promulgados por el Rey Luis XIV y mediante los cuales se contemplaba un régimen de prevención y represión al duelo.

Cómo se puede apreciar, el duelo fué severamente reprimido y castigado en la legislación francesa, la que además consideraba al duelo como una figura jurídica dotada de características propias, es decir, era una figura que tenía existencia autónoma y que era sancionada independientemente del resultado dañoso que se ocasionara.

Esta concepción del duelo tuvo vigencia en Francia hasta el año de 1837, ya que en ese entonces el Procurador de Justicia de nombre Dupin, logró que la casación francesa decidiera que aunque no hubiera prohibición del duelo, las lesiones y homicidios ocurridos en él, debían quedar comprendidos en las sanciones generales que castigaban indistintamente dichos ilícitos penales.

La actual jurisprudencia francesa no castiga al duelo en si mismo, sino que considera como impune la pelea en donde no existe el derramamiento de sangre, aunque se haya peleado larga y ferozmente en duelo. Dicha jurisprudencia considera que el objeto jurídico del duelo consiste en el derecho que todo individuo tiene a la vida y a la integridad corporal. Cabe señalar que éste es el criterio que sige nuestra actual legislación penal mexicana, ello debido a la influencia que la legislación francesa ejerció en nuestros primeros ordenamientos penales.

Por su parte, Francesco Carrara critica la postura adoptada por la legislación penal francesa, ya que para su particular punto de vista, nos enseña diciendo que "la esencia del duelo está en batirse, independientemente de cualquier resultado funesto; los resultados más o menos graves pueden aumentar la cantidad política del delito, pero no son sino circunstancias que aumentan o disminuyen la gravedad del delito", y agrega además que "la índole jurídica del duelo consiste en la intención de reemplazar con la fuerza individual la fuerza pública y el juicio de los jueces por el de las armas". (2)

(2) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 483.

Respetando el criterio seguido por Carrara y al ver también lo dispuesto por la legislación penal francesa, podemos opinar de manera individual que aún cuando ambos puntos de vista tienen sus argumentos bien establecidos y razonados, considero que el duelo como figura autónoma e independiente aunque atenta contra la autoridad del Estado, no tiene una significación jurídica lo bastante objetiva, como para que sea considerado como un ilícito penal absoluto, sino que por el contrario, es una forma de comisión de otros delitos que atentan directamente contra la integridad corporal del individuo y aún de su propia vida, por lo que creemos acertado que se le considere solamente como una modalidad en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones, provistos de penalidad atenuada.

En el terreno de la práctica que el duelo tuvo en la sociedad francesa, podemos ejemplificar con un duelo sobresaliente que cita Vincenzo Manzini en su Tratado de Derecho Penal, quién nos relata el duelo celebrado entre el Conde de Turín y el Príncipe Enrique de Orleans, ocurrido en el bosque de Vaucresson, cerca de París, el 15 de agosto de 1897. El príncipe había enviado desde Addis Abeba al diario "Le Figaro" de París una correspondencia, publicada por el periódico el día 21 de abril de 1887, en la cual denigraba de la forma mas atroz a los combatientes de Adua, entre ellos el General Albertono y otro superviviente el teniente Pini, nombraron sus respectivos representantes para desafiar al príncipe. Pero Vittorio Emanuele di Savoia Aosta,

Conde de Turín por carta del día 6 de julio de 1897, pidió reparación de la ofensa a Enrique de Orleáns. Este último no quiso retirar sus difamaciones, de manera que siguió el desafío y posteriormente el encuentro armado. Los asaltos a espada fueron cinco y duraron veintiseis minutos. En el primer asalto, Enrique de Orleáns fué tocado ligeramente en el pecho; el segundo asalto se suspendió porque los duelistas habían llegado a encontrarse cuerpo a cuerpo; en el tercer asalto el Conde de Turín fué herido ligeramente en la mano derecha; el cuarto asalto se suspendió porque la espada del de Orleáns se había encorvado; en el quinto asalto Enrique de Orleáns fué herido en la región abdominal derecha. Los contrincantes finalmente se estrecharon la mano. (3)

Lo anterior nos muestra que las causas que daban lugar al duelo no eran necesariamente por motivos personales, sino que ocasionalmente también se daban por motivos públicos. Manzini que a través de sus comentarios nos demuestra que fué un acérrimo defensor del duelo, justifica el del caso anterior ya que se pregunta que "¿ Quién se atrevería a recriminar este duelo, a pesar de que la ley no hiciera ni haga distinción alguna entre las diversas causas de los duelos?". (4)

(3) MANZINI, Vincenzo: Tratado de Derecho Penal, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 9a. ed., Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1961, t. X, Vol. V, p. 521.

(4) Ibid. p. 521.

La contribución que Francia hizo respecto del duelo, consiste en que introdujo conceptos innovadores, tales como el concepto de la participación criminal, referente ella a los terceros que intervenían en el duelo, ya fuera como testigos, padrinos e inclusive como médicos, ya que estos también eran sancionados. En Francia también se originó que el duelo ya no se diera únicamente por causas privadas de honor, sino también por causas demasiado fútiles, lo que trajo como consecuencia que algunos duelistas prácticamente "profesionales" abusaran de su habilidad y experiencia en el manejo de las armas reglamentarias que se empleaban en el duelo, tales como el sable, la espada y el revolver. Ello ocasionó que se perdieran muchas vidas humanas de personas inocentes que desconocían las reglas mínimas del combate.

A este respecto, en la Enciclopedia Jurídica Omeba se cita el antecedente de que "La Francia moderna fué asolada por la costumbre del duelo (se afirma que en dieciocho años murieron en lances caballerescos ocho mil nobles) y, paralelamente, se sancionó allí una durísima legislación represiva". (5)

Es útil citar a continuación las causas generales que dieron origen al nacimiento del duelo con las formalidades con las que actualmente le conocemos y por tanto, citamos a continuación las mas destacadas y son las siguientes:

1) El surgimiento del duelo judicial en el bajo

(5) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1976, t. IX, p. 536.

medievo como una de las especies del juicio de Dios;

2) La consagración de éste método probatorio en los primitivos ordenamientos legales que rigieron en aquellos tiempos;

3) La práctica de la guerra privada entre los señores feudales, que dió origen a la consolidación del feudalismo;

4) El desarrollo del espíritu caballeresco propio de esa época, y que dió lugar a los torneos, donde los caballeros medían sus respectivas fuerzas en singular combate;

5) La apreciación excesiva y personalísima del honor, cuyo concepto fué introducido por las civilizaciones bárbaras germánicas;

6) La consideración de la injuria como una ofensa grave y cuyo único medio para dirimir esa afrenta era mediante el duelo.

Es importante resaltar que en la Corte de Casación Francesa se tomaban en cuenta varios aspectos para sancionar a los duelistas, ello dependiendo de las siguientes circunstancias:

a) Si el duelo era pactado a muerte, el superviviente era considerado como autor principal y los testigos como cómplices asistentes por delito de muerte y eran, por tanto, perseguidos como responsables de homicidio.

b) Si los duelistas no pasaban de la intención de darse muerte, el duelo lo pueden detener y llegar así a un convenio y por tanto, ninguno de los combatientes podría continuar con el enfrentamiento, pues estarían imposibilitados por el convenio.

c) Dentro de todos los casos, el duelista superviviente era condenado a pagar los daños e intereses de la familia del que resultaba muerto en el duelo.

La aceptación del duelo se podría considerar como una falta disciplinaria y particularmente por los magistrados.

Es prudente señalar el criterio que Beccaria ostentaba en relación con la prevención y represión del duelo, ya que decía que "el mejor método de precaver este delito es castigar al agresor, entendiéndose al que ha dado la ocasión para el duelo; declarando inocente al que sin culpa suya se vió precisado á defender lo que las leyes actuales no aseguran, que es la opinión, mostrando á sus conciudadanos que él teme solo las leyes, no los hombres". (6)

En términos generales, puede decirse que la legislación penal francesa considero primeramente al duelo como un delito especial que consistía en hacerse justicia por sí mismos, o en relegar de la autoridad pública su función para vengar las ofensas e injurias sufridas. Con la evolución lógica en dicha legislación se llegó a considerar al duelo ya no de manera individual, sino como dependiente del resultado que mediante éste se causase y bien podían ser las lesiones o el homicidio y en razón a ello iba a ser sancionado.

En la época actual, dentro de las costumbres y legislaciones francesas el derecho es contrario a la forma verídica en

(6) BECCARIA: Tratado de los delitos y de las penas" Primera edición facsimilar, Porrúa, 1982, pp. 41 y 42.

que se aplica la justicia en el derecho común sobre el asesinato y las lesiones premeditadas de los duelistas, dentro de ésta se tienen en cuenta su aceptación de muerte y de las lesiones por parte de los duelistas.

En la legislación penal francesa ya no se reglamenta de manera específica el duelo, se le considera únicamente como un modo de realización de los delitos de lesiones u homicidio. Este es el criterio que sigue nuestra actual legislación penal mexicana y como vemos, nuestros anteriores ordenamientos penales han seguido la pauta marcada por la legislación penal francesa, sobre todo, el Código Penal de 1871, que merece su atención por separado en este mismo trabajo.

2.- En España.

Así como nos hemos referido a los antecedentes históricos del duelo en Francia, también habremos de referirnos a los que encontramos en otro país europeo, nos referimos a España, cuya influencia se dejó sentir en nuestra legislación penal mexicana, principalmente por lo que se refiere al duelo, por lo que enseguida se consideran sus antecedentes legislativos.

El origen del duelo en la legislación española, lo encontramos en el Derecho Canónico, que ejercía una influencia definitiva en la legislación civil de ese país y en las épocas antiguas.

Los textos canónicos en que los Papas comenzaron a reprobado el duelo judicial, remontan de los siglos VI y IX; ya desde fines del siglo XII y principios del XIII, la reprobación canónica del duelo fué constante y bien conocida por los ciudadanos españoles de ese tiempo.

La reprobación canónica del duelo judicial a que nos referimos, se encuentra estipulada en el contenido de los textos del Corpus Iuris Canónico, y sus principales impugnadores fueron cronológicamente: Los Papas San Gregorio y Esteban V y después de éstos, los Papas Celestino III, en 1195, Inocencio III en 1212 y Honorio III en 1225.

Las Constituciones de Alejandro III en 1172 y el Concilio de Letrán en 1179 también prohibieron los torneos duelísticos y sancionaron a los eclesiásticos que propusieran o acep-

taran un duelo judicial, aún siendo campeones en los torneos.

La Constitución Pontificia del siglo XII consideraba que los combates en duelo eran unos auténticos homicidios, mismos que deberían ser sancionados por los canones de la iglesia.

El motivo de la existencia de los torneos del duelo, según nos cuenta la historia, era debido a que por medio del enfrentamiento se pretendía establecer la verdad de quien resultaba vencedor del duelo. El vencedor era considerado como el autor de la verdad divina, que era la reconocida por la iglesia.

Al suprimirse los torneos duelísticos como medio probatorio divino, fueron suplidos por la encuesta, la inquisición y la audición de testigos hecha por separado y redactada por escrito, que se convirtieron en el procedimiento usual para integrar la jurisdicción eclesiástica.

La posterior reglamentación del duelo la encontramos establecida en las leyes denominadas "Las Partidas" del año 1265. Esta legislación contaba con siete partidas y la última de ellas es la que regulaba al duelo de manera individual.

En el título III de la séptima Partida se contemplaban las disposiciones relativas a los retos que daban lugar al duelo, sancionándose al retado en caso de ser vencido, con el destierro de su lugar de origen y a perder la mitad de su patrimonio en favor del rey; si el retador era el vencido, se le aplicaba la pena de muerte y la pérdida de sus bienes en favor del rey.

El título IV de esa Partida, contemplaba lo relativo

a las lides, que eran reconocidas como una manera de prueba que utilizaban los hombres que pretendían defender por medio de las armas el reto de que eran objeto.

Existían dos modos de lides o enfrentamientos, una de ellas consistía en el enfrentamiento armado entre sí, lidiando a caballo. La otra consistía en el enfrentamiento a pie entre los hombres de las villas o aldeas, según las costumbres de la época. De lo anterior se desprende que la lid reglamentada en las Partidas era llevada a cabo entre caballeros primordialmente, como acontecía en Francia, pero no excluía la posibilidad del enfrentamiento entre plebeyos, conforme a fueros antiguos especiales.

El título XI de la Partida que se comenta, se denominaba "De los desafiamientos, e de tornar amistad", y el título XII se enunciaba "De las treguas, e de las seguranzas, e de las paces". La materia de ambos títulos era la de los lances caballerescos, que debían de llevarse a cabo previo desafío y con la obligación de los duelistas de respetar las treguas y las paces que se hubiesen celebrado.

Posterior a ésta legislación, se reglamentó el duelo en la Novísima Recopilación, en su Libro XII y bajo el título XX que se refería a los duelos y desafíos. "Es aquí donde se encuentran las primeras leyes expedidas en España sobre el delito de duelo en un concepto moderno, y no bajo la forma de guerras privadas, como lo consideraban las leyes anteriores." (7)

El título XX del Libro XII de la Novísima Recopilación, está integrado por las leyes primera, segunda y tercera, las que reglamentaban al duelo de manera especial y consistían en lo siguiente:

a) La ley primera.- Esta ley era denominada "Prohibición de carteles y desafíos; y pena del que lo haga y envíe, reciba y acepte". A ésta ley también se le conoció como la Pragmática de Toledo, por haber sido promulgada por los Reyes Católicos en el año de 1480. Esta ley consistía en que el desafiante y el desafiado eran castigados con la pena de la confiscación de todos sus bienes, siempre y cuando no hubiera un resultado material de lesiones u homicidio; si se producía ese resultado, el castigo para el desafiador era la pena de muerte y para el desafiado era la del destierro. También eran sancionados los intermediarios y los padrinos, a quiénes se les privaba de sus bienes, siendo dos tercios de ellos en provecho de la Cámara Real y un tercio para el denunciante y para el juez.

Esta ley también sancionaba a quiénes presenciaran el duelo y no separaran a los duelistas; en ese caso se les castigaba con la pérdida de caballos y mulas en que anduvieren y las armas que portasen. En caso de que anduvieran a pie, deberían abonar seiscientos maravedises cada uno en provecho del rey.

(7) MACEDO, Miguel S.: Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano, México, Cultura, 1931, pp. 32-33 y 154.

b) La Ley Segunda.- Esta ley se titulaba "Prohibición de duelos y desafíos; y penas de los que los hagan, admitan o intervengan en ellos". Esta ley también fué conocida como las Pragmáticas de Felipe V del año de 1716 y la de Fernando VI del año de 1757.

Mediante esta ley se establece que el duelo y el desafío son contrarios al Derecho Natural y ofensivos del respeto que se debe a la real persona y autoridad del rey, por tanto, se les considera como delitos infames, así mismo se condena el falso concepto del honor, ya que se aprecia como falta de valor el no intentar ni admitir ese modo de vengarse, "Como si la Nación Española necesitase adquirir créditos de valerosa por un camino tan feo, criminal y abominable, después de tantas conquistas, sangre vertida, y vidas sacrificadas a la propagación de la fe, gloria de sus Reyes, y créditos de su Patria". (8)

Esta ley establece la privación e inhabilidad perpetua de todos los oficios, rentas y honores que poseyeran real gracia para los desafiantes, aceptantes, intermediarios y padrinos. También se sancionaba a dichas personas con la vacancia de las encomiendas que detentaren, la degradación y despojo de hábitos de las ordenes militares que pudieran poseer, ello sin perjuicio de las penas dispuestas por la ley anterior que se ratificó.

En esta misma ley se establecía que si los duelistas

(8) NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, Madrid, Imprenta de Everat, 1831, t. III, p. 792.

salían al campo y aunque no se llegase a la lucha armada, incurrirían en pena de muerte y confiscación de los bienes. Quienes observaran el combate sin impedirlo o sin avisar a la justicia, eran castigados con seis meses de prisión y un tercio de sus bienes, además a quienes ocultaran en sus casas a los incursos en duelo o desafío, eran sancionados como encubridores.

Esta multicitada ley castigaba también a los funcionarios que descuidaran en forma leve el cumplimiento de la pragmática, con la suspensión del oficio e inhabilitación por seis meses para desempeñar el mismo cargo. Si la omisión en que incurrían era grave o hecha mediante dolo, los haría partícipes o cómplices del delito principal que resultare. Esta pragmática alcanzaría en su aplicación a quienes para eludirla se batían en duelo aún fuera del reino.

c) La Ley Tercera.- Esta ley se comprendía bajo el título de "Ninguno puede tomar por sí la satisfacción de cualquier agravio o injuria que otro le hiciere". También fué conocida como la Pragmática del mismo Felipe V, promulgada en el año de 1723.

De ésta ley no hay mucho que decir, ya que solamente ratifica las leyes primera y segunda, sancionando los duelos y desafíos, resolviendo proceder no sólo con las penas ordinarias ya establecidas previamente, sino que las aumenta "hasta el último suplicio", como una manera de reprimir las ofensas y las injurias, quitando pretexto a los lances caballerescos. (9)

(9) NOVISIMA. . . , obr. cit., pp. 792-794.

Por lo que se refiere a la legislación penal española mas reciente, encontramos que en el Código Penal Español del año de 1822 se adoptó como denominación común la de "Delitos contra las personas", para describir a delitos perfectamente tipificados, tales como: el homicidio, las lesiones, las injurias y los delitos sexuales, pero se silenció lo referente al duelo, siguiendo la pauta trazada por los Códigos Penales franceses de 1791 y de 1810. En el Código Penal español de 1848, reformado en 1850, se volvió a la vieja escuela en la que se reglamentó minuciosamente el duelo, aún cuando no se establecieron las graves penalidades de otras legislaciones que le precedieron, dejándose sin sanción el desafío y el concierto para su realización.

El ordenamiento penal que se comenta, fué sustituido por el Código Penal de 1870, el cual en sus artículos 439 a 447, estableció distintas penalidades para los duelistas, siendo la más grave la de prisión para quien matare en duelo a su adversario. Este Código fué reformado en 1932, suprimiéndose los nueve artículos que reglamentaban el duelo, fundándose en que tales preceptos nunca se aplicaron en rigor y por el desuso que tuvo el mismo duelo. En consecuencia, ha de estimarse que el homicidio o las lesiones causadas en duelo no cuentan ya con esa atenuante en la penalidad. (10)

(10) CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho Usual, 11a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1976, t. I, passim.

A manera de corolario y de reafirmación de lo antes expresado, he de citar el razonamiento del ilustre tratadista Don Luis Jiménez de Asúa, quién con la claridad de pensamiento que siempre le caracterizó, nos ilustra plenamente al decir que "Los Códigos actuales abandonan la especial consideración privilegiada de las muertes y las lesiones causadas en duelo, una de las pruebas mas fehacientes de lo acabado de decir es lo acontecido en España. El Código Penal de 1932 desterró el duelo, como delito privilegiado de su texto, razonandolo así en la exposición de motivos: "En un Estado autenticamente democrático (art. 1º de la Constitución), no tenía puesto el duelo como delito privilegiado honoris causa. En consecuencia se han suprimido los artículos 439 a 447 inclusive del Código Penal de 1870". Tanto desarraigo tenía ya el duelo, que a pesar de que el golpe de Estado y la guerra civil que le siguió impusieron por parte de los triunfantes un régimen autocrático y totalitario, que quiere restituir las viejas tradiciones españolas, el duelo no ha renacido como delito benigno. En el Código de 1944 no figura". (11)

(11) JIMENEZ DE ASUA, Luis: Tratado de Derecho Penal, 4a. ed., Buenos Aires, Losada, 1963, t. III, p. 667.

3.- EN MEXICO

Es importante para efectos de una mejor comprensión del tema motivo de nuestro trabajo de investigación, cuestionar la posibilidad de que el duelo pudiera haber tenido alguna práctica entre las civilizaciones precoloniales que reinaban en nuestro territorio hasta antes de la llegada de los españoles a tierras mexicanas, así como ver el camino que han seguido los ordenamientos legales desde los aztecas hasta nuestros días y es precisamente gracias a este cuestionamiento al que nos enfrentamos, que hemos llegado a la conclusión de que el duelo nunca ha tenido un origen nacional, sino que por el contrario, es consecuencia de las importaciones negativas que han influido en las sociedades mexicanas, principalmente en aquellas que existieron después de la Independencia de nuestro país.

Durante la época precolombina y hasta el año de 1520 en que los españoles se posesionaron por la fuerza de las armas de nuestro territorio nacional, las leyes de los aztecas se daban al pueblo para su cumplimiento por medio de pinturas jeroglíficas ya que entre ellos se desconocían los signos de la escritura.

Las leyes de los aztecas se referían en sus preceptos, primordialmente a la seguridad de las personas: quedando en segundo término aquellas que trataban de los atentados a la propiedad. Por tanto, esas leyes se ocupaban principalmente de la parte criminal que de la parte civil.

Por lo que se refiere a la penalidad que se observaba entre

las leyes criminales que regían las relaciones entre los aztecas, ésta era de suma crueldad, atendiendo primordialmente a que los aztecas formaban parte de una civilización guerrera, acostumbrada a escenas sangrientas y que guiados por el instinto, consideraban al delito por su lado externo, desconociéndose el móvil moral de sus acciones.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar que el homicidio era sancionado con la pena de muerte. Esta pena era aplicable aún al hombre que daba muerte a su mujer o al amante de ésta, hasta en el caso de que fuesen sorprendidos en flagrante adulterio, pues era regla de Derecho que nadie estaba facultado para hacerse justicia de propia mano, pues ello equivaldría a usurpar las funciones del monarca.

La penalidad para el homicidio establecía una excepción, ya que si los deudos del occiso perdonaban al homicida, éste quedaba como esclavo de aquellos.

En el Derecho Precolonial se contemplaban figuras jurídicas ilícitas debidamente definidas y entre las cuales, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que no se conoció la relativa al duelo, ya que si bien es cierto que entre los aztecas se llevaban a cabo combates personales, estos eran ajenos al duelo y, por el contrario, puede decirse que se trataban de riñas, mediante las cuales satisfacían sus rencillas personales.

La riña por su parte, era sancionada con arresto y el heridor era condenado a pagar la curación al herido y las

ropas que le hubiere deteriorado; cuando la riña tenía lugar en un lugar público, el castigo era mayor. Cuando a consecuencia de la riña había disturbios, se imponía la pena de muerte, pues se consideraba a los que habían reñido como excitadores del unido pueblo.

En el Derecho Precolonial también se conocieron las agravantes y las atenuantes. Las primeras consistían en: la juventud, la nobleza y la profesión militar; mientras que las segundas consistían en: la embriaguez y el perdón del ofendido o bien de los deudos de éste.

Otro delito que era severamente sancionado y debidamente establecido en sus ordenamientos legales era el adulterio, contemplándose que el adúltero sería entregado al marido ofendido y éste a su vez podía perdonarlo o matarlo. Para la mujer era suficiente como sanción la vergüenza y la infamia que sobre ella recaían.

En términos generales podemos decir que entre los aztecas no hubo una extensa actividad legislativa, por lo que no existen mayores antecedentes acerca de los ordenamientos que en materia criminal les rigieron; pero no obstante ello, podemos afirmar que el duelo, como hoy es conocido, no tuvo ninguna práctica entre los aztecas.

Con la llegada de los españoles a México en 1520, dejaron de tener vigencia las leyes de los aztecas, por lo que se comenzaron a aplicar las leyes creadas por los propios conquis-

tadores y que fueron fundamentalmente tres: El Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Siete Partidas.

En los Libros 6º, 7º y 8º del Fuero Juzgo, se encuentra lo relacionado con el Derecho Criminal. En el Libro 6º se consideraba lo relativo a los delitos en contra de las personas. Por las heridas y daños causados en el cuerpo humano, la pena más común era la de la reparación del daño por medio de la ley del talión y de la indemnización pecuniaria. El homicidio involuntario no era penado, el voluntario era castigado con la pena capital. El duelo por su parte no fué contemplado en esa Ley.

Los Libros 7º y 8º del Fuero Juzgo tratan lo relativo a los delitos contra la propiedad, la sanción para dichos delitos y la imposición de las penas a los reos de usurpaciones, fuerzas y daños.

El Fuero Real por su parte, se encontraba dividido en cuatro libros, siendo el último de ellos el dedicado a la legislación criminal. Mediante este Código se castigaban severamente los delitos religiosos, el homicidio voluntario y a los reos de incendio y traición, todos ellos eran castigados con la pena de muerte. Para las heridas, denuestos, fuerzas y daños, se contemplaba la sanción pecuniaria.

En el Fuero Real ya se contemplaban las primicias del duelo, los rieptos y los desafíos, materia tan importante en aquella época en que los nobles vengaban las injurias por el duelo. Lo anterior se encontraba previsto título XXI de dicha

legislación.

Por su parte el conjunto de leyes conocidas como las Siete Partidas, tuvieron vigencia en México durante la época Colonial, después de la vigencia del Fuero Real y casi hasta la promulgación de la Primera Codificación que en materia penal rigió en nuestro país, nos referimos al Código Penal de 1871.

De las Siete Partidas, la última de ellas era la que reglamentaba lo referente a los delitos y a las penas. Esta legislación penal se encontraba desenvuelta en 34 títulos y 363 leyes considerandose en materia criminal algunos delitos como: las acusaciones, las traiciones, los rieptos, las lides, las infamias y falsedades, los homicidios, los delitos contra la honra, las fuerzas o violencias, desafíos y treguas, los robos y hurtos, los daños que hacen los hombres o las bestias, los engaños, malos o buenos, como los califica la ley, los delitos contra la castidad, los agoreros y adivinos, los judios y moros, los herejes, los suicidas y los blasfemos. Todos estos delitos contienen disposiciones comunes que a todos concernía.

Como se puede apreciar, el duelo comenzó a ser reglamentado en México por el Fuero Real y posteriormente por las Siete Partidas, pero ello debido a la influencia de las legislaciones europeas de la época, principalmente la germánica y la francesa. Esta fué una introducción de los españoles, pero tendiente fundamentalmente a regular las relaciones entre los propios conquistadores, más no para regular las relaciones entre

los aztecas, que era el pueblo sometido y toda vez que entre nuestros antecesores se desconoció la práctica del duelo.

La Legislación de las Siete Partidas estuvieron vigentes en nuestro país hasta el año de 1821, en que se consolidó la Independencia de nuestra Patria, aunque hay que reconocer que sobre todo en materia criminal, continuó aplicándose la Partida Siete, aunque con algunas modificaciones que se le hicieron para mejorar la administración e impartición de justicia, mediante leyes que en materia penal se promulgaron posteriormente, entre las cuales podemos enunciar las siguientes:

- 1.- La de 4 de septiembre de 1824;
- 2.- La de 16 de mayo de 1831;
- 3.- La de 23 de mayo de 1837;
- 4.- La de 18 de marzo de 1840;
- 5.- La de 5 de enero de 1857;
- 6.- La de 4 de mayo de 1857; y
- 7.- La de 15 de junio de 1869.

La anterior legislación fué la que rigió en la sociedad mexicana hasta la promulgación del Primer Código Penal que hubo en nuestro país, siendo de fecha 20 de diciembre de 1871 y puesto en vigor el día 1º de abril de 1872.

4.- SU REGLAMENTACION EN LOS CODIGOS PENALES:

- a) Código Penal de 1871
- b) Código Penal de 1929
- c) Código Penal vigente.

Antes de referirnos a las disposiciones que en materia del duelo contemplaba el Código Penal de 1871, creo prudente referirnos a algunas características específicas de dicho ordenamiento legal, para así de ésta manera poder entender cabalmente su estructura jurídica.

La característica esencial de este Código, es que conjuga la justicia absoluta con la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral fundada ésta en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad.

Este Código cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dándoles valor progresivo matemático a cada una de ellas. Reconoce de manera excepcional y limitada el arbitrio judicial, ya que señala a los jueces la obligación de fijar las penas establecidas en la ley.

La pena en este Código Penal tiene carácter retributivo e inclusive se acepta la pena de muerte; asimismo se organiza para la pena de prisión un sistema celular, consistente en el establecimiento de prisiones en que los reos se encuentren sistemáticamente reclusos.

Esta mencionada legislación penal aportó tres importantes consideraciones, consistentes en:

1) Formuló una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño en el caso del homicidio.

2) Consideró el delito intentado, que era un grado intermedio entre el conato y el delito frustrado.

3) Consideró la libertad preparatoria, que era concedida a los reos por su buena conducta.

Nuestro Código Penal del año de 1871, en cuanto a su estructura jurídica, tuvo gran influencia del Código Penal Francés toda vez que en ambas legislaciones se consideraba al duelo dentro del Capítulo de "Delitos contra las personas cometidos por particulares", disponiéndose para el duelo una detallada reglamentación ya que se le consideraba como un delito autónomo, es decir, se sancionaba su sólo celebración independientemente del resultado material que trajera consigo.

El Duelo en el Código en comento, es considerado como una circunstancia atenuante para los delitos de homicidio y lesiones que como consecuencia del mismo se ocasionen, pues les atribuye una sanción disminuida en relación con la correspondiente para el delito simple intencional.

El criterio seguido por este Código fué severamente criticado ya que se dice que al encuadrar el delito de duelo en el capítulo relativo a los "Delitos contra las personas . . .", el propósito del legislador no era tutelar la vida y la integridad corporal, sino por el contrario, al reglamentarlo como lo reglamenta, tutelaba únicamente la seguridad y convivencia

puesta en peligro por quienes tratan de resolver por si mismos sus diferencias personales, por tanto, dicho delito debería estar previsto como en el Código Penal Italiano, entre los delitos que atentan contra la "Administración de la Justicia".

También es criticada la denominación de "Delitos contra las personas. . .", ya que como acertadamente dice el maestro Raúl F. Cárdenas respecto de dicha denominación, que "todos los delitos, rigurosamente hablando son cometidos en contra de las personas" (12), esto es, que no solamente los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal del individuo son cometidos en contra de las personas, sino en general lo es todo ilícito penal que esté sancionado por las leyes penales.

Por lo que respecta a la manera especial como era reglamentado el duelo en el Código Martínez de Castro, podemos dejar establecido que para que se diera el duelo como delito, requería de los siguientes elementos para su configuración:

- 1.- Que hubiera un desafío o reto, precedido de un acto de provocación;
- 2.- La aceptación de ese desafío;
- 3.- que se estipularan las condiciones bajo las cuales debía efectuarse el combate;
- 4.- la celebración del combate, ya fuera produciendo como resultado las lesiones o el homicidio o sin producir ninguna de éstas;
- 5.- Que hubiera una intervención de terceros en la celebración

(12) CARDENAS, Raúl F.: "Estudios Penales", México, Editorial Jus, 1977, p. 22.

del combate, como eran los padrinos, los médicos que asistieran a los duelistas y los partícipes en cualquier forma o grado, mismos que también eran sancionados por dicha legislación.

Ahora bien, por lo que respecta al motivo por el cuál fué reglamentado el duelo en forma tan especial por el Código Penal de 1871, habremos de encontrar la justificación necesaria pero no tan convincente en la Exposición de Motivos de dicho Código, cuyo autor es el ilustre jurista Licenciado Antonio Martínez de Castro, quién en forma amplia nos da respuesta a tal interrogante y por considerar interesante dicha argumentación y por tener lugar preponderante dentro de ella la figura del duelo, habremos de recurrir a su redacción en obvio de utilidad y es como sigue: Son ya tan frecuentes en México los duelos, y se comete ese delito con tanto escándalo e impunidad, que no puede el legislador desentenderse por mas tiempo de poner remedio a tan grave mal. Pero como son muy variadas y encontradas las opiniones en este punto, y mucha la dificultad de hacer una buena ley, teme la comisión no haber acertado, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para conseguirlo.

Para algunos el duelo es una necesidad social; el legislador no puede estorbarlo, porque su ley se estrellará en la opinión pública. Otros por el contrario, pretenden que se castigue con la misma severidad que las heridas o el homicidio premeditados. Pero si bien se mira, ambos extremos están muy distantes de ser justos. El primero, porque el hecho sólo del combate

ofende a la sociedad y a los particulares, puesto que nadie tiene derecho de hacerse justicia por su mano, ni vengar sus injurias con usurpación del Poder público; y porque, tolerando el duelo, la autoridad y la ley vendrían a hacerse cómplices en este delito y sus funestas consecuencias. Permitirlo sería tanto como autorizar, a todo el que tenga destreza en el manejo de las armas, para insultar impunemente a los hombres honrados y pacíficos, y tal abuso redundaría en mengua de la nación que se atreviera a tolerarlo.

Ni es verdad que la opinión esté a favor del desafío; por el contrario, lo reprueba altamente la conciencia pública, y si la mayoría se somete a la extraviada opinión de un corto número, es porque teme ser objeto del ridículo. Lo que sí reprueban todos, es el sistema de equiparar las heridas y los homicidios que resulten de un duelo a las heridas y homicidios comunes, porque nadie puede creer que éstos y aquellos son iguales a las heridas o a la muerte que se infieren en un combate a que se ven arrastrados los combatientes por la fuerza casi irresistible de la preocupación vulgar, en un combate en que los peligros son iguales para entrambos (!) en que no hay fraude ni violencia, en que no hay ventaja, en que todo se hace ante testigos imparciales y en virtud de un pacto previo, que es cumplido con lealtad.

Esto prueba que el legislador debe considerar el duelo como un delito especial, y castigarlo con penas especiales también y hasta cierto punto benignas; porque, de no hacerlo así, no

serán ejecutadas, y el último resultado será la impunidad, como ha sucedido hasta hoy por esa causa; pues como dice Mittermaier: "cuando la ley pasa un nivel común sobre el homicidio cometido en duelo y el asesinato no alcanza su objeto; la opinión universal acusará al legislador de error o de injusticia; los duelos no serán denunciados; los veredictos de los jurados serán absolutorios; y los jueces burlarán la ley, atribuyendo el homicidio a simple culpa".

No basta esto todavía, sino que el legislador debe dictar medidas preventivas, que casi siempre darán buen resultado; porque puede asegurarse que la mayor parte de los desafíos se verifica contra la voluntad de los combatientes, y cediendo únicamente al temor de ser mal vistos después. Así es que si la ley viene en apoyo de esa repugnación; si ella es estrictamente ejecutada y perseguido el duelo con energía, y si, además, se procura que el ofendido reciba alguna satisfacción, de seguro se conseguirá el objeto. (13)

Las consideraciones anteriores, muy puestas en razón en la época en que se redactó el Código Penal de 1871, no tienen fuerza en la actualidad y no obstante la minuciosa reglamentación contenida en dicho Código a través de los veintiocho artículos que regulaban dicha figura jurídica, tratando de prevenir y de

(13) SODI, Demetrio: Nuestra Ley Penal, 2a. ed., México, --
Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1918, t. II, pp. 308-310.

castigar dicho delito, no se obtuvo el éxito deseado ya que continuaron verificándose los desafíos, debido primordialmente a la tolerancia e indulgencia de las autoridades, sobre todo las políticas, desentendiéndose del castigo de esos delitos cuando la indignación social reclamaba el castigo respectivo.

Análizando de manera individual cada uno de los preceptos que en el Código Penal de 1871 regulaban lo referente al duelo, podemos extraer las siguientes consideraciones:

El art. 587 prevía lo relativo al desafío, concediéndole a la autoridad política así como a los jueces de lo criminal la facultad de conciliar y en su caso amonestar al desafiante y al desafiado, procurando avenirlos para evitar que se llevara a cabo el duelo, ejerciendo una función preventiva.

El art. 588 se considera la sanción pecuniaria para el supuesto de que ya se hubiera consertado un combate, sin llegar a él. También se sanciona de manera individual la falta al apercibimiento efectuado por los sujetos del desafío ante el juez o la autoridad política.

El art. 589 considera la pena de confinamiento y de multa para el caso de que los sujetos del desafío se negaren a hacer protesta ante las autoridades respectivas.

El art. 590 le dá mayor formalidad a la conciliación que pudiera darse entre desafiador y desafiado, ya que se levantaría un acta en donde se asentaría lo convenido, además de al desafiador los instrumentos legales para que en caso de ser

ofendido, sin necesidad de llegar al duelo, pueda reparar la ofensa sufrida.

El art. 591 habla del desistimiento por parte del desafiador y del desafiado de llevar a cabo el combate, aunque éste ya se haya pactado, debiendo ratificar su desistimiento ante la autoridad política o judicial.

El Art. 592 establece las sanciones para quienes faltaren al desistimiento ya previamente pactado y, desde luego, se establece una sanción mayor para el que vuelva a desafiar y menor para el que acepte ese nuevo desafío.

El art. 593 establece una penalidad agravada para el caso de que existiese un desafío en donde se hubiera pactado que el combate fuera a muerte.

El art. 594 dispone la penalidad para el desafiado cuando este dió ocasión a que se le desafiara, por lo que se le aplica la misma sanción que al desafiador.

El art. 595 de una manera absurda y mal intencionada, dispone una pena de prisión de tres a seis meses y multa de 300 a 600 pesos, al que en un duelo no haya hecho uso de sus armas, pudiendo hacerlo.

Este artículo precedente marca una clara contradicción con el artículo que le sigue, es decir, con el 596 ya que éste último establece una penalidad casi similar pero al que en un duelo haga uso de sus armas. En consecuencia, cabe preguntarse cuál es el criterio correcto, ¿debe sancionarse al que en un

duelo haga uso de las armas o al que no haga uso de ellas?, creo que lo adecuado sería sancionar obviamente a quién utiliza las armas en el duelo, ya que esto generalmente trae como consecuencias las lesiones o el homicidio.

El art. 597 califica el grado de las lesiones causadas en duelo, señalándole una sanción específica a cada tipo de lesión y que es aplicable al desafiador. También se contempla la posibilidad de que el desafiador diera muerte al desafiado y en ese supuesto la pena era de cinco años de prisión si se había pactado que el duelo fuera a muerte, en caso contrario la penalidad era de seis años de reclusión y multa de 2,000 a 3,000 pesos.

El art. 598 por su parte sanciona al desafiado que al desafiador, cuando el primero haya dado causa al desafío, cuando no haya dado una explicación decorosa de su ofensa y en los casos que preeven los artículos 601 y 602 del mismo ordenamiento y que se analizan posteriormente.

El art. 599 dispone que quién salga herido en el duelo, no quedará excluido de que le sea aplicada la sanción que corresponda ya sea como desafiador o como desafiado.

El art. 600 prevee las excepciones para que se aplique la penalidad atenuada que corresponde a las lesiones y homicidio causados en duelo, en consecuencia se tendrán cometidos de manera simple intencional en los casos siguientes: Cuando el desafiador actúe por un interés pecuniario o con algún objeto inmoral; cuando cualquiera de los combatientes falta a la lealtad que exige el

duelo; cuando haya ventaja para alguno de los combatientes y que no haya respetado las condiciones pactadas; cuando el duelo se verifique sin la asistencia de dos o más padrinos mayores de edad por cada parte, o sin que éstos hayan elegido las armas y arreglado las condiciones del encuentro; y, cuando se desafíe a un funcionario público, por un acto ejecutado en ejercicio de sus funciones.

Respecto al artículo precedente, el autor Demetrio Sodi, opina que "la intervención de los padrinos es la única condición que caracteriza y especifica el duelo, según nuestra ley". (14)

El art. 601 considera el duelo con las agravantes de premeditación y ventaja, por lo que considera que las lesiones o el homicidio que se causen mediante duelo pueden ser calificados y no se acogen al beneficio de la penalidad atenuada.

El art. 602 aumenta la penalidad del duelo cuando los combatientes faltan a la protesta de no acudir al duelo para dirimir sus diferencias personales.

El art. 603 habla de la instigación en el duelo, sancionando a quién en calidad de tercero, excita a otro para que se enfrente en un duelo.

El art. 604 sanciona a los padrinos y testigos que con tal carácter intervengan en duelo; pero cuando intervienen decididamente para darle ventaja a alguno de los duelistas, serán

(14) SODI, Demetrio: obr. cit., p. 317.

considerados como partícipes del duelo, independientemente de los propios duelistas. Este mismo precepto deja sin sanción a los padrinos o testigos cuando no se haya celebrado el duelo; y si pusieron cuanto estaba de su parte para evitarlo, se les aplicaba la octava parte de la sanción que correspondiere, según lo dispuesto por el artículo 597.

El art. 605 castiga al padrino que ocupe el lugar de alguno de los duelistas, considerandolo como desafiador; mientras que el 606 considera la falsedad con que se conduzca el padrino como agravante de cuarta clase.

Los arts. 607 y 608 establecen las circunstancias atenuantes en favor del desafiante y desafiado, respectivamente.

Los arts. 609 y 610 contemplan las circunstancias agravantes comunes para deafiador y desafiado, pudiendo ser de primera, segunda, tercera y cuarta clase, quedando al arbitrio del juez aplicar la sanción conducente.

El art. 611 establecía sanción, aunque poco severa, a los medicos que asistieran a los duelistas.

El art. 612 sanciona a las autoridades política y judicial en caso de inobservancia de las leyes; el art. 613 sanciona únicamente al juez que no imponga las penas correspondientes.

El último artículo de esta minuciosa reglamentación del duelo, es decir, el art. 614 dispone que aunque corresponde al Código Penal del Distrito y Territorios Federales aplicar las disposiciones legales conducentes, éstas se aplicarían aún

en el caso de que el duelo se llevara a cabo fuera del Distrito Federal, siempre y cuando el reto se propusiere y aceptare en dicha jurisdicción.

De la reglamentación tan detallada que establece el Código Penal del año de 1871 para el duelo, se desprende que se le dá una importancia inmerecida al reto, que nace como consecuencia de una ofensa recibida, constituyendo una injuria; motivo suficiente para pedir una explicación al que la infiere y que debería ser a satisfacción del que la recibiere. Personalmente considero que ninguna ofensa o injuria sufrida es motivo suficiente para retar a otro a duelo, ya que recurriendo a él, estamos haciendo a un lado el marco jurídico para dar solución a nuestras querellas personales y devalorando nuestra propia vida e integridad física ya que se corre el mismo riesgo de resultar muerto o herido mediante el enfrentamiento y es, por otra parte, absurdo pretender sentir alguna satisfacción personal por saber que públicamente lesionamos o privamos de la vida a otra persona.

No obstante que el Código Martínez de Castro no era ni con mucho un ordenamiento perfecto, sin embargo tuvo una vigencia de 58 años, lo que habla de su contribución a la ciencia del Derecho Penal, ya que fué un avance para la época en que fué redactado y, ningún estudioso de esta ciencia debe ignorar dicho ordenamiento como antecedente directo de los que actualmente rigen en el país.

Personalmente nos atrevemos a criticar al Código Penal de 1871, ya que consideramos que el duelo no tuvo un auge determinante ni alarmante en su práctica, como para que el legislador de ese tiempo hubiese dispuesto una reglamentación tan detallada y minuciosa que sin embargo, no cumple con las técnicas legales adecuadas, toda vez que no definía específicamente el duelo, únicamente establecía las condiciones bajo las cuales debía de ser llevado a cabo el combate para considerarlo como un duelo propiamente dicho.

Por otra parte, en la época en que fué redactado ese ordenamiento legal, sucedía lo mismo que sucede en la actualidad: Que se confunde a la opinión pública a través de los medios de información, ya que éstos con un matiz amarillista y morboso nos informan acerca de supuestos duelos, que sin ser jurídicamente tipificados como tales, sin embargo así los consideran. De lo anterior dejamos constancia al enunciar algunos titulares en los periódicos tales como: "SE DIERON DE NAVAJAZOS EN UN DUELO POR EL AMOR DE UNA MUJER", "RIÑERON EN DUELO POR UNA VENGANZA" "DESPUES DE MATAR AL AMANTE DE SU MUJER EN DUELO, HUYO", "MATO A SU MEJOR AMIGO A PEDRADAS, DESPUES DEL DUELO", éstos y otros titulares son los que frecuentemente leemos en la prensa amarillista, que si bien pueden ser ciertos, son ajenos a la noción del duelo como lo hemos estudiado, por lo que el común de la gente que se entera por esos medios, cree que efectivamente en la actualidad se dá el duelo como tal.

b) Código Penal de 1929.

Posterior a la vigencia del Código Penal de 1871, tenemos al Código Penal del año de 1929, siendo promulgado el 30 de septiembre y puesto en vigor el 15 de diciembre de ese año.

Este ordenamiento legal fué una respuesta a las críticas tan persistentes que se le hicieron al que le antecedió, por lo que la intención del legislador del 29, fué crear una codificación mas técnica y mas acorde con las necesidades de la época, lo cuál como veremos no dió el resultado esperado.

Este Código en su creación, según los autores de su anteproyecto, se inspiró en la defensa social y en la individualización de las sanciones. No obstante ello, su sistema interno mantuvo los grados del delito y de la responsabilidad. Consideró a las atenuantes y agravantes legales con valor progresivo matemático; concedió a los jueces facultad para valorar dichas agravantes y atenuantes.

A continuación podemos mencionar algunas de las aportaciones de consideración Código de 1929:

a) La responsabilidad social sustituyó a la moral, tratándose de enajenados mentales;

b) Suprimió la pena de muerte, prevista por el Código Penal de 1871;

c) Incluyó la condena condicional;

d) Consideró la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público y por el propio ofendido.

El Código Penal de 1929 tenía en su concepción una inspiración positivista, no obstante ello, consideraba las circunstancias atenuantes y agravantes como determinantes de la temibilidad del delincuente y como graduación de las sanciones y, para ello, dividía a dichas circunstancias en cuatro clases, según la mayor o menor influencia que ejercían en la temibilidad del delincuente.

El legislador de 29, atendiendo a las críticas hechas al Código de 1871, sustituyeron la denominación de "delitos contra las personas" por la de "delitos contra la vida", la cual también fué criticada ya que bajo esta denominación se incluían a delitos tales como: lesiones, lesiones simples, lesiones calificadas, el homicidio, el homicidio simple, el homicidio calificado, el parricidio, el infanticidio y filicidio, el aborto, la exposición y el abandono de niños y enfermos.

Como se puede apreciar, dentro de la anterior clasificación encontramos que en ella se encuentran tipificados algunos delitos que no atentan contra la vida, como en el caso de la exposición y abandono de niños y enfermos, el aborto y las lesiones, pues como dice atinadamente González de la Vega, que "dichos delitos no suponen necesariamente un daño de muerte". (15)

Independientemente de las fundadas críticas que se le hicieron a dicha codificación, creemos que tuvo un acierto

(15) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Derecho Penal Mexicano, 15ava ed., México, Porrúa, 1979, p. 4.

indiscutible al ignorar la reglamentación del duelo, -como lo hacía el Código de 1871-, pues éste era inusual en la práctica ya que esporádicamente se llevaba a cabo algún enfrentamiento armado considerado como duelo, pues generalmente se acudía -como hoy en día- a la riña para satisfacer las diferencias personales.

Las únicas circunstancias atenuantes que se consideraron en la legislación de 1929 fueron: homicidio y lesiones por infidelidad conyugal, por corrupción de la hija y por riña.

El Código en comento tuvo una corta vida jurídica en cuanto a su vigencia, pues ésta fué de menos de dos años, lo anterior no impide que aceptemos como acertado la exclusión de la reglamentación del duelo en dicho ordenamiento, y, que como veremos posteriormente, fué considerado nuevamente como circunstancia atenuante de lesiones y homicidio en la legislación vigente, aunque sin la minuciosa reglamentación propia del Código de 1871.

c) Código Penal vigente.

El ordenamiento legal que en materia penal nos rige actualmente, es el promulgado el día 13 de agosto de 1931 por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Lic. Pascual Ortiz Rubio y puesto en vigor al día siguiente de su publicación.

Las innovaciones que aportó este Código en relación con los anteriores, fueron en términos generales las siguientes:

a) Se extendió uniformemente el arbitrio judicial, por medio de amplios mínimos y amplios máximos para todas las sanciones penales y la consiguiente regulación legal de dicho arbitrio, para fijarlas de manera individual. Lo anterior lo podemos apreciar en los arts. 51 y 52.

b) Se perfeccionó la condena condicional;

c) Se estructuró la forma de la tentativa;

d) Se consideró el encubrimiento como figura típica individual, encuadrándolo en el art. 400;

e) Se hizo la distinción del encubrimiento y de la participación delictuosa prevista por el art. 13;

f) se modificaron algunas causas excluyentes de responsabilidad penal, según lo dispuesto por el art. 15;

g) Se le dió un carácter uniforme de pena pública a la reparación del daño, lo anterior lo encontramos dispuesto en el art. 29;

h) En este Código se volvió a contemplar la figura del duelo, ya que lo consideró como una circunstancia atenuante para los delitos de lesiones y homicidio, previsto ello en los artículos 297 y 308.

Este Código Penal, al igual que en la mayoría de los ordenamientos penales contemporáneos, adoptó la denominación de "Delitos contra la vida y la integridad corporal" para su título decimonoveno y que lo divide en siete capítulos a saber: I.- lesiones, II.- homicidio, III.- Reglas comunes para lesiones y homicidio, IV.- parricidio, V.- infanticidio, VI.- aborto y VII.- abandono de personas.

De la anterior clasificación, se puede cuestionar el último de los capítulos, ya que éste no encaja en los delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal, ya que los delitos tipificados en él, se sancionan independientemente del resultado que se produzca. También se considera errónea la colocación del delito de disparo de arma de fuego y el de ataque peligroso en el capítulo III relativo a las Reglas comunes para lesiones y homicidio, toda vez que en el primero de los delitos mencionados, el derecho que se tutela no es el de la vida y en el segundo aún cuando si lo hace, no puede considerarse dentro del capítulo de homicidio y lesiones.

En cuanto a la figura que nos interesa, es decir, el duelo, éste no se reglamentó de manera autónoma e independiente, -como lo hacía el Código de 1871-, sino que fué considerado

únicamente como una circunstancia que atenúa la sanción penal en los delitos de lesiones y homicidio, según lo establecen los artículos 297 y 308.

Respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes que consagró este Código, estas se establecieron específicamente para las lesiones y para el homicidio, disponiéndose que cuando éstas existen en la comisión de alguno de estos delitos la penalidad será disminuida o bien aumentada, según el caso concreto. De lo anterior nos informa Raúl F. Cárdenas al decir que en los Códigos Penales anteriores "las denominadas circunstancias agravantes o atenuantes no eran tales, ya que no calificaban el delito sino únicamente la pena con miras a su individualización" (16)

Ahora, es interesante observar que la actual legislación penal creó un capítulo denominado "Reglas comunes para Lesiones y Homicidio", dentro de las cuales, se supone, debería estar comprendido el duelo, sin embargo, no sucedió así y el legislador de 31 únicamente consideró a tales a las siguientes: las lesiones o el homicidio causadas por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, la inducción al suicidio, la riña, las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición.

Lo anterior nos parece grueso desacierto, ya que si el duelo constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones y homicidio, debería formar parte de las reglas comunes para dichos delitos.

(16) CARDENAS, Raúl F.: Obr. cit., p. 119.

Ahora bien, ya desde otro punto de vista, podemos percatarnos que este mismo Código Penal no define propiamente al duelo, por lo que no lo considera como un delito autónomo sujeto a reglamentación especial alguna, sino por el contrario, lo considera como una circunstancia de realización de los delitos de lesiones y homicidio y provisto de una penalidad atenuada.

Por lo anterior, se puede considerar que, como dice el maestro Francisco Gonzáles de la Vega, que "el duelo no se sanciona en sí mismo, sino en sus consecuencias lesivas, cuando el combate resulta inocuo y los duelistas ilesos, sólo se podrán aplicar las penalidades de la tentativa si se determina la clasificación del daño que se proponían inferir". (17)

Una observación más que podemos hacer en relación con el Código Penal vigente, es la consistente en que la redacción original de este Código se disponía una sanción similar para el delito de homicidio, ya fuera cometido en riña o en duelo y que, precisamente por reforma a dicho Código de fecha 29 de diciembre de 1929, publicada en el diario oficial de la Federación en fecha 15 de enero de 1951, se dispuso una modificación al artículo 308 de ese ordenamiento, consistente en diferenciar la penalidad para el homicidio cometido bajo dichas circunstancias. Así se dispuso que la penalidad para el homicidio en riña fuera de 4 a 12 años de prisión; mientras que para el homicidio en duelo fuera de 2 a 8 años de prisión.

(17) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Obr. cit., p.66.

Cómo ya vimos, la riña y el duelo, al parecer tienen una diversa fundamentación jurídica y así lo pensamos al ver que se contempla una sanción diferente para el homicidio cometido bajo dichas modalidades. Lo que si nos parece extraño es que si esa distinción se estableció para el homicidio, ¿porqué no se consideró también para las lesiones?. El art. 297 del Código Penal, literalmente dice: "Si las lesiones fueran inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden, podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52".

Como se puede apreciar, la penalidad en las lesiones cometidas en riña o en duelo es semejante, a diferencia del homicidio cometido bajo dichas circunstancias. El maestro Mariano Jiménez Huerta nos dá respuesta a nuestra interrogante y nos dice que el homicidio cometido en riña o en duelo adquirió un marcado matiz social, ya que "en tanto el duelo era el desafío de los llamados caballeros, la riña era el de las gentes plebeyas". (18)

El mismo autor abunda sobre la misma cuestión y con una mayor argumentación debidamente razonada, nos dice al respecto que: aunque es evidente que la muerte ocasionada en duelo ofende

(18) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Derecho Penal Mexicano, 5a ed., México, Porrúa, 1981, t. II, p. 63.

los ideales valorativos de la comunidad, no puede desconocerse, si se cuantifica bien el monto de dicha ofensa, que la misma es menor -debido a las garantías y seguridades que han quedado mencionadas- que la que produce el homicidio perpetrado en riña, en el cual una vez prestado el consentimiento por los rijo para intercambiar ataques con intención lesiva, el desarrollo del encuentro no queda sometido a control alguno que implique una recíproca seguridad y garantía. (19)

El art. 308 del Código Penal vigente, es el que sanciona el homicidio cometido en riña o en duelo y que como ya hemos visto, dispone una penalidad distinta en ambos supuestos, pero además en su parrafo último establece que el juez al imponer la pena correspondiente, debe tomar en cuenta las condiciones subjetivas del autor del delito y, además tener en cuenta si fué el provocado o el provocador y el mayor o menor grado de la provocación.

Para entender los términos de provocado y provocador, hemos de decir que generalmente al primero se le identifica como el que acepta un reto y al segundo como el que lo lanza. Pero no es así, ya que puede suceder que el individuo que desea batirse en duelo con la persona odiada, la provoque mediante injurias e insultos para que ésta a su vez lo rete a duelo, en cuyo caso deberá tenerse al que reta como provocado y al otro como provocador. En este sentido se pronuncia Jiménez Huerta.

(19) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit. pp. 72 y 73.

Con la intención de dejar mas claro el concepto del provocado y del provocador, hemos recurrido al pensamiento de Francesco Carrara, quién nos enseña que "El juez no debe limitarse a averiguar quién fué el que desafió, sino que debe indagar quién fué el primero que quiso el duelo y quién fué el primero que con un acto reprobable dió ocasión al mismo voluntariamente". (20)

Con lo anterior se concluye el primer capítulo, haciendo referencia primordialmente a los antecedentes históricos que el duelo ha tenido tanto en otros países donde tuvo gran influencia como Francia y España, asi como en las legislaciones penales que antecieron a la actual. En los siguientes capítulos se pretende hacer un análisis comparativo con el resto de las circunstancias atenuantes de penalidad, asi como estudiar minuciosamente la figura del duelo, todo ello, tendiente a lograr la finalidad que nos proponemos y que ya quedó expuesta en la introducción del presente trabajo.

(20) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 502.

C A P I T U L O I I

EL DUELO EN EL DELITO DE HOMICIDIO

1.- Tipo de homicidio.

2.- Sus elementos

3. Los tipos complementados atenuados de homicidio

a) Por infidelidad conyugal

b) Por corrupción de la hija

c) Por riña

d) Por duelo.

EL DUELO EN EL DELITO DE HOMICIDIO.

1.- Tipo de Homicidio

Para poder encontrar el leal significado de tipo en el homicidio, es menester considerar brevemente los antecedentes históricos del homicidio en general y la definición que del mismo han dado los mas notables tratadistas de Derecho Penal.

Se puede establecer, por principio de cuentas, que la acriminación del homicidio es contemporánea de la historia de la humanidad. Las mas encontradas civilizaciones antiguas han coincidido en sancionar severamente al que priva de la vida a un ser humano. En el Derecho Romano, mediante una antiquísima Ley de Numa, se castigaba al homicidio que fuera perpetrado contra un ciudadano, es decir, contra un hombre libre. La penalidad que se imponía era, en el caso de que hubiera sido cometido por un hombre libre, la de la deportación y confiscación de bienes; en el caso de que hubiera sido cometido por un siervo o esclavo, estos eran castigados con la pena de muerte.

No todos los homicidios que se daban en el Derecho Romano eran sancionados, ya que en el caso de que se produjera la muerte de un siervo o esclavo a manos de su amo, no se imponía sanción alguna; asi como tampoco la muerte del hijo realizada por el paterfamilias.

Durante el Imperio, el homicidio fué castigado con el destierro para los hombres libres y para los plebeyos con el ser arrojados a las fieras.

En la Edad Media, el derecho Germánico castigó el homicidio con penas privadas, sometiendo a composición el homicidio y las lesiones. Una característica especial fué que se consideró al homicidio culposo, que era castigado con leves penas pecuniarias y el homicidio doloso calificado con pena de muerte.

Por su parte, en el Derecho Español, el homicidio voluntario era sancionado con la pena de muerte, en este sentido tenemos a la Compilación de Huesca, el Fuero Real y la Novísima Recopilación. El homicidio culposo era castigado con destierro por cinco años a una isla desierta.

Como ya vimos, en el Derecho Precolonial de nuestro país, el homicidio fué sancionado igualmente con la pena de muerte.

Para entender el concepto del homicidio, hemos recurrido a la definición que de él nos dá Francesco Carrara, quién nos enseña que el homicidio es "La muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre" y agrega que "por hombre se entiende en este caso cualquier individuo que pertenezca a la especie humana, sin distinción de sexo, edad, raza o condición; hasta un recién nacido, aunque sea de formas monstruosas pero humanas, y hasta un moribundo, pueden ser sujetos pasivos del homicidio". (21)

(21) CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal, trad. por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1967, t. I, p. 45.

La anterior definición de hombre es bastante descriptiva, en ella se consideran todas las posibilidades en las que pudiera haber alguna duda respecto de la condición de hombre para efectos del sujeto pasivo en el homicidio.

Por su parte, el también tratadista Italiano Giuseppe Maggiore nos dá a entender que el sujeto pasivo en el homicidio es la "persona" y la entiende a ésta en un sentido metafísico y ético, como "el individuo humano, en que se mezclan armónicamente dos elementos: uno común a los animales que es la individualidad, y otro de carácter absoluto y de origen divino, que se revelan en la razón y en la libertad". (22) Pero aún con mayor claridad nos ilustra diciendo que el individuo humano es "un sujeto racional y libre, dotado de alma inmortal, susceptible de derechos y deberes, que actúa en el reino de los fines, imputable y responsable, y como tal, capaz de mérito, de demérito, de premio y de pena". (23)

Generalmente se ha reconocido, que el homicidio es el delito típicamente ofensivo de la vida humana, es el que atenta directamente contra el bien supremo del individuo que es la vida humana. Es el que lesiona al bien jurídico por excelencia, es la vida humana la que ocupa el primer lugar en la escala de los bienes jurídicos inherentes al ser humano, ya que si éste no

(22) MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, trad. por José J. Ortega Torres, 2a ed., Bogotá, Temis, 1972, t. IV, p. 255.

(23) Ibid. p. 256

existe, los demás tampoco.

En nuestra legislación penal vigente, se ha considerado al homicidio como "el que priva de la vida a otro". Esta definición es meramente descriptiva, no obstante ello, contiene la esencia, es decir, el acto de privar de la vida a otro. Por éste último entendemos al ser humano dotado de vida y por lo que se refiere al sujeto activo, como aquel que lleva a cabo la acción de cometer el delito, el de privar de la vida y que debe ser necesariamente un semejante.

La interpretación que del homicidio nos dá la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la siguiente: "Este precepto -el del art. 302-, al decir que comete el delito de homicidio "el que priva de la vida a otro", no se refiere más que a otro hombre, de acuerdo con las reglas gramaticales y las normas jurídicas y constitucionales de interpretación, porque al emplear el legislador penal "el que priva de la vida a otro", se refirió, tanto en lo que atañe al sujeto activo de la oración (él), como al sujeto pasivo del complemento directo (otro), a "ser humano", sin distingos arbitrarios y especiosos respecto a si excusó a otros sujetos, sean del sexo masculino o femenino". (24)

La anterior interpretación que del homicidio nos proporciona el máximo órgano judicial del país, no deja lugar a dudas respecto a lo que debe entenderse por tal delito, por lo que

(24) Semanario Judicial de la Federación, XCVI, Quinta época, pp. 1028 y 1029.

creímos oportuno citarlo para la mejor comprensión de la significación del homicidio.

Por lo que respecta al tipo en el homicidio, habremos de decir primeramente que el tipo penal en tal delito, consiste en la descripción legal de una conducta, adecuada a un resultado material, en este caso, el privar de la vida.

En términos generales, el tipo es entendido por Don Luis Jiménez de Asúa, como "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"(25) Por lo anterior, se considera que el tipo penal es la esencia del delito, la descripción objetiva de los elementos que debe contener un delito previsto por la ley, para que éste pueda ser considerado como tal. De ésta manera entendemos idea de Jiménez de Asúa, ya que en su definición del delito nos muestra que éste es un "acto imputable a un hombre, que por suponer injusto y culpable, describen típicamente las leyes y sancionan con una pena", y agrega este mismo autor que de una manera mas analítica y programática, ve al delito como un "acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". (26)

(25) JIMENEZ DE ASUA, Luis: Obr. cit. p. 747.

(26) Ibid. p. 63.

El delito de Homicidio, considerado en ab_stracto, debe contener un tipo penal, consistente en este caso, en el acto de privar de la vida a un ser humano, y, al momento de adecuarse la conducta concreta con la descripción objetiva formulada en abstracto, se considera que ha sido cometido el delito de homicidio.

2.- Sus elementos

Antes de hablar de los elementos del tipo de homicidio, creo que es conveniente ver la clasificación que respecto del tipo en el delito de homicidio nos dan algunos autores mexicanos:

a) Tipo fundamental o básico.- Se dice que el tipo en el homicidio es básico ya que sus elementos descriptivos pueden servir de fundamento o base a otros tipos penales, tal es el caso del homicidio cometido en duelo. En este caso el "privar de la vida" es el tipo fundamental y, cuando se comete en un combate denominado duelo, con las formalidades propias de dicha figura, el homicidio en duelo, adquiere una fisonomía propia que le hace ser independiente de cualquier otro ilícito.

b) Tipo autónomo o independiente.- El tipo en el delito de homicidio, no requiere para su existencia, de ningún otro tipo penal, tiene vida por si mismo. El homicidio en duelo, se encuentra subordinado al tipo fundamental o básico.

c) Tipo de formulación libre.- La ley al describir el tipo de homicidio, lo hace atendiendo únicamente al resultado material, no tomando en cuenta la forma de realización y, dentro de ésta, pueden haber infinidad de formas de materialización del delito. Por su parte, el homicidio en duelo, requiere de las generalidades propias del duelo, por lo que éste último no es de formulación libre.

d) Tipo simple.- Se le considera así, ya que el bien jurídicamente tutelado, es invariablemente la vida humana.

e) Es un tipo normal.- Se considera que es de tal manera ya que el precepto que tipifica el homicidio, atiende a elementos meramente descriptivos, sin tomar en consideración el fin perseguido por el agente al momento de la comisión del delito.

Una vez que se señaló la clasificación del homicidio en relación con su tipo penal, se procede a analizar por separado los elementos del tipo penal en el homicidio y que consisten en los siguientes:

1) Un bien jurídico tutelado.- En el homicidio invariablemente, el bien jurídico tutelado es el bien esencial del individuo, es decir, la vida humana.

2) El objeto material.- Este coincide con el anterior, ya que es, igualmente, la vida humana.

3) El Sujeto activo.- En el homicidio, el sujeto activo puede ser cualquier persona, a excepción de los que la propia ley señala, por ejemplo, los inimputables. Sólo el hombre en su más amplia concepción, puede ser sujeto activo del homicidio, siempre y cuando ocasione el daño previsto por el art. 302 del Código Penal. Cuando en la comisión del homicidio interviene un sólo sujeto activo, se dice que es un delito monosubjetivo; cuando intervienen mas de dos, se dice que es plurisubjetivo.

El autor Raúl F. Cárdenas al opinar sobre el sujeto activo del homicidio, dice que: Las cualidades personales del sujeto pueden dar lugar a que el delito se atenúe o califique o bien constituir elementos de figuras autónomas como el parrici-

dio o el infanticidio, pero no afecta la afirmación que hemos hecho, en el sentido de que sólo el hombre persona física, debe reputarse como autor o participe en el delito de homicidio. (27)

4) Sujeto pasivo.- Se dice que el sujeto pasivo dentro del homicidio, es cualquier persona viva, no importando que se trate de un moribundo, de un condenado a muerte, de un ser con deformaciones físicas o psíquicas, tampoco influye la edad, el sexo, la religión, las creencias políticas, la condición socio-económica a la que pertenezca ni la nacionalidad.

El mismo Raúl F. Cárdenas agrega, que "el sujeto pasivo en el homicidio lo es también el Estado, que tiene un interés directo en la conservación de la vida, como medio para su desarrollo moral y político". (28)

Unicamente para efectos de claridad en nuestra exposición, habremos de decir que jurídicamente hablando, el sujeto pasivo en el homicidio puede ser un infante dentro de las 72 horas de su nacimiento, o bien, el ascendiente del sujeto activo del delito, en cuyo caso nos encontramos ante la presencia de figuras jurídicas dotadas de características propias, nos referimos al Infanticidio y al Parricidio, respectivamente.

(27) CARDENAS, Raúl F.: Obr. cit. p. 129

(28) Ibid. p. 129.

3.- Los tipos complementados atenuados de homicidio

Al estudiar el tipo de homicidio, nos dimos cuenta que presentaba un tipo fundamental o básico, toda vez que los elementos descriptivos que lo integran, sirven de base para otros tipos penales, y que estos a su vez, pueden atenuar o gravar el delito en lo particular. En este trabajo mencionaremos únicamente aquellos que atenúan la sanción en la comisión del delito de homicidio.

Los tipos penales que complementan al básico de homicidio y que traen como consecuencia la disminución de la penalidad, también son conocidos como circunstancias atenuantes de responsabilidad penal o como dice Giuseppe Bettiol, citado por el maestro Raúl F. Cárdenas, que son "elementos de hecho de carácter objetivo que se relacionan únicamente sobre la gravedad del delito dejando inalterada su denominación jurídica; si en presencia de una determinada circunstancia cambia también el título del delito, quiere ello decir que nos encontramos frente a un elemento esencial, constitutivo del delito mismo". (29)

Nuestro Código Penal vigente, señala perfectamente las que considera como circunstancias atenuantes de tipo complementado que se adhiere al básico y las considera aplicables tanto para el homicidio como para las lesiones y las hace consistir

(29) CARDENAS, Raúl F.: Derecho Penal Mexicano, 2a. ed., México, Jus, 1968, p. 111.

en las siguientes: por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, por riña y por duelo.

Con la finalidad de entender correctamente cada una de estas circunstancias atenuantes, se ha decidido estudiar a cada una de ellas por separado para hacer distinción entre unas y otras, ya que aunque contienen una fundamentación jurídica muy parecida, sin embargo, son completamente distintas las características propias de cada una, tal y como lo veremos a continuación:

a) Por infidelidad conyugal.- "In adulterium uxorem -- tuam si deprehenderit, sine iudicio impune recato" (si sorprendieras a tu esposa en adulterio, da muerte impunemente, sin necesidad de juicio). (30) La anterior era una disposición legal promulgada por Rómulo en el Derecho Romano, con lo cuál nos damos cuenta que no es una figura jurídica reciente, ya que desde siempre se ha autorizado al marido ofendido de adulterio para privar de la vida al cónyuge adúltero, así como al amante de éste.

En los pueblos más antiguos, no se le pusieron límites a la potestad del marido para vengar la afrenta sufrida por el engaño de su mujer, ya que se consideraba que esa potestad formaba parte del derecho natural.

Con la evolución del derecho romano, se establecieron algunas limitaciones a la potestad del marido para matar a los amantes adúlteros y, así la Ad Legem Juliam de adulteriis, ponía -

(30) CARRARA, Francesco: Obr. cit. p. 450.

como condición para que el homicidio hacia el amante adúltero no fuera penado, que se tratase de una persona vil, en caso contrario, se establecía como sanción el destierro.

La legitimidad del homicidio hacia el adúltero, era autorizada para el marido ofendido y para los hijos que lo hubieran cometido por obedecer a su padre.

Posteriormente, ésta misma ley establecía como condición para que el homicidio fuera legítimo, que los adúlteros hubieran sido sorprendidos en la casa conyugal, que se hubiera causado la muerte del amante adúltero y que se hubiere arrojado inmediatamente de su casa a la esposa adúltera. En el caso de que se hubiere causado la muerte de la mujer, la sanción que se establecía era para el marido ofendido, la de los trabajos públicos o la relegación.

Después de estas disposiciones y mediante la Novela 117, se permitió la muerte de ambos adúlteros, aunque no hubiesen sido sorprendidos en el domicilio conyugal, sino en la casa de la esposa o en la del adúltero, en una taberna o en los suburbios.

Como ya se ha visto, en el Derecho Precolonial el adulterio era una de las principales figuras ilícitas contempladas por los aztecas, quienes establecían como sanción para ambos adúlteros, la muerte de éstos a manos del marido ofendido.

En la actualidad, el homicidio cometido por infidelidad conyugal se encuentra debidamente previsto por nuestro Código Penal vigente, mediante el artículo 310 y que a la letra dice:

"Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

De la definición que nos da el Código Penal vigente, podemos extraer los siguientes elementos:

1) Que la penalidad establecida para el homicidio cometido bajo esta circunstancia atenuante, es notoriamente inferior a la que correspondería si el homicidio se hubiera cometido de una manera simple intencional.

2) Se aprecia que el legislador de 31 utiliza ciertos términos para describir el tipo penal al que se haya sujeto dicho ilícito. Así tenemos que dice "sorprendiendo" para indicar que debe haber una primera impresión, consistente en el descubrimiento inesperado y repentino de la infidelidad conyugal por parte del conyuge ofendido hacia el cónyuge culpable y el tercero ajeno al matrimonio con quién éste se halle al momento del hecho, lo cual produce en el ofendido una conmoción psíquica que le nubla el entendimiento y raciocinio.

Puede suceder que no haya sorpresa al momento de hallar el cónyuge inocente al culpable y al tercero en el acto de infidelidad matrimonial, por ser un acontecimiento ya previsto, en dicho supuesto, no hay una perturbación del ánimo, por lo que

no procede en favor del sujeto activo del homicidio, el beneficio de la penalidad atenuada previsto por dicha circunstancia. En consecuencia, se estaría en presencia de un delito simple intencional o inclusive ante uno calificado.

El mismo legislador utiliza la voz "cónyuge", lo cuál quiere decir que por éste se entiende que es el que se encuentra casado legalmente. No tiene mayor relevancia para el Derecho Penal cualquier otra situación ajena al matrimonio legalmente celebrado y que se encuentra integrado por dos cónyuges. A este respecto, Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que "no importa que el matrimonio sea anulable, si no ha sido declarado nulo por sentencia judicial. Tampoco importa que el divorcio esté en trámite, si no ha sido también decretado por sentencia ejecutoria. Ni importa que los cónyuges estén de hecho separados". (31)

En lo particular agregaría a las excepciones señaladas por Carrancá y Trujillo, a aquellas parejas que se encuentran unidas bajo matrimonio religioso y el caso de aquellas que viven en concubinato. Por lo anterior, es requisito indispensable que el homicidio se produzca de un cónyuge a otro, tal y como se ha explicado; en caso contrario, se considerara que no existe la circunstancia atenuante de penalidad.

Por lo que respecta al "acto carnal o próximo a su consumación, debemos de referir que el acto carnal ha sido enten-

(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: Código Penal Anotado, 9a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 613.

dido como "la normal cópula vaginal como la anormal oral o rectal, pues sería risible excluir a aquellos casos en que el cónyuge infiel y su amante se entregan a prácticas sexuales sucedáneas". (32)

De la anterior concepción del acto carnal, vemos que ésta es enunciada en un sentido amplio, pero en strictu sensu, se puede decir que el acto sexual consiste en la introducción del órgano viril del hombre en la vagina de la mujer, de modo que haga posible el coito que se considera normal. Por su parte el coito anormal consiste en la introducción del órgano masculino, ya sea por vía anal o bucal de la mujer y éste modo, aunque no dá lugar a la perfección fisiológica en el ayuntamiento sexual entre un hombre y una mujer, sin embargo, si forma parte de un todo llamado acto sexual.

Por lo que respecta al término "próximo a su consumación", -refiriéndose al del acto sexual-, es, como dice Jiménez Huerta, "todo aquel que con su propia elocuencia proclame, sin equívocos, que los adúlteros se disponían en momento cercano a unirse sexualmente o denuncie que acababan de hacerlo". (33)

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido respecto del término "próximo a su consumación", que "El art. 310, al incluir el término "próximo" no fija si ha de ser próximo anterior o próximo posterior al acto carnal,

(32) JIMENEZ HUERTA, Mariano: obr. cit., p. 93.

(33) Ibid., p. 93.

por lo que, al no distinguir la ley, el juzgador tampoco debe distinguir, siendo admisible tanto la anterioridad como la posterioridad, con tal de que los hechos probados revelen clara e indubitadamente que se trata de un acto carnal realizado ya o todavía por realizar; pero la ley es precisa al incluir el término "próximo" exigiendo con esto una sucesión inmediata e inminente de hechos realizados ó que hayan de realizarse en un corto lapso, pues esto es lo que comúnmente se entiende con el término gramatical "próximo", tocando al juzgador interpretar los hechos en relación con los términos gramaticales que la ley emplea y atendiendo al espíritu del lenguaje comúnmente hablado". (34)

Cómo ha sido vista la proximidad en el acto sexual, entendemos que se refiere a los actos previos o posteriores que ilustran al marido ofendido sobre el engaño de que es víctima, por parte de su mujer y del tercero ajeno al matrimonio. Generalmente comprendemos que es subjetivo el sentir de cada persona cuando se encuentra ante una escena de infidelidad por parte de su cónyuge, por lo que puede responder de una manera pacífica y tranquila ante tal infidelidad, denunciando a los culpables de adulterio, o bien, puede responder con una agresión, lesionando o privando de la vida a uno o a ambos adúlteros, en cuyo supuesto, se acogerá a los beneficios de la penalidad atenuada que prevee el art. 310 del Código Penal vigente.

(34) APENDICE JUDICIAL DE LA FEDERACION, T. XIII, P.91.

La parte última del precepto legal que se comenta, establece una excepción a la penalidad atenuada del homicidio por infidelidad conyugal, diciendo que en el caso de que el marido ofendido haya contribuido a la corrupción de su cónyuge, le será impuesta una pena de cinco a diez años de prisión.

Se entiende que se da la corrupción del cónyuge, cuando el cónyuge ofendido de adulterio propicia que su esposa llegue al acto sexual con un tercero y que bien puede ser a través de actos u omisiones que traen como consecuencia la infidelidad conyugal. Baste hacer notar que en países considerados como "desarrollados" como Estados Unidos, Dinamarca, Suecia, Canada y Francia entre otros, es frecuente el intercambio de parejas, o bien, la celebración del acto sexual entre mas de dos personas, pudiendo ser, por ejemplo, el acto sexual entre el hombre casado con su esposa y una tercera ajena a ese matrimonio, todos ellos en un mismo acto carnal; o bien, entre la mujer casada, celebrando el acto sexual con su marido y un tercero ajeno a ese matrimonio, que en algunos caso es otro hombre o bien otra mujer. Lo anterior lo citamos por saber que es una práctica común en dichos lugares, en cuyo caso se habla de corrupción del cónyuge. En dichos supuestos, no procede el beneficio de la penalidad atenuada para el cónyuge ofendido de adulterio que lesione o prive de la vida al cónyuge ofensor y al tercero ajeno al matrimonio.

Por lo que respecta al sujeto activo en este delito, es el hombre o la mujer legalmente casados con el cónyuge

adúltero; mientras que el sujeto pasivo de la conducta homicida es el cónyuge infiel, ya sea hombre o mujer, su amante con el que se halle al momento del acto sexual o bien, pueden ser ambos conjuntamente y la penalidad no variará.

Finalmente, para explicar la atenuación de la penalidad prevista por el artículo 310 del Código Penal, personalmente creemos que tiene su razón de ser en la violenta perturbación del ánimo, la cual es producida en el sujeto activo del homicidio al momento de sorprender a su cónyuge en el acto sexual con otra persona, lo que le impide reflexionar o razonar y en ese momento actúa impulsado por el justo dolor que la escena le produce.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que "la atenuación de que trata el art. 310 del Código Penal sólo tiene por objeto salvaguardar la institución del hogar y de la familia, constituidos al amparo de la ley, sin tomar en cuenta las condiciones psíquicas especiales en que se encuentra el delincuente y por lo mismo únicamente beneficia a los componentes del matrimonio considerado como un estado civil de las personas y excluye a quienes organizan un hogar sin establecer las formalidades legales". (35)

b) Por corrupción de la hija

En el Derecho Romano se autorizaba al padre a dar muerte al amante de la hija, a la hija o a ambos, en el supuesto de que los encontrase realizando el acto sexual, siempre y cuando tuviera bajo su potestad a la hija y que fueran sorprendidos en el domicilio habitado por el propio padre, en caso contrario, no podía darles muerte.

La Ad Legem Juliam previó dicha situación y establecía que si el padre daba muerte "únicamente al hombre, incurria en castigo, si no demostraba por lo menos haber herido a la hija"(36) La única excepción para este supuesto era el hecho de que la mujer se encontrare embarazada, de tal manera que el padre no estaba obligado a causarle lesión alguna a la hija.

El homicidio por corrupción de la hija, tiene cierta similitud con el causado por infidelidad conyugal, ya que en ambos hay una perturbación del ánimo en el sujeto activo del homicidio, ante la sorpresa de ver a su descendiente que se encuentra realizando el acto sexual con el individuo con quién se encuentre.

En el Derecho Penal Mexicano, esta clase de homicidio se contempló desde el artículo 555 del Código Penal de 1871, considerándolo de la siguiente manera: "Se impondrán cinco años de prisión: al padre que mate a una hija suya que viva en su compañía y esté bajo su potestad, o al corruptor de aquella,

(36) CARRARA, Francesco: Obr. cit., 454.

si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él". Por su parte, el art. 556 del mismo Código, establecía las excepciones para que procediera dicha atenuante, ya que decía: "Las penas de que hablan los dos artículos anteriores solamente se aplicarán: cuando el marido o el padre no hayan procurado, facilitado o disimulado el adulterio de su esposa, o la corrupción de su hija con el varón con quién la sorprenda ni con otro. En caso contrario, quedarán sujetos los reos a las reglas comunes sobre homicidio".

De la anterior reglamentación del homicidio por corrupción de la hija, podemos extraer las siguientes observaciones: Que el legislador de 71 no previó el caso de que en lugar de que el padre de la hija mate a ésta o a su corruptor con quién se halle al momento del acto sexual, únicamente los lesionara, en cuyo caso, creemos que debería penarsele por la comisión del delito de lesiones sin que procediera ninguna circunstancia de atenuación. Tampoco el legislador citado previó el caso de que se causara la muerte a ambos, es decir, a la hija y al corruptor de ésta, ya que únicamente consideraba la muerte de uno o de otro.

Otra observación que hacemos es que la corrupción únicamente podía ser de un varón hacia la hija, excluyendo al hijo varón, asimismo se estableció que la facultad de matar era exclusiva del padre, no así de cualquier otro ascendiente de la mujer.

Por su parte, el Código Penal de 1929, que pretendida-

mente debería traer consigo una mejor técnica jurídica para sustituir al de 1871, sin embargo no fué así ya que establecía en su art. 980 "Tampoco se impondrá sanción: al padre que mate a su hija que esté bajo su potestad, o al corruptor de aquella, o a ambos si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él. Cuando el padre haya sido condenado anteriormente como responsable de un homicidio o de un delito de lesiones, se le impondrán cinco años de segregación".

Como se puede observar, esta legislación varió mucho en comparación con la de 1871, pero no para bien, sino para mal ya que a través del precepto que se comenta, se dejó sin sanción alguna al padre que matare a su propia hija o a su corruptor al sorprenderlos en el acto carnal o en uno próximo a él.

El legislador de 1929, como se vé, le otorgó al particular la facultad de actuar libremente para lesionar o matar en este caso, a la hija o al corruptor de aquella o a ambos, sustituyendo al Estado en su función de administrar e impartir justicia.

También es inadmisibile que si la preocupación del legislador al contemplar esta circunstancia atenuante es la de la integración familiar y procurar que la hija del sujeto activo de homicidio no caiga en manos de algún corruptor, se le autorice a privar de la vida a la hija, que a su vez es víctima de un acto de corrupción. En éste sentido Gonzalez de la Vega opina que "La atenuación de las penas en consideración a la excitación

del ánimo por la extrema injuria, es aplicable contra el corruptor pero nunca contra la víctima de la corrupción". (37)

La redacción original del art. 311 del Código Penal de 1931, establecía: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al padre que mate o lesione al corruptor de su hija que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su hija con el varón con que la sorprenda ni con otro. En este último caso o cuando el padre haya sido condenado como responsable de un homicidio o del delito de lesiones se le impondrán de cuatro a cinco años de prisión".

Aunque como se ve, este precepto mejoró en cuanto a su técnica jurídica al reglamentar el homicidio o lesiones por corrupción de la hija, sancionando al padre que lesionara o matara al corruptor de su hija, no autorizándolo a hacer lo mismo con su hija, supliendo la deficiencia de los Códigos de 1871 y 1929, no fué suficiente su avance técnico, por lo que fué reformado dicho precepto por decreto del 23 de diciembre de 1968, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 18 de febrero de 1969, por lo que quedó redactado como actualmente lo conocemos.

El art. 311 del Código Penal vigente, establece: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrup-

(37) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Obr. cit. p. 56

ción de su descendiente con el varón con quién lo sorprenda, ni con otro".

De lo dispuesto por el art. 311 del Código Penal vigente podemos extraer las siguientes consideraciones:

a) Que se sustituyeron los términos padre por el de ascendiente y el de hija por el de descendiente, de tal manera que ahora el sujeto activo del delito de homicidio por corrupción del descendiente, puede ser cualquiera que tenga el carácter de ascendiente, por ejemplo, el padre, la madre, los abuelos, etc., siempre y cuando tengan bajo su potestad al ascendiente. Al respecto, Olga Islas de González Mariscal nos dice que: "La potestad a que se refiere el texto legal no debe entenderse en el sentido de patria potestad. Esta última, que invariablemente se traduce en un vínculo jurídico, no necesariamente da lugar a una situación emocional próxima entre ascendiente y descendiente; por lo mismo, no siempre es acorde con la finalidad de el legislador, quien, al cuantificar levemente la punibilidad, atiende esencialmente a esa situación emocional, surgida de la esfera de acción educativa (potestad) que el ascendiente despliega en relación con el descendiente". (38)

Para Jiménez Huerta "en virtud de una interpretación analógica in bonam partem, los adoptantes quedan también comprendidos en el art. 311". (39) Quiere ello decir que el padre o

(38) GONZALEZ MARISCAL, Olga Islas de: Análisis lógico de los delitos contra la vida, México, Trillas, 1982, p. 188.

(39) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit. p. 92.

la madre adoptivos pueden ser sujetos activos del delito, según el pensamiento de dicho autor, pero se excluyen de esa posibilidad a los ascendientes de los adoptantes.

Por lo que se refiere al término "descendiente", cabe decir que dentro de éste se comprenden al hijo, a la hija, a los nietos y a cualquier descendiente que se encuentre bajo la potestad del ascendiente y que haya sido víctima de la corrupción al momento de ser sorprendido realizando el acto sexual o en uno próximo a él.

b) El sujeto pasivo del homicidio por corrupción del descendiente, debe ser invariablemente el corruptor con que se halle el descendiente realizando el acto carnal o uno próximo a él. Generalmente se ha reconocido que el corruptor es aquél que inicia en la vida sexual al descendiente y éste según el precepto legal que se comenta, debe de ser un varón ya que la última parte de dicho artículo señala ". . . con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro". Por su parte, Jiménez Huerta considera que dicha postura es divorciada de la realidad, ya que "descarta de plano que la mujer pueda asumir el papel de corruptora del varón que esté bajo la potestad del ascendiente sujeto activo del delito. Esta posición nos parece divorciada de la realidad, pues son tan frecuentes los casos de corrupciones de impúberes y púberes realizados por instisfechas o pervertidas féminas lascivas". (40)

En lo personal agregaríamos respecto de la apreciación que nos dá Jiménez Huerta, que efectivamente si es posible que la mujer asuma el papel de corruptora del descendiente, pero éste último necesariamente tendría que ser un varón, ya que atendiendo a los términos utilizados por el art. 311 del C. P., es prácticamente imposible que una mujer corrompa a otra mujer, ya que para tal efecto se requiere invariablemente de la realización de un acto carnal consistente en la introducción del organo sexual masculino en el femenino y, al carecer la corruptora del miembro viril, es imposible que puede haber ayuntamiento sexual con la descendiente.

Ahora bien, se ha contemplado la dificultad de que el ascendiente, posible sujeto activo del homicidio o lesiones por corrupción de la hija, pueda al momento de sorprende a ésta con el corruptor con quien se encuentre realizando el acto carnal o se halle en uno próximo a él, mate o lesione precisamente al corruptor y no así a la hija, ya que le impondría la necesidad de ser un excelente tirador para dar en el blanco, lo que se antoja sumamente difícil, sobre todo, si se tiene en cuenta como dice Jiménez Huerta que "el volcán emotivo que azota la psique del ascendiente inmerso en tan dramática circunstancia, no es el mas adecuado para que pueda alcanzar matemático blanco, máxime cuando "el acto carnal o próximo a él" que provoca la reacción violenta del ascendiente, presupone una superposición o unión de los cuerpos del descendiente y de su corruptor tan estrecha

que se plasma en una copulación, esto es, en la fusión temporal de sus cuerpos en un todo orgánico o que, como con elegante eufemismo decía la Novísima Recopilación, "se hallaren los dos en uno". (41)

c) Creo que es también de importancia señalar que el precepto que regula el homicidio por corrupción del descendiente, establece que la penalidad atenuada a que se refiere procedera a favor del sujeto activo de homicidio, siempre y cuando no hubiere facilitado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda ni con otro. Pero el mismo precepto no establece la sanción que deba imponerse al sujeto activo del homicidio en el caso de que si haya contribuido a la corrupción del descendiente, a título personal, considero que en dicho supuesto deberá a estarse a lo dispuesto -en cuanto a la penalidad- a la que se establece para el delito simple intencional.

La circunstancia atenuadora de responsabilidad penal prevista por el art. 311 del C. P., tiene gran similitud con la prevista por el art. 310 relativa al homicidio por infidelidad conyugal y, coinciden en que en ambas formas atenuadas existe una perturbación del ánimo en el sujeto activo del delito de homicidio y, "debido al estado de turbación psíquica en que se halla, no puede razonar, calcular y dosificar el alcance de su reacción violenta". (42) A ello se debe fundamentalmente, el motivo de su atenuación considerado por los legisladores de 1871, 1929 y 1931.

(41) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit. p.92..

(42) Ibid. p. 91.

c) Por riña.

Cómo ha quedado previamente establecido, la riña forma parte de una de las atenuantes que señala nuestro Código Penal vigente, para el supuesto de que por medio de la misma se ocasione la privación de la vida.

La riña en si misma no constituye delito alguno, únicamente se sancionan penalmente los delitos de lesiones u homicidio que por medio de la misma se causen. Señalamos lo anterior ya que también existe otra circunstancia atenuante de responsabilidad penal para los mismos delitos, mas sin embargo, ésta no ha sido definida por nuestro Código Penal, nos referimos al duelo, que ocupa la parte central de esta exposición.

El tipo penal que existe en el homicidio cometido en riña, es un tipo circunstanciado, privilegiado y subordinado al tipo simple de homicidio, aunque adquiere sus propias características.

La riña es entendida por Carrara, como "una lucha súbita, que surge entre dos o mas personas por causas privadas", y agrega que emplea el término "súbita", "para distinguir la riña de la agresión y del duelo" y que utiliza el término "por causas privadas" para "distinguir a la riña de la sedición y de otros delitos de carácter político". (43)

Para González de la Vega la riña es "un combate material, una pelea física, una lucha violenta entre varias personas,

(43) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 408.

las cuales se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención". (44)

Carrancá y Trujillo nos dice que "la riña es el ataque recíproco entre dos o más personas, cuerpo a cuerpo, próximamente, empleándose vías de hecho". (45) La riña se da, nos dice Francisco Pavón Vasconcelos, "cuando la privación de la vida de una persona a manos de otra y la causación de las lesiones tienen lugar dentro de una contienda de obra, en la cuál los contendientes han tenido el propósito de causarse mutuamente daños". (46)

De las anteriores definiciones y conceptos de la riña, podemos extraer que coinciden en que la riña presenta dos elementos necesarios para su existencia. El primero se trata del elemento subjetivo o psicológico, consistente en el ánimo ríjoso o intención bilateral de los contendientes de causarse un daño, ya sean las lesiones o el homicidio, derivado de las diferencias surgidas entre ambos. El segundo elemento que llamamos objetivo o material consiste en el resultado material que se haya ocasionado que puede ser, como ya lo dijimos, una alteración de la salud o bien la privación de la vida, mediante el intercambio de golpes con potencialidad que se propician los ríjosos.

(44) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Obr. cit., p.56

(45) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: Obr. cit., p. 628.

(46) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Lecciones de Derecho Penal, 4a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 182.

Por su parte, el Código Penal vigente en su art. 314 define a la riña y dice que: "Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no la de palabra entre dos o más personas".

De la anterior definición se desprende que si entre dos rijosos hay un intercambio de golpes con potencialidad lesiva y no llegan a causarse daños, no habrá delito, ya que necesariamente se requiere de un resultado material y que bien pueden ser las lesiones o bien el homicidio.

Ahora bien, en relación con la riña como circunstancia que atenúa la responsabilidad penal en el delito de homicidio, habremos de decir que ésta se encuentra prevista en el art. 308 del Código Penal vigente, que dispone: "Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 para la fijación de las penas dentro de los mínimos y máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fué el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación".

Cómo se puede apreciar, la penalidad señalada para el homicidio en riña es ostensiblemente inferior a la del homicidio cometido de manera simple intencional, pero cabe preguntarse ¿cuál fué el motivo que tuvo el legislador de 31 para disminuir la sanción y crear esta atenuante en el homicidio?. La respuesta la encontramos por una parte en el pensamiento de González de la Vega, quién nos enseña que "la comisión de delitos simples

de sangre en riña es la provista en nuestra legislación de penalidad atenuada, mayor para el provocado que para el provocador, en atención al clásico concepto de que la sobreexcitación psíquica que sufren los protagonistas por el ímpetu de la cólera, por el calor del combate disminuye su consciencia, su voluntariedad, en la realización de las acciones sanguinarias". (47)

Por su parte, Jiménez Huerta comenta respecto de la existencia de la atenuación del homicidio en riña, que "la ratio legis de la atenuación que el Código establece para los homicidios perpetrados en riña, radica en que los rijosos consienten, expresa o tácitamente, en intercambiar ataques plasmados en vías de hecho, con intención lésiva. Este consentimiento revela el desinterés de los rijosos sobre sus vidas y la aceptación de los resultados dañosos que de la riña pudieran derivarse para cada uno de ellos". (48)

En lo particular, considero que la atenuación del homicidio en riña, obedece a que al momento de celebrarse ésta entre los contrincantes, ambos corren los mismos riesgos de resultar muertos o heridos como consecuencia del enfrentamiento. Desde el mismo momento en que hay una aceptación mutua para contender, cada rijoso mide sus propias posibilidades de derrotar a su enemigo, por lo que al momento del hecho, confía en su superioridad para no sufrir ningún daño, pero a su vez, causarselo a su oponente.

(47) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Obr. cit., p. 59.

(48) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., pp. 62 y 63.

nente.

Es importante señalar que aunque en toda riña hay una contienda de obra, sin embargo, no en toda contienda de obra hay una riña, es decir, que puede suceder que un individuo agrede a otro y éste no se defiende por permanecer en actitud pasiva, pudiendo ser por miedo, por incapacidad física o por inhabilidad para combatir, en cuyo caso, no se trata de una riña, sino de una agresión.

También se excluye de la riña la legítima defensa y que puede darse cuando un individuo agrede a otro en forma injusta y éste último repele la agresión en legítima defensa de su integridad personal y de su vida. En este caso no hay acuerdo de voluntades para reñir ya que uno de los contrincantes agrede al otro y éste únicamente se defiende.

Celestino Porte Petit señala otras dos excepciones a las riña, considerando que tampoco hay riña "cuando uno de los rijos quiere cesar o terminar la riña y cuando quiere evitarla". (49)

Respecto a los términos "provocado" y "provocador" que utiliza nuestro Código Penal para designar a los sujetos activo y pasivo que intervienen en la riña, hemos de creer que provocado es el que acepta un desafío para contender en riña y provocador el que lo lanza. Carrara junto con Carmignani que

(49) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino: Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, 4a. ed., México, Jurídica Mexicana, 1975, p. 102.

piensa de igual manera, dice que "el autor de la riña no es qui prior conviccis et probris adversarium laccessiverit, sed qui prior vel cultrum strinxit vel pugnus duxit (el que primero excitó a su adversario con afrentas y oprobios, sino el que primero lo atacó a cuchillo o le dió puñetazos)". (50)

Respecto del grado de la provocación, se dice que en Derecho no es apropiado ni conveniente establecer reglas generales en este caso para establecer quien es el provocado y quien el provocador y el grado de la provocación, por lo que aceptamos el mismo criterio tan profundo y lúminoso que enuncia Carrara, cuando afirma que "la única regla general que puede dictar la ciencia es ésta: cuando se da la muerte a causa de un ímpetu excitado por algún acto injusto, que se demuestra haber ejercido presión sobre el ánimo del reo y precipitado la resolución criminal, el delito se aminora en su fuerza moral subjetiva, ya que las leyes no pueden ser dictadas únicamente para los estoicos". (51)

Los sujetos activo y pasivo que después de la riña resulten, pueden ser cualquier persona física, y la penalidad que corresponda a cada uno de ellos será individual atendiendo a su condición de provocado y de provocador, al grado de la provocación y a sus condiciones subjetivas, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

(50) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 408.

(51) Ibid. p. 409.

d) Por duelo.

El delito de homicidio que tiene su esencia en la "privación de la vida", puede presentar una manera de realización que sin ser definida propiamente, sin embargo si se encuentra prevista y sancionada por nuestra ley penal y que la considera como una circunstancia atenuadora en la comisión del delito de homicidio y a la que se le concede una penalidad notoriamente inferior a la que le correspondería si el homicidio se hubiera cometido de manera simple intencional. El delito al que nos referimos es al delito de homicidio cometido en duelo, cuyos antecedentes ya hemos estudiado en capítulo por separado.

Al no ser definido el duelo por nuestro Código Penal vigente, se ha tenido que recurrir a la doctrina para entender su leal significado. El duelo es, nos dice el maestro de Pisa, Francesco Carrara, "un combate entre dos o más personas, concertado con determinación previa de armas, lugar y tiempo, con el fin de reparar la honra". (52)

Para Jiménez Huerta, el duelo "es un combate entre dos personas efectuado a consecuencia del desafío o reto que una de ellas hace a la otra, previa elección de armas, fijación de su empleo y reglamentación de las demás condiciones del combate por padrinos bilateralmente designados". (53)

(52) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 460.

(53) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 74.

Aunque hay múltiples versiones acerca del duelo, no queremos citar algunas otras definiciones acerca del mismo, por ser tema de capítulo aparte en el que se estudia con mas amplitud el concepto del duelo, para los efectos del presente capítulo, baste citar a un autor clásico como Carrara y a un autor mexicano sumamente respetado por su calidad intelectual como Mariano Jiménez Huerta, cuyos conceptos acerca del duelo ya hemos anotado.

La relación directa que tiene el delito de homicidio con la circunstancia de realización denominada duelo, radica en el hecho de que el duelo necesariamente tiene que ser un enfrentamiento armado entre dos combatientes denominados duelistas cuya intención es dañarse recíprocamente y, lógicamente ese daño únicamente puede consistir en los delitos de lesiones u homicidio.

La atenuación de la penalidad del homicidio cometido en duelo, se encuentra íntimamente vinculada con aquella que atenúa el homicidio cometido en riña, ya que en ambas existen circunstancias de realización similares, consistentes en un enfrentamiento entre dos o más personas, quienes tienen la intención mutua de ocasionarse daños en su integridad física o de causar-se la muerte, mismos que se encuentran en igualdad de circunstancias y con los mismos riesgos de resultar muertos o heridos.

No obstante la relación que tiene el homicidio cometido en duelo con el cometido en riña, el Código Penal vigente les prevee una punibilidad diferente, inferior para el primero y superior para el segundo. El art. 308 establece una penalidad

de 4 a 12 años de prisión para el homicidio en riña; mientras que para el mismo delito cometido en duelo dispone una sanción de 2 a 8 años de prisión.

El motivo por el cual el legislador de 31 les otorgó una penalidad diferente a ambas circunstancias de realización del delito de homicidio, se debe primordialmente, nos dice Jiménez Huerta, a que "aunque es evidente que la muerte ocasionada en duelo ofende los ideales valorativos de la comunidad, no puede desconocerse, si se cuantifica bien el monto de dicha ofensa, que la misma es menor -debido a las garantías y seguridades que han quedado mencionadas- que la que produce el homicidio perpetrado en riña, en el cual una vez prestado el consentimiento por los rijosos para intercambiar ataques con intención lesiva, el desarrollo del encuentro no queda sometido a control alguno que implique una recíproca seguridad y garantía". (54)

Pues bien, nos parece suficiente la explicación que nos dá el maestro Jiménez Huerta respecto a la diferencia de penalidades en el homicidio cometido en riña y el cometido en duelo. Ahora, en otro orden de ideas, hay que ver que el legislador de 31 no definió propiamente lo que debería entenderse por duelo y, aunque se puede recurrir a la doctrina para encontrar su significado, pienso que tendría mayor autoridad la apreciación que del duelo nos pudiera haber dado el legislador.

El Código Penal vigente, luego entonces, no define
(54) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., pp. 72-73.

al duelo como figura jurídica independiente o autónoma, así como tampoco lo considera como delito individual sujeto a reglamentación específica alguna, por tanto, sólo lo considera como circunstancia atenuadora del homicidio.

Entre nosotros, la autora Olga Islas de González Mariscal nos dá un razonamiento sumamente interesante para hallar respuesta a la falta de definición del duelo en nuestro ordenamiento penal y así nos dice que: "El texto legal no dice que se entiende por duelo y, aparentemente, sólo establece la punibilidad. No obstante, la simple mención del "duelo" es suficiente para la configuración del tipo. El concepto de duelo ha de buscarse fuera del ámbito de la ley, para luego, con base en el concepto, hacer explícita la semántica del tipo correspondiente". (55)

Pues bien, si analizamos detalladamente la redacción del art. 308 del Código Penal en su párrafo segundo que dice "si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión", podemos deducir los siguientes elementos:

a) Que haya un homicidio, en consecuencia, tenemos que recurrir indefectiblemente a lo que el propio art. 302 nos dice del homicidio, haciendolo consistir en la "privación de la vida".

b) Que haya un duelo, que después de ver el concepto que de él tienen Carrara y Jiménez Huerta, podemos concluir que

el duelo consiste en un enfrentamiento entre dos o más personas a consecuencia de un desafío o reto que una de ellas hace a la otra, previa elección de las armas a utilizar, lugar y hora para su celebración y ante la designación de padrinos bilateralmente designados, cuya función se limita a vigilar que se cumpla con las condiciones previamente pactadas.

Estos dos elementos nos hacen ver que son indispensables para considerar que opera la circunstancia atenuante de penalidad. Por otra parte, en el homicidio se contempla la existencia de un deber jurídico penal que consiste en la prohibición de privar de la vida dolosamente a una persona llamada duelista, mediante una actividad ejecutada dentro de un duelo con dicho individuo; asimismo existe un bien jurídicamente tutelado y que se hace consistir en la vida humana, desvalorada ésta por la aceptación del duelo por parte de quién es protagonista en el mismo.

El sujeto activo del delito de homicidio en duelo, puede ser cualquier persona física que adquiera el carácter de duelista y que tenga una voluntabilidad consistente en la capacidad de conocer y querer privar de la vida a un semejante, en este caso, a su oponente y mediante la actividad ejecutada dentro de un duelo con dicho adversario. Pero no obstante esa voluntabilidad, requiere de una imputabilidad que se refiere a la capacidad de conocer el alcance de su conducta en relación con el resultado material que se ocasione, es decir, conocer la específica ilicitud que comete el sujeto activo en su calidad de duelista.

En cuanto al sujeto pasivo que puede resultar del homicidio en duelo, podemos decir que puede ser cualquier persona física, siempre y cuando intervenga en un duelo en calidad de duelista y puede ser el provocado o el provocador del duelo.

Para que se dé el homicidio en duelo como tal, requiere de la existencia de un requisito indispensable, consistente en el nexo causal que se refiere a la voluntad del sujeto activo del delito de querer privar de la vida a su adversario y que se produzca ese resultado material en el sujeto pasivo, consistente en la pérdida de la vida humana, desvalorada por la aceptación del duelo.

En cuanto a la penalidad para el autor del homicidio en duelo, sabemos que es de 2 a 8 años de prisión, pero el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal, referentes éstos a la aplicación de las sanciones dentro de los mínimos y máximos fijados por la ley para este delito, así como las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares propias del delincuente.

Generalmente ha sido admitido por la doctrina que el provocador dentro del duelo, no es precisamente el que desafía o reta, sino por el contrario, quién primero quiso el duelo y se ubicó en la calidad de duelista, ya sea como desafiado o bien como desafiador.

Por último, quiero dejar asentado que la simple verificación del duelo en donde no exista un resultado material en

ninguno de los combatientes, es intrascendente para el derecho penal, ya que es requisito indispensable que por medio del duelo se ocasione alguno de los delitos que están perfectamente previstos y sancionados por la ley penal vigente y que consisten en los de homicidio y lesiones, lo anterior sin perjuicio de la comisión de otros delitos que pueden caber en el duelo, tales por ejemplo, el disparo de arma de fuego, la portación de arma prohibida u otros. Por tanto, la simple verificación del duelo en donde no existe ni el delito de homicidio o lesiones, no es sancionado penalmente, a menos que los propios duelistas hayan establecido previamente que el enfrentamiento tuviera que ser necesariamente consertado a muerte, en cuyo caso, estaríamos a lo dispuesto por el homicidio en grado de tentativa.

Luego entonces, el duelo presenta un tipo subordinado privilegiado al tipo de homicidio simple, por lo que únicamente existiendo el segundo de los mencionados o las lesiones, puede existir el duelo y ser, necesariamente sancionado por la ley penal.

C A P I T U L O I I I

EL DUELO EN EL DELITO DE LESIONES

1.- Tipo de lesiones

2.- Sus elementos

3.- Lesiones atenuadas:

- a) Por infidelidad conyugal
- b) Por corrupción de la hija
- c) Por riña
- d) Por duelo.

EL DUELO EN EL DELITO DE LESIONES

1.- Tipo de Lesiones.

Antes de entrar de lleno al concepto del delito de lesiones, y sobre todo las que se cometen bajo circunstancias que nuestra ley penal considera como de penalidad atenuada, hemos de ver ciertos antecedentes de dicho delito y su evolución hasta nuestros días.

En el Derecho Romano las lesiones no tenían una denominación propia y se les encuadraba en el amplio campo de la injuria o bien se le relegaba al capítulo del homicidio tentado y eran sancionadas de acuerdo a la Lex Cornelia de Sicariis.

En la Edad Media, los conceptos que de las lesiones tenían los romanos, se entremezclaron con los principios del derecho bárbaro, el cuál ejercía gran influencia en los pueblos de nueva formación. Los bárbaros dividieron las heridas en: lesiones y golpes, heridas propiamente dichas y mutilaciones.

Sus leyes y reglamentos establecían minuciosamente los distintos casos de lesiones, dándoles un nombre especial y regulando la tarifa aplicable, atendiendo primordialmente al daño causado.

En el Derecho Español, se observó la influencia del Derecho Romano y del Derecho Bárbaro en sus leyes y codificaciones ya que en Las Partidas no existe ningún título que trate expresamente lo referente a las lesiones. En la Novísima Recopilación no se encuentra ninguna disposición general, únicamente se enume-

ran los casos en que por circunstancias particulares se agrava la pena o se iguala a la del homicidio.

Por su parte, el Fuero Juzgo y el Fuero Real, si clasifican minuciosamente las heridas, mutilaciones y malos tratos, haciendo distinción entre simple contusión, rompimiento de piel, herida hasta el hueso o fractura. Establecían una tarifa de las lesiones, tomando en cuenta las heridas, la calidad del ofendido, el medio empleado y el resultado de la acción.

Fué el Código Austriaco de 1800, el que por primera vez definió el delito de lesiones, estableciendo en su art. 136 que "el que con intención de dañar a otro le hiera gravemente o le cause lesión grave o le ocasione alguna alteración en su salud, se hace reo de delito".

El Código Francés, por su parte, fué el que introdujo en el concepto de lesiones, aparte del resultado material externo, el resultado interno, diciendo que en las lesiones se comprenden las causas personales, externas e internas.

Las legislaciones penales contemporáneas acepta unánimemente el criterio de que la lesión comprende tanto los daños a la anatomía del hombre, así como a su salud y a su mente.

Nuestra legislación penal vigente, define lo que entiende por lesiones, haciendolo de una manera meramente descriptiva, ya que establece en su art. 288 que: "Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en

la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

De la anterior definición, podemos extraer que es un tanto redundante, ya que los términos que se utilizan como: "heridas, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras", bien podrían haber quedado comprendidas dentro de la parte final de dicho artículo que refiere: "toda alteración de la salud, y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano", por lo que es, en esta última parte, que se sintetiza la esencia del delito de lesiones, pues todas ellas consisten en, como dice Porte Petit Candaudap, "el rompimiento del estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo". (56)

Ahora bien, es interesante observar el criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar el concepto de las lesiones y dice: "La lesión, por definición legal, es toda alteración en la salud y cualquiera otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa extraña, es decir, la definición envuelve como presupuesto indispensable la actualidad y realidad del daño sobre lo que debe estructurarse indefectiblemente la clasificación legal de la lesión, para el efecto de la penalidad a imponer".(57)

Con lo anterior, hemos querido dar interpretación a lo que el legislador de 31 quiso dar a entender por lesiones

(56) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino: Obr. cit., p.63

(57) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, LXXXI, p.5338

con la finalidad de evitar posibles confusiones.

Para entrar de lleno al significado del tipo de lesiones hay que decir que éste consiste primordialmente en la descripción objetiva que de las lesiones hace nuestro Código Penal. El delito de lesiones puede ser clasificado en orden al tipo de la siguiente manera:

a) Tipo fundamental o básico.- Se considera que es de ésta manera ya que su tipo sirve de base para la integración de otros tipos penales, que pueden ser los de los delitos atenuados o los agravados, como aquellos que considera nuestro Código Penal en las reglas comunes para las lesiones y para el homicidio. Los elementos del tipo de lesiones consistentes en la alteración de la salud y el daño en el cuerpo, son elementos esenciales para los delitos complementados, subordinados y que agravan la penalidad en el delito de lesiones, como pueden ser los cometidos con premeditación, alevosía, ventaja y traición; esos mismos elementos del tipo penal de lesiones, son fundamentales o básicos para la integración de los tipos complementados, subordinados y que atenúan la penalidad en el delito de lesiones, como pueden ser los cometidos por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, en riña o bien en duelo.

b) Tipo independiente o autónomo.- Se dice que presenta esta característica ya que tiene vida por si mismo y que por disposición de la ley no se encuentra subordinado a ningún otro tipo penal ni necesita de él para su existencia.

c) Tipo de formulación libre, según el maestro Porte Petit el tipo de lesiones presenta ésta característica "toda vez que la conducta no está descrita en forma detallada, ya que las lesiones podrán producirse con cualquier medio que sea idóneo para causarlas". (58)

d) Tipo normal, también pertenece a la clasificación del delito de lesiones en orden al tipo, ya que como acertadamente opina Pavón Vasconcelos, que "la definición contenida en el citado art. 288, se integra con elementos puramente descriptivos, ayunos de toda referencia a la ilicitud, culpabilidad, etc.". (59)

e) Porte Petit agrega, a las anteriores clasificaciones del delito de lesiones en orden al tipo, un tipo diferente que él denomina "Un tipo en apariencia alternativamente formado" y que lo hace consistir en la manera siguiente: "consideramos que las lesiones constituyen un tipo en apariencia alternativamente formado, porque ninguna de las hipótesis que contiene, o sea las relativas a las heridas, escoriaciones, contusiones, etc., corresponden a núcleos diversos, sino que todas ellas constituyen supuestos de alteración en la salud que corresponden al mismo núcleo. Es indudable, por tanto, que el tipo de lesiones no es alternativamente formado". (60)

Por todo lo anterior, podemos concluir que el tipo de lesiones descrito por el legislador, es bastante amplio y

(58) PORTE PETIT CANAUDAP, Celestino: Obr. cit., p. 72.

(59) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Obr. cit., p. 110.

(60) Ibid. p. 72.

explícito, además que es considerado como básico para el delito de lesiones cometido bajo las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal en dicho delito, cuyas formas de realización se estudian en este mismo capítulo por separado.

2.- Sus elementos.

Los elementos del tipo de lesiones, en esencia consisten en los siguientes: el bien jurídico tutelado, el objeto material, el sujeto activo y el sujeto pasivo, mismos que a continuación se analizan cada uno de ellos por separado.

a) Bien jurídico tutelado.- Cómo se desprende del propio encabezado del título decimonoveno del Código Penal, el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, es el de la "integridad corporal"

Porte Petit sostiene que "el bien jurídico que se protege, es precisamente la salud personal, alterándose ésta, como se ha dicho anteriormente, al causarse daños anatómicos, fisiológicos y psíquicos". (61)

b) Objeto material.- este elemento en el delito de lesiones consiste en la persona a la que se lesiona y que coincide con el sujeto pasivo de las lesiones, es decir, la persona física.

c) El sujeto activo.- cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de lesiones, con excepción hecha del propio individuo lesionado, ya que la ley no contempla sanción alguna para aquél que se lesiona a sí mismo.

Para Pavón Vasconcelos, el delito de lesiones es "un delito de sujeto común o indiferente, pues cualquier persona, con ser imputable, puede ser sujeto activo del mismo". (62)

(61) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino: Obr. cit., p.73.

(62) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: Obr. cit., p. 108.

Las excepciones que señala Raúl F. Cárdenas respecto del sujeto activo del delito de lesiones, son las siguientes: "las cualidades personales del sujeto activo, por ejemplo, ascendiente, descendiente, cónyuge (art. 294 y 310 del Código Penal) constituyen circunstancias atenuantes o agravantes del delito y la falta de capacidad en el agente, causas de inimputabilidad, aspectos negativos del delito". (63)

d) Sujeto pasivo.- Este puede ser cualquier persona viva, ya que la alteración en la salud o el daño en el cuerpo que deja huella externa, sólo puede recaer en personas físicas.

Al igual que en el homicidio, el sujeto pasivo es pues, cualquier persona viva, sin importar su condición social, religión nacionalidad, credo político, si se trata de un moribundo, un ser condenado a la pena capital o como decía Carrara, hasta un ser de formas monstruosas.

Los cuatro elementos anteriormente señalados, son los que constituyen el tipo penal del delito de lesiones; en caso de ausencia de cualquiera de estos elementos, consideramos que no se dá la comisión de tal ilícito penal tal y como lo tipifica la ley penal.

Al ser el delito de lesiones un tipo fundamental o básico del tipo de lesiones en duelo, toda vez que éste último es considerado como subordinado de aquél, hemos de analizarlo enseguida, junto con las otras atenuantes que considera nuestro

Código Penal vigente cómo comunes para lesiones y para el homicidio y que consisten en las siguientes: por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, por riña y por duelo.

3.- Lesiones atenuadas:

Nuestro ordenamiento penal vigente, considera los casos en los cuales el delito de lesiones puede resultar con una pena atenuada, es decir, menor que la que le correspondería si el delito se hubiera cometido de una manera simple intencional, ello atendiendo al modo de comisión del delito y los ha clasificado en sus artículos 310, 311 y 297, que se refieren todos ellos al delito de lesiones cometido: por infidelidad conyugal, por corrupción del descendiente, por riña y por duelo, respectivamente.

Las anteriormente citadas, son circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, aplicables tanto para las lesiones como para el homicidio, considerandose que tienen su razón de ser en la perturbación del ánimo o en el justo dolor que sufre el sujeto activo del delito, ante un hecho inesperado y que le nubla el entendimiento, o bien, como sucede en la riña y en el duelo, se debe a que el agente al momento del hecho, también pudo adquirir la calidad de ofendido del delito y, el resultado del encuentro a que se somete es meramente circunstancial, atendiendo a la habilidad que tenga el agente para no sufrir ningún daño, pero a su vez, si causarselo a su oponente.

Las circunstancias que se dan en la comisión del delito, -ya sean atenuantes o agravantes-, son como dice Giuseppe Maggiore "los elementos no constitutivos, sino simplemente accesorios del delito, que influyen en su gravedad, dejando intacta su

esencia". (64)

Por lo anterior, el delito que no contrae ninguna circunstancia que lo altere es el delito simple; mientras que el que conlleva circunstancias que lo agraven o que lo atenúen se denomina circunstanciado. Ejemplo anterior, tenemos a los que señalan los artículos 310, 311 y 297 del C. P.

En forma categórica, Maggiore nos ratifica que "las circunstancias son elementos accidentales del delito que, sin desnaturalizar su esencia, determinan la gravedad mayor o menor, y por lo mismo la punibilidad mayor o menor de dicho delito". (65)

Las circunstancias atenuantes -que son las que nos interesan en este trabajo-, que no modifican o excluyen el tipo penal básico o fundamental, sino que presentan cualidades que le hacen ser privilegiado subordinado y que trae como consecuencia la disminución de la sanción penal, son aplicables tanto para el delito de lesiones, como para el homicidio.

A continuación analizamos detalladamente las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal previstas por nuestro Código Penal, así como la significación jurídica que cada una de ellas tiene, en relación con las otras previstas por la ley, ello tendiente a comprender el motivo de la atenuación de las lesiones en duelo, el cual constituye el tema central de este trabajo.

(64) MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, 5a. ed., Bogotá, Temis, 1972, V. II, p. 3.

(65) Ibid. p. 7.

a) Por infidelidad conyugal.

El art. 310 del Código Penal vigente considera a las lesiones cometidas por infidelidad conyugal, como una regla común tanto para éste delito como para el de homicidio, considerandoles a ambos delitos una penalidad disminuida cuando el delito ha sido cometido bajo esta circunstancia y, así tenemos que lo dispone de la siguiente manera: Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

De la propia redacción del precepto legal antes citado, se pueden extraer las siguientes consideraciones:

1) Que la penalidad que se pudiera imponer al autor del delito de lesiones por infidelidad conyugal, es decir, en este caso al cónyuge inocente de adulterio, sería una sanción mínima, ya que la menor penalidad es de tres días, -una especie de perdón judicial-, y la máxima es de tres años, lo cual constituye una penalidad disminuida en relación directa al supuesto de que el delito hubiera sido cometido de manera simple.

2) Requiere para su existencia de un elemento denominado por el legislador como "sorprendiendo", referido éste hacia el cónyuge culpable de adulterio, al momento de ser hallado por el cónyuge ofendido durante la realización del acto carnal o

en uno próximo a su consumación.

De lo anterior se deduce que la sorpresa deba de ser instantánea e implica por parte del cónyuge ofendido la repentina revelación de un acto de infidelidad inesperado por él, ya que al percibir por medio de los sentidos que su cónyuge se dá a la práctica del acto sexual con un tercero ajeno al matrimonio, le trae como consecuencia la obnubilación del entendimiento, por lo que de manera instintiva da respuesta a la agresión sufrida sin medir el alcance de su conducta.

3) Por lo que se refiere a la realización del acto sexual o uno próximo a su consumación, hemos de entender que es aquél que lleva a cabo el cónyuge ofensor de adulterio con el amante o tercero ajeno a la relación matrimonial y que consiste en el logro de la cópula que de manera normal se da cuando hay una introducción del miembro sexual masculino en el órgano reproductor femenino hasta lograr la eyaculación. Por lo anterior, se considera que sólo puede haber cópula entre el cónyuge ofensor masculino con una mujer ajena al matrimonio, o bien, entre el cónyuge ofensor femenino con un individuo de sexo contrario.

Personalmente creo que no es posible la relación sexual tendiente a llegar a la cópula entre dos personas del mismo sexo, aunque éstos se den a la práctica de actos tendientes a lograrlo, pero que por imposibilidad orgánica contranatura no lo logran.

No hay que dejar de mencionar que el acto carnal también puede ser anormal, es decir, cuando hay una introducción del

órgano sexual masculino en alguna vía no idónea de la mujer, es decir, por vía anal o vía bucal, en las cuales, sin embargo, si es posible llegar a la eyaculación.

Por lo que se refiere al término utilizado por el legislador denominado "próximo a su consumación", -refiriéndose al del acto carnal-, hay que distinguir que éste puede ser un acto anterior o posterior a la consumación.

El acto próximo anterior a la consumación del acto sexual, consiste en los actos preparatorios que tienden a la completa realización del acto sexual y que de manera ejemplificativa, podemos mencionar los hechos de cuando la pareja de adúlteros selecciona previamente el lugar donde van a dar rienda suelta a sus instintos sexuales, como puede ser la habitación de un hotel o bien, un discreto departamento alquilado expreso o, en el último de los casos en la propia alcoba matrimonial dentro del mismo domicilio conyugal; siguiendo con esta secuencia, también se contempla el hecho de que los adúlteros comiencen a desvestirse y a prodigarse caricias recíprocas, tendientes a estimular el instinto animal y enseguida cuando ya se dan de lleno a la práctica del acto sexual mediante la introducción del pene en la vagina de la mujer y aún sin llegar a la cópula, pero en cualquiera de estos momentos, todos ellos anteriores a la consumación del acto sexual, son sorprendidos por el cónyuge ofendido y éste lesiona a uno o a ambos adúlteros. En cuyo caso, resultara beneficiado con la penalidad atenuada dispuesta por el art. 310.

El otro supuesto que se contempla, es el referente a los actos próximos posteriores a la consumación del acto sexual y son los que consisten en que después de haber efectuado el acto sexual, sean sorprendidos los adúlteros por el cónyuge ofendido, con muestras claras de haber realizado el acto sexual en un momento anterior no distante a la celebración del ayuntamiento carnal, lo cual, también justifica la conducta del cónyuge ofendido, ya que deduce que ha sido víctima de una infidelidad por parte de su cónyuge al realizar el acto sexual con un tercero ajeno al matrimonio, lo que permite que haya una perturbación anímica en el sujeto activo de las lesiones causadas de ésta manera.

4) También es de tomar en consideración que el legislador de 31, no tomó en consideración el grado de las lesiones que pudiera ocasionar el cónyuge ofendido de adulterio a su consorte y al tercero con quién éste se halle realizando el acto sexual o uno próximo a su consumación, o a ambos, y estas lesiones pueden ser desde las simples, aquéllas que ponen en peligro la vida e inclusive el homicidio, en cuyos casos se sancionará de igual manera.

5) El precepto legal en comento, prevee una excepción para la aplicación de la penalidad atenuada, pero ésta es válida únicamente para el autor del homicidio, no al de las lesiones. El art. 310 en su parte final expone que la prisión es de tres días a tres años, "salvo el caso de que el matador haya contri-

buido a la corrupción de su cónyuge". Por antonomasia podemos deducir que esta excepción procede únicamente al autor del homicidio cometido bajo dicha circunstancia, aunque la ley de una manera poco elegante denomina "matador" al autor del homicidio por infidelidad conyugal, como si ésta fuera una ocupación habitual del sujeto activo del delito.

Interpretando de manera personal la redacción del art. 310, entendemos que "matador" es el autor del homicidio, no así el autor de las lesiones, por tanto y de acuerdo al texto legal, podemos afirmar que merece la misma punibilidad el que lesiona al cónyuge adúltero, a su amante o a ambos, sin haber contribuido a la corrupción de su cónyuge, como el lesiona a uno o a ambos adúlteros habiendo propiciado su corrupción.

Resulta en verdad incomprensible que el legislador de 31 contemple la infidelidad conyugal como una regla común para lesiones y para homicidio y que sin embargo, no apruebe la misma excepción de penalidad atenuada para el autor de las lesiones y para el autor del homicidio, cuando éstos han contribuido a la corrupción del cónyuge adúltero.

Por lo ya expuesto, podemos afirmar que el art. 310 referente únicamente a las lesiones, contiene los siguientes supuestos:

a) Lesionar al cónyuge ofensor al ser sorprendido en el acto carnal con un tercero, habiendo o no contribuido a su corrupción;

b) Lesionar al extraño al sorprenderlo con el cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación habiendo o no contribuido a la corrupción del cónyuge;

c) Lesionar tanto al cónyuge como al extraño al sorprenderlos en el acto carnal o próximo a su consumación, habiendo o no contribuido a la corrupción del cónyuge ofensor.

En cuanto al sujeto activo del delito, se puede decir que el delito es monosubjetivo y recae esa calidad en el cónyuge ofendido de adulterio y que puede ser hombre o mujer, ya que el legislador no hace distinción de sexos al hablar en forma genérica del "cónyuge".

Por lo que respecta al sujeto pasivo del delito, esta calidad puede recaer en el cónyuge ofensor por tener relaciones sexuales con un tercero, o bien, aquél que con la calidad de extraño al matrimonio o amante ofensor participa en el adulterio por tener relaciones sexuales con el cónyuge ofensor. Puede decirse que hay una pluralidad específica del sujeto pasivo de lesiones si ambos adúlteros resultan lesionados.

Por último, hay que dejar aclarado que la ley establece la misma penalidad para lesiones y homicidio cuando estos han sido cometidos por infidelidad conyugal, por lo que creemos que el legislador de 31 con esto devalora la vida humana y además porque para efecto de la sanción, le da lo mismo que el agente lesione o mate a una o a dos personas, es decir le dá el mismo valor a una vida que a dos, lo cual es verdaderamente injusto.

b) Por corrupción de la hija.

Esta es otra forma en la comisión del delito de lesiones provista de penalidad atenuada y que se encuentra prevista y sancionada en lo dispuesto por el art. 311 del Código Penal y que forma parte de las reglas comunes para lesiones y homicidio que prevee nuestro ordenamiento penal.

El texto del precepto legal que se comenta es como sigue: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quién lo sorprenda, ni con otro".

De la propia redacción del precepto que regula lo referente a las lesiones ocasionadas por corrupción del descendiente, podemos extraer los siguientes elementos:

1) La punibilidad que se establece para el delito de lesiones cometidas por corrupción del descendiente, es similar a la que se establece para las lesiones cometidas por infidelidad conyugal, por lo que deducimos que la fundamentación jurídica en que ambas descansan tienen mucho en común. La anterior afirmación la apoyamos en el hecho de que en ambas formas de comisión del delito de lesiones, el sujeto activo del delito actúa bajo un dolo imperfecto, derivado de la turbación del ánimo, ocasionado por el justo dolor o impresión sufrida ante un hecho inesperado

que nubla el entendimiento y capacidad de raciocinio en el agente.

2) Se contempla la posibilidad de que el ascendiente mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad. Esto quiere decir que es requisito indispensable para que el ascendiente pueda actuar en contra del corruptor y ocasionar las lesiones que conllevan penalidad atenuada, que haya tenido bajo su potestad al descendiente. Interpretado a contrario sensu, podemos decir que no cualquier ascendiente adquiere esa calidad de sujeto activo del delito de lesiones en la forma atenuada prevista por la ley, sino solamente aquel que tiene bajo su potestad al ascendiente. (*)

3) El legislador de 31, no distingue los diferentes grados de lesiones para efecto de la penalidad atenuada, mucho menos le interesó sí como consecuencia de la conducta del sujeto activo del delito, se atentaba únicamente contra la integridad corporal del corruptor, lesionándolo, o bien, si atentaba contra su vida, privándolo de la misma. En ambos supuestos y de acuerdo al texto del artículo 311, se aplica la misma sanción penal en ambos supuestos.

4) El propio precepto legal cuestionado, también hace referencia al momento en que el descendiente encuentra al corruptor de su descendiente en el acto carnal o en uno próximo a él.

Aunque este precepto no utiliza la palabra sorprendiendo

(*) Para entender el real sentido de "potestad", acudir a la cita no. 38 de Olga Islas de González Mariscal en esta obra.

para referir la sorpresa que debe haber en el sujeto activo de lesiones, entendemos que debe existir tal elemento, ya que de lo contrario estaríamos en presencia de otra figura típica y no ante la forma de penalidad atenuada.

5) De la interpretación del art. 311 del C. P. vigente, se desprende que el corruptor del descendiente puede ser únicamente el varón con quién éste se halle realizando el acto sexual o uno próximo a él. Dicho precepto utiliza la palabra varón para designar al corruptor del descendiente. La víctima de la corrupción, por su parte, puede ser el descendiente hombre o mujer ya que ambos pueden ser susceptibles de llevar a cabo el acto sexual.

La mujer descendiente puede tener acceso carnal con el varón corruptor, consistente en la introducción del miembro viril del segundo en la vagina de la mujer hasta lograr la eyacuación, esta es la vía normal. También el acceso carnal puede ser anormal, cuando hay introducción en la boca o en el ano de la mujer, lo cual no deja de tener el carácter de corrupción del descendiente.

El varón descendiente por su parte, también puede tener acceso carnal, pero para efectos del supuesto que se contempla en el art. 311, tendría que ser con un ser semejante, es decir, con un varón y entonces ya estaríamos en presencia de una relación contranatura u homosexual; pero en ésta también cabe la posibilidad de realizar el acto sexual, por ser factible la cópula

entre el corruptor y el descendiente varón por vías no idóneas para el coito, como lo es la boca o el ano del descendiente o del corruptor.

6) El precepto legal en comento, no solamente considera el acto sexual, sino el acto próximo a él y que como ya hemos dicho en páginas anteriores, puede ser anterior o posterior al mismo.

Los actos próximos anteriores al acto sexual, consisten en aquéllos que son previos al ayuntamiento carnal y que mediante actos preparatorios tienen como finalidad la culminación de la relación. Los actos próximos posteriores al acto sexual, son aquéllos que son visibles después de ejecutado el acto sexual y que revelan o ilustran al sujeto activo de lesiones, es decir, al ascendiente sobre su realización.

7) Es conveniente hacer la observación de que la última parte del art. 311 establece que la penáldad del delito de lesiones cometido por corrupción del descendiente, es atenuada para el ascendiente siempre y cuando "no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro".

No obstante la existencia de dicha excepción señalada por el legislador en dicho supuesto, no previó -creemos por falta de técnica jurídica- el caso contrario, es decir, que el ascendiente si hubiera procurado la corrupción del descendiente. En atención a lo anterior, a título personal creemos que en este

caso, al no señalar la ley una sanción especial, se estaría a lo dispuesto por el precepto que regula el delito de lesiones cometido de manera simple intencional.

8) Una observación más que se puede hacer al delito de lesiones por corrupción del descendiente, es el relativo al término que utiliza el legislador para denominar a quién se encuentre realizando el acto sexual o uno próximo a él con el descendiente, llamándolo "corruptor". Por éste, debe entenderse desde un "significado transido de matización ético-familiar", como "el de seducir o iniciar en la vida sexual a la hija que - está todavía bajo la potestad de su porgenitor". (66)

Por último, cabe señalar que si el sujeto activo de lesiones con su conducta mata o lesiona no al corruptor de su descendiente, sino a éste último, le sería aplicada la punibilidad de las lesiones en general, sin perjuicio de lo dispuesto por la fracción II del artículo 8 del Código Penal vigente.

(66) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 95.

c) Por riña.

La riña es una circunstancia que por sí sola no constituye delito alguno, sino cuando por medio de la misma se ocasionan lesiones u homicidio. La riña al agregarse al tipo fundamental o básico de lesiones, origina un tipo complementado, subordinado de aquél y que atenúa la penalidad en dichos delitos.

La riña al ser definida como la contienda de obra y no la de palabra entre dos o mas personas (art. 314), requiere de un combate o enfrentamiento en donde los que la protagonizan corren el mismo riesgo de resultar o no lesionados. Creemos que esa es la ratio legis de dicha atenuación.

El art. 297 del C. P. vigente, establece: "Si las lesiones fueran inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden, podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52".

De lo anterior se deduce que para el legislador de 31, la riña y el duelo tenían una misma significación jurídica. Para que se dé formalmente la atenuación de las lesiones en riña, deben concurrir dos elementos esenciales consistentes en: uno subjetivo o moral que radica en la voluntad o intención recíproca de los rijosos al resolver en vías de hecho las diferencias surgidas; y, de un elemento material u objetivo consistente en el intercambio de golpes con potencialidad lesiva.

Las lesiones como ilícito penal, tutelan la integridad corporal y por tal motivo, las que se cometen en riña previenen un deber jurídico penal que consiste en la prohibición de agredir la integridad psíquica o física de una persona que interviene en una riña en calidad de rioso, mediante una actividad ejecutada dentro de una contienda de obra.

En razón del sujeto activo de las lesiones, el delito es plurisubjetivo ya que generalmente ambos riosos resultan lesionados o bien, cuando intervienen varias personas para producir un resultado material en el cuerpo humano del contrario.

El sujeto pasivo que resulta en las lesiones cometidas en riña, puede ser cualquier persona que en calidad de contrincente haya intervenido en la riña y que resulte dañado en su integridad corporal, por tanto, es un delito personal y monosubjetivo.

Si en una riña intervienen más de tres personas como sujetos activos del delito de lesiones en riña, regularmente se considera que si se especifica el tipo de lesión que cada uno ocasionó, se le deberá aplicar la penalidad atenuada prevista por el art. 297; pero si debido a lo complejo que es una riña tumultuaria, se antoja difícil probar que clase de lesión causó cada uno de los agentes, deberá aplicarse la penalidad relativa a las reglas de complicidad correspectiva, prevista y sancionada por el art. 296 del Código Penal en vigor.

Por su parte, la penalidad atenuada del delito de lesio-

nes en riña, obedece a que gracias a la celebración del enfrentamiento, en ambos contrincantes existe el ánimo de dañar a su adversario, encontrándose regularmente en igualdad de circunstancias, aunque éstas no siempre se dán. Lo anterior diferencia a la riña del duelo, ya que en éste último si se establecen previamente las condiciones idóneas para llevar a cabo el encuentro, generalmente armado, por lo que los duelistas ya conocen de antemano las reglas del combate y el resultado del enfrentamiento depende de la habilidad que cada uno de ellos tenga en el manejo de las armas.

La riña al no tener una existencia propia, ya que ello depende de los delitos de lesiones u homicidio, es tan sólo un elemento del tipo de dichos delitos, pues como dice Olga Islas de González Mariscal, que "es tan solo un elemento del tipo de lesiones u homicidio en riña (doloso, culposo, tentativa); es, específicamente, una referencia de ocasión". (67)

Por lo que respecta a la penalidad del delito de lesiones en riña, la parte final del art. 297 nos dice que podrá disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, esto es, utilizando el arbitrio judicial y, según se trate del provocado o del provocador, que como se ha visto, el primero es el que acepta intervenir en el enfrentamiento y el segundo, el que ha dado lugar a él mediante actos de provocación.

En el mismo precepto se toma en consideración la "mayor
(67) GONZALEZ MARISCAL, Olga Islas de: Obr. cit., p.133.

o menor importancia de la provocación", es decir, aquéllo que motivó el enfrentamiento entre los rijosos. Personalmente creemos que si la provocación es grave debe haber una penalidad disminuída dentro de los mínimos señalados por la ley; si la provocación es intrascendente para el provocado, la penalidad se acercará al máximo establecido por la ley penal.

Por último, el juez debe tomar en cuenta las circunstancias personales del delincuente, en atención a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Unicamente para efectos aclaratorios, se ha de señalar que la misma ley establece que en caso de no poderse dilucidar quién de los rijosos fué el provocado y quien el provocador, se tendrá a ambos rioso como provocados, ello para efectos de la penalidad menor a imponer por el juzgador.

d) Por duelo.

El duelo como ya se ha visto, constituye en nuestra legislación penal, una circunstancia modificativa, atenuante de la penalidad en los delitos de lesiones y homicidio, según lo prescriben los artículos 297 y 308 del Código Penal.

El duelo en el delito de lesiones, prevee una penalidad exactamente igual al de lesiones causadas en riña, lo que se debe quizás a que ambas figuras tienen una significación jurídica similar.

El duelo generalmente aceptado como un combate entre dos personas, debido al reto que una de ellas hace a la otra y en el que se eligen previamente las armas a utilizar y, que comunmente son aceptadas el sable, la espada y la pistola, y en el que se fijan el modo de su utilización, así cómo las condiciones del combate y la designación de padrinos por los duelistas, quienes vigilan el cumplimiento de un enfrentamiento leal en igualdad de circunstancias para ambos combatientes.

Cuando en un enfrentamiento armado entre dos personas, se siguen las condiciones establecidas previamente, se considera que se ha verificado un duelo, y cuando como consecuencia del mismo se ocasionan lesiones para uno o ambos duelistas, se atenderá a lo dispuesto por el art. 297 del Código Penal vigente.

El duelo, como la riña, es una contienda de obra y no de palabra entre dos personas, quiénes actúan con dolo, tratando de dañar cada uno a su oponente. Cuando se habla de las

lesiones cometidas en duelo, se habla de que existe un bien jurídicamente tutelado y que consiste en la integridad corporal.

En el duelo tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo puede ser cualquier persona que contenga la calidad de duelista al momento del enfrentamiento. Cuando se ha celebrado el encuentro y se tiene a la vista un resultado material de lesiones en el cuerpo de alguno de los duelistas, se podrá establecer que ya hubo un sujeto activo del delito de lesiones en duelo y uno pasivo que es quién reciente el daño ocasionado.

En el duelo, hemos encontrado que la integridad física de quiénes en él intervienen, se encuentra desvalorada por la misma aceptación de llevar a cabo un encuentro armado y en el que ambos combatientes corren el mismo riesgo de resultar lesionados, dependiendo ello de la destreza que tenga cada contrincante en el manejo de las armas a utilizar.

Por cuanto hace a la penalidad de las lesiones en el duelo, ella se encuentra previsto en el artículo 297 del Código Penal vigente, el que nos muestra que la pena será de hasta la mitad o los cinco sextos de aquélla que corresponda por el grado de la lesión ocasionada. Esa pena debe asimismo ser individualizada, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 de la misma legislación y, tomándose en cuenta quién fué el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación.

Aunque parece difícil establecer con exactitud quién

es el provocado y quién el provocador en un duelo, debido sobre todo, a que no siempre el que desafía o reta es el provocador, ya que muchas veces éste se ve obligado por las circunstancias a retar a quién previamente lo había ofendido. En vista de lo anterior, consideramos que solamente el juzgador es quién mediante el minucioso examen de los hechos puede llegar al fondo de la cuestión y dilucidar quién es el provocado y quién el provocador.

Por la naturaleza del duelo, según su consideración doctrinaria, podemos opinar que el grado de las lesiones que se ocasionen mediante el enfrentamiento, tiene que revestir cierta gravedad, aunque no necesariamente. Si tomamos en cuenta que en el duelo se utilizan armas como el sable, la espada o la pistola, las consecuencias de su empleo deben ser por lo regular de peligro no sólo para la integridad corporal de los combatientes, sino también para la propia vida de ambos.

De lo anterior, deducimos que las lesiones en duelo son sancionadas independientemente de la comisión de otro ilícito penal que se comete en el mismo enfrentamiento, como pudieran ser el disparo de arma de fuego, la tentativa o la portación de arma prohibida, entre otros.

Por último, cabe agregar que las lesiones en duelo forman parte de un tipo penal subordinado al genérico de lesiones previsto por nuestro Código Penal y que por las circunstancias de su realización, merecen una penalidad atenuada.

C A P I T U L O I V

LA PARTICIPACION EN EL DUELO.

1.- concepto de Participación

2.- Clases de Participación

3.- El Encubrimiento

4.- La punibilidad en la participación

5.- La tentativa: acabada e inacabada.

LA PARTICIPACION EN EL DUELO

1.- Concepto de participación.

Se incluye en el temario de nuestra tesis, el relativo a la participación en el delito o, más propiamente dicho, la participación criminal, que se dá necesariamente en el tema central de nuestro trabajo, es decir, en el duelo.

El duelo para que exista, necesariamente requiere como presupuesto lógico de la intervención de dos o más personas ya que aunque nuestro ordenamiento penal no define al duelo ni le da una descripción legal propia, hemos atendido y aplicado el concepto de participación a la idea que del duelo nos dan diversos tratadistas de talla internacional.

Para poder entender el concepto de la participación criminal o participación en el delito, habremos de reconocer primeramente, que genéricamente el término participación debe entenderse como el que consiste en la contribución de cierta forma, por mínima que sea en la producción de un resultado cualquiera.

Ahora bien, la participación criminal consiste en la cooperación, colaboración, ayuda, motivación y movilización desde el momento que al salir de la inercia en un instante dado un hecho y producido un resultado dañoso y penalmente reprochable, es participar en un delito.

Para entender la participación dentro del duelo, hemos

recurrido al pensamiento de diversos autores para entender primero el concepto de la participación delictuosa de manera general y, posteriormente y de manera individual aplicar esos conceptos para entender lo que podría ser la participación criminal dentro del dolo.

La participación, para Hans Welzel consiste en la que "en sentido estricto sólo comprende la instigación y la complicidad; en sentido amplio también la coautoría". (68)

Para el maestro Fernando Castellanos Tena, la participación en el delito, "consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad". (69)

Como podemos observar, de la anterior definición se desprende que se excluye del concepto de la participación, áquel supuesto en donde el precepto legal señala que requiere para la comisión del delito de mas de individuo para su realización.

En sí e incluyendo todos los conceptos que sobre la participación criminal pudieran darse, podemos considerar que "participar es humana movilización hacia un fin determinado o propuesto que debe ser logrado u objetivamente puesto de manifiesto como un resultado, ya que aquéllo, sea en su forma instigatoria

(68) WELZEL, Hans: Derecho Penal Alemán, 11a. ed., Chile, Jurídica de Chile, 1976, p. 160.

(69) CASTELLANOS TENA, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 269.

o de complicidad, reviste necesaria accesoriadad con la materialización del efecto dañoso previsto en la ley como típicamente antijurídico". (70)

En forma por demás sencilla y clara, Giuseppe Maggiore nos dice que "participación criminosa es tomar parte en el delito de otro, y ese otro sería el autor material". (71)

Tomando un poco de cada uno de los conceptos vertidos acerca de la participación criminal, podemos decir que la participación en cualquiera de sus grados o formas en que se manifieste es, en esencia, uno modo de delinquir. No sólo el que ejecuta la acción típica es responsable de su actitud, sino también todos aquéllos que de una forma u otra cooperan, contribuyen a la producción de un resultado dañoso en un sentido efectivo, no importando que esa contribución resida exclusivamente en un actuar físico, ya que también puede ser intelectual, psíquico o moral.

Para que haya participación, es necesaria la existencia de una pluralidad de sujetos activos del delito, mismos que deben haber efectuado un aporte real para la consumación del ilícito penal y de acuerdo a la importancia del aporte de cada individuo, es como se puede determinar el grado de participación de su ejecución y su correlativa responsabilidad. Por tanto, es necesaria

(70) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, t. XXI, Argentina, Bibliográfica Argentina, 1975, p. 529.

(71) MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, 5a. ed., Bogotá, Temis, 1972, V. II, p. 102.

la exigencia de un mínimo de eficacia en la participación para que sea considerada como tal y proceda su punibilidad.

La participación criminal para que sea considerada como tal, requiere de la concurrencia de varios sujetos activos del delito, cuya intervención debe ser eventual y no encontrarse prevista por el precepto legal como necesaria para la configuración del tipo legal respectivo.

El interés de la ley penal al preveer la participación criminal, es el de sancionar no sólo aquellos individuos que necesariamente tienen que concurrir a la comisión de un delito para que sea considerado como tal, sino aquellos que sin ser indispensable su participación, si tengan intervención en la comisión del ilícito penal.

Como ejemplos de los delitos que requieren necesariamente dos individuos o más para su realización, tenemos a los siguientes: el adulterio, el incesto, la riña y sobre todo, el duelo. En los anteriores casos, no se dá una participación criminal propiamente dicha, ya que el propio precepto legal dispone que para su comisión haya una intervención necesaria de dos personas o más, por lo que a éstas no les son aplicables las penalidades que se disponen para los participantes, sino se les considera como autores del delito.

El maestro Castellanos Tena, también señala como delitos en donde hay una participación necesaria de dos sujetos activos del delito o más, a Las Asociaciones Delictuosas y al Pandillerismo. El primero es un delito autónomo, el segundo depende de la reali

zación de algún otro ilícito penal previsto por la ley.

Con el fin de entender la naturaleza intrínseca de la participación delictuosa, se ha recurrido a señalar las doctrinas generalmente aceptadas por la ciencia del derecho y que consisten en las siguientes:

a) Teoría de la causalidad.- Consiste en la consideración de que cuando en la comisión de un hecho delictuoso intervienen varias personas ya sea de una manera directa o indirecta en la producción del delito, todas serán consideradas como autores del delito, con el mismo grado de responsabilidad para cada uno de ellos y atendiendo a la gravedad del daño causado.

Respecto de esta teoría hemos de decir que, aunque ha influido en el concepto de la participación criminal, su razonamiento no es del todo válido ya que, por ejemplo, nuestro Código Penal vigente en su art. 309 establece la penalidad que deba imponerse cuando el homicidio ha sido cometido por tres o más personas, especificandode manera adecuada la penalidad que debe imponerse a cada uno de los autores del delito, siempre y cuando conste fácticamente que clase de lesión o daño causó cada uno de los partícipes. De lo anterior, podemos decir que en este caso aunque hay una participación plurusubjetiva, no todos los partícipes tienen el mismo grado de responsabilidad penal, por lo que cada uno es responsable de las lesiones o daño que ocasionó, con lo que queda sin efecto la teoría anteriormente citada.

b) Teoría de la accesoriedad.- Nos dice Pavón Vascon-

celos respecto de esta teoría de la participación, que ella "pretende encontrar al autor en quién ejecuta los actos descritos en el tipo penal; los demás actos, ejecutados por distintos sujetos, están en relación accesoria con aquél (autor principal), pero quedan unidos a él en virtud del querer común, del propósito idéntico". (72)

Del concepto anterior, se desprende que la responsabilidad de los partícipes depende de la colaboración que hayan prestado al autor principal del delito, respecto del cuál resultan ser sujetos accesorios en la comisión del delito. Por tanto, las conductas accesorias siguen la suerte de la conducta principal, como lo establecen las reglas generales del Derecho.

c) Teoría de la autonomía.- Esta teoría consiste en que al participar varios sujetos activos en la comisión de un delito, éste pierde su unidad y cada uno de los que en él intervienen es responsable de su conducta autónoma y por tanto, será sancionado de manera individual.

Para Castellanos Tena, "esta corriente es clasificada como pluralística, por admitir varios delitos, en oposición a las dos anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un resultado único". (73)

Aplicando las ideas de la participación criminal al

(72) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Manual de Derecho Penal Mexicano, 3a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 438.

(73) CASTELLANOS TENA, Fernando: Obr. cit., p. 271.

concepto del duelo, podemos decir que en éste se da una participación necesaria entre los duelistas ya que ambos son sujetos activos del delito. Luego entonces, las reglas de la participación serían aplicables a los terceros que intervengan en la celebración del encuentro. Así puede hablarse de los instigadores, quienes son aquellos que compelen a los agentes a llevar a cabo el enfrentamiento, así como a los padrinos que acuden al duelo y vigilan el cumplimiento de las condiciones pactadas. Estos últimos puede decirse que cooperan a la ejecución del delito.

En el mismo sentido se pronuncia Vincenzo Manzini, al decir que: "el concurso de los padrinos o testigos (expresiones equivalentes) constituye esencialmente un caso de coparticipación en el delito, puesto que su intervención es indispensable para que pueda existir el título de duelo. También las demás personas que facilitan el duelo cumplen sustancialmente actos de participación en él". (74)

Únicamente para efectos de una amplia ilustración, hemos de decir que Manzini al emplear la denominación de "las demás personas que facilitan el duelo", señala y comprende dentro de ella a las siguientes: "los directores del encuentro, los maestros de las armas, quienes son los que instruyen a los duelistas en su manejo; a los suministradores de armas o vehículos y demás aportadores de objetos que sean utilizados en el duelo; y los dueños del lugar en que se realiza el duelo. Dichas personas

(74) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 565.

tienen un grado de participación en el delito, pero para ser sancionadas, deben naturalmente, haber obrado con dolo, es decir, con voluntad libre y conciente". (75)

Respecto de la participación necesaria en el duelo, Edmund Mezger nos dice que el duelo forma parte de los llamados "delitos de encuentro" y que la participación que en él se dá "consiste en las actividades que requieren conceptualmente la concurrencia de la actividad de otro, esto es, acciones que se corresponden mutuamente". (76)

Creo importante citar una corriente bastante interesante respecto de la participación en el duelo y es aquella que considera que "En el delito de duelo, aparte de lo que se dió en llamar por los italianos una *codelinquencia* *correspectiva* necesaria (y que hoy se denomina delito pluri-subjetivo) aparte de este problema que interesa al jurista, hallamos en él la doble personalidad del victimario y de la víctima. En el duelo están los duelistas totalmente resueltos a morir o a matar (al menos teóricamente); son, por ende, en potencia lo mismo víctima que victimario, tanto delincuente como paciente". (77)

(75) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 566.

(76) MEZGER, Edmund: Derecho Penal, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1985, p. 323.

(77) ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicada por el Instituto de Derecho Penal y Criminología, t. I, p. 32.

En conclusión, en la participación necesaria que se dá en el duelo, hallamos acorde con la naturaleza del delito, la denominación de codelincuente de sus obligados autores, puesto que en esta figura no podrá decirse que los mismos participan, pues no se dan en las acciones de los sujetos activos del delito, las características independientes de la autoría y de la complicidad o instigación.

Necesariamente ambos duelistas son autores y a la vez indispensables gestores del hecho criminal. Si alguno de ellos faltase, su acción aislada carecería de significación jurídica, salvo que se desviase hacia una conducta prevista por la ley penal, de convertirse el otro sujeto, en pasivo destinatario del impulsivo y armado ataque del primero.

2.- Clases de participación.

Respecto a las clases de participación, podemos decir que estas consisten en la participación propiamente dicha y en la participación necesaria.

En la participación propiamente dicha, es como ya se había definido, la intervención de más de dos sujetos activos en la comisión del delito, sin prever la ley penal su concurrencia a la comisión del ilícito, por lo que cada uno de ellos será sancionado conforme al grado de colaboración que haya tenido para producir el resultado dañoso.

En la participación propiamente dicha, se dan diferentes grados de participación -valga la redundancia- y son los que a continuación señalamos:

a) Como Autor.- Para Edmund Mezger el autor de un hecho punible "es el que comete el hecho con voluntad de autor, en forma típica, y, en los casos pertinentes, causa el resultado del mismo". (78)

Por su parte, Cesar Augusto Osorio y Nieto, considera que autor es "el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, realiza una conducta física y psíquicamente determinante. Se denomina así al sujeto que comete un delito".(79)

Dentro de la autoría cabe distinguir entre autor inte-

(78) MEZGER, Edmund: Obr. cit., p. 305.

(79) OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto: Síntesis de Derecho Penal, México, Trillas, 1984, p. 85.

lectual y autor material. El primero es el que aporta elementos anímicos, psíquicos o morales para que tenga verificativo el delito; mientras que el segundo es el que realiza una actividad física, corpórea, para la realización del hecho típico, llevándose a cabo tal actividad en la fase ejecutiva del delito.

b) Como Coautor.- Generalmente se entiende que esta denominación recae en los sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal. Pero con mayor amplitud, Mezger considera que coautor es el que "como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y querida". (80)

Del concepto que nos da Mezger de la coautoría, se extrae que menciona a un coautor inmediato y a uno mediato. El primero es el que ejecuta directamente la conducta delictiva para producir la infracción a la ley penal. El segundo es el que admite que otro, del que se sirve como instrumento, realice para el mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible.

c) como Instigador.- Esta calidad recae en aquél que hace surgir en otro, la resolución de cometer un hecho, y dá lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor.

d) Como Cómplice.- Esta denominación se le dá a quien auxilia o realiza una actividad indirecta, pero útil para la comisión del delito.

Generalmente se ha entendido que el cómplice no quiere

(80) MEZGER, Edmund: Obr. cit., p. 311.

el hecho como propio, sino como de otro y es ahí precisamente donde radica la diferencia entre el cómplice y el autor; la actitud subjetiva, la dirección de la voluntad son distintas.

En la complicidad la responsabilidad queda delimitada por la extensión del dolo, esto es, por el grado de culpabilidad de parte del cómplice, el cual ha de ser sancionado no obstante que el autor del delito sea inimputable o inculpable, ya que con su acción contribuyó a la obtención de un resultado dañoso.

La otra clase de participación que hemos señalado al principio de este punto número dos, es la denominada Participación necesaria, que ha sido entendida por Mezger como: "la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas". (81)

En otras palabras, la participación necesaria es la que se da en aquellos delitos cuyo tipo está condicionado por la concurrencia de varias acciones delictivas de distintos sujetos sin las cuales el mismo tipo no se configura.

Un caso típico de participación necesaria, es precisamente el que motiva el presente trabajo, es decir, el duelo ya que este delito requiere indispensablemente de la concurrencia de dos o más individuos para su celebración y para que pueda ser sancionado como establece la propia ley. En este mismo se pronuncia el autor argentino Sebastián Soler, quien acertadamente establece que: "es la figura misma del delito la que en su --

(81) MEZGER, Edmund: Obr. cit., p. 323.

definición, presupone la concurrencia de la actividad de varias personas, dando lugar a las formas llamadas de participación necesaria, como en el duelo, en el cual, para su existencia es precisa la cooperación simultánea de sujetos distintos". (82)

Otro caso que podemos mencionar de participación necesaria, aunque no en el mismo sentido, es el de la llamada concurrencia de varios sujetos activos del delito en un sentido paralelo o de "convergencia para el exterior", como lo denomina Von Liszt, y es donde resultan delitos bien definidos como los de rebelión, sedición y el motín.

Un último supuesto de participación necesaria, es aquél en el que el tipo tiene por objeto la protección del partícipe necesario, siendo esta la razón por la cual, fuere cual fuere el grado de participación de la víctima, ésta permanece impune en su conducta, tal es el caso del delito de usura, tal y como lo señalan otras legislaciones contemporáneas.

En lo particular consideramos que en los delitos de lesiones u homicidio cometidos en duelo, se dá una participación necesaria por parte de dos o más individuos en la comisión de tales delitos, quienes al momento de la celebración del encuentro ambos se colocan en una situación de sujetos activos del delito, pero una vez que se produce uno de los dos resultados, ya estaremos ante la presencia de un sujeto activo y uno pasivo que resulta

(82) SOLER, Sebastian: Derecho Penal Argentino, 6a. reimpresión, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, t. II, p. 237.

de la comisión de tales ilícitos. Las demás personas que intervengan en la comisión de los delitos de lesiones u homicidio en duelo, aparte de los duelistas, estarán sujetos a las reglas de la participación y no se les tomará como sujetos activos directamente del delito, sino les será considerada la participación accesoria que hayan tenido en la producción del resultado dañoso que resulte de la comisión de cada delito.

3.- El Encubrimiento.

Se ha incluido en el presente capítulo la figura jurídica del Encubrimiento, por considerar que frecuentemente confunde al estudiante de derecho ya que se le llega a equiparar con la participación, que como veremos, son ambas muy distintas ya que cada una de ellas tiene una significación legal diferente. Es nuestro propósito particular establecer las características de cada una de ellas y la aplicación que tienen en todo delito, pero primordialmente, la relación que tiene con la figura que nos interesa, es decir, con el duelo, que es considerado como una circunstancia atenuante de penalidad en los delitos de lesiones y homicidio.

Como la participación en puntos precedentes ya fué analizada en forma genérica, únicamente diremos que en relación con el duelo, ésta se daría no entre los duelistas, quienes son autores obligados e indispensables, sino entre aquellos terceros que tienen una vinculación directa en la comisión del delito, ya sea a título de instigadores, de cómplices o de coautores y que en el campo práctico y observandolas reglas del duelo, podríamos decir que se estaría hablando de los padrinos de los duelistas, de los jueces que observan las reglas del combate, de los testigos que presencian el enfrentamiento y de los médicos que asisten a los duelistas después del combate. (*)

Ahora bien, por lo que respecta al Encubrimiento,

(*) Tal y como se reglamentaba en el C. P. de 1871.

habremos de entenderlo simple y llanamente como la acción de ocultamiento del delincuente, facilitación de su fuga, procurar la desaparición de rastros o pruebas del delito, y en general las demás acciones tendientes a propiciar que el autor de un delito evada la acción de la justicia.

Una cualidad indispensable en el encubrimiento, consiste en que al momento de que el probable delincuente de encubrimiento propicie que el autor del delito, -en este caso del delito de lesiones o de homicidio en duelo- evada la acción de la justicia, no haya precedido en su proceder un acuerdo o promesa previa para lograr tal fin, en caso contrario, si se estaría en presencia de una auténtica participación criminal, ya que con actos anteriores (aunque haya sido sólo la promesa), se estuvo en contacto directo con la comisión del delito de lesiones u homicidio en duelo, toda vez que ese acuerdo previo motivó al presunto responsable a actuar dentro de lo previsto por el ilícito penal.

Es importante recalcar que la esencia en el encubrimiento, radica en la siguiente consideración: "es que en esta figura el sujeto no aporta a la cadena causal que culmina en la infracción de la norma, ningún elemento que permita individualizarlo como cocausante". (83)

Por todo lo anterior, nos atrevemos a afirmar que la acción que ejecuta el autor del encubrimiento -visto como delito autónomo-, es posterior, por así decirlo al hecho criminoso

-refiriendonos al delito que se comete, por ejemplo, las lesiones u homicidio en duelo-, y salvo aquellos casos en que la consumación del delito no se agota en una acción, sino que permanece y es concomitante a ésta, habrá participación o complicidad en lugar de encubrimiento.

Es pues, el encubrimiento un delito que atenta contra la Administración de la Justicia y es en este delito el objeto específico de la tutela penal "el interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial, encuanto se considera el fin último de ésta, que es la lucha contra la delincuencia; fin cuya obtención debe ser asegurada contra aquellos actos de solidaridad hacia los delincuentes, que tienden a frustrarla".(84)

El encubrimiento, cabe decir, es un delito autónomo y que no obstante dicha cualidad, requiere para su existencia de la comisión previa de otro delito, ya sea consumado o únicamente tentado.

El elemento subjetivo en el encubrimiento, consiste en que el supuesto sujeto activo del delito, debe tener conocimiento positivo y real de la existencia del delito anterior. De la afirmación precedente, se excluye el delito culposo, ya que en caso de que el posible encubridor ignore la comisión del delito anterior, simple y sencillamente no se dará el encubrimiento como tal.

En el mismo sentido se pronuncia Manuel Luzón Domingo,

(84) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 773.

quién refiriéndose a los elementos que se dan en el encubrimiento, dice que "la ilicitud de la conducta del encubridor radica en una doble base, objetiva, en cuanto ha de existir un delito a cuyos autores se ha de ayudar a aprovecharse de sus efectos, o a eludir sus consecuencias legales, y subjetiva, en cuanto se ha de tener voluntad de encubrir, o sea, de prestar ayuda a los delinquentes; esta voluntad de encubridor redama la existencia de un conocimiento de la existencia de un delito previo, conocimiento que ha de poseer el encubridor en el instante de realizar su conducta". (85)

Este mismo autor en forma por demás explícita nos ilustra diciendo que el encubridor tiene una participación no en la ejecución del delito anterior a su conducta, sino en los efectos del delito, que puede hacerlos propios, o bien, auxiliando a que se aprovechen los ejecutores para que eludan la presecución del hecho verificado.

Es pues, el encubridor un sujeto activo del delito autónomo de encubrimiento, pero no es ajeno en absoluto en la comisión del delito primario, pues su conducta guarda tan íntima relación con el mismo, que si éste no se hubiera verificado, no haría encubridor.

Aplicando los conceptos generales del encubrimiento anteriormente vertidos, a la regulación que del mismo se hace

(85) LUZON DOMINGO, Manuel: Derecho Penal del Tribunal Supremo, Madrid, Hispano Europea, 1964, t. I, p. 211.

en nuestra legislación penal vigente, nos damos cuenta que es un delito que de manera autónoma se encuentra debidamente tipificado en el art. 400 del Código Penal vigente. Creo que es útil señalar que siempre en el encubrimiento para que se dé como tal se requiere del acuerdo posterior a la ejecución del delito, con conocimiento de esa circunstancia, tal y como lo señala la fracción II del artículo ya citado.

Lo anterior lo distinguimos de la participación prevista por el art. 13, fracción VII del C.P., ya que en ésta, aunque también existe una cooperación o auxilio al autor de un delito, esta se da como consecuencia de una promesa anterior a la comisión del mismo, por lo que en este último supuesto estamos ante la presencia del concepto de la participación prevista por nuestro C.P., la cual es muy distinta al concepto del encubrimiento, ya que c/u de ellas tiene sus características perfectamente definidas.

De la influencia que tuvo la Escuela Clásica en el Derecho Positivo Mexicano, podemos anotar que en el art. 54 del Código Penal se establece: "Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con

el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito". Esto quiere decir que ésta es una regla común a aquellos que de una forma u otra tuvieron participación en la comisión del hecho delictuoso. Pero en el caso del encubrimiento, como sabemos, la participación de un tercero es posterior a la comisión del delito primario y por acuerdo posterior a su intervención.

Por su parte el art. 55 del C.P. dispone que "las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometan con conocimiento de ella".

Lo dispuesto por el artículo precedente, también es una aportación de la Escuela Clásica al Derecho Penal Mexicano y tiene una vinculación directa con la idea que hay de la participación delictuosa en la comisión de cualquier ilícito penal.

Con respecto a las ideas anteriormente expuestas, Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que "En las legislaciones clásicas más perfectas es considerado el encubrimiento como un delito especial, no como un grado de la participación, por lo mismo que la causa debe preceder siempre al efecto". (87)

En cuanto a la relación que pudiera haber entre el encubrimiento y los delitos de lesiones u homicidio ocasionados en duelo, podemos decir que cuando un tercer ajeno al acuerdo

(87) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: Derecho Penal Mexicano, 10a. ed., México, Porrúa, 1974, t. I, p. 399.

o preparación de la realización del delito primario, proporciona o propicia que el autor del delito evada la acción de la justicia o la entorpezca con actos reprobables, sin cuya intervención eso no fuera posible, mediante un acuerdo posterior a la consumación del delito y a sabiendas de la existencia de éste último, será responsable del delito de encubrimiento y por tanto, será sancionado conforme a lo dispuesto por el artículo 400 del Código Penal.

En los delitos de lesiones u homicidio, generalmente el tercero que interviene como encubridor, es totalmente ajeno a la celebración del duelo, en caso contrario se le tendría como partícipe y le serían aplicadas las reglas concernientes a la participación criminal, en atención a lo dispuesto por el artículo 13 del Código Penal.

4.- La Punibilidad en la Participación

En el Derecho Penal moderno se han seguido dos criterios para explicar la penalidad en la participación criminal, y son según Giuseppe Maggiore: el primero de ellos el que procede del Derecho Romano y que es el que distingue entre las diversas formas de participación y, considerando iguales todas las fuerzas productoras del delito, llega a la consecuencia de la igualdad de la responsabilidad y de punibilidad de los copartícipes.

El segundo criterio también señalado por Maggiore, es el que procede del Derecho Intermedio, es el que considera que aunque parte del concepto de la causalidad necesaria, no llega a la equivalencia objetiva de las fuerzas causales del delito, antes bien las gradúa, y hace que a cada forma corresponda una medida distinta de responsabilidad y de punibilidad.

Por su parte, nuestra legislación penal vigente establece en su art. 13 diversos grados de participación criminal mismos que les son considerados a quienes intervienen en la comisión de un hecho delictuoso y que se clasifican en los siguientes:

a) El partícipe como autor material del delito, quien es el que toma parte en la ejecución del delito;

b) El partícipe como autor intelectual del delito, que es quien induce directamente a otro o lo compele a cometer el delito.

c) El partícipe como cómplice, quien es el que presta auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo

y para su ejecución.

d) El partícipe que presta auxilio al autor del delito por promesa anterior a la comisión del mismo.

e) La participación de autoría indeterminada o responsabilidad corresponsiva, como consecuencia de la incertidumbre del autor material de entre quienes cometieron el delito.

Los grados de los partícipes anteriormente señalados, hacen a estos responsables en la comisión del ilícito penal y serán sancionados de acuerdo al grado de su participación y la influencia que ésta haya tenido en la producción del resultado dañoso en el ofendido.

Podemos decir que por regla general, la punibilidad que corresponde a cada uno de los partícipes es según el grado de su participación en el hecho delictuoso, atendiendo además a lo dispuesto por los arts. 51 y 52 del Código Penal para la fijación de la sanción que de manera individual deba imponerse a cada uno de los responsables del delito.

Ahora bien, como ya ha quedado aclarado que las reglas de la participación no son aplicables a los duelistas que intervienen en un duelo y por medio del mismo ocasionan lesiones u homicidio, por ser ambos partícipes o, más propiamente, autores indispensables en la comisión de los delitos que se ocasionen, estas reglas de la participación criminal serían aplicables únicamente a aquellos que tuvieran intervención en la comisión del ilícito penal como copartícipes, es decir, a quienes tomen parte en la ejecución del delito, los que instiguen a otro a cometerlo, a los que cooperen a su ejecución o bien, a los que prestan auxi-

lio por concierto previo a la comisión del delito.

Si tomamos en cuenta la definición doctrinaria que del duelo nos han dado diferentes tratadistas y de la misma extraemos la idea de la participación criminal que pudiera aplicarse a quienes intervienen en dicho enfrentamiento, podemos apuntar las siguientes consideraciones:

1) El duelo de forma genérica, ha sido definido como un combate armado, entre dos o mas personas, como consecuencia del desafío que una de ellas hace a la otra, con elección de armas, la forma de su empleo y la fijación de las condiciones del combate por padrinos designados bilateralmente por los duelistas, quienes dirigen el enfrentamiento y vigilan el cumplimiento de las condiciones pactadas.

2) De lo anterior se desprende que las reglas de la participación dentro del duelo, serían aplicadas tanto a los que indujeron a los duelistas a llevar a cabo el enfrentamiento así como a los padrinos que establecen las condiciones del combate ya que estos como dice Jiménez Huerta, "quedan inmersos en los dispositivos legales - art. 13 - que amplifican el tipo a aquellas conductas que ayudan, auxilian o cooperan a la ejecución de un delito". (88)

3) Por lo que se refiere a la participación como tal, ésta no podrá ser considerada - como lo reglamentaba el art. 611 del C. P. de 1871 - a los médicos que asisten al encuentro

(88) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 74.

a auxiliar con sus servicios técnicos a quién de los duelistas resulte herido, ya que "su presencia no solamente no ayuda, auxilia o coopera a la ejecución de un homicidio, sino que tiene por fin impedir que la muerte pueda producirse a consecuencia del encuentro". (89)

En consecuencia, la punibilidad de la participación en el duelo, sería atendiendo al resultado material que por medio de la celebración del mismo se obtenga y que puede consistir en las lesiones o en el homicidio, encontrándose prevista dicha sanción en lo dispuesto por los artículos 297 y 308 en relación con los artículos 51 y 52 así como 13 del Código Penal vigente

Es prudente, hacer referencia a lo que sobre la participación de terceros en el duelo nos dice Carrara, el cual distingue entre dos situaciones diferentes. Como se ha dicho, en el duelo se requiere la intervención de padrinos bilateralmente designados para que vigilen el cumplimiento de las condiciones previamente establecidas en que se ha de llevar a cabo el combate. Pues bien, Carrara dice que pueden intervenir los padrinos únicamente en la celebración del duelo, sin resultar como consecuencia del enfrentamiento ni lesiones u homicidio para ninguno de los duelistas, y en dicho supuesto, "resulta espontánea la consecuencia de que sin ningún absurdo, y sin apartarse de los principios jurídicos, se declare a los padrinos copartícipes del delito de duelo, ya que concurrieron a este hecho con su acción volunta-

(89) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 74.

ria. Desde este punto de vista no hay repugnancia jurídica en declararlos también responsables del crimen de duelo, y sólo podrá discutirse acerca de la medida de su responsabilidad y de la conveniencia política de castigarlos". (90)

En nuestro concepto personal, creemos que la idea expuesta por Carrara solo tendría relevancia en nuestra legislación penal si ésta sancionara al duelo como delito autónomo e independiente; pero como no es así, sólo sancionaría a los testigos o padrinos cuando mediante el duelo hay algún resultado material como lesiones u homicidio. Si estos resultados no se producen, no habría castigo para los terceros partícipes, ya que en la celebración del duelo sin resultado material ni los propios duelistas son sancionados conforme a Derecho.

La segunda hipótesis formulada por Carrara, consiste en la complicidad de los padrinos o testigos del duelo, cuando si se ha producido un resultado material en alguno de los duelistas. En este supuesto, nos dice Carrara, "Cualquiera comprende que el padrino del occiso todo lo ha querido y deseado, menos las heridas o la muerte del amigo a quién secundaba; por lo tanto, esta muerte es un resultado al que su acción no se ha dirigido en manera alguna, que ha querido impedir con todo cuidado y que se realizó en oposición directa con sus deseos. En éstos términos, ¿cómo podrá aplicarse la teoría de la complicidad, sin falsear su noción fundamental?". (91)

(90) CARRARA, Francesco: Obr. cit., Vol. V, p. 487.

(91) Ibid. p. 487.

Un tercer criterio, que aunque no lo señala Carrara como suyo, sería el de no sancionar penalmente a los padrinos que intervienen en el duelo, no obstante que por medio del mismo se causen las lesiones o el homicidio, a uno o a ambos duelistas, pues su presencia garantiza que el duelo se efectuará lealmente, es decir, con todas las condiciones previamente establecidas para la celebración del combate, sin haber ninguna ventaja para alguno de los duelistas.

Lo anterior sería procedente sin perjuicio de que si los padrinos promovieron el enfrentamiento entre el desafiador y el desafiado, serían sancionados como coparticipes del duelo, ya que han instigado la voluntad de los partícipes para que se lleve a cabo el duelo.

Particularmente, queremos dejar bien establecido que en el Derecho Penal Mexicano y de acuerdo al art. 13 del Código Penal, se sancionaría a los terceros que intervienen en el duelo -como padrinos o testigos-, siempre y cuando se haya producido un resultado material en alguno de los duelistas o en ambos, a contrario sensu, no procedería sanción alguna si únicamente intervinieron en el duelo pero después de celebrado éste no hubo algún otro delito que debiera ser sancionado penalmente.

5.- La Tentativa: acabada e inacabada.

Para tratar de entender el concepto de la tentativa del delito, y primordialmente en la circunstancia atenuadora de lesiones u homicidio, es decir, el duelo, hemos recurrido a la idea que de la tentativa nos dá Hans Welzel, quién con una fórmula clara y sencilla nos da a entender que: "Todo delito doloso es realización de voluntad. La realización de voluntad puede permanecer en los primeros estadios, y puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción. También en el delito consumado transcurren desde la decisión a la acción hasta la total realización, una serie continuada de grados de ejecución". (92)

Por lo anterior, la simple decisión a la acción no es punible, sino requiere la voluntad dolosa para cometer el delito en período de realización material, empleando el agente los medios adecuados para llegar a ella.

Claramente nos enseña Welzel que "la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye el principio de delito" y además agrega que "si para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa". Categóricamente, Welzel concluye su idea de la tentativa diciendo que "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación

(92) WELSEL, Hans: Obr. cit., p. 259.

inmediata con la realización del tipo delictivo". (93)

Entre nosotros, Osorio y Nieto nos dice respecto de la tentativa, que ésta consiste "en la realización por parte del sujeto activo de actos de ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se produce por causas ajenas a dicho sujeto". (94)

Aplicando los conceptos de la tentativa anteriormente vertidos al concepto del duelo, hemos de decir que es posible que se dé la tentativa en el duelo cuando los combatientes no obstante haber realizado todos los actos tendientes a la consumación del delito, consistentes en la elección de las armas, el nombramiento de sus respectivos padrinos, la presencia de los testigos que deban concurrir, y demás requisitos que exige el duelo, éste no se lleve a cabo por la intervención de una voluntad ajena a los duelistas y que impide la celebración del combate, o bien, habiéndose efectuado éste, ninguno de los duelistas haya resultado muerto o herido.

Respecto de la tentativa en el duelo, Carrara nos dice que "la ciencia moderna toma solamente una regla para adoptarla al duelo, y es la de la eficacia del arrepentimiento", pero además agrega que "si los duelistas, aun después de desenvainar las armas, pero antes de toda efusión de sangre, desisten de sus fieros propósitos por arrepentimiento espontáneo, ya no debe

(93) WELZEL, Hans: Obr. cit. pp. 262-263.

(94) OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto: Obr. cit., p. 81.

procederse criminalmente contra ellos". (95)

Manzini, por su parte, nos dice que "es jurídicamente posible la tentativa del delito de duelo, como cuando los duelistas, prontos ya a iniciar el combate, se vean impedidos de comenzar por causas independientes de su voluntad (ejemplo: por la intervención de la policía, o cuando involuntariamente se haya "disparado al aire)". (96)

Este mismo autor, nos dice que al ser sancionado el duelo en si mismo -como en la legislación italiana-, habiendo resultado dañoso o no, también por lógica jurídica, debe ser sancionada la tentativa del duelo.

Después de ver los conceptos vertidos por tan respetables tratadistas de Derecho Penal, desde un punto de vista particular, podemos decir que en nuestro país, como en Francia, el duelo no es castigado como delito especial, sino sólo se castigan las lesiones o el homicidio ocasionados mediante el duelo, por tanto, creemos que no es posible aplicar las reglas de la tentativa al duelo, por no existir el elemento intencional, que es de esencia para la tentativa, toda vez que en el duelista no cabe la posibilidad de que haya un dolo determinado.

Creo personalmente que la solución que se podría encontrar en el Derecho Penal Mexicano para sancionar la tentativa no del duelo, sino de las lesiones o el homicidio ocasionados

(95) CARRARA, Francesco: Obr. cit., Vol. V, p. 498.

(96) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 564.

en él, sería la de sancionar a uno de los duelistas o a ambos, cuando se hubiera pactado previamente que el duelo fuera a muerte. En éste último supuesto serían aplicables las reglas correspondientes a la penalidad por el delito de tentativa de homicidio.

Por lo anterior, al aplicar la penalidad por la tentativa de homicidio, debemos considerar lo dispuesto por el art. 308 del Código Penal el cual lo regula, pero además hay que tomar en cuenta lo dispuesto por el art. 63 del mismo ordenamiento, que en su texto nos 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".

Tomando en consideración los preceptos legales antes citados, personalmente creo que la tentativa de homicidio en duelo, debe ser sancionado con una penalidad mínima de tres días y una sanción máxima de tres años con cuatro meses, lo anterior sin perjuicio del arbitrio judicial que deba utilizarse para tal efecto y lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Doctrinariamente se han reconocido dos clases de tentativas: la tentativa acabada y la inacabada. La primera también ha sido conocida como delito frustrado y consiste en que el sujeto activo del delito lleva a cabo todos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado no se produce por causas

ajenas a su voluntad. En esta especie de tentativa, hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado.

La segunda especie de tentativa y que se denomina inacabada o delito intentado, consiste en la omisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso la ejecución es incompleta, y, obviamente el resultado no se produce, como consecuencia de uno o varios actos omitidos.

Aplicando los conceptos anteriormente vertidos, decimos que en el duelo, cabe la tentativa acabada o delito frustrado, cuando estando dispuestos los duelistas a llevar a cabo el enfrentamiento armado y haber realizado todos los actos positivos tendientes a ello, el resultado no se produce por causas ajenas a sus voluntades, por ejemplo, pudiera ser por la presencia de las fuerzas públicas de seguridad, las que impiden el enfrentamiento y hacen desistir de sus propósitos a los duelistas.

Por lo que se refiere a la tentativa inacabada o delito intentado, aplicada al duelo, podemos decir que se dá cuando los duelistas no llevan a cabo el enfrentamiento por falta de algún elemento indispensable para la celebración del mismo, por ejemplo, cuando han olvidado uno o las dos armas a utilizar, cuando no comparecen a presenciar y a dirigir el encuentro los padrinos, o bien, cuando no asisten al combate uno o ambos duelistas.

C A P I T U L O V

LA NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL DUELO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1.- Concepto de Duelo

2.- Los sujetos en el duelo

3.- La falta de definición del duelo en el Código
Penal vigente

4.- La no aparición de esta figura en la realidad
social.

LA NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL DUELO

EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1.- Concepto de Duelo.

Para encontrar una completa y variada concepción del duelo, se ha recurrido tanto a autores tradicionales extranjeros, como a autores de origen nacional que han influido en el Derecho Penal Mexicano.

De lo anterior damos cuenta citando a Manzini, quién con una fórmula clara y sencilla, nos dice que el duelo "es una riña civilizada y garantizada, cortés y leal". (97)

En forma más completa, Carrara nos hace saber que el duelo es "un combate entre dos o mas personas, concertado con determinación previa de armas, lugar y tiempo, con el fin de reparar la honra". (98)

Para el autor francés Rene Garraud, el duelo representa "un combate concertado, con armas mortíferas, entre dos o más personas, en reparación del honor ultrajado; combate precedido de un desafío, y que tiene lugar en presencia de testigos, que con anterioridad han escogido las armas, el lugar y el tiempo del encuentro". (99)

(97) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 511.

(98) CARRARA, Francesco: Obr. cit., Vol. V, p. 460.

(99) GARRAUD, Rene: Traité Théorique et pratique du droit pénal Français, 3a. ed., Paris, Recueil Sirey, 1924, t. V, párrafo 1936.

Entre nosotros, Mariano Jiménez Huerta ha sostenido que el duelo "es un combate entre dos personas efectuado a consecuencia del desafío o reto que una de ellas hace a la otra, previa elección de armas, fijación de su empleo y reglamentación de las demás condiciones del combate por padrinos bilateralmente designados". (100)

De los conceptos del duelo vertidos por los autores antes citados, se desprende que todos ellos coinciden en señalar que se trata de un combate previamente pactado, que puede ser entre dos o más personas, que se dá como consecuencia de un desafío, que las circunstancias son iguales para ambos duelistas, que es llevado a cabo ante la presencia de testigos o padrinos bilateralmente designados, que se dá por cuestiones del honor y para reparar la honra ultrajada.

No obstante las consideraciones anteriores, no bastan para desentrañar cual es la fundamentación jurídica del duelo. El carácter esencial del duelo, nos dice Carrara, es "el acuerdo previo entre los combatientes (aunque sea en un intervalo brevísimo) acerca del lugar, las armas y el tiempo de la lucha", (101) lo anterior es una característica propia del duelo y que lo diferencia de la riña, ya que en ésta última, como el mismo Carrara dice, se da una lucha "súbita" entre los combatientes.

(100) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 74.

(101) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 460.

No quedando del todo satisfechos con la fundamentación jurídica antes señalada, acudimos de nueva cuenta al luminoso pensamiento del propio Carrara que creemos es la idea mas brillante que respecto de la fundamentación jurídica del duelo nos dá tan ilustre tratadista, el cual ha encontrado lo que otros tratadistas no han encontrado en el duelo, nos referimos al distintivo especialísimo del duelo, que está por completo en un concepto ideológico y que consiste en la siguiente consideración: "EN - EL DUELO EL DESAFIANTE OBLIGA AL DESAFIADO A BATIRSE CON EL, MEDIANTE COACCION MORAL; EL DESAFIANTE PRETENDE TENER EL "DERECHO" DE EXIGIRLE AL OTRO QUE SE BATA CON EL EN DUELO; EL DESAFIADO CREE QUE TIENE EL DEBER DE ACEPTAR EL RETO, Y QUE INCURRE EN DESHONRA SI NO LO ACEPTA". (102)

Como hemos visto, Carrara incluye dentro de su idea del duelo y de manera muy remarcada el concepto del honor, por lo que como sabemos, tenía gran influencia en las costumbres de las épocas pasadas, pero que en la actualidad ya no se tiene tan arraigado el concepto del honor, aun en las civilizaciones contemporáneas mas atrasadas.

Continuando con la idea del bien jurídico que tutela el duelo, exponemos a continuación lo que para Manzini significa y dice dicho autor que el objeto específico de la tutela penal "es el interés público concerniente al sometimiento de los particulares a la administración de la justicia en sentido lato,

por cuanto conviene impedir que las cuestiones personales se diriman por medio del duelo, y no recurriendo a la justicia o a otra forma pacífica". (103)

En forma por mas detallada y amplia, el mismo Manzini nos hace llegar su inteligencia al agregar que "por reflejo de la tutela penal de indicado interés público quedan protegidos también los intereses jurídicos concernientes a la vida e incolumidad personal y por eso el delito de duelo puede considerarse como un delito contra la persona, incriminado entre los delitos contra la administración de la justicia a causa del interés que se consideró predominante". (104)

Las ideas expuestas por Manzini, como se ve, tienen valor en cuanto a la legislación de su país, es decir, Italia, en donde se regula el duelo de manera individual e independiente, y en donde se encuentra clasificado entre los delitos que atentan contra la Administración de la Justicia. No se le señala como un delito que atente directamente contra la vida y la integridad personal, como lo señala nuestra legislación penal vigente al considerarlo como una circunstancia de atenuación de la penalidad para los delitos de lesiones y homicidio, según lo establecido por los artículos 297 y 308 de nuestro Código Penal vigente.

Respecto de la fundamentación jurídica del duelo, el autor Francisco González de la Vega, nos dice que "Jurídicamente

(103) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., p. 557.

(104) Ibid. pp. 557 y 558.

el duelo representa una actividad peligrosa para la sociedad, porque puede dar por resultado la comisión de los delitos de lesiones o de homicidio; también constituye un atentado contra la autoridad del Estado, porque los particulares, por personales procedimientos, pretenden sustituir la pública función de administrar justicia, dirimiendo privadamente sus conflictos". (105)

Creo que lo anterior basta para entender ampliamente el concepto del duelo y su fundamentación jurídica. Los conceptos anteriormente vertidos creo que sean los mas sobresalientes entre los que han formulado diferentes estudiosos del derecho penal.

Como referencia, quiero agregar que doctrinariamente han sido reconocidas dos clases de duelo: el duelo regular y el duelo irregular. El primero de ellos consiste en la celebración del encuentro con todas las formalidades señaladas para el mismo, es decir, que haya una intervención de padrinos bilateralmente designados, que vigilen el cumplimiento de las condiciones pactadas y que haya una paridad de armas.

El duelo irregular consiste en la celebración del encuentro cuando ha faltado cualquiera de los requisitos que se exigen para su celebración y que se desprenden de la misma definición que del duelo nos ha dado la propia doctrina. Este duelo ha sido llamado también excepcional, ilegal o anticaballeresco.

Unicamente con la intención de enriquecer este trabajo en cuanto a una mejor ilustración respecto del duelo, hemos de

señalar las hipótesis que taxativamente se pueden dar en el duelo irregular y que son señaladas por Manzini, mismas que consisten en las siguientes:

1) Por defecto de la garantía testifical:

a) Si las condiciones del combate no han sido precedentemente establecidas por padrinos o testigos; o:

b) Si el combate no se realizó en su presencia (o se realizó a presencia solamente de uno por cada parte);

2) Por defecto de la garantía de las armas:

a) Si las armas adoptadas en el combate no son iguales;

b) Si son armas distintas de espada, sable o pistola de un sólo tiro;

c) Si son pistolas de un solo tiro, pero no están igualmente cargadas;

d) Si son armas de precisión (ejemplo: pistolas con mira, mirilla y cañon rayado); o

e) Si son armas de varios tiros (ejemplo: revólveres, pistolas con cargador, pistolas ametralladoras);

3) Por causa de fraude, que determine la modificación del título del delito, no sólo en relación al autor de él, sino también al de los duelistas, padrinos o testigos que hayan tenido conocimiento de dicho fraude antes del combate o durante él. El duelista, padrino o testigo desconocedor del fraude, queda en cambio sujeto a las disposiciones sobre el duelo. El fraude, esto es, un engaño cualquiera desfavorable para uno de los

duelistas o para ambos; puede referirse a:

- a) La elección de las armas;
- b) El combate;
- c) Por violación de las condiciones establecidas dolosamente; y
- d) Por la acordada muerte de alguno de los duelistas. (106)

Como se ha visto, todo lo anterior forma parte del llamado duelo irregular y en esa clasificación se abarca al parecer, todo el supuesto de que el duelo no se celebre bajo las condiciones establecidas y con la probable ventaja para uno de los duelistas y la consecuente desventaja para el oponente.

En nuestro Derecho Penal Mexicano lo anterior no tendría trascendencia para las lesiones o el homicidio cometidos en un duelo irregular, ya que en dichos supuestos se estaría en presencia de figuras típicas perfectamente establecidas, tales como las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición, y sería la penalidad agravada que se contempla en los preceptos que regula dichas calificativas, la que se impondría en caso de este tipo de enfrentamiento cometido bajo las modalidades antes señaladas.

A continuación, haremos mención de un duelo sui generis señalado por Manzini y por Carrara, es el denominado "duelo americano" o "duelo a la americana" y se le denomina de tal forma,

(106) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., pp. 559-560.

ya que proviene de la práctica que le dan nuestros vecinos del norte.

Respecto de esta especie de duelo, Manzini nos dice que éste "se verifica cuando se conviene en que debe suicidarse aquél de los adversarios que designe la suerte, o que el combate debe hacerse a obscuras, o que los adversarios deben elegir al acaso entre una arma cargada y otra descargada, o entre una pildora con veneno y una inócua". (107)

El mismo Manzini considera a éste duelo como una forma de los llamados duelos irregulares y considera que cuando se da muerte a alguno de los duelistas, el superviviente castigado con las sanciones comunes sobre homicidio del consintiente, debido a que por la actuación del acuerdo en la cual han concurrido ambos adversarios, de manera que el superviviente es concausa de la muerte del otro.

Respecto de este Duelo Americano, Carrara nos dice que "se llama así al que se efectúa poniendo a los adversarios en la situación de que uno le dé muerte al otro, por ejemplo, con dos pildoras, una de pan y una de estrictina, o con dos pistolas, una vacía y otra cargada; cada uno de ellos debe obrar en contra suya, o tragando la píldora que le tocó por casualidad, o disparando contra sí mismo la pistola". (108)

Este forma de duelo tan especial, nos hace preguntarnos

(107) MANZINI, Vincenzo: Obr. cit., pp. 560-561.

(108) CARRARA, Francesco: Obr. cit., Vol. V, p. 492.

acerca de cual fué su origen y el porqué de su razón de ser. Según la historia, a principios del siglo XVIII en los Estados Unidos de Norteamérica, el duelo regular fué sumamente reprimido por las leyes, por lo que quienes tenían intención de resolver una cuestión de honor, en lugar batirse con las armas y en un lugar público, lo hacían intimamente y por medios más sutiles para evitar así la severidad de las sanciones penales.

Respecto del origen del duelo americano, Manzini nos dice en forma patética que "Más verosímil nos parece la hipótesis de que el loco invento, sea un efecto del alcoholismo, tan arraigado en todas las clases sociales en los Estados Unidos de Norteamérica". (109)

Como un comentario personal, he de decir que considero que tal acontecer en la sociedad americana, tiene su origen en la degradación de la misma sociedad en su afán por conquistar nuevas aventuras, fuera de las ya creadas; al pretender ser los que dirijan al resto de las sociedades contemporáneas de los demás países y que éstas últimas sean imitadoras de sus costumbres además podemos decir que como consecuencia de la supuesta "libertad y democracia" de que gozan, han llegado a la máxima degradación del ser humano, al convertirlo -y esto es auténtico,- en un ser alcohólico, drogadicto, depravado sexual, lo que lo orilla a ser preso de sus propios vicios y desviaciones.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que ni el

duelo tradicional que ya hemos analizado, ni el moderno duelo a la americana, han tenido mayor repercusión en la práctica en el ámbito de la sociedad mexicana. Ello, creemos, se debe en gran parte a que la idiosincracia del mexicano es diferente y con características muy propias. En nuestro país generalmente y debido a la natural fricción que se dá entre los individuos que forman parte de una comunidad, las diferencias surgidas se resuelven mediante la riña, sin postergar un enfrentamiento para después. Con gusto vemos que en nuestra sociedad mexicana ya no se toman tan en cuenta conceptos tan abyectos como el honor, la injuria, la difamación, el desafío, como elementos precedentes que dan lugar a un duelo.

En el aspecto jurídico y respecto de la crítica que se le hace al llamado "duelo a la americana", estamos completamente de acuerdo con Carrara, quien enseña que dicha figura debe quedar encuadrada dentro del "título de instigación al suicidio, y éste es ciertamente el concepto jurídico por el cual debe contemplarse". (110)

2.- Los sujetos en el duelo.

Los sujetos que intervienen en el duelo, son denominados como duelistas y que como ya dijimos forman parte de una participación necesaria ya que requiere la concurrencia indispensable de dos sujetos activos del delito.

En las legislaciones en donde es penado el duelo como delito autónomo e independiente, -como en Italia- la sólo celebración del duelo, aunque no haya ningún resultado dañoso, hace pensar que en este supuesto los partícipes necesarios son considerados ambos como sujetos activos del delito.

Cuando por el contrario, después de celebrarse el duelo existe alguno de los duelistas muerto o lesionado, se considerará que ya hay un sujeto activo del delito y uno pasivo, recayendo ésta última calidad en quien resintió el daño. El autor de las lesiones o de homicidio en duelo, luego entonces, será el sujeto activo del delito.

Ahora bien, en el sujeto activo del delito de lesiones o de homicidio en duelo, deben concurrir las siguientes características:

- a) Que tenga una calidad de duelista;
- b) Que sea un sujeto imputable, es decir, que tenga capacidad de conocer la específica ilicitud;
- c) La voluntabilidad, esto es, la capacidad de conocer y querer lesionar o privar de la vida a una persona (duelista) mediante actividad ejecutada dentro de un duelo con dicha persona.

En este caso se coincide con Carrara en el sentido de que en las lesiones u homicidio cometido en duelo, es admisible el dolo eventual.

d) El nexo causal que debe existir en la voluntad del agente de lesiones o querer privar de la vida y el resultado obtenido como consecuencia del enfrentamiento.

Se dice que el duelo en relación con el sujeto activo del delito, es especial y monosubjetivo y en relación al sujeto pasivo se trata de un delito personal e indispensablemente monosubjetivo.

Como ya se ha visto en capítulos precedentes, las demás personas que intervengan para producir los delitos de lesiones u homicidio en duelo, lo harán en calidad de coparticipes o de encubridores, según sea el caso. En el primero se consideran de tal manera a los instigadores (los que intervienen en la voluntad del agente o de los duelistas), los cómplices (son los que intervienen de cualquier manera en la celebración del encuentro). En el segundo se consideran a aquellos que después de celebrado el encuentro y de causarse el resultado previsto, propician que el sujeto activo del delito evada la acción de la justicia y previo acuerdo de voluntades posterior a la ejecución del delito.

3.- La falta de definición del duelo en el Código Penal vigente.

A través de los ordenamientos penales que han regido en nuestro país en diversas épocas, nos hemos dado cuenta que ninguna legislación ha definido propiamente lo que debe entenderse por duelo.

El Código Penal de 1871 o "Código Martínez de Castro", aunque lo reglamentaba detalladamente como figura autónoma e independiente, y lo sancionaba en sus diferentes modalidades, desde el simple desafío, la aceptación del mismo, hasta el enfrentamiento armado, disponiendo penalidades para los duelistas, así como se contemplaban sanciones a los partícipes como padrinos, testigos y médicos que asistieran a los dueloistas y aún a las propias autoridades administrativas o judiciales que no intervinieran y sancionaran debidamente a quienes tomaban parte en el duelo, sin embargo, éste primer ordenamiento penal codificado no definió al duelo.

Por su parte, el Código Penal de 1929 o "Código Almaraz" ni siquiera contempló al duelo como un delito especial, ni mucho menos lo aceptó como una modalidad atenuante para los delitos de homicidio o lesiones, lo cual nos parece un acierto indiscutible, ya que creemos que es una figura que nunca tuvo en nuestra sociedad pasada una práctica común alarmante como para que el legislador la hubiera tomado en cuenta para reglamentarla como lo hicieron sus similares de 1871 y 1931.

El Código Penal que actualmente nos rige, influenciado por sus similares contemporáneos de Francia y España, volvió a considerar el duelo en sus artículos 297 y 308 pero no como un delito especial, sino únicamente como una circunstancia atenuante para los delitos de lesiones y homicidio.

Lo anterior nos parece un desacierto del legislador de 31, ya que si no define al duelo, como es posible que lo contemple como una manera de realización de los delitos de lesiones y homicidio y fije la sanción correspondiente, considerándola atenuada por la situación en que se hayan ambos duelistas.

Expuesta la hipótesis de que el duelo no es definido por el Código Penal vigente, tratemos de encontrar la intención que tuvo el legislador al contemplarlo como una circunstancia atenuante de penalidad para las lesiones y el homicidio.

El maestro Jiménez Huerta nos dice respecto a tal interrogante, que sin explicarse cual es la ratio legis que fundamenta la consideración de que el duelo se haya previsto en sus resultados lesivos en el ordenamiento penal vigente, argumenta que "habría que llegar a la ilógica conclusión de que el legislador del año 1950 (el que reformó al duelo), tuvo el propósito de introducir ideas aristocráticas en el Código Penal". (111)

Es de tomar en consideración dicha opinión vertida por tan respetado autor, ya que si se encontraba debidamente definida y sancionada la riña como atenuante para lesiones y

(111) JIMENEZ HUERTA, Mariano: Obr. cit., p. 73.

homicidio, el legislador de 1931, tal vez creyó que ésta era propia de las clases plebeyas o populares, por ser éstas las que regularmente recurrían a la riña para causarse lesiones u homicidio, por lo que los caballeros de la época necesariamente tendrían que tener otra manera de causarse un daño y encontraron oportuno contemplar el duelo, ya que éste si era propio de la aristocracia reinante en esa época.

En apoyo a lo anteriormente dicho, citamos por referencia los duelos celebrados entre la aristocracia de nuestro país, como el celebrado entre el coronel y diputado al Congreso Federal Francisco Romero y el Senador Verástegui, también rico e influyente. Otro duelo de aristocratas, fué el escenificado por Santiago Sierra, hermano de Justo contra Irineo Paz, éste último amigo personal de Porfirio Díaz. Estos dos ejemplos sirvan para ejemplificar el duelo de los "caballeros" de la época, aunque aparte de estos hubo algunos otros más.

Siguiendo con la idea de la falta de definición del duelo en nuestro Código Penal, se recurrió a la doctrina para desentrañar su real significado. La mayoría de los autores que se han preocupado por definir al duelo, han coincidido en señalar las siguientes características:

- a) Que haya una propuesta para un enfrentamiento armado y la aceptación del mismo;
- b) Que haya un mutuo consentimiento para establecer y respetar las condiciones del combate;

- c) Que tenga verificativo el combate;
- d) Que el combate se lleve a cabo ante padrinos o testigos bilateralmente designados, cuya función es vigilar que se cumpla con las condiciones pactadas por ambos duelistas;
- e) Que en ambos duelistas exista el ánimo de causar un daño a su adversario.

En conjunto, éstas características ya anotadas, nos darían como resultado la concepción generalizada del duelo, y serían las mismas a las que se tendría que recurrir para encontrar su significado verdadero, y considero que son los mismos elementos que debe tomar en cuenta el jugador al interpretar las circunstancias de atenuación de los delitos de lesiones y homicidio cometidos en duelo.

Creo oportuno recalcar que de la redacción de los artículos 297 y 308 del Código Penal, se desprende que la circunstancia de atenuación en duelo, es aplicada únicamente para los delitos de Lesiones y Homicidio, empero la autora Olga Islas de González Mariscal nos dice que "El concepto de duelo ha de buscarse fuera del ámbito de la ley, para luego, con base en el concepto, hacer explícita la semántica del tipo correspondiente". (112)

En lo anterior, encontramos que la respuesta para saber como puede ser configurado el tipo penal en los delitos de lesiones y homicidio cometidos en duelo y que como se ha visto, el tipo penal en esta atenuación es privilegiado subordinado al

(112) GONZALEZ MARISCAL, Olga Islas de: Obr. cit. p.141

tipo legal de homicidio y lesiones.

La falta de definición del duelo en el Código Penal vigente, creemos es un motivo suficiente para que dicha figura tienda hacia su derogación de dicho ordenamiento penal, ello en pro de una mejor técnica jurídica que cumpla satisfactoriamente con los avances que nuestra ciencia jurídica actual exige, dejando su lugar a otras que se apetecen indispensables y que ya debieran estar previstas en nuestro Código Penal.

4.- La no aparición de esta figura en la realidad social

El duelo, como se ha tratado de decir a lo largo de éste modesto trabajo de investigación, no ha tenido en nuestro país la práctica suficiente como para suponer su reglamentación individual, ni aun para establecerlo como atenuante para los delitos de homicidio y lesiones.

En apoyo a lo anteriormente dicho, recurrimos a quienes se han dedicado a la investigación de la práctica que tuvo el duelo en nuestro país en diferentes épocas.

El Profesor Angel Escudero, en su obra "El Duelo en México" (México, Imprenta Mundial, 1936), nos ilustra al decir que hasta la promulgación del Código Penal de 1871 sólo se verificaron cinco duelos, mismos que tanto alarmaron al autor de la Exposición de Motivos de ese Código, Licenciado Antonio Martínez de Castro, quien fué el que introdujo su reglamentación en dicho ordenamiento legal.

Esos cinco duelos que se dieron en la práctica en nuestro país, se citan por orden cronológico y fueron los siguientes:

1) En 1852 se llevó a cabo el duelo entre el subteniente José María Peña y el Cónsul de España en Tampico, Francisco Melgarejo Guzman;

2) En 1865 o 1866 se llevó a cabo el duelo entre Rafael Bringas y dos oficiales del ejército francés de quienes no se citan sus nombres, por lo que también se duda si efectivamente se trataba de un duelo o bien de una riña;

3) En 1867 se celebró el duelo entre los coroneles del Ejército Mexicano Adolfo Garza y Enrique Mejía;

4) En 1868 se tuvo conocimiento del duelo celebrado entre Manuel Fernández del Castillo y el Barón Henry de Barssac;

5) En el mismo año se menciona el duelo protagonizado por los coroneles del Ejército Mexicano Juan Espinoza de los Monteros y Gorostiza y por Julio Arancivia. Este duelo fué particularmente famoso ya que se efectuó utilizando como arma el florete, teniendo lugar en Mixcoac, Distrito Federal y que dió como consecuencia el fallecimiento en el lugar de los hechos del coronel Juan Espinoza de los Monteros, quien era demasiado conocido por haber sido prometido de Rosario, la que posteriormente sería la Musa de Manuel Acuña y que inspiró su célebre obra conocida como el "Nocturno a Rosario".

Posterior a la promulgación del Código Penal de 1871, se efectuó un duelo en 1894 entre el coronel y diputado al Congreso Federal, Francisco Romero y el Senador José Verástegui. De éste enfrentamiento resultó herido de muerte el segundo de los mencionados y el primero de ellos ileso. En este caso, el coronel Romero fué aprehendido, desaforado y procesado judicialmente. Para Lara Pardo, autor de "El último duelo" (Últimas noticias, año XVIII, tomo IV, núm. 5,486, de 7 de julio de 1953, p. 7), éste fué el último duelo celebrado en nuestro país y debidamente probado judicialmente.

Por su parte, el maestro González de la Vega nos dice

que el anteriormente citado no fué el último duelo celebrado en nuestro país ya que "en el presente siglo se efectuaron por excepción dos duelos, entre el Lic. Lorenzo Elizaga y Jose Ignacio Icaza, en 1913, y entre Rafael Fernández del Castillo y Carlos Osio y Sanz, en 1925". (113)

No obstante los casos señalados en donde se prueba la práctica que tuvo el duelo, sobre todo en la época postrevolucionaria, hemos querido partir de la premisa mayor de que el duelo tuvo brotes esporádicos, sin llegar a tener una práctica inusitada en nuestra realidad social, como acontece con la riña; como premisa menor podemos establecer que el duelo no es típicamente definido en nuestro Código Penal, y como conclusión señalamos sin temor a equivocarnos que es el duelo una figura en extinción, por lo que debe tender a su derogación.

Hemos de reconocer que si el nacimiento de la reglamentación del duelo en el Código Penal de 1871 se debió fundamentalmente a que por algún brote esporádico de una práctica ajena al ambiente social para el que se legislaba, se previó y sancionó dicha figura, y además porque en nuestro país y durante la segunda mitad del siglo XIX se advirtió una acusada influencia cultural y legislativa francesa, no vemos el motivo por el cual dicha figura se contemple en nuestro ordenamiento penal, ya que los tiempos son otros y las costumbres como fuente del derecho penal son distintas y que exigen una dinámica legislativa congruente

con las necesidades actuales más apremiantes en materia legislativa, no vemos el motivo por el cual siga considerándose una figura como el duelo como vigente en nuestra legislación penal.

En apoyo a nuestro sentir personal, a continuación me permito invocar el pensamiento del jurista mexicano J. Ramón Palacios Vargas, quien ha sostenido de manera categórica la siguiente consideración: "En la República Mexicana no existe el duelo; toda la existencia del precepto en comento se reduce a su impresión en la edición oficial y en las hechas por los particulares. Producto de la imitación extralógica que llamaría Gabriel Tarde, existió en la Colonia y en los primeros años de la Independencia; desde hace mucho se acude a la riña y otra de las formas de comisión, sin pensar siquiera en el duelo.

Ya era tiempo de que desapareciera esta antigualla de la ley. Recuérdese en el campo jurídico la expresión de Ihering sobre las leyes que sólo existen en el papel. Si el duelo es materialmente riña y en ésta la pena puede llegar por mínimo legal a tres días -perdón judicial en realidad-, no hay porque acudir a otra especial de comisión del delito". (114)

Como es fácil darse cuenta, el maestro Palacios Vargas expone razonadamente su criterio acerca del duelo, promoviendo también la derogación de dicha figura por no darse en la práctica en la sociedad mexicana actual.

(114) PALACIOS VARGAS, J. Ramón: Delitos contra la vida y la integridad corporal, México, Trillas, 1978, p. 60.

Como corolario para concluir ésta humilde y respetuosa exposición acerca del duelo, hemos de buscar apoyo a nuestras ideas en autores que representan verdaderos pilares para la ciencia del derecho Penal, como el ilustre Maestro de Pisa, Francesco Carrara, quien desde su tiempo y respecto del duelo, nos enseña categóricamente que "Al buscar los autores la solución jurídica de algún problema penal, no hay que perder de vista los tiempos y las leyes bajo los cuales escribieron. Esta verdad se pone más de relieve que en cualquier otra materia al tratarse del duelo, que ha sufrido tan distintos cambios, en fluctuaciones singulares y sorprendentes; ya se le ha bendecido y considerado como un homenaje a la justicia divina; ya se le ha maldecido y excomulgado como herejía; ya se le ha perseguido con ferocidad furibunda, y siempre ha ido alternando con algún contraste, para mostrar cuán mudables son las opiniones y las costumbres". (115)

(115) CARRARA, Francesco: Obr. cit., p. 490.

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

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

PRIMERA: El duelo, desde sus primeros orígenes, fué sumamente criticado ya que se consideraba como una especie de juicio de Dios, que pretendía que mediante el enfrentamiento armado, se consideraba al vencedor como el que tenía la razón en cualquier clase de litigio.

SEGUNDA: El duelo no tuvo un origen nacional, siendo una figura de importación, principalmente de países como Francia y España y que influyó relativamente en la sociedad mexicana, sobre todo poco después de la Independencia de nuestro país.

TERCERA: El duelo nunca tuvo en nuestro país una práctica que se pudiera considerar como alarmante, como para que fuera regulada su reglamentación, sobre todo en el Código Penal de 1871.

CUARTA: El duelo generalmente era considerado como un lance caballeresco y era al que recurría la aristocracia de nuestro país para dirimir las diferencias personales que surgían entre los pertenecientes a dicha clase social.

QUINTA: El duelo no ha sido definido propiamente por ninguna legislación penal que haya tenido vigencia en nuestro

país, por lo que ante tal falta de técnica jurídica del legislador, el duelo debe tender a su derogación.

SEXTA: El duelo al no ser definido, tampoco debe ser considerado como una circunstancia que atenúa la penalidad en los delitos de homicidio y lesiones, por lo que se propone que únicamente quede la riña como atenuante para los delitos en que se atenta contra la vida y la integridad corporal, cuando los contrincantes corren el mismo riesgo de resultar muertos o heridos.

SEPTIMA: La no aparición de la figura del duelo en los delitos de homicidio o lesiones en la realidad social vigente en nuestra sociedad contemporánea, debe influir para que esta figura sea derogada de nuestro ordenamiento penal.

OCTAVA: Nuestro Código Penal debe contener figuras específicamente reglamentadas, sujetas a una definición conceptual en pro de una mejor claridad jurídica en cuanto a los preceptos que integran dicho ordenamiento.

NOVENA: Nuestra legislación penal debe tender a abandonar el sistema dogmático y casuista que lo caracteriza, para dar lugar a ordenamientos legales sencillos y breves que sean manejables por el profesional del derecho y al ignorante de la

ciencia jurídica lo ilustren acerca de la utilidad que estos tienen para regir las relaciones entre los individuos y promover una armonía en la comunidad en que se desenvuelve como integrante de la misma.

DECIMA: La justicia penal debe buscar su línea de conducta en el mundo que la rodea, y actualizarse en pro de una mayor claridad jurídica y no mantener los preceptos que integran un ordenamiento penal en letras muertas que a nadie interesan ni a nadie aprovechan.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA.

"Tratado de los delitos y de las penas", Primera edición facsimilar, México, Porrúa, 1982.

CARDENAS, RAUL F.

"Derecho Penal Mexicano", 2a. ed., México, Jus, 1968, t. I.

"Estudios Penales", México, Jus, 1977.

CARNELUTTI, FRANCESCO.

"Teoría General del Delito", trad. por Victor Conde, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.

"Código Penal Anotado", 9a. ed., México, Porrúa, 1981.

"Derecho Penal Mexicano", 10a. ed., México, Porrúa, 1974, t. I.

CARRARA, FRANCESCO.

"Programa de Derecho Criminal", Trad. por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1967, Vol. I.

"Programa de Derecho Criminal", trad. por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1961, vol. V.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO.

"Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 5a. ed., México, Porrúa, 1969.

CENICEROS A., JOSE ANGEL.

"El nuevo Código Penal de 1931", México, s.e., 1931.

CUELLO CALON, EUGENIO.

"Derecho Penal", 14a. ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, t. II, Vol. II.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.

Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1976, t. IX.

PIERRO, GUILLERMO JULIO.

"Teoría de la Participación Criminal", Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1964.

GARRAUD, RENE.

"Traité Théorique et pratique du droit pénal Français, 3a. ed., París, Recueil Sirey, 1924, t. V.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.

"Derecho Penal Mexicano", 18ava. ed., México, Porrúa, 1982.

GONZALEZ DE LA VEGA, RENE.

"Comentarios al Código Penal", México, Cárdenas, editor y distribuidor, 1975.

GONZALEZ MARISCAL, OLGA ISLAS DE.

"Análisis lógico de los delitos contra la vida", México, Trillas, 1982.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.

"Tratado de Derecho Penal", 4a. ed., Buenos Aires, Losada, 1963, t. III, p. 667.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.

"Derecho Penal Mexicano", 5a. ed., México, Porrúa, 1981, t. II.

"Derecho Penal Mexicano", 3a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I.

LUZON DOMINGO, MANUEL.

"Derecho Penal del Tribunal Supremo", Madrid, Hispano Europea, 1964, t. I.

MACEDO, MIGUEL S., Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano, México, Cultura, 1931.

MAGGIORE, GIUSEPPE, "Derecho Penal", 2a. ed., Bogotá, Temis, trad. por José J. Ortega Torres, 1972, 2a. ed., Vol. IV.

MANZINI, VINCENZO

Tratado de Derecho Penal, trad. por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 9a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1961.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO.

"El Derecho Precolonial", 5a. ed., México, Porrúa, 1985.

MEZGER, EDMUND.

"Derecho Penal", Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1985.

NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Editorial Imprenta de Everart, 1981, t. III.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO.

"Síntesis de Derecho Penal", México, Trillas, 1984.

PALACIOS VARGAS, J. RAMON.

"Delitos contra la vida y la integridad corporal", México, Trillas 1978.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

"Lecciones de Derecho Penal", 4a. ed., México, Porrúa, 1982.

"Manual de Derecho Penal Mexicano", 3a. ed., México, Porrúa, 1974.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.

"Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal", 4a. ed., México, Jurídica Mexicana, 1975.

RODRIGUEZ, RICARDO.

"El Derecho Penal", México, Editorial oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1902.

SODI, DEMETRIO.

"Nuestra Ley Penal", 2a. ed., México, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1918, t. II.

SOLER, SEBASTIAN.

"Derecho Penal Argentino", 6a. reimpresión, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1973, t. II.

VIDAL, GEORGES.

"Curso de Derecho Criminal y de Ciencias Penitenciarias", 3a. ed., París, Arthur Rousseau Editor, 1906.

VILLALOBOS, IGNACIO.

"Derecho Penal Mexicano", 3a. ed., México, Porrúa, 1975.

WELZEL, HANS.

"Derecho Penal Alemán", 11ava. ed., Editorial Jurídica de Chile, 1976.

DICCIONARIOS:

CABANELLAS, Guillermo.

"Diccionario de Derecho Usual", 11a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1976, t. I.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN.

"Diccionario para Juristas", México, Mayo Ediciones, 1981.

LEGISLACION :

Código Penal para el Distrito Federal, trigésimo sexta edición, Porrúa, 1982.

I N D I C E

	PAGINA
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
<u>ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DUELO EN GENERAL</u>	
1.- En Francia	6
2.- En España	15
3.- En México	23
4.- Su reglamentación en los Códigos Penales:	29
a) Código Penal de 1871	29
b) Código Penal de 1929	42
c) Código Penal vigente	45
CAPITULO SEGUNDO	
<u>EL DUELO EN EL DELITO DE HOMICIDIO</u>	
1.- Tipo de homicidio	53
2.- Sus elementos	59
3.- Los tipos complementados atenuados de homicidio	62
a) Por infidelidad conyugal	63
b) Por corrupción de la hija	71
c) Por riña	79
d) Por duelo	85

CAPITULO TERCERO

PAGINA

EL DUELO EN EL DELITO DE LESIONES

1.- Tipo de lesiones	93
2.- Sus elementos	99
3.- Lesiones atenuadas:	102
a) Por infidelidad conyugal	104
b) Por corrupción de la hija	110
c) Por riña	115
d) Por duelo	119

CAPITULO CUARTO

LA PARTICIPACION EN EL DUELO

1.- Concepto de participación	123
2.- Clases de participación	132
3.- El Encubrimiento	137
4.- La punibilidad en la participación	144
5.- La tentativa: acabada e inacabada.	150

CAPITULO QUINTO

LA NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL DUELO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1.- Concepto de duelo	156
2.- Los sujetos en el duelo	166
3.- La falta de definición del duelo en el Código Penal vigente	168

4.- La no aparición de esta figura en la realidad social 173

CONCLUSIONES 178

BIBLIOGRAFIA 182