



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

‘ ‘ A R A G O N ’ ’

**ANALISIS DE LAS AGRAVANTES EN EL DELITO DE
HOMICIDIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL**

T E S I S P R O F E S I O N A L

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

ESPERANZA GASPAR GARCIA

Asesor Lic. Arturo Arriaga Flores

San Juan de Aragón, Méx. 1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ANÁLISIS DE LAS GRAVANTES EN EL DELITO DE HOMICIDIO
EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

INTRODUCCION.

CAPITULO 1. GENERALIDADES.....	1.
1.1. BREVE ESTUDIO DEL HOMICIDIO.....	5.
1.2. DIFERENCIA ENTRE MODALIDAD, AGRAVANTE Y CALIFICATIVA.....	10.
1.3. CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.....	12.
1.3.1. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTADAS ATENUADAS.....	13.
1.3.2. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTADAS AGRAVADAS.....	14.
CAPITULO 2. LA PREMEDITACION.....	15.
2.1. CONCEPTO.....	17.
2.2. TEORIAS.....	18.
2.2.1. CRONOLOGIA.....	19.
2.2.2. PSICOLOGIA.....	21.
2.2.3. IDEOLOGIA.....	23.
2.2.4. FORMAS FICTAS.....	25.
2.3. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	27.
2.4. ARTICULO 315 DEL CODIGO PENAL.....	29.

CAPITULO 3. LA VENTAJA.....	30.
3.1. TEORIAS DE LA VENTAJA.....	33.
3.1.1. CARRANCA Y TRUJILLO.....	35.
3.1.2. GONZALEZ DE LA VEGA.....	38.
3.1.3. JIMENEZ HUERTA.....	40.
3.1.4. FORTE FETIT.....	43.
3.2. ANALISIS DEL ARTICULO 316 Y 317 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	45.
3.3. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	48.
CAPITULO 4. ALEVOSIA Y TRAIACION.....	50.
4.1. ANALISIS DOCTRINAL.....	52.
4.2. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	55.
4.3. ARTICULO 318 Y 319 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	59.
CAPITULO 5. ANALISIS DE LAS AGRAVANTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	69.
5.1. VALORACION DE LA PRUEBA.....	71.
5.2. LAS AGRAVANTES EN LA AVERIGUACION PREVIA Y EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	77.
CONCLUSIONES.....	82.
BIBLIOGRAFIA.....	84.

INTRODUCCION

Entre los bienes jurídicos que posee el ser humano de manera individual son los de la vida e integridad corporal los de mayor grado y jerarquía. Estos bienes jurídicos tienen una connotación eminentemente física y personal, porque se plasman en estados fisiológicos de las personas perceptibles por los sentidos, y éstos bienes acompañan a los seres humanos desde su concepción y de su nacimiento hasta su muerte.

El Derecho Penal tutela estos bienes jurídicos de manera enérgica debido a su importancia y trascendencia que revisten desde su punto de vista individual y social así también se les considera como condiciones esenciales de la existencia de la personalidad y en consecuencia, fundamento de todo derecho, son bienes inviolables e indisponibles. La protección que el Derecho tiene sobre estos bienes no sólo porque los considere como derechos subjetivos pertenecientes a una sola persona, sino como valores e intereses pertenecientes a la colectividad.

El Código Penal vigente dedica a la protección de estos valores el Título XIX del Libro Segundo que lleva por rubro "Delitos contra la vida e integridad corporal" y a la lectura del referido título se capta de inmediato la importancia del mismo ya que refiere y tutela la vida del ser humano así como su seguridad e integridad corporal del propio ser humano, y el presente trabajo de tesis se evoca única y exclusivamente a la tutela de la vida humana pero en su aspecto de Homicidio Calificado, por lo que a lo largo del desarrollo del capitulado analizaremos cada una de las agravantes, de esta manera surgió en lo personal la inquietud por el estudio de estas calificativas en el homicidio y de esta manera se le ha denominado al presente trabajo "Análisis de las agravantes en el delito de homicidio en el Código Penal para el Distrito Federal".

Es homicidio calificado es aquél en el que existe la concurrencia de la premeditación, ventaja, alevosía o traición mencionadas en el artículo 315 o por las presunciones de premeditación descritas casuísticamente en el párrafo último del citado artículo.

Es la vida humana el bien jurídico que ocupa el primer lugar en la escala de valores tutelados penalmente y cuando se pierde la vida salen sobrando todos los demás valores humanos. De ahí que en los modernos tiempos las leyes punitivas sancionen con las más graves penas el hecho de segar la vida del hombre. El fin de la tutela penal rebasa los intereses particulares en cada hombre. La vida humana es protegida por el Estado no sólo en interés del individuo sino también en interés de la colectividad.

Una tutela justa y eficaz del bien jurídico de la vida sólo puede alcanzarse si se toma en cuenta los diversos modos circunstancias, situaciones personales y objetivas y medios de ejecución que concurran en la conducta que causa como resultado la privación de la vida humana.

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES.

1.1. BREVE ESTUDIO DEL HOMICIDIO.

1.2. DIFERENCIA ENTRE MODALIDAD, AGRAVANTE Y CALIFICATIVA.

1.3. CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

1.3.1. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTARIAS ATENUADAS.

1.3.2. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTARIAS AGRAVADAS.

CAPÍTULO I.

GENERALIDADES.

Dos son los valores más importantes para la humanidad: La vida y la salud, de ahí, que desde la existencia misma del hombre se han protegido; primero instintivamente, después ante los demás y aún a costa de ellos y después de una larga evolución los legisladores ponen total atención en regular y castigar todo aquello que los destruya.

En este capítulo haremos un breve análisis del delito de Homicidio, delito cuyo estudio es sumamente importante por estar íntimamente relacionado con el tema que nos ocupa.

La vida y la integridad corporal, o como muchos la han llamado la salud, son dos valores que la naturaleza nos ha dado; indiscutiblemente, son los que nos hacen ser, sentir y actuar como seres humanos, de ahí que sean los más preciados para la sociedad y en sí para toda la humanidad. Por tal razón, todo derecho, por primitivo que sea, los ha regulado y ha castigado a todo aquél que atente contra ellos.

"El homicidio ha sido considerado como un delito Natural; debemos entender como delito natural, a los que tienen como objeto, alguno de los derechos que la ley natural le concede al hombre"...(1).

El mismo maestro Francesco Carrara, nos dice: "Los delitos naturales se dividen en clases, según la distinta especie de derechos naturales que violen; y éstos se dividen según indole en tantas clases cuantas sean las que los bienes que el hombre disfruta materialmente, conforme a su naturaleza humana, considerada aparte, es decir, sin tener en cuenta su posición social de ciudadano de un Estado, estos bienes se dividen fácilmente en seis clases: la, la

(1). Carrara Francesco. "Programa de Derecho Criminal" Parte Especial, Vol.1, 3a.ed., Edit.Temas Bogota Buenos Aires, 1957. p.35.

vida; 2a. la integridad personal; 3a. la libertad personal; 4a. el honor; 5a. la familia; 6a. la propiedad. De aquí resulta la división de los delitos naturales en seis clases, cuyos límites no tienen nada de arbitrario, pues están indicados de manera positiva y bien marcada por sus respectivas condiciones ontológicas"...(2).

Por su parte, el eminente jurista Licenciado Raúl Carranca y Trujillo, nos dice: "Junto a las primeras ideas de solidaridad humana hallamos también el crimen; como que, la historia del crimen es la historia de la civilización y el hombre mismo es un amasijo de ideas y sentimientos luminosos y de escasos instintos egoístas. Junto al rósil, al homo primigenius de Rodesia o Neandorthal, al hombre de Filitodow, al Pitecantropus de Java, el Sinántropo de Pekín hallanse el hacha pétrea o el cuchillo de cuarzo o el puñal hecho con cuerno de cervideo, que continuó su cráneo o le desajarró el corazón"...(3).

Por lo antes dicho hemos comprendido, que la vida, desde inicios de la humanidad, se ha protegido, y que el hombre, desde siempre ha atentado contra esa vida por múltiples razones; por éste motivo, hacer un recorrido histórico para conocer las medidas que se han tomado para tutelarlos y castigar a aquéllos que la atacan, nos remonta miles de años atrás, cuando comenzó a vivir el hombre en compañía de sus semejantes.

Como antecedentes Legislativos en el Derecho Positivo Mexicano, podemos apreciar que el tipo de Homicidio, realizado por el legislador de 1871, hasta nuestros días únicamente ha tenido una variante: el Código Penal para el Distrito Federal de ese entonces, en su artículo 549, nos decía: "Es homicida: El que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga". Consagrando de esta forma el concepto del sujeto activo en relación a la conducta.

(2). Carrara Francesco. "Programa de Derecho Penal". Op. Cit. p. 35.

(3). Carranca y Trujillo Raúl. "Derecho Penal Mexicano", parte general. 10a.ed., Edit. Antigua Librería de Robledo, S.A. México, 1972. p.15.

Ya en el Código de 1929, encontramos una variante, pues en su artículo 963, enuncia: "Comete el delito de Homicidio, el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio de que se valga". Al igual que el Código de 1871, hace mención a los innumerables medios por los cuales se puede cometer homicidio, diciendo en forma implícita; "sea cual fuere el medio de que se valga".

Finalmente tenemos el Código Penal para el Distrito y Territorio Federales de 1931, el cual nos dice artículo 302.- "Comete el delito de Homicidio: el que priva de la vida a otro", podemos apreciar, que aquí ya desaparece la aclaración un tanto cuanto inútil de la variación de los medios por los cuales se puede cometer el delito.

Ahora bien iniciamos el primer acápite del presente capítulo con una semblanza del delito en estudio.

1.1. BREVE ESTUDIO DEL HOMICIDIO.

El homicidio es el delito típicamente ofensivo de la vida humana, no puede cometerse delito más grave contra un individuo, pues, le arrebató el primero y más preciado de los bienes, que es la vida. En las leyes dictadas para sancionar el homicidio se considera que este delito se integra escuetamente con el hecho de matar a otro, o como expresa el artículo 302 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, por privarle de la vida. El tipo Penal de Homicidio es, pues, un delito de abstracta descripción objetiva: privar de la vida a un ser humano, para que una conducta pueda ser encuadrada dentro del tipo penal, es necesario que la acción agrede la vida humana y de esta manera pueda ser juzgado el caso concreto y en sus diversas hipótesis penales, ya sea en tentativa o en consumación por nombrar algunas.

Ahora bien, en principio delimitaremos el concepto de Homicidio, al respecto se han elaborado infinidad de definiciones." Para Anolisei, el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de justificación. Por su parte Ranieri considera que el Homicidio Doloso es la muerte ilegítima e intencional de un hombre de parte de otro hombre"...(4).

Para definir el homicidio, basta referirse al elemento objetivo, o sea al hecho: "privación de la vida". Por ello nos parece acertada la opinión de Maggiore, cuando dice que "homicidio es la destrucción de la vida humana.

El Código Penal, en el artículo 302, establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "Este precepto, al decir que comete el delito de homicidio "el que priva de la vida a otro", no se refiere más que a "otro hombre" de acuerdo con las reglas gramaticales y las normas jurídicas y constitucionales de interpretación, porque al emplear el

(4). Manuele di diritto penale .Parte speciale,lp.35-36. Milano. 1954. Cit.Pos. Celestino Forte Fetit "Dogmática de los delitos sobre la vida y la Salud Personal, 2a.ed.. Edit.Jca. México, 1969. p.2.

legislador penal "el que priva de la vida a otro", se refirió, tanto en lo que atañe al sujeto activo de la oración (él) como al pasivo del complemento directo (otro), a "ser humano", sin distinciones arbitrarias y especiosas respecto a sí excusó a otros sujetos, sean del sexo masculino o del femenino"...(5).

Respecto a los elementos del delito de homicidio son los mismos que contiene cualquier delito en particular, refiriéndonos a su aspecto positivo y negativo ya que son esenciales y los propios elementos contenidos en el tipo penal.

El hecho que es el elemento objetivo del delito en estudio, consiste en la privación de la vida y comprende tres aspectos:

a) La Conducta, que podría consistir en una acción o en una omisión, en este último caso, un delito de comisión por omisión o sea es resultado material por omisión.

b) El Resultado, consiste en la privación de la vida humana, y este resultado es material porque sucede la muerte de la víctima. También es instantáneo por que tan pronto se comete el delito, se agota la consumación. Continuando con el resultado, se considera también que es un delito de daño porque lesiona el bien jurídico protegido por la Ley, la vida.

c) El Nexo Casual es la relación existente entre la conducta y el resultado producido.

Los Medios de comisión del delito de homicidio no se especifican en el tipo penal, concretamente artículo 302, recordando, en el código de 1871 en su artículo 540, y en el código de 1929 artículo 963 determinan "sea cual fuere el medio de que se valga", la expresión que es superflua, y en cuanto al tipo vigente no es necesario que se especifique que medios, los cuales pueden ser de

(5). Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCVI, p.1028. 5a.ép.

cualquier naturaleza, y cabe señalar que existen criterios para establecer una clasificación de los medios.

a) Directos o Indirectos, los primeros son medios materiales directamente idóneos para producir la muerte. Son indirectos los medios que no obran inmediatamente, sino a través de otras causas puestas en movimiento por el acto inicial del sujeto activo.

b) Físicos o Morales, los físicos son medios que obran atacando el organismo en su integridad física, y a su vez, los medios físicos pueden ser mecánicos, químicos o patológicos.

Son medios morales o psíquicos los que obran mediante un traumatismo interno, es decir, no hay otra actividad del delincuente que no sea el empleo o provocación de conmociones psíquicas excitantes en el sujeto pasivo.

c) Positivos o Negativos. Son medios positivos los medios materiales que consisten en la acción visible externa, física, proyectada hacia su objetivo. Y negativos, que consisten en la abstención de actuar, en la omisión de proyectar la acción material sobre un objetivo, el cual, por la atención que requiere, por la necesidad que tiene de su estímulo, sin ella perece.

Clasificación de este delito en orden al tipo.

a) Tipo fundamental o básico. El homicidio es el tipo penal al cual todos los demás del capítulo de los delitos contra la vida hacen referencia.

b) Tipo autónomo o independiente. Lo es en virtud de que tiene vida por sí mismo.

c) Tipo normal. Atendiendo al valor procesal de la tipicidad ya que esta es la adecuación de la conducta al tipo penal.

Elementos del tipo de homicidio. Son los factores que reunidos dan como resultado el homicidio.

a) Bien jurídico protegido. El homicidio es un delito que agrede directamente el bien esencial del individuo y que es La vida, por lo que se le considera el bien supremo.

b) Objeto Material. No existe dificultad para identificar el objeto material ya que coincide con el sujeto pasivo, es la persona física sobre la cual recaé la conducta criminal ya que posee el bien de la vida.

c) Sujeto Activo. En el homicidio, el sujeto activo puede ser cualquiera, es decir, un sujeto indiferente o común.

d) Sujeto Pasivo. El homicidio es un delito impersonal, porque el sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

Atipicidad o Ausencia de Tipicidad. Puede ser que exista atipicidad o no conformidad al tipo en el delito de homicidio por:

a) Ausencia de objeto material o sujeto pasivo.

b) Ausencia de objeto jurídico.

Integrándose en estos dos primeros casos una tentativa o delito imposible de homicidio.

La Antijuridicidad en el delito de Homicidio. Para que exista el delito de homicidio, el hecho, además de típico, debe ser antijurídico, esto es, que sea punible, ya que ataca un bien jurídico como lo es la vida.

Las Causas de Licitud. Es natural que el homicidio queda legitimado por alguna de las causas de justificación previstas por la ley. En orden a las causas de justificación tanto si están previstas por la ley como las que no están codificadas, pueden, en algunos casos, encontrar aplicación en el delito de homicidio, haciendo legítima la muerte de un hombre, algunos casos son: cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad, tratamiento médico-quirúrgico, actividad deportiva, etcetera.

Imputabilidad. Debe existir, por parte del sujeto activo, la capacidad de culpabilidad, o sea la capacidad de querer y entender la conducta que va a realizar o que ya consumó.

Inimputabilidad. Cuando el sujeto activo, no posee la capacidad de querer y entender y esta causa se encuentra prevista por la fracción II del artículo 115 del Código sustantivo de la materia y que refiere el caso de un trastorno mental de carácter transitorio.

La Culpabilidad. El homicidio puede cometerse dolosa, culposa o preterintencionalmente. En otras palabras, con dolo, de éste directo, eventual o de consecuencia necesaria, con culpa con o sin representación, o ultraintencionalmente o con exceso en el fin.

Excusas absolutorias. En el delito de homicidio no se presenta ninguna excusa absolutoria.

El homicidio simple es aquél que no es premeditado, ni se ejecuta con ventaja, con alevosía o a traición. Este criterio se siguió en el Código de 1871, artículo 530. El código penal de 1929 en su artículo 973 contiene la misma definición, algunos autores han criticado estos criterios, ya que consideran que como es posible que en un solo molde se coloquen homicidios que son diferentes bajo muchos aspectos, si el homicidio simple intencional excluye las circunstancias calificativas y si puede cometerse fuera de riña, es muy difícil encontrar en la práctica casos en que rigurosamente sea clara su procedencia, concluyendo que si no hay riña, contienda de obra, peligro para ambos adversarios, no puede dejar de existir el homicidio ventajoso.

El actual Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales, no incluye en su artículo un precepto análogo a los correspondientes a los Códigos antes mencionados, sino únicamente establece, en su artículo 307 que al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión.

Es evidente que tampoco el código vigente define el homicidio simple, y para fijar la naturaleza del homicidio simple, se utiliza el método de exclusión, o sea, que el homicidio simple existe cuando no es calificado o bien ejecutado en riña.

1.2. DIFERENCIA ENTRE MODALIDAD, AGRAVANTE Y CALIFICATIVA.

El homicidio, puede considerarse desde el punto de vista ético-cultural como el delito por antonomasia, tiene cierta variedad en sus formas de ejecución de las cuales específicamente se ocupa la ley. Nos encontramos así frente a la rifa, la complicidad corresponsiva privativa de los delitos de lesiones y homicidio, las formas calificadas y una forma atenuada que es el homicidio por emoción violenta que contemplan los artículos 310 y 311 del Código Penal.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 315 del Código Penal. "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados cuando se cometen con premeditación, ventaja, con alevosía, o a traición". En el lenguaje común se identifican calificativas con agravantes, probablemente porque la presencia de la calificativa trae una agravación en la pena; sin embargo, debe diferenciarse entre agravante y calificativa, aún cuando ambas entrañan agravación en la pena. Son características agravantes la ejecución de ciertos delitos en pandilla a que se refiere el artículo 104-bis del Código Penal; agravante también es lo que impropiaemente se conoce como "delito contra funcionario" comprendido en el artículo 169 y la agravación comprendida en el artículo 300 para el caso de lesiones cometidas en contra de ascendientes.

Para entender más claramente la diferencia entre agravante y calificativa, es menester pasar a definir lo que es la modalidad.

Modalidad es un cierto aspecto, una manera de presentarse una cosa, una forma que puede ser variable sin que cambie la esencia de esa cosa...(6).

Entratándose de la comisión de delitos, las modalidades se presentan cuando en el Intercriminis, se presentan aspectos, características, adicionales a los precisados en el tipo legal considerado como principal; esas características no suprimen ni

(6). Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo VI, p.214S,
Edit. Bibliográfica Argentina, 1967.

agregan, es decir no afectan al resultado material prescrito en la ley, ni al dolo del sujeto activo. Lo que sí afecta y trasciende es a la rebelación de la no peligrosidad o peligrosidad del sujeto activo y por este motivo la sanción penal disminuye y aumenta en relación al delito simple o tipo principal.

Agravante es aquella circunstancia calificativa que en la comisión de un delito revela una peligrosidad extrema o superior al delincuente común, que hace que el juzgador le imponga una pena mayor a la que le correspondía al delito cometido.

En cambio la calificativa dentro del delito de homicidio, la penalidad se impone globalmente, sin que se aplique una sanción por el delito y otra por la calificativa, es decir, no hay adición como la hay en el caso de las agravantes.

1.3. CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

En la teoría del Delito denotamos la clara distinción entre el tipo básico y los tipos complementados que de él surgen al agregársele nuevos elementos. Cuando el nuevo tipo así formado, se subordina al tipo básico y los elementos adicionados a éste no tienen otra función que la de agravar o atenuar la sanción sin otorgarle a aquél independencia o autonomía, se habla de tipos complementados o circunstanciados, se subordinan al tipo básico. Cualificados, es decir agravados en su penalidad o son privilegiados, atenuados ya que disminuye la penalidad.

Delito calificado, es el delito simple, agravado por la adición de una circunstancia específicamente prevista y que tiene por efecto alterar la escala penal, con relación al delito simple.

El delito calificado se contraponen al delito privilegiado que resulta de la existencia de circunstancias no agravantes sino atenuantes.

Luego entonces, las circunstancias del delito son todas aquellas características que acompañan al tipo básico y repercuten en las resoluciones dictadas por el juzgador penal ya sea para disminuir o aumentar la penalidad que le recae a cada conducta.

1.3.1. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTARIAS ATENUADAS

Son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina una disminución de la pena en parangón con el delito simple.

En el proyecto de Enrico Ferri, la honradez del sujeto activo, el obrar por motivos excusables de interés público, actuar en estado de pasión excusable de emoción, por intenso dolor o por temor, el manifestarse por sugestión de una muchedumbre o procurar resarcir las consecuencias dañosas de su acción, por arrepentimiento, dan la pauta para establecer las circunstancias atenuantes...(7).

Dentro de este grupo de delitos complementados privilegiados o atenuantes encontramos.

- a) Homicidio en riña.
- b) Homicidio en duelo.
- c) Homicidio por infidelidad conyugal.
- d) Homicidio por corrupción de la hija.

(7). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Vol.I, 3a.ed., edit.Forrúa, México, 1989, p.463 y siguientes.

1.3.2. CIRCUNSTANCIAS COMPLEMENTADAS AGRAVADAS.

Nos ubican en el principio de que la medida de la sanción deriva de la gravedad del hecho.

Se deben tomar en cuenta las circunstancias del obrar para que la acción judicial concluya que alguien obró en el extremo de una agravante y que es merecedor de una mayor penalidad.

Como ejemplo está el robo con violencia, el fraude maquinado, pero las agravantes funcionan más en las lesiones y el homicidio.

En el proyecto de Enrico Ferri, se señalan las circunstancias reveladoras de la peligrosidad: Los precedentes penales, las anomalías orgánicas y psíquicas, el aprovechamiento de las circunstancias del ofendido para defenderse, el abuso de condiciones inferiores del ofendido.

Las circunstancias agravantes del delito, deben haber sido consumadas y comprobables, ya que en caso contrario subsistirá la figura del delito simple.

Las circunstancias del delito y que se identifican como agravadas son las siguientes.

- a) Homicidio con premeditación.
- b) Homicidio con ventaja.
- c) Homicidio con alevosía.
- d) Homicidio con traición.

CAPITULO 2.

LA FREMEDITACION.

2.1. CONCEPTO.

2.2. TEORIAS.

2.2.1. CRONOLOGICA.

2.2.2. PSICOLOGICA.

2.2.3. IDEOLOGICA.

2.2.4. FORMAS FICTAS.

2.3. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

CAPITULO 2.

LA PREMEDITACION.

En este segundo capítulo enfocaremos la agravante que es la premeditación y por principio es de tomarse en cuenta que la premeditación presenta conflictos en su aplicación, es difícil pero no imposible juzgar una conducta interna, lo cual resulta fácil apreciar, cuando ese ánimo o deseo tiene manifestaciones externas; o bien por la confesión del sujeto activo.

Existen criterios a favor de que esta agravante encontro quede fuera de la legislación, sin embargo no debe desaparecer, ya que en tal caso disminuiría la defensa del sujeto pasivo y dificultaría la visualización del estado enfermo del psique del sujeto activo. En pocas cuestiones existe tanta incertidumbre como en la de la premeditación, todavía no hay unanimidad sobre su noción y sobre sus relaciones jurídicas penales, hasta el extremo de que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, afloran múltiples criterios cuando se trata de establecer sus requisitos, de ahí que se sugiera, que un Código no debe limitarse a establecer la agravante de premeditación, sino que debe precisar también su significado, establecer sus elementos que conforman su propia estructura.

Con este antecedente pasaremos al estudio de lo que se conoce y entiende por premeditación.

2.1. CONCEPTO.

Desde tiempos muy antiguos se conoció esta calificativa en el homicidio, se distinguió el homicidio simple del calificado y para conceptualizar la premeditación es menester consultar la etimología de dicha palabra.

Podemos apreciar que el prefijo "pre" significa anterioridad y "meditación" es pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla; lo anterior, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, por tanto, premeditación significa pensar reflexivamente, con anterioridad una cosa antes de ejecutarla. Aplicada al homicidio, la premeditación es una circunstancia subjetiva, por la que el agente resuelve, previa deliberación mental, la comisión de un delito.

En razón de lo anterior notamos que la premeditación como concepto práctico, es necesaria la presencia de dos elementos inseparables; el transcurso de tiempo más o menos largo entre la resolución y la ejecución del delito, y el segundo elemento es que el agente en el transcurso del tiempo haya meditado o deliberado su resolución. En consecuencia premeditación es una de las circunstancias que agraban la responsabilidad de los delincuentes caracterizada por el transcurso de cierto tiempo entre la resolución criminal y la ejecución del delito.

Jurisprudencia definida. Premeditación. Elementos de la. "La calificativa de premeditación se constituye de un elemento objetivo y otro subjetivo inseparables; a) el transcurso de un tiempo más o menos largo entre el momento de la concepción del delito y aquél en que se ejecuta; y b) el cálculo mental, la meditación serena o la deliberación madura del agente que persiste en su intención antijurídica..." (8).

- (8). Quinta época, suplemento 1956, p.301, A.D.684/52.
Sexta época, 2da.parte, Vol.VI, p.212, A.D.7203/56.
Vol.VII, p.71, A.D.4176/57.
Vol.XXXIX, p.90, A.D.2211/60.
Vol.XXXIX, p.91, A.D.2211/69.

2.2. TEORIAS.

En los últimos tiempos han aparecido otras teorías diferentes a la cronológica, a la psicológica y a la ideológica, para fundamentar la calificativa de premeditación y que miran a aspectos consecuenciales o a las circunstancias de ejecución del delito, ya sea en relación a las víctimas, o ya sea en relación a la conducta del delincuente, del sujeto activo, principalmente en atención a su fisonomía y conformación ético-espiritual.

Por ello los autores tratan esas teorías poniéndolas en parangón con las tradicionales y aún más, algunas tratan de suprimir la clásica calificativa de premeditación, así también existe otra teoría en la que la premeditación se deberá discernir por la índole moral de los motivos del sujeto activo.

Por su parte Jiménez Huerta nos dice "Las diversas teorías formuladas para esclarecer la significación penalística de la premeditación, pueden condensarse en dos grupos. En el primero entran todas aquellas que destacan su raíz subjetiva en el segundo, aquellas otras que la fundamentan sobre bases estrictamente objetivas. . . "Dentro de las primeras, las más importantes son: la psicológica, la ideológica y la de la motivación depravada. En las segundas se encuentran la cronológica y la de disminuida defensa. . ."(9).

Actualmente muchos códigos han dejado de contemplar la calificativa de premeditación y se abocan a la teoría de los móviles morales de la actuación del agente: En Brasil, Argentina, Estados Unidos de Norte América e Inglaterra, la han suprimido del ordenamiento penal, al decir de Garraud, no existe vestigio de esta agravante... (10). En cuanto a la pena también por influencia de la corriente abolicionista iniciada por Beccaria, ha sido disminuida, pues en muchos países actualmente se ha abolido la pena máxima y las demás no tienen la rigurosidad que tuvieron en otros tiempos.

(9). Garraud R. Thaitf Theorie et pratique du droit Penal Francais, Tomo V, p.208. Cit.

(10). Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Tomo II, p.97.

En la época de la Escuela Clásica se ha recurrido a tres teorías principalmente para fundamentar y caracterizar la calificativa en estudio y los doctrinarios del derecho penal se inclinan por ellas dándoles mayor importancia que a las otras, esas tres teorías son la cronológica, la psicológica y la ideológica de las que hablaremos en los apartados siguientes.

2.2.1. CRONOLÓGICA.

Para simplificar el estudio de las tres importantes teorías contempladas dentro de la Escuela Clásica, nos permitimos separarlas.

La primera de ellas a desarrollar es la Teoría Cronológica, y es esta teoría que fundamenta a la premeditación sobre bases objetivas. Según la teoría Cronológica, se requiere para la integración, que entre la decisión de cometer el delito y su ejecución transcurra un relevante intervalo de tiempo más o menos largo. El simple intervalo del tiempo entre la decisión y la ejecución tiene escaso significado, pues un espacio de tiempo entre decisión y ejecución existe siempre en todas las acciones voluntarias, y puede depender de circunstancias casuales o de causas que nada tienen que ver con la criminalidad del sujeto activo.

A esta teoría también se le conoce como la del intervalo del tiempo, es reconocida en el Derecho Romano y considerada por los juristas modernos, pero no como criterio único, sino como criterio auxiliar de una de las otras teorías tradicionales. Ayuda desde luego, a demostrar que el agente no obró bajo el primer impulso, sino que hubo un lapso de tiempo suficiente para que el delincuente pudiera reflexionar o bien para que alcanzara a lograr la tranquilidad del alma de que hablan los que sostienen la teoría psicológica.

Alfredo Castro, estudioso del Derecho, refiere que Irureta Goyena sostiene "en la práctica se confunden el criterio cronológico y el ideológico", sin embargo, como el mismo Alfredo Castro García hace notar, "es verdad que no se puede reflexionar sobre la ejecución de un acto sin tiempo necesario para ello, más no en todos los casos, el tiempo lleva inevitablemente a la reflexión. Puede presumirse que así sea, pero es aventurado asegurar que el transcurso del tiempo provoca forzosamente un proceso deliberativo"...(11).

(11). Irureta Goyena. "El delito de Homicidio", p.151. (cit. por A. Castro García, "Ensayo sobre calificativas en los delitos de lesiones y homicidio", p.519).

Por lo expuesto se deduce que no puede existir la premeditación sin que exista un intervalo de tiempo que permita la persistencia en la decisión volitiva antes de la ejecución. Respecto a esta teoría el maestro Jiménez Huerta manifiesta: "según la doctrina del criterio cronológico se requiere para la integración de la premeditación, que entre la decisión de cometer un delito y su ejecución transcurra un relevante intervalo de tiempo más o menos largo"...(12).

Sin embargo, el intervalo de tiempo no puede ser arbitrario, debe ser valorado cualitativamente y no cuantitativamente; por ello no pueden aceptarse las prácticas seguidas en tiempos anteriores como la que nos narra Castro García sobre los venecianos que exigían el transcurso de una noche para que se integrara la calificativa; y, en el mismo sentido la famosa Bula de Clemente VII, que estableció un límite de seis horas para la verificación de la calificativa...(13).

La teoría cronológica, nos explica, que entre el planteamiento o premeditación hecha interiormente en un sujeto y la realización o ejecución del delito, debe existir un tiempo más o menos largo. Los defensores de esta teoría, opinan que el tiempo que transcurre entre la premeditación y la ejecución, el sujeto puede pensar y reflexionar en lo que va a hacer y que una vez meditado, insiste en cometer el delito indiscutiblemente se puede apreciar que se trata de un delincuente consumado; pero que pasa cuando no logra cometerlo por causas ajenas a su voluntad.

En razón de lo ya mencionado podemos concluir, que la teoría cronológica, por sí sola, no fundamenta suficientemente la calificativa en cuestión; ya que, aunque es necesaria es insuficiente y solo juega un papel accesorio.

(12). Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit. p.86. Tomo II.

(13). Castro García Alfredo. Op. Cit. p.52.

2.2.2. PSICOLOGICA.

La segunda Teoría clásica que pasamos a estudiar es la Psicológica, ésta nos dice, que el sujeto activo, ejecutor de un delito, impera en él un estado psicológico de frialdad en su ánimo, de cierta tranquilidad en el alma y conciencia. Sin embargo no es labor del legislador regular el pique del delincuente, esto sería más bien materia de un estudio criminológico; por tanto, debemos entender como premeditación mental para la ejecución de un delito.

La teoría psicológica o de la frialdad del ánimo fue propugnada en un principio por Carmignani y Carrara, para quienes la esencia de la fundamentación de la premeditación radica en la frialdad y la tranquilidad del alma. Carrara en su "programa del curso de derecho criminal", explica la presente teoría en los terminos siguientes: "La esencia de la premeditación reside en el ánimo frío y tranquilo. Si existió intervalo entre la determinación y la acción, pero en tal intervalo el ánimo del agente estuvo siempre turbado por vehemente pasión sin que mediase un período de calma (resultado de la tranquila dedicación a otros actos) se tendrá deliberación simple, pero no la premeditación...".

Existen varios autores que comparten la teoría psicológica, entre ellos Alimena, mismo que sostiene que la premeditación "no se constituye según un antes o un después sino es necesario presuponer la calma y la frialdad del alma"; de acuerdo al criterio de este autor, la premeditación demuestra en el agente una mayor peligrosidad, ya que la serenidad de conciencia demuestra una expresión genuina de una personalidad psicológica en cuanto ha sido precedida por un razonado juicio en el que los motivos antagónicos incitan al mal que se esta por cometer.

El autor Conti argumenta que hay premeditación "cuando existiendo un intervalo de tiempo entre la determinación y la acción, hay reflexión y tranquilidad del alma".

Por su parte el autor De Marsico, aunque le da gran valor al requisito de la frialdad en la resolución, sostiene que es necesario como esencial también, aquello de la perseverancia y de la maquinación de los medios. En efecto, llamado por la Comisión Parlamentaria para que se diera su propio parecer sobre el proyecto del código Penal, propuso este esquema de definición; "La premeditación consiste en la fría y perseverante resolución, acompañada de maquinación para actuarla"...(14).

Ahora nos ocuparemos del autor Garraud, quien también es seguidor de la teoría psicológica y refiere "Hay en la premeditación dos elementos que hay que combinar para dar a esta circunstancia su verdadero valor; la calma del alma y el intervalo del tiempo"...(15).

Por lo que toca al maestro Carranca y Trujillo, también parece inclinarse por esta teoría, ya que así lo pone de manifiesto en su comentario al artículo 315 del Código Penal Vigente y el cual retomaremos en el último acápite de este capítulo.

La teoría psicológica ha sido abandonada por las corrientes más modernas, debido a que adolece de un gran defecto, pues olvida que los hombres son distintos entre sí; Costa nos dice "No sabemos en verdad, que valor psicológico pueda atribuirse a esta expresión de la frialdad y tranquilidad del alma, pues ella debe tener una razón de existir; si se considera como una especial disposición del temperamento individual, entonces sería excesivo e injusto hacer depender una causa de agravación del delito, y por tanto de la pena de los estados particulares que son únicamente un atributo de la personalidad psico-física o psicofisiológica y no del proceso volitivo"...(16).

Negamos que el precepto legal vigente, en relación a la premeditación, se incline a la teoría psicológica, pues no se hace alusión alguna al ánimo frío y tranquilo, ni tampoco a la situación temperamental, sino que es suficiente la reflexión en la resolución

(14). De Marsico. Relación al rey sobre el proyecto definitivo número 665.

(15). Garraud R. Op. Cit. Tomo V., p.209.

(16). Costa Estefano. "Contributo a la Doctrina de la premeditacione". p.129 y 130

2.2.3. IDEOLÓGICA.

En este apartado estudiaremos la Teoría Ideológica y que es la tercera de las clásicas, consideramos que es menester hacer notar que la teoría Ideológica es la más ampliamente sustentada en la actualidad, ya que ella revierte aspectos que son de mucha importancia para esclarecer las conductas delictivas de los agentes activos.

La teoría Ideológica consiste en la madura reflexión que informa constantemente a toda decisión, esta decisión no requiere que exista a tal grado que lleve a un estado anímico frío y tranquilo. El criterio de la reflexión parte de un proceso deliberativo en que se ha tomado una decisión para llevar a cabo una conducta delictiva; por lo tanto, lo importante en esta teoría es el proceso volitivo, que sustenta una determinación criminosa; aquí la reflexión debe tener mayores proporciones que la reflexión ordinaria que precede a toda acción.

También se conoce como Teoría de la Reflexión a la Teoría Ideológica y ésta nos ofrece el problema sobre la compatibilidad de la premeditación con el "estado pasional". Ya en el apartado anterior se aclaró que la teoría psicológica es incompatible con el estado pasional. En la contemporaneidad la mayoría de los autores defienden la compatibilidad de la agravante que estudiamos con el "estado de turbación" anímica o pasional. Aclarando esto, Impalomeni nos dice que tiembla más fácilmente el brazo de quien ha premeditado, con ello pretende demostrar que el delincuente que ha premeditado, es asaltado por un estado emocional y pasional más intenso que el delincuente común.

Sin embargo la situación pasional no es más que un estado emotivo nacido del temperamento individual y, por consiguiente, no impide que el sujeto activo que la posee, y reflexione, calcule, maque y hasta premedite cualquier acción.

Al tratar la teoría psicológica, que en la premeditación lo importante es el proceso volitivo; resulta, por ende secundario y sin mayor importancia el proceso psíquico que nace del temperamento individual. En tales circunstancias cabe mencionar la postura que a este respecto sustenta el maestro Rocco, que nos dice que "los estados pasionales o emotivos integran el modo de ser normal de las personas, son hechos psicológicos y no patológicos, idéntica naturaleza tienen las pasiones injustas y antisociales, pudiendo alterar con la misma intensidad el espíritu humano, pero sin que de manera alguna se suprima la imputabilidad...(17).

Garraud para explicar esta calificativa distingue con fundamento en la ley francesa, el homicidio pre-resuelto del homicidio pre-meditado; en éste "la deliberación es más larga y más resuelta, más seria"...(18); mientras que el primero le da la calidad del dolo ordinario, es decir, le atribuye la reflexión ordinaria que precede a toda acción.

Por nuestra parte opinamos que el criterio seguido en el Código Penal Vigente es el ideológico, en contravención con la opinión de Carranca y Trujillo, quien sostiene que el criterio contenido en la definición legal es el psicológico. En efecto, de la simple lectura del precepto legal, se desprende claramente, a nuestro modo de ver, que la esencia de la definición es la reflexión y, aunque la propia definición igualmente hace alusión al tiempo al decir "después de haber reflexionado"; creemos que el requisito temporal no es más que una "condictio sine qua non", es decir, un requisito de existencia, una condición sin la que no es posible que se de la reflexión.

Así mismo no es posible entender que el criterio ideológico y el cronológico se identifiquen en la práctica como pretende demostrarlo Irureta Govea. Si bien es cierto que si no hay un transcurso de tiempo, es imposible que se de la reflexión, también

(17). Rocco. "Relación al rey sobre el proyecto Definitivo". Cit. Fos. A. Castro García Op.Cit. p.58.

(18). Garraud R. Op.Cit. Tomo V. p.206.

lo es, que por ese motivo no se identifican reflexión y tiempo. Pues el tiempo no es otra cosa que una relación de las cosas según un antes y un después; mientras que la reflexión es un proceso intelectual que lleva a una conclusión apetecida y, por ello, se dice que es un proceso volitivo ya que lo importante para el derecho penal es la resolución que se quiere y que una vez querida, se busca la forma de su realización.

Para la teoría ideológica habrá premeditación siempre que medie la persistencia del propósito criminal, pero este criterio debe completarse con el cronológico que exige un cierto lapso de tiempo entre la resolución y la ejecución lapso durante el cual debe permanecer el propósito, pues si se rompe la continuidad deja de existir la premeditación si es que el sujeto resolvió cometer el delito y por circunstancias fortuitas no lo ejecuta.

2.2.4. FORMAS FICTAS.

En nuestro ordenamiento penal en el último párrafo del artículo 315, comprende casos que se conocen como premeditación ficta, en los que puede existir o no la meditación continua por un lapso superior al de la inmediata ejecución.

El párrafo aludido que a la letra dice "Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad". Debe entenderse que se trata de las llamadas presunciones "iuris et de iure", que es netamente una ficción de premeditación. No es que las diversas situaciones consignadas en ese tercer apartado se consideran calificadas y el legislador las considera como premeditadas por la tendencia característica de encuadrar dentro del esquema de las cuatro calificativas, situaciones que en la mayoría de los casos pueden o no entrañar premeditación, aún cuando indudablemente implican ventaja, pero esta calificativa será analizada en el siguiente capítulo.

Dentro del enunciado del párrafo que se comenta se puede distinguir las ficciones de premeditación hechas atento el medio y las relativas a la motivación. Atento el medio podemos considerar inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia, enervantes y tormento. Ficciones por la motivación es la retribución prometida o dada, motivos depravados y brutal ferocidad.

En las ficciones de premeditación atento al medio puede opinarse que más que premeditación existe necesariamente ventaja en

la mayoría de las hipótesis. Es posible que el sujeto activo no haya premeditado el delito y surgir dentro de él en forma subita el propósito criminal, y si tal propósito se ejecuta por inundación, incendio, etcetera, es inconcluso que no habrá premeditación pero sí ventaja.

En lo que se refiere a las ficciones de premeditación atendiendo a la motivación del sujeto, las que merecen comentario son las relativas a los motivos depravados y a la brutal ferocidad.

Es bien común aducir, en relación a los motivos depravados la idea sexual, misma que puede o no integrar un motivo, pero veamos un contenido más amplio de esta hipótesis entendiéndose que hay motivos depravados al privar de la vida a una persona para heredar sus bienes, y también lo será, el privar de la vida a una persona por el sólo hecho de contemplar como se va escapando el halito vital del cuerpo humano de la víctima.

Por cuanto hace a la brutal ferocidad debe recordarse que la ley habla de homicidios y lesiones cometidos por brutal ferocidad no con brutal ferocidad, es decir, lo que se contempla son los motivos y no la forma de ejecución. Si alguien priva de la vida y para hacerlo infiere cien o más lesiones, podría hablarse que lo hizo con brutal ferocidad, pero no por brutal ferocidad.

No estamos de acuerdo con la postura de algunos autores, por cuanto a que los delitos mencionados en el párrafo tercero del referido artículo 315 del código sustantivo penal, admiten prueba en contrario, ya que al exigirse el requisito de la prueba, de hecho se está negando la presunción legal. Es bien cierto que el derecho penal tiene como fundamento para su aplicación la prueba fehaciente del delito y la determinación precisa del delincuente por tal motivo, la presunción únicamente hace que se aplique la pena del

delito premeditado aunque no exista tal circunstancia; de lo contrario, sería inútil la previsión legal en estudio, ya que al fin de cuentas tendría que probarse que existió dicha circunstancia.

Lo que sí se puede demostrar es que el delincuente obró imprudencialmente en cuyo caso no podrá existir la premeditación; pero cometido intencional o dolosamente cualquiera de estos delitos forzosamente se tendrá que castigar como premeditado.

El legislador al establecer esta presunción creó en realidad supuestos o circunstancias de comisión de los delitos de homicidio y de lesiones equiparables a la comisión de dichos delitos mediando premeditación, es decir, que existiendo intención delictuosa se castiga y se reputa como premeditado; de no ser así estaríamos ante un presupuesto legal inútil, ya que dicho presupuesto estaría sujeto a la prueba de la premeditación que se está dando por supuesta.

2.3. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Nuestro máximo tribunal, en materia de premeditación, no siempre ha sido afortunado, su mayor defecto consiste en que algunas ejecutorias simplemente se circunscriben a la definición legal, incluso, se queda el lector con la impresión de que no se conoce a fondo el problema profundo que ofrece la premeditación; y, de la lectura de dichas ejecutorias, se desprende que se han sustentado todos los criterios, en algunas tal parece que se adopta solamente el criterio cronológico, en otras se impone el criterio psicológico a tal grado que hace revivir a la escuela Clásica; finalmente, en otras, se dice que la pasión impide la existencia de la premeditación.

Observemos algunas ejecutorias que nos han parecido más importantes, en atención a los defectos que hacemos notar.

"Si se cometieron los delitos de homicidio y robo sorprendiendo dormida a la víctima, está comprobada la calificativa de premeditación puesto que se demuestra la intención de privarla de la vida"...(19). En esta ejecutoria se hace suponer que existió la premeditación por el hecho de haber sorprendido dormida a la víctima, lo cual es erróneo, pues aunque pudo haberse planeado y maquinado el robo, ello no conduce a suponer que se premeditó el homicidio, ya que pudo realizarse éste por una imprevisión o por estar en el supuesto de que el lugar está desahabitado. La premeditación debe deducirse de hechos fehacientes y no suponerse.

"La premeditación difiere esencialmente de la voluntad criminal; la voluntad concibe el deseo del crimen y lo ejecuta inmediatamente, es una ocasión momentánea la que incita a cometer el delito, sin que se reflexione en el acto que se va a ejecutar,

(19). Semanario Judicial de la Federación. T.LXIII.p.2546.

obedece a la pasión que precipita en el mal, con el conocimiento de éste, pero experimentando la influencia de un sentimiento instantáneo en tanto que la premeditación supone que el delincuente obra a sangre fría, porque delibera antes de obrar, madura su proyecto, lo prepara su pensamiento no está ofuscado por la pasión del momento"...(20). Dos grandes errores se nos presentan de la lectura de esta ejecutoria; El primero, que consiste en pensar que la premeditación supone el actuar "a sangre fría", lo que no es necesario según hemos visto hasta ahora; y, el segundo, consiste en excluir la premeditación de la pasión, lo cual también es erróneo, pues son compatibles la premeditación y la pasión.

"El análisis y la meditación fría de los actos criminosos ejecutados por el reo, configuran la calificativa de premeditación"...(21). Nuevamente volvemos a encontrar el mismo error al exigir para la existencia de la premeditación "la meditación fría", lo que, a nuestro modo de entender la calificativa, no es necesario.

"Debe considerarse que existe premeditación, cuando el delincuente ha tenido tiempo de reflexionar sobre el delito que va a cometer"...(22). Vemos en esta ejecutoria el criterio cronológico, ya que presume que el delincuente reflexionó por el sólo hecho de que tuvo tiempo de hacerlo, lo que no siempre sucede.

"Existe la calificativa de premeditación si el acusado concibió la idea de ejecutar el homicidio y entre la concepción y la ejecución transcurrió tiempo apreciable que lo colocó en condiciones de reflexionar sobre el delito que se propuso cometer"...(23). Ya hemos dicho que no basta que el delincuente haya estado en condiciones de reflexionar sobre el delito, sino que se requiere que efectivamente lo haya hecho .

(20). Semanario Judicial de la Federación. Tomo LI.p.1013.

(21). Semanario Judicial de la Federación. Tomo LVI.p.2405.

(22). Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV.p.1317.

(23). Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVII.p.516).

obedece a la pasión que precipita en el mal, con el conocimiento de éste, pero experimentando la influencia de un sentimiento instantáneo en tanto que la premeditación supone que el delincuente obra a sangre fría, porque delibera antes de obrar, madura su proyecto, lo prepara su pensamiento no está ofuscado por la pasión del momento"...(20). Dos grandes errores se nos presentan de la lectura de esta ejecutoria; El primero, que consiste en pensar que la premeditación supone el actuar "a sangre fría", lo que no es necesario según hemos visto hasta ahora; y, el segundo, consiste en excluir la premeditación de la pasión, lo cual también es erróneo, pues son compatibles la premeditación y la pasión.

"El análisis y la meditación fría de los actos criminosos ejecutados por el reo, configuran la calificativa de premeditación"...(21). Nuevamente volvemos a encontrar el mismo error al exigir para la existencia de la premeditación "la meditación fría", lo que, a nuestro modo de entender la calificativa, no es necesario.

"Debe considerarse que existe premeditación, cuando el delincuente ha tenido tiempo de reflexionar sobre el delito que va a cometer"...(22). Vemos en esta ejecutoria el criterio cronológico, ya que presume que el delincuente reflexionó por el sólo hecho de que tuvo tiempo de hacerlo, lo que no siempre sucede.

"Existe la calificativa de premeditación si el acusado concibió la idea de ejecutar el homicidio y entre la concepción y la ejecución transcurrió tiempo apreciable que lo colocó en condiciones de reflexionar sobre el delito que se propuso cometer"...(23). Ya hemos dicho que no basta que el delincuente haya estado en condiciones de reflexionar sobre el delito, sino que se requiere que efectivamente lo haya hecho .

(20). Semanario Judicial de la Federación. Tomo LI, p.1013.

(21). Semanario Judicial de la Federación. Tomo LVI, p.2405.

(22). Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV, p.1317.

(23). Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLVII, p.5160.

Sin embargo, no todas las ejecutorias tienen defectos, hay muchas que demuestran un acucioso conocimiento de la esencia de la premeditación, como la que transcribimos a continuación: "La significación jurídica del término premeditación, dista mucho de su significado gramatical: de hecho todos los actos volitivos en sujetos normales, sean lícitos e ilícitos, se verifican previa deliberación, aunque en ocasiones muy breve; el sujeto siempre reflexiona, aunque sólo sea momentáneamente, antes de ejecutar un acto determinado; pero la premeditación jurídica no puede encerrarse dentro de límites estrechos; requiere que el agente medite reflexivamente y persista en el designio deliberado de causar un daño"...(24). Esta ejecutoria tiene el gran mérito de mostrar claramente cuando se verifica un acto doloso ordinario y hace notar que para que exista la premeditación, se requiere una reflexión más profunda que la ordinaria.

Ahora bien, actualmente ya existe jurisprudencia firme sobre el verdadero criterio sustentado a la fecha por nuestro máximo tribunal en los términos siguientes: "La calificativa de premeditación se constituye con un elemento objetivo y otro subjetivo inseparables: a) el transcurso de un tiempo más o menos largo entre el momento de la concepción del delito y aquél en que se ejecuta; y b) el cálculo mental, la meditación serena o la determinación madura del agente que persiste en la intención antijurídica "...(25).

Aquí se establece en sus verdaderas proporciones lo que debe entenderse por premeditación. Habla de la necesaria existencia de dos elementos uno objetivo, que se mide por el transcurso de un tiempo. Este elemento, aunque no lo consideramos esencial, siempre es necesario como una condición de existencia de la calificativa. El otro elemento, el subjetivo, constituye la esencia de la premeditación, es decir, es lo que hace que exista la calificativa. Este elemento puede verificarse bien sea porque existe una meditación serena, sin trastornos pasionales de importancia o bien, porque existiendo emotividad o pasión hay así mismo una determinación madura; es decir, constante, firme e inquebrantable.

(24). Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, p.91.

(25). Quinta época; Suplemento, 1956, p.361. A.D 684/52.6, Sexta época. Vol. p.212 A.D. 7203/56.

CAPITULO 3.

LA VENTAJA.

3.1. TEORIAS DE LA VENTAJA.

3.1.1. CARRANCA Y TRUJILLO.

3.1.2. GONZALEZ DE LA VEGA.

3.1.3. JIMENEZ HUERTA.

3.1.4. FORTE FETIT.

3.2. ANALISIS DEL ARTICULO 317 Y 316 DEL CODIGO PENAL PARA EL D. F.

3.3. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

CAPITULO 3.

LA VENTAJA.

Ahora en este capítulo estudiaremos la segunda calificativa enunciada en nuestro Código Penal. La mayoría de los tratadistas asignan a la calificativa de ventaja, que señalan los artículos 316 y 317 del código referido, un origen netamente mexicano, por una parte, y, por otra exclusivamente mexicano. Lo único cierto es que con tal nombre sólo existe en nuestra legislación penal.

Alfredo Castro García nos dice que apareció por primera vez, en el Estatuto Orgánico decretado el 23 de mayo de 1856 por el Presidente de la República de aquel entonces, Comonfort, el cual establece que "La pena de muerte no podrá imponerse más que al homicida con ventaja o con premeditación...". Esta prevención se repitió en el artículo 23 de la Constitución de 1857, y en el artículo 22 de la Constitución de 1917. En cuanto a los códigos desde el de 1871 se previó la calificativa de ventaja y se mantuvo casi en los mismos términos en el código de 1929 y en el vigente de 1931... (26).

Miguel S. Macedo encuentra que la ventaja es exclusiva de nuestra legislación y no encuentra antecedentes en otros países; sin embargo, al tratar de explicar sus orígenes y raíces nos dice: "Notoriamente, es manifestación de un espíritu caballeroso y de hidalguía, tradicional entre los españoles, y que es en el fondo el mismo que informa las disposiciones sobre alevosía, si bien éstas son las únicas que encontramos expresamente formuladas en las leyes españolas anteriores a nuestra independencia, es pues sólo en las posteriores aparece la ventaja erigida en circunstancia agravante general para todos los delitos; el Código Español de 1822, en la fracción IX de su artículo 106, enumera: La tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida, el Código de 1848, en la fracción VIII de su artículo 10, estableció la agravante de abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa, disposición

(26). Castro García Alfredo. Ensayo sobre las calificativas en los delitos de lesiones y homicidio, p.156.

que el Código Español vigente conservó en la fracción IX del artículo 10º...(27).

Debemos, sin embargo, aclarar que la ventaja consiste en la superioridad existente sobre la víctima, esta circunstancia desde épocas antiguas ha sido tomada en cuenta para determinar la peligrosidad del sujeto activo; pero sólo en nuestra legislación se le ha dado un nombre propio, que la distingue de otras calificativas, especialmente de la alevosía. Por tal motivo, no es cierto que sea alevosía caído en el Derecho Mexicano, como lo afirmó José Angel Ceniceros, sino que consiste en la superioridad prevista en otros ordenamientos legislativos y en especial en el nuestro.

(27). Macedo S. Miguel, Trabajos de Revisión, Tomo IV, p.632.

3.1. TEORIAS DE LA VENTAJA.

Dos son las teorías sobre la teoría de la ventaja: por una parte están los que niegan su autonomía jurídica en relación con la alevosía, y, por otra parte, quienes sostienen que la ventaja es una calificativa autónoma y distinta de la alevosía, entendiendo de tal manera que son la teoría positiva y la teoría negativa en relación a la ventaja.

La teoría negativa de la ventaja, algunos autores niegan que la ventaja constituya realmente una calificativa. Fundan esta aseveración en que la calificativa en cuestión, queda comprendida dentro de la última parte del artículo 318 del Código Penal Vigente, que se refiere a la alevosía. El artículo 318 dice en su última parte: "La alevosía consiste: en sorprender intencionalmente a alguien empleando...otro medio que no le dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer".

Por su parte el maestro Alfredo Castro García nos dice que, si bien hay diferencias de la ventaja con respecto de la alevosía, sería preferible por su ausencia de fisonomía especial, por su complicada técnica de aplicación y por su falta de precedentes, suprimirla y establecer una mejor técnica en la redacción de la alevosía, de tal manera que alcanzara a abarcar a lo que actualmente se entiende por calificativa de ventaja. Y más adelante propone la siguiente redacción: "La alevosía consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, en emplear asechanzas o en valerse de cualquier otro medio o en aprovechar cualquier circunstancia, que no de lugar a la víctima a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer".

La teoría positiva de la ventaja, otros autores sustentan, que la calificativa de ventaja tiene autonomía respecto de la alevosía y, por ende, es preciso mantenerla en la ley, siendo necesario, por tanto, distinguirla de la alevosía.

También es menester hacer notar que en torno a la ventaja existen los criterios objetivo y subjetivo. Por otra parte, en atención a lo dispuesto por el Código Penal Vigente, se desprenden estos dos criterios con respecto a la interpretación que debe darse a la ventaja para su procedencia como calificativa.

Los autores sostienen que el elemento determinante de realización de la ventaja es subjetivo, es decir, que para que exista la calificativa de ventaja es necesario el conocimiento de esa circunstancia por parte del que la tiene.

Por otra parte, hemos encontrado el criterio objetivo, es decir, el consistente en sostener que basta el hecho real de la circunstancia de superioridad del sujeto activo para que se dé la calificativa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en una ejecutoria siguió este criterio: en efecto, dicha ejecutoria dice: "Para que pueda estimarse que existe ventaja, basta que de hecho concorra dicha calificativa, aunque el actor haya obrado, sin conocimiento de ella, pues por tal circunstancia no pierde su gravedad ya que lo que en rigor se toma en cuenta, es la imposibilidad en que se encuentra la víctima para evitar el daño que se le causa, ya sea repeliendo la agresión o eludiendo simplemente el ataque"....(28).

Otra ejecutoria, que parece sostiene el mismo criterio objetivo, es la siguiente: "La calificativa de ventaja no se desvirtúa, porque el occiso haya sido un desconocido para el acusado, pues la ventaja consiste en la superioridad de los delinquentes demostrada en el momento de los hechos por su fuerza, habilidad, armas o número de atacantes que los pone a salvo de todo riesgo"....(29).

(28). Anales de Jurisprudencia, Tomo XV, p. 93.

(29). Sexta Epoca, Segunda parte, VOL. LXXV, p. 39, A.D. 7661/61.

La inmensa mayoría de los autores y actualmente la Suprema Corte de Justicia, sustentan la teoría subjetiva. Ya desde el siglo pasado comentándose el Código de 1871 se sostenía que debía conocer la circunstancia de esa superioridad sin riesgo para que se de la ventaja. El maestro Ortiz Tirado dice: ¿Hay ventaja cuando el agente ignora tenerla? Si la rifa, como dice Ipallomeni, supone la voluntad de luchar, la reacción por la ofensa recibida, cuando se hiere o se mata en esta situación, bajo el ardor de la pelea, sin meditación anterior al delito, nacida solamente de la superioridad (física, destreza en el manejo de armas, etc.), creo que no debe estimarse la ventaja"...(30).

(30). Ortiz Tirado. Apuntes de 2o. Curso de Dcho. Penal, UNAM, p.94.

3.1.1. CARRANCA Y TRUJILLO.

El ilustre maestro Raúl Carranca y Trujillo, a lo largo de su trayectoria como estudioso del Derecho, ha dejado huella por sus comentarios como lo es concretamente su obra intitulada "Código Penal Anotado", obra a la que hacemos referencia y de la que desentrañamos el criterio del aludido profesor en relación a la calificativa de la ventaja.

Para el tratadista encomento al efectuar el análisis del artículo 316 de nuestra ley penal sustantiva refiere en su primera fracción, la cual reza "1.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se haya armado". En opinión del profesor Carranca y Trujillo, las fuerzas físicas y la comparación de las mismas y la desigualdad resultante de ellas integra un elemento normativo cuya apreciación corresponde al juez en uso de su prudente arbitrio, continúa diciendo, que arma es todo objeto cuyo destino propio y característico es servir para ofender a otro o para la propia defensa, en cuanto a la clasificación más usual de las armas es: Las armas blancas (hoja de acero), las de fuego (cargadas de pólvora); las punzo-cortantes (que están dotadas de punta penetrante y de filo), y las contundentes (que ofenden causando contusión); las manuales (manejables directamente con la mano) y las arrojadas (que para ofender son arrojadas lejos). Agradece el mencionado profesor que varias características pueden coincidir en una sola arma; por ejemplo, el puñal es arma blanca, manual, punzo-cortante y puede ser arrojada.

Mirando a la licitud de su empleo, las armas pueden ser: prohibidas (fuera del comercio, tenencia y uso licitos en cualquier circunstancia); autorizadas (cuyo comercio, tenencia y uso son licitos, pero mediante la debida autorización).

El artículo 10 constitucional garantiza a todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos la libertad de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legitima defensa, hecha excepcion de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nacion reserva para su uso exclusivo del Ejercito, Armas y Guardia Nacional; pero no podran portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policia".

En nuestro concepto es atinada la opinion del maestro Trujillo, al decir que de la comparacion de las fuerzas fisicas es lo que el Juez debe tomar en cuenta, poner en uso su libre albedrio y de esta manera imponer la sancion correspondiente al valorar si es que existio la ventaja o no.

Cuando el jurista Carranca y Trujillo comenta la tercera fraccion del articulo referente a la ventaja, el 316, la cual reza "Cuando se vale de algun medio que debilite la defensa del ofendido". Opina del multicitado jurista que es indiferente que el medio de que se valga el agente, haya sido procurado por el o no lo haya sido. Lo determinante es que lo aproveche en su favor en vista de que tenga conciencia de estar imposibilitado el pasivo para actuar libremente en su defensa, por ejemplo, que se tenga conocimiento de que el pasivo sufre las consecuencias de una hemiplejia, que dificulta su defensa.

Al referirse el profesor Carranca y Trujillo a la cuarta fracción del mencionado artículo 316, la que habla de que el ofendido se halla inerte o caído y el agresor se encuentra armado o de pie. Para criticar u opinar al respecto el maestro Carranca y Trujillo se auxilia de una jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia en el sentido "para que exista es necesario que el reo haya sabido que la víctima estaba inerte". De manera que no basta la circunstancia de que el sujeto pasivo estuviera inerte para que exista la ventaja sino que es necesaria la comprobación plena de que el delincuente tenía conocimiento de esta circunstancia, sigue diciendo el aludido maestro, el conocimiento por parte del acusado de que la víctima estaba inerte es comprobable por cualquiera de los medios de prueba que la ley autoriza, pues no hay razón para establecer uno especial. Ahora bien, si se acredita en el proceso que el inculpado con anterioridad a los hechos había hecho víctima a la occisa de toda clase de malos tratos de obra sin que nunca la propia occisa hubiera asumido la más leve actitud ofensiva de obra para con el acusado, y se acredita también que momentos antes de los hechos ella evitaba encontrarse con él, tomaba precauciones al respecto y más tarde, ya en su compañía, procuraba salir con él a la calle, y que cuando ella se vió precisada a hacerlo fue herida gravemente, previo algún cambio de palabras, y que ni antes del ataque de que ella fue víctima ni durante el mismo la menor actitud ofensiva de obra para con el acusado, y que este último es un individuo de compleción atlética, mientras la occisa, además de ser una mujer, no portaba ningún arma en el momento de los hechos ni acostumbraba portarla con anterioridad, pues no hay la menor alusión al respecto en los autos, ni siquiera de parte del acusado, y la Delegación no encontro cerca del cadaver ningún arma, es incontestable que esta demostrado plenamente que el acusado delinquo empleando la calificativa de ventaja, puesto que el agresor era superior en fuerza física a la ofendida, esta se hallaba inerte y el acusado armado, el propio acusado tenía conocimiento de que ella estaba inerte, como se desprende de los datos presuncionales antes señalados, y la ventaja era tal que el acusado no corría riesgo alguno de ser muerto ni herido por la ofendida así como tampoco como en legítima defensa"....(31).

(31). Seminario Judicial de la Federación , Tono LXIV, p.485.

Por nuestra parte, convergemos en opinión con el maestro Carranca y Trujillo, que al tener conocimiento de el ilícito de homicidio calificado, se deben reunir los elementos necesarios y probarlos por los medios idóneos para encuadrar legalmente la ventaja.

Debe afirmarse que las cuatro hipótesis que se encuentran consignadas en las cuatro fracciones del multicitado artículo son meramente enunciativas pero no limitativas. La directriz en relación con la ventaja como calificativa es la siguiente; debe existir una superioridad a tal grado acentuada que no se corra riesgo. Este es el dato objetivo de la ventaja; pero se requiere además la conciencia de tal superioridad, ya que como decía Carrara, de no existir tal conciencia se trataría de una circunstancia "no buscada ni procurada por el sujeto" y carecería de razón la agravación de la pena.

3.1.2. GONZALEZ DE LA VEGA.

El ilustre maestro González de la Vega es uno de los sostenedores de la Teoría Negativa de la ventaja, ya que niega que realmente constituya una calificativa, y este razonamiento lo basa diciendo que esta calificativa queda comprendida en la última parte del artículo 318 del Código Penal Vigente, que se refiere a la alevosía, y respecto a esta tesis dice: "Puesto que para que exista la calificativa se requiere que la ventaja sea absoluta, es decir, tan completa y acabada que no de lugar a la defensa, prácticamente se encuentra refundida en la segunda forma de alevosía definida por nuestra legislación"...(32).

La teoría subjetiva también es defendida entre otros muchos, por González de la Vega quien señala: "No obstante el silencio de la ley, que se limita a ejemplificar casos de ventaja objetivos y materiales, deberá estimarse inexistente la calificativa cuando el que posee la superioridad física la ignora racionalmente o, por fundado error, cree que el ofendido cuenta con medios superiores de defensa, porque no sería lógico ni equitativo imputar una circunstancia al que accionó sin conocimiento de ella"...(33).

y para apovar este punto de vista, el maestro González de la Vega refiere que la Suprema Corte ha asentado jurisprudencia firme en los términos siguientes: "La ventaja, en cualquiera de las circunstancias especificadas en la ley penal para su configuración, sólo puede ser sancionada como calificativa del delito, si el sujeto activo no se da cuenta cabal de su superioridad sobre la víctima"...(34).

González de la Vega nos dice: "aplicada a las acciones humanas, la ventaja es cualquier clase de superioridad (física, mental, por los instrumentos empleados, por la destreza, etc.) que una persona posee en forma absoluta o relativa respecto de otra:... (35). Sin embargo, para que jurídicamente pueda existir la ventaja es necesario que sea absoluta, que el sujeto activo

(32). González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano, p.71.

(33). González de la Vega Francisco. Op.Cit., p.70.

(34). González de la Vega Francisco. Op.Cit., p.70.

(35). González de la Vega Francisco. Op.Cit., p.69.

permanezca inmune, que no corra riesgo alguno de ser muerto o herido; por tanto siempre que el delincuente corra algún riesgo por menor que sea, no podrán integrarse la calificativa.

Por tal motivo, aunque no está explícito, en el artículo 317 de nuestra ley penal, es además necesario que el delincuente conozca esa circunstancia de superioridad, y para reafirmar mejor esta concepción, cabe mencionar que al respecto existe jurisprudencia firme, y de la cual hablaremos en el último acápite de este capítulo, en tanto que en este punto únicamente asentamos, diciendo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene "Sólo debe estimarse que existe ventaja, como circunstancia calificativa del homicidio, cuando el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido, y se requiere, además, que tenga perfecto conocimiento de esa situación favorable para él. Por tanto, si no hay comprobación de que el reo, cuando dió muerte a su víctima, haya tenido perfecto conocimiento de que ningún peligro corría de ser muerto o lesionado por ella, no existe tal calificativa"...(36).

Finalmente expresa, el maestro González de la Vega que "nuestra legislación, dentro del capítulo de reglas comunes a lesiones y homicidio, en su artículo 316 nos da una enumeración limitativa de los únicos casos de ventaja en la comisión de esos delitos que pueden dar lugar a la aplicación de la penalidad agravada propia de la calificativa"...(37).

(36). Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCIX, 5a. época, p.697.

(37). González de la Vega Francisco. Op.Cit., p.70.

3.1.1. MARIANO JIMENEZ HUERTA.

Se ha dicho y repetido que la circunstancia agravatoria del homicidio conocida con el nombre de ventaja, es genuina del ordenamiento jurídico de México y sin concordancia en las legislaciones de los demás países. Idiomáticamente la palabra ventaja, según el Diccionario de la Lengua, significa, "superioridad...de una persona...respecto de otro". Y en su sentido trascendente para el derecho penal, esta superioridad adquiere una connotación estática, pues en los delitos contra la vida e integridad humana hace referencia a una forma de ser o de estar de los sujetos activo y pasivo que implica la existencia del riesgo que para el sujeto activo encierra la ejecución del delito.

No satisfecho el Código con formular en su artículo 317 un concepto de ventaja en el que se recoge su esencia propia, en las cuatro fracciones del artículo 316. Por lo que respecta a la fracción I, primera no es posible desconocer que quien posee una superior fuerza física a la del ofendido inerte, puede correr el riesgo de ser por éste muerto o herido, pues la inteligencia y la habilidad del ofendido pueden anular la superioridad física del ofensor. Tampoco es correcto concluir que la calificativa debe entrar en función de los casos de ventaja por las armas, por la mayor pericia en su manejo o por el número de los que al delincuente acompañan, especificados en la fracción II, pues la superioridad que pudiera arrojar en abstracto un examen comparativo de las fuerzas que entraron en juego, no presupone, ni mucho menos la invulnerabilidad del delincuente quien posee un arma más perfecta o segura, o quien es más diestro en el manejo de las iguales utilizadas por su víctima, o quien se hace acompañar en el instante del hecho por otras personas, no elimina el riesgo de ser muerto ni herido. Igualmente acontece en la hipótesis de ventaja en los medios genéricamente mencionada en la fracción III, cuenta habida de que valerse, como expresa dicha fracción, "de algún medio que debilita la defensa del ofendido", no significa, como exige el artículo 317, la anulación de todo riesgo. Debilitar la defensa no es lo mismo que eliminarla. Cuando se logra esto último el

delincuente no corre " riesgo alguno", cuando se debilita, el riesgo disminuye, pero no se extingue. La frase "que el delincuente no corra riesgo alguno" empleada por el artículo 317 es superlativamente clara y no puede interpretarse como sinónima de riesgo debilitado o disminuido.

Finalmente, tampoco en los casos de ventaja por la posesión y la privación de un arma o por la verticalidad y horizontalidad en que se encuentran respectivamente el sujeto activo y el pasivo, mencionados en la fracción IV, se consagra la vulnerabilidad del primero, es decir, el sujeto activo, pues, por una parte, como ya antes dijimos, la inteligencia, astucia y habilidad del ofendido pueden lograr en el instante del hecho eliminar la situación de privilegio en que por la posesión de un arma se halla el agresor, e incluso inclinarse en favor suyo la balanza, es evidente que quien se halla caído esta en posibilidad si se encuentra armado, de abatir a su agresor.

Todas estas consideraciones demuestran la ineptitud de la casuística contenida en el artículo 316. Lo que en verdad entra en juego es el estado de invulnerabilidad absoluta del sujeto activo, esta invulnerabilidad no se puede suponer como ingenuamente intenta hacerse en el artículo 316, sólo colocando nuestra mente en la situación del sujeto activo en el momento en que despliega su conducta homicida, podremos resolver con base en las circunstancias concretas del caso, si el agente actuó o no en la situación de invulnerabilidad que integra esta calificativa.

El maestro Jiménez Huerta pasa a aclarar las fronteras que existen entre la agravante de ventaja algo penalísticamente diverso de la alevosía. Hay quienes sostienen la imposibilidad de establecer una diferenciación entre ambas agravantes por estimar que en la alevosía se encuentra fundida la ventaja... (38), dado que la finalidad de aquella es evitar la defensa que pudiera hacer el agredido. Por su parte Jiménez Huerta no acepta esta posición con la que se cancela todo esfuerzo dogmático dirigido a resolver el problema, pues considera que si todos los códigos penales que han regido en México han legislado, como se ha visto, sobre la

(38). Gonzalez de la Vega. Derecho Penal, I p.140; Conf. Forte Fetit. Derecho Penal, p.249.

calificativa de ventaja, es porque en el pensamiento rector de los mismos esta calificativa es una entidad jurídica diversa de la alevosía. No se puede atribuir a los diversos autores de los códigos penales de 1871, 1929 y 1931, el haber incidido en el mismo disparate consistente en crear nominalmente dos calificativas para regular un único fenómeno penal.

Jiménez Huerta hace mención de Macedo, quien refiere en relación a la ventaja: "Notoriamente es manifestación de un espíritu caballeresco y de hidalguía, tradicional entre los españoles y que es en el fondo el mismo que informan las disposiciones sobre alevosía... (39). Pero el que dos entidades jurídicas tengan el mismo fondo o el mismo espíritu, no presupone, ni con mucho, el que en la una se encuentre refundida la otra, en tanto existan entre ambas elementos fácticos de diferenciación.

Para fijar los elementos fácticos de diferenciación que existen entre la alevosía y la ventaja, es preciso partir de aquello que constituye la esencia conceptual de cada una de las calificativas. La alevosía se concretiza en el empleo de medios o modos insidiosos de ataque, en tanto que la ventaja se concretiza en el estado de invulnerabilidad en que se halla el sujeto activo.

Existen estados de invulnerabilidad del sujeto activo que no son consecuencia de los medios insidiosos puestos por él en juego, sino que surgen de circunstancias personales del sujeto pasivo, que influyen para crear en la ejecución del delito esa situación objetiva y externa de invulnerabilidad.

(39). Macedo "Trabajos de revisión...", Tomo IV, p.632.

3.1.4. FORTE FETIT.

El maestro Celestino Forte Fetit Candaudap, es partidario de la teoría subjetiva, en la que el factor determinante para que exista la ventaja es la psique, es decir, que el sujeto activo está necesariamente convencido o tiene el conocimiento de tener ventaja sobre el sujeto pasivo... (40).

Esto es, el sujeto activo, al realizar una conducta antisocial en contra del sujeto pasivo, subjetivamente ya está preparado, mentalmente y tiene el conocimiento que posee la superioridad en comparación con el sujeto pasivo, ya sea por su destreza, o mayor fuerza física, es decir, está plenamente convencido de tener ventaja en relación al sujeto pasivo. En tanto que la teoría objetiva, se basa en el hecho real de la circunstancia de la superioridad del sujeto activo sobre el sujeto pasivo.

Celestino Forte Fetit, también sostiene la diferencia entre la alevosía y la ventaja, manifiesta que esta última debe mantenerse, ya que es una circunstancia que se encuentra bien definida como concepto y en base a ello puede identificarse plenamente en la práctica, cuando se trata de delitos calificados, en tanto que la alevosía, dentro de la legislación mexicana, queda comprendida en tres supuestos, que son, 1a., 2a., y 3a. formas alevos, de los que hablaremos en el siguiente capítulo, continua diciendo el maestro Forte Fetit, que la alevosía en su tercera forma alevos, debe suprimirse, en atención a que abarca la calificativa de ventaja, es decir, esta última consiste en sorprender intencionalmente al agente pasivo y sin darle lugar a evitar el mal que se le quiere hacer.

Con acierto Forte Fetit considera necesaria, para la integración de la calificativa de ventaja, que concurren en el sujeto activo tres circunstancias: 1o. Una ventaja; 2o. Que ésta sea tal que no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido, y 3o. Que no actúe en legítima defensa. Haciendo crítica sobre la parte final del artículo 317, argumenta: "Es contradictorio y

(40). Forte Fetit Celestino. Dogmática de los delitos contra la vida y la salud personal, p.138 y siguientes.

desafortunado el artículo 317, en virtud de que si se considera la ventaja como calificativa cuando sea tal, que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido, ¿ como puede exigir, además, que aquél, es decir, el delincuente no obre en legítima defensa? ¿Es que se olvida que si el delincuente no corre riesgo alguno, no puede existir agresión en su contra y por tanto no hay posibilidad de que obre en legítima defensa?"... (41).

Desde tiempo atrás se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia, la necesidad de establecer si la integración de la calificativa en exámen hace imprescindible o no el conocimiento de su superioridad absoluta que tiene el agente activo sobre su víctima.

(41). Ob-Cit. I, p. 129 y 130.

3.2. ANALISIS DEL ARTICULO 317 y 316 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Una vez que hemos hecho un pequeño análisis de la calificativa de la ventaja y de los problemas doctrinarios que ha suscitado, nos disponemos a determinar lo que la legislación positiva establece.

Dice el artículo 317: "Sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título; cuando sea tal, que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa".

En principio, debemos hacer una crítica sobre la última parte del artículo 317. Dicho artículo exige que el que tiene la ventaja "no obre en legítima defensa", lo que resulta inexplicable e incomprensible, pues no se ve cómo pueda darse esa situación. En efecto, no encontramos cuando puede suceder que quien es víctima de una agresión actual, violenta y sin derecho supuesto necesario para que pueda darse una repulsión a dicha agresión y que, a su vez, en ello consiste la legítima defensa puede estar en un estado de ventaja, sin riesgo alguno para sí. Aún en el caso de que pudiera verificarse el supuesto, resulta totalmente inútil hacer dicha aclaración; ya que quien ejerce su derecho de defensa legítima no comete delito alguno, a virtud de que nos encontramos ante una causa de justificación, como lo es el ejercicio de un derecho. El artículo 15 del Código Penal Vigente consigna, entre las mal llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", la defensa legítima. Por otro lado el exceso de la defensa ya está previsto en el artículo 16 del Código Penal.

Por tanto, opinamos, como la inmensa mayoría de los autores, que debe suprimirse este último supuesto, en virtud de que, por una parte es un supuesto que no puede darse, y, por otra parte,

que aún cuando se diera, sería totalmente inútil.

Dos son los supuestos o requisitos explícitos que establece el artículo 317 para que exista la ventaja:

- 1.- Una superioridad por parte del sujeto activo del delito.
- 2.- Que esa superioridad sea absoluta.

La ventaja, desde luego, no presupone la premeditación por un lado, y por otro, la situación de superioridad deja sin lugar a duda, al agredido en una condición de defensa disminuida.

No presupone la premeditación, porque esta superioridad existente en la ventaja, se puede presentar en forma imprevista, repentina y no planeada, ni reflexionada.

Ahora pasamos al análisis del artículo 316 del Código Penal. De la lectura del referido artículo, parece deducirse que contiene la definición legal de ventaja; pero al profundizar, claramente aparece que lo único que hace es darnos una enumeración de casos en que existe la ventaja, dice el artículo 316: "Se entiende 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 debilite la defensa del ofendido;

IV.- Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie".

La ventaja no se tomara en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

Después de haber enunciado las fracciones y párrafos contenidos en el artículo 316 del Código sustantivo penal haremos una pequeña crítica a cada uno de ellos. En relación a la primera fracción, es difícil poder determinar la superioridad física, pues esta superioridad física del agresor, puede llegar a contrastar con la debilidad física del agredido, el cual es más diestro y hábil para defenderse y puede darse el caso de que el agresor que aunque superior en fuerza física, salga lesionado o pierda la vida debido a la destreza o habilidad del agredido; encuadrándose la conducta de este último en la legítima defensa.

En el caso mencionado en la segunda fracción del artículo encomento, no podemos negar que existe una ventaja totalmente bien determinada; consistente en la superioridad del agresor en razón del arma empleada, en razón de su destreza en el manejo de las mismas, o bien, por la superioridad en número de personas que acompañan al agresor.

En la tercera fracción, existe la clave de la ventaja ya que en su redacción presenta una forma genérica e ilimitada de casos en que dicha superioridad se puede encontrar.

Por lo que se refiere a la cuarta fracción del mencionado precepto legal, nos muestra o ejemplifica la superioridad, primero, por la posición del agredido con respecto al agresor y segundo, por la carencia de armas de uno de ellos. Aquí consagra otros dos ejemplos clásicos de la ventaja, indudablemente hay superioridad cuando el agresor se encuentra de pie o armado y el agredido "inermes o caído" y sin armas.

El último párrafo del tipo en estudio, denota que el legislador trató de establecer en forma clara y precisa, cuando hay legítima defensa y cuando hay ventaja; todo esto a consecuencia de los problemas surgidos en razón de la ejemplificación precisa que, con anterioridad, había hecho; aún más, tratando de establecer una mayor claridad, agrega un precepto que dice: " Sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título, cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa", y este precepto corresponde al artículo 317 del mismo ordenamiento penal y el cual comentamos antes que el artículo 316.

La ventaja, desde luego, no presupone la premeditación, por un lado; y por otro, la situación de superioridad deja sin lugar a duda, al agredido en una condición de defensa disminuida.

No presupone la premeditación, porque esta superioridad existe en la ventaja, se puede presentar en forma imprevista, repentina y no planeada, ni reflexionada.

Debe insistirse en que la superioridad debe ser tal que el activo no corra riesgo. Si hay superioridad pero hay riesgo no podrá hablarse de ventaja como calificativa. Por eso en la rifa, aún cuando haya una desproporción manifiesta entre los contendientes no puede haber ventaja como calificativa aún cuando si la ventaja que debe tenerse en cuenta para cuantificar la pena de acuerdo a las directrices del artículo 52 del Código Penal en que se alude entre otras circunstancias al peligro corrido por el delincuente.

3.3. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Nuestro máximo tribunal, al igual que respecto a la premeditación, ha dictado resoluciones que manifiestan un total desconocimiento de la problemática que plantea la ventaja como calificativa del delito en estudio; aunque existen otras que demuestran un profundo conocimiento sobre la misma. En tal virtud, sólo enunciaremos unas cuantas tesis ejecutoriadas que nos sirven para ilustrar lo antes manifestado.

Nos dice la siguiente ejecutoria: "Si de las constancias de un proceso instruido por el delito de homicidio se desprende que el reo delinquirió en ausencia del espíritu de premeditación que requiere la ventaja...esto excluye la existencia de la calificativa"...(42). Claramente aparece un grave error en esa tesis jurisprudencial al presumir que para la existencia de la ventaja como calificativa, debe existir forzadamente premeditación; esto no es necesario, en atención a que nos encontramos ante dos calificativas diferentes que no se presuponen la una con la otra, sino que obedecen a circunstancias complementarias del tipo de índole muy distinta.

El mismo error contiene esta otra ejecutoria: "Conforme al artículo 315 del Código Penal, para que exista la calificativa de ventaja, es necesario que el acusado haya cometido el hecho delictuoso después de haber reflexionado sobre el delito que pensaba cometer: de manera que si se demuestra que el propio acusado fue injuriado por el ofendido y por tal motivo aquél fue en busca de un arma, y sin más lapso que el que tardó en traerla, cometió el delito de homicidio, no puede decirse que existe la calificativa de ventaja ya que, evidentemente, no pudo haber reflexionado sobre el delito que iba a cometer, dado el estado en que se encontraba"...(43). Es más lamentable esta resolución, ya que demuestra una obscuridad sobre los conceptos de, premeditación y ventaja. Para la premeditación, presupone que por cobrar el delincuente en un estado colérico no puede existir la misma, lo que es inexacto como lo vimos con anterioridad.

(42). Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXIX, p.3226.

(43). Semanario Judicial de la Federación, Tomo LII, p.382.

Un ejemplo de una ejecutoria que demuestra un conocimiento profundo sobre la técnica de la calificativa de la ventaja nos la proporciona la siguiente: "Es bien sabido que la ventaja requiere no solamente el dato objetivo de superioridad a tal grado acentuada que no se corra riesgo alguno, sino que es indispensable para que se le pueda considerar como una situación que califica al delito y que agrava la pena, que exista también un dato de carácter subjetivo como es la conciencia de la superioridad en cuestión"...(44). Esta tesis jurisprudencial tiene como aspecto positivo el determinar claramente que no basta para la integración de la calificativa en estudio, el dato material de la ventaja, sino que es necesario en el sujeto activo del delito la conciencia de esa circunstancia, es decir, su conocimiento.

La Suprema Corte de Justicia, ha asentado jurisprudencia firme en los términos siguientes: "La ventaja, en cualquiera de las circunstancias especificadas en la ley penal para su configuración, sólo puede ser sancionada como calificativa del delito, si el sujeto activo se da cuenta cabal de su superioridad sobre la víctima"...(45).

Por último la siguiente jurisprudencia: " Para la integración de la calificativa de ventaja, no basta la existencia de hechos configurativos de una o más de las hipótesis recogidas concretamente por la legislación punitiva al especificar los hechos que pueden constituirla, sino que es menester que la misma sea de tal naturaleza que no exista riesgo alguno de que el agente pueda ser muerto o herido"...(46). La presente jurisprudencia pone de manifiesto el extremo que es necesario comprobar para que se integre la calificativa y consiste en la ausencia de riesgos para el delincuente, ya que en aquellos casos en que corra algún peligro no existirá la misma en el aspecto técnico que la estamos considerando.

(44). Sexta época, Segunda parte, Vol.LXVIII, p.19, A.D.6630/62.

(45). Sexta época, Segunda parte, Vol.XIV, p.226, A.D. 1622/57;
Vol.XXVI, p.128, A.D. 2390/59;
Vol.XXXVII, p.185, A.D.6524/51.

(46). Sexta época, Segunda parte, Vol.XXIX, p.90, A.D. 4777/59.
Vol.XXXVII, p.90, A.D. 6524/51.
Vol.LII, p.82, A.D. 5207/61.

CAPITULO 4.

ALEVOSIA Y TRACION.

- 4.1. ANALISIS DOCTRINAL.
- 4.2. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.
- 4.3. ARTICULO 318 Y 319 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO 4.

ALEVOSIA Y TRACION.

Gran similitud ofrecen estas dos circunstancias calificativas del delito de Homicidio; sin embargo a pesar de esa similitud, primeramente veremos la alevosia ya que la traición presupone legalmente a aquella para pasar posteriormente al estudio de la traición, que viene a ser una recalificativa de la primera.

4.1. ANALISIS DOCTRINAL.

La palabra alevosía ofrece la discusión sobre su origen; mientras algunos autores nos dan la explicación de su génesis en la palabra gótica "levian", que significa obrar a traición; otros autores nos dan la explicación en sentido contrario, creen que su origen se encuentra en la palabra sajona "leave", que significa traidor, poco importa si el origen está en una o en otra de las palabras indicadas, ya que ambas tienen un significado muy semejante, por ello nos parece más útil e importante su significado gramatical; en efecto, según el Diccionario de la Lengua Española, la alevosía significa "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin que exista riesgo del delincuente".

Sobre su antigüedad, como calificativa del delito de Homicidio, se remonta a la Edad Media. El maestro Eusebio Gómez cita a Tejedor, y éste define a la calificativa de alevosía en la siguiente forma, "la alevosía consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente"...(47). De esta definición, y de lo que hasta ahora hemos dicho, se desprende claramente que la justificación de esta calificativa radica en que se aminora notablemente la potencialidad defensiva de la víctima, lo que hace que se acreciente la gravedad del hecho antijurídico, ofendiendo al mismo tiempo los ideales valorativos de la comunidad; todas estas razones de justificación fueron manifestadas por el ilustre maestro Carrara que termina diciendo; "te castigo legítimamente con mayor severidad, por que en la forma en que has cometido tu acción nefasta has hecho temblar un mayor número de personas y has excitado en ellas más vivas inquietudes para su propia seguridad futura"...(48).

(47). Gómez Eusebio. Tratado de decho penal, Tomo II, p.46.

(48). Carrara Francisco. Programa, párrafo No. 1159.

La alevosía tiene como característica que siempre consiste en un ataque, inesperado por parte de la víctima, que no espera sufrir dicha agresión. Este carácter de ataque sorpresivo es lo que se conoce como insidia. La insidia, nos dice Carrara, tomada en su sentido amplio, se resume en un ocultamiento que puede ser moral o material y este puede ser ocultamiento de persona o un ocultamiento de instrumentos... (49).

El ocultamiento moral constituye el llamado en otras legislaciones y en gran parte de la doctrina, Homicidio Froiditorio, que equivale en mucho a nuestra calificativa de traición, y el ocultamiento material viene a determinar las formas de la calificativa de alevosía, incluyendo en el ocultamiento de instrumentos algunas formas de premeditación ficta, de la cual ya hablamos, como es el caso del homicidio cometido por medio de sustancias venenosas.

La alevosía conceptualmente es una forma de ataque y, por ende, que proviene de la conducta del sujeto activo, al examinar la conducta encontramos que el elemento interno radica, como en todo comportamiento humano, en la voluntad. En tanto que el elemento externo se plasma en los diversos modos o formas alevosas que se especifican en la definición de la ley. La alevosía no es, como la premeditación, una circunstancia de pura existencia subjetiva, sino que debe manifestarse exteriormente por ciertos modos o formas insidiosos de ejecución o tendientes a obrar sin peligro.

En el ocultamiento moral es el que facilita la perpetración del homicidio, al ganarse perfidamente la amistad o disimular la enemistad. En la legislación mexicana, al igual que en la argentina, no se requiere la premeditación para que exista la alevosía.

El acecho como ocultamiento del sujeto activo, puede darse sin que este último lo haya buscado, sino más bien limitándose a aprovechar su situación de superioridad, de manera que no medie premeditación ni preordenación, sólo se utilizan las circunstancias que la ocasión presenta, subsistiendo la alevosía.

(49). Carrara Francesco. Programa, Párrafo 1159.

Tres son las formas de manifestación externa de la conducta, en la premeditación la manifestación es subjetiva y en la alevosía es objetiva, y las tres variantes de esa manifestación quedan establecidas en la ley penal mexicana en el artículo 318, del cual hablaremos más detenidamente en el último acápite del presente capítulo, por ahora continuamos con el análisis doctrinario de la calificativa de traición.

Un grado agravado de la alevosía lo constituye la traición, alevosía calificada por la perfidia, y ésta consiste en la violación de la fe o seguridad dada o prometida, expresa o tácitamente, a la víctima. La promesa es tácita cuando existen y por el hecho de que existan vínculos de parentesco, de gratitud, de amistad o cual quiera otros capaces de inspirar confianza en el pasivo.

La directriz básica a propósito de la traición como calificativa es la que afirma que existiera ella cuando se utilice la confianza como medio para la ejecución. No basta que entre víctima y victimario haya una relación tal que moralmente obligue al segundo a respetar al primero para que el homicidio cometido se considere proditorio o con traición, pues si así sucediera, se daría una situación, es decir, similar, a la que se apuntaba en el caso de la alevosía, y cualquier homicidio entre quienes estaban unidos por lazos que entrañaban la confianza, resultaría calificado por traición, por ejemplo; el marido que priva de la vida a su conyuge puede haber actuado mediado la traición o puede no haber mediado, aún cuando el lazo del matrimonio implica necesariamente una confianza recíproca. El hermano que priva de la vida a su consanguíneo, no necesariamente actúa dentro de la traición, jurídicamente hablando, sino que es necesario que esa confianza sea utilizada como medio de ejecución del delito que se va a cometer o se cometeo. Habrá que examinar concienzudamente cada caso para saber si esa confianza originada en el parentesco o en el matrimonio, fue utilizada por el sujeto activo como otro medio para conseguir su propósito delictivo;

si se aprovecho de ella, si la utilizó, si a través de esa fe se colocó en privilegiada situación el delincuente y en inferioridad material la víctima.

Es preciso destacar que en la traición debe haber ocultamiento de la intención de la preparación del delito; quebrantar la fe o la seguridad dada o la táctica que se deriva de relaciones anteriores y ha de seguir el delito, como consecuencia lógica, unido, no desvinculado. No debe olvidarse ante todo que las calificativas son circunstancias que surgen por la inferioridad en que es situado el sujeto pasivo y que han sido consideradas por el delincuente para cometer el delito.

4.2. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sido constante en la interpretación de la calificativa de alevosía; hay ejecutorias que adolecen de graves defectos y la mayoría se concretan a reproducir literalmente la definición legal; sin embargo, no todas ofrecen estas negativas características, ya que también hay muchas que nos ofrecen un examen profundo que demuestra un mayor conocimiento sobre dicha calificativa.

Hay jurisprudencia firme en relación a la necesidad de que existe en el sujeto activo la intención de matar mediando sorpresa, en los términos siguientes: "Alevosía. Existencia de La.- Consiste tal circunstancia calificativa en que una persona lesione a otra, cogiéndola intencionalmente de improviso, o empleando asechanzas u otros medios que no le den lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer y no se puede establecer que ha existido esa circunstancia agravante si no está probada la intención del agente, la cual no debe presumirse"...(50). Aunque la presente jurisprudencia da únicamente la definición legal, tiene el gran mérito de exigir la intencionalidad de sorprender por parte del sujeto activo, para que pueda integrarse la calificativa, ya que si no se tiene dicha intención, la sorpresa en la víctima viene a ser sólo un accidente de la ejecución del delito.

Existe una ejecutoria que también viene a aclararnos el concepto de la calificativa en concreto, la alevosía, y reza de la siguiente manera: "La calificativa de alevosía supone un ataque de improviso, más ello no quiere decir que surja de improviso en la mente del agresor el pensamiento o la intención de sorprender al agredido aunque así sucede en algunos casos, si no que a la víctima se le sorprende de pronto inesperadamente, a tal punto que la actividad

(50). Quinta Epoca. Tomo XXV, p.156; Tomo XXVI, p.1150.

desplegada, no da lugar a la parte lesa a repeler el ataque de que se le hace objeto"...(51). Esta tesis hace hincapié primordialmente en lo repentino del ataque y en la sorpresa de la víctima; siendo de tal naturaleza lo rápido de la acción lesiva que el sujeto agredido no tiene oportunidad de repeler la agresión.

Hay otra ejecutoria que nos presenta algún interés y es la siguiente: "Las calificativas de ventaja y alevosía, si quedaron comprobadas en autos, si el acusado disparó encontrándose de espaldas su víctima y no corrió riesgo de ser muerto, ni herido por el ofendido, ni dió lugar a éste de defenderse ni a evitar el mal que se le quiso hacer"... (52).

En nuestro concepto, la presente ejecutoria contiene una mezcla de las calificativas de alevosía y ventaja, que no resultan diferenciadas, sino más bien confundidas. En efecto, en todas las calificativas hay la presencia de cierta ventaja del victimario sobre la víctima; en tal virtud, cuando se ejcute el homicidio con sorpresa de la víctima, existirá alevosía y no ventaja, aunque ésta sea tal, que el sujeto pasivo no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido, en lo particular opinamos que en la presente ejecutoria existe la alevosía y no la ventaja.

Otro ejemplo de esta ejecutoria que confunde la ventaja con la alevosía es la siguiente: "Cuando menos concurre la calificativa de alevosía si el acusado disparó sobre una persona que se encontraba dormida, lesionándola por la espalda, ya que indiscutiblemente actuó sin que el ofendido tuviera manera de defenderse o evitar el mal"...(53). En este caso no creemos que exista alevosía en virtud de que no se presenta la sorpresa en la víctima al no existir conciencia del mundo que lo circunda por estar dormida; por esta misma razón sostenemos que la calificativa de alevosía no puede presentarse cuando la víctima es un menor de edad que aún no tiene conciencia del mundo que le rodea. Sin embargo, en este supuesto existirá la calificativa de ventaja, ya que reúne todos los requisitos de su

(51). Quinta Epoca. Supl.1956, p.50 A.D. 1879-53.

(52). Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol.XVII, p.290.

(53). Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol.XXXIX, p.17 A.D.4642/60.

contenido técnico. Aunque hay formas de la alevosía que necesariamente implican la premeditación, por ejemplo, ocultarse adecuadamente para sorprender a la víctima a su paso, también hay formas que admiten la confusión con la deliberación, pero como parte de la fase interna del "inter criminalis" del agente, por ejemplo, tratándose del que obra con astucia o perfidia.

Ahora bien, transcribimos otra jurisprudencia la que reza en los siguientes términos "La alevosía es un ataque intempestivo e inesperado; y es alevoso el delito cuando hay un acontecimiento rápido e inesperado, no precedido de disgusto, sin que obste que el ofendido vaya acompañado de otras personas ni que lleve armas, si dada la forma de la agresión no tiene tiempo de usarlas o bien no puede rechazar el ataque por hallarse desprevenido (S.J.,t.XXXIV,p.2567). No basta que el ofendido haya estado imposibilitado para su defensa sino que es necesario que el agente se haya propuesto intencionalmente delinquir en las condiciones a que alude el artículo 318 del código penal; es decir, se requiere que de antemano haya meditado sobre el hecho y adoptado la resolución de obrar en esa forma atacando de improviso (S.J.t.XLVI,p.2036 y 3092). Presenta la calificativa de alevosía dos formas: la primera se caracteriza por la sorpresa de la agresión imprevista; la segunda por las asechanzas como medio para impedir la defensa; pueda decirse que una y otra tiene como base la premeditación, pero su característica es la de hacer imposible que el agredido se defienda. Tiene pues, una condición subjetiva: la del agente del delito consistente en su intención de cometerlo evitando toda posibilidad de sorpresa. No sólo caracteriza la primera forma de alevosía la sorpresa en la previsión del ataque sino también la asechanza que es la maniobra por la que se atrae a la presunta víctima a un lugar o se la reduce a condiciones en que la sorpresa de la agresión elimina toda posibilidad de defensa (A.J.,t.XX.p.694). En los delitos contra la vida e integridad corporal no concurren las calificativas de alevosía y brutal ferocidad que contempla el Código Penal de

Veracruz, si el reo obra en evidente estado de ebriedad, ya que el caso de ambas calificativas se requiere que el sujeto obre de modo intencional y sin que el proceso volitivo o emotivo que lo llevó al delito aparezca conturbado en forma plena por un estado como el de la embriaguez (S. C., tesis relacionada, 6a. época, 2a. parte, vol. XV, p.10)...(54).

Otra jurisprudencia de la Primera Sala, es que en reiteradas ejecutorias dicha Sala a sostenido la tesis de que la primera forma de la alevosía contenida en el artículo 318 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, referente a la sorpresa intencional de improviso, no debe confundirse con la ejecución por sorpresa ocasional del delito, pues esta forma de alevosía consiste en la acción que improvisadamente sufre la víctima, pero que es preparada y procurada de esa manera por el agente activo. Solamente así se explica el empleo del adverbio "intencionalmente" en el precepto que se comenta, pues de otro modo, si la calificativa se produjera en la realización de cualquier acto sorpresivo, no habría razón para utilizar tal adverbio. Ciertamente se advierte que para el sujeto pasivo del delito fue sorpresa de muerte, ya que no sospechaba de su victimario el ataque, pero no en todo homicidio por sorpresa concurre la calificativa de alevosía, pues ésta requiere que el sujeto activo se aproveche del momento oportuno buscado por él para que la víctima no pueda eludir el ataque...(55).

En cuanto a las jurisprudencias dictadas en relación a la calificativa de traición son menor en número, pero no porque no sucedan o sea poco tomada en cuenta, lo cierto es que la calificativa de traición es un grado agravado de la alevosía, aún cuando estructuralmente hablando, cada una tiene sus características propias, y no restándole valor jurídico a la calificativa de traición enunciaremos algunas jurisprudencias en relación a ella.

(54). Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, p.700.

(55). S.J., Séptima época, Segunda parte, Vol.15, p.13.

"La traición es un caso específico de alevosía, que contiene todos los elementos de ésta y además la perfidia o sea la violación de la fe o seguridad expresa o tácita que el muerto hubiera podido recibir del procesado"...(56). Otra ejecutoria es; "Las calificativas de alevosía y traición sólo pueden darse en relación con la ejecución material del delito y por consiguiente no son aplicables a los autores intelectuales...(57).

Otra jurisprudencia es "La relación de confianza que se quebranta por el delincuente cuando obra con traición, es la que existe directamente entre los agentes del delito, y nunca la establecida con un tercero, aunque se trate de la concubina del inculcado, madre del pasivo, que al ser muerto tenía dieciocho meses de edad. Por otra parte, se requiere para que opere la calificativa de traición, tener capacidad el pasivo para entender y mantener el nexo inspirador de confianza, el que no es posible concebir, cuando la víctima tenía tan corta edad...(58).

Citaremos una última ejecutoria, la que dice: "No se configura la calificativa de traición en los delitos de homicidio y lesiones, cuando el conocimiento que entre sí se tienen los protagonistas de los hechos, deviene de un trato ocasional, habida cuenta que los lazos de lealtad, fidelidad y seguridad que dan vida jurídica a la calificativa de que se trata, tienen su apoyo en relaciones preexistentes basadas en un trato constante y estrecho...(59).

(56). A.J., Tono I, p.303.

(57). A.J., Tono XXI, p.145.

(58). S.J., Séptima Época, Segunda parte, Vol.14, p.45.

(59). S.J., Séptima Época, Segunda Parte, Vol.16, p.35.

4.3. ARTICULO 318 Y 319 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La alevosia es presentada en nuestra legislación mexicana en los Códigos de 1871 y 1929, los cuales tienen la misma redacción, y la única variante consiste en escribir la palabra "asechanzas", el primero de los códigos citados con "S" y el segundo con "C". El artículo 318 del Código Penal de 1871 nos dice: "La alevosia consiste en causar una lesión a otra persona, cogiéndola intencionalmente de improviso, o empleando asechanzas u otro medio que no le de lugar a defenderse, ni a evitar el mal que se le quiere hacer". Por su parte, el Código actual, escribe la citada palabra con "s" y en singular substituye la palabra "cogiéndola" en la frase "cogiéndola intencionalmente de improviso" por la de sorprender intencionalmente de improviso" para quedar así, en los términos siguientes:

Artículo 318: "La alevosia consiste; en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer".

Esta definición ha sido criticada por algunos autores, entre ellos, el jurista Castro García nos dice al respecto: "Esta extensa y obscura redacción del precepto ha dado lugar a múltiples problemas y confusiones a tal grado, que ni la doctrina ni la jurisprudencia mexicana, han podido determinar en una forma precisa, el contenido de la calificativa". Sin embargo, aunque en parte es cierto lo sustentado por este autor, ya que una fórmula menos complicada, facilitaría la labor del intérprete, no lo es menos lo sustentado por Jiménez Huerta al decir que en ella "se recogen ampliamente los diversos medios insidiosos de que el agente se puede hacer valer en la perpetración del delito"... (60). Por ello sería mejor una redacción como la seguida por el Código italiano que la define en relación a la insidia, que constituye el sustrato de todos los supuestos en que puede presentarse la calificativa que

(60). Jiménez Huerta Mariano. Op.Cit., p.110.

estudiamos. Del texto legal pueden distinguirse tres formas en que puede presentarse la alevosía, y las tres se encuentran dominadas por un supuesto común: la sorpresa intencional, dicha sorpresa debe ser sobre la víctima que se encuentra descuidada y que no espera un ataque violento; sorprender equivale a coger a alguien desprevenido o descuidado, en caso contrario, siempre que la víctima espere el ataque no podremos encontrarlos ante la calificativa de la alevosía.

Las tres formas de alevosía son las siguientes:

- I. Sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o sea súbitamente, inesperadamente, repentinamente, cuando menos lo espere.
- II. Sorprender intencionalmente empleando asechanza, es decir, valiéndose de engaños o artificios para hacerlo caer en el mal.
- III. Sorprender intencionalmente a alguien empleando cualquier otro medio que no se le da lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer.

Todos los casos, como ya lo hicimos notar, tienen un común denominador consistente en que el sujeto activo se procure, mediante su acto sorpresivo, la seguridad de la ejecución en la indefensión de la víctima.

Cada una de estas formas de presentación del alevosía no excluye a las otras, muy por el contrario, a menudo van unidas dos o incluso las tres formas alevosía en un mismo caso y al mismo tiempo.

No todos los autores están de acuerdo en que el factor sorpresa intencional es común a todos los supuestos de la alevosía. Celestino Forte Petit más bien ofrece como factor común la circunstancia de la indefensión, el hecho de que la víctima no tenga oportunidad de defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer. Nos dice el maestro citado, Celestino Forte Petit. "pensamos que del contenido del artículo 318 del código penal se desprenden estas tres formas de alevosía:

- 1o. Sorprender intencionalmente a alguien de improviso que no le de lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer.
- 2o. Emplear asechanza que no le de lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer.
- 3o. Emplear cualquier otro medio que no le de lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer ... (61).

No vamos de acuerdo con el autor citado, en virtud de que con ello confunde la ventaja con la alevosía. Es cierto que en todas las clases de alevosía existe ventaja, porque la ventaja es la más general de las calificativas; en efecto, si meditamos en las formas fictas de premeditación encontramos que en todas se encuentra insita la ventaja, ya vimos que la ventaja como calificativa es un concepto totalmente técnico, distinto del concepto ordinario de ventaja. Por tal motivo, querer hacer desaparecer la ventaja, por quedar absorbida por la alevosía no es correcto, ya que aquella tiene su autonomía propia.

Por su parte el jurista González de la Vega sostiene que solo son dos formas de aleve en el artículo 318:

(61). Forte Petit Candaudap Celestino. Op.Cit., p.149 y 150.

a) La sorpresa intencional de improviso o la asechanza de la víctima; y,

b) El empleo de cualquier otro medio que no le de lugar a defenderse ni a avitar el mal que se le quiere hacer... (62).

Tampoco estamos de acuerdo, con González de la Vega, pues este autor, aunque hace que la palabra de "improvisio" parezca referirse al agente del delito, no debe parecer lo mismo en relación a la sorpresa que siempre debe referirse al sujeto pasivo, aunque, con conocimiento de esta circunstancia y con la intención de sorprender del sujeto activo. Por otra parte, la palabra "asechanza" con "S" no implica, por más que se pretenda demostrar, el buscar el momento oportuno, sino más bien el hecho de engañar, de llevar al mal a alguien usando como medio el engaño.

Una vez que hemos hecho las anteriores críticas, restanos ahora examinar los tres supuestos de la calificativa de alevosía. Es necesario antes precisar que ninguno presupone forzosamente la existencia de la premeditación; sin embargo, algunas resoluciones jurisprudenciales en nuestro país, han sostenido que la alevosía presupone la premeditación, y por unanimidad sostuvieron esta misma tesis durante largo tiempo, la doctrina y la jurisprudencia argentinas... (63).

(62). González de la Vega Francisco. Op.Cit., p.71.

(63). Soler Sebastian. Derecho Penal, Tomo III, p.30. En el mismo sentido, Eusebio Gómez. Op.Cit., p.46

I. PRIMERA FORMA ALEVE. Consiste en sorprender a alguien de improviso.

Esta forma de aleve es típicamente mexicana. El término de "improviso" se refiere al sujeto activo que sin haberlo previsto, ni preordenado, ni premeditado se aprovecha de una situación dada; por ello el término de improviso es aplicable más bien al sujeto activo, que haciendo uso de una situación ventajosa que se presenta sin haberla buscado, ataca a su enemigo sorprendiéndolo. El factor sorpresa, ya lo hemos dicho, es el sustrato común de todas y cada una de las formas alevos.

Al estudiar esta primera forma de alevosía, Alfredo Castro García incluye el estudio en ella del acecho y al mismo tiempo desarrolla sus equivalentes en las doctrinas italiana y francesa, es decir, el "aguato" y el "quet-apens" respectivamente, no creemos que sea correcto incluir el acecho y, por consiguiente, el aguato y el quet-apens, en esta primera forma de aleve.

En primer lugar esta primera forma aleve consiste en una acción de improviso sobre la víctima; es decir, no buscada, ni premeditada, sino sólo utilizada repentinamente, aprovechándola al presentarse. En cambio el acecho supone una acción de ocultamiento material de la persona que asedia a su víctima.

En tal virtud, será muy difícil que se presente la premeditación en esta forma de aleve; ya que tratándose de una forma de ejecución no buscada, ni preordenada, sino sólo aprovechada resultará muy difícil que pueda ser premeditada. Ya hemos visto que la premeditación presupone que la reflexión existe casi con simultaneidad a la acción, por lo que no se interpone el transcurso del tiempo necesario para que se integre la calificativa de premeditación.

En segundo lugar, la sorpresa intencional de la víctima es un medio del que se vale el agente instantáneamente y sin habérselo propuesto con anterioridad, es un medio de ejecución; la sorpresa de la víctima constituye un grado mayor de intensidad a la sorpresa normal que corresponde a toda acción que uno no espera; pero que puede esperar que suceda.

II. LA SEGUNDA FORMA ALEVE. Consiste en sorprender intencionalmente a alguien empleando asechanzas.

Aquí es necesario hacer una aclaración, la palabra asechanzas usada en el precepto legal, está escrita con "s" y no con "c", lo que ha creado una gran disquisición entre los autores debido a que en el Código Penal de 1871 se escribió la palabra con "s" y en cambio, el Código de 1929 lo hizo con "c" lo que hace variar notablemente su significado.

En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española, asechanza quiere decir engaño, artificio para hacer daño a alguien y asechar quiere decir poner o armar asechanzas. En cambio acechanza, significa acecho, quiere decir, espiar, observar, aguardar cautelosamente con algún propósito, mirar a escondidas y con cuidado.

Creemos que en esta segunda forma aleve de comisión del delito de homicidio puede abarcar tanto uno como el otro supuesto, esto es, tanto la asechanza como el acecho.

La asechanza implica la idea de usar engaño o artificios para dañar a alguien y se forma por el sin número de casos en los cuales por medio de engaño o artificios se lleva a alguien al mal, es decir, que los engaños o artificios no son sino un medio del cual se vale el delincuente para lesionar o matar a su víctima.

Generalmente los engaños o artificios presuponen la existencia de la premeditación, pero no siempre es así, ya que pueden darse casos, no del todo raros, en que sin haber antes reflexionado sobre el delito que se va a cometer, sino en una forma inmediata e instantánea a alguien se le ocurre matar o lesionar y viendo en el mismo momento la posibilidad de valerse de un engaño o artificio, sin esperar más, lo pone en el acto de ejecución.

Sin embargo, la forma clásica y más común de la alevosía la constituye el acecho. El acecho consiste en un espionaje, en la búsqueda y persecución cautelosa que efectúa el sujeto activo sobre su futura víctima; es la observación cautelosa de una persona con el fin de lesionarla o matarla.

"La asechanza, afirma González de la Vega, o la intencional sorpresa de improviso a la víctima, son procedimientos exteriores de ejecución, preparatorios del delito, que exponen a grave peligro al ofendido, porque la artera emboscada impide generalmente la natural reacción de la defensa"...(64). Esta actividad de búsqueda, de persecución cautelosa, muestra una gran peligrosidad en el activo del delito, ya que por un lado, impide al sujeto pasivo el conocimiento del ataque que sufrirá, y, por tanto, demuestra una grave cobardía y una tremenda falta de moralidad, pues no lo detiene el inmenso valor de la vida de un hombre sobre cualquiera que sean las causas que originaron su bárbara actividad.

Por regla general el acecho y la asechanza llevan insita la idea de la premeditación, pero no siempre sucede así; bien puede darse el caso de que una persona al ver accidentalmente a su enemigo y sin antes haber decidido matarlo o lesionarlo siquiera, decida matarlo al notar que en esos momentos se encuentra descuidado o por las circunstancias de ubicación, puede aproximarse sin ser notado o puede esconderse a la vera del camino por donde se acerca y, de inmediato, pone en ejecución lo que apenas ha pensado y decidido, en cuyo caso, aunque exista acecho, y se verifica el factor "sorpresa" en la víctima por lo inesperado del ataque, no existe igualmente premeditación. Sin embargo, como hicimos notar el acecho y la

(64). González de la Vega. Op.Cit., p.71.

asechanza, en la mayoría de los casos implican no sólo la premeditación, sino también, la maquinación de los medios, en tal virtud, ambos no son más que medios preparatorios de ejecución del delito.

Ya Carrara sostuvo que el acecho no siempre presupone la premeditación al afirmar que la mayoría de los códigos sostiene lo contrario y en el número 1167 de su Programa argumenta así: "entre aquél que después de haber premeditado matarme, me ataca abiertamente y aquél otro que me prepara un veneno o se agasapa debajo de mi lecho, intercede grandísima diferencia (dejando el punto de vista moral), desde el punto de vista político".

El acecho que entre nosotros es un forma de alevosía, ha adquirido cierta autonomía como calificativa en otras legislaciones. Entre los italianos recibe el nombre de "aguato", palabra que tiene su origen en la lengua española, es un adjetivo italianizado del verbo "agaitar, que significa vigilar, acechar. Esta acción presupone un ocultamiento material de la persona que vigila o espera escondida el momento oportuno para echarse encima de su víctima, repentinamente de improviso. Ya anteriormente hemos visto que el ocultamiento puede ser moral o material; el ocultamiento moral constituye el homicidio con prodición o proditorio de los italianos y equivale, como enseguida veremos, a nuestro homicidio con la calificativa de traición, se realiza cuando el enemigo esconde su ánimo hostil, bien sea simulando su amistad o bien disimulando su enemistad.

Carrara considera de las calificativas de prodición y acecho son inconciliables entre sí, que cuando hay ocultamiento de ánimo o moral debe haber manifestación externa y cuando se presenta ésta debe existir ocultamiento moral.

También considera Carrara que ni la prodición, ni el acecho presuponen la premeditación; en efecto, tanto una como el otro miran a la ejecución del delito, en tanto que la premeditación mira a la persistencia en el propósito criminal.

La alevosía para los franceses la denominan "guet-apens", y en la Ley Penal Francesa en su artículo 296, refieren que el asesinato se compone de dos elementos: la muerte de una persona después de que el agente obra con premeditación o guet-apens. La premeditación y el guet-apens, aunque esenciales a la constitución de asesinato, no son más que circunstancias agravantes de la muerte. El artículo 298 de la misma Ley define el asesinato en los siguientes términos; "consiste en esperar más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, a un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer sobre él actos de violencia".

La palabra guet-apens es una palabra compuesta, guet significa vigilancia, centinela y el verbo "spencer" que quiere decir pensar; por tanto podemos decir que su significado gramatical es pensar en vigilar a alguien. El guet-apens es de origen germánico, nos dice Garraud, y se refiere a la ejecución de un crimen, no es más que una forma de premeditación; por ello, la Corte de Casación de Francia ha anulado varios fallos que habían sostenido la existencia del guet-apens sin existir, a la vez, el concurso de la premeditación ... (65).

III. LA TERCERA FORMA ALEVOSA.- Consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso empleando cualquier otro medio que no le de lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer.

Esta tercera forma de alevosía es de contenido muy amplio, ya que deja la puerta abierta para calificar como alevoso el empleo de cualquier medio distinto de los comprendidos en las dos primeras formas alevosas con tal que reúna el requisito principal de la alevosía: la sorpresa intencional de la víctima. Se requiere además en esta tercera forma que el ataque sea de tal naturaleza que deje estado de indefensión al sujeto pasivo del delito.

(65). Garraud R. Op.Cit., Vol.V, p.207.

Por regla general, también en este caso, existirá premeditación más no siempre; ya que no se puede descartar la idea de casos en que se den todos los requisitos de, la alevosía sin mediar la premeditación.

LA TRAICIÓN. La traición como calificativa de el delito de homicidio ha sufrido una transformación muy grande. En las siete Partidas la traición y la alevosía fundada su distinción en la calidad del sujeto pasivo. En efecto, se reserva la traición para aquellos casos en que el sujeto pasivo es el Rey , Reyno o Estado.

Vilanova, autor citado por Alfredo Castro García distinguió la alevosía y la traición diciendo que "la primera es la muerte de persona particular de improviso, sin recelo ni defensa y ser la segunda impulso contra el Rey, Reyno o Estado"...(66).

Por tanto, el concepto de las Siete Partidas es completamente mayestático en relación a la traición y el devenir de los tiempos lo transforma de un quebrantamiento de la lealtad y la fe debida al rey triunfante, en un quebrantamiento de la fe o seguridad habida o debida a persona del mismo rango.

Siguiendo este importante cambio de ideas sobre la traición, ha sido definida en forma invariable en nuestra legislación positiva, en el artículo 319 del Código Penal Vigente la define en los siguientes términos: "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 aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza".

(66). Castro García Alfredo. Op.Cit., p.177.

De este concepto legal aparece que la calificativa en estudio requiere de dos elementos para su integración:

a) La existencia de la alevosía en cualquiera de sus formas, y.

b) La existencia de la perfidia que reviste dos formas: una consiste en la violación de la fe o seguridad que expresamente se había prometido a la víctima y la otra que se realiza cuando se viole la fe o seguridad tácita que la víctima debía esperar por ciertas relaciones que inspiran confianza.

A diferencia de nuestra legislación positiva algunos códigos no definen la calificativa de traición o sus equivalentes, prodición o perfidia, lo que da origen a graves problemas y divergencias de interpretación. Por ello Martínez de Castro en la Exposición de Motivos al Código Penal de 1871, funda la necesidad de reglamentar las calificativas de alevosía en los siguientes razonamientos: "Las circunstancias de que el delito de heridas y homicidio se cometa con alevosía o a traición, son de la más alta importancia, porque agravan de tal modo la criminalidad del delincuente, que de la existencia de ellas ha dependido siempre que se aplique la mayor pena de las establecidas en las leyes. Parecería, pues, natural que las españolas hubieran aplicado con la mayor precisión y claridad en que consisten esas dos circunstancias; pero no lo hicieron así; y antes bien es tal la confusión que en ellas y en sus expositores se nota en este punto, que nada se puede sacar en limpio. De ahí viene que en la práctica de nuestros tribunales se castigue como alevoso a todo aquel que mata fuera de rifa, y que habiendo ésta, se tiene como caso probado que no existió Alevosía. Estas dos proposiciones son falsas y de funestas trascendencias, si se toman en toda su extensión, porque bien puede

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

sucedier que en riña se cometa un homicidio con alevosía o a traición y que falten estas dos calificativas en otro ejecutado fuera de riña, y entonces se cometerá un verdadero atentado imponiendo la pena de alevosía en el segundo caso, y dejando de aplicarla en el primero. Para que así no suceda en adelante, se han definido con toda claridad las circunstancias mencionadas siguiendo las doctrinas de Renazzi y Julio Claro que están en consonancia con lo que asentó Livinston en el Código de Luisiana"... (67).

La doctrina Italiana distinguió claramente el acecho (forma de alevosía) de la prodición, aunque ambas tienen una característica común, consistente en la insidia que no es otra cosa que un ocultamiento y éste puede ser de persona o de instrumentos. Existe ocultamiento moral cuando el enemigo ha escondido el ánimo hostil simulando amistad o disimulando la enemistad. Contra el enemigo que nos asalta amenazante podemos ponernos en guardia y alcanzar a defendernos; pero contra el enemigo que se acerca a nosotros con la sonrisa en los labios es imposible tutelarlos". En ello radica la importancia de la presente calificativa... (68).

La mayoría de los autores sostiene que, aún cuando, el homicidio o las lesiones con prodición generalmente van acompañados de premeditación, hay, sin embargo casos en que existiendo la prodición hay ausencia de premeditación.

Concluycno podemos afirmar con González de la Vega que la calificativa de traición no es más que "una forma más alevosa de la alevosía, una supercalificativa". Una circunstancia eminentemente personal es la que integra la exterioridad de la presente calificativa: el quebrantamiento de la lealtad o de la fe debida; pero no se agota el concepto de traición, en su exterioridad con esa circunstancia personal, pues si a ésto se redujera, bastaría la

(67). Carrara, Francesco. Op.Cit., prog. no.1160.

(68). Carrara, Francesco. Op.Cit., prog. no.1161.

existencia de la relación que implique confianza para que se considerara el delito de homicidio cometido a traición. Con este criterio tan amplio, la muerte producida entre familiares o amigos serían siempre delitos proditorios y lo mismo podría afirmarse de los cometidos por un conyuge contra el otro. Sin embargo, el problema de la traición, como calificativa requiere no solamente de recurrir a la alevosía, sino también a la perfidia y la perfidia consiste en el uso del lazo afectivo o de situación que inspire confianza, como medio para la ejecución del delito.

Podemos decir que, aunque el superior puede esperar del inferior, además la sujeción, cierta lealtad y que un conyuge espera del otro cierto respeto y fidelidad pudiéndose decir otro tanto de la situación de los parientes y de sus amigos, esa circunstancia por sí sola, no entraña que el homicidio cometido por el inferior contra el superior, de un conyuge contra el otro, de un amigo contra otro entrañen fatalmente la calificativa de traición; pues para que se verifique ésta es absolutamente necesario que el lazo afectivo violado, sea cual fuere, se utilice como medio para la perpetración del delito.

El homicidio a traición presupone la insidia que es la que integra el delito alevoso; pero el empleo del modo o medio de ejecución que no le da lugar al agredido a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer, está facilitado por la perfidia de que se vale el agente, violando la fe o seguridad que expresamente habla prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza". Esta perfidia implica en última instancia una alevosía más refinada y más peligrosa para el sujeto pasivo que no tiene ninguna oportunidad de defenderse.

CAPITULO 5.

ANALISIS DE LAS AGRAVANTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

- 5.1. VALORACION DE LA PRUEBA.
- 5.2. LAS AGRAVANTES EN LA AMERIGUACION
PREVIA Y EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

CAPITULO 5.

ANALISIS DE LAS AGRAVANTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Ahora entramos a el último capítulo de esta presentación de tesis, en el cual abordaremos a las calificativas ya referidas en el desarrollo de la misma, pero desde el aspecto o punto de vista del Procedimiento Penal, primeramente analizaremos la prueba y el valor que se le da, para pasar a las agravantes en el aspecto de la Investigación Previa para finalizar retornaremos a las calificativas pero desde el punto de vista del Procedimiento Penal.

5.1. VALORACION DE LA PRUEBA.

En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas, con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

El objeto de la prueba son los hechos sobre los cuales versa la prueba misma, en tanto que la carga de la prueba es la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes proponga y proporcione los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones de hecho, por otro lado el procedimiento probatorio es la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial.

Los sistemas consignados en la legislación para que los jugadores aprecien o determinen el valor de las pruebas practicadas es lo que se conoce Sistemas de Valoración de la prueba.

En relación con el Proceso Penal se debe aclarar que la Constitución de 1917, a pesar de que trato de reconocer de la manera mas completa los derechos fundamentales del inculpado, no recogio expresamente el principio fundamental del in dubio pro reo, si bien

una interpretación amplia del artículo 14 Constitucional podría conducirnos a la conclusión de que una de las formalidades esenciales del procedimiento exigidas por tal precepto consiste, precisamente, en el respeto del principio de que, en caso de duda debe absolverse al inculpado. Este principio impone la carga de la prueba de los hechos delictuosos y de la participación y responsabilidad del inculpado al Ministerio Público.

Por otro lado, este principio no ha sido desarrollado en forma enteramente clara y coherente por la legislación ordinaria ni por la jurisprudencia. El artículo 247 del Código de Procedimientos Penales establece que, en caso de duda, debe absolverse al inculpado, y que no podrá condenarse al acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha limitado el alcance del artículo 247 del C.F.P., pues ha sostenido, por un lado, que el "estado de duda que implica la obligación legal al absolver al acusado, solo produce efectos cuando la duda racionalmente fundada recae respecto a si el acusado cometió o no el delito que se le imputa", pero si se refiere a la existencia de "circunstancias eximentes de responsabilidad" la duda no debe producir la absolución, sino la condena, por otro lado la propia Suprema Corte de Justicia se ha negado a revisar la aplicación del principio in dubio pro reo, con el argumento de que el "problema de la duda sobre si el acusado cometió o no el delito que se le imputa, es de la competencia de los tribunales de instancia y no de los de amparo, que sólo califican la constitucionalidad de los actos reclamados"... (67).

El artículo 248 del Código de Procedimientos Penales establece que la carga de la prueba se atribuye a la parte que afirma y no a la que niega, salvo que su negación sea contraria a alguna presunción legal o envuelva la afirmación expresa de un hecho. Esto significa que a través de las presunciones legales se puede invertir la carga de la prueba en contra del inculpado, cuando niegue algún hecho que la ley presuma.

(67). Tesis 99 y 100 del apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1971-1985, segunda parte, Primera Sala, p.216 y 218.

La prueba es un elemento esencial del juicio, porque en los juicios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos en que los litigantes fundan sus pretensiones, y por otra, la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados por ellos.

Los medios de prueba en el derecho procesal, son todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en el ánimo del juez certeza sobre los puntos en que se señala la responsabilidad sobre los inculpados.

En los ordenamientos procesales mexicanos los sistemas de apreciación probatoria han sido acogidos de cuatro formas distintas y de estos sistemas nos ocuparemos enseguida.

a) El sistema de la libre apreciación, que consiste en dejar en libertad a los tribunales, tanto para determinar cuales son los medios de prueba como respecto de la eficacia probatoria de los mismos así como la manera de producirlos. En México, por el contenido del artículo 16 constitucional, implica siempre el deber de motivar la valoración de cada uno de los medios de prueba.

b) El sistema de la prueba tasada, que es el contrario del anterior. En él, la ley fija los únicos medios de prueba que pueden hacer valer las partes y la eficacia misma de ellos. El Código de Procedimientos Penales tasa el valor probatorio de casi todos los medios de prueba, en tanto que el Código Federal de Procedimientos Penales deja a la libre apreciación del juzgador la mayor parte de ellos y en su artículo 265 les confiere el valor de meros indicios incluso a la confesión.

c) El sistema mixto de valoración de la prueba que es una combinación del sistema de la libre apreciación y el sistema tasado, aunque regularmente con cierto predominio de este último y que es seguido por el Código de Procedimientos Penales (artículos 246 al 261); también por el Código Federal de Procedimientos Penales (artículos 279 al 290).

d) Por último, para la valoración de las pruebas es aquél que deja a la conciencia de los jueces o jurados descidir sobre las cuestiones de hecho, el Código de Procedimientos Penales lo contempla en sus artículos 349, 369 y 373 y el Código de Procedimientos Penales Federal lo maneja en sus artículos 330, 336 y 339. Este sistema es denominado de la libre convicción, que permite también la libre apreciación pero sin el deber de motivarla. Los jurados sólo responden al interrogatorio que sobre los hechos objeto de proceso les formula el juez, en funciones de presidente de debates, y se limita a responder votando afirmativamente o negativamente a cada una de las preguntas del interrogatorio sin que se les exija que motiven sus respuestas.

Ahora bien, la valoración de las pruebas a nivel del proceso penal lleva aparejada la sanción, y para hablar al respecto es menester señalar las directrices legales en relación con la comunicabilidad de las calificativas y para ello hablaremos de los artículos 53 y 54 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

ARTICULO 53. "No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito".

A primera vista, el artículo 53 no comprende norma alguna específicamente relacionada con el tema; sin embargo debe tenerse en cuenta que alude a inculpable ignorancia en relación con "circunstancias particulares del ofendido" que determinen lo que la ley llama "el aumento de gravedad". En esta norma específicamente se consigna lo que los concedores del Derecho denominan la problemática

del error, y según lo que al respecto se enseña, para que haya inculpabilidad se requiere que el error sea esencial y además insuperable. El error será esencial cuando no hay coincidencia se refiere a la tipicidad de la acción, o bien, a las condiciones en que se actúa. El artículo 53 del Código Penal habla de inculpable ignorancia sobre circunstancias particulares del ofendido que determinen el aumento de gravedad, y significa que la ignorancia en cuestión no vuelve inculpable la conducta, sino legalmente imposible la agravación de la pena. En realidad este dispositivo tiene aplicación únicamente para agravantes específicas, como las que comprenden los artículos 189, impropriadamente llamado delito contra funcionario, y el 300, referente al aumento de la penalidad en el caso del delito de Lesiones, cuando el ofendido sea ascendiente del autor de las mismas. Es decir, si alguien inculpablemente ignora la condición de funcionario de una persona y comete un delito en contra de ella cuando está en ejercicio de sus funciones, o con motivo de ellas, responderá únicamente por el delito en cuestión, pero no habrá lugar a la agravante que contempla el artículo 189. Otro tanto debe decirse en relación con el descendiente que lesiona al ascendiente, pero ignora inculpablemente el parentesco. Quedan fuera del alcance del dispositivo los tipos agravados, porque si se es partícipe en un parricidio, el desconocimiento del lazo de parentesco por parte de uno de los varios autores, resulta intrascendente.

Como corolario de lo antes dicho resulta que el conocimiento de las particulares circunstancias del ofendido, permite la agravación y, si hay partícipes, tal agravación será comunicable si media el conocimiento a que alude la ley.

ARTICULO 54. "El aumento o la disminución de la pena fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se fundan en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas".

Del primer párrafo del precepto legal que acabamos de transcribir se desprende que son comunicables las calificativas de carácter preponderantemente objetivo independientemente del conocimiento que se tenga al respecto. Como a virtud de su propia estructura las calificativas de ventaja y alevosía tienen un carácter preponderantemente objetivo, aún cuando desde luego tienen un elemento subjetivo, alevosía y ventaja son comunicables aún cuando no se intervenga en la material ejecución del homicidio.

En el segundo párrafo, atendiendo al texto debemos afirmar que las calificativas de carácter preponderantemente subjetivo y que son la premeditación y la traición, no son comunicables automáticamente; lo serán tan sólo cuando se tiene conocimiento de las mismas.

EL ERROR ACCIDENTAL EN LAS CALIFICATIVAS.

Para concluir el presente capítulo, es conveniente analizar el error accidental en relación con las calificativas. Es oportuno recordar que el error accidental consiste en la no coincidencia entre la voluntad y el resultado, a virtud de un defecto en la fase de ejecución del delito o en la fase de representación, por lo que se refiere a la identidad del sujeto pasivo. Por ello, se habla de error en el golpe llamado antiguamente "aberratio ictus" refiriéndose al primer caso y error en la persona, que se llamo "error in personam", en el segundo. Por regla general, el error accidental no puede modificar la gravedad del delito; sin embargo, es necesario hacer un análisis del mismo en relación con las calificativas.

EL ERROR ACCIDENTAL Y LA PREMEDITACIÓN. Celestino Forte Petit nos dice que al respecto existen dos corrientes: Una en el sentido de que el error accidental no anula la premeditación y la otra, que sostiene que dicho error origina la inexistencia de la misma. Inclinandose este autor por la corriente que sostiene que el error no altera la premeditación, ya que la "ley ampara la vida humana, no la de determinada persona, y por un error no queda abolida la voluntad deliberada del homicidio"...(70).

Estamos de acuerdo con Forte Petit, pero la verdadera razón es que el tipo no se modifica por una circunstancia accidental en la fase ejecutiva del delito o en el proceso representativo del autor del mismo. Desde el punto de vista técnico la razón fundamental para sostener que en el caso de la premeditación no desaparece la calificativa, cuando a virtud de un error accidental se priva de la vida a persona distinta a aquella cuya muerte se medita, es la consideración de que la premeditación se refiere al tipo, es decir, hay premeditación respecto a la conducta por ejecutar y es lo que interesa al Derecho, puesto que la calificativa tiene como razón de ser la acentuada peligrosidad del activo al meditar en forma continua la ejecución del delito.

(70). Forte Petit Candaudap Celestino. Op.Cit., p.126.

Es cierto que tal premeditación tiene por lo general motivos personales en contra del pasivo, pero el Derecho atiende primordialmente a la contradicción originaria al deber de comportamiento psicológico.

Por lo que respecta a las formas fictas de premeditación, también puede presentarse el error accidental; pero no creemos que pueda producir la inexistencia de la forma ficta de premeditación ya que en todos esos casos basta con que se integre el tipo calificativo por la forma o por el medio de ejecución, para que exista como tal, sin importar que el sujeto pasivo sea distinto, en virtud de una no coincidencia entre la voluntad y el resultado, sea por un error de representación del sujeto activo sea por un error en la fase ejecutiva del mismo delito.

EL ERROR ACCIDENTAL Y LA VENTAJA. Consideramos que la ventaja tiene un carácter preponderantemente objetivo, consistente en una superioridad tal del sujeto activo sobre su víctima, que aquélla no corra riesgo alguno de ser muerta o herida y con conocimiento de esa circunstancia, el error accidental puede en algunos casos provocar la inexistencia de dicha calificativa, en atención a que la calidad del sujeto puede provocar que en el activo del delito existe algún riesgo. Piensese en el caso de que se pretende matar a Fedro que es pésimo en el manejo de armas y por un error en el ejecutor del delito, la acción lesiva, es dirigida contra Juan que es el campeón de tiro al blanco. La razón de que puede desaparecer la calificativa de ventaja ante el error accidental, está en que de acuerdo a la destreza, fuerza física o habilidad del sujeto pasivo en el manejo de las armas, puede existir mayor o menor peligro para el sujeto activo o incluso no correr ningún riesgo, supuesto que es necesario para que exista la calificativa de ventaja.

EL ERROR ACCIDENTAL Y LA ALEVOSIA. También en este caso el error accidental puede presentarse, pero creemos que no es factible que llegue a modificar la presente calificativa, ya que el elemento esencial de la misma es la sorpresa que produce en la víctima un ataque inesperado con intención lesiva, por lo que basta que exista dicha circunstancia para que se produzca la calificativa sin importar que el sorprendido sea un tercero, en virtud de un error accidental.

EL ERROR ACCIDENTAL Y LA TRAICION. Como la calificativa de la traición consiste en usar la perfidia en la comisión del delito de homicidio, cosa que exige que exista previamente la calificativa de alevosía, el error accidental puede hacer que no resulte violado el lazo afectivo; en tal supuesto, podemos afirmar que al presentarse este error puede hacer que desaparezca la calificativa en cuestión. Es conveniente pensar, a manera de ejemplo, el caso de aquél que lleva a su amigo a una emboscada valiéndose al mismo tiempo del lazo afectivo o amistoso que los une, pero por un error del que va a ejecutar el delito, resulta lesionado o muerto un tercero que no tiene porque confiar y con quien no se había usado el engaño; en este supuesto, no hay violación del lazo afectivo y por ende no puede existir la traición en la acepción técnica de la calificativa.

5.2 LAS AGRAVANTES EN LA AVERIGUACION PREVIA Y EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

LA AVERIGUACION PREVIA, que se inicia generalmente con la noticia del hecho criminal que se aporta a la autoridad por medio de la denuncia o de la querrela, en su caso, se ventila íntegramente ante la autoridad del Ministerio Público. La denuncia es una transmisión de conocimiento sobre la probable existencia de delitos perseguibles de oficio. La querrela asocia a esta participación de conocimientos, la expresión de voluntad para que se proceda en el caso de delitos que sólo es posible perseguir a instancia de un particular legitimado para formularla. Uno y otro son requisitos de procedibilidad.

El Ministerio Público debe acreditar los extremos que le conduciran en su momento, al ejercicio de la acción penal ante los tribunales. La averiguación previa contempla la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad que en este hubiera tenido el inculpaado.

El Ministerio Público posee muy amplias facultades para el desempeño de sus tareas de averiguación previa. Las diligencias que ante él se realizan ajustadas a la ley procesal, poseen valor probatorio pleno, en este periodo, la actividad del Ministerio Público puede desembocar en el ejercicio de la acción penal, bajo el acto denominado de "consignación", o en el no ejercicio de la Acción Penal mediante el denominado "archivo de la averiguación". Una resolución intermedia es la de "reserva", que constituye solamente la suspensión de práctica de diligencias hasta que nuevos elementos permitan su continuidad.

La averiguación previa es una preparación para el ejercicio de la acción penal en virtud de que se practican las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material que es la verdad histórica.

La averiguación previa como primera etapa del procedimiento penal para determinar la consignación o el no ejercicio de la acción penal requiere haber integrado la misma con el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad; la averiguación previa tal como está concebida actualmente, tiene todas las características del procedimiento inquisitorio, pues es escrito, secreto, unilateral, no contradictorio, sin derecho real a la defensa, ni de intervención del defensor en las diligencias que practique el funcionario encargado de ellas, con incomunicación parcial de los detenidos hacia el exterior.

Ahora bien, las calificativas en la averiguación previa quedan especificadas en el pliego de consignación pero en forma genérica basándose el Ministerio Público en el hecho material delictivo, en las declaraciones del o los inculcados, del o los denunciantes, testigos presenciales de los hechos y reuniendo elementos que permitan presumir la presunta responsabilidad del o los indiciados, pero en ningún momento el Ministerio Público pone de manifiesto en su pliego de consignación que conducta realizó el ofendido y el o los indiciados para señalar en que momento concurre tal o cual calificativa, la diferencia tajante entre lo que suele llamarse probanza procesal, también calificada de probanza en la Averiguación Previa, se precisa teóricamente en el hecho de que dentro del proceso se confirman las afirmaciones de pretensión punitiva, en tanto que durante la averiguación previa se constituyen e integran los tipos delictivos contemplados en la ley penal.

En nuestra opinión particular, el Ministerio Público, como agente investigador en la averiguación previa debe cumplir con sus funciones de integrador de la presunta responsabilidad y del cuerpo del delito con más profesionalismo, para que toda su actividad desarrollada en esta etapa no se vea deteriorada o afectada en el proceso penal.

EL PROCEDIMIENTO PENAL . Por principio es menester señalar la determinación específica del procedimiento penal por cuanto respecta a su función dentro del Derecho Penal. Así pues, el Estado en su empeño por lograr la buena vida comunal, no agota su actividad en el quehacer de las definiciones abstractas, esto es, emitiendo o tipificando delitos y sanciones, sino que intenta que estas tengan proyección histórica al hacerlas vivir en los casos concretos, determinando si una conducta engasta o cae en alguna definición prohibitiva, para aplicar la medida correspondiente. Dicho lo anterior en otros terminos; el Estado, para mantener la armonía social establece, en primer lugar, de manera abstracta, definidora o enunciativa , que actos son delitos y cuales son las sanciones correspondientes y, en segundo lugar, hace vivir en los casos concretos que presenta la vida, las abstracciones citadas, es decir, a la existencia de un delito le aneja la sanción correspondiente. En síntesis, lo anterior deja ver con claridad que el Estado tiene como primer trabajo, el desarrollo del procedimiento penal.

Reuniendo todos los datos a que se ha hecho referencia se puede definir el Procedimiento Penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.

De la definición anterior encontramos los siguientes elementos:

- a) Un conjunto de actividades.
- b) Un conjunto de preceptos, y
- c) Una finalidad.

a) Un conjunto de actividades lo forman todas las actuaciones realizadas por las personas que en concreto intervienen para que se determine la aplicación de la ley penal a un caso particular.

b) El conjunto de preceptos se integra con las reglas que dicta el Estado para regular las actividades anteriores y en su totalidad constituyen lo que puede llamarse Derecho de Procedimientos Penales, abarcando estos preceptos la reglamentación no sólo de los actos que se realizan en el llamado proceso, pues también comprende la de aquéllos que se llevan a cabo por o ante el órgano jurisdiccional y que no están dentro de lo que técnicamente puede llamarse proceso.

c) Por último, la finalidad buscada se ubica en reglamentar las actividades a que nos hemos referido, a efecto de lograr la aplicación de la ley al caso concreto.

El maestro Juan José González Eustamante en sus principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, manifiesta que "el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal"...(71).

En las presentes circunstancias percibimos tres momentos en que se ha dividido el procedimiento; el primero, en que la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional; el segundo, en el que la autoridad judicial, antes de

(71). Juan José González Eustamante. "Derecho procesal penal mexicano". 2da.ed. p.25. Op.Cit. Rivera Silva. "El procedimiento penal". 5a.ed. Edt.Porrúa, 1970, p.39.

abrir un proceso, busca la base del mismo, mediante la comprobación del cuerpo del delito y de la posible responsabilidad; y el tercero en el que habiendo base para un proceso, se abre éste y las partes aportan los medios probatorios y el juez resuelve. Ahora tratemos de hacer un estudio general de los periodos que conforman el procedimiento.

Primer Periodo: De preparación de la acción penal. Este primer periodo se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación. En otros términos, principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho delictuoso y termina con el acto con el cual el Ministerio Público solicita la intervención del organo encargado de la aplicación de la ley. El contenido de la preparación de la acción procesal, es llenado por un conjunto de actividades realizadas por y ante un organo especial que es el Ministerio Público y la Policía Judicial y debidamente reglamentados en el capítulo propio.

Segundo Periodo. De preparación del proceso. Este periodo principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión. Se inicia con la primera actividad que ejecuta el organo jurisdiccional una vez que tiene conocimiento de la consignación y termina con la resolución que sirve de base al proceso. La finalidad de este periodo es comprobar la presunta responsabilidad y la comisión del delito de un delincuente.

Tercer Periodo. El proceso. Para su mejor entendimiento se divide de la siguiente manera: I.-Instrucción; II.-Periodo preparatorio del juicio; III.- Discusión o audiencia, y IV.- Fallo, juicio o sentencia.

I. La Instrucción principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. El fin que se persigue en la instrucción es averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpa- dos.

Al periodo instructorio lo divide el llamado auto que declara "agotada la averiguación que se dicta cuando el juez, estimando que ya no hay diligencias por practicar, hace un llamado a las partes para que promuevan las pruebas que estimen se deben desahogar. Así pues, el auto que declara "agotada la averiguación" no cierra la instrucción, pues todavía viene la última etapa en la que las partes ofrecen pruebas que puedan desahogarse en el término de quince días.

II. El periodo preparatorio a juicio, principia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia. Este periodo tiene como finalidad que las partes precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, que el Ministerio Público precise su acusación y el inculpa- do su defensa. El contenido de este periodo se encuentra en la formulación de las llamadas "conclusiones", los escritos en que cada una de las partes determina su postura.

III. El periodo de audiencia abarca, como su nombre lo indica, la audiencia. Tiene por finalidad que las partes se hagan oír del órgano jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el periodo preparatorio a juicio. El contenido de este periodo es un conjunto de actividades realizadas por las partes ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, pudiendo éste intervenir en algunas ocasiones.

IV. Por último, el fallo abarca desde el momento en que se declara "visto" el proceso, hasta que se pronuncia sentencia.

Su finalidad es la de que el órgano jurisdiccional declare el Derecho en el caso concreto, valorando las pruebas que existen. Su contenido es la llamada sentencia a la cual precede, en los tribunales colegiados, el proyecto de sentencia.

Ahora bien, las calificativas en el Procedimiento Penal deben quedar especificadas en el primer periodo o instrucción, posteriormente se ventilaran nuevamente en el segundo periodo preparatorio a juicio, para finalmente ser consideradas una a una en el periodo de audiencia que es el tercer periodo, por lo que respecta al cuarto y último periodo, el fallo o sentencia quedara agotado por cuanto a las calificativas en el momento que el órgano jurisdiccional al aplicar el derecho delimita concretamente en que momento y con que conducta se reunieron los elementos descritos por el precepto legal y emitir la sanción aplicable al caso concreto.

En la Averiguación Previa, el Ministerio Público se encarga de reunir el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, y concatena también los elementos necesarios para tipificar una conducta delictiva con agravantes como lo es el homicidio calificado. Ya en el procedimiento penal, el Ministerio Público adscrito al juzgado penal tendrá como función determinante agotar los elementos que aporco o reunio el Ministerio Público de la Averiguación Previa, y en tanto mejor desenvolvimiento de comprobación de dichos elementos aportados, se obtendra una mejor aplicación del derecho por cuanto hace a las sanciones para de alguna manera dejar evidencia de la presencia del Estado como un ente protector del bienestar social.

CONCLUSIONES.

Puede afirmarse al través de la consideración de la estructura de las calificativas en el Derecho Penal Mexicano, tal, como aparecen en el código sustantivo para el Distrito Federal, que la calificativa por antonomasia es la ventaja. Fuera del caso de la premeditación en sentido propio, en todos los demás casos de premeditación ficta por los medios, en la ventaja tal como aparece consignada en la ley, en la alevosía y sobre todo en la traición, el pasivo se encuentra en manifiesta situación de inferioridad. La premeditación ficta por los móviles y la premeditación en sentido propio pueden ser considerados como síntomas de mayor peligrosidad, pero si el porque del aumento de la penalidad en las calificativas está en que son formas de ejecución que repugnan profundamente a la moralidad al dejar a la víctima en condiciones de inferioridad en relación con el ofensor, podemos decir que la idea de ventaja preside la mayoría de las calificativas.

En lo que se refiere a la comunicabilidad insistimos en las que son de carácter preponderantemente objetivo, se comunican automáticamente, ya que aún cuando no se haya participado en la ejecución material del homicidio, el partícipe se coloca dentro del marco objetivo de su ejecución. En cambio, en las calificativas preponderantemente subjetivas, el partícipe que no intervino en la ejecución y que desconocía las situaciones particulares preexistentes a la ejecución del delito y que son propias del ejecutor material, no tienen por que comunicarse. Se reprocha la ejecución del acto en las circunstancias objetivas en que se consuma, pero no puede atribuirse las situaciones subjetivas del ejecutor material porque son propias del mismo aún cuando si las objetivas.

De esta manera llegamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Del examen de las calificativas, se llega a la conclusión de que la calificativa por excelencia es la ventaja, dado que se encuentra latente en todas las demás en su aspecto llano, no técnico, exceptuando en la premeditación-meditación.

SEGUNDA. La premeditación-meditación es la que ofrece la menor gravedad de todas las calificativas cuando no va acompañada de otra circunstancia, ya que su única agravación consiste en mantener la decisión criminosa durante un espacio de tiempo más o menos largo.

TERCERA. La distinción entre la tercera forma de ventaja y la última de la alevosía resulta clara: siendo la característica de la ventaja, la ausencia de peligro por parte del autor material, siempre que se de este supuesto existirá la calificativa en cuestión; pero cuando vaya acompañada de sorpresa en la víctima, existirá alevosía únicamente.

CUARTA. La traición dentro de nuestra estructura legal, siempre presupone a la alevosía; sin embargo, teóricamente pueden presentarse casos de traición sin la presencia de la alevosía.

QUINTA. Las calificativas que tienen carácter preponderantemente objetivo se comunican a los partícipes; en cambio, las calificativas que tienen un carácter más bien subjetivo, solo se comunican cuando existe conocimiento de las mismas por parte de los participantes.

SEXTA. El error accidental, por regla general no modifica las calificativas, en atención a que éstas se refieren al tipo y aquél a la fase ejecutiva del delito o a la representativa del mismo, en cuanto a la identidad del sujeto pasivo. Sin embargo, el error accidental puede hacer que desaparezca la ventaja en algunos casos, y en cuanto a la traición, ni siquiera es factible que pueda presentarse esta clase de error.

SEPTIMA. El Ministerio Público debe ocuparse en el examen de la personalidad del imputado y de la víctima, para que desde la Averiguación Previa se forme un patrón de conducta delictiva del primero y en la segunda se le brinde un mayor apoyo como sujeto pasivo.

OCTAVA. Para una mayor tranquilidad social es necesario perfeccionar los métodos de investigación que al mismo tiempo que respeten las garantías individuales, consigan resultados más eficientes.

NOVENA. El Ministerio Público debe depurar su actividad investigadora para establecer con mayor objetividad posible la conducta atípica o delictiva sobre la cual determinara el Ejercicio de la Acción Penal.

DECIMA. El Ministerio Público como autoridad administrativa al ejercitar acción penal debe hacerlo teniendo debidamente reunidos el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad para que su investigación integrada no resulte afectada dentro del proceso, sino que sirva de base para lograr la sanción acorde a la conducta delictiva.

DECIMA PRIMERA. El procedimiento penal es el medio al través del cual y dentro de cada una de sus etapas va desarrollando y comprobando los elementos que sirvierón de base para el ejercicio de la acción penal, cuya finalidad es la de sancionar un hecho punitivo, y respecto al delito de homicidio, el privar de la vida a un ser humano que independientemente de la personalidad de ese ser humano, no existe hasta ahora ni debe existir derecho alguno para privar de la vida a un semejante y por ello la conducta delictiva debe ser punible conforme a nuestro código sustantivo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Carrara Francesco. "Programa de Derecho Penal".Parte Especial.Vol.I,3a.ed.,Edit.Temis Bogota,Buenos Aires,1957.
- 2.- Carranca y Trujillo Raúl."Derecho Penal Mexicano".Parte General.10a.ed,Edit.Antigua Libreria de Robledo,S.A.,México,1972.
- 3.- Carranca y Trujillo Raúl."Código Penal Anotado".Edit.Forrúa,México,1983.
- 4.- Castro García Alfredo."Ensayo Sobre las Calificativas en los Delitos de Lesiones y Homicidio".México,1951.
- 5.- Costa Estefano."Contributo a la Doctrina de la Premeditacione.Parte I. 1928.
- 6.- De Mersico."Relación al Rey sobre el Proyecto Definitivo".
- 7.- Enciclopedia Juridica OMEBA.Tomo VI.Edit. Bibliografica Argentina,ed. 1967.
- 8.- Garraud R. "ThaiteThéorique et pratique du Droit Penal Français". 3a.ed,Edit.Lib.de la société du Recueil Sirey,Paris 1913-1924.
- 9.- González Eustamante Juan José. "Derecho Procesal Penal Mexicano".2a.ed.México.
- 10.- González de la Vega Francisco."Derecho Penal Mexicano" Edit. Forrua. México,1968.

- 11.- Gómez Eusebio."Tratado de Derecho Penal".Tomo II.Compañia Argentina de Editores,Buenos Aires,1939.
- 12.- Instituto de Investigaciones Jurídicas,Diccionario Jurídico Mexicano.Vol.I.Edit.Porrúa,3a.ed.México,1989.
- 13.- Iureta Goyena."El delito de Homicidio".citado por Castro Garcia,Op.Cit.
- 14.- Jiménez Huerta Mariano."Derecho Penal Mexicano".Parte Especial.Tomo II.Edit.Antigua Librería de Robledo,México,1958.
- 15.- Macedo S.Miguel."Trabajos de Revisión".Tomo IV. Impresoras de Estampillas,México,1914.
- 16.- Ortiz Tirado Jose Ma."Apuntes del 2o.Curso de Derecho Penal". U.N.A.M.
- 17.- Forte Fetit Celestino."Dogmática de los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal". 2a.ed.Edit.Jca.Mexicana.Mex.1969.
- 18.- Rocco. "Relación al Rey Sobre el Proyecto Definitivo".
- 19.- Soler Sebastian."Derecho Penal".Tomo III.2a.ed.Parte Especial. Edit.Argentina,Buenos Aires.1963.