



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Aragón

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS AGRAVANTES
DE ALEVOSIA Y VENTAJA EN LA LEGISLACION
PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAUL VALERIO RAMIREZ

San Juan de Aragón, Estado de México 1993.

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.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS AGRAVANTES DE ALEVOSIA Y VENTAJA
EN LA LEGISLACION PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
ASPECTOS GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO.	
A.- Definición del delito.....	4
B.- Análisis de los elementos del delito.....	7
C.- El tipo penal.....	48
CAPITULO II	
LA CALIFICATIVA DE ALEVOSIA:	
A.- Evolución histórica y definición del concepto	59
B.- En el Derecho Penal Mexicano.....	67
C.- Análisis Dogmático.....	70
CAPITULO III	
LA CALIFICATIVA DE VENTAJA.	
A.- Evolución histórica y definición del concepto	77
B.- En el Derecho Penal Mexicano.	80
C.- Análisis dogmático.	90
CAPITULO IV	
ASPECTOS INCIDENTALES Y DISTINTIVOS ENTRE LAS AGRAVANTES DE ALEVOSIA Y VENTAJA:	
A.- Semejanzas.	106
B.- Diferencias.	109
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	117

INTRODUCCION.

La Ley Sustantiva Penal vigente en el Distrito Federal no contiene una definición de la modalidad agravante de ventaja, como concurrente en su caso de los tipos básicos de homicidio y lesiones, y en su lugar se limita a proporcionar elementos para establecer cuando se está ante ella, por lo que, en esta virtud deja a criterio de la jurisprudencia y la doctrina dilucidar su concepto.

Sin embargo, lo contrario acontece con la diversa calificativa de alevosía, donde aún en forma limitada, conceptualmente hablando, el artículo 318 del Código Penal expresa una definición de la misma.

Ahora bien, se advierte que lo enunciado en el Código Punitivo para el Distrito Federal, en lo que atañe a las calificativas expresadas se refiere en forma circunscrita tanto al medio empleado como a las circunstancias que concurren en la comisión de los delitos básicos de homicidio y lesiones y, podría decirse que, con similares elementos, ambas suelen confundirse en ciertos aspectos, pues en efecto, cabe destacar que el precepto 316 casuísticamente se limita a señalar hipótesis donde se previene la actualización de dicha agravante, entre otras, cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y este no se halla armado, cuando

es superior por las armas que emplea, o cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido, para posteriormente, en el dispositivo 317, establecer el aspecto negativo consistente en que sólo será considerada la ventaja como calificativa cuando sea tal que el delincuente no corra riesgo de ser muerto o herido por el ofendido; por otra parte, el artículo 418 define a la alevosía como el "sorprender intencionalmente y de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no de lugar a defenderse ni "evitar el mal que se le quiere hacer".

De lo anotado, cabe destacar una observación que constituye hipótesis del presente proyecto de investigación en cuanto a que el aspecto negativo enunciado en la ventaja coincide en lo medular con la causa esencial establecida para la alevosía, esto es, con el estado de invulnerabilidad del activo que en realidad depende de las posibilidades de defensa del pasivo, por lo que si el primero corre riesgo de ser muerto o herido por el segundo, debe entonces entenderse que hubo o se dio lugar a la defensa; por otra parte, se afirma que ambas circunstancias agravantes contienen un elemento subjetivo, en la ventaja consistente en que el activo debe tener plena seguridad y consciencia de no correr riesgo alguno, en tanto que en la alevosía en el no dar lugar a la defensa; luego entonces, lo que se pretende es

puntualizar los aspectos de semejanza como de distinción de las preindicadas agravantes de alevosía y ventaja.

1.- ASPECTOS GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO.

A).- CONCEPTO DE DELITO.

No existe consenso respecto a lo que debe entenderse por delito, o por conducta delictuosa. No obstante lo anterior, parece obvio que ese concepto sociológicamente se encuentra ligado a la ideología de cada grupo social, donde lo que para uno puede aparecer como aceptable, para otro resulte inadmisibile. Bajo estas circunstancias, es claro que la asignación de una conducta como delictuosa se encuentra directamente determinada por el carácter histórico y también relativo al sujeto o sujetos que la califican.

La palabra delito deriva del vocablo latino "delictum", del verbo "delinquiere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley (1).

En la Escuela Clásica del Derecho Penal, Francisco Carrara definió al delito como "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente "dañoso" (2).

Por su parte, el positivismo pretendió demostrar desde un punto de vista sociológico que el delito es un hecho

o fenómeno natural producido por el hombre, resultado necesario de factores hereditarios, causas físicas y fenómenos sociológicos, así Rafael Garófalo lo definió al "delito natural" como "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida en que se encuentra en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad".

(3).

Sin embargo, se estima que de existir una definición sociológica del delito, ésta no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definirlo como hecho natural, sino como concepto básico adoptado para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales, pues si bien cada conducta adjetivada como delictuosa necesariamente se realiza en la naturaleza o en el escenario del mundo, no es inminente al mismo estado natural lo escénico de lo delictuoso.

En realidad, siendo el delito un concepto ligado a valores, que en un lugar y tiempo determinado un grupo social considera como tales y que los estime éticamente como buenos o socialmente relevantes y admisibles para la comunidad en la medida en que la incidencia de ciertas conductas sean nocivas o ataquen a esos principios, será entonces cuando de acuerdo con el orden jurídico imperante, se elevará a la categoría de delito para estar en posibilidad de combatir su

actualización; por ende, la esencia de lo delictuoso no deriva de la naturaleza sino del criterio valorativo imperante en la cultura de una comunidad determinada.

Otro aspecto relevante para desestimar la parcial concepción desde la óptica positiva, es el tema del libre albedrío o la libertad, como sustrato y premisa de la actividad humana, donde cada individuo en su cotidianidad presenta un mayor o menor margen de arbitrio para determinarse y actuar en la forma en que le plazca, pues de no existir esta circunstancia resulta inadmisibles imponer cualquier consecuencia punitiva ante el proceder en forma distinta a la socialmente esperada.

Consecuentemente, se estima que la definición del delito debe formularse a partir del Derecho Positivo, así en nuestro medio, el Código Penal del Distrito Federal de 1871 en su artículo 40. establecía que: "delito es la infracción "voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o "dejando de hacer lo que manda."

El Código Penal de 1929 para el Distrito Federal establecía en su artículo 11 que: "delito es la lesión de un "derecho protegido legalmente por una sanción penal."

Finalmente, el Código Penal de 1931, ahora en vigor, en su artículo 7o., preceptúa que: "el delito es el "acto u omisión que sancionan las leyes penales."

B.- LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Al respecto, Antolisei señala que "el delito es un todo orgánico: es una especie de bloque monolítico, que puede presentar ciertamente aspectos diversos, pero que de ninguna manera es fraccionable, y su verdadera esencia, su realidad no está nunca en sus componentes individuales ni tampoco en su adición, sino en "el todo y en su intrínseca unidad." (4).

De acuerdo con Bettiol, el delito se presenta como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar. (5).

Por su parte, la corriente analítica estudia al ilícito en sus elementos constitutivos considerándolos en conexión íntima, aunque sin implicar por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad; así Petrocelli señala que "el análisis no es la negación de la unidad sino "es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una "consideración unitaria que no tenga por base una "consideración analítica." (6).

Nosotros aceptamos esta segunda concepción, la cual, sin negar la unidad del delito precisa del análisis de

sus elementos y, bien dice Luis Jiménez de Asúa, "sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes." (7).

Celestino Porte Petit señala la inexistencia de una prioridad temporal entre los elementos del delito, en virtud de que concurren simultáneamente, asimismo niega la prioridad lógica de alguno de ellos, pues la existencia del delito requiere que sus elementos guarden entre sí un determinado orden, aunque no una prioridad lógica, toda vez, que cronológicamente, al realizarse el delito en el mundo fáctico, emergen a la vez, todos y cada uno de sus elementos constitutivos; por lo que, ya en un plano estrictamente lógico, procede constatar inicialmente la existencia de la conducta, luego verificar su adecuación al tipo legal (tipicidad), después examinar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que es antijurídica, enseguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente (imputabilidad), para advertir si tiene capacidad de culpabilidad, para ulteriormente indagar si el autor de dicha conducta típica y antijurídica obró con culpabilidad. Es interesante hacer notar que, en la realidad del iter criminis (camino del delito), cuando un sujeto decide delinquir (resolución dentro de la fase interna del mismo), lógica y

temporalmente se da la culpabilidad (dolosa), precedida de la imputabilidad, y hasta después se ejecuta el acto típico y antijurídico. Por lo que es correcto hablar entonces de prelación lógica entre los fenómenos integrantes del delito, sin implicar periodicidad de ninguna especie.

ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Para Edmundo Mezger el delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable" (8); Para Franz Von Lizzt, el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena (9); Eugenio Cuello Calón refiere que "es la acción humana antijurídica, típica, culpable y "punible" (10); por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, "sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, "imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (11).

Ahora bien, respecto al concepto de delito proporcionado por el artículo 7o del Código Penal del Distrito Federal de 1931, Carrancá y Trujillo interpreta que sus caracteres constitutivos son: "tratarse de un acto u "omisión, en una palabra, de una acción, de una conducta "humana; y estar sancionados por las leyes penales" (12); Jiménez Huerta expone que dicho artículo 7o. expresa que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes "penales", pero el concepto no se limita a estas palabras, ya

que tanto el elemento de la culpabilidad como el de la antijuridicidad están insitos en la fórmula sintética de la ley, por ser elementos conceptuales del delito o de la infracción (13); José Angel Ceniceros y Luis Garrido, al explicar el mencionado artículo, manifiestan que: "en dicha definición encontramos que el primer elemento es el acto u omisión o sea el elemento objetivo que se manifiesta por medio de la voluntad, ya violando una prohibición penal, o ya absteniéndose de un acto cuya ejecución impone la ley, pues una simple intención criminal no puede penarse. El siguiente elemento es que el acto u omisión lo sancionen las leyes penales y por lo mismo no puede haber delito si no hay una ley previa que califique el hecho relacionado como tal." (26).

De las diversas conceptualizaciones del delito aducidas por los autores mencionados, previo análisis de la terminología utilizada, se desprenden siete aspectos positivos y negativos a cada uno de los elementos, a saber:

ASPECTOS POSITIVOS

Conducta
 Tipicidad
 Antijuridicidad
 Imputabilidad
 Culpabilidad
 Condiciones objetivas
 de punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

Ausencia de conducta
 Atipicidad
 Causas de justificación
 inimputabilidad
 inculpabilidad
 Ausencia de condiciones
 objetivas de punibilidad

No adherimos en principio a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, pues cabe advertir que la imputabilidad como capacidad de querer y entender del sujeto activo en el campo del Derecho Penal, es un presupuesto de la culpabilidad, como merecimiento de una pena, lo que adquiere entonces el carácter de consecuencia de la actividad u omisión humana típica, la que sin embargo no es delictuosa singularmente por ser sancionada penalmente, pues eventualmente puede darse el caso de que se actualice excusa absolutoria y no por ello pierde su carácter delictuoso; también, abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos.

Enseguida se exponen sucintamente los enunciados aspectos del delito:

CONDUCTA.

Sólo el actuar humano tiene relevancia en el campo del Derecho Penal, por lo que si bien en ciertos casos un ser viviente irracional pudiera concurrir en la comisión de un hecho delictivo, siempre mediará en su intervención el actuar humano como responsable en la producción de tal resultado.

Fernando Castellanos Tena define a la conducta como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, "encaminado a un propósito" (15), por su parte, Celestino Porte Petit dice que "la conducta consiste en un hacer "voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario "culpa" (16); en tanto que Francisco Pavón Vasconcelos afirma que "la conducta consiste en el peculiar "comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en "una actividad o inactividad voluntaria" (17). La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece por su parte que "dentro del significado de conducta, debe entenderse el "comportamiento corporal voluntario" (18).

De las conceptualizaciones apuntadas se advierte como común denominador, que la conducta relevante para el derecho penal debe revestir las siguientes formas 1).-De acción; y, De omisión, ésta última subdividida en: a) omisión simple; y, b) omisión impropia o comisión por omisión.

Respecto a la acción, Castellanos Tena dice que, estricto sensu, es "todo movimiento voluntario del organismo "humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en "peligro dicha modificación" (19); Francisco Pavón Vasconcelos enseña que "la acción consiste en la conducta "positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un "movimiento corporal voluntario con violación de una norma "prohibitiva" (20); Celestino Porte Petit afirma que la

acción consiste "en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o "extratípico" (21); Eugenio Cuello Calón expresa que "la acción consiste en un movimiento corporal voluntario, o en "una serie de movimientos corporales, dirigidos a la "obtención de un fin determinado" (22); Bettiol, manifiesta que "la acción consiste en un movimiento muscular voluntario "conscientemente dirigido a la realización de un fin, "concurriendo tres momentos para caracterizarla: uno "objetivo, uno subjetivo y el tercero teleológico." (23).

En lo que atañe a la conducta de omisión, Celestino Porte Petit indica que la omisión presenta dos clases: a) Propio de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera); y, b) Delito de omisión impropia, o sea el delito de comisión por omisión, que estima debe denominarse de resultado material por omisión. "La "omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o "involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y "produciendo un resultado típico" (24); y, por comisión por omisión u omisión impropia establece que "existe un delito de "resultado material por comisión, cuando se produce un "resultado típico y material por un no hacer voluntario o no "voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o "de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva." (25)

En orden a la conducta, existen diversas clasificaciones del delito, aunque para efectos del presente estudio y de manera ilustrativa se hará mención al que refiere Castellanos Tena, en su obra Lineamientos del Derecho Penal, donde medularmente afirma que:

I.-Según la conducta del sujeto activo, los delitos pueden ser:

1).- De acción: El se comete mediante una actividad positiva (comportamiento de hacer), violando una ley prohibitiva.

2).-De omisión: Consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Estos se dividen a la vez en delito de:

a).- simple omisión u omisión propia. Consistentes en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado que produzcan, violando una ley dispositiva.

b).-Comisión por omisión u omisión impropia. Son aquellos en los que el Agente decide no actuar para producir con su inacción el resultado material, infringen una ley dispositiva y una prohibitiva.

II.- En orden al resultado, se clasifican en:

1.- Formales. Aquellos en los que el tipo penal se agota con la sola conducta del agente, sin necesidad de la producción de un resultado externo.

2.- Materiales. Los que requieren la producción de un resultado objetivo o material para su integración.

III.-Por el daño que causan, se dividen en delitos de:

1.- Lesión. Los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.

2.- Peligro. No causan daño directo a los intereses jurídicamente protegidos, pero los ponen en peligro.

IV.- Por su duración son:

1.- Instantáneos. Los que se perfeccionan en el momento en que se agota la conducta.

2.- Instantáneos con efectos permanentes. Son aquellos cuya conducta afecta al bien jurídico tutelado en forma instantánea, aunque subsisten sus consecuencias nocivas.

3.- Continuados. Requieren de varias acciones para integrar la lesión jurídica, con violación reiterada al bien jurídico, en este sentido continua en la conciencia del sujeto activo pero discontinua en la ejecución.

4.- Permanentes.- Aquellos en los que "la acción delictiva misma permite, por sus características, que se les pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos." (26).

V.- En orden a la culpabilidad, se clasifican en:

1).- Dolosos. Cuando se dirige la voluntad conscientemente a la realización del hecho típico y antijurídico.

2).- Culposos. No se anticipa subjetivamente el resultado penalmente tipificado, pero surge por el obrar sin la cautela y precaución exigida por la norma y/o las circunstancias del caso.

3).- Preterintencionales.- Cuando el resultado sobrepasa a la intención, en sí ya criminal.

VI.- En función de su estructura o composición, pueden ser:

1).- Simples. Cuando la lesión jurídica es una.

2).- Complejos. Donde la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya unión de nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, por ejemplo: robo en casa habitada, (donde al robo se le acumula un allanamiento de morada).

VII.-Por el número de actos que lo integran:

1).- Unisubsistentes. Si se integran por un sólo acto.

2).- Plurisubsistentes. Los que implican una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, pero su conjunción les otorga ese carácter, por que el tipo se colma al concurso de ellas, esto

es. requieren para su perfeccionamiento de varios actos.

VIII.- Por el número de sujetos que intervienen, pueden ser:

1).- Unisubjetivos. Basta la actuación de un solo sujeto que realice el acto.

2).- Plurisubjetivos. requieren necesariamente de la concurrencia de dos o más conductas (sujetos) para integrar el tipo.

IX.- Por la forma de su persecución. se clasifican en:

1).- De querrela. Donde sólo pueden perseguirse a instancia e interés manifiesto del ofendido o de sus legítimos representantes.

2).- De oficio. La autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, con independencia de la voluntad de los ofendidos.

X.- En función de la materia. se clasifican en:

1).-Comunes. Aquellos que se fundan en leyes dictadas por las legislaturas locales.

2).- Federales.- Los que se establecen en Leyes expedidas por el Congreso de la Unión, para ese ámbito de validez.

3).- Oficiales. Los cometidos por empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

4).-Del orden Militar. Los que afectan la disciplina del instituto armado, cuya validez y obligatoriedad sólo rige entre personal de ese fuero.

5).- Politicos. Los que lesionan la organización o estructura del Estado.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

El aspecto negativo del elemento conducta, consiste justamente en la ausencia de ella. En esta perspectiva, Celestino Porte Petit establece que "si la conducta comprende "tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de "aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es "decir el aspecto negativo entraña la actividad o la "inactividad no voluntarias", sin embargo cabe advertir que ante este tema no existe unanimidad doctrinaria habida cuenta de que las opiniones de los autores son diversas.

Francisco Pavón Vasconcelos indica "que hay "ausencia de conducta e imposibilidad de integración del "delito, cuando la acción u omisión son involuntarias", esto es, "cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden "atribuirse al sujeto, no son suyos por falta en ellos de "voluntad" (27).

Si bien, la doctrina penal mexicana divide en legales y supra legales, las situaciones de ausencia de conducta esto es, las que están previstas en la ley y

aquéllas que, aun cuando no lo están concurren para neutralizar el elemento conducta, también es cierto que, actualmente, a raíz de la reforma a la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de diciembre de 1985, se establece: "Artículo 15.- Son "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: "Fracción I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad "involuntaria".

En efecto, de la interpretación de esa norma, con apoyo en el principio del derecho de que cuando la ley no distingue no hay por qué distinguir, al no establecerse de manera limitativa o casuística las causas de ausencia de conducta como lo hacía la anterior regulación, es dable entonces que concurren como causas legales de ausencia de conducta todas aquéllas que en la actividad o inactividad, sean realizadas de manera involuntaria.

La doctrina sintetiza como causas de de ausencia de conducta, las siguientes:

- a) La vis absoluta o fuerza irresistible;
- b) la vis mayor o fuerza mayor;
- c) los movimientos reflejos; y,
- d) los estados de inconsciencia motivados por el sueño, sonambulismo e hipnotismo.

La vis absoluta concurre "cuando el sujeto realiza "un hacer o un no hacer por una violencia física humana e "irresistible" (28).

Por la vis maior debe entenderse, "la actividad o "inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del "sujeto, de una fuerza exterior él, de carácter irresistible, "originada en la naturaleza o en seres irracionales." (29).

De lo anterior se deduce que la distinción de la vis maior y la vis absoluta, radica en función de la fuerza generadora, una derivada del hombre y la otra derivada de la naturaleza y ajena al actuar humano determinado por su libre albedrío.

Los movimientos reflejos son "movimientos "corporales en los que la excitación de los nervios motores "no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada "inmediatamente por un estímulo físico corporal, esto es, en "los que un estímulo pasa de un centro sensorio a un centro "motor y produce el movimiento" (30).

El sueño es, "un estado fisiológico normal de "descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar "movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos" (31). Maury, afirma que "los sueños son estados puramente "cerebrales análogos a las alucinaciones y a las crisis del "delirio" (32).

El sonambulismo es una enfermedad nerviosa, o sea una manifestación parcial de otra alteración neurótica (33)

El hipnotismo "consiste esencialmente en una serie "de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una "causa artificial, y tales manifestaciones pueden ir desde un "simple estado de somnolencia hasta un sonambúlico, pasando "por diversas faces en las cuales se acentúa, en sus "características externas, el grado de hipnotismo". (34).

Para Jiménez de Asúa, el hipnotismo es "un "conjunto de situaciones especiales del sistema nerviosos, "producidas por maniobras de carácter artificial".

TIPICIDAD.

En principio, es preciso distinguir entre tipo y tipicidad. Por tipo se entiende la descripción plasmada en la norma jurídico penal, matizada esta con las características de ser general, abstracta, impersonal y permanente: en tanto que, por tipicidad debemos entender la adecuación de una conducta y circunstancia concreta del mundo fáctico, a los presupuestos, conducta y circunstancias descritas en abstracto e impersonalmente en la norma jurídico penal, de tal manera que para establecer si existe o no tipicidad, es necesaria la realización de un juicio llamado de tipicidad el que consiste en analizar si la conducta concreta se adecua o no con la descrita en el tipo penal.

ATIPICIDAD.

En principio, existe ausencia de tipo cuando no hay descripción de la conducta o hecho en una específica norma penal, esto es, cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos: en tanto que, existe atipicidad cuando si bien hay la descripción en el mundo normativo no actualiza la conformidad o adecuación necesaria y unívoca entre la conducta concreta descrita por la norma y la conducta particular, en efecto, desplegada en el mundo fáctico.

Ahora bien, las diferentes formas en que puede presentarse la atipicidad, se pueden resumirse en:

a) Ausencia de la calidad exigida por la ley, en cuanto a los sujetos pasivo y activo;

b) La falta de objeto material u objeto jurídico;

c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;

d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados;

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y,

f) por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial. (36).

Los estudiosos del derecho penal aportan diversas clasificaciones del delito en orden al tipo, para cuya ilustración haremos mención a la que proporciona Castellanos Tena, en el siguiente orden:

I.- Por su composición son:

1.- Normales- los que se limitan a hacer una descripción objetiva.

2.- Anormales- Aquellos que, además de factores objetivos, contienen elementos subjetivos o normativos.

II.- Por su ordenación metodológica, pueden ser:

1.- Fundamentales o básicos- Los que constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, son autónomos y no dependen de otro para su configuración.

2.-Especiales- Se configuran agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (v.gr. parricidio)

3.- Complementados- Se constituyen Por un tipo básico y adicionalmente por una circunstancia o peculiaridad diversa. (v.gr. homicidio calificado)

III.- En función de su autonomía o independencia, se clasifican en:

1.- Autónomos o independientes- Los que tienen existencia por sí solos.

2.- Subordinados- Los que existencialmente dependen de otro tipo penal (v.gr. homicidio en rifa)

VI.- Por su formulación, se dividen en:

1.- Casuísticos- Cuando prevén varias hipótesis o formas de ejecutar el ilícito, los que además pueden ser:

a) Alternativos- En el caso de que se prevean dos o más hipótesis comisivas, configurándose ante la actualización de cualquiera de ellas.

b) Acumulativos- Requieren necesariamente el concurso de todas las hipótesis señaladas.

2.- Amplios- Describen en atención al resultado y sin exigir hipótesis única. algún medio comisivo.

V.-Por el resultado son:

1.- De daño o lesión- Los que tutelan a los bienes su disminución o destrucción.

2.- De peligro- Protegen a los bienes contra la posibilidad de ser dañados.

CAUSAS DE JUSTIFICACION O AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Entendemos por antijuridicidad, como el carácter

que se asigna a una conducta, cuando se identifica con el aspecto negativo o prohibitivo de la norma, en cuyo sentido, se genera un contraste entre la previsión normativa y la conducta misma. Sin embargo, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, en cuanto hacen legítima a una conducta típica.

Porte Petit señala que "existe una causa de "licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son "permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de "ausencia de interés o de existencia de un interés "preponderante. (38).

Las causas de justificación son:

Legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

Para Franz Von Liszt, se entiende por legítima defensa la conducta "que se estima necesaria para repeler una "agresión actual y contraria a derecho, por medio de una "lesión contra el agresor" (41). Es decir para este autor, lo sustancial de la defensa legítima consiste en el acto de repulsa contra una agresión que se sufre, que es contraria al derecho y, por tanto, ilícita y antijurídica, la que además genera como consecuencia, la configuración de una lesión o afectación en perjuicio de un bien jurídico del agresor, contra quien recae, a final de cuentas, el acto de repulsa.

Por otra parte, el tratadista Eugenio Cuello Calón, estima que la figura de la legítima defensa "es la defensa "necesaria para rechazar una agresión actual o inminente "injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del "agresor"(42). Como se observa, este tratadista Español retoma la idea de la agresión, pero señala que ésta habrá de ser de por sí injusta o antijurídica. en tanto opuesta a una forma de derecho y a su vez integradora. en tanto opuesta a una norma de derecho de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos del agredido; por otra parte, la conducta repulsiva o de defensa, debe moverse en un plano de necesidad para repeler tanto el acto lesionado, como para infringir un daño a los bienes jurídicos del atacante.

Con base en lo expuesto, se entiende que la agresión debe ser violenta y sin derecho. además de real, en tanto posea objetivamente una existencia determinada y no meramente ficticia; también, al momento de ser repelida, debe encontrarse temporalmente en una etapa de actualidad, o bien, establecerse como inminente por criterios objetivos que demuestren la posibilidad efectiva de la agresión.

Por otro lado , el acto defensivo no siempre debe ser tendiente a la protección de bienes jurídicos propios, pues eventualmente se contempla que el contra-ataque o repulsa sea en defensa de bienes ajenos, mismos que por las circunstancias personales o circunstanciales del caso se

encuentren bajo la esfera de protección del sujeto replicante. Asimismo, el margen de proporcionalidad entre la agresión y el acto de repulsa, ya que este en forma alguna debe ser excesivo o desproporcionado en relación a la agresión que se sufre, esto último lo que evidentemente queda a la discrecionalidad de los órganos aplicadores del derecho para ponderar en cada caso y situación en particular, lo que a final de cuentas da el sentido de racionalidad necesaria para repeler la agresión que se sufre.

El estado de necesidad, para Sebastián Soler, consiste en una "situación de peligro para un bien jurídico. "que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico" (39). Solamente cuando el bien salvado es jurídicamente de mayor jerarquía en relación al sacrificado, se integra la justificante, y sólo entonces se estima que el atacante obra con derecho. El artículo 15 en su fracción IV del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece que el estado de necesidad consiste en "obrar por la "necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, "de un peligro real, actual o inminente. no ocasionado "intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y "que éste no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. siempre "que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a "su alcance. No se considerará que obra en estado de "necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber

"legal de sufrir el peligro."

Al respecto, cabe notar que el estado de necesidad se actualiza en función de la jerarquía o valor de los bienes jurídicos en conflicto, ante cuya imposibilidad material de salvar a ambos, se opta por el sacrificio de uno; de tal manera que siguiendo el principio del interés preponderante, el estado de necesidad opera como causa de licitud o norma permisiva del actuar del agente, cuando el bien salvado es de mayor valor en relación con el bien jurídico sacrificado; sin embargo cuando el bien salvado es de igual valor o jerarquía que el sacrificado, no opera el estado de necesidad como causa de licitud sino como causa de inculpabilidad, ante la no exigibilidad de otra conducta, ya que la ley no puede obligar a la heroicidad: finalmente, cuando el bien salvado es de menor valor o jerarquía que el sacrificado, el estado de necesidad no tiene relevancia, ni justifica o exculpa el actuar, de tal manera que la conducta siendo típica es a su vez antijurídica y constitutiva del denominado injusto penal.

En cuanto al cumplimiento de un deber, Pavón Vasconcelos indica que quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hechos típicos, acatando un mandato legal, de tal modo que el cumplimiento del deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un superior a quien se tiene obligación de obedecer, pues su mandato se fundamenta en una norma de derecho (40). Por

ejemplo, podemos citar que la cumplimentación de una orden de aprehensión no da origen al delito de privación ilegal de la libertad.

El ejercicio de un derecho, la fracción V del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal lo hace consistir, en obrar en forma legítima, es decir, amparado por una norma y ante la racionalidad del medio empleado para ejercer el derecho.

Al respecto aun cuando la citada fracción es muy genérica en su redacción se advierte que, para su aplicación, es necesaria vincularla con otros dispositivos legales en donde se establece el derecho que la persona deba ejercitar lo que se determina en función de ciertas calidades específicas del sujeto, de alguna potestad emanada en razón a la bilateralidad de la norma, que le genera un derecho. A manera de ejemplo, conforme a los artículos 2666 y 2669 del Código Civil del Distrito Federal, la persona que da a otro albergue mediante la retribución convenida, puede retener en prenda el equipaje del huésped, hasta en tanto obtenga el pago de lo endeudado, de ahí que la retención de equipaje, aun cuando fuese requerido el prestador del servicio para la devolución del mismo, no puede integrar el delito que se equiparan al de abuso de confianza, previsto en el artículo 384 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, precisamente por concurrir la causa de licitud denominada

ejercicio de un derecho, siempre y cuando haya proporción racional entre el valor del equipaje retenido con el monto del adeudo.

Respecto a la obediencia jerárquica, el citado artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en su fracción VII, señala "Obedecer a un superior "legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato "constituya un delito, si esa circunstancia no es notoria ni "se prueba que el acusado la conocía". Sobre este particular, consideramos que existen tres hipótesis: la primera, cuando el infractor no tiene la facultad de inspeccionar la licitud del mandato dado por el superior, sino que debe cumplirla, como acontece en el sistema castrense; en este caso, la comisión de un hecho delictivo por parte del inferior en ejecución del mandato respectivo, está amparada por una causa de licitud denominada obediencia jerárquica; en la segunda hipótesis, cuando el inferior tiene facultad de inspeccionar la legitimidad del mandato, pero ignora la ilicitud del mismo, en desconocimiento esencial e insuperable, en cuyo caso no se actualiza una causa de licitud sino de inculpabilidad; y, en el tercer supuesto, cuando el inferior tiene la facultad de inspeccionar la legitimidad del mandato, y conociendo la ilicitud del mismo, cumple con lo ordenado, integrándose entonces el hecho delictivo.

El impedimento legitimo se encuentra previsto en la fracción VIII del multicitado artículo 15 de nuestro Código Penal. que señala: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento "legítimo."; es decir, opera cuando el sujeto teniendo la obligación de adecuar su conducta a una norma en particular, sin embargo, otro precepto legal legitima el desatender a dicho imperativo concediendo al sujeto el derecho alternativo diversa en su actuación. que lo hace omitir y contravenir el sentido de la norma.

IMPUTABILIDAD, INIMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD, INCULPABILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

IMPUTABILIDAD.

Castellanos Tena define el concepto de imputabilidad, como "la capacidad de entender y querer en el "campo del Derecho Penal. Comúnmente se afirma que la "imputabilidad está determinada por un mínimo físico "representado por la edad y otro psiquico, consistente en la "salud mental". (41)

Opinamos que la imputabilidad como capacidad de culpabilidad del sujeto está determinada por un mínimo de desarrollo físico, correlativo a un mínimo de desarrollo mental, además de con un mínimo de salud mental, todo lo cual determina que el sujeto tenga la capacidad de comprensión y

de decisión en el campo del derecho penal.

En la legislación del Distrito Federal, se determina que ese mínimo de desarrollo se adquiere al cumplir los 18 años de edad (artículo 119 del Código Penal en relación con el artículo 40. párrafo segundo de la Ley Para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y Para toda la República en Materia del Fuero Federal). De ahí, que sólo las personas que teniendo el mínimo de desarrollo físico y mental y un mínimo de salud son socialmente responsables, entendida la responsabilidad, según Castellanos Tena, como el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. (42)

INIMPUTABILIDAD.

Se ha conceptualizado como el aspecto negativo o neutralizador de la imputabilidad, respecto a lo que, aduce Castellanos Tena, que "las causas de inimputabilidad son, "pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea "el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto "carece de aptitud psicológica para la delictuosidad" (43). Y su efecto, no es otro que la carencia de la capacidad de culpabilidad.

Respecto a las diversas causas de inimputabilidad, previstas en el propio Código Penal para el Distrito Federal, se pueden deducir las siguientes:

1).-El trastorno mental (fracción II del artículo 15), que a su vez puede dividirse en: Permanente y transitorio;

2).-Desarrollo intelectual retardado (fracción II del artículo 15):

3).-Miedo grave (fracción VI del artículo 15; y,

4).-Minoría de edad (artículo 119).

Referente al trastorno mental, aun cuando el texto legal no establece especies, con base en el principio de derecho de que en donde la ley no distingue no tiene por que distinguirse, es obvio que al no haber establecido el legislador distingos en cuanto a la operancia del trastorno mental, debe interpretarse este de una manera amplia y, por

ende, tiene aplicación tanto el denominado trastorno mental permanente como el de naturaleza transitoria.

Entendemos por trastorno mental permanente el estado constante e ininterrumpido en que se encuentra el sujeto de un hecho reputado delictuoso, por ocurrir alguna circunstancia que afecta o anula su correcta actividad mental, en tanto que, por trastorno mental transitorio en el estado temporal en que se encuentra el sujeto por concurrir alguna circunstancia que afecta, disminuye o anula su normal y correcta actividad mental. Sin embargo, en ambos supuestos es necesario que se actualice en el sujeto un estado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o bien conducirse de acuerdo con esa comprensión; además, para que pueda conceptuarse el estado de inimputabilidad, es indispensable que el sujeto no se haya colocado en tales circunstancias, intencional o imprudencialmente.

El desarrollo intelectual retardado consiste en el estado de un sujeto que, dado se desarrollo físico y/o mental no ha alcanzado el mínimo indispensable conforme a los patrones culturales imperantes, socialmente estimarlo con el mínimo de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

De tales estados, podemos advertir que cuando concurren neutralizan el elemento intelectual, entendido como el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, o bien, el

elemento volitivo o emocional, referente a la conjunción de dos querer, querer la conducta y querer el resultado; de tal manera que la ausencia de los elementos anotados, lleva a deducir que el sujeto es inimputable y, por lo mismo, carece de la capacidad de culpabilidad.

El artículo 15 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, regula las causas de justificación del actuar del agente, lo que técnicamente engendra la problemática de una concurrencia de normas. toda vez que por una parte tales estados constituyen una causa de justificación que necesariamente lleva a la absolución en un procedimiento penal, por otra parte, atendiendo a los artículos 67 y 63 del Código Penal para el Distrito Federal, establece al activo merecedor de una medida de seguridad.

Por miedo grave, el Máximo Tribunal de la Nación establece: "El miedo, de acuerdo con la definición que "establece Rivot en su tratado de Psicología de los "Sentimientos viene a ser la reacción emocional, viva y "persistente de un mal futuro. El miedo desde el punto de "vista ideológico, puede prevenir tanto del interior del "sujeto como del exterior del mismo, de percepciones y de "ilusiones. Sin embargo, se prueba, por ser una situación "eminente psicológica, solamente podrá ser apreciado "por técnicas psicológicas que, previo estudio de la "personalidad del sujeto especiales de sus modalidades de

"reacción pudieran determinar si el delito ejecutado por "aquél era resultado de una reacción emotiva de las que se "hace mérito".(44) "el miedo sólo se reputa grave cuando "aniquila la razón dando paso a los instintos" (45)

Por cuanto hace a la minoría de edad, como causa de inimputabilidad, basta que el sujeto no haya cumplido los 18 años de edad para que por esa sola circunstancia legalmente se considere que carece de la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, independientemente de su madurez física o mental. En realidad, los menores infractores de hechos que la ley define como delitos, son sometidos a un procedimiento especial a cargo del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, como se desprende del artículo 119 del Código Penal y de la propia Ley Para el tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

CULPABILIDAD.

Para Luis Jiménez de Asúa, la culpabilidad es "el "conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad "personal de la conducta antijurídica" (46); Castellanos Tena la considera como "el nexo intelectual y emocional que liga "al sujeto con su acto" (47): para Hans Welzel, la culpabilidad "es reprochabilidad, es la conducta desvalorada

"que trastoca el acto de voluntad en un acto culpable" (48); para Porte Petit es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto (49); Villalobos afirma que "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio "del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y "prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, "desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el "dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas "del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los "propios deseos de culpa". (50)

TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD.

Sobre este particular la doctrina ha dado lugar a dos corrientes que analizan la naturaleza de la culpabilidad, a saber: 1).-La teoría psicologista: y, 2).-la teoría normativista.

La teoría psicologista coincide en fundamentar la culpabilidad en el análisis del psiquismo del autor del hecho típico, para detectar el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, es decir, en la pretensión de desentrañar la psique del agente respecto al elemento intelectual sobre la consciencia en el quebranto del orden jurídico y, además, sobre la situación psicológica en el autor respecto al elemento emocional o volitivo, matizado con sus componentes querer la conducta y querer el resultado; de ahí que ese nexo

psicológico entre el sujeto con el resultado sea el fundamentador de la culpabilidad.

En cuanto a la teoría normativista, se fundamenta en un juicio de reproche, referente a si el autor del hecho típico, dada la conducta desarrollada, le era radicalmente exigible que actuara de manera diversa a como lo hizo, de conformidad con el ordenamiento normativo.

La culpabilidad suele dividirse en las siguientes formas:

- 1).-Dolo;
- 2).-Culpa; y.
- 3).-Preterintencionalidad.

Al dolo. Cuello Calón lo define como "la voluntad "consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la Ley "prevé como delito (51); para Zaffaroni, "es el querer del "resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo (52); para Olga Islas, es el "conocer y querer la concreción "de la parte objetiva no valorativa del particular tipo "legal" (53). En nuestro derecho positivo, el artículo 9o. del Código Penal utiliza la connotación de intencional y lo conceptúa como el obrar conociendo las circunstancias del hecho típico, queriendo o aceptando el resultado prohibido por la ley.

La culpa, para Zaffaroni no está en función a la

finalidad, sino en la forma en que se obtiene esa finalidad violando un deber de cuidado (54): Edmundo Mezger dice que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (55); en el derecho positivo Mexicano, el artículo 9o. del Código Penal, en su párrafo segundo, establece que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y "condiciones personales le imponen".

La preterintencionalidad es otra de las formas de culpabilidad y el artículo 9o. del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, donde se conceptúa como el que "obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por "imprudencia".

El dolo reviste diversas especies, mismas que la doctrina ha clasificado en distintos ordenes, sin embargo, para los efectos del presente estudio, haremos referencia a la que proporcionada por Castellanos Tena en los términos siguientes:

"1).- Dolo directo - cuando el resultado coincide "con el propósito del agente.

"2).- Dolo indirecto - cuando el agente se propone "un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados "delictivos.

"3).- Dolo indeterminado - cuando existe intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial

"4).- Dolo eventual - cuando el agente desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente".

La culpa, como otras de las formas que reviste la culpabilidad, a decir de Cuello Calón suele dividirse en consciente e inconsciente. La culpa consciente existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no los toma en cuenta confiando en que no se producirán, sin embargo, la culpa es inconsciente cuando falta en el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta.

En cuanto a la intensidad de la culpa, suelen establecerse tres grados: culpa lata, levis y levisima: graduación que proviene del derecho romano. La culpa lata se actualizaba cuando el evento dañoso hubiere podido preverse por el común de los hombres; es leve cuando su previsión sólo fuere dable a los diligentes; y, levisima cuando el resultado hubiere podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común (57).

Por lo que hace a los elementos de la culpa, Castellanos Tena expresa que "por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el

"primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido (si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la "imputación dolosa)" (58).

INCUPLABILIDAD

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. Luis Jiménez de Asúa dice que: "La inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche" (59); Castellanos Tena precisa que "Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, por que si el delito integra todo, sólo existirá mediante la conjunción de los caracteres constitutivos de su esencia" (60).

CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Mucho se ha cuestionado sobre las diferentes causas generadoras de la inculpabilidad, se han apuntado varias aunque en realidad sólo algunas son consideradas como verdaderas causas neutralizadoras, entre las que pueden conceptuar: el error, la coacción sobre la voluntad, la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito.

Castellanos Tena dice que "el error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce pero se conoce "equivocado" (61).

La ignorancia, para Pavón Vasconcelos es "el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa lo que supone una actitud negativa" (62). Por lo que respecta a la ignorancia, consideramos que "no es una causa de inculpabilidad ya que el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento".

El error ha sido clasificado en: 1).- Error de derecho; y, 2).- Error de hecho.

Respecto al error de derecho, Castellanos Tena dice que no produce efectos de eximente, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni

autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha" (63).

No obstante lo anterior, el artículo 59 bis del Código Penal para el Distrito Federal, si bien no considera el error de derecho y la ignorancia de la ley como causas de inculpabilidad, las establece como circunstancias personales del sujeto activo para que el Juzgador las tome en cuenta como reductoras de la punibilidad o como motivo para la concesión de un beneficio sustitutivo de la pena, según la naturaleza del caso y en consideración al extremo atrasado cultural y el aislamiento social del sujeto.

Por lo que respecta al error de hecho, la doctrina suele dividirlo en: A).- error de hecho esencial ; y, B).- Error de hecho accidental; el primero a su vez se subdivide en; a).- Vencible ; y, b).- Invencible. En tanto que, el error de hecho accidental se subdivide en a).- Error en el golpe; b).- Error en la persona; y, c).- Error en el delito. Por lo que respecta al error de hecho accidental, la doctrina es unánime en señalar que no es causa de inculpabilidad.

Si el error de hecho esencial es vencible, no es causa de inculpabilidad, sino, en todo caso, en nuestra opinión, daría margen a una variación de la forma de culpabilidad dolosa a la forma culposa, por no tomar las precauciones indispensables.

Por lo que se refiere al error de hecho esencial invencible. Porte Petit dice que se presenta cuando el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello constituye, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo (64); para la doctora Olga Islas, el error invencible se presenta "cuando no hay posibilidad de "conocer la realidad típica objetiva no valorativa, a pesar "de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no "caer en una falsa apreciación" (65). En nuestra opinión el error invencible se presenta cuando el sujeto activo, dadas las circunstancias que le presenta el mundo fáctico, cree erróneamente que su conducta está amparada por una causa de licitud, sin ser cierto ello, empero a ese error arriba no obstante haber puesto en juego los cuidados y precauciones que las circunstancias del caso le eran exigibles, por tanto, cuando se presenta este tipo de error, genera una causa de inculpabilidad; en este mismo sentido Olga Islas sostiene que "los efectos de estas dos clases de error son distintos. Ante "la presencia del error vencible no se constituye la voluntad "típica dolosa y tampoco la culposa. En caso de error "vencible, no se configura el dolo, pero si la culpa" (66).

En cuanto a la coacción sobre la voluntad, existe discrepancia en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de esa eximente, algunos la consideran como causa de ausencia

de conducta y otros como una causa de inculpabilidad. Para Córdoba Roda y Rodríguez Murillo, la coacción sobre la voluntad ha de comprender materialmente a la realización del hecho en virtud de la exclusión o desconexión de la voluntad del sujeto, y no la voluntad del sujeto o la simple sustracción de la libertad resolutive. (67).

En relación a la no exigibilidad de otra conducta, Castellanos Tena afirma "que aún no se ha logrado determinar "con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad "de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los "dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en "presencia de ella" (68). En nuestra opinión, consideramos que dentro de un plano racional y congruente con los valores culturales imperantes en un tiempo y en una sociedad determinada, estos deben constituir los parámetros para no exigir a un sujeto que soporte cierto riesgo grave, que tolere algunos actos, o que se le obligue al sacrificio de bienes jurídicos propios o que tenga el deber de proteger.

Respecto al caso fortuito, Pavón Vasconcelos al citar a algunos autores dice lo siguiente: "Para Carrara el "caso no sólo comprende el evento originado por las fuerzas "físicas de la naturaleza, sino en todo aquello que "dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los "límites de la previsibilidad humana, en tanto Alimena hace "radicar la noción del caso en la imposible previsibilidad

"del evento. Jiménez de Asúa considera que el límite, para la imposición de las penas, se encuentra en la inculpabilidad, es decir, en el caso fortuito" (69). El Código Penal para el Distrito Federal, regula el caso fortuito como circunstancia excluyente de responsabilidad penal, en efecto, el artículo 15 fracción IX establece que: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... IX.- Causar una daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas."

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Castellanos Tena refiere sobre el tema: "que generalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación: aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad, frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela o el desafuero previo, no son elementos esenciales del delito ya que si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o parten integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de una sólo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia (70).

Colín Sánchez identifica a las cuestiones prejudiciales con las condiciones objetivas de punibilidad y, refiere, que quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal. (71)

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Se actualiza cuando la ley no exige ninguna condición para la aplicación de la pena.

PUNIBILIDAD.

Es "el merecimiento de una pena en función de la "realización de una conducta" (72); Porte Petit afirma que "es una consecuencia del delito, no un elemento" (73).

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Según Castellanos Tena son "aquellas causas que "dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o "hecho, impiden la aplicación de la pena" (74).

C. EL TIPO PENAL

Con independencia a que en el inciso anterior se efectuó una exposición sobre el tema, al analizar la tipicidad, en tanto elemento positivo del delito, sin embargo, cabe señalar, como parámetro expositivo, la finalidad del presente lo constituye el encuadrar a las circunstancias de alevosía y ventaja dentro de la clasificación del delito que la doctrina realiza en orden al tipo. En efecto, de acuerdo a la clasificación del delito en orden al tipo, proporcionada por Castellanos Tena, en el inciso de referencia se estableció que:

I.- Por su composición son:

- 1) Normales.
- 2) Anormales

II.- Por su ordenación metodológica, pueden ser:

- 1) Fundamentales o básicos
- 2) Especiales
- 3) Complementados

III.- En función de su autonomía o independencia se clasifican en:

- 1) Autónomos
- 2) Subordinados

IV.- Por su formulación se dividen en:

- 1) Casuísticos. Los que pueden ser:
 - a) Alternativos

b) Acumulativos.

2) Amplios

V.- Por el resultado son:

1) De daño o lesión

2) De peligro

De la anterior clasificación del delito en orden al tipo, al caso. resulta conveniente remarcar las que se establecen en función a su metodología y de acuerdo a su autonomía o independencia. que se dividen en:

Fundamentales:

Especiales: y,

Complementados.

Los primeros constituyen la esencia o fundamento de otros, tienen vida por si mismos, sin depender de otros para su configuración. v. gr. los de homicidio o lesiones.

Los segundos, se forman agregando a un tipo básico otro u otros requisitos, con la característica especial de que subsumen al primero. como lo resulta el de parricidio.

Los complementados tienen la característica de que se constituyen al lado de uno de naturaleza básica y una circunstancia distinta, la que no puede guardar autonomía, pues resulta secundaria en cuanto a su existencia, respecto del básico, v.gr. las circunstancias agravantes de alevosía y ventaja.

Por otra parte, a las circunstancias que aunadas a uno de naturaleza fundamental constituyen tipos complementados Guiseppe Bettiol, las ha definido como: "todos aquellos elementos de hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito", precisando además que las de carácter objetivo se refieren a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, lugar y toda otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o a las condiciones o cualidades de la parte ofendida, en tanto que, las de carácter subjetivo, se vinculan con la intensidad del dolo o al grado de la culpa, o a las relaciones del culpable con la persona agraviada, o todas aquellas que son inherentes a la persona del culpable (75).

Asimismo, la doctrina efectúa una clasificación de las circunstancias que constituyen tipos complementados y, el autor preindicado, precisa que se dividen en:

Circunstancias agravantes, en cuanto aumentan la penalidad del hecho criminoso;

Circunstancias atenuantes, que resultan aquellas que disminuyen la entidad criminosa del hecho;

Circunstancias especiales, que se encuentran previstas para delitos en particular; y,

Circunstancias comunes, las que se encuentran contenidas en la parte general del Código Penal, y resultan aplicables para todos los delitos.

Por otra parte, deviene necesario puntualizar las diferencias existentes entre las circunstancias que constituyen tipos complementados y elementos constitutivos del delito, al efecto el jurisconsulto de referencia, señala que los primeros "se distinguen de los elementos constitutivos del delito, porque éstos tienen una eficacia cualitativa, en el sentido de que determinan la aparición o desaparición del delito en su típica configuración esquemática, fuera de su existencia el delito no puede configurarse. Las circunstancias en cambio, son elementos accidentales que pueden existir o no, sin que por ello falte el delito" (76). Cierto, mientras que los elementos esenciales del delito, resultan indispensables para determinar la actualización o no del tipo, es decir, ante la inexistencia del un elemento esencial el delito no se materializa, en tanto que, sino se acredita la existencia de la modalidad, nulifica tan solo la concretización del tipo complementado, sin afectar la existencia del de naturaleza básica.

Ahora bien, de lo apuntado y acorde con lo dispuesto por el artículo 315 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, que literalmente establece: "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometan con premeditación, con

ventaja, con alevosía o traición.- Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.- Se presumirá que existe premeditación, cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o prometida: por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad." : resulta incuestionable que las circunstancias de alevosía y ventaja constituyen tipos complementados, subordinados calificados, pues es claro que sólo pueden materializarse al lado de un delito de homicidio o lesiones, esto es, las circunstancias en comento no guardan autonomía por sí mismas para actualizar un delito, sino, dependen de uno de naturaleza básica o fundamental para su eventual existencia, sin que por otra parte, subsuman, al básico, por lo que devienen complementarios y subordinados; además, conforme a lo que establece el diverso numeral 320 del ordenamiento punitivo preinvocado, que a la letra dice: "Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión". Es claro también, que al matizar a uno de los referidos ilícitos atentatorios contra la vida e integridad física de las personas, aumentan la penalidad del hecho criminoso, luego entonces, resultan circunstancias agravantes.

Finalmente, cabe precisar que tanto la agravante de ventaja como la de alevosía, tienen existencia tan solo, como se dijo, a lado de los delitos de homicidio o lesiones, sin que pueden concurrir como modalidad matizando a diversos ilícitos, por tanto, esos tipos complementados, constituyen circunstancias especiales.

- (1) Fernando Castellanos Tena. Elementales de Derecho Penal. 11a. Edición. Porrúa, México. 1977. Pág. 125.
- (2) Francisco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Volumen I. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá. 1971. Pág. 43.
- (3) Celestino Porte Petit Candaudap. En Apunzamientos de la Parte General de Derecho Penal. 3a. edición. Porrúa, México. 1977. Pág. 246.
- (4) Cfr. Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Trad. por Juan del Rosal y Angel Torio. UTEHA. Argentina, Buenos Aires. 1960. Pág. 153.
- (5) Cfr. Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General. Versión Castellana del Dr. José León Pagano. Editorial Temis. Bogotá. 1965. Pág 166.
- (6) Petrocelli citado por Porte Petit. Op. Cit. P. 241.
- (7) Luis Jiménez de Azúa. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 208.
- (8) Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Trad. por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955. Pág. 161.
- (9) Cfr. Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Trad. a la 20a. Edición Alemana por Luis Jiménez de Azúa. Instituto Editorial Reus, Madrid. Pág 264.
- (10) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 9a. Edi. Nacional, México 1951 Pág. 257.
- (11) Op. Cit. Pág. 207.
- (12) Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, México. 1980. Pág. 225.
- (13) Mariano Jiménez Huerta. La Antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México. 1952. Págs. 123 y 124.

- (14) José Angel y Luis Garrido Ceniceros. La Ley Penal Mexicana. Ediciones Botas. México. 1934. Pág. 39.
- (15) Op. Cit. pág. 149.
- (16) Op. Cit. En "Apuntamientos..." pág 295.
- (17) Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 3a. Edi. Porrúa, México. 974. pág. 160.
- (18) Semanario Judicial de la Federación, CXII, Pág. 1850.
- (19) Op. Cit. Pág. 152.
- (20) Op. Cit. Pág. 161.
- (21) Op. Cit. "Apuntamientos...". Pág. 300.
- (22) Op. Cit. Pág. 319.
- (23) Op. Cit. Pág. 207.
- (24) Op. Cit. en "Apuntamientos..." Págs. 305 y 306.
- (25) Ibidem. Pág. 311.
- (26) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Topográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1967. Pág. 275. (27) Op. Cit. Pág. 228.
- (28) Celestino Porte Petit En "Apuntamientos..." Pág. 406
- (29) Francisco Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Pág. 231.
- (30) Edmundo Mezger. En Op. Cit. Pág. 196
- (31) Pavón Vasconcelos. En "Manual..." Op. Cit. Pág. 233.
- (32) Citado por Jiménez de Asúa Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 3a. Edi. Editorial Lozada. Buenos Aires. 1965. Pág. 694
- (33) Ibidem. Pág. 696.
- (34) Francisco Pavón Vasconcelos En Op. Cit. Pág. 235.

- (35) Luis Jiménez de Asúa. En Op. Cit. Pág. 708.
- (36) Fernando Castellanos Tena. En "Lineamientos..." Op. Cit. Pág. 173.
- (37) Ibidem Pag. 168 - 172.
- (38) En "Apuntamientos..." Pág. 493.
- (39) Op. Cit. Tomo I. Pág. 362.
- (40) Op. Cit. Págs. 311 y 312.
- (41) Op. Cit. Pág. 218.
- (42) Op. Cit. Pág. 219.
- (43) Ibidem. Pág. 223.
- (44) Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CXXVI. Segunda Parte. Diciembre de 1967. Primera Sala. Pág. 42.
- (45) Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CI. Segunda Parte. Noviembre de 1965. Primera Sala. Pág 38.
- (46) En "la La Ley y ..." Pág.. 352.
- (47) Op. Cit. Pág. 232.
- (48) Cfr. Hans Welzel. En Derecho Penal Parte General. Trad. Carlos Fontan Balestra. Roque Depalama Editor. Buenos Aires. 1956. Pág. 149.
- (49) Crf. Celestino Porte Petit. En "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". 1a. Ed. Impreso por Gráfica Panamericana S. de R:L: México. 1954. Pág 59 (Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, el día 13 de octubre de 1953).
- (50) Ignacio Villalobos En " Derecho Penal Mexicano". Parte General. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1960. Págs. 272 y 273.

- (51) Op. Cit. Pág. 371.
- (52) Raúl Eugenio Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a.Ed. Sociedad Anónima Editora Comercial. Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1979. Pág. 338.
- (53) Olga Islas de González Mariscal. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Ed.Trillas. México. 1982. Pág. 31.
- (54) Op. Cit. Pág. 361.
- (55) Op. Cit. Pág. 171.
- (56) Op. Cit. Pág. 241.
- (57) Op. Cit. Pág. 397.
- (58) Op. Cit. Pág. 247.
- (59) En "La Ley y ..." Pág. 480.
- (60) Op. Cit. Pág. 253.
- (61) Ibid. Pág. 379.
- (62) Op. Cit. Pág. 379.
- (63) Op. Cit. Pág. 255.
- (64) En "Importancia ..." Pág. 52.
- (65) Op. Cit. Pág. 50.
- (66) Op. Cit. Pág. 50.
- (67) Crf. Roda Cordaba, Juan y Gonzalo Rodríguez Mourillo. Comentarios al Código Penal (Español). Tomo I. Ediciones Barcelona. 1972. Págs 330 y 331.
- (68) Op. Cit. Pág.. 254.
- (69) Op. Cit. Pág. 391.

- (70) Op. Cit. Págs. 270 y 271.
- (71) Cfr. Guillermo Colin Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 4a. Ed. Porrúa, México. 1977. Pág. 240.
- (72) Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 267.
- (73) En "Importancia..." Pág. 59.
- (74) Op. Cit. Pág. 271.
- (75) En "Derecho Penal Parte..." Pág. 441
- (76) Ibid. Pág. 442.

II.- LA CALIFICATIVA DE ALEVOSIA.

a).- EVOLUCION HISTORICA Y DEFINICION DEL CONCEPTO ALEVOSIA.

Conforme a la distinción doctrinaria entre los tipos penales de naturalezas básica y los de carácter complementado o subordinados, es de advertirse que los primeros son sustanciales para actualizar por si y de manera autónoma la concretización de una figura delictiva, por ejemplo la de los injustos de robo, homicidio y lesiones, que dentro del ordenamiento jurídico penal Mexicano se previenen en los numerales 367, 302 y 288 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal; por otra parte, los segundos, constituyen un matiz o propiamente un complemento para agravar o atenuar, según el caso, la materialidad de aquél injusto básico, verbigracia en el ilícito de homicidio cuando se le atenúa con la modalidad de riña, a que se refiere el precepto 314 del preindicado ordenamiento sustantivo, o bien la calificativa agravante de ventaja, en alguna de las hipótesis enmarcadas en el numeral 316 del cuerpo legal referido referido.

De tal suerte que mientras un tipo penal de naturaleza básica o fundamental es indispensable para

actualizar la existencia autónoma de un delito. por otra parte, la de cualquier tipo complementado deviene secundaria y subsidiaria respecto a un tipo básico.

Como premisa para el examen de la evolución histórica de la definición de la circunstancia agravante identificada con el concepto de alevosía, se estima necesario circunscribir, como parámetro eminentemente expositivo, que el concepto en cita habrá de versar en los delitos que en el orden jurídico penal Mexicano se refieren a los atentatorios a la vida y a la integridad física de las personas; lo anterior, sin que obste para desestimar la operancia del predicho tipo complementado respecto a injustos de disímbola naturaleza pues, en realidad, la limitante planteada se estima de utilidad para evitar la dispersión en cuanto a las peculiaridades concurrentes de los diversos injustos penales y como guía pedagógica para la mejor comprensión de los elementos que la constituyen: de tal suerte que, sin entrar en mayor disquisición respecto a lo planteado, debe destacarse el aspecto pragmático del límite que se marca.

Ya en materia, vale destacar el consenso en la doctrina jurídico penal para establecer que el origen tanto conceptual como de derecho positivo de la agravante denominada alevosía proviene de la doctrina y del derecho Español, donde incluso históricamente se le relaciona con el

delito de homicidio. En tal virtud, César Camargo Hernández (1) plantea la necesidad del examen del concepto a partir de las perspectivas tradicional, legal y jurisprudencial; estableciendo como concepto tradicional, en que "hay alevosía "cuando se obra a traición y sobre seguro" (2); el concepto legal, circunscripto a la actual normatividad penal vigente en el derecho español, establece que "hay alevosía cuando el "culpable comete cualquiera de los delitos contra las "personas empleando medio, modos o formas de ejecución que "tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo "para su persona que proceda de la defensa, que pudiera hacer "el ofendido" (3); finalmente, por lo que hacer a la fuente del derecho que es la jurisprudencia, el referido jurisconsulto manifiesta que tiene sustento en la sentencia de fecha 27 de mayo de 1949, donde a la letra se define que: "la circunstancia agravante de alevosía que es de naturaleza "subjetiva, y sólo puede concurrir en los delitos contra las "personas exige y consiste en el empleo intencionado y "consciente de medios, formas que, como expresión de "pensamiento y voluntad, con meditación anterior o surgida de "manera espontánea, tiende especialmente, en el propósito del "culpable, a la doble finalidad de asegurar la consumación de "la agresión y eludir todo riesgo personal que pudiera "derivarse de la reacción del ofendido y no de un tercero" (4).

En el antecedente español de los fueros municipales. se advierte la equivalencia sinonimica de los términos alevosía y traición. aun cuando se matiza su conceptualización en "referencia al que obra sobre seguro. en el "que solamente se emplea la alevosía" (5); en el Viejo Fuero de Castilla y las Leyes de Estilo. solamente se destaca para marcar la distinción entre la traición y la alevosía, la punición a que se hace acreedor el justiciable, pues al traidor. además de ser arrastrado y ahorcado. se le confiscaban sus bienes. en tanto que al alevoso . también arrastrado y ahorcado. se le confiscaban únicamente la mitad de sus posesiones y lo restante pasaba a sus herederos (6); situación apuntada. la que de manera inequívoca marca una distinción en razón a la consecuencia punitiva, del grado de estimación y reprochabilidad social del actuar del delincuente.

En las denominadas partidas. de manera embrionaria se advierte la distinción conceptual entre la alevosía y la traición, vinculados ambos a un comportamiento "desleal" y en relación al sujeto que resiente la conducta agresora, de tal modo que cuando el ofendido era el Rey se estaba ante un acto de traición, en tanto al ser el agraviado cualquier otro individuo. se estaba ante la denominada alevosía; a la par de ello. en estos ordenamientos se introdujo la connotación de

"asesino" para designar al que privaba de la vida a otro a traición o de manera alevosa (7).

En el ordenamiento de Alcalá, título XXII, Ley I, se disponía de manera expresa que se actuaba alevosamente cuando el que "con asechanza, consejo o premeditación hiriera "a otro. muera por ello; aunque el herido no muera por la "herida" (8), destacando que ya en esta normatividad aparecen las ideas de "asechanza" y "premeditación", las que posteriormente constituirán, como se verá, elementos medulares para la delimitación de la agravante de la alevosía en el derecho penal contemporáneo, así como para otorgar autonomía a la premeditación como calificativa particularmente en el ordenamiento jurídico penal Mexicano.

En el Código penal Español de 1822, se estableció a la alevosía con el carácter de circunstancia agravadora del homicidio, al establecer que se actualizaba cuando "...usando "de cualquier otro artificio para cometer el delito con "seguridad o sin riesgo del agresor; o para quitar la defensa "al acometido" (9), aún cuando es evidente que lo novedoso consistió en el establecimiento de la dualidad en cuanto a la propia circunstancia: a saber, integradora de un delito autónomo denominado de traición y, a la par, manteniéndose como un obrar complementario, alevoso o traición, en los casos en que el ofendido no lo fuera el Rey.

Ya en los Códigos Españoles de 1848 y 1850 se consideró a la alevosía como circunstancia genérica de agravación, estableciéndose que se actuaba bajo ella "cuando se obra a traición y sobre seguro" (10), definición superada en el posterior Código Español de 1870, donde se delimitó que se ejecutaba un hecho con alevosía, cuando se utilizaba o mediaba el empleo de modos o formas que tendieran de manera directa a la ejecución sobre seguro, sin riesgo personal o daño que pudiese hacer el ofendido, esto es, "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos, o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgos para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido" (11). Lo relevante al caso es que ésta última conceptualización es la que actualmente se mantiene en la normatividad española.

Por otra parte, sobre el mismo tema y en otra vertiente del pensamiento jurídico, Francisco Carrara manifestó: "Hay ocultamiento moral cuando el enemigo ha escondido su ánimo hostil, simulando amistad o disimulando su enemistad. Del enemigo que nos asalta amenazante podemos ponernos en guardia y con frecuencia logramos defendernos: pero es imposible precaverse del enemigo que se nos acerca con la risa en los labios. Esta diferencia no revela la

"sensibilidad moral, por el dolor más intenso que nos causan
"las traiciones de los amigos, respecto a las ofensas de los
"que conocemos como enemigos, lo cual es afecto de un mayor
"peligro que, por la mayor alarma que produce se convierte en
"un criterio político, este es el homicidio que se llama con
"alevosía y que en las legislaciones antiguas y aún en
"algunos Códigos contemporáneos como el Sardo artículo 527 se
"ha tenido cuidado de designar expresamente entre los
"homicidios calificados" (12).

Ahora bien, para el propio Carrara la ocultación referida puede ser de persona o de instrumento, denominando asechanza "cuando el homicida, para atacar a su víctima se "esconde a esperarla, a fin de caerle encima de improviso" (13), en tanto que, cuando el ocultamiento versa respecto al instrumento, lo denomina insidia, la que "siempre presupone "premeditación" (14).

En otro orden de ideas, según Carlos Fontán Balestra, la tradición ha identificado a la alevosía con el homicidio adjetivado como "proditorio o incidioso", versando ambos en un ocultamiento o en la conformación falsa de la realidad en el ánimo del ofendido o de la víctima, respecto a la intención de su agresor, o bien, en lo relativo al ocultamiento físico del propio agresor o del instrumento que le sirve de medio adecuado para el despliegue de su conducta

criminal, deviniendo en consecuencia la dualidad clasificatoria relativa a establecer que el "homicidio proditorio" consiste en un llamado ocultamiento moral o en la mediación de una "asechanza" para el ataque; en tanto que el "homicidio incidioso" se refiere al ocultamiento de naturaleza material o en una "acechanza". Distinción entre lo objetivo y lo subjetivo que incuestionablemente plantea la distinción semántica de los conceptos de "asechanza" y "acechanza", donde el primero consiste en un "engaño encubierto", en tanto que el segundo evoca la utilización de un "artificio para hacer daño a otro": distinción que no constituye un simple juego de palabras, pues en realidad, la sustancia diferenciadora radica en el ocultamiento de la intencionalidad del agresor, o bien en el ocultamiento material de la persona agresora o bien de los medios o instrumentos que utilice para culminar con su asocial y lesivo proceder: en este sentido, vale decir que "el "homicidio proditorio se caracteriza por la ocultación o "disimulo de la intención criminal, mediante actos que "inspiran la confianza de la víctima (acecho). El homicidio "insidioso por la ocultación de la agresión misma, sea "ocultándose el autor (asecho), sea ocultando el arma" (15).

De lo expresado queda de manifiesto que no es sencilla la delimitación definitoria de la alevosía, sin

embargo, retomando la aseveración del penalista argentino Carlos Fontan Balestra, "creemos que la esencia de su "significado gira alrededor de la idea de marcada ventaja en "favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad "elegida. Se utiliza para el caso las expresiones a traición, "sin riesgo, sobre seguro, con astucia, etc., y el "diccionario de la Academia la define como cautela para "asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin "riesgo del delincuente; pero lo fundamental es que el hecho "se haya cometido valiéndose de esa situación o buscándola de "propósito" (16).

b).- LA CALIFICATIVA DE ALEVOSIA EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO.

El artículo 518 del Código Penal de 1871, disponía que la calificativa de alevosía consiste en "causar una "lesión a otra persona, cogiéndola intencionalmente de "improviso, o empleando asechanza u otro medio que no de "lugar a defenderse, ni evitar el mal que le quiere hacer".

En efecto, ya en esa reglamentación positiva se establecían los elementos sustanciales que, como habrá de examinarse, puntualizan los elementos en la actualidad subsistentes e integradores de la denominada circunstancia calificativa de alevosía, consistentes a saber en: a) Que un

sujeto activo cause una lesión a otra persona; b) Que lo anterior se realice alternativamente de improviso, empleando asechanza o a través de medio diverso; y, c) Que el ataque que sufra el ofendido no dé lugar a que éste se defienda ni a evitar el mal que se le quiere hacer.

Conforme el proyecto de reforma al predicho ordenamiento sustantivo, mencionado por Celestino Porte Petit (17), mantuvieron en esencia los elementos exigidos normativamente para integrar la modalidad agravante en cuestión, con la salvedad de que al referirse al sujeto pasivo del delito, cuando originalmente se le designaba como "persona", mediante esa propuesta reformista se substituyó su designación con la expresión "causar una lesión a alguien".

El Código Penal de 1929, retomó tal propuesta de reforma en los términos relatados.

Sin embargo, el actual Código de 1931, literalmente define en su artículo 318, que "la alevosía consiste: en "sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o "empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a "defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

Ahora bien, es advertible que la actual reglamentación legal definitoria del tipo complementado de alevosía retomó en sus aspectos esenciales los elementos contenidos en los antecedentes legislativos mencionados,

depurados en cierto sentido al sustituir la expresión de "causar una lesión a alguien cogiéndola intencionalmente de improviso" por la de "sorprender intencionalmente a alguien de improviso": reafirmando los demás aspectos elementales de la norma.

Empero, en proyectos ulteriores de reforma al mencionado artículo 318 del Código Penal de los años 1949 y 1958, referidos por Celestino Porte Petit (18), se plantea la alternativa de circunscribir y limitar la conceptualización de la agravante en mención, para hacerla consistir en que "la alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza".

Cabe señalar que, a diferencia del actual artículo 318 del Código Penal de 1931, las propuestas reformistas en cita plantearon la alternativa de suprimir la identificada como tercera forma de alevosía, hecha consistir en el "ataque por cualquier otro medio que no de lugar a defenderse ni evitar el mal" al ofendido: asimismo, la expresión "asechanza", con "s", hasta entonces establecida por la Ley, se vislumbró sustituirla por la diversa "agechanza", con "c", ello posiblemente como una reminiscencia a la antigua diferenciación semántica entra ambas expresiones, ya precisadas en el inciso anterior del presente capítulo. Finalmente, deviene significativa la omisión en los citados

proyectos de reforma al Código Penal de los años 1949 y 1958, en lo que atañe a agregar los elementos consistentes en que el ataque intencional sufrido por el sujeto pasivo "no dé lugar a defenderse", en este sentido, soslayando la circunstancia o posibilidad del atacado y privilegiando, simplemente como suficiente para constituir la modalidad de que se trata el intencional y sorpresivo o acechante ataque que de improviso sufre el agredido.

C.-ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA CALIFICATIVA DE ALEVOSIA.

El tipo complementado alevosia, es definido en el artículo 318 del Código Penal en los siguientes términos: "La alevosia consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso. o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer".

De la anterior transcripción, es evidente que los elementos de ese figura consisten en: a) Que un sujeto activo ataque intencionalmente a alguien; b) Que ese ataque se configure en forma alternativa de improviso, empleando asechanza o por algún otro medio; y, c) Que esa agresión no dé lugar al atacado de defenderse ni de evitar el mal que se le quiera hacer.

El anterior desglose implica el requerimiento de la norma de circunstancias personales, de ocasión y de medios, tanto con el agresor como en la víctima, a la par que modalidades específicas de ocasión al consumarse el hecho.

Por lo que atañe al sujeto activo del delito, se exige que su conducta sea positiva, es decir de hacer, materializada en el despliegue de un ataque lesivo, el que habrá de matizarse en forma imprevista o intempestiva, a través del asecho, o bien por otro medio idóneo. Evidentemente que cada una de esas conductas consideradas dan pauta a la integración de tipos complementados específicos, a saber el de ataque intencional de improviso, el de ataque intencional empleando asechanza y el de ataque intencional por cualquier otro medio que no dé lugar a la defensa.

Con independencia al examen que posteriormente habrá de realizarse referente a cada una de esas hipótesis, conviene destacar la relevancia en la situación y calificación del hecho desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el que evidentemente y de acuerdo hasta lo ahora definido habrá de constituir el objeto, valga la expresión, del ataque en alguna de las condiciones y circunstancias anotadas, donde lo relevante es que en forma objetiva e inequívoca debe establecerse su imposibilidad de defenderse y de obstaculizar, evitar, atenuar o nulificar el mal que se le quiera hacer.

Lo hasta ahora establecido conlleva a precisar la interpretación de que, cualesquiera de las conductas previstas por el tipo complementado establecido en el precepto 318 del Código Penal, requiere para su integración como tal, la circunstancia de que el proceder criminoso del sujeto activo no dé lugar por parte del sujeto pasivo a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer. Elemento el que posteriormente habrá de examinarse en relación a la naturaleza del ataque desplegado.

Cierto, en cuanto atañe a la primera hipótesis consistente "en sorprender intencionalmente a alguien de "improviso". entraña la concepción de los siguientes elementos: a) Que el ataque que el sujeto activo realice en contra de un pasivo sea intencional; b) Que además sea en forma sorpresiva; y, finalmente c) Que también lo sea de improviso.

Por lo que hace al primero de estos elementos, es indefectible que se vincula a la naturaleza dolosa del injusto, es decir, en cuanto a la exigencia de que en el activo exista plena capacidad de dolo, lo que técnicamente equivale a la aptitud de conocer y querer la concreción del aspecto objetivo no valorativo del tipo penal básico, vale decir en la preordenación cognoscitiva y volitiva en el ánimo del delincuente hacia la finalidad vulnerante del bien jurídico protegido por la norma:

Referente al "sorprender" al sujeto pasivo, esto equivale al elemento de sorpresa objetivamente buscado por el atacante y a la que, de manera complementaria y en forma subjetiva, incide emocionalmente a la reconsideración del pasivo, de manera que la sorpresa del ataque buscada y conscientemente determinada por el agresor corresponda una circunstancia subjetiva de imposibilidad de preverlo por parte del atacado.

Finalmente, la situación de que el ataque sufrido se matice como "de improviso", debe entenderse que debe ser en forma intempestiva, también desde la perspectiva del sujeto pasivo, en tanto espontánea y fuera de toda previsibilidad conforme a las circunstancias del caso hasta el extremo de imposibilitarlo para defenderse o evitar la agresión.

En la segunda de las hipótesis deducidas del numeral 318 del ordenamiento sustantivo de la materia, se hace consistir "en sorprender intencionalmente a alguien "empleando asechanza", además de los elementos de sorpresa e intencionalidad referidos en los párrafos que anteceden, y se adiciona como matiz distintivo el elemento "asechanza", el que de acuerdo a la doctrina española, como se estudió en el inciso a) del presente capítulo, conlleva a la determinación de la conducta agresiva en un sentido de ocultamiento de

persona. de instrumento y de intención. Ocultamiento de persona. el que evidentemente se identifica a la del sujeto activo y que complementa al referido elemento de sorpresa. en cuanto a que tiende a la búsqueda del momento y de la circunstancia propicia para el ataque precisamente a partir del ocultamiento del agresor, tendiente a asegurar su supremacía dirigido a satisfacer su designio criminoso y, por otra. que no dé lugar a la defensa del agredido.

En cuanto al ocultamiento del instrumento del delito. permite aseverar no ya que el activo se esconda, sino que, siendo éste visible al pasivo, lo relevante es que material y sensorialmente se evite al pasivo descubrir el instrumento que lleve consigo su atacante.

Finalmente. el ocultamiento de intención privilegia el aspecto subjetivo del atacante. en cuanto al acercarse a su víctima y utilizando artífugos de naturaleza diversa de posibilidad de acercarse a su víctima para en forma sorpresiva desplegar su ataque. acercamiento el que sólo constituye un medio para su fin, lo que de algún modo se asemeja con lo que en la referida doctrina española se identifica con la "acechanza" con "c".

La tercera y última hipótesis referida. verse "en "sorprender intencionalmente a alguien por algún medio que no "le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere

"hacer". En realidad, se estima que ésta constituye un tipo penal complementado de los que la doctrina denomina de naturaleza abierta, donde se deja a juicio del órgano judicial el establecer ese medio comisivo de ataque, lo que difiere al carácter casuístico precisado en las hipótesis anteriores; Sin embargo, se estima que esta alternativa resulta superflua, cuando en realidad cualquier otro medio comisivo con que pueda matizarse la conducta agresiva es susceptible de ser incluida en alguna de las hipótesis examinadas.

- (1) En su obra La Alevosia. Edit. Bosch. Barcelona pp. 31 y 32.
- (2) Loc. cit.
- (3) Loc. cit.
- (4) Loc. cit.
- (5) ibid. p. 12
- (6) ibid. pp. 14 y 15.
- (7) ibid. pp. 15 a 18.
- (8) ibid. pp. 18 y 19.
- (9) ibid. p. 21.
- (10) ibid. p. 23.
- (11) ibidem p. 21.
- (12) Programa de Derecho Criminal. Tr. José J. Ortega Torres y otro. Parte Especial. Vol. I. Tomo III. 3a. ed. Edit Temis. Bogota. p. 185.
- (13) Ibidem p. 191.
- (14) ibidem p. 198.
- (15) Fontán Balestra. Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Ed. Abeledo Perrot S.A.. Buenos Aires. 1980. p. 91.
- (16) loc. cit.
- (17) Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal Mexicano. 3a ed. Edit. Porrúa S.A.. México 1977 p. 277.
- (18) ob. cit. p. 280.

III.- LA CALIFICATIVA DE VENTAJA

A).-EVOLUCION HISTORICA Y DEFINICION DEL CONCEPTO DE VENTAJA.

En principio, debe destacarse que la doctrina penal plantea la dualidad de criterios en cuanto al origen conceptual de la agravante denominada ventaja, ya que una vertiente de jurisconsultos sostiene que esa figura es genuina del ordenamiento penal Mexicano, justamente por no encontrarse antecedentes de ella en legislaciones extranjeras, por otra parte, Mariano Jiménez Huerta afirma "que si lo que caracteriza a esa institución jurídica es su "esencia conceptual y no el nombre que recibe, dicha premisa "es inadmisibile, pues en los Códigos Penales Españoles entró "siempre en función para agravar al delito, la superioridad "en que se hallaba el sujeto activo en parangón con su "víctima" (1).

Aun cuando el autor referido no precisa antecedente concreto para sustentar su afirmación, es de establecerse que como lo asevera Francisco González de la Vega, (2) la antigua legislación Española, específicamente la fracción IX del artículo 106 del Código Penal Español de 1822, enumeraba ya, como circunstancias de agravación: "la tierna edad", "el sexo femenino", "la dignidad", "la debilidad", "la "indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida";

asimismo. en el ordenamiento penal Español de 1848, en su artículo 10. fracción VIII. establecía la agravante de abusar de superioridad o emplear medios que debiliten la defensa, hipótesis esta última aún mantenida en la legislación Española.

De lo anotado es advertible que las referidas disposiciones legales Ibéricas. en esencia atendían y atienden. como circunstancia agravadora de la conducta delictual. la superioridad del sujeto activo en relación con la víctima y, por tanto. en principio es admisible que ello constituya un antecedente de la calificativa de ventaja vigente en el Derecho Penal Mexicano.

El mencionado artículo 106. fracción IX. del Código Penal Español de 1822. refería circunstancias personales como lo es la de tierna edad. la debilidad y el sexo femenino, así como circunstancias de ocasión como el desamparo o conflictos de la persona ofendida. todas ellas evidentemente desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito. que ciertamente la colocaban en un plano de inferioridad en relación con el autor del hecho criminoso. con independencia a las características y circunstancias que envolvieran a éste último.

Por su parte, el artículo 10. fracción VII. de la legislación Penal Española vigente, involucra aspectos

vinculados directamente con el sujeto activo. al agravar el delito cuando éste al desplegar la conducta asocial emplea medios que debiliten la defensa de la persona ofendida, como el "abusar de superioridad".

Ahora bien, ya en la delimitación conceptual de la figura agravante en comento, Francisco González de la Vega plantea su examen a partir del "sentido vulgar de la palabra "y 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" (3).

Si bien, la definición transcrita no proporciona propiamente una conceptualización de la calificativa de ventaja, su utilidad radica en establecer una noción genérica en cuanto a la supremacía del agresor respecto de su víctima, más aún, se adiciona un aspecto de invulnerabilidad como circunstancia objetiva y concurrente, al estimarse la necesidad de que "esa ventaja sea de tal naturaleza que el "que haga uso de ella permanezca inmune al peligro" (4).

Por su parte, Celestino Porte Petit, manifiesta que por ventaja como calificativa, "debemos entender la "superioridad que por cualquier causa tiene una persona sobre "otra y a virtud de la cual no corre riesgo alguno" (5).

En tanto que Mariano Jiménez Huerta, explica que

"la palabra ventaja significa según el diccionario de la lengua, superioridad...de una persona...respecto de otro. Y en un 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 inexistencia de riesgo que para el sujeto activo encierre la ejecución del delito." (6)

Lo expuesto, hace evidente que la delimitación doctrinaria del concepto ventaja se apoya en la superioridad del sujeto activo en relación con el pasivo, lo anterior durante el desarrollo de la conducta criminoso, y en razón a la fuerza física, mental, instrumental, por la destreza, etc.. desplegada o utilizada por el agresor para consumir su finalidad propuesta, aunado a lo cual se exige la inexistencia de riesgo para el sujeto activo al cometer el delito, es decir, que permanezca en todo momento inmune.

B).-LA CALIFICATIVA DE VENTAJA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

En el Estatuto orgánico del 25 de mayo de 1856, referido por Antonio de P. Moreno, aparece por primera vez en México la denominada calificativa de ventaja, como circunstancia que autorizaba a imponer la pena de muerte (7).

Por otra parte, el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en su artículo 23, estableció que podía imponerse la pena de muerte a quien cometiera el delito de homicidio con premeditación, alevosía o ventaja, sin que al caso fuese definido lo que debería entenderse por ventaja. Estimación anterior, retomada casi en su literalidad en el párrafo tercero del artículo 22, de la Constitución de 1917, el que en la parte final de su artículo 22 a la letra determina que: "...Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

Sin embargo, no fue sino hasta el Código Penal de 1871 donde, en su artículo 517, se establecieron los elementos de la denominada calificativa de ventaja, al aseverarse que:

"Se entiende que hay ventaja respecto de uno de los contendientes:

"I.- Cuando es superior en fuerza física al otro, 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 debilita la defensa de su adversario;

"IV.- Cuando éste se halla inerme o caído, y aquél "armado o de pie;

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

Además, el artículo 561, fracción II, de ese mismo ordenamiento sustantivo, establecía que:

"El homicidio intencional se castigará con la pena capital en los casos siguientes:

"I.-...

"II.-Cuando se ejecute con ventaja tal, que no corra el homicida riesgo alguno de ser muerto ni herido por el adversario, y aquél no obre en legítima defensa:"

De la exégesis de las normas transcritas, es claro que de los términos "contendientes y adversario", se incurría en cierta confusión de origen semántico que incidía en el análisis técnico de esa modalidad comisiva. Lo anterior, en virtud de que las palabras contendientes y adversario, en

forma literal conllevan a una relación entre sujetos rivales que propiamente contienden hacia una finalidad específica. circunstancia que en forma alguna podía actualizarse en la perpetración del ilícito cometido con ventaja. ya que justamente el sentido de supremacía sobre el agredido era proporcional a la imposibilidad de defensa de éste y, más aún, a su interés por contender o por enfrentar a su agredido. aspecto de relevancia pues de lo contrario y de aceptar contender por parte del agredido es obvio que en tal caso ya se estaría ante una figura matizadora diversa de la ventaja, como propiamente podía constituir la riña.

Sin embargo, volviendo al ordenamiento punitivo examinado, es advertible que en éste se consideraban dos clases de ventaja: Ventaja relativa y ventaja absoluta. La primera contenida en el numeral 517, donde de manera casuística se establecían las hipótesis donde en cada caso era actualizable esa modalidad. en tanto que la segunda, a la que hacia alusión la fracción II del numeral 561, establecía la pena capital cuando la superioridad era tal que no se corría riesgo alguno de ser muerto o herido por el adversario. es decir, cuando concurría en el atacante un total estado de invulnerabilidad. De lo anterior, se pone de manifiesto que cuando la ventaja no revestía las características previstas en la fracción II del multicitado

artículo 561, aún así, se actualizaba la modalidad agravante de ventaja (ventaja relativa), en tanto que, cuando además concurría esa circunstancia (ventaja absoluta), se agravaba entonces la sanción con la pena de muerte.

El proyecto de reformas al Código Penal de 1871, en su artículo 517, ante el tema proponía que:

"Se entiende que obra con ventaja el ofensor:

"I.- Cuando 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 debilita la defensa del ofendido:

"IV.- Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o en pie.

"La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obra en defensa legítima; ni en el cuarto, si el que se halla armado o en pie fuese el agredido, y además hubiese corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

En el mismo proyecto, en el numeral 566, se establecía:

"Sólo será considerada la ventaja como

"circunstancia calificativa del homicidio. cuando sea tal que
"el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido
"por el ofendido, y aquél no obre en legítima defensa.

"Cuando la ventaja no tenga los requisitos
"expresados. se tendrá sólo como circunstancia agravante de
"primera a cuarta clase. según la gravedad a juicio del
"Juez".

Primeramente conviene destacar que el proyecto en
comento proponía suprimir las palabras "contendientes y
adversario", utilizando en su lugar. en forma correcta a
nuestro juicio las diversas de "ofensor y agredido". también
proponía eliminar la antes identificada como ventaja
relativa. para sustentar como circunstancia agravadora a la
llamada ventaja absoluta. es decir. sólo cuando el ofensor no
corría riesgo alguno de ser muerto o herido por el agredido.

Posteriormente. el Código Penal de 1929. en su
artículo 990 párrafo primero. establecía que:

"Sólo será considerada la ventaja como
"circunstancia calificativa del homicidio: Cuando sea tal.
"que el homicida no corra riesgo alguno de ser muerto ni
"herido por el ofendido, y aquél no obre en legítima defensa.

"Cuando la ventaja no tenga los requisitos
"expresados. se tendrá sólo como circunstancia agravante de
"primera a cuarta clase. según la gravedad. a juicio del
"Juez".

Lo novedoso en esta reglamentación legal, radica en que introduce el vocablo "ofendido" en lugar de la utilizada palabra "agredido", asimismo, determina la posibilidad para el Juzgador, cuando la ventaja no revista la característica de no correr riesgo alguno de ser muerto ni herido, de que a su criterio estimara la gravedad para aumentar la sanción.

Ahora bien, el actual Código Penal de 1931, en su artículo 316, literalmente establece que:

"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; y,

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

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

Complementariamente el numeral 317 de ese ordenamiento punitivo, expresa que:

"Sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos que habla el capítulo anterior 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".

Es advertible que la actual reglamentación del tipo complementado de ventaja, retomó en sus aspectos esenciales los elementos contenidos ya en el proyecto de reforma al Código Penal de 1871 antes transcrito y comentado, con la única variante de sustituir las palabras "agredido" y "agresor", por las de "ofendido" y "delincuente".

Sin embargo, en el proyecto de reforma a los mencionados artículos 316 y 317 del Código Penal, del año 1949, se planteó la modificación que finalmente resultó infructuosa en los siguientes términos:

"Art. 306.- "Se entiende que el homicidio o las lesiones son calificados cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición."

"Art.- 307.- Será considerada la ventaja como calificativa de los delitos a que se refieren los capítulos anteriores de este título cuando sea de tal naturaleza que el delincuente no corra riesgo de ser muerto ni lesionado por el ofendido."

De la anterior transcripción se advierte que la

propuesta reformista retomó el contenido del vigente artículo 317. para delimitar el concepto de la agravante de ventaja. eliminando la expresión "y aquél no obre en legítima defensa." además elimina las hipótesis contenidas en el numeral 316 de ese Cuerpo Legal.

Consideramos acertada la proposición de eliminar la expresión contenida en el actual artículo 317. consistente en "y aquél no obre en legítima defensa". pues. como se verá más adelante. resulta obvio que si se actualiza la excluyente de responsabilidad penal denominada legítima defensa. ello impediría la concretización del tipo básico. sea éste homicidio o lesiones y. por lo tanto sería inútil tratar el estudio de un tipo complementado calificado.

Por cuanto a la propuesta de eliminar el artículo 316. donde casuísticamente se establecen las hipótesis en que opera la ventaja. este tema será motivo de estudio en los capítulos posteriores. aunque precisamente debe plantearse que su justificación radica en que se considera innecesario ese dispositivo con el argumento de que no configuran de manera singular y por sí la calificativa de ventaja. ya que su esencia la encontramos en el diverso numeral 317.

Por su parte. el anteproyecto de 1958. estableció:

"Art.- 133 Hay ventaja cuando el delincuente actúa
"a sabiendas de que por su mayor fuerza o por las armas o

"instrumentos empleados, o por cualquier otro motivo, no corre riesgo de ser muerto ni lesionado por el ofendido o por los que lo acompañen."

Esta infructuosa propuesta reformista retomó algunas de las hipótesis contenidas en el actual artículo 316, así como la contenida en el diverso numeral 317, para en base a ello delimitar el concepto de ventaja en una sola norma: sin embargo, lo novedoso consiste en que pretendió adicionar el vocablo "a sabiendas", el que evidentemente eliminaría la problemática planteada con anterioridad relativa a la naturaleza objetiva o subjetiva del tipo complementado, pues con la expresión referida, se entendería perfectamente que la calificativa de ventaja es esencialmente de naturaleza objetiva, es decir, que el sujeto activo, tendría que tener plena conciencia de la superioridad y ser conocedor de que no corre riesgo de ser muerto o herido por el ofendido o por persona que acompañe a este último, para materializar la calificativa en cuestión.

Finalmente, también propuso hacer extensivo el riesgo al que debe ser inmune el sujeto activo, pues no sólo dependería de la defensa que pudiera desplegar el pasivo, sino la de cualquier persona que se encontrare con este último.

De igual manera el Proyecto de Código Penal tipo, para toda la República de 1963, pretendió modificar los

artículos 316 y 317 del actual Código Penal, en los siguientes términos:

"Art. 279.-se entiende que el homicidio y las lesiones son calificados:

"I.-...

"Hay ventaja cuando el delincuente no corre riesgo de ser muerto o lesionado por el ofendido.

En efecto, esta ultima propuesta, al igual que el anteproyecto de 1948 ya comentado, retoma la parte medular del numeral últimamente citado, para establecer el concepto de ventaja.

C.- ANALISIS DOGMATICO DE LA CALIFICATIVA DE VENTAJA.

El tipo penal complementado que en el derecho positivo Mexicano genéricamente se denomina ventaja, se encuentra prevista en el artículo 316 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y Para toda la República en Materia del Fuero Federal. al tenor siguiente::

"Art. 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 éste se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido.

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

"La ventaja no se tomará 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 en pie fuera el agredido y hubiera corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

Del análisis del numeral transcrito, se advierte la enumeración casuística de hipótesis diversas para la actualización de la agravante en comento, al enumerar en forma expresa en qué casos y conforme a qué circunstancias personales, instrumentales o de medios de ocasión, puede constituirse la referida modalidad delictiva de ventaja en el mundo fáctico: sin embargo, también es advertible que en la fracción III enunciada se establece una hipótesis de las denominadas de naturaleza abierta, al definir que se actualiza esa circunstancia cuando el agresor "se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido", situación que deja a criterio del juzgador la apreciación de la particular circunstancia del hecho acontecido, en razón al examen de los medios de ataque y a las condiciones particulares de defensa del agredido.

También es conveniente hacer notar que las circunstancias enunciadas se vinculan además en cada caso a peculiaridades tanto del sujeto activo como de la víctima.

Ahora bien, en cuanto atañe al contenido de la transcrita fracción I, consistente en que el sujeto activo sea superior en fuerza física al ofendido y éste no se halle armado, se desprenden los siguientes elementos, que deben gestarse necesariamente en forma acumulativa y complementaria, a saber:

a) Que el sujeto activo sea superior al pasivo, en razón de su fuerza física; y b), que el ofendido no se halle armado.

Por lo que hace al primer elemento, es incuestionable que se vincula con la mayor fortaleza corporal del agresor en relación exclusiva y particular con la víctima, esto es, que el agresor en comparación con el ofendido y no con otro diverso sujeto, posea una capacidad física mayor, que evidentemente lo ponga en un plano de superioridad; referente al segundo elemento, consistente en que el sujeto pasivo no se encuentre armado al momento del suceso, constituye una situación vinculada al sujeto pasivo, la que radica en que éste se encuentre desprovisto de cualquier objeto, lícito o ilícito, capaz de constituir un instrumento utilizable con potencialidad lesiva, que desde

luego redundaría en su eventual uso y que incidiría en una posible compensación a su menor fuerza física en relación con su agresor y, consecuentemente, en un equilibrio de ella.

La fracción II del numeral que se analiza, presenta la hipótesis que se hace consistir en la superioridad del activo en razón a las armas que emplea en el ataque, situación que evoca objetiva y materialmente en el agresor una supremacía en relación con el pasivo, mediante la utilización del objeto o instrumento utilizado, por lo que, en tal caso, no basta la simple portación de ese instrumento sino que la norma requiere que el activo lo utilice como elemento idóneo y eficaz para consumar su finalidad.

Diversa hipótesis se contiene en la fracción II de la que se trata, misma que versa en la superioridad del atacante en función a su mayor destreza en el manejo de armas, donde pudiese deducirse que implícitamente plantea la posibilidad de que ambos sujetos se encuentren armados, sin embargo, lo anterior no acontece, pues de encontrarse armado también el atacado, es evidente el eventual y posible riesgo en el atacante de sufrir un contraataque de parte de aquél y, en ta caso, se actualiza el aspecto negativo de la agravante de mérito; aún así, en el caso puede establecerse la supremacía del agresor atento a su habilidad y destreza en el manejo de su arma, que evidentemente adquirió con

anterioridad al hecho y conforme a una capacitación técnica, entrenamiento o práctica en su uso.

Una tercera hipótesis de la fracción II enunciada, es la relativa a la superioridad en razón al número de acompañantes del atacante, que le proporcione una supremacía sobre la víctima. Aunque en tal caso se utiliza de manera genérica la palabra "acompañantes", y por tanto podría plantearse la exigencia de la coactuación material de todos ellos hacia la consumación del resultado delictivo, consideramos que aun cuando no existe claridad al respecto, debe incluirse como constitutiva de la modalidad tanto esa forma de actuación material conjunta de los atacantes, como una diversa constitutiva de una participación legalmente establecida en el artículo 13 del Código Penal.

Por cuanto hace a la fracción III del artículo 316 que se analiza, se exige que el sujeto activo se valga de algún medio que debilite la defensa del ofendido, situación que, como se ha dicho, constituye lo que la doctrina denomina un tipo penal, complementado de naturaleza abierta, donde se otorga la potestad al órgano judicial para establecer, de acuerdo a los hechos y conforme a una valoración normativa que no tiene más límite que la racionalidad y el respeto a los principios de la lógica, así como los generales del derecho, para establecer que en efecto en el caso examinado

se actualiza una circunstancia que merma la capacidad defensiva del agredido.

La fracción IV del aludido numeral 316. plantea hipótesis alternativas. en tanto exige circunstancias de ocasión consistentes en:

Que el pasivo se halla caído y el activo en pie;

Que el pasivo se halla caído y el activo armado;

Que el pasivo se halla inerme y el activo de pie;

y,

Que el pasivo se halla inerme y el activo armado.

En la primera hipótesis es claro un estado de supremacía por parte del agresor en relación con la víctima, al encontrarse aquél de pie y esta última caída.

Por cuanto hace a la segunda hipótesis también es incuestionable la supremacía del sujeto activo al encontrarse armado y el agredido caído.

En la última de las hipótesis es evidente el estado de superioridad del atacante al encontrarse armado y su víctima desarmada.

Sin embargo, de la tercera hipótesis referida, no se advierte una situación de desigualdad. entre el sujeto activo y pasivo, pues la circunstancia de que el primero se encuentre de pie y el segundo desarmado no evoca por necesidad y de manera objetiva que el agresor actúe en un plano de superioridad.

Por cuanto hace a los aspectos negativos de la agravante de ventaja contenidos en la parte final del precepto a estudio, en atención a cuando el sujeto activo despliega su actividad lesiva en defensa legítima, ni tampoco si el que se halla armado o en pie fuera el agredido y hubiera corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia, tales aspectos negativos actualizan lo que el ordenamiento punitivo identifica con la excluyente de responsabilidad contenida en el fracción III de su numeral 15. aunque requiere, desde luego, que el sujeto activo sea objeto de una agresión actual o inminente y que, para salvaguardar su vida e integridad, despliegue su conducta bajo el amparo de la causa de licitud denominada legítima defensa. Aspecto éste, reiterado en el diverso numeral 317 del propio Código Penal, del que en líneas adelante se efectuará el análisis correspondiente.

En efecto, el artículo 317 del Código Penal, establece:

"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 cuanto atañe al elemento superioridad, se origina en referencia a los antecedentes enunciados en las

hipótesis previstas en el numeral 316 del Código Penal, donde se enumeran las situaciones de hecho en donde el sujeto activo adquiere hegemonía en relación con el agredido.

El segundo elemento que atañe a que el delincuente no corra riesgo de ser muerto ni herido por el ofendido, implica que durante el despliegue del criminal proceder del sujeto activo, y como consecuencia de los medios, formas o instrumentos empleados, permanezca inmune al peligro: lo que evoca un sentido de superioridad absoluta, es decir, de invulnerabilidad que anule todo riesgo a su persona y que provenga de la repulsa del agredido, de tal manera que si el agresor corre riesgo en su persona, aunque proveniente de un sujeto diferente al pasivo, o bien de circunstancias ajenas a la defensa del propio agredido, ello no impedirá que el tipo básico se matice con la calificativa de ventaja, al ser claro, que la exigencia legal para la anulación del riesgo o estado de invulnerabilidad, depende exclusivamente de las posibilidades personales de defensa de la propia víctima.

Por cuanto hace al último de los elementos contenidos en el artículo 317 del Código Penal, el que versa en que el agresor "no obre en legítima defensa", es ociosa su estimación pues al demostrarse que la conducta desplegada bajo el amparo de la legítima defensa, denominada por la Ley Penal como excluyente de responsabilidad penal prevista en la

fracción III del numeral 15 del ordenamiento punitivo de la materia, evidentemente que nulifica la concretización del tipo básico, al eliminar de origen la antijuridicidad como elemento positivo del delito, constituyéndose entonces como lícito el comportamiento efectuado.

Por otra parte, es de relevancia determinar la naturaleza de la agravante de ventaja, en cuanto a que si es de carácter objetivo o subjetivo, la que implica que si el sujeto activo es conocedor de su estado de invulnerabilidad al desplegar la conducta lesiva, se dirá que la agravante posee un carácter subjetivo, en tanto que el desconocimiento de esa situación, dará pauta a establecer que es de naturaleza objetiva.

La corriente doctrinaria que sostiene el carácter objetivo de la calificativa, entre quienes destaca Mariano Jiménez Huerta (en el tomo II relativo a la tutela penal de la vida e integridad humana, de su obra Derecho Penal Mexicano), no expresan argumentos directos tendientes a robustecer su criterio, el que sin embargo al parecer se apoya en una interpretación estricta de los preceptos 316 y 317 del Código Punitivo, donde se enuncian las hipótesis en que el sujeto activo se encuentra en superioridad en relación con el pasivo, asimismo, al establecerse la magnitud de esa superioridad sin que se precise aspecto alguno relativo al

conocimiento o ignorancia de las circunstancias del hecho.

Contrariamente, la corriente que afirma la naturaleza subjetiva de la calificativa de ventaja, realiza una interpretación extensiva y sistemática de los artículos que la previenen, para concluir que el motivo para calificar al tipo básico radica en la mayor intensidad de dolo en el sujeto activo al ejecutar el delito, con el conocimiento cabal de que no corre riesgo alguno al desplegar la conducta lesiva. Entre el grupo de autores que apoyan esta perspectiva, destacan Celestino Porte Petit quien al efecto expresa: "la verdad es que el problema planteado se resuelve "considerando que, cuando estamos frente a un tipo "complementado cualificado, como son el de homicidio o "lesiones con ventaja como calificativa, debe exigirse, para "que se dé por existente la mencionada circunstancia que "agrava la penalidad, el conocimiento de la misma, pues de lo "contrario estaríamos frente a un error de hecho que origina "o da lugar a que el sujeto sea responsable del tipo "fundamental básico de homicidio o lesiones y no de un tipo "complementado cualificado, como lo son los homicidios o "lesiones cometidos con ventaja, resulta evidente que no se "le podría imputar la comisión de un delito cualificado"(8).

Por su parte, Francisco González de la Vega, dice: "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, por que no sería lógico ni equitativo imputar una circunstancia al que accionó sin conocimiento de ella" (9).

Como aspecto relevante cabe señalar que, acorde con nuestro sistema jurídico, a quien corresponde a final de cuentas, al tratarse de un aspecto eminentemente de carácter interpretativo, resolver el problema relativo a la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia agravante de ventaja, es a los órganos jurisdiccionales, preponderantemente a los facultados para integrar criterio a través de la jurisprudencia, sin embargo, al examinar esa fuente del derecho, es evidente que lejos de emitir un criterio claro para dilucidar tal carácter, en forma tímida y limitativa, se han emitido sólo algunas tesis aisladas que otorgan al tipo complementado de ventaja un carácter subjetivo, como se advierte de los siguientes criterios:

"VENTAJA, CONCIENCIA DE LA. 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." (Primera Sala, "Apéndice 1985, Parte II, Tesis 292, Página 644).

"VENTAJA. CALIFICATIVA DE.- No es necesaria para la "configuración de la calificativa de ventaja que el inculpado "sepa con anterioridad que el ofendido se halle inerme, sino "sólo basta que se dé cuenta en el preciso momento en que los "hechos se desenvuelven, estando consciente de que no corre "riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendido." (Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. Epoca. Volumen 23. Página 39).

"VENTAJA. CONCIENCIA DE LA.- Se acredita la "calificativa de ventaja. aun cuando mediare una fallida "agresión del ofendido. si, cuando éste ya se encontraba "inerme. con anulación de su defensa. el homicidio ocurrió "como resultado de posteriores y repetidos golpes que le "propinó el inculpado; lo que pone de manifiesto la "superioridad de éste. debido a que en ese momento no corría "riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido. y que "además estaba consciente de ello. al prolongar la agresión." (Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7a. Epoca. Volumen 127-132. Página 39).

"VENTAJA.- La modificativa agravante de ventaja se "integra en primer término. con una acción humana que "produce. en su nexo de causalidad. el resultado de privación "de la vida. en la que concurre una ventaja de tal naturaleza "que el delincuente no corre riesgo alguno de ser muerto o

"herido por el ofendido. siempre que aquél no obre en
"legítima defensa. En la doctrina mexicana. con referencia a
"la ventaja, se habla de tal como circunstancia agravante y
"como calificativa; se está en presencia de la primera
"cuando concurre alguna de las hipótesis a que se alude en el
"artículo 316 del Código Penal, y sólo se habla de la
"ventaja. como calificativa, cuando. supuesta la ventaja,
"esta sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de
"ser muerto o herido por el ofendido, para la existencia de
"la ventaja se requiere que el sujeto activo tenga perfecto
"conocimiento de que la víctima se encuentra inerme. y dicho
"en otras palabras, que haya obrado con la seguridad absoluta
"de que su persona no corría peligro alguno. Si de autos ha
"quedado debidamente precisado que al realizar el reo el
"primer disparo, contra el hoy occiso. lo hizo estando éste
"de espaldas a él, es evidente que la ventaja que se supone
"el arma empleada y la posición en que la víctima se
"encontraba. integra la calificativa de referencia por la
"existencia de una ventaja de naturaleza tal que dicho reo no
"corrió riesgo alguno de ser muerto o herido por el hoy
"occiso." (Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación,
6a. Epoca. Volumen XXXVII. Página 184).

"VENTAJA, CALIFICATIVA DE.- Para que exista esta
"calificativa, se necesita la comprobación de que el homicida

"supo que el ofendido se encontraba desarmado y, además, la intención manifiesta y comprobada del homicida, de aprovechar aquella circunstancia, para no correr riesgo alguno de ser muerto o herido; y la sentencia que tiene por comprobada dicha calificativa, sin concurrir aquellas circunstancias, es violatoria de garantías." (Primera Sala Semanario Judicial de la Federación, 5a. Época, Tomo XLVII, Página 4095).

De las tesis transcritas, es manifiesto que cuando el sujeto activo, no tiene consciencia plena respecto a su invulnerabilidad y superioridad frente a la víctima, se afirma que no se acredita la calificativa de ventaja, precisamente por la falta del elemento subjetivo relativo al conocimiento de no correr riesgo alguno durante el desarrollo del hecho criminoso, luego entonces, es evidente la opción por el carácter subjetivo que, en las condiciones apuntadas, se ha inclinado nuestro más alto tribunal para vislumbrar la calificativa de ventaja.

Consideramos acertado al criterio de otorgar al tipo complementado calificado de ventaja un carácter subjetivo. Lo anterior, en cuanto se privilegia la intención del agente al delinquir con cabal certidumbre de que al hacerlo no corre riesgo de ser muerto o herido por la víctima, pues si bien de acuerdo a lo previsto en los

numerales 316 y 317 del Código Penal, donde se prevé el tipo complementado a estudio, se advierte que no se exige elemento alguno vinculado con la intención del sujeto activo, y consecuentemente la agravante en cuestión resulta una circunstancia de hecho, es decir, de carácter meramente objetivo: sin embargo de la interpretación sistemática de la descripción legal, en relación al aspecto subjetivo y psíquico del delito en términos generales, es incuestionable entonces la exigencia tanto de la intención como del conocimiento de las condiciones en que desarrolla su conducta al caso en cuanto a tener pleno conocimiento de que al hacerlo no corre riesgo alguno de ser muerto o herido por su víctima, para justificar estimativamente la agravación del grado de reproche enderezado en su contra.

N O T A S :

- (1) op. cit. Tomo II. p. 134.
- (2) op. cit. p. 75.
- (3) En su obra Derecho Penal Mexicano (los Delitos). 21a. Ed. Porrúa. México. 1986. p. 71.
- (4) Ibidem pp. 72 y 73
- (5) Ibidem p. 244.
- (6) op. cit. pp. 130 y 131.
- (7) En su obra Curso de Derecho Penal Mexicano. Ed. Ius. México. 1944. Volumen VIII. Serie A. p. 233
- (8) En su obra "Apuntamientos..." p. 244.
- (9) En su obra Derecho Penal Mexicano. p. 72.

IV.- ASPECTOS INCIDENTALES Y DISTINTIVOS ENTRE LAS AGRAVANTES DE ALEVOSIA Y VENTAJA.

a).- SEMEJANZAS.

En principio, cabe destacar que en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, a los tipos complementados de alevosia y ventaja se les otorga un tratamiento definitorio jurídicamente casuístico, no obstante lo anterior, en forma adicional se prevé en cada caso una hipótesis de las denominadas de naturaleza abierta, pues en lo que atañe a la calificativa de ventaja, en los casos en que de acuerdo a las circunstancias del hecho valoradas por el Juzgador sean tales que el sujeto activo "no corra riesgo de ser muerto o herido por el ofendido", mientras que referente a la alevosia, en que conforme a la secuela delictual y en atención al agredido "no dar lugar a defenderse ni evitar el que se le quiere hacer".

Conviene destacar, por otra parte, que el elemento "supremacía" requerido por la agravante de ventaja, se vincula con el sujeto activo, del que en tal caso se exige su invulnerabilidad en el desarrollo de su asocial proceder, mientras que la nulificación de defensa, como elemento constitutivo del tipo complementado de alevosia, se relaciona

con el sujeto pasivo, al exigirse que durante el ataque al que se le somete no tenga posibilidad de defensa ni de evitación del mal que se le pretende hacer; sin embargo, ese particular aspecto no constituye un medio diferenciador determinante ya que en realidad el riesgo a que hace alusión la agravante de ventaja, debe provenir de la persona ofendida y no de otra diversa o de circunstancias ajenas al mismo.

En efecto, el estado de invulnerabilidad del sujeto activo en la ventaja depende exclusivamente de la defensa potencial del ofendido, por lo que es incuestionable que si no se da lugar a tal defensa, no se corre por ende riesgo de ser muerto o herido por el ofendido, o a la inversa, si no se corre riesgo de ser muerto o herido, entonces es evidente que no hubo lugar a la defensa por parte del ofendido.

Otro aspecto coincidente en ambas calificativas lo constituye el hecho de que la hipótesis de ventaja prevista en la fracción III del aludido numeral 316 del Código Punitivo, a propósito de cuando el agresor "se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido", al racionársele con las dos primeras formas de alevosía, a saber: las de "sorprender intencionalmente a alguien de improviso, que no dé lugar a defensa ni evitar el mal que se quiere hacer", así como en "sorprender a alguien empleando asechanza que no dé lugar a defensa ni evitar el mal que se quiere hacer", en

realidad, se estima que ambas formas alevos. únicamente satisfacen los presupuestos de la ventaja, pues evidentemente que todas aquellas situaciones sólo constituyen un medio que debilita la defensa del ofendido.

Acontece lo propio con el elemento relativo a "que sea tal que el delincuente no corra riesgo de ser muerto o "herido por el ofendido", a que se refiere el numeral 317 del mismo ordenamiento legal, ya que las diversas formas de alevosía requieren igualmente el no dar lugar a defensa ni a evitar al mal que se quiere hacer al ofendido.

Por otra parte, ambas agravantes exigen la actualización de un elemento subjetivo, a saber: En la alevosía, que el ataque intencional sea sorpresivo, ya de improviso, empleando asechanza o por cualquier otro medio, que no dé lugar al ofendido de defenderse o de evitar el mal que se le quiere hacer: de donde se deduce la exigencia de una intencionalidad traducida en el dolo específico consistente en que en el sujeto activo exista plena capacidad de conocer y querer el aspecto objetivo del tipo complementado, además del dolo genérico requerido por el tipo penal básico, consistente el primero en el ataque por sorpresa, a la par que de improviso, empleando asechanza o cualquier otro medio que no dé lugar a la defensa al ofendido; respecto a la ventaja en que el sujeto activo actúe

con pleno conocimiento de que al desplegar su asocial proceder, no corra riesgo de ser muerto o herido por el agredido, en razón precisamente a la situación de desigualdad que aprovecha.

b) DIFERENCIAS.

Existen aspectos que marcan una notable distinción entre los tipos complementados de ventaja y alevosía.

En efecto, de acuerdo a lo apuntado en los capítulos que anteceden, la calificativa de alevosía se concretiza en el empleo de medios o modos en el ataque, es decir, en un actuar intencional y por sorpresa por parte del sujeto activo y complementariamente, que se materialice de manera imprevista, empleando asechanza o por cualquier otro medio, que no dé lugar al agredido de defenderse o evitar el mal que se le quiere hacer: en tanto que la ventaja evoca superioridad del sujeto activo en relación con la víctima, en razón a su fuerza física, el empleo o mayor destreza en el manejo de armas, por una pluralidad de sujetos que lo acompañen, o bien el de aprovechar una circunstancia de ocasión al encontrarse su víctima inerme o caída y aquél armado o en pie, o por cualquier medio que debilite la defensa del ofendido, donde en forma correlativa a cada hipótesis, en que el sujeto activo no corra riesgo de ser muerto o herido por el agredido.

De tal modo que si bien en ambos tipos complementados se exige un estado de indefensión en la víctima o una situación de invulnerabilidad del atacante en la alevosía es evidente que tal situación es creada con los medios empleados mientras que en la de ventaja surge como consecuencia de una situación de desigualdad previa al hecho típico al caso ya existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. empero aprovechada por el primero para ejecutar su conducta: por lo que de este modo en la ventaja se aprovecha una situación de supremacía ya existente sea por cuestiones personales del sujeto activo o pasivo por determinados instrumentos con potencialidad lesiva etc.. mientras en la alevosía se constituye precisamente conforme y apartir de los medios empleados con los que se logra un actuar sobre seguro sin dar lugar al agredido de defenderse ni de evitar el mal del que es objeto.

CONCLUSIONES.

1.- Las agravantes de alevosía y ventaja, encuentran sus antecedentes en el derecho Español. la alevosía con una evolución histórica desde el origen del concepto hasta su determinación como circunstancia agravante, mientras que la ventaja presenta ese origen en sus aspectos medulares, que atañen a superioridad del sujeto activo, ya que es en el derecho penal mexicano donde técnicamente se le otorga esa denominación.

2.- De acuerdo a la clasificación de los tipos penales, en orden a su metodología y en función de su autonomía, la alevosía y la ventaja constituyen tipos complementados subordinados calificados.

3.- La calificativa de alevosía se encuentra prevista en el numeral 318 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, del que se advierten tres hipótesis consistentes en:

- a).- Un ataque intencional de improviso;
- b).- Un ataque intencional empleando asechanza; y,
- c).- Un ataque intencional empleando cualquier otro

medio.

De manera complementaria, aunque necesaria a cada una de esas hipótesis, que al ofendido se le inhiba

posibilidad de defensa o de evitación al mal que se le quiere hacer.

4.- Por su parte, la agravante de ventaja se encuentra prevista en los numerales 316 y 317 del ordenamiento punitivo enunciado, del que se derivan las siguientes hipótesis:

a).- Que el sujeto activo sea superior al sujeto pasivo en razón de su fuerza física, al tiempo que el segundo no se halle armado:

b).- Que el activo sea superior por las armas que emplea:

c).- Que sea superior el atacante por la mayor destreza en el manejo de armas:

d).- Que tal superioridad se constituya por el número de quienes lo acompañan:

e).- Que el sujeto activo se valga de algún medio que debilite la defensa del ofendido:

f).- Cuando el sujeto activo se encuentre en pie y el pasivo caído:

g).- Cuando el sujeto activo se encuentre en pie y el pasivo desarmado.

h).- Cuando el pasivo se halle desarmado el activo armado; y.

1).- Cuando el pasivo se encuentre desarmado y el activo en pie.

Complementariamente, para cada una de las hipótesis transcritas se exige además que la superioridad de que se trata sea tal que el delincuente no corra riesgo de ser muerto o herido por el ofendido.

Cabe señalar que la última de las hipótesis transcritas, propiamente no evoca una superioridad por parte del agresor, ante la situación de que se encuentre desarmado y su víctima en pie.

Por otra parte, los dispositivos referidos contienen aspectos negativos para la integración de la calificativa, consistentes en que el sujeto activo al desplegar su conducta no lo haga bajo el amparo de la excluyente de responsabilidad denominada legítima defensa, aspecto que se estima innecesario, por lo que se propone su eliminación.

4.- Es advertible que a los tipos complementados de alevosía y ventaja, se les otorga un tratamiento definitorio de carácter casuístico, aunque, adicionalmente en ambos se prevé una hipótesis de las denominadas de naturaleza abierta.

5.- Como aspecto incidental el estado de invulnerabilidad del sujeto activo en la ventaja, al depender de la defensa potencial del agredido, coincide entonces, con

el elemento requerido por la alevosia consistente en no dar lugar al ofendido de defender o evitar el mal que se le quiere hacer, pues es incuestionable que si no se da lugar a defensa, por ende, no existe riesgo de ser muerto o herido.

6.- Otro aspecto coincidente lo constituye el hecho de que la ventaja prevista en la fracción III del aludido numeral 316 del Código Punitivo, relativa a cuando el agresor "se vale de algún medio que debilita la defensa del "ofendido." al relacionarse con las dos primeras formas de alevosia, a saber: "sorprender al alguien de improviso y en "sorprender al alguien empleando asechanza". éstas satisfacen los presupuestos requeridos por la ventaja enunciada, al ser evidente que se debilita la defensa del ofendido, acontece lo mismo con el elemento relativo a que "sea tal que el "delincuente no corra riesgo de ser muerto o herido por el "ofendido", pues las formas de alevosia exigen que no se dé lugar a defensa ni evitar el mal que se quiere hacer.

7.- Finalmente, ambos tipos complementados requieren de un elemento subjetivo. En la alevosia, para cada una de sus hipótesis se exige entre otros elementos, un ataque intencional, que se traduce en un dolo específico en el sujeto activo consistente en querer y conocer el aspecto objetivo de la agravante, además del dolo genérico requerido para la integración del tipo penal básico: en tanto que para

la ventaja también es necesario que el sujeto activo al desplegar su asocial proceder, tenga pleno conocimiento de que no corre riesgo de ser muerto o herido por su víctima, en razón precisamente a la situación de desigualdad que aprovecha.

8.- Como aspecto de distinción entre los tipos complementados de alevosía y ventaja, se estima que si bien para ambas agravantes se exige un estado de indefensión en la víctima o una situación de invulnerabilidad en el atacante, en la calificativa de alevosía esa situación es creada con los medios empleados, en tanto que en la de ventaja surge como consecuencia de una situación de desigualdad previa al hecho típico, al caso ya existente entre el sujeto activo y el pasivo, así como aprovechada por el primero para ejecutar su conducta.

9.- El estado de invulnerabilidad del sujeto activo en la ventaja y la indefensión de la víctima en la alevosía constituyen la naturaleza de los tipos complementados. Por lo anterior, no pueden coexistir ambas matizando simultáneamente a un tipo penal básico pues resulta evidente que, ese estado de invulnerabilidad en el atacante o indefensión en la víctima, bien se obtiene mediante los medios empleados, o en su caso se gesta por el aprovechamiento de una situación previamente existente, pero de ninguna manera es factible

obtener el mismo resultado por la forma en que se obtiene la invulnerabilidad o la indefensión del agredido.

BIBLIOGRAFIA.

ANTOLISEIS, Francesco, Manual de Derecho Penal. Trad. por Juan del Rosal y Angel Torio. Editorial Uiteha, Buenos Aires, 1960.

BELING, Ernst, La doctrina del delito-tipo. Trad. por Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

BERNAL PINZON, El Homicidio. Editorial Temis, Bogotá 1971.

BETTIOI, Giuseppe, Derecho Penal. Parte General. Versión Castellana del R, José León Pagano. Editorial Temis. Bogotá 1965.

CARMARGO HERNANDEZ, César, La Alevosia. Bosh Casa Editorial, 51 bis, Barcelona 1953.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Parte General. Derecho Penal Mexicano, 13a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1978.

CASTELLANOS TENA, Fernando, "Las excluyentes de responsabilidad penal en el Código Penal de 1931". Criminalia. Año XXII, No. 9 sept. de 1956, México, D.F.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 4a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1977.

CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal. Tomo I, Volumen II, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Editorial Bosch, Barcelona 1978.

DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal Español, Parte General, Volumen II, Editorial Villena Artes Gráficas, Madrid, 1972.

FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal. Tomo I a IV. Editorial Abeiardo Ferrot. Buenos Aires. 1980.

GARRIDO CENICEROS Luis y José Angel. La Ley Penal Mexicana. Ediciones Botas. México. 1984.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. Editorial Trillas. México 1982.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomos V, VI y VII, 2a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomos IV y V, 3a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Tr. Roberto Vernengo, UNAM, 1955.

LISZT, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Trad. de la 20a. edición Alemana, por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, 3a. edición, Editorial Instituto Reus, Madrid, 1940.

MADRAZO, Carlos, "Estudios Jurídicos". Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

MAGGIORRE, Giuseppe, Derecho Penal, Volumen I, Trad. por José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá 1971.

MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Volumen I, Trad. por Santiago Sentis Meleno, Editorial Adiar Editores, Argentina 1948.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, trad. por José Arturo Rodríguez Muñoz, 2a. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

PETROCELLI, Biagio, La AntiJuridicidad, Tr. José L. Pérez, UNAM, México, 1963.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A: México, 1974.

PORTE PETIT CANDAUDAF, Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 10a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1985.

PORTE PETIT CANDAUDAF, Celestino, Importancia de la Doctrina Jurídico Penal, 1a. ed. impreso por Gráfico Panamericana, S. de R.L. México, 1954.

SOLER, Sebastian, Derecho Penal Argentino. Tomo I, Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1967.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 4a. edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1983.

WELSEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Tr. Carlos Fontán Balestra. Rodue de Palma Editor. Buenos Aires. 1965.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Editorial Ediar, Argentina 1983.