

## COMENTARIOS SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ubicación de los delitos contra la vida y la integridad corporal*. III. *Nexo causal*. IV. *Homicidio entre parientes o personas con ligamen afectivo*. V. *Infanticidio*. VI. *La regulación de la eutanasia*. VII. *Las calificativas*.

### I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal ofrece múltiples innovaciones, tanto en el Libro Primero o Parte General como en el Libro Segundo. Algunas de estas innovaciones son de especial trascendencia, bien por obedecer a las teorías más avanzadas en materia penal, bien por dar respuesta, con puntualidad, a las necesidades sociales y cumplir lineamientos de una adecuada política criminal. Otras, por opuestas razones a las apuntadas, constituyen desaciertos que pudieron haberse corregido en su oportunidad, si se hubieran atendido las opiniones desinteresadas de algunos estudiosos de la materia.

En esta ocasión se hará una revisión de las modificaciones introducidas en el Título dedicado a los “Delitos contra la vida y la integridad corporal”.

En términos muy generales —aunque más adelante se harán algunas precisiones de los aspectos más importantes— se pueden señalar las siguientes modificaciones.

- La acertada ubicación de los delitos contra la vida y la integridad corporal.

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- La simplificación de la regulación del nexo causal relacionado con el homicidio y las lesiones.
- La nueva ubicación y los agregados al contenido del tipo, conocido anteriormente como “Homicidio en razón del parentesco o relación”.
- La introducción de un nuevo infanticidio.
- La incorporación de la eutanasia.
- La diversa concepción de las calificativas.
- Nuevos textos concernientes a los delitos relacionados con el suicidio.
- La supresión de la obsoleta figura del duelo, que se había conservado en los códigos penales como reliquia (aún se conserva en el Código Penal Federal y en varias entidades federativas).
- La adición de algunas precisiones en relación con la riña.
- La inserción, en el homicidio por emoción violenta, de lo que debe entenderse, para efectos penales, por emoción violenta, concepto en el que se destaca la necesaria atenuación en forma considerable y transitoria de la imputabilidad del agente.
- La diferente ubicación de los homicidios culposos calificados: con sujeto pasivo singular y con sujeto pasivo plural y varias especificaciones de los textos correspondientes.
- La eliminación de los homicidios calificados por cometerse a propósito de una violación o de un robo, o por cometerse en casa habitación (mismos que continúan vigentes en el Código Penal Federal).
- En el ámbito de los delitos de aborto, la cancelación de las tan criticadas figuras de aborto procurado por móviles de honor y de consentimiento de aborto por móviles de honor, así como la inclusión de algunas precisiones terminológicas.

## II. UBICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

La Parte Especial de un código penal es un catálogo de tipos penales cuya función es la protección de bienes jurídicos (razón de ser de la pena y, en última instancia, también del derecho penal). En este sentido, es en esta Parte, de la estructura del Código, donde se manifiestan los intereses de la sociedad en un momento y lugar determinados. En otras palabras: el Libro Segundo del Código Penal refleja claramente la ideología, la cultura y hasta el régimen político y económico que rige en el lugar de origen del ordenamiento penal.

En el devenir histórico mexicano la legislación penal ha tomado diferentes rumbos. El Código Penal Federal de 1871, fiel a los postulados liberales de la época, inicia el Libro Tercero con los “Delitos contra la propiedad”, lo cual indica o pone de manifiesto su ideología.

El Código Penal de 1929, a pesar de que la Constitución de 1917, plenamente respetuosa de las garantías individuales, ya tenía doce años de vigencia, nace inmerso en una ideología estatista. Abre su Libro Tercero con los “Delitos contra la Seguridad Exterior de la Nación”, y es hasta el Título Decimoséptimo donde prevé los delitos contra la vida.

El Código Penal de 1931, surgido en momentos difíciles de transformación política y económica, producto de la cruenta revolución que se había vivido, continuó impregnado del estatismo de la época. En esta línea ideológica, dedica el primer título de su Libro Segundo a los “Delitos contra la Seguridad Exterior de la Nación”, igual que el Código Penal de 1929, y a los delitos contra la vida y la integridad corporal les da cabida en el Título Decimonoveno.

Actualmente se afirma que en un Estado de derecho lo primordial y fundamental es el respeto de los derechos humanos. Esta prioridad, transportada al ámbito de la normatividad penal, conduce inevitablemente a proteger de manera preponderante, en el primer lugar de la Parte Especial del Código Penal los bienes jurídicos relativos a las personas individualmente consideradas y, partiendo de ahí, en un orden genético y jerárquico, se irán ubicando en los niveles siguientes (títulos y capítulos) todos los bienes jurídicos que se tutelan en el ordenamiento penal.

Con esta cultura de los derechos humanos, el Código Penal para el Distrito Federal, de 2002, por vez primera otorga preferencia al ser humano. En el Título Primero del Libro Segundo (Parte Especial) regula los “Delitos contra la vida y la integridad corporal”.

Es importante destacar que el Código Penal Federal continúa ubicando estos delitos en el Título Decimonoveno. En cambio, 14 de las 31 entidades federativas (Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco y Veracruz) se adelantaron al importante cambio que operó en el Distrito Federal.

En el extranjero, el Código Penal español de 1995 sitúa en su Título Primero todo lo concerniente al delito de homicidio y sus formas. En tanto que el Código Penal alemán se ocupa de los delitos contra la vida en la Sección Decimosexta bajo el rubro de “Hechos punibles contra la vida”.

### III. NEXO CAUSAL

La materia concerniente al nexo causal estaba incluida en tres artículos reiterativos e innecesarios: el 303, en su fracción I, el 304 y el 305.

La fracción I del artículo 303 disponía: “Se tendrá como mortal una lesión cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios”. Como puede apreciarse, se trata de una regla muy concreta y precisa (aunque innecesaria, según se verá más adelante).

El artículo 304 postulaba que siempre que se verificaran las tres circunstancias previstas en el artículo 303, la lesión se tendría como mortal aunque se probara: a) que la muerte se habría podido evitar con auxilios oportunos, o b) que la lesión no habría sido mortal en otra persona, o que se debió a la constitución física de la víctima o a las circunstancias en que se recibió la lesión. Con estas especificaciones se quería puntualizar que, al determinarse el nexo causal, nada importa lo que hubiera podido ser en otras circunstancias o en otra persona, sino únicamente lo que en realidad ocurrió como consecuencia de la lesión inferida (de la actividad realizada por el activo). En este sentido, el citado texto venía a ser una reiteración superflua de lo previsto en la fracción I del artículo 303.

Por su parte, el artículo 305 estipulaba diversos casos en los que, a pesar de ocurrir la muerte, no se tendría como mortal la lesión, si: a) la muerte fue resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido; b) la lesión se hubiere agravado por causas posteriores tales como: aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de quienes lo rodearon. Todos estos casos sólo reafirmaban lo concretamente establecido en la fracción I del artículo 303, por lo cual eran inútiles.

El nuevo Código Penal, al regular el nexo causal en el artículo 124, toma exactamente lo prescrito en el artículo 303, fracción I, del Código anterior, salvo las expresiones finales, plenamente innecesarias, en que se dice “y que no pudo combatirse, [se refiere a la complicación] ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios”.

Este cambio significa un adelanto, pues elimina todo lo redundante y sólo reproduce un texto que puede ser útil para evitar desvíos en la interpretación. Sin embargo, es importante resaltar que aun esta fórmula tan

concreta es innecesaria en virtud de que el nexo causal está contenido en el artículo 123 que tipifica el homicidio y del cual se desprende que de todos los factores causales (que pueden llegar hasta el infinito) el único que interesa es la actividad del sujeto activo que satisface la propiedad de “privar de la vida a otro”, y no es causal toda actividad que no satisfaga dicha propiedad; esto quiere decir que cualquier otro factor que no sea la actividad del autor material, o que siendo actividad de dicho autor, no satisfaga la propiedad de privar de la vida a otro, son irrelevantes para el tipo penal.

Vale tener presente que en la Parte Especial del Código Penal hay múltiples tipos penales que exigen la presencia de un resultado material y, por tanto, de un nexo causal; no obstante, sólo se prevé lo relativo a la causalidad a propósito del homicidio, lo cual indica que la referencia expresa a la causalidad es innecesaria.

#### IV. HOMICIDIO ENTRE PARIENTES O PERSONAS CON LIGAMEN AFECTIVO

La figura delictiva denominada, en el anterior Código Penal, como “Homicidio en razón del parentesco o relación”, descrita en el artículo 323, ocupaba un capítulo (IV) independiente dentro del Título de los “Delitos contra la vida y la integridad corporal”. El Código Penal actual contempla esta figura sin ningún nombre específico (dentro del Capítulo I denominado simplemente “Homicidio”) que resalte la materia que le da contenido, su categoría de tipo especial calificado y, por ende, el bien jurídico que, además de la vida humana, se pretende tutelar, a saber: la fe y/o la seguridad fundada en la confianza derivada de la concreta relación entre ascendiente y descendiente, bien jurídico con el que se legitima la punibilidad agravada.

Este tipo penal recoge todas las relaciones de parentesco y ligamen afectivo, consignadas en el artículo 323, con las que se determinan tanto las calidades del sujeto activo como las del sujeto pasivo a quien se priva de la vida, tales como ser: ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, se agrega “la persona con la que se tiene una relación de pareja permanente”, con lo cual se pretende proteger a todas las personas que viven en pareja, sin distinción de sexo, siempre y cuando esta unión tenga el carácter de permanente.

Por otra parte, el nuevo ordenamiento penal siguió la misma tendencia del anterior de señalar, de manera expresa, que el tipo se concretiza sólo

cuando existe “conocimiento de esa relación”. Cabe anotar que ese señalamiento, destacado en el tipo, es absolutamente innecesario pues es parte del dolo. El dolo se configura con el conocimiento de todos y cada uno de los elementos objetivos descritos en el tipo penal. En el caso del homicidio entre parientes o personas con ligamen afectivo permanente, el dolo necesariamente comprende el conocimiento de la calidad específica del sujeto activo y del sujeto pasivo. Si el activo no conoce alguna de estas calidades consignadas en el tipo, se estará, sin discusión, frente a un error precisamente sobre estas calidades, y ello traerá como consecuencia ineludible la no configuración del tipo calificado, pero se caerá, sin más, en la comisión de un homicidio fundamental o simple. Valga un ejemplo: si el sujeto A quiere privar de la vida a B, como una persona cualquiera, sin saber que es su hermano, el dolo, nunca podrá ser de homicidio calificado por la relación de parentesco, sino de homicidio simple.

En conclusión: el aparente problema del conocimiento de la relación de parentesco, prevista en el tipo penal, se resuelve aplicando las reglas del error, sin necesidad de ningún señalamiento expreso.

Por otra parte, se prescribió, de manera muy clara, para no dejar nada a la interpretación, que si en la comisión de este delito concurre alguna calificativa, se impondrán las penas del homicidio calificado; asimismo, si concurre alguna atenuante, se impondrán las penas correspondientes.

Por lo que respecta a la punibilidad, que era de diez a cuarenta años, se disminuyó en su término máximo a treinta años. El mínimo de diez años se mantuvo igual, pero a nuestro juicio es muy bajo, comparado con el mínimo del homicidio simple que es de ocho años.

La hipótesis culposa se conservó en cuanto a la no imposición de sanción en los casos previstos por la propia ley (salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima), pero se adicionó el caso en que el agente se diere a la fuga. En cuanto al tipo culposo se incluyó la relación de amistad o de familia.

## V. INFANTICIDIO

El nuevo ordenamiento penal instaura una especial forma de infanticidio, cuya orientación ideológica dista mucho de la que guiaba la antigua regulación. El Código Penal, antes de la reforma de 1994, contemplaba dos clases de infanticidio: uno cometido por la madre, por móviles de ho-

nor, sancionado tan sólo con prisión de tres a cinco años, y otro, cometido por cualquier ascendiente consanguíneo, por móviles diversos al honor (designado, también, como infanticidio genérico), sancionado con prisión de seis a diez años. Ambas figuras merecieron, durante mucho tiempo, la crítica y el rechazo de los estudiosos de la materia, por carecer de legitimación esa punibilidad tan atenuada. La reprobación más severa se enderezaba sobre el infanticidio sin móviles de honor, en virtud de que éste no sólo no tenía legitimación en cuanto a la punibilidad sino que se le consideraba como un tipo agravado, que bien podía encuadrar en el antiguo parricidio. Al infanticidio por móviles de honor se le pretendió justificar en aras de la reputación y la honra de la madre.

El legislador de 1994, atento a esta situación, canceló ambos tipos de infanticidio, y la situación de hecho que en ellos se contemplaba la integró en el llamado “Homicidio en razón del parentesco o relación”; sin embargo, once entidades federativas mantienen vigente el infanticidio por móviles de honor.

En el actual infanticidio se prescinde de aspectos tan discutibles como el honor, y se toman en cuenta situaciones reales gravemente problemáticas, por las que atraviesan muchas mujeres mexicanas, madres solteras, como consecuencia del subdesarrollo que padecen. El legislador se orienta a favorecer a la madre que se encuentra en condiciones de desvalimiento por rezago cultural, económico y social. Ramírez Hernández considera, de manera más rigurosa, que este infanticidio únicamente debería operar cuando la madre “por causa de su fragilidad psicosocial, cultural, laboral y económica no pudo prevenir el embarazo”, y si “su situación laboral o económica se agravó por causa del embarazo o de la maternidad”.

El artículo 126 del nuevo Código Penal literalmente establece: “Cuando la madre prive de la vida al hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión”, y puntualiza que “el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta”.

La valoración de tales circunstancias, condiciones y móviles, de acuerdo con el texto legal, será tomada en consideración por el juez al momento de individualizar la pena; es decir, están vinculadas con la punición y no con la punibilidad. El legislador debió incluirlas en el tipo para dejar bien claro el fundamento o justificación de la disminución tan considerable de la punibilidad. Al no precisarlas en el tipo, se perdió la base legal que legitimaba la creación de un tipo privilegiado de homicidio.

Vale la pena apuntar que este nuevo tipo de infanticidio puede cometerse tanto por acción como por omisión (comisión por omisión), siempre y cuando éstas sean dolosas; asimismo, puede presentarse de manera consumada o en tentativa. La comisión culposa es imposible porque, además de no estar contenida en el catálogo de delitos culposos previsto en el artículo 76 del mismo Código Penal, la intención de la madre es muy clara.

Este nuevo y racional infanticidio ya tenía antecedentes en el Código Penal del estado de Morelos.

## VI. LA REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

La eutanasia, por su complejidad, ha sido y es un tema polémico que invita a la reflexión. Ha generado debate en los ámbitos religioso, ético, filosófico, médico, jurídico y hasta político.

En el ámbito jurídico el punto central del debate es el relativo a si se legisla o no en esta materia. Se ha hablado del respeto que merece el derecho a decidir, de los enfermos, especialmente el de los moribundos, del derecho a la muerte digna de los enfermos terminales, del deber de los médicos de evitar dolores irresistibles a quienes no tienen posibilidades de vivir; por otro lado, no se ha olvidado que, en razón de los adelantos de la medicina, las esperanzas de vida cada día son mayores.

El nuevo ordenamiento penal prescribe: “Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años”.

El bien jurídico que se pretende proteger es, obviamente, la vida humana, pero desvalorada en razón de que: a) existe petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca del pasivo, de que se le prive de la vida; b) la persona que formula la petición padece enfermedad incurable en fase terminal, y c) median razones humanitarias.

La vida es el derecho más preciado del ser humano por lo cual se la protege de manera muy rigurosa. Por ello se considera legalmente que la vida es un bien jurídico no disponible. Sin embargo, ¿esto será justo para los enfermos terminales? ¿A ellos no les debe asistir el derecho a resolver sobre su muerte? De esta pregunta se originan otras muchas que son, precisamente, los focos de atención, de estudio, de reflexión y de debate.

Muñoz Valle dice al respecto que la eutanasia no implica “un menosprecio de la protección de la vida, sino una protección de la misma —la



única legítima—, respetuosa con el valor fundamental de la dignidad del hombre”.<sup>1</sup>

Se afirma que la eutanasia es la muerte tranquila y dulce a la cual tiene derecho un enfermo incurable y en estado terminal o con dolores irresistibles. Roxin anota: “Por eutanasia entiendo la ayuda prestada a un ser humano gravemente enfermo, por deseo suyo, o por lo menos en virtud de un consentimiento presunto, para facilitarle la posibilidad de una muerte digna que se corresponda con sus expectativas”.<sup>2</sup>

Doctrinariamente la eutanasia puede ser: directa, indirecta y pasiva. Es directa cuando de manera consciente e intencional se le administra al paciente una sobredosis de algún medicamento para causarle la muerte. Es indirecta cuando se suministra al paciente algún medicamento para mitigar sus intensos dolores o sufrimientos, pero a sabiendas de que con tales medicamentos, como efecto secundario, se le acelera su muerte. Es pasiva en el caso de que se decida no prolongar la situación del paciente, no atendiendo la afección principal o alguna otra enfermedad que surja paralela a la principal, por considerar que ya todo es inútil.

En el tipo penal, para que proceda la conducta del activo no es suficiente el simple consentimiento del enfermo; se exige que la petición debe ser expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca; tanto requisito significa que la petición debe ser formulada por el propio enfermo, de manera consciente y que de ninguna manera pueda dar margen a error o confusión. Estas exigencias, a primera vista parecen razonables, en virtud de que se trata de una situación sumamente delicada, pero ¿qué pasará con el enfermo incurable que se encuentra en estado de inconsciencia por coma irreversible? ¿No hay para él clemencia? ¿Dónde queda la muerte digna del enfermo incurable?

De acuerdo con el texto legal la eutanasia puede presentarse por acción y por omisión dolosas, tanto de manera consumada como en tentativa. La culpa, por la conciencia que debe haber en la realización de la conducta, no es concebible.

En la actualidad ocho estados de la República la regulan, pero con menos requisitos (Coahuila, Durango, Hidalgo, Estado de México, Morelos, Querétaro, Quintana Roo y Tabasco).

<sup>1</sup> *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, varios autores, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 86.

<sup>2</sup> “La protección de la vida humana”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, segunda época, núm. 5, enero-marzo de 2003, p. 33.

Es importante apuntar que, además de la eutanasia, el propio ordenamiento penal prevé, en el Capítulo IV denominado “Ayuda e inducción al suicidio”, una figura similar a la eutanasia, conocida como “Homicidio-suicidio”, “Homicidio consentido” o “Auxilio ejecutivo al suicidio”. Bajo Fernández dice que se trata de un homicidio concertado con la víctima. En el texto legal no se dice expresamente que deba mediar una petición de ayuda para el suicidio; sin embargo, una interpretación racional conduce a la afirmación de que el tipo la incluye; de otra manera, la punibilidad atenuada (de cuatro a diez años) no tendría explicación. Parece razonable que ante la regulación de la eutanasia, este tipo debió cancelarse porque vendría a ser algo así como una subeutanasia: sin requisitos en cuanto a la formulación de la petición, sin exigencias sobre las condiciones de la víctima de padecer una enfermedad incurable en fase terminal, y sin la precisión de que se lleve a cabo por motivos humanitarios.

## VII. LAS CALIFICATIVAS

En esta materia los cambios son considerables: se prevén nuevas calificativas, y las que se conservan fueron modificadas sustancialmente. Pero no todos estos cambios son positivos; muy por el contrario, las fallas legislativas son múltiples, hasta de sintaxis gramatical. Hay discordancia en el enunciado general que manifiesta cuándo hay calificativas y el listado de las propias calificativas. El artículo 138 prescribe textualmente:

El homicidio (y las lesiones) son calificadas cuando se cometan con: ventajosa, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria.

Lo primero que se advierte es la cancelación de la premeditación. Se ha venido apuntando por los iuspenalistas que la premeditación es un aspecto subjetivo que en nada difiere del dolo, pues si el núcleo de la premeditación es la reflexión, para efectos de punibilidad es irrelevante que el sujeto reflexione o no reflexione sobre el delito que va a cometer (en este caso, el homicidio). El mismo daño causa quien priva de la vida a otro después de haber reflexionado que quien lo hace sin reflexionar. El dolo es el mismo, con y sin reflexión. En resumen: con la premeditación no se lesiona ningún bien jurídico adicional a la vida humana que es el bien jurídico tutelado a través del tipo fundamental de homicidio; el problema es de reproche y,

por tanto de culpabilidad; en tal virtud, concierne a la punición y no a la punibilidad. En esta línea de ideas, la supresión de la premeditación ha sido bienvenida; sin embargo, la única entidad federativa que la ha erradicado es la de Tabasco.

El nuevo Código Penal español, de 1995, desde entonces eliminó la premeditación como agravante específica. Afirman Queralt y Bacigalupo que la premeditación no puede conceptualmente distinguirse del dolo.

En coherencia con la cancelación de la premeditación se suprime la presunción de premeditación (prevista en el artículo 315 del anterior Código Penal), que operaba cuando las lesiones o el homicidio se cometieren por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad. La supresión de esta presunción es otro acierto, porque esta presunción, al igual que cualquier otra que verse sobre algún aspecto constitutivo del delito, es anticonstitucional. Por mandato del artículo 21 constitucional corresponde al Ministerio Público probar el delito, esto es, probar todos y cada uno de los presupuestos y elementos del delito. Sin embargo, al cancelar la presunción de premeditación, su contenido debió analizarse con profundidad para darle un destino final adecuado y no constituir, irreflexivamente, con cada uno de los supuestos en ella contenidos una calificativa independiente. Esto hizo el legislador en el Distrito Federal y con anterioridad hicieron lo mismo once legislaturas de los estados de la República.

*Ventaja.* Al definir la ventaja se retoma, casi en los mismos términos, el texto del artículo 316 del anterior Código Penal. En el nuevo texto se consignan, en cuatro fracciones, situaciones que ponen de manifiesto que el activo está en ventaja y que el sujeto pasivo se encuentra vulnerado en cuanto a su derecho de defensa; pero en todas esas situaciones el activo, a pesar de su superioridad, puede correr riesgo de ser muerto o herido. Esto quiere decir que la ventaja que aquí se contempla es una ventaja relativa y no una ventaja absoluta como la que se estipulaba en el anterior Código Penal, se regula en el Código Penal Federal vigente y en 18 entidades federativas.

El carácter absoluto de la ventaja derivaba del antiguo artículo 317, que prescribía: “Sólo será considerada la ventaja como calificativa (de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este Título) cuando fuere tal

que el delincuente no corriera riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido...”. De esto se seguía que cuando se presentare alguno de los cuatro supuestos previstos en el artículo 316, hoy dispuestos en el artículo 138, si el activo corría riesgo de ser muerto o herido por el ofendido, no se podía calificar el homicidio con la ventaja.

*Traición.* La traición, acertadamente queda deslindada de la alevosía y recibe con ello plena autonomía. El artículo 138, en su fracción II, establece:

Existe traición cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido, o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquél por las relaciones de confianza real y actual que existe entre ambos.

Con esta calificativa se tutela, además de la vida humana, la fe o la seguridad fundadas en una relación de confianza real y actual.

*Alevosía.* Esta calificativa se conserva en los mismos términos que tenía en el anterior código. A propósito de ella no hay polémica en cuanto a su naturaleza de calificativa porque quien priva de la vida con alevosía, quiere ejecutar el delito de homicidio sin correr ningún riesgo, ya que con su conducta alevosa aniquila cualquier posibilidad de defensa del pasivo. En esta forma, con el tipo de homicidio con alevosía se busca, además de proteger la vida humana, tutelar el derecho a defenderse y evitar el mal que se pretenda hacer.

*Mediante retribución.* La retribución es nueva calificativa que opera “cuando el agente comete el homicidio (o las lesiones) por pago o prestación prometida o dada”.

El homicidio por retribución dada o prometida estaba regulado en el ordenamiento penal anterior como una presunción de homicidio premeditado, pues se consideraba que en este caso el sujeto activo había reflexionado sobre el homicidio que iba a cometer, por lo cual se le relacionaba de manera directa con la premeditación. Esta presunción desapareció y le quedaron al legislador como problemas a resolver las situaciones que daban contenido a la presunción. La Exposición de Motivos nada explica al respecto.

El legislador, al regular la retribución como calificativa, carecía de legitimación, en razón de que del texto legal no se desprende el segundo bien jurídico que justifique el aumento de punibilidad. La retribución es sólo una motivación del sujeto activo, que no daña más al pasivo. El homicidio con retribución lesiona la vida humana sin afectar ningún otro bien jurídico. El sicario merecerá mayor reproche, pero esto entra en el campo de la culpabilidad; por tanto, se trata de un problema de arbitrio judicial (punición) y no de punibilidad.

En este sentido se pronuncian, entre otros iuspenalistas, González Rus y Morales Prats, el primero opina: “el fundamento de esta modalidad de asesinato radica en la mayor reprochabilidad que merece quien mata por puro interés. En realidad, puede considerarse una modalidad de actuación por móviles abyectos”.<sup>3</sup>

Por su parte, Morales Prats manifiesta que el precio, recompensa o promesa “es un fundamento material insuficiente para conformar una específica agravación en el homicidio o bien una nota de esencialidad constitutiva de asesinato como delito autónomo”.<sup>4</sup>

*Calificativa por los medios empleados.* El mismo artículo 138 incorpora como calificativa la hipótesis en que el homicidio se cause “por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva a la salud”.

El texto legal consigna una serie de medios que el activo pone en juego para privar de la vida a la víctima e impedirle, a la vez, la posibilidad de defenderse y evitar su muerte. En otras palabras: al privar de la vida a una persona a través de esos medios (sumamente variados) se le está lesionando su derecho a evitar el mal que se le quiera hacer, en este caso el derecho a evitar la muerte, bien jurídico propio de la alevosía. Se trata de casos específicos de alevosía (salvo el tormento, del que se hablará más adelante). Así lo entienden diversos autores, entre ellos Carbonell, Mateu y González Cussac, quienes afirman que en este particular delito contra la vida, lo que debe juzgarse “es exclusivamente la conducta de ‘matar a otro’ de una determinada manera” y que “el empleo de inundación, incen-

<sup>3</sup> *Curso de derecho penal español. Parte especial*, dirigido por Manuel Cabo del Rosal, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 69.

<sup>4</sup> Varios autores, *Comentarios a la Parte Especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 57.

dio, veneno o explosivo, en cuanto que medios, formas o modos de ejecución que tienden a asegurar la ejecución del delito con anulación de las facultades de defensa de la víctima, ya pueden ser valorados como expresión concreta de la alevosía”.<sup>5</sup>

El tormento es otra cosa. Tormento significa ocasionar, mediante acciones (sobre el cuerpo de una persona), dolores o sufrimientos físicos hasta llegar a la muerte. El tormento, doctrinariamente, se identifica con el ensañamiento y con la brutal ferocidad.

*Saña.* El artículo 138 previene: “Existe saña: cuando el agente actúe con crueldad o con fines depravados”. La esencia de esta calificativa es la intención deliberada, malsana y cruel del activo de causarle a la víctima los mayores dolores o sufrimientos al momento (o momentos antes) de causarle la muerte. Muñoz Conde considera que existe ensañamiento cuando se “aumenta, ‘deliberada o inhumanamente’, el dolor del ofendido, es decir, que se aumenten sus sufrimientos con actos de crueldad innecesarios, torturas, sevicias, etcétera, previos a la producción de la muerte”.

Esta calificativa (ligada al homicidio) sí entraña la presencia de un segundo bien jurídico diverso de la vida humana. Con la saña se le causan al pasivo daños adicionales e innecesarios, previos a su muerte, que repercuten en la lesión de otro bien jurídico que bien pudiera ser el respeto a la dignidad y al sentimiento humanitario.

El homicidio con saña requiere de un doble resultado: la muerte o privación de la vida de una persona, precedido de un maltrato material: el dolor y el sufrimiento innecesario de la víctima. Ambos resultados están relacionados con el mismo proceso causal.

*Estado de alteración voluntaria.* El legislador dispone que el homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan en estado de alteración voluntaria, y precisa: “Existe estado de alteración voluntaria cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares”.

Este caso significa francamente una aberración, pues del texto de esta calificativa no se desprende ningún aspecto que legitime (justifique) el incremento de la punibilidad. Si el homicidio lo comete el activo encon-

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 61.

trándose en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otra sustancia que produzca efectos similares, con esa situación personal no lesiona ningún bien jurídico diverso a la vida humana. La situación personal del activo debe valorarse para determinar su culpabilidad, pero de ninguna manera añade nada al injusto del homicidio fundamental o básico. No es problema de punibilidad, sino de punición.

Las demás modificaciones apuntadas al inicio de esta revisión, en su mayoría son menos significativas que las que acabamos de comentar por lo cual no se abordarán en esta oportunidad.