

139
24



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES

"ACATLAN"

ESTUDIO DOGMATICO SOBRE
EL DOLO EN EL DELITO DE HOMICIDIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE ANTONIO HERNANDEZ DE LA RIVA

TLALNEPANTLA EDO. DE MEX.,

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

INDICE

INTRODUCCION.....	Pág.
CAPITULO I. GENERALIDADES.....	1
A.- Concepto de Dolo.....	1
B.- Algunas Teorías sobre la concepción del Dolo.....	7
a).- Teoría de la Voluntad.....	7
b).- Teoría de la Representación.....	11
c).- Teoría de los Motivos o Móviles.....	14
d).- Teoría del Consentimiento o Asentimiento.....	18
CAPITULO II. ELEMENTOS DEL DOLO.....	20
A.- Diversas opiniones sobre los elementos que integran el Dolo.....	20
B.- Clasificación del Dolo, (directo, indirecto, eventual).....	33
C.- El Dolo en el Derecho Mexicano.....	41
D.- Diferencias entre el Dolo y la Culpa.....	45
CAPITULO III. DEFINICION DEL DELITO DE HOMICIDIO.....	47
A.- Concepto y clasificación del Homicidio dentro del Derecho Penal Mexicano.....	47
B.- Análisis de los elementos que integran el delito de Homicidio.....	56
a).- Previa existencia de una vida humana.....	56
b).- Un hecho de muerte.....	57
c).- Supresión de la vida por un acto intencional o imprudencial.....	58
C.- Clasificación del delito de homicidio.....	60
a).- Intencional.....	60
b).- Imprudencial.....	60
c).- Preterintencional.....	61
D.- Penalidad del Homicidio.....	65

CAPITULO IV. EL DOLO EN EL HOMICIDIO.....	66
A.- Elementos subjetivos del Homicidio.....	68
B.- Penalidad del Dolo de homicidio en el Derecho Penal Mexicano.....	77
C.- El Dolo en el Homicidio.....	88
Conclusiones.....	111
Bibliografía.....	117

INTRODUCCION

Con el presente trabajo pretendemos realizar un breve estudio dogmático sobre el Dolo en el delito de Homicidio, de ahí el título del mismo, pues sabemos de antemano que el tema es demasiado extenso para abarcarlo del todo.

Siendo el Dolo la especie más grave de la culpabilidad y que además no sólo en el campo del Derecho Penal como lo haremos nosotros, sino en el del Derecho Civil, Mercantil, Laboral, Procesal, etc; consideremos de suma importancia conocer los aspectos más importantes de esta especie de culpabilidad, y refiérome al dolo en el homicidio porque al considerarse a la vida como el bien más preciado de nuestra existencia, y por ende requiere de una mayor tutela por parte del derecho penal, toda vez, que el sujeto activo al estar consciente de que su conducta es ilícita y de las consecuencias que puede acarrear la comisión del delito lo realiza.

Así pues, en primer término se analizará el concepto de Dolo, para finalmente encuadrarlo en el delito de homicidio que es el tema central que nos ocupa.

Al tratar de llegar a la definición de Dolo señalaremos las teorías que existen sobre el mismo, desde luego sin abarcar todas, pero sí las más importantes como son, la teoría de la voluntad, la de la re-

presentación y la del asentimiento o consentimiento que resulta de las dos anteriores; se hablara también de las diferentes posturas que existen para definir al Dolo, elementos del mismo, clases, etc;

Asimismo definiremos al delito de Homicidio, elementos que lo integran, clases, penalidad, etc;

Por último, tocaremos el punto central de este trabajo que es el DOLO DE HOMICIDIO.

Capítulo I GENERALIDADES.

A.- CONCEPTO DE DOLO.

Siguiendo un proceso de referencia lógica para hablar de Dolo tenemos que hablar primeramente de Culpabilidad. Una conducta será delictiva no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable; se considera culpable la conducta según Cuello Calón, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochable.⁽¹⁾

Al Llegar a la culpabilidad dice Jiménez de Asúa, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró, para el mismo maestro en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁽²⁾

Porte Petit define la culpabilidad como el "nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de sus actos"; esta posición sólo es válida para la culpabilidad a título Doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales por su naturaleza misma no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

(1) Carlos Fontan Callestra, "Tratado de Derecho penal : Parte Gral." Vol. II, Buenos Aires 1966, pág.533.

(2) Luis Jiménez de Asúa. "La ley y el Delito", Ed. Sudamericana, 8ª.ed. 1978, Buenos Aires, pág.23

Para Villalobos " la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y a conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición con el Dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, es la culpa. " (3)

La culpabilidad reviste dos formas:

Dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (Dolo), o por olvido de las precauciones exigidas por el estado para la vida en sociedad (culpa).

En el Dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla; en la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurriera el resultado; en la incosciente o sin previsión no se prevé un resultado, existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma Dolosa como culposa el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio del orden jurídico. Por lo tanto, el dolo es la forma principal de la culpabilidad.

Ahora bien, en cuanto al Dolo hay que aclarar que una cosa es la actitud subjetiva ante un hecho y otra el contenido de valor de esa actitud: la primera es la misma para un hecho delictuoso y para un acto inocente en cuanto se refiere a la actividad psicológica , no

(3) Ignacio Villalobos, " Derecho Penal Mexicano. Parte General," 4a. ed., 1983. Ed. Porrúa, México, Pág. 133

Hay diferencia de modo y cantidad entre lo que sabe el autor de un hecho ilícito y el de uno que no lo es, el derecho no puede crear un modo psicológico distinto de lo que da la naturaleza.

Cuando en derecho hablamos de Dolo, reservamos la palabra para denominar una forma de culpabilidad y por lo tanto, puede ser entendida haciendo referencia de la criminalidad del acto. Hay que distinguir la oposición entre el concepto natural y el concepto jurídico de Dolo, el segundo esta determinado por la siguiente noción "Obrará dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito".

El dolo puede ser considerado en su noción más general como intención y esta ha de ser delinquir, o sea, causar daño; obrara con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y significación de la acción. Podemos decir, que obra con Dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible que quiere - acepta; pues su producción no le detiene en su obrar.

Entre las definiciones que existen sobre el Dolo podemos señalar las que a nuestro juicio son las más importantes: Maggiore señala que los criminalistas antiguos dijeron que el elemento de la contradicción entre el hecho y la ley no podía ser extraño al Dolo y hablaron directamente de la voluntad de violar la ley, o de la conciencia de la transgresión, este principio esta hoy consagrado con la fórmula según el tratadista Costa como : "Dolus et deliberata voluntas vilandi lege, (el Dolo es la voluntad deliberada de violar la ley)".⁽⁴⁾

(4) Ignacio Villalobos, Op. cit. pág. 132

Actualmente esta teoría es objetada por Manzini aduciendo que "nadie delinque por el solo placer de infringir la ley"⁽⁵⁾ asimismo dice el citado autor "No solo es la intención de violar la ley penal la que se toma en consideración, tal intención puede no existir (y generalmente no existe) en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. Solamente una psicología fantástica podría llevar a otra conclusión".⁽⁶⁾

Para Miguel Garcilópez, el dolo puede ser definido como: "La consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal"⁽⁷⁾ aquí en esta definición se desprende que el sujeto deberá tener conocimiento de que su acto realizado es contrario al derecho y a la voluntad libre de llevarlo a cabo.

Para Francisco Carrara los elementos constitutivos del Dolo son: La voluntad y la conciencia, es decir, representa los actores configurantes de hecho contrario al derecho, señala que: "Dolo es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley, concluyendo diremos que Carrara sólo se refiere a la voluntad de ejecutar un acto antijurídico y no a la voluntad de ocasionar un daño."⁽⁸⁾

(5) Eugenio Cuello Calón, "Derecho Penal", T.I., 8a. ed. Ed. Nacional, México 1975, pág. 371.

(6) Vicente Manzini, citado por Cuello Calón, op. cit. pág. 371.

(7) Miguel Garcilópez, "Derecho Penal: Parte Gral." 1a. ed., Ed. Reus, Madrid, 1940 pág. 142.

(8) Francisco Carrara, citado por Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 360

Cuando aparece la escuela criminal positiva, se nos dice señalando por Ferri; que no basta la conciencia y la voluntad, por ser elementos demasiados simples y que es preciso el análisis de la voluntad la intención y el fin para que exista Dolo, así dice Ferri: " Podemos disparar un revolver queriendo matar o se nos dispara casualmente, entonces no hay Dolo, para que haya Dolo de Homicidio, no basta querer; sino que tenemos que disparar con intención de matar si el disparo se hace para herir o para hacer ruido, no hay Dolo de Homicidio y todavía no basta, hay que llegar al efecto, disparamos el revolver para matar, para dar muerte por venganza o por defensa de manera que se requiere: primero la voluntad de disparar el arma segundo, la intención de matar a alguien, y tercero, el móvil de matar por venganza y no por defensa".⁽⁹⁾

Para Fernando Castellanos Tena, el Dolo consiste en "el actuar consciente o voluntario dirigido a la producción de un resultado tífico y antijurídico".⁽¹⁰⁾

Para Eugenio Cuello Calón, conciliando la teoría de la voluntad y de la representación, dice que puede definirse el Dolo como: " la voluntad conscientedirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito."⁽¹¹⁾

(9) Ferri, citado por Jiménez de Asúa, op.cit. pág. 363.

(10) Fernando Castellanos Tena. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1985, pág. 239

(11) Cuello Calón, " Derecho Penal: parte General", 9a. ed. Ed. Nacional, Méx. 1976.pág. 371.

Para Luis Jiménez de Asúa, existe el Dolo " cuando se produce un resultado, típicamente antijurídico de conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o practica".⁽¹²⁾

Según Carrancá y Trujillo, los elementos constitutivos del Dolo son: a).- Previsión del resultado ilícito, y, b).- Voluntad de causación.

Soler define el Dolo diciendo que " No solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado".⁽¹³⁾

Según Cuello Calón " El Dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso".⁽¹⁴⁾

En resumen podemos decir, que el Dolo es la voluntad dirigida a producir un resultado que es contrario a la ley.

(12) Luis Jiménez de Asúa, Op. cit., pág. 365.

(13) Sebastián Soler, "Lerecho Penal Argentino", Ed. Losada, 1956, Tomo II, pág.115

(14) Cuello Calón, Op. cit. pág. 302.

B.- TEORIAS SOBRE LA CONCEPCION DEL DOLO

Entre las doctrinas para explicar la naturaleza del Dolo se encuentran las siguientes que a nuestro juicio son las más importantes:

1.- Teoría de la Voluntad:

Los postulados fueron sostenidos sobre todo por juristas antiguos de la Escuela Clásica, principalmente entre otros por Carrara, Pessina y Carmignani. (15)

Entre las doctrinas formuladas para explicar la naturaleza del Dolo, una de las más antiguas es la considerada como la voluntad de violar la ley penal, doctrina totalmente desechada, pues nadie delinque por el solo placer de infringir la ley.

Carrara al igual que otros penalistas, defienden la denominada teoría de la voluntad, al decir que el "Dolo es la intención más o menos perfecta de generar un acto que se sabe es contrario a la ley". Según esta doctrina el Dolo es: "La intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley, por lo tanto, para esta teoría, el Dolo, no consiste en la voluntad de quebrantar la ley sino en la de ejecutar el acto que la infringe." (16) No es la intención de violar la ley penal - dice Manzini - lo que toma en consideración, tal intención puede no existir (y generalmente no existe) en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. Solamente una psicología fantástica podría llevarnos a otra conclusión. (17)

(15) Jiménez de Asúa ; Op. cit. pág. 302.

(16) Francisco Carrara, "Programa de Derecho Criminal, Tomo I", Buenos Aires, 1960, págs. 75 y sig.

(17) Manzini, citado por Guello Galón, op. cit. pág. 371.

Pessina toma en consideración para la existencia del Dolo, tres requisitos indispensables:

- 1.- Que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la existencia de un deber;
 - 2.- Conciencia de que su proceder viola el deber, y;
 - 3.- Haber obrado con libertad, para decidir violar el deber o no.
- Reunidos estos requisitos, Pessina los encuentra agrupados en dos elementos que son : 1) Que el hombre haya previsto el delito que había de derivarse de su movimiento, y 2) Que haya querido moverse. La ausencia del primer elemento, excluye para este Jurista, la determinación de la violación y la ausencia del segundo trae como consecuencia, la falta de violación de la acción. Pessina declara: "Por esto es constante afirmación de los escritos de la ciencia penal que un evento contrario al derecho y derivado del efecto físico no puede en rigor referirse a él, sino la ha querido." (18)

Luis Jiménez de Azúa señala: " Los más viejos autores solo habían percibido la teoría de la voluntad y por eso definieron al Dolo en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado; por ejemplo, se trata de un homicidio Doloso cuando un sujeto se propone dar muerte a otro; y pone cuantos medios son posibles de su parte, para que la muerte de aquel se produzca queriendo el resultado." (19)

(18) Pessina, "Elementos del Derecho Penal", Madrid, Ed.Reus, 1936, pág. 334. Citado por Ignacio Villalobos, "Derecho Penal Mexicano Parte General", 4a. ed. Ed.Porrúa, México 1983, pág. 133

(19) Ignacio Villalobos, op. cit. pág. 133.

Para la escuela clásica "El Dolo fue la suma de dos factores: Voluntad de ejecutar la acción y conciencia de su oposición al derecho, por ello se le definió como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley(Carrara) o como querer el agente, aquel movimiento de su organismo de que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del derecho y el haber previsto éste como tal negación jurídica y como consecuencia de aquel movimiento (Pessina)". (20) Al igual que Carrara, Pessina ve el Dolo como la intención más o menos perfecta de llevar a cabo lo previsto, violando así un deber y solamente después de presentarse esa intención es posible hablar de la existencia del Dolo; identifica a este con la Voluntas sceleris (dañada intención) y para formarlo se basa en la voluntad y en la conciencia al hablar de intención, Carrara con la claridad que siempre lo caracterizó nos la define como un esfuerzo de la voluntad hacia un fin preciso en general y en especial, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito. (21)

Al examinar la teoría de la voluntad, Fontán Ballestra toma en cuenta dos requisistos que considera básicos para la formación del Dolo a saber:

- 1.- Quien realiza el acto deberá conocer los hechos y su significación (la significación habra de referirse a la naturaleza delictiva de su acción y no a la exacta consecuencia del mismo).
- 2.- El autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado, debe tener la intención de realizarlo. No se trata de haber querido la

(20) Carrancá y Trujillo. op. cit., pág. 401.

(21) Francisco Carrara, citado por Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", Vol. III, prefacio de Sebastian Soler, Ed. Temis, Bogotá, 1971, pág. 576.

acción, sino haber querido el resultado.⁽²²⁾

Beling jurista alemán, se expresa más o menos en los mismos términos que Ballestra al referirse al Dolo, considerándolo como el vicio de la voluntad que se funda en :

- a).- Que el autor se ha representado (al menos como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuricidad en su conducta y;
- b).- A lo menos se ha consentido (sino ha querido o bien se ha propuesto) esa cualidad de su conducta." ⁽²³⁾

Para el jurista Edmundo Mezger, el Dolo tiene dos elementos:

1) intelectual y 2) emocional; el primer elemento esta determinado por el conocimiento de las circunstancias no debe tomarse como tal sino en referencia a la voluntad de la acción, por ser de relevancia decisiva, pudiendose hablar asimismo del elemento emocional. El elemento intelectual para Mezger comprende el conocimiento de los hechos y la significación de ellos , y el elemento emocional abarca la voluntad de la acción; para él el simple conocimiento de los hechos no forma el Dolo, es necesario que aparezca en referencia a la voluntad de la acción del autor.⁽²⁴⁾

Algunos autores han criticado la llamada teoría de la voluntad, por ejemplo:

(22) Fontán Ballestra, op. cit. pág. 534.

(23) Beling, citado por Soler, " Derecho Penal Argentino Tomo II", Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, pág. 108.

(24) Edmundo Mezger, " Tratado de Derecho Penal", T.I, 2a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 365.

Carrancá y Trujillo dice que: como elementos del Dolo, unas teorías subrayan como el más importante, la voluntad (teoría de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teoría de la representación). Los elementos constitutivos del Dolo son en todo caso, la previsión del resultado ilícito, osea de las consecuencias de la acción y la voluntad de causación o decisión de producir un resultado. En suma elementos intelectuales y emocionales. " No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta sin previsión es ciega, la previsión sin voluntad es vana, el derecho no puede prescindir de las dos (Maggiore).⁽²⁵⁾

También Jiménez de Asúa, esta de acuerdo en que la teoría de la voluntad no basta para determinar la naturaleza jurídica del Dolo, ya que si se toma en cuenta los postulados de esa teoría, quedarían sin determinarse conceptos importantes del Derecho Pen.l como sería por ejemplo, la significación del Dolo eventual. ⁽²⁶⁾

2.- Teoría de la Representación.

En contra de la teoría de la voluntad, en la cual el Dolo consiste en la voluntad de ejecutar el acto que la infringe, surge la teoría de la representación que sostiene el conocimiento y previsión del resultado como elemento básico de Dolo. Esta teoría de la representación nació en el mundo jurídico por la dificultad de determinar un hecho o acto, como lo es querer y preferir construir la naturaleza del Dolo sobre datos externos como lo es la previsión del

(25) Carrancá y Trujillo Raúl, op.cit. pág. 400.

(26) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 308

resultado. Así para esta teoría, la representación del acto debe ser el elemento esencial del Dolo.

Jiménez de Asúa en su tratado de Derecho Penal, establece que no hay razón para buscar una tajante división entre la teoría de la voluntad y la teoría de la representación, ya que tanto Carrara como Pessina, representantes de la escuela clásica y sostenedores de la teoría de la voluntad, proporcionaron en principio la teoría de la representación, por lo tanto, el fundamento de la teoría de la representación en orden al Dolo se caracteriza por un proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se presenta el resultado que causalmente habrá de producir su conducta que finaliza creando el resultado representado.

Eugenio Cuello Calón, en cuanto a los elementos constitutivos del Dolo y refiriéndose concretamente al principio básico de la teoría de la representación o conocimiento del hecho este abarca :

- a).- La representación o conocimiento de los elementos integrantes objetivos del delito.
- b).- El conocimiento de la significación del hecho.
- c).- El conocimiento del cambio que la acción o la omisión ha de producir en el mundo exterior, es decir, conocimiento o representación del resultado.⁽²⁷⁾

Sin este conocimiento previo no puede hablarse de voluntad consciente, pues sólo puede considerarse como querida por el agente aquello que le fue previsto, al menos como posible, sin previsión no se concibe intención.

(27) Eugenio Cuello Calón, op.cit. pág. 334.

La representación previa del hecho comprende:

a).- El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho así por ejemplo en el robo el delincuente, éste debe saber que la cosa que toma es ajena, en el adulterio, que la mujer con la que se tiene comercio carnal, es casada; comprende también el conocimiento y previsión de los hechos que determinan una agravación de la pena, por ejemplo que el robo no se verifique con armas. La exigencia de este conocimiento de los hechos agravatorios surge una excepción en los delitos llamados calificados por el resultado, así denominados porque su grave resultado determina la imposición de la pena especial en su gravedad.

Pero la representación del hecho no se refiere a sus circunstancias subjetivas; así es indiferente que la gente crea erróneamente que es menor de edad penalmente y por tanto inimputable, tampoco se refiere al grado de participación en el delito, por ejemplo si obra como inductor o como cómplice, ni al desarrollo alcanzado por el hecho, por ejemplo si comete una tentativa o delito consumado.

b).- La representación del sentido del hecho comprende: el conocimiento de su significación respecto al orden jurídico, es decir, el conocimiento de la antijuridicidad del acto. Sobre este punto se sostienen las siguientes opiniones: Brindley, Mezger, Belling, Maggiore exigen como elemento del Dolo, la conciencia de la ilicitud; otros como M.E. Mayer, Liszt, y Schmidt exigen la conciencia de la violación del deber, la cual debe entenderse, no en sentido jurídico, sino cultural.

Una tercera opinión es la que exige el conocimiento o desconocimiento culposo de la antijuridicidad o de la violación del deber (V. Hippel, Frank) y por último un cuarto grupo rechaza la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la intención, Liszt principalmente, es quien sostiene esta opinión, según ellos, obra con intención el que comete la infracción con conciencia y voluntad,

aún cuando falle en el agente la conciencia de obrar contra el derecho.

Pero lo anterior no significa que la gente deba conocer su acto constituya la figura del delito definido en algún artículo del código penal y que conozca la pena conminada, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido, de no ser así, como señala Jiménez de Asúa, sólo los abogados serían capaces de Dolo tratándose de hombres normales, no es posible que procedan a la ejecución de la mayoría de los delitos (robos, homicidios etc), sin que su conciencia les advierta la calidad moral de estos hechos y su contradicción con el orden jurídico.

"La representación del hecho abarca también el resultado (su conocimiento) de la acción al efecto (daño o peligro) que causará o podrá causar en el mundo exterior la acción u omisión del agente. Pero no basta con que el efecto sea previsto, es menester que sea querido por el agente y constituye el fin al que tiende la acción. Por lo tanto, el agente que obra con Dolo, deberá representarse los daños o el peligro que pueda provenir de su conducta y proponerse los como meta o finalidad de éste."⁽²⁸⁾

3.- Teoría de los motivos o móviles.

Por influencia de la escuela positiva Italiana, surge la teoría de los motivos, que pretende construir el Dolo con independencia de la voluntad y de la representación.

Ferri llega a basar en el móvil la esencia del Dolo, hasta el punto de que si el agente comete un delito, y los móviles son egoístas, todo queda reducido a una contravención de policía.

(28) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 162 y sigs.

Entre los defensores de esta teoría se encuentran Florian y los escritores alemanes Thomson, Friedrich, Palls, Meisner, Von Calker, etc. Carmignani reconoció al móvil toda su trascendencia cuando afirmó que la ausencia de él debía inducir al Juez a negar la existencia del delito.

En 1945 se ocupa de los motivos determinantes del delito, el profesor Eusebio Gómez en un trabajo que aparece en el primer número de su revista de Derecho Penal en el que destaca el papel del motivo en la intensidad del Dolo, pero lo interesante es determinar la esfera de influencia de los móviles en el Dolo, sin hacernos secuaces de las exageraciones Ferreanas. El motivo no puede ser el único fundamento de la culpabilidad, piénsese en el ejemplo de Alimena en el que un hombre da muerte a una huérfana hermana para sustraerla de su posible corrupción. Comprobada de la existencia de semejante motivo o se trata de un caso de evidente peligrosidad, que el móvil no anula, o de un ser enajenado y entonces ya no se trataría de ausencia de Dolo sino falta de razón y ya sería un problema de inimputabilidad. (29)

Para Carrancó y Trujillo, se requiere para la existencia del Dolo: voluntad, intención y fin, dice: " la intención es el motivo de la acción"... y sigue diciendo "... El porque la intención, es el motivo determinante que debe ser juzgado a la luz de la sana moral y de la utilidad social por el juez; la intención corresponde al fin inmediato del acto, esto es, el efecto que la gente se propuso y trató de conseguir al querer un hecho, en suma, el fin inmediato anterior al delito (se quería matar, herir, robar, etc) el motivo psicológico o determinante, el móvil en fuerza del cual se cuere aquel acto, el motivo que impulsa éste, el fin lejano o remoto (se mata por odio, por venganza, por amor)." (30)

(29) Eusebio Gómez, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1940, pág. 361.

(30) Carrancó y Trujillo Raúl op. cit. pág. 400.

El criterio que sostiene Ferri llevaría a la consecuencia inevitable o inadmisibles de la irresponsabilidad de los delincuentes guiados por móviles elevados, pues no serían peligrosos.

" El móvil o motivo, debe entenderse con el íntimo determinante del hecho, no puede identificarse con el carácter del delincuente considerado como modo específico de reacción de un individuo (M.E. Mayer) pues los móviles que puedan inspirar un delito, no corresponden siempre al carácter de su autor. Tampoco como hace Ferri, con el fin del acto, el cual es el resultado remoto que se aspira a obtener, pero no debe darse un valor excesivo a la estimación del motivo, porque no siempre es fácil determinar el motivo de un hecho". (31)

Para Cuello Calón " El Dolo no es sólo previsión del hecho, sino también voluntad de ejecutarlo, voluntad que esta dirigida a un determinado fin. Pero el fin o motivo de la acción cualesquiera que sea su carácter social o antisocial, es ajeno al Dolo y no puede confundirse con éste y por esta razón no es posible admitir la opinión de Ferri, para quien el concepto de Dolo, no sólo se integra con la concurrencia de la voluntad, sino además con la de su específico fin o motivo, el Dolo, según este autor, consiste en la intención de lesionar el derecho con un fin antisocial y antijurídico, y continúa... " El dolo no puede considerarse el fin propuesto como elemento esencial de la noción de Dolo. El fin o el móvil de la acción para Ferri son sinonimos, solo puede ser apreciado para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente. Tal es el criterio seguido por los códigos y proyectos legislativos modernos que los toma en cuenta para agravar o atenuar la pena, pero ninguna la estima como elemento fundamental de la culpabilidad"(32)

(31) Cuello Calón, op. cit. pág. 374.

(32) Ferri, citado por Cuello Calón, pág. 374.

Tratando las funciones del móvil, Luis Jiménez de Asúa, señala cuatro que son:

- 1.- El móvil debe servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito.
- 2.- La calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y condición psicológica del delincuente.
- 3.- La calidad de los motivos actúa con eficacia en cuanto a la elección del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes, es decir, que actúa como criterio esencial en la elección de la pena y;
- 4.- Cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto toda huella de temibilidad, puede excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidirse que no procede la aplicación de medida defensiva alguna porque sería superflua. (33)

Se dice que los motivos no tienen influencia alguna sobre la esencia del Dolo, es decir, sobre la voluntariedad del hecho, si no que se refieren al grado de íntima moralidad del agente.

Por lo tanto, el peor de los delincuentes puede cometer ocasionalmente un delito inspirado en motivos no inmorales y que un individuo, nada peligroso, puede cometer, accidentalmente, un delito bajo impulso de motivos inmorales.

En nuestro derecho, se dispone que deben tomarse en cuenta los motivos que impulsaron al sujeto a delinquir para señalar la adecuada sanción. El artículo 52 Fracción I del código penal vigente señala al respecto. " En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: II. "La edad, la educación, la ilustración, las costumbres; y la conducta procedente del sujeto, los motivos que

(33) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 367.

lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas"...

En ocasiones la ley penal incluye en los tipos los motivos determinantes, así por ejemplo : " Para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, en el de calumnia (art. 356 fracc. III del código penal), los motivos consignados en el tipo legal constituyen un Dolo específico, que requiere ser probado" (34)

4.- Teoría del Consentimiento o asentimiento.

De la pugna existente entre la teoría de la voluntad y la de la representación surge la teoría del consentimiento o asentimiento como una doctrina conciliadora entre ambas posturas.

Esta teoría basa el Dolo en la actitud del autor frente a la representación del hecho típico, es decir, afirma que debe estimarse como querido con Dolo el hecho considerado como posible, en tanto que el agente otorga su consentimiento al resultado.

Carrancá y Trujillo al tratar de las teorías que configuran los elementos del Dolo que: " Elementos constitutivos del Dolo son en todo caso, la previsión del resultado ilícito, osea de las consecuencias de la acción y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado". (35) Este jurista aunque indirectamente es partidario de la teoría del asentimiento o consentimiento, puesto que al hablar de previsión del resultado, se refiere a la teoría de la representación y al destacar la decisión de producir ese resultado, habla de la teoría de la voluntad.

Los tratadistas Cuello Calón y Jiménez de Asúa señalan que: " la

(34) Carrancá y Trujillo Raúl, op. cit. pág. 402 y 403.

(35) Carrancá y Trujillo , op. cit. pág. 400.

noción del Dolo no puede construirse sobre estos conceptos aislados, voluntad y representación pueden darse la voluntad sin la representación así como la representación sin la voluntad, no basta que el agente prevea como consecuencia cierta o posible de su conducta un resultado contrario a la ley, es necesario que el resultado sea voluntario; esta noción debe elaborarse sobre ambos conceptos conjuntamente; por lo que deben unirse la teoría de la voluntad y la teoría de la representación". (36)

Sebastián Soler establece que esta doctrina concibe al Dolo en función de la voluntad y la inteligencia; afirma Beling que para la existencia del Dolo, no consiste en la representación pura y simple, sino en la actitud del sujeto frente a ésta, esta conducta puede escalonarse en una serie de grados que van desde la intención directa e inmediata de la voluntad de causar el resultado previsto hasta el asentimiento subjetivamente prestado a un resultado que se prevee sólo como posible o probable; por lo tanto sea cual sea el motivo, el límite mínimo de Dolo estará dado por el asentimiento subjetivamente prestado ante la previsión de las consecuencias al emprender la acción. (37).

(36) Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Autores citados.

(37) Sebastián Soler, " Derecho Penal Argentino", Ed. Losada, 1956
pág. 87.

CAPITULO II ELEMENTOS DEL DOLO.

A.- DIVERSAS OPINIONES SOBRE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DOLO.

En este capítulo nos ocuparemos de analizar los elementos intelectuales y emocionales que constituyen el Dolo, los cuales son importantes para determinar las especies dolosas.

El Dolo esta integrado por dos tipos de elementos : 1) intelectual y 2) emocional o afectivo. El elemento intelectual reside en la representación del hecho y su significación. El elemento emocional o afectivo consiste en la voluntad de ejecutar el hecho y en la conciencia de producir el resultado. Para la existencia del Dolo es necesaria la concurrencia del elemento intelectual y del elemento afectivo o emocional, si falta alguno de ellos no puede hablarse de Dolo.

Pessina admite dos elementos del Dolo: ⁽³⁸⁾

- 1.- Que el hombre haya previsto el delito, consecuencia de su movimiento, y;
- 2.- que haya querido moverse.

Para este autor, afiliado a la Escuela Clásica y a la Teoría de la Voluntad, la ausencia del primer elemento destruye la determinación de la voluntad y la falta del segundo, trae como consecuencia la ausencia de contenido volitivo y de la acción.

Maggiore señala al igual que Pessina que los elementos del Dolo son:

- 1.- La previsión (o representación del resultado);
- 2.- La violación de él, agregando que si falta alguno de estos elementos, no puede hablarse de Dolo.

(38) Pessina, " Elementos de Derecho Penal", Ed. Reus. Madrid, 1956 pág. 334.

Uno de los autores que consideran tres elementos para la existencia del Dolo es Von Liszt, quien es defensor de la Teoría de la Representación, para él los elementos son: ⁽³⁹⁾

- a) La representación de los hechos y circunstancias del acto;
- b) La previsión del resultado;
- c) La representación de la causalidad del acto, para los delitos de comisión y la representación del no impedimento del resultado en los delitos de omisión.

También señala la necesidad de tomar la significación del hecho para poder concluir una noción de Dolo dentro del Derecho Penal.

Para Beling, son tres elementos que concurren a la formación del Dolo: "parte de la voluntad sin desconocer la representación en la formación del Dolo y la conciencia de la antijuridicidad, a la cual considera indispensable para la formación de dicho concepto. señala que "el agente es consciente de la antijuridicidad, cuando sabe que conforme a nuestro orden jurídico, no debe actuar así" ⁽⁴⁰⁾

En síntesis, para Beling, son elementos del Dolo:

- 1.- La representación del hecho;
- 2.- Su significación antijurídica, y;
- 3.- La intención o voluntad de llevarlo a cabo.

(39) Franz Von Liszt, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Reus. 2a. ed. Madrid, 1927, pág.154.

(40) Beling. "Esquema de Derecho Penal", lla. ed. Buenos Aires, 1944, pág.77

Miguel Garcilópez, señala que los elementos del Dolo son dos:(41)

- 1).- La representación o volición del hecho (elemento intelectual).
- 2).- La volición del mismo (elemento volitivo).

El primero, el intelectual consta del conocimiento de la acción del resultado y la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado.

Para la mayor parte de los autores no basta el conocimiento del hecho, sino que es necesario conocer su significación contraria a la ley (Carrara, Binding) antijurídica (Mezger, Maggio etc), antisocial (Von Liszt) o contrario al deber (Beling).

Asimismo, " Garcilópez señala que no falta quien sustituya a este conocimiento por la simple posibilidad de conocer que el hecho tenga significación antijurídica o sea contrario al deber (Merkel, Mayer, Frank Hippel); ni quien prescindiera de investigación en vista de que los delitos representan violaciones de la moral mínima , conocida a todos y constituyen lesiones o peligros para los intereses o derechos de otros, por lo cual no es admisible que un individuo dotado de capacidad en derecho penal, al cometer un hecho previsto por la ley como delito, pueda proceder sin tener por lo menos duda sobre la legitimidad del mismo". (Manzini)⁽⁴²⁾

(41) Garcilópez. " Derecho Penal"; 1a. ed. Ed. Madrid, 1940, pág. 142

(42) Manzini, citado por Garcilópez. op. cit. pág. 142.

Para el Profesor Eusebio Gómez, el Dolo se integra por dos elementos: voluntad de ejecutar el acto y previsión de su efecto, de esta forma se configura la acción psíquica, dentro de la concepción Ferreriana un contenido conceptual amplísimo que no se identifica con el elemento subjetivo de Dolo, ya que comprende la intención delictiva y además la voluntad.

Por otra parte Castellanos Tena sostiene la existencia de dos elementos constitutivos de Dolo, al respecto señala lo que sigue:

"El Dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El Dolo ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, el volitivo o psicológico, que consiste en la voluntad de realizar el acto, en la volición del hecho ético."⁽⁴³⁾

El maestro español Jiménez de Asúa señala como elementos del Dolo: "El conocimiento del hecho y su significación antijurídica y la voluntad de realizarlo, o sea tanto la acción como el resultado, así define el Dolo: existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de las circunstancias de hecho y la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."⁽⁴⁴⁾

(43) Fernando Castellanos Tena, "Lineamientos elementales de Derecho Penal", 11a. ed. Ed. Porrúa, México 1984, pág. 239

(44) Luis Jiménez de Asúa, "La ley y el Delito", Ed. Sudamericana, 8a. ed., Buenos Aires, 1978 pág. 365.

En cuanto al primer elemento, el conocimiento del hecho (intelectual o ético), comprende tanto el conocimiento del hecho en su aspecto material como el conocimiento de la significación anti-jurídica del propio hecho.

El citado jurista Jiménez de Asúa, considera que tiene característica esencial el elemento ético para la estructuración del Dolo, y la objeción de que sólo los técnicos del derecho sean capaces de tener tal conocimiento de los hechos, es falsa, ya que dicho conocimiento debe ser de una manera eminentemente profana y no técnica; dice de manera textual: "La objeción antes recordada, de que sólo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo y que también podría invocarse, en cuanto al conocimiento de la anti-juridicidad, queda desprovista de valor si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y anti-jurídico.

Todos, aún los más ignorantes en mecánica, por ejemplo, sabemos lo que es un automóvil, aunque no es un conocimiento profundo como el técnico; pues bien, debemos exigir como elemento del Dolo, el conocimiento de la naturaleza de los hechos y su significación jurídica de esa manera no técnica con la que se han salvado todos los escollos"⁽⁴⁵⁾

De la definición que establece que el Dolo establece que el Dolo es "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito" señalado por Eugenio Cuello Calón, encontramos, además del elemento volitivo, otro elemento, el intelectual, dice el mencionado jurista: "En el Dolo, además del elemento intelectual, constituido por la representación o conocimiento de hecho, así pues son dos los elementos constitutivos del Dolo:

(45) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 365.

a).- Previsión o conocimiento del hecho;

b).- Su volición.

Es menester dice Cuello Calón, la concurrencia de ambos, si falta alguno de ellos no es posible hablar de Dolo".⁽⁴⁶⁾

Carrancá y Trujillo señala que para la existencia del Dolo también elementos intelectuales y elementos emocionales, el elemento intelectual es el conocimiento y previsión del resultado ilícito; según los tipos, los elementos componentes del resultado pueden ser objetivos, subjetivos no normativos; así por ejemplo, en el caso del parricidio, el conocimiento del parentesco con el pasivo (art. 333 del Código Penal para el Distrito Federal).

Por último también la previsión de que el hecho no está excluido de responsabilidad o sea que es injusto, pues la no previsión da lugar al erro juris.

Asimismo, es elemento intelectual del Dolo, el conocimiento de que el resultado es ilícito, es decir, conocimiento de la antijuridicidad del acto; también es elemento intelectual, la contemplación de todas las consecuencias objetivas de la acción.

El elemento emocional, para este jurista mexicano, esta determinado por la intención dañada de ejecutar un acto contrario al derecho.

La mayoría de los autores que hemos citado, estiman que el elemento intelectual en el Dolo, se constituye por estos elementos:

a).- Representación de los hechos, y;

b).- Significación de los hechos.

(46) Eugenio Cuello Calón, "Derecho Penal", T.I, 8a. ed. Ed. Nacional, México, 1971, pág. 372.

Edmundo Mezger afirma: " El actuar Doloso exige conocimiento y previsión de los hechos fundamentadores de la pena"⁽⁴⁷⁾ Es decir, podemos establecer una acción, es decir dolosa, sólo cuando quien la ejecuta tiene pleno conocimiento de los hechos que se hayan dentro del tipo legal y que dicho autor debe representarse el resultado final, es decir, que el sujeto debe prever la realización de causalidad entre el resultado de dicha acción y la realización de la misma. Lo anterior no significa, sin embargo, que el agente se represente sólo el acto último, consecuencia de su acción, si no que debe representarse todos los actos intermedios que van desde la acción al propio resultado, o sea que el sujeto no sólo se debe representar el hecho tal como se dará como consecuencia de su acción, si no además, debe en su previsión, tener presente la cadena de circunstancias causales las que habrán de concurrir para producir en última instancia el resultado que brevemente se ha representado y se ha querido ya que en determinados casos el error hace que la actuación no sea dolosa, podemos señalar por ejemplo; que cuando se comete un error ya sea en el objeto o en la persona, no significa una desviación esencial en el fin representado, la actuación del actor es considerada como dolosa, sirva de ejemplo cuando una persona, confundiéndolo contra el quería atacar, es en este caso la actuación sigue siendo dolosa, porque el error no destruye los elementos esenciales del Dolo; con este ejemplo lo que queremos es reafirmar el criterio expuesto anteriormente de que no se destruye el Dolo cuando el error es accidental, es decir, porque no hay desviación esencial del proceso causal representado por el agente.

(47) Edmundo Mezger, "Tratado de Derecho Penal" T.I, 2a. ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 572.

no hay desviación esencial del proceso causal representado por el agente.

El maestro Carrancá y Trujillo, al referirse a lo tratado en este párrafo establece: " también constituye elemento intelectual el conocimiento de que el resultado querido es ilícito, o sea, que se tiene una significación antijurídica, es injusto. No quiere esto decir, que se conozcan todos los elementos constitutivos del tipo legal de delito como lo quería Carrara, pues basta con conocer que la acción está prohibida, o sea que tiene una significación antijurídica, es ilícita." (48)

Cuello Calón establece que: "el conocimiento o representación del hecho abarca:

La representación o conocimiento de elementos objetivos integrantes del delito, así por ejemplo, en el hurto, el delincuente debe saber que la cosa que se toma es ajena.

La representación del hecho no se refiere a sus circunstancias subjetivas, así es indiferente que el agente crea erróneamente que es menor de edad penalmente y por lo tanto inimputable, o que gozando de salud mental, se crea enajenado, tampoco se refiere al grado de participación en el delito ni al desarrollo alcanzado por el hecho." (49)

b) El significado de los hechos:

Para que el actuar del agente sea Doloso, no basta sólo el conocimiento de los hechos.

(48) Carrancá y Trujillo. op. cit. pág. 407.

(49) Cuello Calón, op. cit. pág. 375.

Mezger afirma que : "El sujeto debe haber conocido la significación de las diversas características del tipo, dando a entender con ello que cuando atusa de un demente, ese alguien se da perfecta cuenta y es consciente de que su víctima está perturbada de sus facultades mentales, y para ello no es necesario el conocimiento de los síntomas de ese caso patológico ni tampoco el diagnóstico respectivo, ya que se da cuenta de la significación de las características del tipo." (50)

En cuanto al conocimiento de que viola el deber, algunos de los autores están de acuerdo en que es necesario que el sujeto tenga conciencia del tipo al cometer un acto Doloso; de admitir esto forzosamente tendríamos que aceptar que quien cometiera un delito debe saber que éste se encuentra plasmado en tal o cual artículo esto presuponería delito, que sólo actuarían Dolosamente quienes conocieran la ciencia jurídico-penal, entre los pensadores que siguen esta doctrina se encuentran entre otros, Belling, Binding, Mezger, etc;

Por otro lado, M.E. Meyer Schidt, que juzga indispensable que exista la conciencia de la antijuridicidad como elemento ético del Dolo, y desde este punto de vista toda persona que cometiera un hecho delictuoso obrando con Dolo, debería saber que era antijurídico.

Cuello Calón establece que la representación del sentido del hecho que comprende el conocimiento de su significación respecto del orden jurídico, es decir, el conocimiento de la antijuridicidad del acto. Más esto no significa que el agente deba conocer que su acto constituye la figura del delito definida en tal o cual artí-

(50) Edmundo Mezger. op. cit. pág.573

culo del Código, ni que conozca la pena conminada, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido. Tratándose de hombres normales, no es posible que procedan a la ejecución de la mayoría de los delitos sin que su conciencia les advierta la calidad moral de estos hechos y su contradicción con el orden jurídico. Esta es la conciencia para que pueda hablarse de la existencia del Dolo." (51)

En consecuencia podemos concluir, que como la antijuridicidad de la conducta o del hecho es característica esencial del delito, resulta evidente que, para que la actuación resulte Dolosa, el agente debe tener entendimiento de la significación antijurídica del acto que ejecuta, de ahí que se afirma que no basta la representación del hecho o su conocimiento, sino además que se tenga conciencia de la ilicitud, pero esta conciencia de actuar contra el deber, debe entenderse cuando se dirige, de acuerdo con su naturaleza, contra las normas del Derecho, y no en un sentido no jurídico, como oposición a los mandamientos de la moral, la cultural, la ética, las costumbres, etc., a pesar de que a menudo se confunden éstas con aquellas.

Otros autores sostienen que no es requisito para la existencia del Dolo la conciencia de la antijuridicidad del acto, criterio que no aceptamos, ya que con ello se renuncia también al Dolo como forma de la Culpabilidad, ya que ésta no puede concebirse sin un conocimiento de la significación. Para la existencia del Dolo sí es necesario el conocimiento de la antijuridicidad del acto, mas no el conocimiento de la punibilidad del mismo, en virtud de que no es necesario que el agente sepa la realización de su acto constituye determinada figura del delito descrita en la ley y que contiene determinada penalidad, sino que es suficiente que sepa que ha cometido un acto violatorio de un interés jurídicamente prote-

(51) Cuello Calón. *op.cit.* pág.373.

gido, es decir, conciencia de lo que ha realizado.

En cuanto al elemento volitivo o emocional, podemos decir lo siguiente: El Dolo requiere no sólo del conocimiento de los hechos y de su significación antijurídica, sino también de la concurrencia del elemento volitivo o emocional, identificado con la voluntad.

Luis Jiménez de Asúa establece que, a pesar de que la teoría de la Voluntad es la más sencilla, y en orden cronológico de aparición la más antigua, no basta ella sola, es necesario apoyarse en la Teoría de la Representación, así en la escuela Clásica con Carrara, encontramos que el Dolo, no es sino la voluntad de causar un daño, sino el de ejecutar un acto; aparece después la Escuela Criminal Positivista y Ferri nos dice que no basta la conciencia y la voluntad sino que es necesario el análisis de la voluntad, la intención y el fin para que exista el Dolo. Sepuede disparar un revólver queriendo matar o se nos dis'ara causalmente, el acto es el mismo, pero diferente en cuanto al problema Doloso, ya que se nos dispara causalmente no habrá dolo, pero para que haya Dolo de Homicidio, no baste solo dispararlo, sino que tenemos que hacerlo con la intención de matar por venganza o por defensa, de manera que para que exista Dolo de Homicidio es necesario primero, afirma textualmente el citado tratadista, " Hemos dicho que a nuestro juicio debet unirse la Teoría de la Voluntad y de la Representación, para que el elemento afectivo del Dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del Dolo propiamente dicho. Hemos repetido que el enajenado y el menor obran con voluntad, aunque no con Dolo. Del mismo modo debemos separar deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera, y, aunque obtengamos el resultado, puede estar éste blóso. Ello se ve muy bien en el ejemplo que se haya en los casos de Von Franz Liszt. Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica

lo fulmine. Si el rayo le mata, no podríamos, ciertamente construir un homicidio Doloso. En suma, el deseo no puede identificarse con el Dolo. De igual modo un sujeto no puede desear la muerte de otro más por estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por Dolo si inexorablemente se produce." (52)

Cuello Calón nos dice que: " Dolo no es sólo previsión del hecho sino también voluntad de ejecutarlo, voluntad que está dirigida a un determinado fin, pero este fin o motivo de la acción cualquiera que sea su carácter social o antisocial, moral o inmoral es ajeno al Dolo y no puede confundirse con éste." (53)

Asimismo, con plena conciencia el sujeto está en condiciones para actuar, en virtud de su libertad de acción, impulsado por un querer arbitrario tratándose de conductas motivadas por esos querer, hablamos de acciones y omisiones, plenamente voluntarias nacidas del consciente. Esta misma idea aplicada en el ámbito del Dolo, nos lleva a precisar que la voluntad tiene como contenido, en esta especie de culpabilidad, la representación previa del sujeto del hecho que se desea realizar, de su significación y de su actuar como consecuencia de ese poder de criterio para realizarlo o no, aquí aclaramos que cuando hablamos de la voluntad de la acción damos a esta última un sentido lato, comprensivo tanto de la acción en sentido estricto, como de la omisión, es claro que el contenido de la voluntad no puede ser otro, sino el conocimiento de los hechos y de su significación anti-jurídica. De acuerdo con las ideas expresadas anteriormente, se dice que un sujeto actúa Dolosamente cuando no solamente se ha representado y por lo tanto conocido la significación material del hecho, sino además cuando ha

(52) Luis Jiménez de Asúa. op. cit. pág. 353.

(53) Eugenio Cuello Calón. op. cit. pág. 374.

prolongado el conocimiento material a la estructura letal de la figura delictuosa para comprender la ilicitud de la misma. Hay voluntad cuando el sujeto actúa y omite intencionalmente previa representación y modificación del fin, así en el Dolo siempre se requiere una representación previa del hecho y por otro lado la conciencia de la ilicitud del mismo, para poder dirigir la acción o la omisión a ese fin predeterminado.

B.- CLASIFICACION DEL DOLO .

Diversos criterios han seguido las variadas clasificaciones que se hacen al Dolo, en las que se habla de "Dolo genérico", "Dolo específico", y aun "Dolo especialísimo", aludiendo como género al que exige para todos los delitos y que consiste en voluntad consciente referida a la realización del tipo.

Desde otro punto de vista se habla de "Dolo de propósito", "de ímpetu", "inicial", y "subsequens" o "sobreentendi", etc.

Por lo tanto, diversos criterios han regido las variadas clasificaciones que se hacen al Dolo:

- 1.- Una alude como género al que se exige para todos los delitos y que consiste en voluntad consciente referida a la realización del tipo:
 - Dolo genérico;
 - Dolo específico, y;
 - Dolo especialísimo.
- 2.- Desde otro punto de vista se habla de Dolo de propósito, de ímpetu, u subsequens o sobrevenido, etc.
- 3.- Como consecuencia de su definición y por tanto de los elementos constitutivos: intelectual y emocional, se distinguen en:
 - Dolo directo, y;
 - Dolo indirecto.
- 4.- Quienes dan preponderancia al conocimiento como factor en el Dolo llaman directos a todas las especies del mismo en que se sabe ocurrirá un daño.

Frente a todas las subespecies del que llaman Dolo directo sólo consideren al Dolo eventual en que no se sabe con seguridad si se

producirá el resultado que luego puede caracterizar el delito, sino que se comprende solamente que pueda ocurrir.

5.- Quienes reconocen que el Dolo es eminentemente una voluntad como señala Villalobos. Así se clasifica en :

a).- Dolo directo.- aquel que en su voluntad se encaminadirectamente con el resultado o acto típico.

b).- Todos los demás casos en que la voluntad no busca o no se propone un resultado que luego se produce, sino que el agente sabe que se va a producir y lo admite puesto que ejecuta el acto causal y consciente de todas las posibilidades con tal de llevar su conducta, llevan consigo un Dolo indirecto en cuanto al delito constituido por este resultado no querido pero si consentido en su realización. En esta clase de Dolo hay que distinguir varias subespecies:

- Hay Dolo simplemente indirecto cuando el agente se propone un fin y comprende que por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados anti-jurídicos que no sean el objetivo de su voluntad.
- Hay Dolo indeterminado cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado, sino sólo causar alguno para fines ulteriores.
- El Dolo eventual existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros diversos o mayores.

Asimismo otros autores señalan otras clasificaciones de Dolo:

Por ejemplo Gimbernat Analeig propone la siguiente clasificación de Dolo:

1.- Dolo directo de primer grado: el resultado es el fin que el agente proponía.

- 2.- Dolo directo de segundo grado: quiere decir que el resultado no es el fin de la acción del sujeto, incluso podría decirse que no quiere el resultado; pero sabe que va vinculado necesariamente a lo que persigue de manera directa, y;
- 3.- Dolo eventual: el último grado de Dolo es el eventual más allá de él, empieza la imprudencia.

Mientras que sobre el contenido de Dolo de primer grado existe una cierta unanimidad, varias teorías se disputan sobre cual es el auténtico dolo eventual.

Otra clasificación de Dolo señala las siguientes especies:

- " 1.- Dolo directo: cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión o los resultados ligados a ella de modo necesario.
- 2.- Dolo indirecto o eventual: en esta clase de Dolo entran dos elementos: a) previsión de un resultado dañoso que no se quiere directamente; b) aceptación de ese resultado.
- 3.- Dolo premeditado: es caracterizado por la perseverancia en la mala voluntad y la frialdad de ánimo.
- 4.- Dolo simple: Dolo que llamaríamos normal.
- 5.- Dolo afectivo o de ímpetu: es el Dolo irreflexivo en el que la acción sigue inmediatamente al surgimiento de la intención.
- 6.- Dolo inicial: el existente antes de la consumación del delito, siendo culpable el agente aún cuando antes de ese momento cambie de propósito.
- 7.- Dolo subsiguiente: cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo del delito surge en él la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso? (55)

Raúl Carrancá y Trujillo en su libro de Derecho Penal, señala como clasificación del Dolo a la siguiente: (56)

- 1.- Dolo genérico: consiste en la voluntas sceleris o dañada intención que se presume en materia penal.
- 2.- Dolo específico: es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; no se presume sino debe probarse, correspondiendo su prueba al Ministerio Público.
- 3.- Dolo directo e indirecto: cuya diferencia esencial radica en que uno el resultado corresponde a lo previsto y querido por el sujeto y en el otro el resultado corresponde a los previstos pero no queridos, llamado éste último Dolo mediato o de segundo grado.
- 4.- Dolo indeterminado: que se refiere a una intención indirecta.
- 5.- Dolo eventual: para Carrara se tiende a lesionar un derecho ajeno y se prevé además, la posibilidad de lesionar otro más ocasionándose así un daño consecutivo; pero sin la voluntad positiva de causar éste último resultado.

Para Frank, en el Dolo eventual el sujeto se representa como posible, la producción del resultado y esperando que no ocurrirá no se prescinde de desarrollar la acción.

Jiménez de Asúa señala que los Clásicos acostumbraron a distinguir el Dolo por su intensidad y duración, en Dolo de ímpetu y pasional; Dolo repentino; Dolo con simple deliberación y Dolo premeditado. Salvo este último, los demás encierran arduos problemas de técnica.

Los italianos distinguieron el Dolo en directo, indirecto, alternativo y eventual, B. Alimena, entre los más conocidos adapta esta clasificación. Pero ni logra claridad ni puede ser aceptable el impreciso concepto de Dolus Eventualis que nos ofrece.

(56) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit. pág. 403 a 404

" En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de Dolo:

- a).- Dolus Directus;
- b).- Dolo con intención ulterior, mal llamado "Dolo específico";
- c).- Dolo de consecuencias necesarias, y;
- d).- Dolo eventual.

El Dolus directus es propiamente el que hemos definido antes y significa el tipo de Dolo que nos sirve de comparación para las demás clases.

El Dolo con intención ulterior, al que los viejos autores denominan Dolo específico, es el que lleva en sí una intención calificada, a la que los alemanes llaman " Abschit ". A nuestro juicio, no puede hablarse de Dolo específico porque es imposible el mal llamado Dolo genérico, Todo Dolo, al conectarse con la imagen rectora del tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad.

"El llamado Dolo con intención ulterior, es el que expresa un fin, así como el animus para ciertos delitos exigen, no son propiamente Dolos con intención ulterior, sino elementos subjetivos de lo injusto." (57)

Villalobos divide al Dolo en las siguientes especies:

Dolo directo: es aquel en el cual la voluntad del agente se encamina al resultado o el acto típico.

Dolo indirecto: es aquel en que el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y anti-jurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal, de lograr el propósito recto de su conducta.

(57) Luis Jiménez de Asúa. op.cit. págs. 365 y 366.

El Dolo indeterminado: si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

Dolo eventual: cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Esta clase de Dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido y del indeterminado, en que existía la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo.

En resumen las clases de Dolo serían las siguientes:

Directo: el resultado coincide con el propósito del agente.

Indirecto: el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Indeterminado: intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Eventual: se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros resultados no queridos directamente.

Asimismo otras clases de Dolo son:

Dolo premeditado: es caracterizado por la perseverancia en la mala voluntad y la frialdad de ánimo.

Dolo simple: Dolo que llamaríamos normal.

Dolo afectivo o de ímpetu: es el Dolo irreflexivo en el que la acción sigue inmediatamente al surgimiento de la intención.

Dolo inicial: es el existente antes de la consumación del delito siendo culpable el agente aún cuando antes de ese momento cambie de propósito.

Dolo subsiguiente: cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito surge en él la voluntad anti-jurídica de realizar un hecho delictuoso.

Jiménez de Asúa, señala que deben distinguirse cuatro clases de Dolo:

- 1.- Dolo directo;
- 2.- Dolo con intención ulterior;
- 3.- Dolo de consecuencia necesaria;
- 4.- Dolo eventual.

El Dolo directo según Jiménez de Asúa sirve de comparación para las demás clases de Dolo.

El Dolo con intención ulterior lleva en sí una intención calificada en el que expresa un fin.

El Dolo de consecuencias necesarias, Jiménez de Asúa lo explica así: podemos no desear un resultado, pero si lo queremos se liga a otro efecto, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro deseo, es realizar éste, tenemos que acatarlas otras consecuencias delictuosas, que entran así en nuestra intención.

En relación al Dolo eventual que anteriormente se expuso cabe señalar que Jiménez de Asúa dice que "existe cuando el sujeto se presenta la posibilidad de un resultado que no desca, pero cuya producción ratifica en última instancia, desde luego afirma el citado autor pertenece al territorio del delito intencional".⁽⁵⁸⁾

En conclusión los criterios que se han seguido para la clasificación del Dolo son:

(58) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. págs. 365 a 370.

- Atendiendo al género que se exige para todos los delitos que consiste en la voluntad consciente referida a la realización del tipo.
- Desde otro punto de vista se habla de Dolo de propósito, de fin-peta, inicial y sobrevenido, etc.
- Como consecuencia de su significación y por tanto de sus elementos constitutivos, intelectual y emocional la distinción que se impone es la del Dolo directo o indirecto.
- Quienes dan preponderancia al conocimiento como factor en el Dolo, llaman directo a todas las especies del mismo en que se sabe que ocurrirá un daño y sólo distinguen entre las subespecies del Dolo directo al Dolo eventual en que no se sabe con seguridad si se producirá el resultado que luego puede caracterizar el delito, sino que comprende solamente que puede ocurrir.

En nuestra opinión, la clasificación más acertada de Dolo es la que surge como consecuencia de su definición y por tanto de los elementos que constituyen al Dolo: intelectual y emocional, así se clasifica en: 1) Dolo directo y 2) Dolo indirecto.

Dolo directo: lo consideramos como aquel en que la voluntad del sujeto se propone un determinado resultado.

Dolo indirecto: es aquel que la voluntad no se propone un determinado resultado.

G.- EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO.

El artículo 9 del Código Penal de 1871, señalaba respecto al Dolo lo siguiente:

"Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con Dolo, a no ser que se averiguó lo contrario o que la ley exija la intención Dolosa para que haya delito."

La regulación del Dolo en el Código Penal, en opinión de Pavón Vasconcelos, constituía una serie de desaciertos que conducían a verdaderos casos de integración legal. Respecto de la intencionalidad, establecida en el artículo 9 (antes de la reforma del 13 de Enero de 1984), señala el citado artículo que hay un desconocimiento absoluto de la realidad jurídica y de los principios de una sana justicia. (59)

Para Ignacio Villalobos, la presunción de intencionalidad del artículo 9 no se ajustaba a la verdad porque ningún funcionario acepta la presunción de intencionalidad; tampoco el artículo 9 se ajustaba a la razón porque habiendo delitos Dolosos y culposos no existe justificación alguna, para que el simple hecho de que se cometió un delito haga que se presuma cosa alguna sobre su naturaleza, puesto que el juez en su imparcialidad no debe presumir nada, a no ser que se desprenda de indicios o pruebas adecuadas. (60)

(59) Francisco Pavón Vasconcelos, "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General", 7a. ed. Ed. Porrúa, Mex. 1985, pág. 360

(60) Ignacio Villalobos, op.cit. págs. 306 y 307.

En casos de plantearse una duda entre el Dolo y la culpa, en opinión de Villalobos, las reglas sobre prueba, los principios de humanidad y justicia y el espíritu liberal recogido en los artículos 14 y 16 constitucionales obliga a estar a lo más favorable para el reo.

Carrancá y Trujillo, manifiesta que "el Código Penal no hacía mención expresa de las denominaciones de Dolo directo, indirecto, ni eventual pero que se entendía después de establecer la presunción de intencionalidad juris tantum del artículo 9 del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma), al observar el contenido de las fracciones del citado artículo, la voluntad de la ley es que tanto en las concepciones de Dolo indirecto o de Dolo eventual, la culpabilidad tenga por título el Dolo y no la culpa."⁽⁶¹⁾

Fernando Castellanos Tena, dice "que la fracción I del citado artículo 9 (ahora reformado) se refiere al Dolo indeterminado puesto que hay acción de delinquir, pero sin determinación del daño; la fracción II dice, respecto de la primera hipótesis que encuadra dentro del Dolo indirecto si se tiene presente que se refiere a un resultado penalmente tipificado, ni querido directamente por el agente, pero que sabe que ocurrirá, la segunda hipótesis plantea dos situaciones:"⁽⁶²⁾

I. Que el agente haya previsto.

II. Que haya podido prever.

Si prevé, puede ser que integre un Dolo eventual o indirecto, más también es doble la integración de culpa consciente, si el sujeto

(61) Carrancá y Trujillo , op.cit. págs. 404 y 405.

(62) Fernando Castellanos Tena, " Lincamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1986, 26a. ed, págs. 242 y 243.

habiendo previsto, tiene la esperanza de que va a ocurrir. Cuando no se previó el resultado que pudo ser previsto, jamás se integra el Dolo, cuya naturaleza exige que se prevé la consecuencia típicamente antijurídica y que se quiere y acepta.

En cuanto a las fracciones III y IV resultó claro que ni el juicio puede merecer la ley, ni la ignorancia, ni su concepto equivocado, sirven de excusa pero si el juez puede evaluar estas circunstancias, dentro de los límites de máximo y mínimo para fijar las penas.

El error en la persona o en la cosa, señalaba en la fracción V del artículo 9, no hace desaparecer la intención delictuosa y supone la perfecta integración del delito.

El artículo 9 del Código Penal (antes de la reforma del 13 de Enero de 1984), decía así:

"La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado prueba alguna de las causas siguientes:

- I.- Que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño.
- II.- Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si resolvió a violar la ley fuese cual fuere el resultado.
- III.- Que creía que la ley era injusta y moralmente ilícito violarla.
- IV.- Que creía que era ilegítimo el fin que se propuso.
- V.- Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito.

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

En cuanto al Dolo en el Derecho Penal Mexicano, la reforma del 13 de Enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año, terminó con el complicadísimo galimatás que suponía la anterior redacción del artículo 9 del Código Penal, que había merecido la reprobación de un considerable número de Penalistas Mexicanos, pues la interpretación anterior daba lugar a verdaderos casos de integración legal, como señala Pavón Vasconcelos.

El artículo 8 del referido Código Penal, señala que los delitos pueden ser:

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

Los autores del anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal de 1983, señalaban la conveniencia de suprimir las presunciones legales y la necesidad de establecer una clara distinción entre Dolo, culpa y preterintención.

Para ellos el Dolo equivale a lo que el Código promulgado en 1931 denominaba intención o imprudencia y la preterintencionalidad consiste en no sancionar como Dolosa una conducta que realmente no lo sea.

El actual artículo 9 expresa literalmente lo siguiente:

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

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

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

B.- DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO Y LA CULPA.

Por lo que toca en este inciso, solo redondearemos los conceptos de Dolo y Culpa mismos que fueron estudiados en nuestro primer capítulo, haciendo notar sus diferencias esenciales ya que como se sabe tanto el dolo como la culpa son las dos formas que reviste la culpabilidad.

De acuerdo con la teoría Normativa de la culpabilidad (Frank, Preudenthar, Mezger) consiste en una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

Por su parte Carrara y en relación con la teoría psicológica señala que el hombre al tener conciencia y voluntad es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no; de aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea su culpabilidad.⁽⁶³⁾

Ahora bien, el Dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada, así pues obrara dolosamente quien con dañada intención haya admitido causar un resultado ilícito, un querer ilícito, voluntario e inten-

(63) Raúl Carranca y Trujillo, "Derecho Penal Mexicano: Parte general Ed. Porrúa, Méx. 1988. ed. 16, pág.429

cionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de Dolo.

De aquí que se le defina como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito(Jiménez de Asúa); como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito (Florian); como conocimiento y querer de la concreción del tipo(Wetzal).

Ahora bien se ha definido a la culpa " como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley,Cuello Galón; o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe; pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger); por lo tanto la culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

Resumiendo y retomando las palabras del maestro Castellanos Tena, diremos que el " Dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico" (64)

Por lo tanto la culpa se podrá definir como " La producción de un resultado ilícito y dañoso , siendo previsible y evitable pero causado por no atender un deber de cuidado que personalmente incumbe."

(64) Fernando Castellanos Tena, Op. cit. pág. 245.

CAPITULO III. DEFINICION DEL DELITO DE HOMICIDIO.

A.- CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL HOMICIDIO DENTRO DEL DERECHO PENAL MEXICANO.

Para llegar al concepto de homicidio tenemos que hablar del presupuesto que debe existir para que se configure el delito y que es la vida:

Según la definición de Aristóteles la vida es la nutrición, el crecimiento y el deterioro, y reconoce por causa un principio que tiene un fin en sí, la entelequia: "Esta palabra la introdujo Aristóteles para designar aquella realidad que ha actuado totalmente su potencia y que por consiguiente esta al término de su evolución".⁽⁶⁵⁾

Dado que la existencia de las personas termina con la muerte que es la oposición al concepto de la vida, diremos con Achóval que la muerte es la definitiva e irreversible cesación de la última de las actividades autónomas, objetivamente bien aseguradas: nerviosa, respiratoria, o circulatoria.

Uno de los analistas de nuestro tiempo Arnold J. Tayndes, dice lo siguiente:

"Si morir es un proceso, la muerte es un evento, la diferencia entre el proceso de morir y el evento de la muerte se ve subrayado por el hecho de que una persona puede morir sin que se haya podido decir en ningún momento que se estaba muriendo".⁽⁶⁶⁾

(65) Arnold J. Tayndes, "El Hombre frente a la muerte", emecé Directores, 1971, pág. 32. Citado por Olga Islas, "Análisis Lógico de los delitos en contra de la vida y la integridad corporal", Ed. Trillas, 2a. ed. México 1985, pág. 76.

(66) Arnold J. Tayndes, op. cit. pág. 31. citado por Olga Islas, op.cit. pág.76

La palabra homicidio deriva de la expresión latina " Homicidium " que a su vez se compone de dos elementos: homo y caedere, homo (hombre) proviene de humus cuyo significado corriente es el de tierra y sufijo cidium proviene de caedere: matar. En esta forma, Homicidio indica muerte de un hombre ocasionada por otro hombre. ⁽⁶⁷⁾

Entre las definiciones más antiguas sobre el acto de destruir la vida se encuentran según Yrueta Goyena, la que señala que el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre, como ya dijimos anteriormente.

Carnicani, por su parte da la siguiente definición: " Violenta Hominis caedes ab homine injuste patrata " (La muerte de un hombre ocasionada injusta y violentamente por obra de otro hombre).

Eusebio Gómez define al Homicidio como "La muerte de un hombre causada por otro hombre."

Por lo que basta decir que es Homicidio quien mata a otro y el hecho de serlo con Dolo, con culpa o con causas excusatorias se verían después a la luz de la ley penal y al encuadrar la acción del sujeto dentro de la disposición que le sea aplicable.

Maggiore refirióse al artículo 575 del Código Penal Italiano, dice con toda claridad: "Homicidio es la destrucción de la vida humana, establecido este elemento objetivo." ⁽⁶⁸⁾

Las formas de homicidio se diferencian al variar el elemento subjetivo, quedando aparte el homicidio causal, que queda fuera del derecho penal, se pueden enumerar tres especies de homicidio: voluntarioso o Doloso, culposo o prererintencional.

(67) Olga Islas. "Análisis lógico de los delitos, en contra de la vida y la integridad corporal", Ed. Trillas, 2a. ed. pág. 77

(68) Giuseppe Maggiore, "Tratado de Derecho Penal", Vol. I, Ed. Temis, Bogotá 1971, pág. 579

Fontán Ballestra define al homicidio como "la muerte de un ser humano, haciendo notar que el homicidio simple prevé el código penal, es la figura del homicidio con requisitos es un homicidio doloso y agrega: "por tanto, muerte de un ser humano causada solamente, cuando no concorra ninguna de las circunstancias que la ley selecciona para definir las modalidades calificadas por agravación o por atenuación." (69)

Carrara define al homicidio como "la destrucción de un hombre injustamente cometida por otro hombre". (70)

Antolisei afirma que el "homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento Doloso y sin el concurso de causas de justificación".

Vannini, por su parte, lo entiende como "la muerte de un hombre causada por el comportamiento ilícito de otro hombre".

Raineri señala que "homicidio doloso es la muerte ilegítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre".

Bernal Pinzón considera que el objeto jurídico es la vida humana ya sea varón o mujer, de una u otra raza, de cualquiera credo o religión, edad, de una u otra raza, de cualquiera otra condición o casta, ario, judío, zúld, braham o paria, santo o bandido repre-

(70) Francisco Carrara, "Programa de Curso de Derecho Penal", Buenos Aires, 1954, pág. 188

(69) Carlos Fontán Ballestra, "Tratado de Derecho Penal", T.IV Ed. Adelado-Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 563.

sentan vidas humanas".

En teoría tradicional se afirma que en el Homicidio el objeto material se identifica o coincide con el sujeto pasivo. Esta afirmación es equivocada, pues nunca podrán ser idénticos o coincidentes el titular de la vida, que es un sujeto de derecho y el ente corpóreo, que es el cuerpo humano hacia el que se dirige la actividad, este último no es sino un objeto que ocupa un lugar en el espacio.

volviendo a Maggiore: el objeto de este delito es la necesidad de amparar la vida humana, que es un bien sumo, no solo para el individuo sino para la sociedad y el Estado como valor cualitativo y cuantitativo (demográfico); la vida dada al hombre por Dios sólo el puede quitársela. El Estado puede imponer el sacrificio de ella para fines supremos de la colectividad, pero el individuo nunca puede convertirse en árbitro de su destrucción a menos que el ordenamiento jurídico, por alguna conocida causa de justificación le otorgue ese derecho.

Es muy rígido el principio de igualitaria tutela de la vida por el derecho, que aún en el caso de trasplante de órganos el legislador ha previsto con minuciosidad la forma en que éste debe practicarse evitando el riesgo que podría causar la muerte.

Esto ratifica lo sostenido por Argibay, Molina, Moras y Domianovich ampara a todos en la misma medida, no tiene porque hacer ilícita la destrucción de una en provecho de otra. Estos supuestos imponen un anicuilamiento de la vida individual.

"El delito de Homicidio en el Derecho moderno consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales. Se le considere la infracción más grave porque como afirma Manzini, la vida humana es un bien de interés eminentemente social, público y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la

población; la muerte violenta infringida injustamente produce un daño público que debe ser reprimido, aparte del mal individual en sí mismo, como hecho social dañoso. La tutela penal radica en la protección por interés social de la vida de los individuos que componen la población."⁽⁷¹⁾

El Código Penal en su artículo 302, al decir que: "Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro", no contiene la definición propia del delito, sino de su elemento material, consistente en la acción de matar a otro.

Por lo tanto, el delito de Homicidio contiene un supuesto lógico para su existencia y dos elementos constitutivos:

- a).- Una vida humana previamente existente, condición lógica del delito.
- b).- Supresión de esa vida, elemento material.
- c).- Que la supresión de esa vida se deba a intencionalidad o imputencia delictiva, elemento moral.

Basilio Pardo Aspe, hace notar el error que cometen algunos tratadistas españoles que enumeran como constitutiva del homicidio la previa existencia de una vida humana, ésta no es un elemento material del delito sino la condición lógica.

El sujeto pasivo del delito ha de ser humano vivo cualquiera que sea su sexo, edad, sus condiciones de vitalidad o sus condiciones personales.

Si como presupuesto necesario para la integración del delito se exige la previa existencia de un hombre; es difícil clasificar jurídicamente el acto realizado por una persona que pretende dar muerte a un difunto creyéndolo vivo; este homicidio imposible no puede integrar el delito perfecto y consumado, por ausencia de la constitutiva de muerte.

(71) Eco. Gonzalez de la Vega, Derecho Penal, Ed Porrúa, Méx. 1980, p. 30

Para señalar los homicidios imposibles existen dos hipótesis:

I.- Cuando el agente emplea medios eficaces e idóneos para la consumación, siendo esta irrealizable por circunstancias del todo extrañas ejemplo: Quien dispara un arma contra una persona sin vida, aquí no se logra la consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Homicidios
Imposibles.

II.- Homicidios imposibles en los que el agente emplea procedimientos inadecuados para obtener su consumación, como el empleo de sustancias no tóxicas en este caso el maestro González de la Vega no lo considera ni si quiera como tentativa, y como ejemplo nos da la persona moralmente corrompida, más no representa ninguna peligrosidad en su adecuación criminal.

El elemento material de Homicidio es un hecho de muerte, la privación de la vida humana, motivada por el empleo de medios físicos, de omisiones o de violencias morales, debe ser el resultado de una lesión inferida por el sujeto activo a la víctima.

Se da el nombre de lesión mortal a aquella que por sí sola por sus consecuencias inmediatas o por su concurrencia con otras causas en las que influye, produce la muerte.

Para la integración del delito de homicidio, además de la muerte de un ser humano producida por una lesión mortal, se precisa ser causada intencional o imprudencialmente por otro hombre. En consecuencia, los Homicidios causales realizados con ausencia de Dolo o culpa no serán delictuosos, tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual una persona se causa así misma voluntaria e involuntariamente.

Los tratadistas, especialmente los franceses, señalan como elemento del Homicidio, la voluntad de matar, animus necandi, debido a que algunas legislaciones mencionan el propósito homicida en la definición del delito y prevén una figura especial con una penalidad disminuida, para los casos en que el sujeto activo sin ánimo de matar preterintencionalmente cause la muerte; en estas legislaciones se exigen conjuntamente para la integración del delito de homicidio, el daño objetivo de muerte y el propósito subjetivo de causarlo.

En la legislación actual Mexicana, no es aplicable el criterio de estos tratadistas, porque en la definición que da el artículo 302 del Código penal no se menciona la voluntad de matar como constitutiva.

Conforme al Código Penal de 1931 se integrará el delito de Homicidio, cuando el sujeto activo se propuso matar al ofendido y causó su muerte, pero también en la mayoría de los casos en que el autor de la muerte se propuso matar.

En cuanto al delito de lesiones es un delito que afecta a las personas exclusivamente en su integridad corporal; cuando el agente realiza el daño de lesiones con la intención de atentar contra la vida del ofendido, "animus necandi", estaremos en presencia de una verdadera tentativa de homicidio. Los delitos de Homicidio, Parricidio, de Infanticidio y de Aborto constituyen tipos verdaderos de atentados contra la vida, por ser la muerte en todos ellos elemento integral; por lo que se refiere al delito de abandono de personas, su clasificación dentro de este capítulo es criticable pues se sanciona legalmente aún en los casos en que no se registre ninguna alteración de la salud ni sobrevenga el daño de muerte.

En el Código de 1871 los delitos en contra de la vida y la integridad corporal se encontraban enumerados en el título de "Delitos en contra de las personas cometidos por particulares", que comprendía no solo lesiones, Homicidio, aborto, etc. sino exposición y abandono de niños y enfermos, el plagio, los atentados cometidos por particulares contra la libertad individual y el allanamiento de morada.

El sistema seguido por este ordenamiento presenta el inconveniente de agrupar en una sola clasificación de delitos de tan diferentes consecuencias jurídicas y además pretende integrar una enumeración completa de los delitos contra las personas cometidos por particulares siendo que solo se incluía escasa parte de ellos quedando excluidos los delitos patrimoniales, los sexuales y los delitos contra el honor.

El Código Penal de 1929 los denominó bajo el título de "Delitos contra la vida" enumeraba en sus capítulos los de lesiones, de homicidio, de Parricidio, de infanticidio, de aborto, de exposición y de abandono de niños y personas. La denominación empleada en esta legislación era evidentemente falsa, pues las lesiones y la exposición así como el abandono de niños y enfermos no constituyen delitos contra la vida.

En el Código Penal se establece en el artículo 302, lo siguiente:

Art. 302: "Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro".

Art. 303: "Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

- I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, algunas de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse ya sea por ser curable, y por no tener al alcance los recursos necesarios.
- II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de 60 días, contados desde que fue lesionado.
- III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el código de procedimientos penales.
cuando el cadáver no se encuentre, o por motivo otro, no se haga la autopsia bastará que los peritos, sujetándose para ello a las reglas contenidas en éste artículo, en los siguientes y en el Código de Procedimientos Penales"

Art. 304: "Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior se tendrá como mortal una lesión aun que se pruebe:

- I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
- II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona y;

III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recirió la lesión".

Art. 305: " No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recirió; cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta ni haya influido o cuando la lesión se hubiera agravado por causas posteriores como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que rodearon".

B.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE HOMICIDIO.

En cuanto a los elementos que integran el delito de homicidio, podemos decir lo siguiente:

a).- El primer elemento constitutivo del delito es la " previa existencia de una vida humana": ésta no es un elemento material del delito, sino la condición lógica, el presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción (muerte) no puede registrarse.⁽⁷²⁾

Si el delito consiste en la privación de una vida humana, es forzosa la previa existencia de la misma; el sujeto pasivo del daño de homicidio a lo menos en la figura completa, consumada, del delito, ha de ser humano vivo, cualquiera que sea su sexo o su edad, sus condiciones de vitalidad o sus circunstancias personales.

Puede cometerse homicidio en la persona de un recién nacido, no obstante su precaria vitalidad, también la privación de la vida a un agonizante será constitutiva del delito, a pesar del diagnóstico fatal.

(72) Francisco González de la Vega, " Derecho Penal Mexicano." Ed. Porrúa, México, 1981, págs. 31 a 34.

Al no establecer excepción alguna, al considerar que todos los seres humanos pueden ser víctimas del Homicidio, no negamos la existencia de los tipos de delitos de parricidio y de infanticidio, en los que en apariencia se modifica la anterior regla; sin embargo, teóricamente del parricidio es un homicidio agravado por la muerte del ascendiente, el infanticidio es un homicidio disminuido de penalidad por ser cometido en un recién nacido por sus ascendientes, salvo que respetando la tradición y para los efectos prácticos de su reglamentación, el legislador los ha desprendido del capítulo de homicidio integrando las figuras especiales; en cambio, la muerte del producto de la concepción antes del nacimiento ni teórica ni prácticamente constituye homicidio, sino la infracción llamada aborto, porque el feto no es un hombre, es una expectativa sin individualidad propia, una esperanza de ser humano.

Si como presupuesto necesario para la integración del delito se exige la previa existencia de un hombre en el sentido genérico de la palabra, es difícil clasificar jurídicamente el acto realizado por una persona que pretende dar muerte a un difunto creyéndolo vivo; este homicidio imposible no puede integrar el delito perfecto y consumado, por ausencia de la constitutiva de muerte; pero puede revelar en el autor igual temibilidad que si hubiera ejecutado la infracción completa y puede encuadrar, en ciertos casos, dentro de la tentativa de homicidio.

b).- El segundo elemento del Homicidio es " un hecho de muerte ": La privación de la vida motivada por el empleo de medios físicos, de omisiones o de violación morales, debe ser el resultado de una lesión inferida por el sujeto activo a la víctima.

Se da el nombre de lesión mortal a aquella que por sí sola, por sus consecuencias inmediatas o por su concurrencia con otras causas en las que influye, produce la muerte.

Por lo tanto, no es suficiente la existencia de la alteración de la salud o del daño material en el cuerpo humano, es preciso, además, que esos factores sean producidos por una causa externa. La intervención de factores extraños al individuo que sufre el daño.

Los medios físicos son los procedimientos en que es más fácil establecer la relación de causalidad con el daño final y no ofrecen ningún problema teórico ni práctico.

La realización de las lesiones teniendo como origen omisiones, presenta algunas veces la dificultad de la falta de pruebas auténticas o incuestionables que demuestren la relación de causalidad entre la omisión y el daño de lesiones.

El empleo de medios morales, tales como producir intencionalmente una alteración en la salud, una perturbación mental, mediante amenazas, contrariedades, estados de terror, etc., debe ser considerado como constitutivo de lesiones porque la alteración de la salud se realiza evidentemente como efecto de causas externas.

c).- Para la integración del delito de homicidio, aparte de la muerte de un ser humano consecutiva a una lesión mortal, es prevista la concurrencia del elemento moral : " la muerte deberá ser causada intencional o imprudentemente por otro hombre ".

En consecuencia, los homicidios causales realizados con ausencia de culpa o de culpa no serán delictuosos.

Tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual una persona se causa a sí misma voluntaria o involuntariamente la muerte.

Los tratadistas Franceses señalan como elemento de Homicidio la voluntad de matar, " animus necandi ", debido a que algunos legis-

ladores mencionan el propósito homicida en la definición del delito y prevén una figura especial, con penalidad disminuida, para los actos en que el sujeto activo sin ánimo de matar, cause preterintencionalmente la muerte, en estas legislaciones se exigen conjuntamente para la integración del verdadero homicidio, el daño objetivo de muerte y el propósito subjetivo de causarlo.

El Código de 1871, en su art. 557 establecía una disminuida sanción para los que causen involuntariamente la muerte de una persona a quien solo se proponía inferir lesiones no mortales; dicha atenuación se aplicaba en los homicidios cometidos con ausencia del Dolo específico o genérico de muerte.

En la legislación actual no es aplicable el criterio de esos tratadistas, porque en la definición que da el art. 302 del Código Penal no se menciona la voluntad de matar.

En consecuencia, el elemento moral intencional deberá interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, " Voluntas Laendi "; sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, voluntas necandi, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, por reunirse todos los elementos constitutivos de este grado de las infracciones.

C.- CLASIFICACION DEL DELITO DE HOMICIDIO.

En este capítulo hablaremos someramente de las clases que existen del delito de homicidio y su penalidad establecida en el código penal Mexicano.

a).- Doloso o intencional.- El homicidio Doloso consumado es el que tipifica el artículo 302 del Código Penal, señalando que : "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

Asimismo, el autor Raineri señala que: " Homicidio Doloso es la muerte ilegítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre".

b).- Culposo o Imprudencial.- El homicidio culposo simple se da cuando la muerte no querida de un hombre se verifica como consecuencia de una conducta negligente, imprudente, inexperta o por inobservancia de leyes o reglamentos.

El kernel del delito está integrado con una voluntad culposa, una actividad, un resultado material, por tanto un nexo causal y una referencia. No requiere medios específicos de comisión ni referencia de espacio o de ocasión.

Los homicidios culposos calificados se dan a consecuencia de actos u omisiones imprudentes, calificados como graves, que sean imputables al personal que presta sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicios público federal o local se causen homicidios de dos o más personas, igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar. Este tipo de homicidio es calificado en relación con el homicidio simple culposo, en virtud de tener aparejada una punibilidad agravada; la calificativa se funda en la presencia de un segundo bien, además de la vida humana y en la necesaria pluralidad específica del sujeto pasivo. El kernel del delito está

integrado con una voluntad culposa, una actividad o una inactividad, un resultado material, un nexo causal o una relación normativa, una referencia temporal y una referencia de ocasión, no tiene medios de comisión ni referencia de espacio.

c).- Preterintencional.- Quien con el propósito de causar un daño en el cuerpo, en la salud y hasta en los bienes, conciona la muerte de otra u otras personas, cuando el medio empleado no debía producir el efecto mortal.

- Homicidios premeditados: El Código Penal al definir la premeditación como calificativa, parece que la plantea como aspecto subjetivo distinto del Dolo, se dice que si la reflexión (en la premeditación) es posterior a la resolución de cometer el delito, pero anterior a la comisión, entonces es anterior al Dolo, ya que éste como elemento integrante de la conducta es concomitante a la actividad.

Dicho de otra forma, el elemento subjetivo Dolo debe coincidir con la realización de la actividad, para que el delito sea Doloso. Todo aspecto subjetivo anterior no tiene relevancia o sería parte integrante del Dolo, si la premeditación fuese posterior al Dolo, sería irrelevante, porque el delito ya se habría cometido.

El artículo 315., párrafo II del Código Penal, dice: hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

Según Carrara, los criterios para valorar la premeditación son: (73)

1.- Criterio psicológico.- de acuerdo con este criterio lo determinante es el estado de ánimo en que se encuentra el agente, si en aquel período el culpable se encontraba agitado por una pasión violenta y ciega que le turba la mente y disminuye su libertad de

(73) F. Carrara. "Programa de Curso de Der. Criminal", Buenos Aires 1954, pág. 492.

elección , el delito por el cometido no podría considerarse jamás premeditado.

2.- Criterio Cronológico.- aquí lo trascendente para la premeditación es el intervalo que transcurrió entre la determinación y la acción.

3.- Criterio ideológico.- se le conoce también como el de la persistencia en el propósito homicida.

Rainieri dice que hay premeditación cuando entre la resolución y la actuación criminosa transcurre un intervalo de tiempo en que la resolución se extiende, con continuidad y perseverancia de propósito en la busca o en la espera del momento oportuno de realizarlo.

- Homicidios con ventaja: El artículo 316 del referido Código Penal señala que hay ventaja:

"I.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado.

II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan.

III.- Cuando se vale de algún medio que denilita la defensa del ofendido, y;

IV.- Cuando éste se halle inerme o caído y aquel armado de pies".

Asimismo Jiménez Huerta comenta que la circunstancia agravatoria del Homicidio coincida con el nombre de ventaja es genuina del ordenamiento jurídico de México. (74)

(74) Mariano Jiménez Huerta, "Derecho Penal Mexicano", T.I, Ed. Porrúa, Méx. 1980, pág. 178.

- Homicidios con Alevosía: La alevosía consiste en sorprender intencionalmente o alguien de improviso o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer.

El citado artículo revela tres proposiciones elementales:

- a) Sorprender intencionalmente a alguien empleando otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se quiera hacer.
- b) Sorprender intencionalmente a alguien de improviso.
- c) Empleo de asechanza.

El kernel del delito está integrado con una voluntad dolosa, una actividad, un resultado material, consecuentemente un nexo causal y una referencia temporal, no contiene medios de comisión, ni referencia espacial o de ocasión.

Homicidios con traición: En el código penal en el artículo 319 se dice que obra a traición, el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquel que sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza. El kernel del delito está integrado con una voluntad Dolosa, una actividad, un resultado material, por tanto un nexo causal y una referencia temporal. No hay medios de comisión ni referencia espacial o de ocasión.

Dentro de los Homicidios atenuados se encuentran:

- Homicidio en riña: Según el artículo 314 del Código penal, la riña se entiende para todos los efectos penales, la contienda de obra y no de palabra.

Las orientaciones que se han tenido para reglamentar la riña son dos: a) sancionar el mero hecho de la riña considerando que por sí pone en peligro tanto los bienes de personas ríjoras como los de la sociedad misma; b) sancionar el resultado producido por las actividades desplegadas dentro de la riña.

Algunos autores definen a la riña de la siguiente manera:

Rainieri opina que la riña es la voluntaria lucha violenta y recíproca entre varios sujetos con peligro para la vida y la integridad personal. Belling indica que riña es la participación en una pelea o en una agresión cometida por varias personas.

González de la Vega afirma que la riña es un combate material, una pelea física, una lucha violenta entre varias personas, las cuales se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención. (75)

El kernel del delito está integrado con voluntad dolosa, actividad, resultado material, consecuentemente nexo causal, referencia temporal y referencia de ocasión.

• Homicidios en Duelo: El Código Penal señala que si el homicidio se comete en duelo se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.

El texto legal no dice que se entiende por duelo, sólo establece la punibilidad, no obstante la simple mención de duelo es suficiente para la configuración del tipo.

Las legislaciones han recogido el duelo de manera diversa:

A) como delito; autónomo; B) relacionado con el homicidio o lesiones.

(75) Francisco González de la Vega, op. cit. pág. 36 a 38.

Maggiore afirma que el duelo es el encuentro armado entre dos personas para reparar el honor, según las costumbres caballerescas.

Jiménez Huerta considera que bueno es constatar que el duelo es ya en México, como en casi todos los países, un recuerdo romántico de costumbres de otra época. Conceptualiza el duelo como un combate entre dos personas efectuado a consecuencia del desafío o reto que de una de ellas hace a la otra, previa elección de armas, fijación de su empleo y reglamentación de las demás condiciones de combate. por lo tanto los datos comunes al duelo son:

- a).- Que se trate de un combate;
- b).- Que se realice entre dos personas (aunque autores como Carrara estiman que pueden ser más de dos).;
- c).- Que las armas previamente elegidas sean iguales,;;
- d).- Que sea precedido de un convenio, de un acuerdo.

D.- PENALIDAD DEL HOMICIDIO.

A los responsables de homicidios simples intencionales, llamados así en contraposición a los agravados de penalidades por alguna calificativa (el asesinato de otras legislaciones) se les impondrán de ocho a veinte años de prisión como lo reglamenta el artículo 307 del Código Penal, salvo los casos especiales de atenuación, reservados a los homicidios en rifa, duelo, en caso de adulterio o de corrupción de los descendientes.

El apartado del artículo 22 de la constitución establece como garantía individual la prohibición de la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor de la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagario, etc.

La constitución no impone como obligación la penalidad de muerte para los delitos que enumera, admite posibilidad legal, sin violarse la garantía de que las leyes ordinarias, federales o comunes, señalen o no dicha pena privatoria de la vida en los casos previstos. El Código de 1871, demarcaba pena capital a los homicidios ejecutados con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición.

Actualmente algunos Códigos de los Estados de la República, que no han recibido la influencia de la vigente legislación federal y común para el Distrito Federal contenida en el Código Penal de 1931, conservan vigente la pena de muerte, la efímera legislación en 1929, que a pesar de sus efectos dejó profunda huella en la reforma de nuestras instituciones penales, fue la que suprimió la pena de muerte.

La penalidad en los homicidios calificados es de 20 a 50 años de prisión. (Art. 389 del Código Penal, según reforma publicada en el D.O. de fecha 3 de enero de 1968,).

La punibilidad en los homicidios Dolosos se describe en el artículo 307, que a la letra dice: " Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión".

La punibilidad del Homicidio culposo está señalada en el primer párrafo del artículo 60 que dice: "Los delitos de imprudencia se sancionarán con prisión de tres a cinco años y suspensión hasta de dos años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio".

La punibilidad para el homicidio culposo con intención de causar un resultado típico menor que el producido (denominado Homicidio preterintencional) está señalada en el artículo 60 fracción IV: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta

una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

La punibilidad en los homicidios culposos calificados queda señalada al final de la segunda parte del primer párrafo del artículo 50, en los siguientes términos: " La pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza".

La punibilidad para los homicidios con premeditación consumada se castiga con pena de prisión que va de 20 a 50 años.

La punibilidad para los delitos de homicidios con ventaja, con alevosía o con traición está establecida en el artículo 320 y dice que será castigado con una prisión de 20 a 50 años.

La punibilidad de homicidio cometido en riña, es de tres días a cinco años con cuatro meses de prisión.

Por último la punibilidad para los homicidios cometidos en duelo será de dos a ocho años de prisión.

CAPITULO IV EL DOLO EN EL HOMICIDIO.

A.- ELEMENTOS SUEJETIVOS DEL HOMICIDIO.

De acuerdo con la definición dada sobre el homicidio, destacamos como elementos del hecho objetivo consistente en la privación de la vida, los siguientes: (76)

- a) Una conducta;
- b) Un resultado, y ;
- c) Un nexo de causalidad, entre la conducta y el resultado.

La conducta en el homicidio consistente en el movimiento corporal o los movimientos corporales realizados por el sujeto al disparar el arma de fuego, descargar el golpe con el puñal o propinar el veneno, actos necesariamente voluntarios, o bien en la inactividad, el no hacer que infringe el mandato de obrar y que tiene igualmente carácter voluntario. La conducta, en consecuencia, se agota en la actividad o inactividad voluntarias realizadas por el sujeto, con el propósito de hacer eficaz dicha expresión de su querer en la producción del resultado, voluntad cuyo límite se precisa en la acción u omisión.

El resultado lo constituye la privación de la vida el cesar de las funciones vitales de la víctima, o sea del sujeto contra quien ha sido dirigida la actividad o inactividad lesiva, la privación de referencia supone la existencia del bien jurídico de la vida humana, como un presupuesto objetivo del tipo penal de Homicidio, el cual no debe confundirse con la vitalidad de la persona que su-

(76) Francisco Pavón Vasconcelos, "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México 1980, págs. 15 - 21.

fre el atentado, pues vida y vitalidad son conceptos diferentes. La vida por precaria que sea es vida y cuando la muerte es el desenlace esperado por una persona, por su mala salud o por el incurable mal que le aqueja, su muerte a manos de otra, cuando no esta justificada o se produzca por un actuar inculpable, es siempre punible, aun cuando se demuestre que fatalmente debería morir a virtud de la enfermedad padecida.

La vida, como materia de protección penal es la real, la lograda efectivamente y no la mera expectativa que supone biológicamente, la intrauterina del feto. Tal cuestión lleva a concretar que la vida comienza cuando el hombre tiene existencia propia desprendido del seno materno, y para los efectos del enjuiciamiento no importa que biológicamente exista vida antes del nacimiento, pues no es ésta la protegida como bien vulnerable en el delito de homicidio.

Para poder atribuir a un sujeto el acontecimiento de muerte, debe existir entre éste y la conducta de aquel un nexo de causalidad. Ello implica el reconocimiento de casos en los cuales, existiendo una actividad o inactividad voluntarias, el resultado sobreviene por causas no identificadas con la conducta del agente, en cuya situación el hecho objetivo de Homicidio no podrá configurarse resultando imposible el nacimiento del delito.

El verbo "privar", alusivo a la pérdida de la vida, usado por el artículo 302 que define el Homicidio, lleva insita la conducta del sujeto y el resultado causal de la misma, pues sólo es posible atribuir a un hombre esa mutación del mundo externo cuando es consecuencia de su actuar u omitir, es decir, de su conducta.

La causalidad en el Homicidio se encuentra regulada, como caso excepcional en nuestro derecho positivo, en los artículos 303, 304y 305. El primero de dichos preceptos declara que no se tendrá como mortal

una lesión sino cuando se verifiquen las circunstancias siguientes :

- I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por incuratía , ya por tenerse al alcance los resultados necesarios;
- II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de los 60 días contados desde que fue lesionado;
- III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales. Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obran en la causa, declaren que la muerte fue el resultado de las lesiones inferidas."

Este precepto que sigue el camino de los antiguos Códigos al conservar una vieja estructura, según expresión de Jiménez de Asúa, pretende resolver el nexo de causalidad, en el homicidio, estableciendo la necesaria relación entre la consecuencia de la muerte y la lesión inferida. Si se recuerda que la teoría de la equivalencia de las condiciones, o de la " conditio sine qua non", otorga el carácter de causa a toda condición que concurra a la producción del resultado, resulta evidente que el texto de artículo está recogiendo para resolver el nexo causal de la citada teoría, pues la lesión, sus consecuencias inmediatas o las complicaciones determinadas por la propia lesión, constituyen sin duda condiciones causales y por ello son causas en la producción del resultado.

No obstante, resulta extraño que el último párrafo de la fracción III recoja una regla de naturaleza eminentemente procesal (ante las situaciones de hecho consistentes en la ausencia del cadáver o en la inexistencia de la autopsia), dispositivo con el cual se pretende determinar que la muerte ha sido resultado de las lesiones inferidas, precisándose así su carácter de condición causal de la propia lesión.

La aceptación en el precepto de la teoría de la equivalencia de las condiciones no es reconocida en forma unánime, debiéndose consignar aquí que algunos autores pretender ver operar, en este artículo, la teoría de la adecuación o causación adecuada, de estructura eminentemente jurídica, fundada en la idoneidad del acto para producir el resultado, determinada por la regularidad estadística y cuyas fallas han sido puestas de relieve por los defensores y partidarios de la teoría de la " condito sine qua non ". Mariano Jiménez Huerta, entre nuestros penalistas, se inclina por reconocer el funcionamiento de la teoría de la causación adecuada en el artículo 303 comentado, al aducir que aunque nuestro código no se contiene una reglamentación general de la causalidad, ni se hace tampoco mención expresa de la citada teoría, " es ésta la que circula por sus venas, como se evidencia cuando se interpretan las disposiciones referentes al delito de Homicidio ", argumentado que la fracción I acepta la concausa consistente en hechos posteriores a la lesión inferida.

Si se acepta que la concausa se origina independientemente de la conducta humana, concurriendo con ésta al resultado típico (Homicidio) dudoso resulta aceptar que la citada fracción I se está refiriendo a ella, pues la muerte debe originarse precisamente en las alteraciones causadas en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión (que no pudo combatirse por ser incurable o por no tenerse a la mano los recursos necesarios), es decir, que la muerte tiene verificativo a virtud del proceso causal desencadenado.

denado con la acción u omisión humana, sin que éste intervenga o interfiera otro proceso de otra índole que contribuya con el primero a producir la muerte, caso en el cual sería correcto aducir la concurrencia de concausas.

La fracción II del artículo 303 no se refiere, concretamente, al problema de la causalidad, al exigir como requisito indispensable para la punición del hecho como homicidio que la muerte se verifique dentro de los sesenta días contados desde que el ofendido fue lesionado. Esta disposición cuya razón de ser pretende apoyarse en la observación constante, puesta de relieve en la práctica, de que el acontecimiento de muerte tiene por lo común verificativo dentro de ese plazo, solo puede conectarse, en forma muy indirecta, con el problema causal, por cuanto la propia ley excluye la calificativa del hecho, como homicidio, cuando la muerte se produce después de los sesenta días.

El antecedente del precepto se encuentra en el artículo 544 fracc. II del Código Penal de 1871, sin que en nuestro criterio exista justificación de ninguna especie para hacerlo prevenir en un código punitivo, pues aún aceptando las razones tenidas en cuenta por la comisión redactora de dicho Código, si la muerte ha sido consecuencia de la lesión o lesiones inferidas la imputación debe hacerse al sujeto por homicidio y no por lesiones. Nos parece en última instancia más razonable y adecuada a nuestra realidad la fórmula recogida en el artículo 967 del Código Penal de 1929, cuya fracción II declara como mortal una lesión cuando el acontecimiento luctuoso tenga antes de dictarse la sentencia en el proceso respectivo.

Respecto al artículo 304, al declarar que se tendrá como mortal una lesión cuando el acontecimiento luctuoso tenga lugar antes de dictarse la sentencia en el proceso respectivo.

Respecto al artículo 304, al declarar que se tendrá como mortal una lesión (dada las circunstancias del artículo 303), aunque se pruebe:

- I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
- II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y;
- III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión, o sea a una de las condiciones causales, sin desestimar a las demás que con igual rango concurren en la producción del resultado.

Por último el artículo 305 en su primera parte, al declarar que no se tendrá como mortal la lesión aunque muera quien la haya recibido cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, se está refiriendo a un proceso causal en el que la lesión no tiene carácter de condición causal por ser completamente ajena a aquel.

La segunda parte del precepto describe que no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera quien la haya recibido, si ésta se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que rodearon. Esta parte del artículo alude a las llamadas concausas, a las nuevas series causales posteriores a la lesión, para darles eficacia causal y excluir la responsabilidad del autor, con lo que puede decirse que establece una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Porte Petit afirma la inclusión, en el artículo 305, de dos hipótesis en las cuales no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera el que la recibió:

- I.- Cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, y
- II.- Cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores como:

- a) La aplicación de medicamentos positivamente nocivos;
- b) Operaciones quirúrgicas desgraciadas;
- c) Excesos o imprudencias del paciente y;
- d) Excesos o imprudencias de los que lo rodearon.

Ya Carrara se refirió a las concausas, señalando que éstas pueden derivar de causas accidentales sobrevinientes o bien de circunstancias individuales, lo que llevó a distinguir entre heridas absolutamente letales, accidentalmente mortales e individualmente mortales. En las primeras heridas se afirmó la responsabilidad por homicidio y en las segundas por lesiones, en tanto en la tercera clase se estimó responsabilidad por Homicidio si la condición morbosa del herido (anomalía orgánica) era conocida del autor; en cambio, la responsabilidad se consideró por lesiones, si tal condición era desconocida.

En términos generales, las concausas pueden ser preexistentes o anteriores, concomitantes, sobrevinientes o posteriores, señalándose entre las primeras, el embarazo, la menstruación, la digestión y otros fenómenos de carácter natural, así como ciertas anomalías anatómicas catalogadas como atípicas (corazón a la derecha) y patológicas (diabetes, epilepsia, etc.). Partiendo de esta base, evidentemente el artículo 305 se refiere, en su parte primera, a las concausas anteriores, en tanto en su parte final hace mención a las posteriores, excluyéndose en ambas hipótesis la responsabilidad por homicidio.

La primera sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sostenido un criterio firme e invariable sobre la teoría aceptada en relación al nexo de causalidad, aun cuando a últimas fechas parece inclinarse por la equivalencia de las condiciones. En la ejecutoria dictada en el amparo directo número 6619/58, cuyo ponente fue el ministro Carlos Franco Sodi, se sostuvo: "La relación de causalidad existente entre la conducta y el resultado debe buscarse siguiendo siempre el criterio naturalístico, Dentro de los criterios elaborados sobre el nexo causal, esta sala se ha inclinado con anterioridad por la teoría de la "equivalencia de las

condiciones" según la cual por causa se entiende la suma o el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción del resultado, de donde se afirma que causa es toda condición en virtud de la equivalencia de las mismas. A esta teoría se le ha denominado igualmente de la "conditio sine qua non", porque suprimidamentalmente cualquiera de las condiciones el resultado desaparece. En la especie, basta suponer hipóticamente su primida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra volante propuesta por un compañero y prohibida por el reglamento de transportes de los Ferrocarriles, evidentemente el resultado no se hubiera producido." (77)

Gonzalez de la Vega al referirse a los elementos que integran el homicidio, señala lo siguiente: (78)

El delito de homicidio contiene un supuesto lógico necesario y dos elementos constitutivos:

- a).- Una vida Humana previamente existente, condición lógica del delito.
- b).- Supresión de esa vida, elemento material y ;
- c).- Que la supresión se deba a intencionalidad o imprudencia delictuosa, elemento moral.

Por lo que se refiere al primer elemento, se señala como constitutiva del homicidio la previa existencia de una vida humana, esto es la condición lógica, el presupuesto necesario, que la materialidad de la infracción no pueda registrarse, por lo tanto si el delito consiste en la privación de una vida humana, es forzosa la previa existencia de la misma, el sujeto pasivo del homicidio ha de ser un humano vivo.

(77) Informe de la S.C. J. correspondiente al año de 1959, p.p. 50 y 51 del rendido por la primera sala, Semanario Jud. de la Fed.

(78) Gonzalez de la Vega, op. cit. págs. 30 - 33.

En cuanto al elemento material del homicidio es un hecho de muerte la privación de la vida humana, motivada por el empleo de medios físicos, de omisiones o de violencias morales, debe ser el resultado de una lesión inferida por el sujeto activo a la víctima.

Para la integración del delito de homicidio, aparte de la muerte de un ser humano consecutiva a una lesión mortal, es precisa de concurrencia del elemento moral: la muerte deberá ser causada intencional o imprudencialmente por otro hombre. En consecuencia, los homicidios causales realizados con ausencia de Dolo o de Culpa no serán delictuosos. Tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual toda persona se causa a sí misma voluntaria e involuntariamente la muerte; el suicidio, aun cuando no se consume, escapa a toda represión penal; Los tratadistas, especialmente los franceses, señalan como elemento del homicidio la voluntad, "animus necandi", debido a que algunas legislaciones mencionan el propósito homicida en la definición del delito y prevén una figura especial con penalidad disminuida, para los actos en que el sujeto activo sin ánimo de matar, preterintencionalmente cause la muerte; en estas legislaciones se exigen conjuntamente, para la integración del verdadero Homicidio, el daño objetivo de muerte y el propósito de causarlo. Siguiendo este pensamiento, el Código de 1871, en su artículo 557, estatufa disminución de sanción para los que causen involuntariamente la muerte de una persona a quien sólo se proponía inferir lesiones no mortales; dicha atenuación se aplicaba en los homicidios cometidos con ausencia del Dolo específico o genérico de muerte.

En la legislación actual no es aplicable el criterio de esos tratadistas, porque en la definición que da el artículo 302 del Código Penal no se menciona la voluntad de matar como constitutiva y porque dentro de las reglas aplicables a la intencionalidad delictuosa, prevista en el artículo 9 se comprenden, además del Dolo específico de consumir el daño que resulte, la mayor parte de los Dolos genéricos, de las eventualidades y de las preterintencionales. Conforme al Código se integrará el Homicidio, desde luego

cuando el sujeto se propuso matar al ofendido y causó el daño de muerte, pero también en la mayoría de los casos en que el autor de la muerte se propuso no matar, sino lesionar al ofendido, o causarle cualquier otro perjuicio ilícito.

B.- PENALIDAD DEL DOLO DE HOMICIDIO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

Pavón Vasconcelos al referirse a la punibilidad en el homicidio señala que el tipo básico de este delito, denominado en la ley "homicidio simple", se encuentra sancionado por el artículo 307 del Código Penal con una pena de ocho a veinte años de prisión, según la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de enero de 1955, la cual vino a aumentar la punibilidad inicialmente señalada de ocho a trece años de prisión.

La punibilidad anterior sirve de base para formar parte del tipo básico de homicidio, para cuantificar la pena correspondiente a los tipos complementarios subordinados de Homicidio con premeditación con alevosía con ventaja o con traición, así como la de los tipos complementados subordinados de homicidios en riña, en duelo, por infidelidad conyugal y por corrupción del descendiente. Dentro de los linderos de represión establecidos en el artículo 307, el juzgador está obligado, al individualizar la pena, a observar las reglas contenidas en los artículos 51 y 52 del Código Penal, reguladores del arbitrio judicial para la imposición de las penas. Ello no demuestra que nuestra ley adopta un sistema mixto, por cuanto atiende tanto al daño causado y circunstancias objetivas de comisión del delito, como a la personalidad del delincuente. Tal conclusión se desprende de la correcta interpretación de los artículos 307, 51 y 52 del referido Código.

En la reforma penal que entró en vigor en 1984, el artículo 60, ubicado en el capítulo II, relativo a la aplicación de sanciones

a los delitos imprudenciales y preterintencionales del título III del libro primero del Código Penal, fue adicionado con la actual fracción VI, que reza: "En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuese intencional".

Con independencia de la deficiente redacción del precepto, obsérvese que la reducción de la pena se limita hasta una cuarta parte de la aplicable como máxima, dejando al prudente criterio del juez reducir o no dicha pena ("el Juez podrá reducir la pena..."), lo que da dase a aplicar la pena correspondiente al delito de homicidio cuando se trate de un homicidio preterintencional en el que la intención fue la de lesionar no la de matar.

Respecto al Homicidio culposo o intencional la ley sigue el sistema de consagrar una pena genérica que va de los tres a los cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio salvo el caso de actos u omisión imprudenciales, calificadas como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualquier otros transportes de servicio público federal o local, cuando se causen homicidios de dos o más personas, en que la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza, al igual que cuando se trate de transporte de servicio escolar, según las prescripciones del artículo 60 reformado del Código Penal del Distrito Federal, aplicable en materia federal.

Con respecto a la punibilidad del Homicidio Doloso, la Doctora Olga Islas, señala lo siguiente: (79)

(79) Olga Islas de González Mariscal, "Análisis Lógico de los delitos contra la vida", Ed. Trillas, Méx. 1985, p.p. 77 - 82

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Con respecto al Texto legal:

"Artículo 302.- Conete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

Artículo 8: "Los delitos pueden ser:

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

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

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

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

Con fundamento en el artículo 302, "La integración del delito de Homicidio, es la siguiente:

- 1.- Vida Humana previamente existente: este no es el elemento del homicidio, pero sí la condición indispensable, el presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción (muerte) no puede verse, para el delito imposible de homicidio, pretender dar muerte a un difunto creyéndalo vivo.
- 2.- Elemento material: es la privación de la vida, la muerte, la lesión mortal, es decir, aquel daño a la integración corporal tan completo, que es causador de pérdida de la existencia.
- 3.- Elemento moral: intencionalmente o imprudencia del causador de la lesión, adviértase que, dentro de la intencionalidad del homicidio nuestra ley no exige el propósito específico de matar "animus necandi", y que dentro de las reglas generales del Art. 9 se comprenden la mayor parte de los Dolos indeterminados, de las eventualidades y de las preterintencionalidades".

Art. 303.- "Para la aplicación de las sanciones que corresponda al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

- I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.
- II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado;
- III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren los peritos después de hacer la autopsia, cuando esta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello en reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Quando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue el resultado de las lesiones inferidas."

1.- Lesiones mortales(fracc.I) son las que por sí solas, por sus consecuencias inmediatas, o por su concurrencia con otras causas anteriores producen la muerte, La muerte por concurrencia de lesiones y otras concusas es imputable al autor en las situaciones previstas en el art. 303 fracc. I y 304. No es imputable en los casos del art. 305.

2.- La fracc. II exige una condición objetiva, externa, para la punibilidad de la muerte como homicidio; fallecimiento dentro de los sesenta días. La empírica elección del término se base en la observación de que la mayor parte de los lesionados sanan o mueren antes de ese tiempo, y tienen por objeto impedir que los procesos se aplacen mayor tiempo en espera de los certificados finales. La defunción posterior no podrá sancionarse como homicidio sino como lesiones, salvo la dificultad de clasificarlas; en mi opinión,

La clasificación correcta es de lesiones que pusieron en peligro la vida (art. 293), puesto que la muerte posterior indica que dentro del término de sesenta días existió peligro de defunción.

3.- La autopsia tiene por objeto determinar pericialmente la causa de la defunción, a través del examen de las lesiones y la apertura de las cavidades craneal, torácica y abdominal (véanse Arts. 104, 103 al 113 del Código de Procedimientos Penales).

Art. 104.- "Cuando la muerte no se deba a un delito, y esto se comprobare en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se entregará el cadáver a la persona que lo reclame. En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

Art. 106.- "Los cadáveres deberán ser siempre identificados por medio de testigos y si esto no fuere posible, se harán fotografías agregando a la averiguación un ejemplar y poniendo otros en lugares públicos, con todos los datos que puedan servir para que sean reconocidos aquellos, y exhortándose a todos los que los conocieren a que se presenten ante el juez a declararlo.

Los vestidos se describirán minuciosamente en la causa, y se conservarán en depósito seguro para que puedan ser presentados a los testigos de identidad".

Art. 107.- "Cuando el cadáver no pueda ser encontrado, se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquel y expresarán el número de lesiones o huellas exteriores de violencia que presentaba, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean fueron causadas. También se les interrogará si lo conocieron en vida, sobre los hábitos y costumbres del difunto y sobre las enfermedades que hubiere padecido.

Estos datos se harán a los peritos para que emitan sus dictámenes sobre las causas de la muerte, bastando entonces la opinión de aquellos de que la muerte fue el resultado de un delito, para que se tenga como existente el requisito que exige el art. 303 del Cód. Penal".

Art. 108.- "Cuando no se encuentren testigos que hubieran visto el

cadáver, pero si datos suficientes para suponer la comisión de un homicidio, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padeció alguna enfermedad, el último lugar y fecha en que se le vio y la posibilidad en que el cadáver hubiere podido ser ocultado o destruido, expresando los testigos los motivos que tengan para suponer la comisión de un delito.

A continuación, señalaremos algunas tesis jurisprudenciales que se refieren a lo anteriormente señalado:

- 1.- Autopsia faltada. Para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio no es indispensable la practica de la autopsia del cadáver, cuando aparezca comprobado por otros medios legales de prueba la causa inmediata y directa de la muerte. (80)
- 2.- Cuerpo del Delito. Conforme la jurisprudencia número 321 visible en el Apéndice del Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación, la autoridad judicial goza en principio del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley; pero para ello no quiere decir que la comprobación del cuerpo del delito pueda hacerse con razonamientos desvinculados de las normas legales, cuando como sin existir certificado médico legal, declara que una lesión produjo homicidio de la víctima, fundándose en que el inculcado confesó "haberle pegado un balazo" y los presenciales "que lo mato". (81).
- 3.- Homicidio y Lesiones, Cuerpo de los Delitos de. (legislación de Coahuila). Estableciendo en el artículo 102 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila que el cuerpo del delito de homicidio se justificará con el dictamen de un perito que practique la autopsia del cadáver, y exprese con minuciosidad las causas que originaron la muerte, la sentencia que considere compro-

(80) Tesis Jurisprudencial. Sexta Epoca. Volumen IX, pág. 67

(81) Tesis Jurisprudencial. Quinta Epoca. Supl, 1956, pág.179.

bado ese delito con el dictamen de un solo perito, no viola garantía constitucional alguna el acusado; y por lo que hace al delito de lesiones, igualmente queda comprobada su existencia con el dictamen del perito que practicó la autopsia, dado que con la fe judicial de esas lesiones y el mencionado dictamen, queda justificada la existencia de las mismas, y sólo en el caso de que las lesiones no hayan causado la muerte inmediatamente requiere el Código la atención de dos médicos. (82)

4.- Cuerpo del delito. Homicidio. (Legislación de Michoacán).- Si bien es cierto que el artículo 207 del Código de Procedimientos Penales del Estado dispone que la identificación de los cadáveres se haga por medio de testigos, dicho requisito no forma parte de las reglas que la ley señala para la comprobación del cuerpo del delito. (83)

5.- Homicidio cerpo del delito.- si en el dictamen de los médicos legistas se está significando que las lesiones fueron necesariamente mortales, la simple omisión del formalismo consistente en expresar que las lesiones fueron mortales, no deja injustificado el cuerpo del delito, que puede acreditarse por cualquiera de los medios no prohibidos por la ley. (84)

6.- Fomicidio. Cuerpo del delito Legislación de Michoacán).- Si bien las leyes adjetivas penales del país, incluyendose la Michoacana establecen reglas especiales para la comprobación del cuerpo del delito de homicidio, debe entenderse que lo hacen con el deliberado propósito de facilitar la tarea a las autoridades preventivas o judiciales para esa finalidad, ya que en ocasiones no son lo suficientemente avanzadas en estos menesteres (auxiliares del M.P.o del Poder judicial o personal de las policías), por lo que sería

(82) Tesis Jurisprudencial. Quinta Epoca. Supl. 1956, pág. 255, A.D 62
73/49

(83) Tesis Jurisprudencial. Sexta Epoca, 2da. Parte, Vol.VI, pág 133

(84) Tesis Jurisprudencial. 2da.parte, Vol.XXIII, pág.28 AD.4473/58

contrario a dicho objetivo que se exigiera la cumplimentación estricta de tales normas de conducta procesal, a las autoridades poco doctas. De ahí que en seguida, los legisladores admiten la libre recepción para que los juzgadores estén en posibilidad de aceptar cualesquier medios probatorios no reprobados por la ley, sin infringir garantías(Arts. 206,207 y 225 del Código de Procedimientos Penales de la entidad). (85)

7.- Autopsia, carácter de la autoridad que practica la. Si quienes practicaron la autopsia no pertenecían al Servicio médico legal del Estado en el que se cometió el delito, sino a la Junta Municipal de Asistencia Social, cuyo cuerpo médico tiene el carácter de oficial, debe estimarse que no trasciende legalmente la dependencia personal que tengan los medios que practicaron la autopsia toda vez que el dictamen que emitieron es válido para la comprobación del cuerpo del delito. (86)

8.-Autopsia, comprobación del cuerpo del delito de homicidio cuando no se practica la: El hecho de que la opinión de los prácticos no se ratifique por los legistas carece de trascendencia, si relacionando dicha opinión con lo manifestado por el inculpado y los testigos, se puede considerar que existe prueba plena de la causación del resultado, ya que la autopsia que se practica, tiene como finalidad establecer la causa de la muerte, y ante tal circunstancia hay que concluir que habiéndose acreditado que se hizo un disparo de arma de fuego sobre una persona que la misma presenta la lesión correspondiente y muerte a las pocas horas, y si los opinan que la causa de la muerte fue la lesión de referencia, es racional sostener que se satisface el requisito procesal de comprobación del he-

(85) Sexta Epoca. 2da. parte, Vol. XXIII, pág.28. AD. 4473/58

(86) Idem.

cho material de la muerte y se acredita que la causa de la misma fue el disparo hecho. (87)

Retomando los artículos que señalan la punibilidad del Dolo de Homicidio, podemos decir lo que sigue:

El artículo 303 mencionado señala que para que la lesión sea mortal se requiere una causalidad (fracc. I), una referencia temporal (fracc. II) y el cumplimiento de ciertos requisitos procesales (fracc. III). Por lo heterogéneo del contenido de este precepto y porque ahora sólo interesa el problema del nexo causal, sólo se explicará la fracción I.

Según esta fracción, la actividad del sujeto es causa de la muerte cuando ésta se deba: a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de las consecuencias inmediatas de la lesión, o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse ya sea por incurable, ya por no tenerse al alcance los medios necesarios.

a).- El autor material infiere una lesión y ésta es causa de alteraciones en el órgano u órganos interesados : la muerte se debe a esas alteraciones .

b).- El autor material infiere una lesión y ésta es causa de alteraciones en el órgano u órganos interesados. Las alteraciones a su vez generan una consecuencia inmediata.

c).- El autor material infiere una lesión y esta es causa de alteraciones en el órgano u órganos interesados. Las alteraciones a su vez, determinan alguna complicación y esta última genera una consecuencia inmediata: la muerte se deba a esta consecuencia inmediata.

(87) Tesis Jurisprudencial, Sexta Epoca. 2da. parte. Vol. LXV. Pág. 11 AD. 470/62

d).- El autor material infiere una lesión y ésta es causa de alteraciones en el órgano u órganos interesados. Las alteraciones, a su vez, determinan alguna complicación: la muerte se debe a esta complicación.

e).- El autor material infiere una lesión y ésta es causa de alteraciones en el órgano u órganos interesados. Las alteraciones a su vez, generan una consecuencia inmediata y esta última determina alguna complicación: la muerte se debe a esta complicación.

El artículo 304 estatuye que: "Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión aunque se pruebe:

- I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
- II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y ;
- III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión".

En el texto legal precitado, se advierte que la hipótesis de la fracción III: " que la muerte fue a causa de la constitución física de la víctima" es un caso particular de la hipótesis más general de la fracción II: "que la lesión no habría sido mortal en otra persona", y por tanto, aquella es innecesaria.

El artículo excluye, en forma radical, todo tipo de especulación; no interesa lo que pudo ser, sino lo que realmente ocurrió en el caso concreto, sólo tiene relevancia la causalidad desencadenada por la actividad del autor material.

El artículo es, pues, una reiteración de lo estatuido en la fracc.I del artículo 303, que no es necesaria, aunque resulta útil para evitar desvíos en la interpretación.

El artículo 305 enumera, siete causas de la muerte no desplegadas por el autor material, indicando que en tales hipótesis la lesión inferida por el autor material no es causa de la muerte. Estas hipótesis son:

- 1.- La muerte es el resultado de una causa anterior a la lesión y la lesión no influyó sobre la causa anterior.
- 2.- La lesión se agravó por la aplicación de medicamentos positivamente nocivos.
- 3.- La lesión se agravó por operaciones quirúrgicas desafortunadas.
- 4.- La lesión se agravó por excesos del paciente.
- 5.- La lesión se agravó por imprudencias del paciente.
- 6.- La lesión se agravó por excesos de quienes rodearon al paciente.
- 7.- La lesión se agravó por imprudencial cometidas por las personas que rodearon al paciente.

Este artículo, por ser únicamente reafirmación de lo establecido en la fracción I del artículo 303, es totalmente innecesario. Su utilidad reside en la solución que expresamente consagra para los supuestos a que se refiere.

C.- EL DOLO EN EL HOMICIDIO.

Ya establecimos en capítulos anteriores que al hablar del Dolo en el homicidio estamos refiriéndonos a las formas de culpabilidad, por ello aludiendo al artículo 8 del Código Penal, se dice que el homicidio puede ser:

- a).- Intencional (Doloso),
- b).- No intencional o de imprudencia;
- c).- Preterintencional.

Es Doloso o intencional el homicidio, para usar la terminología de la ley positiva, cuando el sujeto representa el hecho y lo quiere, de manera que con su conducta voluntaria produce el resultado de la privación de la vida. En este delito pueden, pues, funcionar tanto el Dolo directo como el llamado eventual, existiendo el primero cuando hay perfecta concordancia entre el resultado querido y el producido, dándose el segundo, si el sujeto no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, y aunque no lo quiera directamente, por no constituir el fin de su acción o de omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. Se confirma lo anterior si se tiene presente que el artículo 9 del código expresa que: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado previsto por la ley".

Por otro lado el Homicidio es culposos o no intencional, o de imprudencia cuando la privación de la vida se origina en el actuar del sujeto que infringe el especial deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían. Se substituye en la ley vigente de referencia, el texto derogado del artículo 80. del Código Penal, a la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o cuidado, claras formas de culpa, en las que es común denominador la violación de deberes de cuidado.

A continuación invocamos algunos preceptos tomados de la ejecutoria dictada por la primera sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo 6775/57, cuya ponencia correspondió al Sr. Doctor Juan José González Bustamante:

"Es difícil por sí resuelta el concepto de Dolo, más difícil se torna cuando los límites de una sentencia impiden tratarlo con amplitud. Al respecto son varias las corrientes doctrinarias que pretenden desentrañar su concepto, bastándonos citar entre ellas las teorías de la representación de la voluntad, la psicológica, y la de la "representación y de la voluntad que funde una de las primeras mencionadas sin que la enumeración anterior agote, con mucho las corrientes que se han ideado para precisar su contenido.

La teoría de la Voluntad que es la que primeramente se integra como tal (encuentra su origen probablemente en Carmignani y la continúan Carrara y los Clásicos), estima que el Dolo "no es más que la voluntad de ejecutar un acto" ya que es aquella el origen de todos los actos conscientes del hombre. A esta concepción del Dolo se opuso la llamada "teoría de la representación", la cual considera que la esencia del mismo consiste en que el agente debe tener conocimiento, por medio de la representación de los hechos que ejecuta; tal conocimiento no sólo se limita al orden fenomenológico, sino además comprende la captación de su ilicitud; para esta postura la "voluntariedad" carece de interés puesto que existe implícita en la representación.

De las dos teorías expresadas anteriormente nació la que actualmente tiene mayor número de adeptos y que parece expresar con mayor exactitud, el concepto de esta forma de culpabilidad; Esta teoría denominada "de la representación y de la voluntad", estima que son requisitos fundamentales del Dolo:

- a).- La representación del hecho y su significación, y;
- b).- La voluntad del agente en realizarlo.

Dentro esta corriente Mezger afirma que actúa "Dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y ha admitido en su voluntad

el resultado", concepto que comprende dos elementos: uno de carácter intelectual consistente en la representación que tiene el sujeto del hecho y el cual presupone, como le atribuye Angel Reyes Navarro, "conocimiento y previsión de los hechos fundadores de la pena", así como el conocimiento de la significación de los mismos, es decir, de sus elementos normativos contenidos en el tipo, y otro de carácter emocional que se hace consistir en la voluntariedad de la acción y que tiene como presupuesto y contenido el citado conocimiento.

Lo anterior nos parece la postura más correcta, pues requiere, como lo hemos expresado, tanto el elemento psicológico (representación) como el emocional o volitivo (voluntad); así lo reafirma Eusebio Gómez cuando dice que la voluntad sin representación es imposible en un sujeto normal o, por lo menos, no tiene valor, siendo interesante dejar sentado aquí que este autor, como lo anota Reyes Navarros no distingue si se "refiere a la voluntad inicial o bien a que haya voluntad en el resultado" aun cuando el comentarista que citamos se inclina a pensar "que se trata de una voluntad inicial, ya que todo hecho delictivo debe tener forzosamente un arranque voluntario; pero con la relación al resultado no habrá voluntad sino un querer".

Precisando el concepto general de Dolo, debemos hacer notar que los autores han distinguido algunas clases del mismo y así Carrara se refirió al Dolo determinado y al indeterminado, distinguiendo igualmente el Dolo de propósito del de ímpetu. Si para este autor el Dolo nace de la intervención directa y de la indirecta, se explica la distinción de las citadas formas de Dolo; el Dolo directo "cuando el efecto criminal se previó por el agente y se quiso..." "y es indirecto cuando el efecto era solamente una consecuencia posible de los propios actos, no prevista o prevista sin quererla. "Si este se previó, y a pesar de tal previsión se quisieron los medios si bien la voluntad no estaba en estado indiferente, la inteligencia estaba en estado positivo; la anterior distinción lleva a Carrara a hablar de Dolo determinado y Dolo indeterminado, según

La intención sea indirecta positiva.

Otra clasificación del Dolo se distingue el llamado directo, del indirecto o eventual. Existe el primero cuando el resultado producido "concuera con la intención que tuvo el agente de producir el mismo resultado"..

Existe Dolo indirecto o eventual (entre ellos Florian) cuando el agente se representa como posible un determinado efecto dañoso y no obstante que no pueda querer ese resultado, acepta las consecuencias derivadas de su conducta, es decir, hay una aceptación del resultado.

La experinecia nos pone de relieve casos en los cuales el sujeto, queriendo determinado resultado, produce con su acción u omisión un resultado mayor. Cuando se desea lesionar y se mata, este evento sobrepasa la intención del culpable. se habla aquí de un Homicidio preterintencional, el cual puede definirse como la muerte no querida ni aceptada en que la voluntad del agente se ha proyectado a la causación de un daño menor.

De allí que los especialistas afirmen que en el delito preterintencional el cual puede definirse como la muerte no querida ni aceptada en que existió Dolo en el inicio y culpa en el resultado, concepto combatido fervientemente por González Bustamente al considerarlo irreconciliable con la esencia misma del Dolo y la culpa.

El Homicidio es preterintencional cuando el resultado típico mayor al querido o aceptado se produce por imprudencia, comprendiéndose en la forma legal el actuar doloso inicial, que abarca tanto el Dolo directo como el eventual, e inclusive el llamado Dolo de consecuencia necesaria y el resultado que va más allá del querido o aceptado, se produce por culpa o imprudencia, al infringirse el deber de cuidado que debió acatar el autor, en el actuar Doloso inicial, para evitar la producción de daños mayores.

Con nítida precisión, Alfredo Etcheberry afirma que se produce un homicidio preterintencional "cuando una persona con el propósito de lesionar a otra, la hiere o golpea y de ello resulta la muerte"; lo que constituye uno de los casos de la preterintencionalidad, junto a los delitos calificados por el resultado y el "versare in re illicita". Tal homicidio preterintencional transcribe, en algunas legislaciones, tratamiento expreso, sea porque así se le denomine, o bien "lesiones seguidas de muerte", existiendo cierta diferencia entre estas dos fórmulas, pues la segunda (lesiones seguidas de muerte) "supone que, con Dolo de lesiones se ha producido efectivamente un resultado de lesiones y que posteriormente transcurrido un cierto intervalo a consecuencia de las lesiones (con o sin intervención de concausas) se ha producido la muerte. En cambio, la denominación de un "homicidio preterintencional", presume solamente el Dolo de lesiones y el resultado de homicidio, sin exigir que resulte primero lesiones y posteriormente, transcurrido un cierto intervalo, a consecuencia de las lesiones (con o sin intervención de concausas) se ha producido la muerte.

Porte Petit subraya, como elementos o requisitos para la existencia del homicidio preterintencional: ⁽⁸⁸⁾

- a).- animus laedendi;
- b).- un hecho de muerte; y;
- c).- que la misma muerte se haya previsto, teniendo la esperanza de que no se realizaría, o bien que habiéndose previsto haya sido posible.

Al comentar la fracción II del artículo 90., ya derogado, del Código Penal del Distrito Federal, según reformas dictadas por el Congreso de la Unión, promulgadas por el Ejecutivo Federal en decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial

(88) Celestino Porte Petit Candaulop. "Apuntamientos de la Parte gral. de Derecho Penal", Ed. Porrda, México, 1960, pág. 37

de la Federación de trece de enero de 1984, el propio Porte Petit destacó el hecho de que, entre las diversas hipótesis reunidas en dicho texto se recogieron delitos preterintencionales. En la señalada por el número 2:

"Que no se propuso causar el daño que resultó, si el imputado previó esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes", precisa la existencia de Dolo más culpa con representación, mientras en la marcada con el número 3:

"Que no se propuso causar el daño que resultó, si el imputado pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes", existe Dolo más culpa sin representación.

Argumenta el maestro mexicano que de la fracción citada se desprende que el agente ha cometido un daño mayor que el que se propuso causar habiendo mediado culpa respecto del daño causado, tomando en consideración que ese daño pudo haber sido notorio, previsto o haberse prevenido.

Es decir, que la fracción aludida está aceptando la naturaleza del delito preterintencional mezcla el Dolo y la culpa, y en consecuencia la redacción del art. 9o. es desafortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito es intencional no se destrirá aunque se pruebe que no es intencional respecto de daño causado.

Luis Jiménez de Asúa al comentar la primera parte de la fracción II del art. 9o., admite que se recoge en él el "Dolo de consecuencia necesaria", ya que el resultado fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito.

En las dos restantes hipótesis indicadas al hacer el comentario de Porte Petit, se recogían claros delitos preterintencionales, otorgándoles carácter doloso dado que el agente no se propuso causar el daño que resultó, pero previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.

Carrancá y Trujillo, al referirse a las mismas, en sus comentarios al código vigente, expresa por cuanto a la primera (no se propuso causar el daño que resultó, pero previó la consecuencia) que "este caso se identifica con el Dolo eventual o preterintencional", mientras que el Dolo de que se trata en el segundo caso, por reputarlo así la ley (aque el acusado pudo preverlo por ser efecto ordinario del hecho u omisión en que consistió el delito y estar al alcance del común de las gentes), es culpa inconsciente o sin representación.

La primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha admitido que la ley otorga carácter Doloso a denominados delitos preterintencionales, atenta la presunción legal contenida en el párrafo segundo del artículo 90. del Código Penal.

Sirve de criterio la solución dada al caso planteado en el Amparo directo a que nos hemos venido refiriendo marcado con el número 6775/57, en el cual se aborda el delito preterintencional en los siguientes términos:

"Las dos formas de culpabilidad (Dolo y culpa) son recogidas por el Código Penal del Distrito Federal y Territorios Federales en su art. 80. pero cambiándoseles su denominación, pues se les llama:

- I.- Delitos intencionales,y;
- II.- Delitos no intencionales.

En cuanto a la primera especie o sea los intencionales, equivalen a los que correctamente hemos venido denominando delitos Dolosos, y a la segunda (no intencionales o de imprudencia) a los que igualmente, en la terminología correcta, llamados culposos.

Ahora bien, es cierto como estiman algunos autores mexicanos que el art. 90. fracción II se contiene el llamado delito preterintencional.

¿Que es la preterintención?:ya hemos afirmado que se configura cuando el daño causado es mayor de aquel que tenía intención de causar el agente.

Es aquí el lugar adecuado para precisar que no debe confundirse la preterintención con el Dolo eventual, error en que incurren algunos destacados penalistas, entre ellos Florian, quien identifica la preterintención con el Dolo indirecto; para él en esta clase de Dolo se encuentran dos elementos: la voluntad de ocasionar determinado resultado lesivo y un resultado que sobrepasa o excede a dicha voluntad, criterio que lo lleva a agrupar, al igual que Carrara, el delito preterintencional dentro de los delitos Dolosos, aún cuando para este último tratadista la distinción entre ambos es clara, ya que precisa que por cuanto al resultado existe Dolo y culpa por lo que hace a la intención.

De lo expresado en estas líneas resulta claro que hay autores que sitúan a la preterintención dentro del ámbito del Dolo, pero tal corriente se opone a la de aquellos a quienes resulta imposible imputar a título de Dolo el resultado no querido.

Probablemente sea Marcelo Finzi el precursor de la más extendida teoría sobre la preterintención, la de aquella que ve en tal especie de culpabilidad una mezcla de Dolo y culpa: Dolo respecto a la intención y culpa por cuanto al resultado, en el caso del homicidio, Dolo por la lesión, culpa por la muerte. No obstante, a tal estructura se han opuesto distinguidos juristas como Manzini, para quien es inadmisibles la coexistencia en una misma acción del Dolo y la culpa; a este reparo contestó brillantemente Vannini, demostrando palmariamente la posibilidad de tal hipótesis.

En México, Celestino Porte Petit ha defendido brillantemente la forma del delito preterintencional que se integra en la fórmula: Dolo más culpa, agregando que por lo que respecta a esta última admite sus dos especies...⁽⁸⁹⁾

(89) Celestino Porte Petit. Op. cit. pág.

Para Porte Petit, la redacción de la fracción aludida es desafortunada, en la ejecutoria en cuestión se precisa, en relación al caso particular examinado, que aún cuando el quejoso no tuvo intención de causar la muerte a la víctima, dicho resultado debe serle imputado a título de Dolo, apoyándose en el criterio del "medio empleado", el cual se estimó de decisiva eficacia en la comprobación del elemento interno del delito, concluyéndose en destacar la importancia de determinar si el medio empleado debía razonablemente ocasionar o no la muerte, independientemente de la negativa del acusado sobre su propósito final dirigido a dicho resultado.

La tesis de la Corte quedó plenamente confirmada cuando en la parte considerativa del fallo comentado se expresa:

"Precisado que la cuestión planteada constituye un delito de naturaleza preterintencional al que la ley otorga el carácter de Doloso en virtud de que el resultado fue consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito, sin que sea operante argumentar si la ley es o no injusta, resulta correcta la conclusión a que se llega en la sentencia impugnada de considerar al quejoso responsable del delito de homicidio simple, excluyéndose así en forma definitiva, su punición como delito imprudencial.

El ex-ministro Rodolfo Chávez Sánchez sostuvo invariablemente en las sesiones públicas de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comentando el texto derogado del art. 90; aun cuando era cierto que el precepto establecía una presunción legal de intencionalidad en la hipótesis de la fracción II, no era menos cierto que podrían darse casos en los cuales el resultado causado y no querido no fuera consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistía el delito y ello hacía inoperante tal presunción.

En su criterio se desprendía inexactitud en la afirmación de que la fracción II comentada considerara Dolosos a delitos que no tenían ese carácter, pues tal clasificación dependía de que el resultado fuese consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión,

o bien, que el agente hubiera previsto o podido prever la consecuencia por ser ésta efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, de manera que cuando no surtieran en las especies las exigencias legales no podía estimarse el delito como Doloso. De ahí la posibilidad de sancionar como delito imprudencial o culposos el resultado querido en aquellos extraordinarios casos en los cuales el evento producido no hubiera sido previsto por no ser efecto ordinario del hecho u omisión ni estar en consecuencia, al alcance del común de las gentes.

En tales situaciones afirmo Chávez Sánchez, no podía operar la presunción legal de intencionalidad mencionada, pudiendo funcionar la culpa respecto al resultado final no querido, tal interpretación sin embargo, dejaba incólume la afirmación de Porte Petit, pues el hecho innegable era que el resultado causado no había sido querido, aun cuando hubiere sido previsto o se hubiere podido prever, pues lo característico de la culpa es la ausencia de intención respectiva del resultado.

Lo anterior pone en evidencia las diversas interpretaciones del alcance la la presunción legal de intencionalidad que consagro el art. 90. fracción II, hoy derogada y la aparente injusticia de las soluciones adoptadas por los tribunales al aplicarla. Por ello afirmamos en el pasado, que una solución más justa pudiera haber sido la de declarar la responsabilidad culposa en tales casos, haciendo operar la culpa respecto al daño de muerte, sin desconocer por otra parte, que en ella está ausente la intención de causar daño, pues caracterízase normalmente por la falta de previsión de lo previsible (culpa inconsciente) o bien, en última instancia, cuando existiendo dicha previsión, el sujeto no quiere ni acepta el resultado.

Las opiniones vertidas respecto a la interpretación y alcance del texto derogado del art. 90. fracc. II, puso en relieve el conocimiento de la existencia de hipótesis preterintencionales, a la que se dio tratamiento punitivo igual al de los delitos intencio-

nales, más el criterio expuesto no fue unánime.

Fernando Castellanos hace observar que Juan José González Bustamante, "con base en las disposiciones del Derecho Positivo, asegura que la ley Penal del Distrito no contempla la preterintencionalidad, puesto que el artículo 80. sólo alude al Dolo y a la culpa, por lo que a su juicio y con una tendencia dogmática, en todos los delitos, o se quiere el resultado (Dolo) o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa), sin que sea dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta". (90)

Agrega que aunque los Códigos que han incluido la preterintención, siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales como acaece en la legislación veracruzana vigente que para la punición de la tercera especie remite al Dolo.

El mismo Castellanos Tena niega esta tercera especie de culpabilidad, en razón de la esencia del Dolo y de la culpa, completamente diversa resultándole admitir que subjetivamente se entremezclan ambas especies, terminando por asegurar que el delito o se comete mediante Dolo, o por culpa, aclarando que en el delito Doloso puede haber un resultado mayor al propuesto por el agente, y en el culposo, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse.

En relación al multicitado texto del art. 90. fracción II, afirmamos que la ley positiva mexicana recogía hipótesis de delitos preterintencionales, lo cual sin embargo no llevaba a admitir que se captara, en nuestro derecho, la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad, pues ambos asertos eran distintos. Admitido el primer punto de vista, dijimos, el problema radicaba en determinar si era de aplicarse en algunos casos, conforme a una correcta hermenéutica jurídica, la pena correspondiente al delito culposo y si excepcionalmente el resultado no querido debía

(90) Fernando Castellanos Tena, Op. cit. pág. 237,

de relevarse de pena, sancionándose únicamente la intención, cuando aquel fuese de naturaleza imprevisible, cuestión planteada en la interpretación hecha por el ministro Chávez Sánchez, al pretender precisar el alcance del texto aludido.

En la doctrina penal se considera bajo el término preterintencionalidad en muy amplio sentido, comprendida una serie de casos en que, concurriendo algún elemento de culpabilidad, no existe plena coincidencia entre dicho elemento y el resultado producido por el autor, señalándose como tales casos: a) delitos preterintencionales; b) delitos calificados por el resultado; y c) *versari in re illicita*.

En los delitos preterintencionales se produce el fenómeno en el cual el agente, al realizar dolosamente un hecho delictivo, produce otro más grave no abarcado por su intención, o bien, como lo expresa Enruque Cury, obra preterintencionalmete quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave.

En el actual texto del art. 9o. del Código se declara: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido, si aquel se produce por imprudencia" y como el art. 8o. prescribe que los delitos pueden ser:

III.- Preterintencionales, resulta claro que el derecho positivo da acogida a la corriente legislativa, iniciada audazmente por El Código de Defensa Social de Veracruz, que admitió a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, posteriormente ya reconocida por diversas legislaciones en los Estados, entre los cuales podemos citar los Códigos Penales vigentes de Veracruz, Sonora, Michoacán y Guanajuato.

La reforma del 13 de enero de 1984 en vigor desde el 12 de abril de ese año, terminó con la redacción del art. 9 del Código Penal, que había merecido la reprobación de un número de penalistas me-

xicanos , pues la interpretación del texto anterior daba lugar como apuntaba, Pavón Vasconcelos a verdaderos casos de integración legal.⁽⁹¹⁾

El art. 8o. señala que los delitos pueden ser:

I.- Intencionales,

II.- No intencionales o de imprudencia,

III.- Preterintencionales.

Los autores del anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal de 1983, señalaba la conveniencia de suprimir las presunciones legales y la necesidad de establecer una clara distinción entre Dolo, culpa y preterintención.

Para ellos el Dolo equivale a lo que el Código promulgado en 1931 denomina intención: la culpa es equivalente a lo que en la actualidad se designa como no intención o imprudencia y la preterintencionalidad consiste en no sancionar como Dolosa una conducta que realmente no lo sea.

En la anterior redacción del art. 9 como indica Ignacio Villalobos, terminaba por no dar un concepto del mismo.

En el actual art. 9o. se expresa literalmente:

"Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

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

Hanz Welzel formuló su teoría finalista de la acción y posteriormente extrajo de su nueva noción las consecuencias inherentes

(91) Rafael Márquez Piñero. "Derecho Penal: Parte Gral". Ed. Trillas, México, 1986, págs. 265 - 274.

a ella, una de las áreas penales más afectada fue la relativa al Dolo.

Desde la perspectiva del tradicionalismo causalista, que construye su teoría del delito sobre el fundamento de la acción causal, el Dolo recibe su ubicación en el terreno de la culpabilidad, como una especie de la misma, de conformidad con los partidarios de la teoría psicologista, como un elemento o como una de las formas de la culpabilidad.

Con el finalismo, se coloca el Dolo tanto en la acción como en el tipo y de esto se deriva una consecuencia doble:

- a). Para los finalistas, la acción se encuentra antes del tipo y en ella sitúan a la voluntad final, en otras palabras al Dolo.
- b). Pero el Dolo para el finalismo, también se haya en el tipo.

El maestro Zaffaroni señala que sólo analíticamente cabría separar la voluntad de la manifestación de voluntad, porque la conducta constituye una unidad que es indivisible. Además, añade Zaffaroni que una voluntad sin manifestación no es Dolo.

No hay manifestación de voluntad sin voluntad, ni voluntad sin manifestación que corresponda a un "acto de acción". Podrá corresponder a un "acto de pensamiento", pero no a un "acto de acción"; por ende, la mera resolución de obrar contra la ley es un acto de pensamiento que no puede ser llamado Dolo, ya que el Dolo comienza a existir cuando se manifiesta. (92):

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

(92) Raúl Eugenio Zaffaroni. "Teoría del delito", Edit. Buenos Aires, 1973, pág. 342.

Si tenemos en cuenta la descripción del dolo (obrar intencionalmente), del párrafo primero del art. 90. del Código Penal para el Distrito Federal en lo común y para toda la República en lo Federal, se resalta la integración del mismo con base en dos supuestos:

- a).- Conocimiento de las circunstancias del hecho típico.
- b).- Querer o aceptación del resultado prohibido por la ley.

Realmente tenemos delante una doble vertiente en la configuración legal del concepto de dolo: por un lado, lo que con la terminología de Zaffaroni podemos denominar acto de acción, y por el otro, el acto de conocimiento. Dicho así, parece advertirse una contradicción inevitable entre ambos actos, pero el tema amerita mayor puntuación, una precisión más cuidadosa.

Siguiendo al penalista argentino, tan buen conocedor de todo el derecho penal latinoamericano, pudiera decirse que mientras en el acto de acción el objeto resulta alterado, en el conocimiento permanece indiferente; sin embargo, Zaffaroni adviene en quien se propone un fin en el acto de acción, como su fin tiende a un objeto, debe conocer es objeto o - por lo menos - "tener alguna referencia conocida para individualizarlo aproximadamente".

La lógica de lo anterior se impone con signos de evidencia: el dolo es concebido (párrafo primero del art. 90. del Código Penal referido) como un acto de acción lato sensu (está orientado al fin de cometer un delito determinado), pero esa voluntad se encuentra siempre regida por el conocimiento, que deriva precisamente de actos de conocimiento que son anteriores.

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

La contradicción es aparente y no real, pues el conocimiento se re-

vola en la dirección final de la conducta. Quedan lejos y superados los tiempos del enfrentamiento de las teorías de la voluntad y de la representación en disputa de una esencialización monista del dolo.

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

El dolo-termina por afirmar Zaffaroni- es "el fin tipificado", y la finalidad es la que proporciona sentido y unidad de conocimiento, "Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad".(93)

Hans-Herrrich Jesckeh, profesor de la Universidad de Friburgo, indica que el dolo significa "conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal". De esa noción de dolo deduce que, si cuando está ausente el conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo legal se excluye el dolo, por vía de inversión habra de inferirse, positivamente, que el dolo requiere el conocimiento de dichas circunstancias.

Jesckeh concretiza su posición: el conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente; además, el autor ha de prever- en sus rasgos esenciales - los elementos típicos futuros, muy especialmente el resultado y el nexo causal. (vale la pena repetir para mantener vivo el razonamiento, el párrafo primero del art. 90.: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley").

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

(93) Raúl Zaffaroni, Op,cit. pág. 344.

El maestro teutón concluye: "La resolución distingue al dolo de las meras ilusiones, deseos y esperanzas. Finalmente, el dolo debe concurrir en el momento de la acción, pues sería absolutamente irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente (dolus antecedente o subsequens)".

Tomando en cuenta lo anterior, añadimos nosotros que, por cierto es una postura sea científica y sólida en muchos de sus aspectos, los juspenalistas mexicanos patrocinadores del "modelo lógico del derecho penal" (fundamentalmente la doctora Islas) muestra en esta muy dificultosa parcela dolosa una especial claridad.

Islas entiende por dolo "conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal".

por consiguiente, estima que para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, por tres razones: (94)

- a).- Los elementos del tipo son objetivos y subjetivos.
- b).- El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

Sin embargo, agrega la maestra Islas, al concepto del dolo, que propone el modelo lógico, corresponde a un dolo neutro, natural, no valorado, entendiéndolo como un hecho psíquico simplemente. Ello produce la consecuencia de la exclusión de toda referencia a elementos objetivos valorativos, es decir, el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. De no producirse esta elusión de dichos elementos objetivos valorativos, se incidiría en un concepto de dolo valorado, propio del causalismo.

El modelo lógico coincide con el finalismo en su exclusión del dolo de la culpabilidad, consecuencia de que la acción penal es una acción ontológicamente entendida, ya que los delitos son hechos, de

(94) Olga Islas. Op. cit. pág. 84.

la vida real, no entes metafísicos; pero - al mismo tiempo - el modelo lógico analiza el dolo en dos niveles conceptuales distintos: en la teoría de las normas penales, y en la teoría de los delitos. En aquella, el dolo se incluye en la conducta general y abstracta, descrita en el tipo, o sea, el dolo esta incluido en el tipo; en ésta, el dolo se contiene en la conducta particular y concreta realizada por el sujeto, es decir, el dolo se haya contenido en el delito. En definitiva, habla de un dolo típico.

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

Hay casos en que la acción origina un resultado muy grave que el deseado por el agente. A esto, manifiesta Cuello Galón, la figura del delito llamado preterintencional, de procedencia italiana, cuya doctrina viene a concebir la preterintención como una tercera forma de culpabilidad, un ejemplo se tiene cuando una persona golpea a otra - sin ánimo homicida - y como consecuencia, debido a las lesiones causadas, sobreviene la muerte. El hecho es intencional, pero la intención ha sido ampliamente superada por el resultado.

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

- 1.- La doctrina Clásica italiana, ve en la preterintención una forma de dolo, el denominado preterintencional. Carrara de esta manera pensó al clasificar el homicidio preterintencional en la familiar de los homicidios dolosos, aunque conviene advertir que el gran maestro italiano utiliza la fórmula de culpa mezclada con dolo.

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

- 2.- Otro grupo de autores se alza contra la admisión del dolo más

allá de la intención del agente. Precisamente, José Irueta Goyena, juspensalista uruguayo, indica que el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto a la lesión, culpa en referencia a la muerte. Jiménez de Asúa señala al respecto que en Argentina José Peco sostiene que el delito preterintencional está constituido por dos ingredientes: uno culposo, y otro doloso; el dolo recae en el propósito, y la culpa sobre el resultado. A esta opinión se adhiere el maestro hispano por lo que se refiere a la interpretación de esta figura.

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

Aplicando esta rígida concepción, el homicidio preterintencional sería una especie de dicho género de infracciones; en otras palabras, estaríamos en presencia de un residuo de responsabilidad objetiva, como - con acierto - señala Antolisei.

Juspensalistas relevantes como el propio Jiménez de Asúa, Von Liszt, Max Ernesto Mayer, Cuello Calón, etc. se pronuncian en favor de que este resto arcaizante e inhumano de responsabilidad objetiva desaparezca de algunas legislaciones, como la italiana o la española, en las que actualmente se aplica, y que sea sustituido por el criterio de la responsabilidad basada en la culpabilidad.

Carrancá y Trujillo, el fallecido maestro de tantas generaciones de penalistas mexicanos, en este tema de la preterintencionalidad, hablando en términos generales, alude a la previsibilidad y a la integración del nuevo resultado en el previsto, siempre que aquel sea notoriamente una consecuencia necesaria, es decir, un efecto de la acción causal querida.

El connotado penalista indica que aquí está la mayor garantía a la que puede aspirar el acusado, o sea, el nexo o relación de causalidad entre su acción y el resultado. Continúa exponiendo Carran-

cá y Trujillo, al comenzar a realizar un hecho punible determinado, el acusado conocía bien la imposibilidad de encerrar (dentro de los límites rígidos y absolutos), las consecuencias de su hecho, por lo que es justo que el evento, derivado del mismo, le sea atribuido por completo, tanto en ese evento representa la consecuencia de su obra, de su modo de actuar. Alrespecto, Carrancá y Trujillo manifiesta que Jiménez de Asúa lo denomina dolo de consecuencia necesaria, y el chileno Novoa Monreal lo llama dolo de consecuencias seguras.⁽⁹⁵⁾

Como sabemos, el párrafo tercero del art. 90. del Código Penal dice: "Obra intencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia."

La punibilidad de tal situación viene fijada (en consonancia con lo apuntado en páginas anteriores) por lo establecido en la fracción VI, del art. 60:

"En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional".

El profesor Villalobos al referirse a la preterintencionalidad a nivel doctrinal, expone varias consideraciones interesantes. Su postura es muy clara: no hay -afirma- más que dos especies de Culpabilidad, es decir, el dolo y la culpa.

Las reglas para el dolo y para la culpa (sostiene tajantemente), siguen siendo las únicas aplicables, y sólo habrá que tener presente que el llamado delito preterintencional es simplemente aquel en que se realiza una tipicidad más allá de la intención. Y ese resultado puede producirse con dolo indirecto o eventual, con culpa o sin ni una ni otra especie de culpabilidad.

El juspenalista mexicano estima que si se quiere abarcar toda la realidad del delito con resultado preterintencional, o todas sus posibilidades o variantes deben admitirse las conclusiones siguientes: ⁽⁹⁶⁾

(95) Raúl Carrancá y Trujillo "Derecho Penal Mexicano" parte, gral. Ed. Porrúa, Méx. 1985, pág.448

- a).- Es inadecuado buscar un trato unitario o una fórmula para todos los casos de preterintencionalidad.
- b).- Si se distingue, como es debido, el dolo de la intención, el efecto típico que se produce más allá de esta última puede corresponder a una postura mental de dolo indirecto o eventual por parte del agente, a una actitud culposa o a un mero evento imprevisto e imprevisible, y por tanto, sin dolo ni culpa por lo que a él respecta.
- c).- Si por intención y por dolo se quiere entenderse exactamente una misma cosa, entonces sería claro que en ningún delito preterintencional, preterdoloso podría considerarse el resultado como culposo o fortuito, pero aun no forza y exclusivamente culposo.
- d).- Los jueces deberán considerar todos los tipos producidos, con la calificación de culpabilidad que les corresponde, juzgándolos acumuladamente como un caso de concurso ideal, salvo los casos en que sólo se debe castigar en atención al tipo realizado, por considerarlo absorbente del intentado, o solamente en relación con el delito propuesto, por encontrar que no hubo dolo ni culpa en los demás sobrevenido (condenando Villalobos la tendencia de castigar la no culpable por la simple sugestión de necesidad, derivada del versare in re illicita, o por el caduco sistema de los delitos calificados por el resultado).
- e).- Como es erróneo buscar un trato unitario para todos los casos de preterintencionalidad, resulta necesario dejar a los tribunales, la determinación de la naturaleza de cada caso que se le presente, sin que deban operar normas orientativas distintas de la apuntadas ut supra. El análisis doctrinal del profesor Villalobos, sin duda esta de conformidad con las modernas, corrientes, aunque su parte dogmática (de la que hemos prescindido

do) se refiera a la anterior fracción JJ del derogado Art. 9o.

El profesor Porte Petit ha mantenido, la carta de naturaleza de la preterintencionalidad en el derecho mexicano, la sostuvo con base en la ya mencionada fracc. II del Art. 9o., literalmente por la reforma del 13 de enero de 1984, y la mantuvo sin enmendarla pues, según se tiene entendido, es uno de los redactores del anteproyecto de 1983, auténtico cimiento de la reforma, tantas veces referida.

Basta comparar el anteproyecto del Art. 11 con el 9 actualmente vigente y tendrá que aceptar lo que afirmamos: una levisima mutación redaccional, referente a los respectivos párrafos terceros no resta ni un ápice de verdad a lo que decimos.

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

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

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

lamente se imputan los resultados previsibles.

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

CONCLUSIONES

I.- Con el presente trabajo, tratamos de hacer un " Estudio Dogmático sobre el Dolo en el Delito de Homicidio ", y entre los temas que abordamos está el de enumerar las teorías que existen sobre el concepto de Dolo, a lo que podemos decir que nosotros nos adherimos a la Teoría del Asentimiento o consentimiento que surge de la pugna existente entre las teorías de la Voluntad y la de la Representación.

La teoría del asentimiento basa al Dolo en la actitud del autor frente a la representación del hecho típico, es decir, afirma que debe estimarse como posible dicho hecho, en tanto que el agente otorga su consentimiento al resultado.

Asimismo la teoría de la representación define al Dolo como la manifestación de la voluntad que acompaña a la representación del resultado.

Por lo tanto consideramos que sobre las teorías que tratan de definir al Dolo, se debe adoptar la postura de la teoría mencionada, en virtud de que reúne como ya dijimos, las teorías de la voluntad y la de la representación; uniendo ambas se puede decir que el Dolo es la "intención de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley"

Así el Dolo abarca:

- 1.- La representación de los elementos objetivos integrantes del delito.
- 2.- El conocimiento de la significación del delito y;
- 3.- El conocimiento del cambio en el mundo exterior que va a producir ese resultado, es decir, el conocimiento o representación del resultado.

En conclusión, considero que no puede darse una definición de Dolo separando las dos Teorías y así el Dolo será la intención de producir un resultado que se sabe es contrario a la ley, ese resultado que se ha representado el agente y ha tenido el conocimiento necesario de la significación del delito que va a cometer así como el cambio en el mundo exterior, es decir, la representación del resultado que va a provocar la realización del hecho delictuoso.

II.- Por otro lado, también en este trabajo tocamos lo referente a los elementos que integran o constituyen al Dolo, de lo cual podemos decir lo siguiente:

Se hizo una enumeración y explicación de las diversas posturas que existen al hablar sobre los elementos del Dolo, pero a mi parecer son dos los elementos que lo constituyen:

- 1.- La representación del hecho y su ilicitud.
- 2.- La voluntad o la intención de producir ese resultado.

Aquí se encuadran los elementos más importantes del Dolo y así surgen las principales Teorías que existen al respecto.

III.- Asimismo, hablamos de las diferentes clases o especies de Dolo señalando como las más importantes y como consecuencia de su definición y por tanto de los elementos constitutivos se dice que hay dos clases de Dolo:

a).- Directo, e;

b).- Indirecto.

Todas las demás especies de Dolo que hablan los diferentes autores se puede decir que son consecuencia o subespecie de lo que ya señalamos.

Al Dolo directo se le definió como aquel en que esa voluntad de la que se habla en la definición del Dolo se encamina directamente a la producción de resultado o acto típico.

El Dolo indirecto se encamina directamente a la producción de todos los demás casos en que la voluntad no busca o no se propone un resultado que luego se produce, si no que el agente sabe que se va a producir y lo admite puesto que ejecuta el acto causal y consciente de todas las posibilidades con tal de llevar su conducta, llevan consigo un dolo indirecto en cuanto al delito constituido por ese resultado no querido pero sí contenido en su realización.

IV.- Por otra parte, hemos definido al delito de homicidio como sigue:

Homicidio es el delito que consiste en "privar de la vida a otro" que es el concepto que señala el Código Penal Mexicano en su artículo 302.

El homicidio entonces contiene un supuesto lógico para su existencia y dos elementos que lo integran o constituyen:

- a).- Una vida humana previamente existente que es como ya dijimos la condición lógica del delito; de lo contrario, sería encuadrado en lo que se conoce como Homicidio imposible que es el hecho de quitar la vida a un difunto creyéndolo vivo y que sólo viene a significar no la integración del delito de Homicidio sino la tentativa del mismo.
- b).- Supresión de esa vida que es el elemento material del delito de Homicidio.
- c).- Que la supresión de esa vida se haga intencional o imprudencialmente que significa el elemento moral del mismo y es aquí precisamente donde encuadramos al Dolo de Homicidio, como elemento moral o subjetivo.

V.- En cuanto a las clases que existen del delito de homicidio podemos concluir que:

De acuerdo con el contenido del artículo 8 del Código Penal en su texto vigente se dice que el homicidio puede ser:

- a).- Intencional (Doloso),
- b).- No intencional o de imprudencia (culposo),
- c).- Preterintencional.

a).- Es Doloso o intencional el homicidio, cuando el sujeto representa el hecho y lo quiere, de manera que con su conducta voluntaria produce el resultado de privación de la vida.

En este delito puede, pues funcionar tanto el dolo directo como el llamado dolo eventual, existiendo el primero cuando hay perfecta concordancia entre el resultado querido y el producido, dándose el segundo, si el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible y aunque no lo quiere

directamente por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo, lo acepta, ratificándose en el mismo.

- b).- El Homicidio es culposo o no intencional, cuando la privación de la vida se origina en el actuar del sujeto que infringe el especial deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían.
- c).- El homicidio es preterintencional cuando el resultado típico es mayor al querido o aceptado, se produce por imprudencia comprendiéndose en la fórmula legal el actuar doloso inicial que abarca tanto el dolo directo como el eventual e inclusive, el dolo de consecuencia necesaria y el resultado que va más allá del querido o aceptado, se produce por culpa o imprudencia, al infringirse el deber de cuidado que debió acatar el autor, en el actuar doloso inicial, para evitar la producción de daños mayores.

VI.- Como consecuencia de lo que se ha desarrollado en el presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

Como ya señalamos anteriormente la definición que adoptamos del Dolo es la siguiente:

"DOLO ES LA VOLUNTAD QUE SE TRADUCE EN LA EJECUCION DE UN ACTO, TENIENDO EL CONOCIMIENTO DE QUE DICHO ACTO ES SANCIONADO POR LA LEY COMO DELITO Y QUE LA EJECUCION DE ESE ACTO TIENE COMO CONSECUENCIA LA PRODUCCION DE UN RESULTADO".

Consideramos que esta definición reúne todos los elementos integrantes del Dolo:

- 1.- La voluntad de realizar el acto.

2.- El conocimiento de que la ley prevé como delito ese acto.

3.- La producción de un resultado.

Asimismo, el homicidio será Doloso o habrá Dolo de Homicidio cuando el agente cometa el acto de privar de la vida a otro, es decir, lo que señala el artículo 302 del Código Penal.

Por lo tanto habrá Dolo de Homicidio cuando el sujeto tenga la intención de matar que es un delito previsto y sancionado por la ley penal específicamente por el artículo 302 del Código Penal señalado anteriormente y a pesar de esto el agente priva de la vida a otro sin importar las consecuencias que de antemano sabe que va a producir su acción.

Es muy clara y categórica la fórmula que dicta el referido artículo 302 puesto que en la definición encierra todo lo que podemos decir del Homicidio Doloso, señalando los elementos del mismo, sobre todo el de la intención de matar.

Así habrá un Homicidio Doloso o como se le ha llamado también intencional, en virtud de la definición que da el artículo 9 del código penal al decir que obre intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepta el resultado prohibido por la ley, cuando el sujeto representa el hecho y su conducta voluntaria produce el acto de matar, sabiendo las consecuencias que producirá, es decir, sabiendo que la ley penal sanciona dicho acto como delito, específicamente como "Homicidio Doloso".

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Beling Ernest Von, "Esquema de Derecho Penal", Ed. de Palma, Buenos Aires, 1944.
- 2.- Carrara Francisco, "Programa del Curso de Derecho Criminal", Ed. Témis, Bogotá, 1956.
- 3.- Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1987.
- 4.- Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal: Parte General", 9a. ed. Ed. Nacional, México, 1976.
- 5.- Fontán Ballestra Carlos, "Tratado de Derecho Penal: Parte General", Vol.II, 3a. ed, Ed. Depalma Editor, Buenos Aires, 1966.
- 6.- Garcilópez Miguel, "Derecho Penal: Parte General", 1a. ed., Ed. Reus, Madrid, 1940.
- 7.- Gómez Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1940.
- 8.- González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1981.
- 9.- Ialas de González Mariscal Olga, "Análisis Lógico de los delitos en contra de la vida", Ed. Trillas, México, 1985.
- 10.- Jiménez de Asúa Luis, "La ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.

- 11.- Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1980.
- 12.- Liszt Franz Von, "Tratado de Derecho Penal", 3a. ed. Española, Ed. Reus, Madrid, 1927.
- 13.- Marquez Piñero Rafael, "El Derecho Penal : Parte General", Ed. Trillas, México, 1985.
- 14.- Mezger Edmundo, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Reus, Madrid, 1955.
- 15.- Pavón Vasconcelos Francisco, "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1985.
- 16.- Pessima Enrique, "Elementos de Derecho Penal", Ed. Reus, Madrid, 1936.
- 17.- Porte Pettit Candaulop Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Ed. Porrúa, México, 1960.
- 18.- Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Losada, Buenos Aires, 1956.
- 19.- Villalobos Ignacio, "Derecho Penal Mexicano: Parte General", 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- 20.- Zafaroni Radl Eugenio, "Teoría del Delito", Ediar Editores, Buenos Aires, 1973.