

161
24/12



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"SITUACION JURIDICA DEL ADOPTANTE EN
EL ARTICULO 311 DEL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MAXIMO CERDIO GORDILLO

Ciudad Universitaria, D. F.

Diciembre 1991.

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.

SITUACION JURIDICA DEL ADOPTANTE EN EL ARTICULO 311 DEL
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

I N D I C E

	Página
<u>Introducción</u>	1

CAPITULO PRIMERO

HOMICIDIO Y LESIONES

1.1 HOMICIDIO.....	4
1.1.1 Concepto legal.....	4
1.1.2 Clasificación.....	6
1.1.2.1 Según la forma de la conducta del agente.....	6
1.1.2.2 Por el resultado.....	7
1.1.2.3 En razón del bien jurídico tu- telado.....	7
1.1.2.4 Por su duración.....	7
1.1.2.5 Por el elemento interno o cul- pabilidad.....	9
1.1.2.6 Por su estructura o composi- ción.....	9
1.1.2.7 Por el número de actos inte- grantes de la acción típica...	10

1.1.2.8	Por la unidad o pluralidad del sujeto activo.....	10
1.1.2.9	Por la forma de persecución...	10
1.1.2.10	En función de la materia.....	11
1.1.3	Características del tipo.....	11
1.1.4	Elementos constitutivos.....	12
1.1.4.1	Concepto legal.....	12
1.1.4.2	Sujetos.....	13
1.1.4.3	Formas y medios de ejecución..	13
1.1.4.4	Conducta típica.....	15
1.1.4.5	Nexo de causalidad.....	15
1.1.4.6	Reprochabilidad.....	17
1.1.4.7	Penalidad.....	19
1.2	LESIONES.....	19
1.2.1	Concepto legal.....	20
1.2.2	Clasificación.....	21
1.2.2.1	Por la forma de la conducta del agente.....	21
1.2.2.2	Por el resultado.....	21
1.2.2.3	En razón del bien jurídico tutelado.....	21
1.2.2.4	Por su duración.....	21
1.2.2.5	Por el elemento interno o culpabilidad.....	22
1.2.2.6	Por su estructura o composición.....	22

	Página	
1.2.2.7	Por el número de actos integrantes de la acción típica.....	22
1.2.2.8	Por la unidad o pluralidad del sujeto activo.....	23
1.2.2.9	Por la forma de persecución....	23
1.2.2.10	En función de la materia.....	23
1.2.3	Características del tipo.....	23
1.2.4	Elementos constitutivos.....	24
1.2.4.1	Concepto legal.....	24
1.2.4.2	Sujetos.....	25
1.2.4.3	Formas y medios de ejecución...	25
1.2.4.4	Conducta típica.....	25
1.2.4.5	Nexo de causalidad.....	25
1.2.4.6	Clases de lesiones.....	26
1.2.4.7	Reprochabilidad.....	27
1.2.4.8	Penalidad.....	27

CAPITULO SEGUNDO

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

2.1	TEORIA GENERAL SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.....	29
2.1.1	Algunos antecedentes.....	30
2.1.2	Sistemas para regularlas.....	31
2.1.3	Circunstancias agravantes; consideraciones.....	32
2.1.4	Circunstancias atenuantes; concepto.....	35

2.2	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES RESPECTO DE HOMICIDIO Y LESIONES.....	37
2.2.1	Homicidio consentido.....	38
2.2.2	Homicidio y lesiones en riña.....	43
2.2.3	Homicidio y lesiones en duelo.....	50
2.2.4	Homicidio y lesiones <u>in rebus veneris</u> con templados en el artículo 310.....	55

CAPITULO TERCERO

INTERPRETACION ANALOGICA Y ANALOGIA EN LA LEY PENAL

3.1	FUENTES DEL DERECHO PENAL.....	60
3.1.1	Fuentes del derecho; idea.....	60
3.1.2	La ley, fuente única del Derecho Penal...	61
3.2	INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.....	63
3.2.1	Interpretación.....	63
3.2.2	La norma penal; idea.....	64
3.2.3	Interpretación de la ley.....	65
3.2.4	Clases de interpretación.....	66
3.3	LAS LAGUNAS DE LA LEY.....	70
3.4	LA ANALOGIA COMO MEDIO DE INTEGRACION DE LA LEY - PENAL.....	71
3.4.1	Concepto.....	72
3.4.2	Requisitos de la analogía.....	72
3.4.3	Principales clases de analogía.....	73
3.4.4	Interpretación analógica de la ley penal.	73

3.5	ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL PARRAFO 3°: EXAMEN....	75
3.5.1	Limitaciones que impone el principio de legalidad (la ley penal como fuente única)..	83
3.5.2	Garantías derivadas del principio de legalidad en materia penal.....	83

CAPITULO CUARTO

IMPLICACIONES DE DERECHO FAMILIAR

4.1	FILIACION; CONCEPTO Y CLASES.....	85
4.2	EL PARENTESCO.....	86
4.2.1	Concepto.....	86
4.2.2	Fuentes constitutivas.....	87
4.2.3	Especies y efectos.....	87
4.2.4	Líneas y grados de parentesco.....	89
4.2.5	Cómo determinar el grado de parentesco...	90
4.3	ADOPCION.....	92
4.3.1	Algunos antecedentes.....	92
4.3.2	Concepto.....	95
4.3.3	Naturaleza jurídica.....	96
4.3.4	Caracteres.....	98
4.3.5	La adopción en el Derecho actual.....	99
4.3.6	requisitos.....	102
4.3.7	Efectos.....	103
4.3.8	Terminación.....	105
4.3.9	Parentesco por consanguinidad y parentesco civil; medulares diferencias.....	106

4.3.10	Adopción y tutela; diferencia.....	107
--------	------------------------------------	-----

CAPITULO QUINTO

ARTICULO 311 DEL CODIGO PENAL PARA EL
 DISTRITO FEDERAL: HOMICIDIO Y
 LESIONES IN REBUS VENERIS

5.1	ANTECEDENTES.....	108
5.1.1	Antigüedad.....	108
5.1.2	México precolonial.....	112
5.1.3	Epoca colonial.....	113
5.1.4	México independiente.....	115
5.2	ANALISIS.....	119
5.2.1	Concepto legal.....	119
5.2.2	Objeto material y objeto <u>formal</u>	120
5.2.3	Conducta típica.....	120
5.2.4	Sujetos.....	120
5.2.5	Reprochabilidad.....	121
5.2.6	Tentativa.....	121
5.2.7	Circunstancias modificativas específicas.	122
5.2.7.1	<u>Ratio legis</u>	122
5.2.7.2	Requisitos para que proceda la atenuación.....	123
5.3	OTROS SUJETOS QUE DEBEN GOZAR DE LA ATENUACION...	146
5.4	NUEVO TIPO.....	148
5.5	PENALIDAD.....	150
5.6	REFERENCIA BREVE A EXCLUYENTES SUPRALEGALES.....	152

Conclusiones..... 155

Bibliografía..... 178

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

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

ARTICULO 311.- Se impondrá de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al - - corruptor del descendiente que está bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con - quien lo sorprenda, ni con otro.

Sobre la negra superficie formada por los cuatrocientos - tres artículos del Código Penal, surge el texto del 311 y nombra la vigilia de su existencia aún brumosa: homicidio y lesiones in rebus veneris (en el acto de copular).

Hablar de atenuación exige referirse a delitos concretos, y en este caso son dos; ilícitos en los cuales la ley penal salvaguarda los más altos bienes del hombre: su vida y su integridad humana.

Necesario es hacer un estudio, siquiera grosso modo, de los elementos constitutivos de los delitos de homicidio y lesiones in genere, para sentar bases y determinar exactamente sobre cuál o cuáles recaen los efectos que producen las circunstancias atenuantes.

Muy clara y contundente, la doctrina afirma que la ratio legis del homicidio y lesiones in rebus veneris es la perturbatione animi con que actúa el agente inmerso en la desconcertante circunstancia tipificada por el artículo 311, pero no todos - coinciden en el alcance de ese privilegio a sujetos no comprendidos en el tipo.

El Penal, quizá más que cualesquiera otras disciplinas - del Derecho, debe apoyarse en ciencias, artes, diversos, tanto al ser legislado como en su interpretación; las ramas de la - Ciencia Jurídica, aunque independientes, coexisten: Penal y Familiar confirman esta verdad.

¿Cuánto da de margen la ley penal (exacta en su aplicación) para sobreponer el concepto de adoptante al de ascendiente, si se afirma que gramatical y técnicamente son conceptos - distintos?. El órgano jurisdiccional ¿tendrá facultad o estará obligado a conceder la atenuación al adoptante que se encuentra en las circunstancias descritas por el artículo 311?

La doctrina utiliza casi los mismos argumentos del 310 para el artículo 311, no se detiene a considerar particularidades de este especial tipo. Correlativamente al examen del mismo, el presente estudio plantea ya el caso concreto del adoptante que halla a su adoptado in rebus veneris, utilizando las diversas - clases de interpretación (previo análisis de ellas), y conceptos definidos previamente, como la analogía, la interpretación

analógica, y algunas acepciones de Derecho Familiar; todo con el propósito de hacer especial énfasis en aquellos puntos oscuros de la ley, y esclarecerlos, proponiendo soluciones fundadas en derecho.

CAPITULO PRIMERO

HOMICIDIO Y LESIONES

El objetivo del presente capítulo es examinar, grosso modo, el delito de homicidio y el de lesiones, in genere; no se teorizará demasiado en ello, ni va a realizarse el estudio de otros delitos que pertenecen a la misma familia (parricidio, infanticidio y aborto) ya que no es materia específica de este trabajo.

Para el caso nos basaremos en el seguimiento que hace el maestro Fernando Castellanos Tena, en su libro "Lineamientos elementales de Derecho Penal".¹

1.1 HOMICIDIO

1.1.1 Concepto Legal

El concepto legal del delito de homicidio se encuentra en el Título Decimonoveno del Libro Segundo, Capítulo II, artículo

1.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, México, Porrúa, S.A., 1984, p.p. 135 a 146 y 168 a 172.

302 del Código Penal para el Distrito Federal: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

La anterior definición ha sido criticada, principalmente porque no expresa todos y cada uno de los elementos constitutivos que integran al delito en cuestión, por ejemplo: si priva de la vida a otra persona en legítima defensa, ¿es homicidio?.

Verdad es que el legislador debió ser más técnico al redactar el tipo, pero debemos entender que las leyes no las hace Dios...

De cierto, los elementos vamos encontrándolos en nuestro tránsito por el Título Decimonoveno, incluso en otras partes del ordenamiento penal sustantivo, v.gr., el Título Tercero que se refiere a la aplicación de sanciones.

Si se adopta el punto de vista de Castellanos Tena respecto al concepto doctrinal de delito,² el homicidio podría definirse de esta forma: comete el delito de homicidio la persona física que priva de la vida a otra, de manera típica, antijurídica y culpable.

2.- Ibid., p. 132.

1.1.2 Clasificación

1.1.2.1 Según la Forma de la Conducta del Agente

Según la forma de la conducta del agente, los delitos se clasifican en: de acción y de omisión, y estos últimos en, de simple omisión y de comisión por omisión (u omisión impropia).

El delito de homicidio es polifacético. Será de acción cuando hay privación de la vida mediante un comportamiento positivo, y de omisión cuando se extinga el referido bien por un no actuar. Expliquemos esto último. Según la Lengua Española, omitir significa dejar de hacer una cosa, es decir, implica inejecución de algo. Al caso, una persona puede matar a otra mediante esa inactividad, v.gr., alguien deja sin comer a su suegra parálitica durante varios días hasta que fallece de inanición.

"...Los delitos de simple omisión consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma... Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquéllos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material..."³

3.- Ibid., p. 136.

Nuestro delito puede encuadrarse dentro de los de omisión impropia o comisión por omisión, pues sí importa el resultado material: privación de la vida.

1.1.2.2 Por el Resultado

El homicidio no puede ser formal pues el tipo no se agota con la mera conducta del activo, es necesario un resultado material. Es material.

1.1.2.3 En Razón del Bien Jurídico Tutelado

En este delito se actualiza el peligro, es de lesión; se extingue la vida, se termina con ella.

No puede ser de peligro porque el tipo no se agota con la simple posibilidad de menoscabo del bien jurídico tutelado.

1.1.2.4 Por su Duración

El homicidio es un delito instantáneo. El evento consumativo típico se produce en un solo instante: al privar de la vida; con esta conducta existe una acción y una lesión jurídica.

Es también instantáneo con efectos permanentes, pues el bien jurídico tutelado se destruye instantáneamente, y sus efec

tos (muerte) perduran.

No puede ser continuado. Alimena⁴ dice que en el delito - continuado "... las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola..."; para Soler⁵ "... este delito se comete cuando una sola resolución de - lictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de - las cuales importa una forma análoga de violar la ley".

El homicidio no puede ser continuado: la resolución deli - ctiva no puede ejecutarse a través de diversas acciones que en - todas sus etapas o momentos sean igualmente violatorias; sí pue - de haber varias acciones tendientes a cometer el ilícito, pero las mismas serán tomadas en cuenta como conductas preparatorias para su consumación, lo cual podría llevar a alguna agravante - (premeditación), pero la conducta típica sería privar de la vi - da.

Tampoco puede ser permanente, pues en estos delitos, todo el tiempo que duren, la acción delictiva será violatoria (v.gr., rapto, secuestro), y en el homicidio, en tanto delito, la con - ducta no puede prolongarse en el tiempo: el bien jurídico tute - lado (vida) se extingue al momento, en el acto mismo de la per - petración.

4.- Cit., op. cit. supra, nota 1, p. 138.

5.- Ibid., p.p. 138, 139.

1.1.2.5 Por el Elemento Interno o Culpabilidad

El delito de homicidio puede ser doloso o intencional - cuando se dirige la voluntad consciente a su realización, o como dice el artículo 9 del Código Penal "cuando el activo conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley". Es culposo o no intencional o imprudencial si el resultado típico no se desea, pero éste se produce porque el agente obra con negligencia respecto de un deber de cuidado que las condiciones personales le imponen. Finalmente, puede ser preterintencional cuando el resultado típico de la conducta del activo va más allá de su intención, p.e., queriendo lesionar al pasivo, le produce la muerte.

1.1.2.6 Por su Estructura o Composición (simples o complejos)

Soler dice que los delitos simples "... son aquéllos en los cuales la lesión jurídica es única...; la acción determina una lesión jurídica inescindible...". En los complejos "... la figura consta de la unificación de dos infracciones ('o figuras delictivas, no actos'), cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, to madas aisladamente."⁶

6.- Ibid., p. 141.

El delito de homicidio es simple por cuanto produce sólo una lesión; con su conducta, el agente destruye el bien jurídico tutelado (la vida). No puede ser complejo pues no está compuesto de dos infracciones, sino de una.

1.1.2.7 Por el Número de Actos Integrantes de la Acción Típica

El delito de homicidio es unisubsistente: el tipo no requiere de varios actos para ser tal, basta y hay tipicidad al privar de la vida a otro. No es necesario, por tanto, de la repetición de conductas simples (infracciones o conductas delictivas) para que exista, como sucede en los delitos plurisubsistentes.

1.1.2.8 Por la Unidad o Pluralidad del Sujeto Activo

El homicidio es un delito unisubjetivo, no plurisubjetivo, porque no requiere de la intervención de dos o más personas para que se configure, como sucede en el incesto, el adulterio, etc.

1.1.2.9 Por la Forma de Persecución

No es un delito perseguible a "petición de parte ofendida" (o de querrela necesaria), es decir, no queda a potestad del -

particular su persecución, sino que el Estado, quien tutela el más alto bien de la persona humana, está obligado a actuar, - - quiera o no el ofendido. El homicidio es un delito perseguible de oficio.

1.1.2.10 En Función de la Materia (orden común, federal, militar, o político)

Es un delito del orden común; está formulado por legislaciones locales.

1.1.3 Características del Tipo

Es un tipo normal por cuanto no valora situaciones subjetivas, como en el caso de los tipos anormales, sino que sólo se contrae a describir situaciones puramente objetivas (se habla, por supuesto del homicidio simple): privar de la vida a otro.

Es un tipo fundamental o básico, pues constituye la esencia de otros tipos; no ocupa de otro requisito, como el delito de infanticidio (tipo especial), que excluye la aplicación del tipo de homicidio, pero que lo requiere para su integración.

Puede ser complementado, como en el caso del homicidio - agravado en donde además de la conducta típica descrita, existe alguna circunstancia que lo complementa; cuando existe alguna(s)

circunstancia(s) que aumente o disminuya la penalidad, puede ser agravado o privilegiado, p.e., homicidio con ventaja, u homicidio en riña, respectivamente.

Es un tipo autónomo o independiente por cuanto es básico.

Es de formulación amplia pues se describe una conducta en la que caben todos los medios (modos o formas) de ejecución, - contrariamente a los de formulación casuística en los cuales el legislador enumera las referidas formas de ejecutarlos.

Es un tipo de daño porque tutela la existencia íntegra - del bien, no la posibilidad de ser dañado, como en los tipos de peligro.

1.1.4 Elementos Constitutivos

1.1.4.1 Concepto Legal

Como se mencionó, el concepto legal del delito de homicidio se encuentra en el artículo 302, Título Decimonoveno, Capítulo II del Código Penal: "Comete el delito de homicidio: el - que priva de la vida a otro."

1.1.4.2 Sujetos

Tanto activo como pasivo pueden serlo cualquiera persona humana, o como dice el maestro García Máynez "persona jurídica individual", refiriéndose a la persona física.

1.1.4.3 Formas y Medios de Ejecución

Las formas y medios de ejecución, toda vez que el tipo no las menciona, pueden ser cualesquiera, siempre y cuando sean - idóneas (se habla del homicidio in genere).

Por lo que respecta al empleo de fuerzas de la naturaleza y medios morales, debe señalarse la posibilidad de que el agente pueda aprovechar las fuerzas de la naturaleza para perpetrar el homicidio, como en el caso del padre que, con intención de privar de la vida a su menor hijo, lo expone a la intemperie y el niño muere, "... pues los efectos que a consecuencia de la conducta iban a producirse... eran perfectamente conocidos y aprovechables...; pero si alguien sitúa a una persona bajo un árbol para que caiga un rayo y lo mate, no se puede afirmar que tal conducta sea idónea, pues sobre fenómenos de la naturaleza el hombre no tiene control. "No son actos idóneos, aquéllos que están relacionados con el pensamiento del agente con la producción de fenómenos naturales o mecánicos que el hombre no puede

controlar...".⁷

Tampoco los medios morales son idóneos para perpetrar el delito de homicidio, dice Jiménez Huerta, y cita el caso de una persona que, conociendo el fallecimiento del ser querido de otra, comunica a la misma la noticia con intención de producirle la muerte, lo cual acontece. Tal conducta no encuadra en el artículo 302 porque "... las formas comisivas típicas regulares de perpetrar un homicidio..., implican el ejercicio de la violencia o la puesta en marcha de medios de inequívoca potencialidad material lesiva... cuyos efectos el hombre puede aquilatar y controlar. Los efectos mortíferos que, hipotéticamente pueden producirse a consecuencia de los sustos o disgustos, dolores o penas, aflicciones o quebrantos, si bien pueden ser previstos - por la perfidia esperanzada de un hombre, no pueden ser aquilatadas... por la ley penal.

El Derecho Penal sólo concreta sus sanciones a los comportamientos del hombre típicamente realizados, y las anteriores - ('se habla del ejemplo del medio moral') no configuran un comportamiento típico."⁸

7.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, II, México, Porrúa, S.A., 1986, p.p. 140, 141.

8.- Ibid., p.p. 46 a 49.

1.1.4.4 Conducta Típica

Privar de la vida a otro hombre.

1.1.4.5 Nexo de Causalidad

El nexo causal (entendido como la relación que media entre la conducta y el resultado, haciendo posible la atribución material de éste o aquélla como su causa⁹), lo podemos encontrar en los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal.

ARTICULO 303.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior ('302'), no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios:

II. Que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días, contados desde que fue lesionado;

9.- RANIERI, cit. por Cortés Ibarra, Miguel Angel, en Derecho Penal, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1987, p. 152.

III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

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

ARTICULO 304.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona;

y

III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

ARTICULO 305.- No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas poste

riores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

1.1.4.6 Reprochabilidad

El homicidio admite tres formas, a saber: doloso o intencional, culposo o no intencional o imprudencial, y preterintencional, según se desprende de los siguientes artículos:

ARTICULO 8°.- Los delitos pueden ser:

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

ARTICULO 9°.- Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

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

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

Es importante señalar una división de la culpa que hace - el maestro Jiménez Huerta:¹⁰

Culpa grave o con representación (artículo 60 párrafo segundo, artículo 60 fracción I y II): aquella en la que "el agente que realiza la conducta imprudente... hubiere previsto y pudo evitar fácilmente la muerte que resultó, dado que tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidado necesarios y para evitar el resultado típico bastaba una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia...".

Culpa leve o sin representación: cuando en las condiciones y circunstancias señaladas arriba, al agente "... no le hubiere sido posible evitar fácilmente el resultado típico...".

Lo anterior puede servirle al juez para considerar la penalidad entre el mínimo y el máximo que la ley le permite.

10.- Op. cit., supra, nota 7, p. 56.

1.1.4.7 Penalidad

Homicidio simple (artículo 307): de ocho a veinte años de prisión.

Homicidio agravado -o calificado- (artículo 320): de veinte a cincuenta años de prisión.

Homicidio privilegiado o atenuado:

In rebus veneris (artículo 310): de tres días a tres años de prisión; o bien, de cinco a diez años de prisión (segundo párrafo el mencionado artículo).

In rebus veneris (artículo 311): de tres días a tres años de prisión.

De uno a cinco años de prisión el homicidio del que habla el artículo 312.

En riña o duelo (artículo 308): de cuatro a doce años de prisión, y de dos a ocho años de prisión, respectivamente.

1.2 LESIONES

El delito de lesiones del que se ocupan principalmente los artículos 288 al 293 del Código Penal bajo el título "Deli-

tos contra la integridad corporal", más exactamente, como lo expresa Jiménez Huerta¹¹ debiera intitularse "Delitos contra la integridad humana", toda vez que la integridad humana abarca tanto la salud corpórea (anatómica y funcional) como la salud mental.

1.2.1 Concepto Legal

El concepto legal del delito de lesiones se encuentra en el artículo 288, Título Decimonoveno, Capítulo I: "Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

Sin enumerar tanto, se podría definir el delito de lesiones, siguiendo al maestro Jiménez Huerta¹² como aquél que consiste en "... inferir a otro un daño que le deje huella material en su cuerpo o le produzca una alteración funcional en la salud...".

11.- Ibid., p. 263.

12.- Ibid., p. 269.

1.2.2 Clasificación

1.2.2.1 Por la Forma de la Conducta del Agente

Sigue las mismas reglas que el homicidio: puede ser de acción, y dentro de los de omisión, de comisión por omisión.

1.2.2.2 Por el Resultado

Es material por cuanto implica un cambio en el mundo exterior.

1.2.2.3 En Razón del Bien Jurídico Tutelado (o por el daño - que causa)

Es de lesión porque el peligro se actualiza.

1.2.2.4 Por su Duración

Instantáneo. El evento consumativo típico se produce en - un solo instante: al alterar la salud o dejar huella material - en el cuerpo. Hay una acción y una sola lesión jurídica.

Puede ser también instantáneo con efectos permanentes, - pues la salud se altera al momento y sus efectos perduran.

1.2.2.5 Por el Elemento Interno o Culpabilidad

Doloso o intencional cuando hay una voluntad consciente - encaminada a producirlas.

Culposos o imprudenciales o no intencional cuando el agente no desea producirlas, pero las mismas se dan porque actuó con - negligencia respecto de un deber de cuidado que las condiciones personales le imponían.

Preterintencional cuando el agente produce la alteración en la salud o deja huella material en el cuerpo, y este resultado fue más allá de lo que se propuso.

1.2.2.6 Por su Estructura o Composición

El delito de lesiones es simple: produce una sola lesión; con su conducta el agente menoscaba la salud e integridad de la persona.

1.2.2.7 Por el Número de Actos Integrantes de la Acción Típica

Unisubsistente. Cuando deja huella material en el cuerpo humano o se altera la salud, hay tipicidad; el tipo no requiere de varios actos para existir.

1.2.2.8 Por la Unidad o Pluralidad del Sujeto Activo

Unisubjetivo; basta una persona para realizar la conducta típica.

1.2.2.9 Por la Forma de Persecución

De querrela necesaria cuando son lesiones simples (primera parte del párrafo primero del artículo 289); de oficio las demás lesiones contenidas en los artículos 289 al 293.

1.2.2.10 En Función de la Materia

Del orden común, por las mismas razones del homicidio.

1.2.3 Características del Tipo

Es normal, pues, aun cuando el tipo de lesiones enumera, basta con que haya alteración en la salud o huella material en el cuerpo, con lo cual se describen situaciones o características objetivas.

Es fundamental o básico: "Delitos contra la integridad corporal", que puede ser bastión de otro tipo, v.gr., el desaparecido tipo de "golpes".

Puede ser complementado cuando concurre alguna agravante, como en el caso de una lesión con ventaja.

Es autónomo por cuanto tiene vida por sí mismo: lesiones simples; pero también puede ser subordinado, como en el caso de lesiones en riña.

Es un tipo de formulación amplia (lesiones in genere) - - pues describe una conducta que puede realizarse por cualquier medio comisivo.

Es de daño; no tutela la posibilidad de menoscabo, sino el efectivo detrimento del bien jurídico tutelado.

1.2.4 Elementos Constitutivos

1.2.4.1 Concepto Legal

El concepto legal del delito de lesiones lo encontramos en el artículo 288, Título Decimonoveno, Capítulo 1, del Código Penal: "Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

1.2.4.2 Sujetos

Como en el homicidio (simple), también pueden serlo cualquier persona humana.

1.2.4.3 Formas y Medios de Ejecución

Cualquiera que sea idónea e implique alteración en la salud o deje huella material en el cuerpo.

(Con las mismas anotaciones del homicidio, en lo que corresponda, por lo que se refiere a las fuerzas de la naturaleza y a los medios morales)

1.2.4.4 Conducta Típica

Consiste en alterar la salud de otro, o dejarle en su cuerpo huella material.

1.2.4.5 Nexos de Causalidad

Bien apunta Jiménez Huerta¹³ que en el caso del delito de lesiones el Código Penal no hace referencia al nexo de causalidad.

13.- Ibid., p.p. 274, 275.

dad y que "... No obstante esta laguna de la ley, las líneas generales que norman el sistema admitido para el homicidio, son aplicables al delito de lesiones...". En este sentido, se puede establecer el nexo causal aplicando el sistema denominado "de la adecuación al caso concreto" de la siguiente manera:

Comprobar si la conducta del agente es sine qua non de la alteración en la salud del pasivo (o de la huella material que le dejó en su cuerpo); después, si esta conducta es racionalmente adecuada para la producción del resultado, es decir, si entre la conducta del agente y el resultado hay relación de homogeneidad.

1.2.4.6 Clases de Lesiones

Levisimas: aquéllas que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días (artículo 289, párrafo primero), v.gr. heridas subcutáneas, escoriaciones, etc.

Leves: las que tardan en sanar más de quince días y no ponen en peligro la vida (párrafo primero del artículo 289), p.e. dislocaciones, ciertas quemaduras, etc.

Graves: aquéllas que dejan en el ofendido cicatriz en la cara perpetuamente notable (artículo 289), y las que perturban para siempre la vista, o disminuyen la facultad de oír, o entor

pecen o debilitan permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier órgano, o el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales (artículo 291).

Gravísimas: son aquéllas de las que resulta una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o cuando queda perjudicada para siempre cualquier función orgánica o cuando el ofendido queda sordo, impotente o con una deformidad incorregible (artículo 292 primer párrafo); aquéllas de las cuales resulta incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales (artículo 292 párrafo segundo); y aquéllas que pongan en peligro la vida (artículo 293).

1.2.4.7 Reprochabilidad

Por cuanto respecta a esta parte basta decir que el delito de lesiones puede asumir, como el homicidio, tres formas: doloso o intencional, culposo o no intencional o imprudencial, y preterintencional.

1.2.4.8 Penalidad

Levísimas: de tres días a cuatro meses de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas sanciones, a juicio del

juez (artículo 289 párrafo primero).

Leves: de cuatro meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a cien pesos (artículo 289 párrafo primero).

Graves: de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos (artículo 290); de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos (artículo 291).

Gravísimas: de cinco a ocho años de prisión (artículo 292 párrafo primero); de seis a diez años de prisión (artículo 292 párrafo segundo); de tres a seis años de prisión, y cualquiera de las anteriores penas (artículo 293).

Por último, baste decir que tanto en el delito de homicidio como en el de lesiones se puede configurar la tentativa - cuando el agente dirige su voluntad consciente a la realización del ilícito, pero por causas ajenas a su voluntad, el homicidio o la lesión no se produce, para lo cual existe también una penalidad (artículo 12).

CAPITULO SEGUNDO

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Como en el capítulo anterior se dijo, tanto el tipo de homicidio como el de lesiones, por su ordenación metodológica, - pueden ser complementados cuando al lado del básico se agrega - una circunstancia o peculiaridad; pero también pueden ser sub-ordinados, en función de su autonomía, cuando se habla ya de - agravantes, ya de atenuantes.

Es prudente, antes de entrar al estudio de las circunstancias atenuantes, referirse a algunas bases sobre las que descansan y, claro, de la contrapartida, las agravantes.

2.1 TEORIA GENERAL SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS¹⁴

Según la teoría general sobre las circunstancias modificativas del delito (es decir, aquellos elementos que, en relación al delito, pueden afectar la sanción agravándola o atenuándola),

14.- PUIG PEÑA, Federico, en Nueva Enciclopedia Jurídica, IV, Barcelona, - Francisco Seix, Editor, 1952, p. 118.

cuando el legislador formula tipos, lo hace sin considerar elementos o accidentes de acción que puedan circundar al hecho o conducta descrita ('caso medio'), p.e., "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro"; y nada más en alguna hipótesis muy especial incorpora alguna circunstancia que modifica la pena.

Cuando la conducta del agente encuadra en el "caso medio", puede dar lugar a una "responsabilidad normal" (v.gr. homicidio simple), o bien a una "responsabilidad agravada", o a una "responsabilidad atenuada"; esto es, una intensidad jurídica "normal", "mayor" (v.gr. homicidio con alevosía), o "menor" (p.e. - homicidio en riña), respectivamente.

2.1.1 Algunos Antecedentes¹⁵

Inicialmente en las leges judiciorum del Derecho romano, y en las primeras leges barbarorum del Derecho germánico, el juzgador no tomaba en cuenta las circunstancias modificativas, pero en la última etapa de estos derechos, da comienzo un sistema de libertad, que surge en Roma con la extraordinaria cognitio, y en el Derecho germánico con el acrecentado poder de los jueces.

15.- Ibid., p. 119.

La doctrina del sistema de libre apreciación va tomando más fuerza, y los Prácticos proclaman el principio de que el juez debe tener desmedida facultad para agravar o atenuar la pena (sistema de la pena arbitraria), el cual produjo consecuencias funestas. La antítesis a este sistema sobreviene durante la Revolución Francesa; para tratar de proteger al individuo contra el abuso de los jueces, se estatuyó el principio de optima lex minimum arbitrio iudicis reliquit, plasmado en el Código de 1791, a través de penas estrictamente determinadas que trataban de prever todos los posibles casos de agravantes y atenuantes. Las consecuencias fueron peores, pues se presentaban hipótesis no previstas, ante lo cual, el mencionado Código se reformó en 1810, estableciéndose penas entre un mínimo y un máximo, lo que permitía a los jueces atenuar o agravar las penas.

2.1.2 Sistemas para Regularlas¹⁶

Las legislaciones de los Estados adoptan diversos sistemas para regular las circunstancias modificativas.

A.- Sistema de la configuración genérica. Este se caracteriza porque atenuantes y agravantes se dejan a la libre apreciación del juez, quien al estimarlas, no está constreñido a de

16.- Id.

signar cuál va a considerar, limitándose a afirmar su existencia. Tenemos como ejemplo los Códigos de Francia, Japón y Bélgica.

B.- Sistema de la determinación específica o taxativa. - Aquí actúa la enumeración de las circunstancias, y el juez no puede aplicar otras distintas de las tipificadas; el Código austríaco y el nuestro son ejemplos.

C.- Sistema mixto o combinado (respecto de los anteriores). En éste se enumeran, detallándose, las circunstancias, mas como no es posible preverlas completamente, al final se consigna una fórmula general que da posibilidad al juez de hacerlas valer aun cuando la ley no las especifique. El Código Español es prototipo.

2.1.3 Circunstancias Agravantes; Consideraciones

Antes de entrar al estudio de las circunstancias atenuantes, prudente es dar siquiera una idea de lo que son las agravantes.

Las agravantes o "calificativas" como le llama nuestro Código (que el adjetivo también puede serlo para atenuantes), las entendemos como aquellas circunstancias incorporadas en el tipo, que convergen en la comisión de un delito y que aumentan la res

ponsabilidad y la pena del delincuente.

Para el delito de homicidio y el de lesiones, son tres las que el Código Penal establece en su artículo 315: premeditación, ventaja, alevosía y traición.

Asimismo, nuestro ordenamiento penal sustantivo, en sus artículos 315 al 319 conceptúa y enumera las mencionadas agravantes. Siguiendo al maestro Vidal Riveroll,¹⁷ podríamos definir las de la siguiente forma:

Premeditación: actitud reflexiva y relativamente prolongada de una acción u omisión, que por su propia naturaleza agrava la responsabilidad penal del sujeto activo. El concepto es determinable conforme a los siguientes criterios: a) cronológico, que se presenta por el transcurso de cierto lapso entre la resolución criminal y la ejecución delictiva; b) el moral, que es la reflexión y persistencia en el propósito; c) el psicológico que se manifiesta por la calma y frialdad de ánimo con la que se prepara el delito; d) el de motivos depravados, por la perversidad de los motivos y el goce del sujeto activo en la realización del delito; y e) la disminución de la defensa, por ser la situación en la que se coloca a la víctima cuando su ata

17.- VIDAL RIVEROLL, Carlos, en Diccionario Jurídico Mexicano, II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985, p.p. 96, 97.

cante ha obrado conforme a tal agravante.

La razón esencial de la premeditación encuéntrase en la mayor intensidad de la antisocialidad y alarma para los sentimientos valorativos de la colectividad.

La ventaja: es la superioridad del agente en parangón con la víctima y la invulnerabilidad que guarda frente a ella. Es dable cuando el delincuente no corre riesgo de ser muerto o herido por el ofendido, además tiene certeza de su situación, es decir, está consciente de la supremacía que tiene con relación al pasivo del delito.

La alevosía: es toda cautela empleada para asegurar la comisión de un delito, generalmente sin riesgo para el propio delincuente; dicese que es toda actuación con insidia o toda manifestación que tiende a ocultar el cuerpo y el alma por actos simulados o bien es un acto proditorio que se efectúa so pretexto y apariencia de fidelidad. Por tanto, obra alevosamente quien para matar a su víctima (o herirla), la ataca en el momento que no se da cuenta que corre peligro de ser agregada, como por ejemplo, cuando el agente se disfraza de pordiosero y después aprovechando el instante en el que se acerca su enemigo a darle una limosna, asesta una puñalada originando su muerte.

La traición: considérase como una alevosía específicamente cualificada, porque concurre la perfidia que es la desleal-

tad y quebrantamiento de la fe y seguridad debidas, que expresa o tácitamente se promete o debe por las relaciones de parentesco, gratitud u otro vínculo que inspire confianza, como por - - ejemplo, el guardaespaldas con respecto a la persona que custodia, el médico con relación a su paciente o el subalterno frente al superior.

2.1.4 Circunstancias Atenuantes; Concepto

Bajo el peso de las anteriores consideraciones, podríanse conceptualizar las atenuantes como aquellas particularidades objetivas y/o subjetivas respecto del delito simple, que convergen en la comisión de un ilícito, y que el juez debe tomar en - cuenta para la disminución de la responsabilidad y la pena.

En efecto, se entiende a las circunstancias atenuantes como aquellas particularidades que circundan un determinado hecho productor de consecuencias.

Llevado a la materia penal, el hecho vendría siendo la - conducta descrita en el homicidio simple y en las lesiones in - genere, y las particularidades serían las agravantes y las atenuantes contenidas en los artículos 308, 310, 311, 314, 315, - 315 bis, 316, 317, 318, 319, 320.

El legislador incorpora al tipo estas particularidades pa

ra aumentar o disminuir, por necesidad socio-jurídica, la responsabilidad y la pena del activo, pero siempre partirá de la base de un tipo simple, y al hacer esto, crea un subtipo o tipo complementado.

Tales circunstancias, hipotéticamente existen fuera del sujeto. De la objetivización descrita en la norma, al encuadrar el agente su conducta, produce el resultado.

Así pues, el tipo (o subtipo) contiene elementos objetivos y subjetivos, p.e., el modo de ser específico del sujeto activo -ascendiente- que refiere el artículo 311.

Por cuanto a las atenuantes tipificadas de nuestro Código Penal, el legislador presumió que el índice de peligrosidad del activo (v.gr. por el dolo imperfecto con el cual el agente actúa al encontrarse en las circunstancias descritas en los artículos 310 y 311) es menor que si hubiera cometido un homicidio o lesiones in genere, y obviamente, que si hubiese cometido un homicidio o lesiones calificados.

El juez está constreñido a observar, a considerar las circunstancias modificativas tipificadas cuando la conducta del agente encuadre en ellas, hacer caso omiso sería violar las garantías del imputado.

Por si esto fuera poco, también está obligado a individualizar la pena entre un mínimo y un máximo que la ley pone a su arbitrio; y según los artículos 51 y 52, tendrá en cuenta la naturaleza de la acción u omisión, de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado y del peligro corrido, la edad, ilustración, costumbres y conductas precedentes del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; las condiciones especiales en que se encontraba al momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan probarse, así como los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestre su mayor o menor temibilidad, etc.

Sin embargo, ¿está obligado el juez; debe tomar en cuenta aquellas circunstancias modificativas que concurren en la comisión de un delito, no tipificadas; es decir, circunstancias modificativas análogas?. Este punto tratará de esclarecerse más adelante.

2.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES RESPECTO DE HOMICIDIO Y LESIONES

La idea del tema planteado es mostrar las circunstancias atenuantes tipificadas en nuestro Código Penal respecto de homicidio y lesiones, exceptuando la del artículo 311, pues ésta requiere un estudio especial. Se hará por tanto un estudio, grosso

modo, de las particularidades descritas por el legislador; para lo cual se seguirá el orden en que lo hace el maestro Jiménez - Huerta.¹⁸

2.2.1 Homicidio Consentido

El concepto legal nos lo proporciona el artículo 312: "El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión ('esto constituye otro delito que no es materia de nuestro estudio'); si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años."

El artículo 313 señala condicionantes: "Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciera alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas."

De inicio encontramos que este tipo no menciona (se habla de la segunda parte del artículo 312) el delito de lesiones, es decir, no se puede hablar de "lesiones consentidas".

18.- Op. cit. supra, nota 7, p.p. 57 a 95 y 317, 318.

En lo que se refiere a la reprochabilidad, este delito só lo puede ser doloso o intencional, toda vez que el activo encausa su voluntad consciente a la realización del resultado típico. El sabe que, a petición de la víctima, lo matara; quiere y acepta el resultado.

No puede haber culpa o preterintencionalidad pues el tipo no lo permite, incluso, el maestro Jiménez Huerta menciona¹⁹ - que el homicidio consentido podría ser calificado, principalmente porque existe premeditación (incluso traición), y esto implica dolo.

Respecto del homicidio simple, la penalidad disminuye: de cuatro a doce años de prisión.

El sujeto activo debe privar de la vida a la víctima obteniendo el consentimiento de esta última.

El consentimiento es un elemento que el legislador incorpora al tipo, si bien no de una manera expresa, según dice Jiménez Huerta,²⁰ esto se infiere de "uno de los aspectos del artículo 312..., y de la fundamentación ontológica de los homicidios perpetrados en riña o duelo... La indagación de sus fundamentos

19.- Ibid., p. 63.

20.- Ibid., p.p. 59, 60.

teleológicos y significación en el ordenamiento penal evidencia claramente... la trascendencia que el consentimiento reviste. - Esta procedencia opera en el sentido de colorear en menor grado la intensidad antijurídica de la mencionada conducta. El consentimiento ejerce su influjo en todo aquello que atañe al interés a la vida vinculado en la persona titular del bien jurídico, y es ineficaz en lo que concierne a los intereses generales de la colectividad... Se prueba irrefutablemente que el consentimiento es la ratio legis de la atenuación de la pena...".

La participación del activo debe ser material, esto es, - debe ejecutar por sí mismo la privación de la vida al pasivo, - p.e. disparándole con la pistola, dándole a beber el veneno, - etc., no un simple auxilio consistente en inducirlo y llevarle el arma o la sustancia mortífera.

Los móviles o motivos personales del activo para privar - de la vida al suicida, no tienen trascendencia para el legislador más que cuando el juez individualiza la pena entre los cuatro y los doce años de prisión, aspecto que el maestro González de la Vega critica:²¹ "... Aquellos casos en que el sujeto activo, después de incitar a un tercero, sobre el que ejerce una - gran autoridad, para que se suicide, obteniendo su consentimien

21.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, S.A., 1973, p. 88.

to y lo mata para beneficiarse con su herencia o para satisfacer su oculto rencor, merecerían en lugar de una penalidad atenuada una gravísima por perfidia y la malevolencia de su acción. En cambio, cuando el agente priva de la vida por piedad a un enfermo de grave, doloroso e incurable mal, y ante el incesante requerimiento de éste, nos adherimos... a la opinión de Jiménez de Asúa en el sentido de otorgar al juez la facultad de perdonar... o al menos de imponer sanciones muy atenuadas."

El sujeto pasivo debe ser suicida, es decir, una persona que, por cualesquier motivos, lleva irremediamente la idea de matarse.

La víctima debe dar a conocer al activo su intención de morir, para que este último lo prive de la vida.

Aquí, el consentimiento debe entenderse como una manifestación de voluntad, tácita o expresa, encaminada a provocar consecuencias.

"... No es consentimiento válido el simple deseo o anhelo manifestado a modo de lamento, de descansar de las fatigas y amarguras de la vida o de los dolores o sufrimientos físicos que acarrearán las enfermedades y los estados de decrepitud orgánica. El consentimiento válido es aquel insito en la determinación suicida... La determinación suicida debe ser manifestada -

inequívocamente mediante cualquier medio de expresión: palabras, escritos, gestos indicativos. La eficacia de una tática determinación suicida, deductible sin equívocos de un comportamiento pasivo -abstención absoluta y prolongada de ingestión de alimentos-, no puede ser excluida, aun cuando al respecto debe guardarse... extraordinaria cautela, dado el alto valor del bien de la vida."²²

Según el artículo 313, la víctima no debe ser menor de edad ni padecer alguna forma de enajenación mental, es decir, debe ser capaz, de lo contrario, el consentimiento no es válido porque... "se supone que quien incola a un individuo que se encuentre en estas dos situaciones, actúa por motivación depravada."²³

Acertadamente el maestro Jiménez Huerta²⁴ subraya que este artículo no prevé muchos casos en los que el consentimiento del pasivo puede no ser válido, v.gr., una persona que está muy ebria o drogada.

La ratio legis como se ha mencionado, es el consentimiento de la víctima.

22.- Op. cit., supra, nota 7, p. 61.

23.- Ibid., p. 60.

24.- Id.

Efectos de la atenuación: disminuye la penalidad respecto del homicidio simple (de doce a veinte años de prisión), y del calificado (veinte a cincuenta años de prisión).

2.2.2 Homicidio y Lesiones en Riña

ARTICULO 308: "Si el homicidio se comete en riña, se - - aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión.

Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.

Además de lo dispuesto en el artículo 51 y 52 para la fijación de las penas dentro de los mínimos y los máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación.

ARTICULO 314.- Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no la palabra entre dos o - más personas.

ARTICULO 297.- Si las lesiones fueren inferidas en riña o duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden ('penalidad de las lesiones') podrán disminuir hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según se trate del provocado o del pro-

vocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52."

PARTICULARIDADES

Las características que deben tener tanto sujeto activo como pasivo son específicas: deben ser rijosos.

¿Qué es la riña?. El concepto legal lo da el artículo 314: "contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas".

Mariano Jiménez Huerta²⁵ la define como: "una lucha entre dos o más personas. Y para que puedan usarse correctamente los términos de 'riña' y 'homicidio en riña' (y "lesiones en riña", se agrega) necesario es que los golpes y violencias sean recíprocas...".

Por su parte Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo²⁶ la definen como: "... ataque recíproco entre dos o más personas, - cuerpo a cuerpo, próximamente, empleándose vías de hecho. Esto es lo que debe entenderse por 'contienda de obra'."

De lo anterior se colige que, para los efectos penales, -

25.- Ibid., p. 70.

26.- Por CARRANCA y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA y RIVAS, Raúl, en Código Penal Anotado, México, Porrúa, S.A., 1990, p. 769.

la riña es una contienda, una lucha corporal entre dos o más - personas con intención de matarse o herirse.

Generalmente la riña es precedida por ofensas orales, escritas, mímicas, aunque el tipo no lo requiera pues de la lectura del artículo 314 se desprende que esa contienda escrita, - - oral, mímica, necesariamente debe traducirse en recíprocos ataques materiales con intención lesiva.

Debe haber consentimiento, en atención a una jurisprudencia citada por Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas²⁷ que expresa "... para que exista riña se requiere un concurso de voluntades a fin de contender de obra y causarse daño recíprocamente."

El concepto que se dio del consentimiento para el homicidio consentido, es válido también aquí; el fin que persiguen - los rijosos es matarse o producirse lesiones.

Siguiendo a Jiménez Huerta²⁸ podemos observar estos elementos en la riña: a) subjetivo -o situación psicológica-, que es el ánimo rijoso o intención recíproca de resolver mediante - vías de hecho las cuestiones surgidas; b) objetivo, que viene

27.- Id.

28.- Op. cit., supra, nota 7, p. 71.

a ser el intercambio de golpes (agresiones materiales) con potencialidad lesiva.

Según una jurisprudencia "existe la riña cuando media una contienda de obra entre los protagonistas; por tanto, si el acusado tomó la iniciativa al herir al que había pronunciado una expresión injuriosa, sin que este acto estuviese acompañado de actos violentos, la riña no existe por la ausencia de intercambio de actos violentos."²⁹

Hay que ver el caso concreto. Si existió acuerdo de voluntades entre las personas, y si uno de ellos agredió primero y el otro simplemente reacciona, p.e., haciéndose a un lado con intención de que el otro se hiera o mate con algún objeto, puede encuadrar la riña.

La riña no se puede confundir con la legítima defensa, toda vez que, "... quien en legítima defensa repele una agresión injusta, ni pelea ni combate, aunque objetivamente sostenga una contienda de obra con su agresor...".³⁰

Para Jiménez Huerta³¹ no es necesario que los contendientes estén en igualdad de circunstancias respecto de sus capaci-

29.- Id., nota 26.

30.- Op. cit., supra, nota 7, p. 76.

31.- Id.

dades físicas o las armas que utilizan, tampoco que los ataques sean inmediatamente o cuerpo a cuerpo; puede ser que uno de ellos tenga instrumentos o medios más ventajosos que el otro o que se pongan de acuerdo y vayan a buscar con qué agredirse físicamente y regresen inmediatamente o después vuelvan, al mismo o a lugar distinto; basta con que se den los elementos ya mencionados para que exista la riña.

Para la imposición de las penas a que aluden los artículos 308 y 297, es necesario determinar los conceptos de provocado y provocador.

Provocador es aquél que dio lugar a la riña, el que expresó su voluntad de agredir; no el que da el primer golpe o quien ataca, sino el que propició el ataque o agresión.

Provocador de la riña e iniciador del pleito no necesariamente deben coincidir; uno injuria (provoca la riña), y el otro acepta, lanzándose contra él (provoca el pleito).

Mariano Jiménez Huerta no dice³² que hay dos tipos de provocación: una leve y otra grave, y no debe ser sancionado con igual penalidad quien se lanza a la riña por haber sufrido una

32.- Id.

injuria leve, que quien aceptó el reto después de haber sido brutalmente o afrentosamente abofeteado.

Al respecto, el juez debe ser muy cauteloso y poner en movimiento las consideraciones de los artículos 51 y 52 en el sentido de que es muy subjetivo el efecto que puede producir una ofensa en las personas, una mentada de madre no causa el mismo efecto en todos, verbigracia.

El supuesto lógico necesario para que exista la riña, es la existencia de dos sujetos; pueden concurrir dos o más, tres, por ejemplo, y contender entre ellos, pero también puede darse el caso de que dos personas reten a una y ésta acepte, aún cuando aparentemente exista ventaja para las dos, se dan los elementos de la riña.

Para González de la Vega³³ la agravante de premeditación puede existir con la atenuante de la riña; no se está de acuerdo, una y otra se contraponen, y si se dan los dos elementos de la riña que mencionamos, la misma existe y excluye cualquiera otra calificativa.

La ratio legis, según el citado maestro,³⁴ respecto de la

33.- Op. cit., supra, nota 21, p. 58.

34.- Ibid., p. 59.

penalidad atenuada mayor para el provocado que para el provocador, es "en atención al clásico concepto de que la sobreexcitación psíquica que sufren los protagonistas por el ímpetu de la cólera, por el calor del combate, disminuye su conciencia, su voluntariedad, en la realización de las acciones sanguinarias - ...".

Parece más lógico y fundado el argumento del maestro Jiménez Huerta³⁵ para quien "... radica en que los rijosos consienten, expresa o tácitamente, en intercambiar ataques, plasmados en vías de hecho, con intención lesiva. Este consentimiento revela el desinterés de los rijosos sobre sus vidas ('y sobre su integridad humana', se agrega) y la aceptación de los resultados dañosos que de la riña pudieran derivarse para cada uno de ellos." No dejamos de aceptar el argumento del maestro González de la Vega, las cuales se refieren a situaciones subjetivas, y efectivamente no dejan de concurrir.

EFFECTOS DE LA ATENUANTE

La consecuencia es la disminución de la pena y de la responsabilidad:

Homicidio: de cuatro a doce años de prisión, tomando en -

35.- Op. cit., supra, nota 7, p. 69.

cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, la mayor o menor importancia de la provocación, y las circunstancias a que aluden los artículos 51 y 52.

Lesiones: en este caso, nos dice el artículo 297 "... podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52."

2.2.3 Homicidio y Lesiones en Duelo

ARTICULO 308, párrafo segundo: "Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.

Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 para la fijación de las penas dentro de los mínimos y los máximos señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación.

ARTICULO 297.- Si las lesiones fueren inferidas... en duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden ('se refiere al tipo de lesiones y su penalidad'), podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocado o del provocador, y teniendo en cuenta la

mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52."

La circunstancia atenuante en el homicidio y en el delito de lesiones, es el duelo, particularidad que el legislador agregó al tipo principal, ya que surte efectos en la pena y la responsabilidad del agente.

Características de los sujetos: deben ser duelistas recíprocos.

¿Qué se entiende por duelo?. El Código no da una definición al respecto, es la doctrina quien se encarga de ello, y así para Jiménez Huerta³⁶ el duelo es un combate entre dos personas a consecuencia del desafío o reto que una de ellas hace a la otra, previa elección de armas, fijación de su empleo o reglamentación de las demás condiciones del combate por padrinos bilateralmente designados, que asisten al encuentro para dirigir el mismo y garantizar el exacto cumplimiento de las condiciones pactadas.

Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo citando a Carrara³⁷ dicen que el duelo es un combate a mano armada, por causa de ho

36.- Ibid., p. 80.

37.- Op. cit., supra, nota 26, p. 700.

nor, con previo acuerdo, con equivalencia de armas y condiciones y limitándose las armas a pistolas, espadas o sables, así como excluyéndose el cuchillo, el puñal, la manopla, etc.

De los anteriores conceptos podemos obtener los siguientes elementos del duelo:³⁸

- a) Consentimiento entre ambos duelistas, en orden a los resultados dañosos para sus vidas o su integridad humana.
- b) Acuerdo mutuo en la reglamentación de las condiciones del combate (hora, armas, lugar, etc.).
- c) Padrinos atestiguadores designados bilateralmente, a quienes se les encarga la reglamentación del duelo, quienes se aseguran del buen seguimiento del mismo, y ante los que se realiza el duelo.
- d) Igualdad de circunstancias objetivas entre los duelistas.
- e) Causa o motivo de honor (elemento subjetivo) que da nacimiento y precede al desafío.

38.- Op. cit., supra, nota 21, p.p. 63, 64.

Los maestros Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas citan do a Carrara³⁹ dicen que debe haber armas como espadas, armas de fuego, etc., pero no puede objetarse que el duelo se dé en un combate cuerpo a cuerpo, entre artemarcialistas, pues éstos utilizan el cuerpo y sus partes como armas, siempre que se verifiquen los requisitos que señalamos previamente.

DIFERENCIA CON LA RIÑA

En la riña, "... una vez prestado el consentimiento por los rijosos para intercambiar ataques con intención lesiva, el desarrollo del encuentro no queda sometido a control alguno que implique una recíproca seguridad y garantía... y en el duelo sí, ... Ya Martínez de Castro... señalaba que el duelo era un combate en el que los peligros eran iguales para ambos, en el que no hay fraude..., en el que no hay ventaja y en el que todo se hace ante testigos... y en virtud de un pacto previo, que es cumplido con lealtad...".⁴⁰

La razón legal de atenuar homicidio y lesiones en duelo, es la misma que la de la riña, pero en el duelo y por cuanto respecta al homicidio, se atenúa más por las garantías y seguridades que ahí concurren.⁴¹

39.- Op. cit., supra, nota 26, Id.

40.- Op. cit., supra, nota 7, p. 78.

41.- Id.

Los padrinos quedarían inmersos en la fracción VI del artículo 13, o en el artículo 400, fracción II, según se presente el caso concreto.

Si los duelistas querían matarse y sólo se hieren, habrá tentativa punible (artículo 63).

Lo mismo que en la riña, para la imposición de la pena de be tomarse en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador. Provocador no siempre es quien desafía, aunque muchas veces lo sea: A injuria a B, y éste desafía a A, quien acepta.

"No siempre el que reta debe ser tenido como provocador, pero el que reta debe ser tenido como provocador en todas aquellas ocasiones en que por una discusión intrascendente..., una descortesía sin importancia o cualquier otra futilidad, desafía a duelo... a la persona que ha realizado actos de tan escasa significación social...".⁴²

Al respecto, vale la misma crítica hecha a la riña.

EFFECTOS

La penalidad, respecto de lesiones y homicidio simples, -

42.- Ibid., p. 80.

disminuye: para el homicidio serán de dos a ocho años de prisión, y respecto a las lesiones, la penalidad funcionará lo mismo que en el caso de la riña.

2.2.4 Homicidio y Lesiones in rebus veneris Contemplados en el Artículo 310

"ARTICULO 310.- Se impondrá de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

ARTICULO 321.- Los casos punibles de homicidio y lesiones de que hablan los artículos 310 y 311 no se castigarán como calificados, sino cuando se ejecuten con premeditación."

SUJETOS

Activo: uno de los cónyuges (hombre o mujer) que sorprenda al otro cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación; entendiéndose por cónyuge el que ha contraído legalmente matrimonio.

Pasivo: puede serlo el otro cónyuge o un tercero ("corruptor"), o ambos.

Si el sujeto activo es varón y su cónyuge mujer, el otro pasivo, ¿puede ser mujer?. Esto se resuelve aclarando el significado de "acto carnal".

Parecer ser que el legislador al emplear la frase "acto carnal", se refiere a la cópula; la doctrina lo reafirma.

Así, entendemos como acto carnal o cópula, siguiendo a Vincenzo Manzini y Eusebio Gómez,⁴³ "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste." '... El coito o cópula, estricto sensu se realiza por la introducción del pene en la vagina. Existe cópula lato sensu cuando la introducción es por el ano o por la boca.'

De lo anterior se colige que, si el cónyuge pasivo (o el que está con el corruptor) es mujer, el otro pasivo no puede ser de sexo igual, toda vez que no puede darse ninguna forma de cópula.

LA PROXIMIDAD

La propia jurisprudencia esclarece el término⁴⁴ diciendo:

43.- Op. cit., supra, nota 26, p. 639.

44.- Ibid., p. 750.

"... al incluir el término "próximo" no se fija si ha de ser - próximo anterior o próximo posterior al acto carnal, por lo que, al no distinguir la ley, el juzgador tampoco debe distinguir, - siendo admisible tanto la anterioridad como la posterioridad, - con tal que los hechos probados revelen clara e indubitavelmente que se trató de un acto carnal realizado ya o todavía por - realizar; pero la ley es precisa al incluir el término "próximo" exigiendo con esto una sucesión inmediata e inminente de hechos realizados o que hayan de realizarse en un corto lapso, pues es to es lo que comúnmente se entiende con el término gramatical - "próximo", tocando al juzgador interpretar los hechos en rela- ción con los términos gramaticales que la ley emplea y atendiend do al espíritu del lenguaje comúnmente hablado."

DEBE HABER SORPRESA EN EL SUJETO ACTIVO

"... Sorprender significa coger de improviso, conmoverse o maravillarse con algo imprevisto, raro o incomprensible, y es posible que el sujeto activo sospeche, aunque no tenga la seguridad, y al encontrarse en las circunstancias que describe el artículo 310, se sorprenda."⁴⁵

La idea de sorpresa destruye la premeditación, caso últi-

45.- Op. cit., supra, nota 7, p. 84.

mo en el cual estaríamos hablando de un agravante que, en vez de disminuir la pena, la aumentaría de veinte a cincuenta años de prisión (artículo 321).

La ratio legis nos la da Jiménez Huerta:⁴⁶ la emoción violenta que afecta al activo cuando sorprende a su cónyuge y a otra persona in rebus veneris, hace que el agente sufra desequilibrio psicológico y le produzca alteración emocional transitoria, lo que trae como consecuencia una reacción violenta del agente; la conducta del mismo es dolosa pero imperfecta.

Efectos: la penalidad disminuye considerablemente en ambos delitos:

Homicidio: a) si el activo no contribuyó a la corrupción de su cónyuge, y priva de la vida a los dos o a uno solo, de tres días a tres años de prisión; b) si contribuyó a la corrupción, de cinco a diez años de prisión.

Lesiones: haya o no contribuido a la corrupción de su cónyuge, y lesione a ambos o sólo a uno, de tres días a tres años de prisión.

46.- Ibid., p.p. 83, 84.

En los términos del artículo 310, se entiende por cónyuge corruptor, aquél que tiene o permite para con el otro malos hábitos sexuales, conductas sexuales depravadas.

Aquí también el juez debe tomar muy en cuenta los artículos 51 y 52 en la imposición de la pena mínima y máxima que la ley señala.

CAPITULO TERCERO

INTERPRETACION ANALOGICA Y ANALOGIA EN LA LEY PENAL

3.1 FUENTES DEL DERECHO PENAL3.1.1 Fuentes del Derecho; Idea

Antes de pasar al tema central que nombra este capítulo, necesario es dar algunas bases sobre las cuales descansa, se fundamenta.

Las fuentes del Derecho en general son tres: ⁴⁷ las históricas, las reales, las fuentes formales, entendiéndose por estas últimas "el proceso histórico de manifestación de las normas", o como dice Cortés Ibarra ⁴⁸ "las diversas etapas o procesos que deben observarse para la creación del derecho."

Las fuentes formales se dividen en cuatro: ⁴⁹

47.- Op. cit., supra, nota 1, p. 75.

48.- Cit. en op. cit., supra, nota 9, p. 53.

49.- Op. cit., supra, nota 1, p. 77.

- a) La costumbre, que se integra por los usos que la colectividad considera obligatorios.
- b) La doctrina, que está formada por todos los estudios jurídicos llevados a cabo por los hombres de ciencia.
- c) La jurisprudencia, que se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales.
- d) La ley, que es una norma emanada del poder público, general, abstracta y permanente, provista de una sanción.

3.1.2 La Ley, Fuente Única del Derecho Penal

Para Castellanos Tena⁵⁰ la única fuente directa, inmediata y principal del Derecho Penal es la ley (que no se agota en ese Código sustantivo, sino que se extiende a otros ordenamientos, p.e. la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito). "El derecho a castigar del Estado encuéntrase, pues, limitado por la ley penal, fuente única del Derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos."

50.- Ibid., p.p. 79, 80.

Celestino Porte Petit⁵¹ clasifica a su vez las fuentes del Derecho Penal en:

A) Reales o sustanciales, que son las que constituyen la materia que va a dar origen o vida a las normas jurídico-penales; las cuales se dividen en: a) racionales o perennes, y b) históricas o variables.

B) De producción, que viene siendo el órgano que da vida a la norma jurídico-penal: el Estado.

C) De cognición, de conocimiento o formales, que son las formas como se manifiesta el propio derecho.

La fuente inmediata del Derecho Penal, la fuente de cognición, es la ley, y su exclusividad deriva del mandato contenido en el artículo 14 constitucional párrafos 2° y 3°, así como del artículo 7° del Código Penal.⁵²

Nos dice el referido maestro⁵³ que el Derecho Penal se clasifica en dos partes: el Derecho Penal del orden común y el Derecho Penal especial; y que hay leyes penales especiales (es decir, no contenidas en un ordenamiento específico, como el Có-

51.- PORTE PETIT CANDAUDEUP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, México, Porrúa, S.A., 1987, p. 90.

52.- Ibid., p. 93.

53.- Ibid., p.p. 95, 97.

digo Penal), entendiéndose por tales "aquella legislación que regula una materia penal de carácter especial, o bien, las normas penales que formando parte de ordenamiento de índole no penal, reglamentan igualmente materias penales particulares" (p.e. la Ley de Vías Generales de Comunicación). Al respecto, el maestro cita la siguiente jurisprudencia: "Las leyes penales, no se circunscriben al contenido del Código de la materia, sino que hay muchas disposiciones de carácter específico, dispersas en la Codificación General que, por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por su objeto, no pueden ser incluidas en una ley general, sino en disposiciones especiales, debiendo - - agregarse que así lo reconoce el artículo 6° del Código Penal Federal, que expresa que cuando se cometa un delito no previsto en dicho Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta observando las disposiciones conducentes del mencionado Código Penal."

De la lectura de los artículos 13, 14, 18, 22, constitucionales, y 7° del Código Penal, se observa que la ley es fuente única del Derecho Penal.

3.2 INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

3.2.1 Interpretación

Interpretar, en sentido general, es una actividad mental del hombre mediante la cual da razón de todo cuanto observa, -

que puede percibir a través de sus sentidos, tangible o no; se interpretan las letras, las palabras, las frases, las oraciones, los signos contenidos en algún texto o documento, el sonido, el silencio; el hombre hace inmanente lo trascendente mediante ese proceso mental, independientemente que haya o no identidad entre el objeto y lo que él se imagina o piensa que es, es decir, entre el significante y el verdadero significado.

3.2.2 La Norma Penal; Idea

Antes de entrar a lo que es el estudio de la interpretación de la ley penal es necesario dar una idea de lo que es la norma penal. "La norma penal es una disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad).

Está formada por un precepto y una sanción.

El precepto contiene la figura delictiva y funciona de la siguiente manera: en forma positiva: manda u ordena, y en forma negativa: prohíbe."⁵⁴

Aclarado el anterior punto, pasamos a lo que es la interpretación de la ley.

54.- Ibid., p.p. 9 a 11.

3.2.3 Interpretación de la Ley

¿Qué se entiende por interpretación de la ley?

Para el maestro Porte Petit⁵⁵ "Interpretar una ley es precisar su contenido, su voluntad, no la del legislador..."; para Castellanos Tena⁵⁶ "... es entenderla, precisar su contenido, - desentrañar su sentido...", para Cortés Ibarra⁵⁷ "Interpretar - la ley significa entenderla, comprenderla en su significación - haciéndola susceptible de aplicarla al caso concreto", en tanto que para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara⁵⁸ "... es una actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de una norma legal...".

El artículo 14 constitucional, párrafo 3° establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

De lo anterior se colige que el mencionado artículo no - prohíbe la interpretación, sino la aplicación analógica, prohibirlo sería absurdo toda vez que, como se dijo, es una actividad connatural al hombre.

55.- Ibid., p. 113.

56.- Op. cit., supra, nota 1, p. 88.

57.- Op. cit., supra, nota 9, p. 59.

58.- DE PINA, Rafael y de PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, México, Porrúa, S.A., 1984, p. 309.

Así pues, la ley penal es susceptible de interpretarse, - debe interpretarse, el juez está obligado a ello.

3.2.4 Clases de Interpretación

Siguiendo al maestro Celestino Porte Petit, la interpretación puede clasificarse de acuerdo a los siguientes criterios:⁵⁹

I. Con relación al sujeto, al intérprete, a su fuente o desde el punto de vista subjetivo;

A.- Doctrinal, científica o privada: la que realizan los científicos o doctos.

B.- Judicial, forense, usual o jurisprudencial: la que - llevan a cabo los tribunales..., la cual es obligatoria únicamente para el caso concreto, es decir, no tiene eficacia generalizadora.

"... Es la que llevan a cabo los jueces y tribunales en su diaria tarea de impartir justicia. Para lograrla generalmente toman en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y

59.- Op. cit., supra, nota 51, p.p. 114 a 124.

la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio...".⁶⁰

C.- Auténtica o Legislativa: la que realiza la ley, cuando se dicta (contextual), o bien la que es realizada por la ley posterior (interpretativa).

"... Es la que emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta...".⁶¹

II. Según los medios o métodos empleados:

A.- Gramatical, literal o filológica: consiste en buscar la voluntad de la ley por el significado literal del texto.

"... Mediante esta interpretación se busca la voluntad de la ley en la significación gramatical o técnico-jurídica de los términos contenidos en la norma. Frecuentemente, el legislador utiliza determinados conceptos que tienen una doble significación: general, de uso corriente del lenguaje, y específica, o técnico-jurídica...".⁶²

B.- Lógica, teleológica, racional o ideológica: consiste en buscar la voluntad de la ley.

60.- Op. cit., supra, nota 1, p. 86.

61.- Id.

62.- Op. cit., supra, nota 9, p. 61.

Esta contiene elementos extrajurídicos, como los éticos, políticos, religiosos físicos, geográficos, etc., y elementos jurídicos, como los históricos, la ratio legis, la legislación comparada, el elemento sistemático, etc.

Castellanos Tena dice⁶³ que este tipo de interpretación tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica para desentrañar el fin que persigue.

III. De acuerdo con los resultados:

A.- Declarativa, estricta, laxa o normal: se da cuando hay conformidad del texto de la ley con la voluntad de ésta, "cuando, a juicio del intérprete las palabras usadas en el texto significan exactamente lo mismo que su entendimiento idiomático...

B.- Restrictiva: cuando se restringe el texto de la ley a la voluntad de la misma, porque aquél sobrepasa ésta (minus dixit quam voluit); "cuando el intérprete concluye que las pala

63.- Op. cit., supra, nota 1, p.p. 86, 87.

bras empleadas en la ley expresan más de lo que significan..."⁶⁴

C.- Extensiva: cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta (minus dixit quam voluit).

"En la interpretación extensiva no se pretende ir más allá de la voluntad de la ley, sino descubrirla, a pesar de que en un sentido estricto las palabras dicen menos de lo que se pretendió expresar con ellas."⁶⁵

D.- Progresiva o evolutiva: cuando se adapta el texto de la ley a necesidades imperantes; "atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbres y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos por ella, y evolucionan de acuerdo con esos factores, aun cuando la redacción del texto permanezca inalterada."⁶⁶

"Frente al problema de que si debe o no interpretarse restrictiva o extensivamente la ley penal..., destaca la opinión de Jiménez de Asúa...:

a) Si la interpretación gramatical y teleológica llegan a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea ese resultado restrictivo o ex-

64.- Ibid., p. 87.

65.- Ibid., p.p. 87, 88.

66.- Ibid., p. 88.

tensivo, puesto que con esos medios se han logrado hallar el pensamiento y voluntad de la ley.

b) Si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente y la duda, sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable."⁶⁷

3.3 LAS LAGUNAS DE LA LEY

Conocidas las diversas formas de interpretar una ley, el siguiente paso sería integrarlas, si existen lagunas, y finalmente aplicarlas.

Sobre las referidas lagunas (entiéndase por tales, aquella ausencia de disposición legal respecto de un caso concreto), Porte Petit dice⁶⁸ que las mismas pueden darse por voluntad, imprevisión, olvido o ignorancia del legislador, y que las mismas pueden llenarse a través de distintos medios, como lo son los principios generales del Derecho, la equidad, la costumbre, el derecho natural, la libre investigación científica y la analogía.

67.- Op. cit., supra, nota 51, p. 123.

68.- Ibid., p. 125.

Se cuestiona si en el Derecho Penal pueden existir vacíos o lagunas.

"De acuerdo con nuestro Derecho Constitucional no puede integrarse la ley penal en lo referente al delito y a la pena, pues el artículo 14 del ordenamiento mencionado estatuye el 'principio de reserva' o de 'legalidad': el 'dogma penal', o sea que no hay delito ni pena sin ley penal. En consecuencia, en la ley penal mexicana no puede haber lagunas respecto a delitos y penas, porque la zona no incriminada es una zona de libertad...

Nadie puede afirmar la existencia de lagunas en relación a las normas penales en sentido estricto ('abarca el precepto y la sanción; en sentido amplio, cualquier precepto restante del ordenamiento jurídico penal'), puesto que el principio de legalidad o de reserva lo prohíbe terminantemente... Indudablemente que tienen que existir dichas lagunas respecto de normas que no configuren delitos o no prescriban penas...".⁶⁹

3.4 LA ANALOGIA COMO MEDIO DE INTEGRACION DE LA LEY PENAL⁷⁰

Desde este momento debemos partir del entendido que la pa

69.- Ibid., p. 126.

70.- Ibid., p. 127.

labra analogía se refiere a un medio de integración -prohibida por el tercer párrafo del artículo 14 constitucional-, diferente de la interpretación analógica -no prohibida-; no se puede hablar de estos dos conceptos indistintamente. "No es posible, porque, para interpretar una norma, es preciso que ésta exista ('la interpretación analógica presupone una norma') y es imposible interpretar la norma inexistente ('analogía'); no se interpreta, sino que se aplica analógicamente la norma, y en la interpretación analógica, se interpreta el texto analógicamente."

3.4.1 Concepto

¿Qué se entiende por analogía en materia penal?

"La analogía legis consiste en aplicar una norma jurídica referente a un caso concreto, a otro semejante, no regulado por la ley."

3.4.2 Requisitos de la Analogía

- a) Un precepto jurídico referido a un caso concreto.
- b) Un caso no regulado por la ley.
- c) Semejanza entre el caso no regulado y el previsto en la ley.

3.4.3 Principales Clases de Analogía

I. Jurídica o juris (se denomina así, porque nace de los principios que informan el sistema del derecho positivo): consiste en llenar la laguna legal por un principio derivado del sistema del derecho positivo.

II. Legal o legis (se denomina así, porque nace de la ley): aquélla que consiste en aplicar una norma jurídica que se refiere a un caso concreto, a otro semejante no regulado por la ley.

III. In malam partem. Esta es originada por la analogía legal o legis, puesto que crea analógicamente delitos o penas, y debe ser rechazada en base a los principios de legalidad o de reserva y de garantía de la pena.

IV. In bonam partem. Se refiere a la analogía en favor del acusado.

3.4.4 Interpretación Analógica de la Ley Penal

Esta no está prohibida, y debe entenderse como "la interpretación de un precepto por otro que prevé caso análogo, cuando en el último aparece claro el sentido que en el primero está obscuro, ...no es otra cosa que una forma de interpretación sis

temática."⁷¹

Jiménez de Asúa expresa:⁷² "... a veces ...la propia ley requiere que se completen sus preceptos por analogía... 'porque' el legislador ha comprendido que la fórmula casuística empleada no ha podido prever todos los casos, 'observando que' entonces está en la voluntad de la ley que ésta se aplique a situaciones análogas a las previstas pero, precisamente por estar en el pensamiento de la ley la aplicación de sus preceptos, beneficiosos o perjudiciales, no se trata de verdadera y propia analogía, si no de interpretación analógica que lejos de estar prohibida está aceptada por la ley misma."

Se encuentran ejemplos de interpretación analógica en la fracción IV del artículo 5º, fracción I del artículo 167, fracción II del artículo 306, de nuestro Código Penal sustantivo.

ANALOGIA E INTERPRETACION EXTENSIVA

Quando existe analogía, hay extensión de la ley penal por que ésta, que regula un caso concreto, se extiende para aplicarla a un caso no previsto por la misma.

71.- Ibid., p. 129.

72.- Ibid., p. 130.

En la interpretación extensiva se extiende el texto de la ley adecuándolo a la voluntad de ésta, con relación al caso que ella misma prevé.

En la analogía hay una extensión de la ley (no hay norma).

En la interpretación extensiva, la extensión se hace sobre un texto legal (norma) y para el caso previsto en el mismo, en tanto que en la analogía se extiende la norma para una hipótesis no regulada por la ley.

3.5 ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL PARRAFO 3°; EXAMEN

ARTICULO 14 Constitucional párrafo 3°: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y - aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

ARTICULO 7° del Código Penal, párrafo 1°: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Para el desarrollo de este tema nos basaremos en el libro del maestro Ignacio Burgoa "Las garantías individuales".⁷³

73.- BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, México, Porrúa, S.A., - 1986, p.p. 568 a la 573.

Según el mencionado jurisconsulto,⁷⁴ las garantías del gobernado se dividen en dos: materiales y formales; dentro de estas últimas, encontramos la de seguridad jurídica, que comprende la garantía de audiencia y legalidad, y una especie de estas últimas, es la garantía de exacta aplicación de la ley penal, contenida en el tercer párrafo del artículo catorce constitucional.

El principio de legalidad se enuncia bajo la siguiente - - máxima: nullum crimen, nulla poena sine previa lege, que, como se sabe, Feuerbach la expone en conexión con la teoría de la - - coacción psíquica, expresada en estos términos:

Para que la pena cumpla su función de coaccionar psíquicamente es preciso que el delito y la pena aparezcan descritos en la ley. El amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona. De estas necesidades se deducen las siguientes exigencias:

a) La existencia de una pena supone una ley penal (nulla poena sine lege).

b) La existencia de una pena está condicionada por la - - existencia de la acción amenazada (nulla poena sine crimine).

74.- Ibid., p. 194.

c) El acto legalmente amenazado está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali).

Bajo el amparo del párrafo tercero del citado artículo - - constitucional, una conducta que no esté reputada por la ley como delito, no será delictuosa, es decir, susceptible de generar penalidad; o como dice el maestro Porte Petit⁷⁵ "el juzgador no podrá imponer pena alguna ('o medida de seguridad') sin sujetarse al catálogo señalado en cada caso por la ley penal, pues como afirma Mezger 'las puertas de la prisión sólo las cierra la ley'."

De lo anterior se concluye que hay violación de la mencionada garantía cuando se aplica sanción penal a un hecho que no esté tipificado como delito (en los términos del artículo 7° del Código Penal).

"El principio de legalidad se refiere no sólo al delito, sino a las penas; así, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado: para todo delito la ley expresamente debe señalar la penalidad correspondiente. Por ende, se infringe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional cuando se aplique a una persona una pena que no -

75.- Op. cit., supra, nota 51, p. 100.

se atribuya por la ley directa y expresamente a un delito determinado... Puede suceder... que un hecho esté... tipificado por una disposición legal como delito; no obstante... si dicha disposición legal no consigna la pena que ha de imponerse a su autor, la autoridad correspondiente no puede aplicar ninguna sanción penal, ya que, mediante dicha aplicación se infringirá el mencionado precepto de la Constitución. Este es el sentido en - que debe tomarse el adverbio 'exactamente' ...".⁷⁶

PROHIBICION DE IMPONER PENAS POR ANALOGIA
Y POR MAYORIA DE RAZON

Para Burgoa la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con la hipótesis expresamente regulada no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.

En otros términos, la aplicación analógica de una norma - consiste en referir el consecuente de una ley a un hecho concreto que presenta similitud o semejanza con el antecedente legal.⁷⁷

76.- Op. cit., supra, nota 73, Id.

77.- Id.

El maestro Burgoa explica lo anterior de la siguiente manera:⁷⁸

En términos generales, toda regla de derecho es un juicio lógico compuesto de:

A.- Un antecedente (hecho, relación o situación) abstractos.

- Un sujeto.

B.- Un consecuente (predicado) abstracto.

(Es decir: A.- Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro (sanción respectiva); yo privo de la vida a otro; B.- Yo soy homicida -sanción respectiva-)

I. Hay exacta aplicación de la ley (y, por tanto, no se puede hablar de analogía) cuando un caso concreto encuadra cabalmente en el antecedente abstracto, es decir, cuando entre ambos, caso concreto y antecedente abstracto, hay plena coincidencia tanto en sustancia como en accidentes naturales.

II. Si hay divergencia entre antecedente abstracto y el caso concreto por lo que se refiere a accidentes naturales, manteniéndose la semejanza esencial o sustancial, se estará en presencia de un caso LEGAL DE APLICACION ANALOGICA, al referirse - el consecuente abstracto a tal hecho (caso concreto).

78.- Id.

III. Puede también darse una no correspondencia absoluta (esencial o sustancialmente, y accidental) entre el antecedente abstracto y el caso concreto, y a éste no podrá imputársele normativamente el consecuente abstracto ya que de hacerlo SE APLICARIA INDEBIDAMENTE.

El fundamento lógico de la aplicación por analogía es la ratio legis. Esta no es sino el conjunto de motivos y causas que se contienen en la norma para establecer un determinado sentido de regulación en el hecho, acto o situación abstractamente previstos. Cuando estos motivos y causas señaladas en la proposición lógica legal (antecedente), para prever la regulación respecto de la hipótesis prevista en la norma (consecuente), se encuentra en un caso afín a ésta ('norma'), entonces se concluye que el hecho, relación, acto o situación no previstos deben regularse en el sentido establecido por la ley para el objeto expresamente normado, idea que se enumera en el siguiente principio: ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio /donde existe la misma razón de la ley -motivos, causas e circunstancias tomadas por ésta en consideración (antecedente)-, debe existir la misma disposición/ (el mismo sentido de regulación expresado en las conclusiones que la norma deriva de dichos motivos, causas o circunstancias -consecuente-).⁷⁹

79.- Id.

"... La aplicación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de una disposición legal exactamente aplicable al hecho de que se trate, por lo que habrá que recurrir a una norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presente semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el mencionado hecho, - pudiera hacerse extensiva a éste... la pena que se pretendiese imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, por lo que se violaría el aludido principio."⁸⁰

Por cuanto respecta a la mayoría de razón, Burgos nos dice lo siguiente:⁸¹ "La aplicación de una ley por mayoría de razón - se finca en elementos trascendentes o externos a la misma ('económicos, sociales, políticos, etc. '), los cuales concurren en la integración de su causa final, de tal manera que la existencia - de ellos con mayor proporción en el caso concreto origina la referencia normativa a éste.

Por ejemplo, si un determinado hecho abstracto considerado legalmente como delito está penado con una cierta sanción, obediendo la tipificación y la penalidad respectiva a factores sociales, económicos, de peligrosidad, etc... y si el hecho concreto, sustancialmente diverso, traduce con mayor gravedad, intensidad o trascendencia tales factores, a este último podría referir

80.- Id.

81.- Id.

se, por una parte, la estimación delictiva prevista en la norma, y la penalidad correspondiente, lo cual equivaldría a una aplicación normativa por mayoría de razón.

...El artículo 14 constitucional, al prohibir la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad..., que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio nulla poena sine lege."⁸²

Diferencia entre aplicación por analogía, y por mayoría de razón.⁸³

"La aplicación por analogía exige la coincidencia de la hipótesis legal general con el caso concreto individual desde el punto de vista de su esencia o sustancia, pues de no ser así habría aplicación indebida... en tanto que en... la aplicación por mayoría de razón tal coincidencia no debe existir, siendo el hecho abstracto y el concreto totalmente diferentes en sí mismo - considerados, tanto por lo que se ve al elemento sustancial como a las notas o calidades accidentales principales."

82.- Id.

83.- Id.

3.5.1 Limitaciones que impone el Principio de Legalidad
(La Ley Penal como Fuente Unica)⁸⁴

I. La de apelar a la analogía para fundamentar una responsabilidad penal. El tribunal no puede abandonar el marco trazado por la disposición penal. La analogía supone, sin embargo, el abandono de ese marco, en tanto somete a la regla jurídica hechos de la vida situados fuera de dicha regla.

II. La de basar la punibilidad de una acción en normas distintas a la ley. Sin una ley que establezca la punibilidad de la acción, los tribunales no podrán proceder a su punición.

3.5.2 Garantías Derivadas del Principio de Legalidad en Materia Penal⁸⁵

a) Garantía criminal. Ningún hecho puede ser castigado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal (nullum crimen sine lege).

b) Garantía penal. No podrá imponerse una pena que no haya sido previamente establecida por la ley (nulla poena sine lege).

64.- Op. cit., supra, nota 14, tomo XIV, p. 888.

85.- Id.

c) Garantía jurisdiccional. Nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por tribunal competente (nemo damnetur nisi per legatē iudicium).

d) Garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta de la prescrita por la ley y los reglamentos.

CAPITULO CUARTO

IMPLICACIONES DE DERECHO FAMILIAR

4.1 FILIACION; CONCEPTO Y CLASES

El maestro Rafael Rojina Villegas dice que el término filiación tiene dos connotaciones:

a) Amplia, "que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado...".

b) Estricta, que es una "... relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo...".⁸⁶

CLASES

Filiación legítima:⁸⁷ "vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres...".

86.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, II, México, Porrúa, - S.A., 1980, p. 591.

87.- Ibid., p. 592.

Filiación natural:⁸⁸ "es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio...".

Filiación legitimada:⁸⁹ "la que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos lo reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración."

Filiación legitimada por ministerio de ley:⁹⁰ "comprende el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido pero que tampoco fue impugnado ejerciendo el marido la acción contradictoria de paternidad, y sin que haya una declaración expresa en el Código Civil."

4.2 EL PARENTESCO⁹¹

4.2.1 Concepto

El parentesco es "el nexa jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado...".⁹²

88.- Ibid., p. 594.

89.- Ibid., p. 595.

90.- Ibid., p. 598.

91.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, Porrúa, S.A. 1985, - p.p. 444 a 454.

92.- Id.

4.2.2 Fuentes Constitutivas

a) El matrimonio, que es la fuente única del parentesco - por afinidad.

b) La filiación, fuente única del parentesco consanguíneo.

"La adopción no es fuente de parentesco (artículo 402 del Código Civil); sólo establece un vínculo de filiación entre el - adoptante y el adoptado...".⁹³

4.2.3 Especies y Efectos

1. Por consanguinidad (artículo 293 del Código Civil): es el que existe entre personas que descienden de un mismo tronco - común.

EFFECTOS

1.- Derecho a heredar en la sucesión legítima, según los artículos 1599, 1601 y 1602 del Código Civil.

2.- Derecho a dar y a exigir alimentos (artículos 305 y - 301 del Código Civil), así como otras cargas, p.e., la tutela -

93.- Id.

(artículo 482, 483 y 487 del Código Civil).

3.- Constituye impedimento para contraer matrimonio sin limitación de grado (artículo 156 fracc. III del Código Civil).

II. Por afinidad (artículo 294 del C.C.): es el que se contrae por el matrimonio entre el cónyuge y los parientes de la esposa, y entre la cónyuge y los parientes del esposo.

EFFECTOS

No produce obligación alimenticia, ni da lugar a herencia, ni impone la carga de la tutela.

Es impedimento para celebrar matrimonio en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado (entre el marido y los hijos de la mujer, entre la mujer y los hijos del marido, sus ascendientes y descendientes) -artículo 156 frac. IV del C.C.-.

No existe impedimento para celebrar matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes colaterales del otro (hermanos y tíos).

El testimonio que rinda una persona en juicio seguido en contra de otra, ligada a él por afinidad, puede carecer de fuerza probatoria (artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles).

Impide al juez del Registro Civil autorizar el acta relativa a los parientes de su esposa, en línea recta ascendente (artículo 49 del C.C.).

Los jueces, magistrados y secretarios, no podrán conocer de los negocios que interesen directa o indirectamente a su cónyuge, parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado, a los colaterales dentro del cuarto grado, a los afines dentro del segundo grado (artículo 170 fracc. II del Código de Procedimientos Civiles).

III. Por adopción o civil (artículo 295 del C.C.): es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

(De los efectos y de otras particularidades se hablará más adelante).

4.2.4 Líneas y Grados de Parentesco

El parentesco se determina por líneas y grados.⁹⁴

Línea. Está constituida por la serie de grados (artículo 296 del C.C.).

94.- Id.

Grado. Constituida por cada generación. Así, v.gr., el padre es pariente en primer grado de su hijo, y en segundo grado de su nieto.

La línea puede ser:

Directa (o recta). Comprende los parientes que descienden unos de otros, y puede ser:

a) Ascendente. La que, partiendo de los hijos, se remonta al padre, abuelo, bisabuelo, etc.; o

b) Descendente. La que parte del abuelo y baja hacia los nietos, bisnietos, tataranietos, etc.

Colateral. Comprende el conjunto de parientes que tienen un progenitor común pero que no descienden unos de otros (artículo 297 y 298 del C.C.). Esta a su vez puede ser igual o desigual, según que al ascender por una de las líneas y descender por la otra, en cualquiera de ella haya mayor número de generaciones.

4.2.5 Cómo Determinar el Grado de Parentesco

EN LINEA RECTA

Por el número de generaciones que existe entre dos o más personas cuya proximidad en grados se trata de determinar: p.e.:

entre abuelo y nieto hay dos generaciones, por tanto, el parentesco es de segundo grado en línea recta (yo, respecto de mi abuelo, descendente; mi abuelo respecto de mí, ascendente- en primer grado está mi padre, primera generación-).

Por el número de personas que haya en los extremos de cada línea, excluyendo al progenitor común; v.gr., entre abuelo y nieto hay tres personas: abuelo, padre y nieto; excluyendo al progenitor común (abuelo), tenemos solamente al padre y al hijo. Entre abuelo y nieto hay un parentesco consanguíneo en segundo grado (artículo 299 del C.C.).

EN LINEA COLATERAL

Tomando en cuenta el número de generaciones, ascendiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; p.e., entre primos (hijos de dos hermanos) hay un parentesco por consanguinidad de cuarto grado por línea colateral igual, pues ascendiendo por una de las líneas hasta el abuelo hay dos generaciones, y descendiendo por la otra, desde el abuelo hasta el nieto, hay otras dos generaciones. Por ejemplo, entre el tío y el sobrino existe parentesco consanguíneo en tercer grado en línea colateral desigual, porque, ascendiendo por la línea de parentesco del hijo al padre y del padre al abuelo hay dos generaciones, y descendiendo del abuelo al tío hay una generación.

En este ejemplo, la línea descendiente es menor; la misma puede ser mayor si procedemos a la inversa, es decir, tomando como punto de partida al tío, hacia el abuelo (progenitor común) y descendiendo de éste, al nieto.

Tomando en cuenta el número de personas, excluyendo al progenitor común; p.e., el grado de parentesco entre los primos es de cuarto porque existen cuatro personas en la línea, excluyendo al abuelo (progenitor común).

4.3 ADOPCION

4.3.1 Algunos Antecedentes⁹⁵

Esta institución existe consagrada en la mayor parte de los pueblos antiguos, y se encuentra rastros de la misma en las legislaciones de Egipto, Caldea, India y Grecia, antes de llegar a su superior desenvolvimiento en Roma. En este tiempo, la finalidad jurídica de la adopción desempeñaba un papel absolutamente distinto y mucho más importante del que le confiaron las legislaciones inspiradas en el Código Napoleónico. En Grecia y en Roma, la adopción tiene un matiz político y religioso, debido a la importancia de la continuidad del culto doméstico y la continuidad

95.- Op. cit., supra, nota 14, II, p.p. 395, 392.

familiar; la adopción permitía, a quienes carecían de descendencia, asegurar la conservación de los cultos a los dioses lares e impedía la extinción de las familias cuya perduración se estimaba políticamente necesaria para la ciudad, y por ello, en el acto jurídico en que la adopción se constituye, se requiere especial solemnidad y se hace necesaria la intervención estatal, verificándola ante el magistrado.

En la decadencia del Imperio, las motivaciones político-religiosas de la adopción se modifican y pierden importancia, y por ello, paulatinamente, la institución se transforma, y así vemos que la adopción, que inicialmente imitaba a la naturaleza y por ello exigía para adoptar, capacidad física para engendrar, en términos del emperador León se permitió a los castrados, y finalmente, con Justiniano, al lado de la "adopción plena", que producía todos los efectos de la agnación, surge la "adopción menos plena", que dejaba al adoptado en su familia natural y simplemente le hace adquirir derechos sucesorios a la herencia del adoptante.

Los pueblos germánicos conocieron igualmente la adopción, que practicaron acompañándola de prolijas ceremonias, aun cuando en estos pueblos acabara también por caer prácticamente en desuso, hasta tal extremo, que en algunas costumbres locales se llegara a consagrar su prohibición.

En el antiguo Derecho castellano, la adopción no aparece hasta el Fuero Real y es conocida y organizada en las Partidas bajo la inspiración justiniana, dando entrada a las formas de adopción "plena" y "menos plena".

En Francia, al estallar la revolución, había casi desaparecido esta institución, pero ese estado de espíritu de la época revolucionaria era favorable a la restauración de la adopción y la Asamblea legislativa, el 18 de enero de 1792, invitó a la comisión de legislación a incluir la regulación de la adopción dentro del plan general de las leyes civiles.

Larga y trabajosa resultó, en el Consejo de Estado, la elaboración del concepto y características de la adopción, y múltiples los proyectos elaborados por los redactores del Código napoleónico, en la discusión de los cuales intervino personalmente el primer vicescánsul y, como consecuencia de tales debates, llegaron los modificadores franceses a la elaboración de un concepto de adopción que se apartaba por completo de los precedentes romanos; y así, Berlier, en la Exposición de Motivos presentada al cuerpo legislativo, declaró que los autores del proyecto no habían tomado en consideración las leyes romanas, que no se ajustaban ya a las costumbres del momento, sino que se había partido de los puntos de vista contenidos en el Código prusiano.

Este es el momento en que se modifica definitivamente la institución; en la legislación romana existía, por así decirlo, un equilibrio de intereses entre el adoptante, que aspiraba a la continuación de su estirpe y el del culto religioso a los dioses domésticos, y el adoptado, que ingresaba a su nueva familia. En la concepción de los redactores del Código napoleónico, la adopción se estructura exclusivamente a beneficio del adoptante, y se elabora en forma de institución filantrópica.

Así, tenemos al Berlier, que estimaba a la institución como consuelo de los matrimonios estériles y fuente de socorro para los niños pobres.

Esta concepción, que según Castán, podría justificar una institución protectora o de patronato no encaja en la figura jurídica de la adopción tal como lo creó el Derecho romano; pues no pasa, en esta forma, de ser una pura ficción jurídica, por lo que ha merecido la censura de muchos autores y ha hecho que se suprimiera la adopción en buen número de Códigos, como en los de Portugal, Holanda, Argentina y Chile.

4.3.2 Concepto

Adopción. Del latín adoptio, onem, adoptare, de ad y optare, desear.

Dusi, citado por Antonio de Ibarrola,⁹⁶ dice que "es un - acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los par- ticulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extraños, relacio- nes análogas a las de la filiación legítima...".

Para el maestro Galindo Garfias,⁹⁷ la adopción es "un ac- to jurídico por virtud del cual, una persona mayor de veinticin- co años, crea por propia declaración de voluntad y previa auto- rización judicial una relación paternofilial que lo une con un menor de edad o un incapacitado. La adopción se distingue del - parentesco por consanguinidad, en que crea sólo un vínculo en- tre el adoptante y el adoptado."

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara,⁹⁸ consideran la - adopción como "un acto jurídico que crea entre adoptante y adop- tado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relacio- nes análogas a las que resultan de la paternidad y filiación le- gítimas...".

4.3.3 Naturaleza Jurídica⁹⁹

El acto de la adopción es un acto jurídico complejo, de -

96.- DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, Porrúa, S.A., 1981, p. 408.

97.- Op. cit., supra, nota 91, p. 664.

98.- Op. cit., supra, nota 58, p. 60.

99.- Op. cit., supra, nota 91, p.p. 655, 656.

carácter mixto, en el que participan a la vez el interés de los particulares y del estado...

Esta peculiar estructura..., pone en claro cuál es la naturaleza jurídica y su función en el derecho moderno, como institución adquiere cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible mediante el esfuerzo de los particulares y el Estado, la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante, alejándose hoy en día la adopción de aquella concepción individualista de Portalis que fue introducida en el Código Civil francés como un contrato 'para consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la felicidad de tener un hijo o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado'. No tiene por objeto actualmente 'emular la imagen de la naturaleza ni tampoco satisfacer los sentimientos altruistas del adoptante'.

En el caso del artículo 378 del Código Civil, en la adopción, en la tutela y en la presunción pater est quae nuptiae demonstrant, encontramos un elemento común que consiste en que el derecho prescinde en ciertos casos, de la existencia del lazo consanguíneo entre el padre y los hijos, para lograr la protección del menor.

4.3.4 Caracteres¹⁰⁰

I. Es un acto solemne, pues sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala la ley adjetiva civil (artículo 399 del Código Civil, y 933 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles).

II. Es un acto plurilateral porque requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado (por sí o a través de su representante) y exige una resolución judicial.

III. Es un acto constitutivo de la filiación y de la patria potestad que asume el adoptante.

IV. Eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad, en el caso de que en el momento de la adopción existan antecedentes de quienes hasta entonces ejercían la patria potestad sobre el adoptado.

V. Como institución es un instrumento legal de protección de menores e incapacitados.

4.3.5 La Adopción en el Derecho Actual¹⁰¹

El Código Civil francés de 1804, no hizo sino reintroducir parcialmente uno de los tipos de adopción que ya se conocían en el Derecho romano, la adoptio minus plena, dejando en el olvido la adopción plena romana, reconocida y aceptada en el Código de Justiniano.

Establecida la adopción en el Código francés con un criterio individualista y con la finalidad de que el adoptante pudiera darse un heredero, que ocupe el lugar de un hijo legítimo y que lleve su apellido a fin de que no se extinguiera por falta de descendientes, a partir del año de 1923, después de que se introdujo la primera reforma en esta materia en el Código Civil francés, se vio en la adopción el instrumento adecuado para ayuda y protección de los menores desamparados, y dejó de considerarse a esta institución desde el punto de vista del interés del adoptante, para tomar en cuenta el interés del adoptado. La adopción desde entonces, ha sido vista como una institución de servicio social, de interés público y de asistencia a la niñez desvalida.

En esta dirección y en las legislaciones más modernas, la

101.- Ibid., p.p. 667 a 669.

adopción ha servido para incorporar al adoptado a una familia, de una manera plena, en la situación de hijo legítimo y lograr, en esa manera, la formación y educación integral del adoptado.

La institución de la adopción ha evolucionado estableciendo dos especies de adopción, la adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena. En uno y otro caso, 'la adopción debe ser justo motivo y presentar siempre ventajas para el adoptado'.

Por medio de la adopción ordinaria (adoptio minus plena) tal como se le conoce en nuestro Código Civil, el adoptado sigue siendo extraño para los parientes del adoptante y sólo adquiere el derecho a recibir alimentos del adoptante, a heredar a este último y a usar el apellido del adoptante; si bien entra el adoptado bajo la patria potestad de quien lo adopta, siguen vivos los vínculos de parentesco con u familia consanguínea. A este tipo de adopción (minus plena), se debe la escasa aceptación de la institución de nuestro medio social.

En la legitimación adoptiva o adopción plena, los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia consanguínea en el momento de la adopción y el vínculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos, por el lapso cuando menos de diez años. El adoptado forma parte de la familia de quienes lo adoptan, porque es considerado como hijo nacido de matrimonio. La legitimación adoptiva, sólo tiene lugar cuando se trata de menores de -

cinco años, aunque esta edad puede ser dispensada por los tribunales, cuando el adoptado fue acogido de hecho por quienes lo adoptan, con una anterioridad mínima de cinco años.

La adopción plena procede solamente cuando se trata de un niño abandonado o de padres desconocidos o de un menor de la edad antes señalada, que se encuentre en orfandad.

En algunos países, no se impone el requisito de la falta de descendientes; pero ya se trate de la adopción ordinaria o me nos plena o de la legitimación adoptiva, se exige la edad de veinticinco años, en los adoptantes, para asegurar en lo posible la completa madurez de quien adopta. Generalmente se requiere que exista una diferencia de edad, cuando menos de quince años entre adoptante y adoptado (que se ha reducido en legislaciones extranjeras a diez años, para quien adopta el hijo de su cónyuge).

La adopción plena, desconocida en nuestra legislación, responde de una manera completa a la finalidad social de otorgar protección a la niñez desvalida y evita las maniobras fraudulentas a las que no con poca frecuencia recurren los matrimonios sin hijos, haciendo aparecer en el Registro Civil como hijos con sanguíneos a criaturas abandonadas cuyas madres por diversas razones no quieren guardar.

4.3.6 Requisitos¹⁰²

I. El adoptante debe ser persona física.

II. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, - -
excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer (artículo 391
y 392 del Código Civil).

III. El tutor no puede adoptar a su pupilo, mientras no -
hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela -
(artículo 393 del Código Civil).

IV. El adoptante debe: estar en pleno ejercicio de sus -
derechos civiles, acreditar su buena conducta y contar con me-
dios económicos suficientes para proveer a la subsistencia y -
educación del adoptado (artículo 390 del Código Civil, y 923 -
del Código de Procedimientos Civiles).

V. El adoptado debe: ser menor de edad, o incapacitado,
y tener diecisiete años menos que el adoptante (artículo 390 -
del Código Civil).

VI. En el acto de la adopción deben concurrir los siguien
tes requisitos:

102.- Ibid., p.p. 662, 663.

a) El consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona que se va a adoptar, de su tutor, de quienes lo hayan acogido como hijo, o del Ministerio Público (si este último o el tutor se niegan a otorgarlo sin causa justificada, el consentimiento puede otorgarlo la autoridad administrativa) -artículo 398 del Código Civil-.

b) El consentimiento del menor, si tiene más de catorce años (artículo 391).

c) La autorización judicial, la cual no podrá ser otorgada si el funcionario no comprueba que se han reunido los mencionados requisitos.

4.3.7 Efectos¹⁰³

I. Da lugar al parentesco (civil) sólo entre adoptante y adoptado (artículo 402 del Código Civil).

II. Es impedimento para contraer matrimonio, entre ellos y entre sus respectivos parientes (artículo 157 y 402 del Código Civil).

103.- Ibid., p.p. 661, 662.

III. Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural no se extinguen con la adopción, excepto los de la patria potestad (o tutela si es incapacitado), que será transferida al "padre" adoptivo (artículo 403 del Código Civil).

El "padre" y "madre" adoptivos tendrán la representación del adoptado en juicio y fuere de él; al adoptante corresponderá la administración de los bienes del adoptado y la mitad del usufructo de los bienes; el adoptado está obligado a dar alimentos, y nace la recíproca vocación hereditaria (artículos 425 y 430 del Código Civil).

El adoptado, aparte de dar alimentos al adoptante, si éste lo necesita debe vivir a su lado, y ha de honrar y respetar a su "padre" adoptivo.

El adoptado adquiere todos los derechos y obligaciones que tiene un hijo respecto del adoptante, y viceversa (artículo 395 y 396 del Código Civil).

Si le sobrevienen hijos al adoptante la adopción seguirá produciendo sus efectos (artículo 404 del Código Civil).

4.3.8 Terminación¹⁰⁴

Se termina por revocación:

I. A través del acuerdo de voluntades, es decir, el consentimiento del adoptante y: a) el adoptado, si es mayor de edad; b) las personas que prestaron su consentimiento para la adopción si es menor de edad, o si es mayor de edad incapacitado (artículo 405 fracc. I del Código Civil).

II. Por ingratitud, es decir: a) si comete delito cuya penalidad sea mayor de un año de prisión, contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes; b) si acusa judicialmente al adoptante de algún delito que pudiera ser perseguido de oficio, lo pruebe o no, excepto si ha sido cometido en su contra, o contra su cónyuge o ascendientes o descendientes; c) si rehusa a dar alimentos al "ascendiente" caído en pobreza (artículo 406 del Código Civil).

POR IMPUGNACION

La misma puede hacerla el adoptado al año siguiente a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad

104.- Ibid., p.p. 662, 663.

(artículo 394 del Código Civil).

4.3.9 Parentesco por Consanguinidad y Parentesco Civil;
Medulares Diferencias

C O N S A N G U I N E O

Deriva únicamente de la filiación.

El padre nunca puede casar con su hija(o) (artículo - 433 del Código Civil)

C I V I L

No es fuente de parentesco con sanguíneo, ni por afinidad (artículo 402 del Código Civil: - "los derechos y obligaciones - que nacen de la adopción..., - se limitan al adoptante y al - adoptado.").

El adoptante puede casar con - la adoptada, cuando ya no haya parentesco (artículos 402 y - 157 del Código Civil).

Simplemente con lo anterior podemos llegar a la conclusión de que los artículos 395 y 396 del Código Civil sustantivo, si bien atribuyen derechos y obligaciones recíprocos al adoptante y al adoptado, como los que tienen un padre y un hijo, no son efectivamente los mismos, o en su caso serían similares por cuanto respecta a la materia Civil y Familiar. Un padre biológico no es lo mismo que un adoptante, ni natural ni jurídicamente son iguales, acaso similares, análogos, pero nunca iguales.

4.3.10 Adopción y Tutela; Diferencia

Tal semejanza la podemos encontrar observando los conceptos de una y otra figura.

La tutela, "es una institución... para la protección y defensa de los menores no sujetos a patria potestad, o de mayores de edad incapacitados..., es decir, subsidiaria de la patria potestad";¹⁰⁵ lo cual nos indica que el sujeto a tutela no tiene ascendientes o descendientes que se hagan cargo de él.

En caso de que el sujeto sea menor de edad, y haya sido adoptado, la tutela no tiene razón de ser; pero si se trata de un mayor de edad adoptado, entra en juego esta institución llamada tutela.

(Se hacen estas referencias porque van a tratarse en el capítulo próximo, y con el fin de que sirvan de instrumento para mejor entenderlo)

105.- Ibid., p.p. 687, 710.

CAPITULO QUINTO

ARTICULO 311 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL: HOMICIDIO Y
LESIONES IN REBUS VENERIS5.1 ANTECEDENTES

Según parece, la atenuación de lesiones y homicidio en las circunstancias descritas por el artículo 311, no tiene antecedentes previos al artículo 556 del Código Penal de Veracruz de 1835, sin embargo, no podemos dejar que la palabra o quede tapiada frente al obstáculo que antepone la historia.

5.1.1 Antigüedad

Como el hombre, las sociedades evolucionan, y una gran parte de los penalistas coinciden en que la mayoría de los pueblos, por cuanto a sus ideas penales respecta, ha hecho un recorrido que va desde la venganza privada hasta el periodo científico, aun cuando existan rezagos en la última etapa, y resabios de todas las precedentes.

La venganza privada fue la primera forma de reacción de los particulares, en ausencia de un órgano encargado de impartir justicia; ellos eran quienes la ejercían a su arbitrio, sin moderación alguna. Después aparece la "ley del talión" como una forma más civilizada de venganza: ojo por ojo, diente por diente. Más tarde, a través de la composición, el ofensor podía pagar el derecho de venganza al ofendido o sus familiares y no sufrir más que en su patrimonio la reacción.

Durante la venganza divina se juzgaba y reaccionaba en nombre de la divinidad ofendida, la cual apaciguaba su cólera una vez que el ofensor expiaba el mal causado a través del castigo impuesto, de lo contrario éste, no podría gozar de la protección de aquélla.

después la venganza pasó a manos de la sociedad -venganza pública-. El hecho delictivo la ofendía, quebrantaba su orden, y en vista de ello se imponían al delincuente las penas más crueles.

Cuello Calón nos dice¹⁰⁶ que existía la pena de muerte, mutilación, confiscación de bienes, etc. La pena muchas veces trascendía a descendientes del reo; reinaba en la administra-

106.- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, México, Editora Nacional, 1976, p.57

ción de la justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de protección penal especial más eficaz, para plebellos y siervos se reservaban castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia. Los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, e incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.

Bajo el periodo humanitario, se trató de erradicar toda la injusticia anterior, y fue principalmente Beccaria (en su obra "De los delitos y de las penas" -1764-) quien dio bases para ello: lucha contra la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, el procedimiento inquisitivo, el principio de legalidad. Se origina, como consecuencia, el periodo humanitario, en donde el objeto de estudio es el delincuente y se busca en su actuar lesivo a la sociedad factores biológicos, psicológicos y sociales.

De todo lo anterior, puede suponerse que el ascendiente que mataba o lesionaba al corruptor del descendiente, o a éste, o a ambos, se encontraba en la siguiente situación:

Por cuanto al descendiente respecta, había total impunidad. En las primeras etapas el descendiente era sólo un objeto y podía hacerse de él lo que se quisiera incluso matarlo por cualquier nimiedad; recuérdese, por ejemplo, que en Roma fue hasta

la época de los emperadores Valente y Valentiniano cuando se retiró al pater el derecho de vida y muerte sobre los descendientes.

El descendiente, si se aplicaba estrictamente la ley del talión, podía ser muerto o lesionado, según el caso.

Respecto al corruptor. Si pensamos que durante la etapa de la venganza privada imperaba, por generalidad, la ley del más fuerte, el corruptor o sus familiares podían reaccionar contra el ascendiente con un mal mayor, o uno igual; o bien, dar al ascendiente una cantidad en pago del mal causado (en Roma, p.e. muchos actos ilícitos tenían el carácter de privados, y se dejaba en mano de los particulares su solución, los cuales podían llegar a alguna forma compositiva).

Parece ilógico, aunque no imposible, que el ascendiente ofendido procediera contra el descendiente del corruptor o algún otro familiar de la misma forma que aquél ofendió a su hija(o), o con un mayor mal.

Venganza privada, ley del talión y composición, siguieron privando en la etapa de la venganza divina y en la pública, pero debemos recordar que quienes detentan el poder han tenido siempre privilegios, y no puede objetarse, verbigracia, que el ascendiente quedara impune o que se le castigara con la muerte, según se tratara de un noble o un plebello; el arbitrio del juez predo

minaba.

Durante el periodo humanitario y científico puede decirse que, en atención al principio de legalidad, el ascendiente sabía ya de su situación jurídica: impunidad, agravación, atenuación, o bien una penalidad normal.

5.1.2 México Precolonial (antes de la caída de Tenochtitlán -
-13 de agosto de 1521-)

Casi no tenemos antecedentes de nuestro artículo en estudio, mas se infiere que el ascendiente quedaba exento de sanción (el castigo era para el descendiente y el corruptor).

Penas de muerte para el ascendiente:

- a) Que injuria, amenaza o golpea a sus padres.¹⁰⁷
- b) Que falta al respeto a sus padres.¹⁰⁸
- c) Que levante la mano a sus padres.¹⁰⁹
- d) Al que cometa incesto.¹¹⁰
- e) A la doncella que sin permiso platica con un hombre.¹¹¹

107.- CARRANCA y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario, cárcel y penas en México, México, Porrúa, S.A., 1986, p. 32.

108.- CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte general, México, Porrúa, S.A., 1988, p. 115.

109.- LIMA, María de la Luz, control social en México-Tenochtitlán, en Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant, México UNAM, 1988, p. 250.

110.- Id.

111.- Id.

La misma pena para:

- a) El estuprador o violador.¹¹²
- b) El corruptor de virgen.¹¹³
- c) El abusador de mujeres.¹¹⁴
- d) A quien entra sin permiso a la casa de doncellas.¹¹⁵

La pena capital se aplicaba de diversas formas: ahorcamiento, empalamiento, descuartizamiento, etc.

5.1.3 Epoca Colonial

Nos dice el maestro Rodríguez Manzanera¹¹⁶ que después de la caída de Tenochtitlán hubo una Provisión de Carlos V, dada por la Real Audiencia de México el 13 de junio de 1546, la cual constituye el primer Código penal para los indígenas de México, y en el que se tipifican algunas conductas. Para delitos sexuales, y respecto al adulterio, en el caso del hombre, era exhortado a que dejara a la manceba, y si no obedecía, era llevado a prisión y se le azotaba públicamente; la adúltera, si el marido la denunciaba, era encarcelada y después "se le hacía justicia al marido"; al corruptor de moza virgen se le llevaba a la Casa de Corte; quien cometía incesto era llevado a la cárcel de la -

112.- Op. cit., supra, nota 107, p. 36.

113.- Ibid., p. 42.

114.- Op. cit., supra, nota 109, p. 251.

115.- Ibid., p. 250.

116.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, El primer Código Penal para los indígenas de México, en Op. cit., supra, nota 109, p.p. 370 a 374.

Corte "para que se hiciera justicia"; el homicida era llevado a la cárcel (no se señalaba pena específica).

Se deduce pues, que la situación jurídica del ascendiente carecía de certidumbre.

Carrancá y Trujillo¹¹⁷ refiere que la principal ley aplicable durante el coloniage fue la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias (1680), ordenamiento que en su libro VII - señalaba penas de trabajos personales para los indios en conventos, ocupaciones o ministerios de la República, y siempre que el delito fuese grave.

En esta recopilación no se encuentra antecedente alguno del artículo 311, y bien pudo operar la impunidad total o algunas de las penas que se transcribieron.

Otra de las disposiciones más aplicadas fue la Novísima - recopilación 91805); y supletoriamente siguieron: el Fuero Real (1255), las Partidas (1265), el ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla 91484), y las Leyes de Toro - (1505).¹¹⁸

117.- Op. cit., supra, nota 108, p. 117.

118.- Ibid., p.p. 120, 185.

De lo anteriores ordenamientos nos interesa el Fuero Real. Cuello Calón dice¹¹⁹ que en algunos casos, en el sistema de esta disposición, se reconoce el derecho de venganza; algunos homicidios se castigaban con pena de muerte y en otros se admitían causas de justificación, p.e., la muerte del adúltero o la del corruptor de la hija (libro IV, título XVIII, Ley 1^a); había pena capital para los raptos (Libro IV, título X, Ley 6^a).

En las Partidas, la muerte del forzador de mujeres, de la hija o la hermana, es justificada (Partida VII, título VIII, Ley 3^a). En éstas, según el albedrío del juzgador "...e después de que... ovieren catado acuciosamente estas cosas sobredichas, pueden creer, menguar o tolerar la pena, según entendieren que es guizado, e lo deben facer".

De nuestro tipo en cuestión, son estos dos ordenamientos textuales, directos, aunque no como atenuantes, sino como causa de incriminación en favor del descendiente.

5.1.4 México Independiente

Al consumarse la Independencia (1821), el Nuevo Estado se

119.- Op. cit., supra, nota 106, p. 123.

interesó principalmente por legislar sobre su ser y funciones; el empeño legislativo miró a su Derecho Constitucional y Administrativo, por lo que elaboró escasa legislación penal y los problemas se resolvieron con textos heredados de la colonia.¹²⁰

El 28 de abril de 1835, el Estado de Veracruz promulga su primer Código Penal. En su artículo 556, señala pena atenuada y además una causa de incriminación, respecto al homicidio in rebus veneris:

"ARTICULO 556.- El homicidio que alguno cometa en la persona de su hijo, nieto ó descendiente en línea recta al encontrarlo en el acto carnal con otra persona, se castigará con pena que no baje de dos años de prisión ni eseda de quince años de trabajos forzados. Si matare solamente á la otra persona, no llevará por este hecho pena alguna, á no ser que por su conducta anterior haya él dado ocasión á que se cometa la falta, en cuyo caso se le podrán imponer hasta dos años de prisión."¹²¹

Al ocupar la capital de la república el presidente Juárez (1867), encargó a Antonio Martínez de castro organizar y presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal Mexicano para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, aproba-

120.- Op. cit., supra, nota 107, p.p. 121 a 125.

121.- Las leyes penales mexicanas, México, Instituto nacional de Ciencias Penales, 1979, p.p. 85, 86.

do y promulgado el 7 de diciembre de 1871, mismo que comenzó a regir el 1° de abril de 1872.

Este Código, en su artículo 555, contiene una atenuación: "Se impondrán cinco años de prisión: al padre que mate á una hija suya que viva en su compañía y esté bajo su potestad, ó al corruptor de aquélla; si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal ó en uno próximo a él."¹²²

Por su parte, el artículo 980 del Código Penal de 1929, consideraba al homicidio in rebus veneris causa de incriminación: "Tampoco se impondrá sanción al padre que mate a su hija que esté bajo su potestad, o al corruptor de aquélla, o a ambos si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él. Cuando el padre haya sido condenado anteriormente, como responsable de un homicidio o de un delito de lesiones, se le impondrá cinco años de segregación."¹²³

(Es importante señalar que a diferencia del Código de 1871 y el de 1931, el de 1929 preveía la posibilidad de que el activo matara a la descendiente, o al corruptor, o a ambos, lo cual de alguna manera muestra un adelanto al tipo vigente)

122.- Op. cit., supra, nota 21, p.p. 49,50.

123.- Ibid., p. 51.

Es ya hasta el Código de 1931 que se vuelve a la atenuación de la pena, no sólo para el homicidio sino también para el delito de lesiones: "al padre que mate o lesione al corruptor de su hija que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su hija con el varón con que la sorprenda ni con otro. En este último caso, o cuando el padre haya sido condenado como responsable de un homicidio o del delito de lesiones se le impondrán de cuatro a cinco años de prisión (artículo 311).¹²⁴

Por decreto del 23 de diciembre de 1968 publicado en el Diario Oficial del 18 de febrero de 1969, el anterior precepto queda tal y como en nuestra ley sustantiva penal vigente, sustituyéndose las acepciones "padre" por 'ascendiente', y la de "hija", por 'descendiente', excluyéndose además la parte in fine del citado artículo 311.

ARTICULO 311.- Se impondrá de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón

124.- Ibid., p. 54.

con quien lo sorprenda, ni con otro.

5.2 ANALISIS

Recordemos: nuestro tipo descrito en el artículo 311 es - normal por cuanto lo integran factores objetivos y subjetivos - (p.e., cópula). Como se constituye al lado de un básico (homicidio y lesiones in genere y contiene peculiaridades distintas - (in rebus veneris) es complementado. Es también subordinado - - pues depende de los tipos de lesiones y homicidio.

Este tipo circunstanciado o complementado, anormal, subordinado, tiene sus propios elementos, mismos que analizaremos haciendo el estudio conjunto de homicidio y lesiones.

5.2.1 Concepto Legal

ARTICULO 311.- Se impondrá de tres días a tres años de - prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro.

5.2.2 Objeto Material y Objeto Formal

El objeto material, como en los delitos de homicidio y lesiones in genere, está constituido por la persona en quien recae el daño, traducido en la muerte o lesión, sólo que en este caso, el pasivo debe tener ciertas características y estar en una situación determinada, como más adelante se observará.

La vida y la integridad humana, son el objeto formal.

5.2.3 Conducta Típica

La conducta típica consiste en privar de la vida a otro ser humano, o alterar su salud o dejarle huella material en el cuerpo, sólo que aquí existen ciertas circunstancias que acompañan al resultado material, las cuales analizaremos en su oportunidad.

5.2.4 Sujetos

Activo: el ascendiente.

Pasivo: el "corruptor" del descendiente.

Baste por ahora enunciarlos, después se hará el estudio de la calidad del primero.

5.2.5 Reprochabilidad

En estos delitos hay dolo imperfecto; el activo está casi obligado por las circunstancias a actuar así; el legislador no puede constreñirlo a resolver por otra vía, pero su voluntad va dirigida a matar o lesionar al pasivo.

No cabe la culpa, no puede alegarse que el ascendiente mata o lesiona al pasivo "incumpliendo un deber que las circunstancias personales le imponen" siendo que por las mismas el delito es atenuado. El dolo niega la culpa.

En los términos del artículo 9º párrafo tercero, puede darse la preterintencionalidad cuando el activo, queriendo lesionar al pasivo lo priva de la vida. En tales circunstancias la atenuación se pone en movimiento.

5.2.6 Tentativa

Puede también darse, v.gr., cuando el ascendiente lleva consigo una pistola, y sorprende in rebus veneris a su descendiente y al "corruptor", pero se le "encasilla" el arma.

La penalidad oscila entre tres días y tres años de prisión.

5.2.7 Circunstancias Modificativas Específicas

5.2.7.1 Ratio Legis

Cuando el ascendiente sorprende a su descendiente y al pasivo en el acto carnal o en uno próximo al mismo y mata o lesiona al corruptor, actúa con dolo imperfecto: sufre intenso dolor, profunda y violenta emoción que le produce un desequilibrio (perturbación, turbación o alteración -psíquica- del ánimo), lo cual origina su reacción violenta.

La ley presume que si el agente actúa en ese estado anímico, en virtud de las referidas circunstancias, hay sobrados fundamentos para que se atenúe la responsabilidad de la conducta y la pena.¹²⁵

En efecto, una persona que comete homicidio o lesiones - "simples intencionales" debe ser sancionado con una pena media o normal, o bien, si coexiste alguna agravante, la penalidad será mayor, entre otras cosas por su medio o alto índice de peligrosidad y el daño que con su conducta produce a los intereses colectivos.

125.- Op. cit., supra, nota 7, p.p. 83, 84.

Si el agente actúa "condicionado" por las circunstancias descritas en el artículo 311, injusto sería imputarle una pena de las referidas anteriormente pues, como se dijo, su actuar -consciente y voluntario encaminado al resultado típico, tanto en su elemento ético -conciencia de que quebranta un deber-, como en el psicológico -voluntad de realizar el acto-, son impios, imperfectos, por efectos del estado emocional en que se encuentra y, por tanto, se aminora el deber jurídico en que se encuentra de dar cuenta a la sociedad por su conducta realizada y el daño producido.

Tanto la culpabilidad como la responsabilidad es mínima, y la ley, debido a su menor peligrosidad, le designa una penalidad infima respecto del homicidio o lesiones in genere.

Cuando el activo lesiona o mata en estas circunstancias, se dan todos los elementos del delito, y se le imputa una pena menor (de tres días a tres años de prisión); no hay total impunidad, el legislador consideró que no se da aspecto negativo alguno del delito.

5.2.7.2 Requisitos para que Proceda la Atenuación

Para que la atenuación proceda la ley exige determinados requisitos:

- Que el activo sea ascendiente de la persona con quien se encuentra al pasivo in rebus veneris.

- Que el ascendiente tenga bajo su potestad al descendiente.

- Que el activo encuentre a su descendiente y al pasivo en el acto carnal o en un momento próximo a él.

- Que el activo no haya procurado la corrupción de su descendiente.

En ese orden los plantea la ley sustantiva penal; en razón de la exposición que se ha venido haciendo en este trabajo, va a cambiarse el orden.

I. Que el activo encuentre a su descendiente y al pasivo en el acto carnal o en un momento próximo a él.

Como ya se dijo en el somero estudio del artículo 310, "acto carnal" equivale a cópula, y la misma puede tener tres variantes: vía vaginal (normal), oral y anal (anormal); de lo cual se infiere que la misma puede darse entre varón con varón, y varón con mujer, pero nunca entre mujer con mujer.

Así, procede la atenuación cuando el activo encuentra a los sujetos mencionados en el preciso instante de estar copulando, pero también si los halla en un momento próximo a la cópula.

Respecto a la "proximidad" textualizada por el legislador Carrancá y Trujillo certeramente dice:¹²⁶ "... La ley no distingue y la interpretación ...no puede ser restrictiva. La proximidad requerida por la ley es apreciable por el juez en función de su razonado arbitrio y teniendo en cuenta que a causa de ella es atendible la perturbationem animi del agente, producida por la emoción violenta."

Para Jiménez Huerta¹²⁷ el término "próximo", es "...todo aquél que con su propia elocuencia proclame sin equívocos, que... se disponfan en un momento cercano a unirse sexualmente o denuncia que acababan de hacerlo.

...Se traza un marco temporal a la conducta... Quien supera el acervo dolor y la intensa emoción que sufre, sin que se traduzcan en una espontánea reacción violenta dirigida contra... el corruptor del descendiente, no actúa en una de las situaciones degradadoras... descritas... si lo mata ('o lesiona') posteriormente, esto es, en un momento distinto a aquél en que los -

126.- Op. cit., supra, nota 26, p. 757.

127.- Op. cit., supra, nota 7, p. 88.

sorprendió...".

Efectivamente. La proximidad debe ir en función de la profunda y violenta emoción sufrida por el activo, y esto depende de sus características subjetivas. Puede ser que en cuestión de segundos reaccione, pero puede suceder también que en tal situación aún vaya a buscar algún arma con la cual producir al pasivo el resultado típico; y puede ser favorecido con la atenuación si se prueba que durante ese lapso se encontraba en un estado de de equilibrio psíquico.

Esto nos lleva a afirmar la existencia de un elemento que el legislador no exige textualmente, pero que, dada la ratio legis, implícitamente está: en el activo debe haber sorpresa; es decir, no debe tener la seguridad, la inequívoca convicción de las relaciones sexuales de su descendiente con el "corruptor" con quien lo halla in rebus veneris, de lo contrario no hay perurbationem animi.

Sorprender, pues, implica que el activo se dé cuenta, descubra, perciba directa y personalmente las relaciones sexuales de su descendiente con el pasivo.

Sin embargo, sorprender no es lo mismo que coger in fraganti. Este último término "tiene una connotación eminentemente objetiva y procesal; en tanto que la primera... un matiz esencial-

mente sustancial y psicológico."¹²⁸

Si el ascendiente conocía, estaba seguro de las relaciones impúdicas de su descendiente, y los halla in fraganti, es difícil que pueda caer en un estado de violenta emoción; ergo, la atenuación no se aplica.

Sospechar no es lo mismo que conocer. Para Mariano Jiménez Huerta,¹²⁹ si el ascendiente atormentado por un anónimo, en el que se le comunica la corrupción de su descendiente y se le informa del lugar en que se efectúan las entrevistas amorosas, irrumpe en el lugar y al hallarlos y comprobar sus sospechas, mata o lesiona al pasivo, deberá proceder a su favor, la atenuación, pues hay perturbationem animi, por tanto, sorpresa.

Sólo el "corruptor" puede ser pasivo, el descendiente no ("... al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad...").

"... Si en el caso del artículo 310 el sujeto activo está facultado para descargar su furia, producida por la perturbationem animi, sobre el cónyuge infiel, su amante o ambos, tal vez la fórmula defectuosa del artículo 311..., suponga que la emo-

128.- Ibid., p. 85.

129.- Ibid., p. 86.

ción violenta de que es víctima el activo no excluye el razonamiento para perdonar la vida del descendiente o abstenerse de lesionarlo...

...Si es verdad que la turbación psíquica en que se haya el ascendiente le impide en parte razonar el alcance de su reacción, no es menor verdad que el dolo imperfecto subsiste aunque se niegue intelectual y volitivamente a descargar su furia sobre el descendiente.

...El ascendiente..., a pesar de la turbación psíquica, sí distingue claramente entre el corruptor y el descendiente... por mayor desilusión que se tenga frente al descendiente, la perturbación del ánimo no llega hasta el homicidio o la lesión."¹³⁰

Habría que ver el caso concreto, no obstante, afirmar que el ascendiente distingue a su descendiente y al corruptor es muy aventurado. Puede ser que distinga entre el pasivo y su descendiente, pero dado el estado emocional en que se encuentra, no puede medir el alcance de su ira y mucho menos no causar daño alguno a su descendiente, es decir, protegerlo de su corruptor. Parece más lógico el castigo traducido en la muerte o la lesión, sin embargo, el argumento del maestro Carrancá y Rivas es afín -

130.- Op. cit., supra, nota 26, p.p. 759, 760.

con la voluntad de la ley, según se desprende del artículo en examen.

El legislador debió favorecer con la atenuación al activo que diera muerte o lesionara al "corruptor" y al descendiente, o a ambos, dada la ratio legis, pero se circunscribió sólo al 'corruptor' "... exigencia ésta en manera alguna razonablemente humana si se tiene en cuenta que el volcán emotivo que azota la psique del ascendiente inmerso en tan dramática circunstancia, no es el más adecuado para que pueda alcanzar matemático y asombroso blanco ('debido a su estado emocional no puede razonar, calcular y dosificar el alcance de su reacción violenta'), máxime cuando el acto carnal o próximo a él, que provoca la reacción violenta..., presupone una superposición o unión de cuerpos del descendiente y de su corruptor tan estrecha que se plasma en una copulación, esto es, en la fusión temporal de sus cuerpos...".¹³¹

Si el ascendiente mata o lesiona también a su descendiente en la situación descrita, habría concurso (artículo 64) y, en su caso, se le impondrían las penas relativas a lesiones u homicidio in genere. Para Carrancá y Rivas¹³² puede argumentarse, en este caso, las excluyentes supralegales, pero si el activo no quiso matarlo o lesionarlo (a su descendiente), se puede recurrir al "error en el golpe".

131.- Op. cit., supra, nota 7, p.p. 89, 90.

132.- Op. cit., supra, nota 26, p. 744.

II. Que el activo no haya procurado la corrupción de su descendiente.

No sería lógico que, para que el activo gozara de pena atenuante, el pasivo tuviera la categoría de "delincuente por corrupción" (entendiéndose por esto, que ya hubiera sido declarado culpable por sentencia ejecutoriada, en virtud de que hubo encuadramiento de su conducta en el tipo del artículo 201) precisamente del descendiente del mencionado agente.

La acepción "corruptor" es utilizada aquí no en el estricto sentido jurídico, sino en su significación común, tal como se usó en el artículo 310 ("... matador que haya contribuido a la 'corrupción' de su cónyuge..."); y obviamente se refiere a la corrupción de carácter sexual.

La citada frase (corruptor del descendiente) "... tiene la significación penalística que en proyección a lo sexual trasciende de la primera parte del párrafo segundo del artículo 201..., esto es, toda conducta que físicamente procure o facilite la depravación sexual de un púber o la iniciación en la vida sexual o la depravación de un impúber...

Puede ser que el pasivo no fuere ni mucho menos, el que hubiere iniciado en la vida sexual o procurado o facilitado la depravación del descendiente, pues éste ya con antelación, sin que el ascendiente hubiere podido sospecharlo, había mantenido acti-

vidades sexuales con otro... en esta hipótesis el corruptor... - no fue el varón que resultó muerto ('o lesionado') sino otro...; no puede negársele al ascendiente la atenuación."¹³³

Si el ascendiente ha procurado la corrupción de su descendiente, no procede en su favor la atenuación. Al respecto puede decirse que el legislador plasmó esta exigencia en virtud de que si el activo tiene conocimiento de la corrupción de su descendiente, y lo halla in rebus veneris, no se sorprende y, por tanto, no hay perturbationem animi.

III. Que el activo sea ascendiente de la persona con quien se encuentra al pasivo in rebus veneris.

¿Es lo mismo; son idénticos un ascendiente y un adoptante?

El ascendiente es un pariente consanguíneo en línea recta, en el grado concreto de que se trate.

Un padre respecto de su hijo es pariente consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado; respecto de su nieto, en segundo grado, etc. A su vez, el bisnieto respecto de su bisabuelo, sería en línea recta descendente su pariente en tercer grado.

133.- Op. cit., supra, nota 7, p. 90.

El adoptante no es un pariente consanguíneo, ni afín, la calidad que da ese tipo de parentesco se crea por un acto jurídico de naturaleza mixta denominado adopción.

OTRAS DIFERENCIAS ESENCIALES

<u>Parentesco Consanguíneo</u>	<u>Parentesco Civil</u>
- Un hijo biológico automáticamente pasa a ser pariente de sus padres y de los parientes de éstos, por virtud de la filiación.	- Según el artículo 402 del Código Civil, el parentesco que resulte de la adopción, se limitará sólo al adoptante y al adoptado.
- El padre nunca puede casar con su hija; es un impedimento impediente.	- Según el artículo 157 del Código Civil, un adoptante puede casar con quien adopta una vez disuelto el vínculo de la adopción.
- Sólo termina con la muerte.	- Termina además, por voluntad de las partes o por revocación (artículos 394, 404 y 405 del Código Civil).

En el artículo 395 párrafo primero del ordenamiento civil sustantivo se expresa: "El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo."

ARTICULO 396 del Código Civil: el adoptado tendrá para -
con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y
obligaciones que tiene un hijo.

Indudablemente que cuando el citado Código expresa: "los
mismos derechos y obligaciones", alude a instituciones o concep-
tos que caen en el campo de lo Familiar o Civil (Derecho Mixto
y Privado, respectivamente), pues sería inconcebible que estas
ramas regularan circunstancias o situaciones allende de su mate-
ria, p.e., a la Penal (Público interno), excepto cuando expresa-
mente estas últimas remiten a aquéllas. Civil o Familiar y Pe-
nal, son distintas, el objeto específico de regulación es dife-
rente, aun cuando todas las ramas coexistan por su pertenencia
a la ciencia del Derecho.

Por otro lado, se prueba que a través de la historia la -
adopción se crea como una institución similar, análoga a la fi-
liación, con objetivos semejantes a cumplir.

No obstante la ley civil hable de "igualdad", la misma no
puede aceptarse. Un hijo biológico y uno no biológico son dis-
tintos, así como el padre y el adoptante; tienen natural y acci-
dentalmente diferencias que ya explicamos; el propio Código lo
confirma pues regula la adopción como una institución afín a la
filiación, si no, qué caso tendría normarla aparte (Libro prime-
ro, título séptimo, capítulo quinto).

Se afirma, pues, que el adoptante respecto del adoptado es como, similar, análogo, al padre, con semejantes derechos y obligaciones.

Esclarecido lo anterior, pasamos a hacer lo mismo con la voz "descendiente" usada por el artículo 311.

"ARTICULO 311.- Impondrá de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro."

Cuando la ley expresa "ascendiente" y "descendiente", ¿se refiere también al adoptante; es decir, la ley dice "ascendiente" y quiso decir también adoptante?

¿Está o no obscura la voluntad de la ley?

En caso de que la voluntad de la ley no estuviera obscura diríamos que cuando dice "ascendiente" y "descendiente", no se refirió ni al adoptante ni al adoptado, y lo podríamos fundar en las diferencias que hicimos anteriormente; son calidades diferentes, análogas, semejantes quizá en esencia, y muy distintas en cuanto a accidentes. Por esto no se aplicaría la atenuación al adoptante.

La voluntad de la ley está obscura en razón de la ratio legis, es decir, si la atenuación procede en virtud de la perturbationem animi del agente, un adoptante bien pudiera caer en las - circunstancias descritas; el problema es si se puede o no favorecer al adoptante con la atenuación.

Se trata pues de determinar si hay un caso de interpretación analógica o de analogía.

INTERPRETACION ANALOGICA DEL CASO CONCRETO

Supuestos:

- Interpretar una ley es precisar su contenido, su voluntad; entenderla, comprender su significación haciéndola susceptible - de aplicarla al caso concreto.

- La interpretación analógica supone la existencia de una - norma, la cual se interpreta analógicamente respecto de un caso concreto.

- El párrafo tercero del artículo 14 constitucional no prohibe la interpretación analógica, sino la analogía.

CASO A (norma)

ARTICULO 311.- Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprendiera, ni con otro.

CASO CONCRETO B

Yo, adoptante, mato o hiero al corruptor de mi adoptada, en las circunstancias descritas por el artículo 311.

Interpretación gramatical (se busca la voluntad de la ley por el significado literal del texto: lo que la ley quiso decir se busca en lo que dice).

La ley dice "ascendiente", y quiso decir "ascendiente".

- Se refiere a los parientes consanguíneos en línea recta ascendente, sin limitación de grado: padre, abuelo, bisabuelo, etc.

- No se refiere al adoptante porque éste, técnica, jurídicamente, no es ascendiente. Tampoco se refirió a otros sujetos que pudieran caer en las circunstancias descritas por el 311.

Esta interpretación gramatical arroja, da como resultado una interpretación declarativa; es decir, el texto de la ley es igual a su voluntad: la ley dice lo que quiso decir, por tanto, si a B aplicáramos los efectos de A, habría analogía.

Interpretación teleológica (se busca la voluntad de la ley no sólo en su texto, sino en otros elementos, como sus antecedentes, la ratio legis, etc.).

La ley dice "ascendiente", quiso decir "ascendiente", no "adoptante" (de esto también resulta una interpretación declarativa).

En los antecedentes inmediatos (Código de 1875 -artículo 555- y el de 1929 -artículo 980-) dice "padre".

- Sólo comprende a los ascendientes en primer grado, es decir, padre y madre.

Esto nos arroja una interpretación restrictiva: la ley dice más ("ascendiente") de lo que quiso decir (sólo "padre").

- La voz "ascendiente" comprende a todos los parientes consanguíneos en línea recta ascendente, sin limitación de grado.

(Aquí tenemos una interpretación extensiva: la ley dice menos de lo que quiso decir).

Ratio legis: perturbationem animi del agente; hay dolo imperfecto. Aun cuando la ley diga "ascendiente", se comprenderá - no sólo al adoptante, sino a todos aquéllos que caigan en la situación descrita por el artículo 311.

Esto arroja una interpretación extensiva: la ley dijo menos de lo que quiso decir.

Véase cómo utilizando el método gramatical y teleológico, a excepción de la ratio legis, los elementos nos llevan a un resultado declarativo o restrictivo, y si los efectos de A los aplicamos a B, caeremos en analogía.

Basándonos en la ratio legis, bien pudiera aplicarse a B - los efectos de A, pero es el único elemento con que se cuenta para favorecer al adoptante, los demás llevan a confirmar que si - los efectos de A los aplicamos a B, habrá analogía, pues para B, no existe norma expresa.

Se vuelve a plantear la cuestión: ¿nos encontramos en un caso de interpretación analógica o de analogía?

Supóngase que es un caso de analogía:

ANALOGIA.- Supuestos:

- Hay exacta aplicación de la ley cuando un caso concreto encuadra cabalmente con el antecedente abstracto, esto es, cuando entre ambos hay plena coincidencia tanto en esencia o sustancia como en accidentes.

V.gr. A, con un caso concreto en el que yo mate o lesione al corruptor del descendiente de mi hija, encontrándolos in rebus veneris.

El problema es que B no encuadra cabalmente en A.

La analogía (o integración o aplicación analógica) consiste en:

- Aplicar una norma jurídica (A) referente a un caso concreto, a otro caso concreto no regulado por la ley (B).

- Se da cuando a una ley se atribuyen efectos normativos sobre casos reales que no están previstos por ella, pero que guardan con la hipótesis expresamente regulada, no una semejanza absoluta, sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos comunes (en nuestro caso B es la ratio legis).

- El consecuente de una ley (A) se refiere a un hecho con

creto (B) que presenta similitud o semejanza (ratio legis) con el antecedente legal (A).

- El artículo 14 constitucional tercer párrafo, prohíbe la analogía, la cual supone inexistencia de norma (hay un caso concreto -B- no regulado por la norma; una norma referida a un caso concreto -A-, y semejanza entre ambas -ratio legis-). Se prohíbe porque la ley penal carece de lagunas respecto a delitos y penas; la zona no incriminada es de libertad, y hacer uso de la analogía es crear penas y delitos que la ley no prevé.

- La diferencia entre interpretación analógica y analo-gía estriba en que, en la primera hay una norma, y en la segunda no hay norma.

I. HIPOTESIS LEGAL (NORMA) A

Artículo 311...

CASO CONCRETO C

Yo trabajo en un hotel. Creo -
ver a mi hija dirigiéndose a -
uno de los cuartos. Entro y ma-
to o lesiono al corruptor, pe-
ro no era mi hija, y tampoco -
estaban in rebus veneris, sino
platicando.

Entre caso A y caso C, hay total divergencia tanto en - -
accidente como en sustancia.

II. HIPOTESIS LEGAL (NORMA) ACASO CONCRETO B

Artículo 311...

Yo mato o lesiono al corruptor de mi adoptada en las circunstancias descritas por el artículo 311.

Entre A y B hay semejanza relativa; yo, adoptante, sufro perturbationem animi provocada por el cuadro que observé, lo cual produjo violenta emoción, y actué con dolo imperfecto (semejanza esencial o sustancial); no hay tal diferencia accidental pues yo no soy ascendiente de mi adoptada.

Si se afirma que hay obscuridad, y la misma se refiere a la norma, nos encontramos ante un caso de interpretación, y podrían aplicarse los siguientes criterios:

a) En caso de obscuridad de la ley (duda acerca de su voluntad o sentido), la ley debe interpretarse en la forma más favorable al acusado.

b) La interpretación extensiva sólo es lícita en favor del reo.¹³⁴

134.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Porrúa, S.A., 1989, p. 343.

c) Si la interpretación gramatical y teleológica llegan a un resultado armónico y terminante, conforme a él, deben interpretarse las leyes penales, sea este resultado restrictivo o extensivo, puesto que con esos medios se ha logrado hallar la voluntad de la ley.

d) Si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente y la duda, sobre la voluntad de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable.

En este sentido, al adoptante debe dársele igual trato que al ascendiente, cuando es anegado por las circunstancias por el artículo 311, tal como lo hemos ejemplificado.

Si afirmamos una obscuridad inexistente, estaremos en presencia de un caso de analogía, es decir, el caso concreto que planteamos en donde el adoptante es activo queda extramuros de atenuante alguna, en los términos del artículo 311. No obstante, podría defenderse que el adoptante puede ser amparado con la atenuación si se aplica el criterio del maestro Burgoa, para quien hay un caso legal de analogía aun cuando haya divergencia entre antecedente abstracto (A) y caso concreto (C) por lo que se refiere a accidentes naturales (el adoptante no es un ascendiente), siempre que exista semejanza esencial o sustancial (el adoptante, en las circunstancias descritas por el 311, sufre -

perturbationem animi). al referirse el consecuente abstracto (A, con pena y atenuación implícitas en el 311) al caso concreto B.

Por lo que se refiere a la interpretación, el único elemento que mantiene la posibilidad de atenuación en favor del adoptante es la ratio legis. Si en base a ella se trabajara, no sólo el pariente del adoptado gozaría del privilegio legal, sino cualquier otro sujeto que cayera en lo que describe el artículo 311, y esto para el juez sería muy riesgoso, más si se toma en cuenta que el tercer párrafo del artículo 14 constitucional no señala excepción alguna al prohibir la aplicación analógica. Si se habla de analogía, estaría aplicándose el principio in dubio pro reo.

La propia doctrina no se pone de acuerdo. Jiménez Huerta expresa:¹³⁵ "Dudoso es si la atenuación alcanza a los adoptantes ..., dichas personas no son ascendientes del adoptado, sin embargo, en virtud de una interpretación in bonoram partem -nunca prohibida por el artículo 14 constitucional- los adoptantes también quedan comprendidos en el artículo 311..."; y Carrancá y Rivas dice:¹³⁶ "Es evidente que en el artículo 311 el legislador se quiso referir al parentesco por consanguinidad descartando... el civil...".

135.- Op. cit., supra, nota 7, p. 87.

136.- Op. cit., supra, nota 26, p.p. 766, 767.

Bajo las anteriores consideraciones, el presente no es un caso de interpretación analógica, sino de analogía. Si el juez, al presentarse el caso concreto, quisiera interpretar analógicamente el artículo 311 para favorecer al adoptante, se basaría na da más en la ratio legis, y la resolución carecería de la subsistencia necesaria. Por otro lado, haciendo uso de la analogía, el juzgador podría sustentar su fallo en el principio in dubio pro reo, pero con esto violaría el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

Ahora bien, ¿a qué parentesco se refiere la ley cuando dice "ascendiente" y "descendiente"?

Se llega a la conclusión de que al parentesco por consanguinidad, en atención a lo siguiente:

- El parentesco por consanguinidad puede ser en línea reg ta ascendente (padre, madre, abuelo -a-, etc.); o descendente - (hijo -a-, nieto -a-, etc.); y también puede ser en línea colate ral: hermanos, tíos, primos, etc., pero en esta última especie - no hay ascendencia ni descendencia, aún cuando los parientes dependan de un mismo tronco común.

- En el parentesco por afinidad (suegros, yernos, cuñados), tampoco existe ascendencia ni descendencia.

- El ascendiente debe tener a su descendiente bajo su potestad. Esta conditio sine qua non implica que, si, p.e., sorprende a su nieto in rebus veneris con el corruptor y mata o lesiona a este último pero no tiene bajo su potestad a aquél, no podrá aplicársele la atenuación; lo mismo puede suceder con un tfo o cualquier otro pariente, o personas que generalmente tienen en muy alta estima a sus familiares.

IV. Que el ascendiente tenga bajo su potestad al descendiente.

La patria potestad es una institución de Derecho Familiar, conceptualizada como un "conjunto de derechos que la ley otorga a los padres ('in initio') y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados."¹³⁷

Una vez que el menor cumple su mayor edad o se emancipa, sale de la patria potestad.

Si la ley hubiera dicho "patria potestad", un padre que sorprende a su mayor hija trisómica (-trisomía 21; "mongolismo") en las circunstancias descritas por el 311 y mata o lesiona al -

137.- Op. cit., supra, nota 91, p. 687

corruptor, por no tenerla bajo su patria potestad, quedaría al margen de la atenuación.

En este plano, la interpretación no puede ser restrictiva, y debe entenderse la "potestad" como un poder (con derechos y obligaciones), como una facultad respecto de mayores y menores e incapacitados, para que abarque la tutela.

Contraria opinión sostienen Jiménez Huerta¹³⁸ y Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo,¹³⁹ pues ellos refieren la patria potestad, soslayando la interpretación extensiva planteada, dejando a otros sujetos que pueden caer en las referidas circunstancias.

5.3 OTROS SUJETOS QUE DEBEN GOZAR DE LA ATENUACION

Como se ha venido diciendo, la ratio legis de los artículos 311 y 310 consistente en que cuando el ascendiente o el cónyuge sorprende a su descendiente o cónyuge in rebus veneris con otra persona, y comete lesiones u homicidio, actúa con dolo imperfecto; sufre intenso dolor, profunda y violenta emoción, que le originan un desequilibrio emocional, dando origen a su reacción violenta.

138.- Op. cit., supra, nota 7, p. 87.

139.- Op. cit., supra, nota 136, Id.

La ley presume que si el agente actúa en semejante estado anímico, en virtud de las circunstancias descritas en el tipo - hay sobrados fundamentos para que se atenúe la responsabilidad de la conducta y la pena.

La ley no es suficiente al prever casos específicos en - los artículos 310 y 311, deja al margen de atenuación a otras - personas que pueden caer en las circunstancias descritas por - esos tipos.

El problema es crítico pues estos sujetos serán absorbi-- dos por lesiones u homicidio in genere, mínimo, lo cual implica una penalidad mucho mayor, y esto no es justo si se dan esas - circunstancias.

Reafirmamos: existen personas que por fuertes vínculos de amistad, amor, cariño, gratitud, afecto, pueden sufrir perturba-- tionem animi al ser anegados por la situación descrita en los - referidos tipos; de aquí algunos ejemplos:

- a) Los concubinos.
- b) Los novios.
- c) El cuñado o cuñada, respecto del cónyuge de su herma-- na(o).
- d) El adoptante.
- e) La esposa del adoptante, aun cuando no exista paren-- tesco entre ella y el adoptado de su cónyuge.

- f) Los ascendientes aun cuando no tengan bajo su potestad al menor o incapaz.
- g) El hermano(a), respecto de la madre, el padre, el hermano(a), abuela(o).
- h) El tío(a), respecto de la sobrina(o).

Podríamos seguir planteando casos concretos en los cuales la ratio legis de los artículos 310 y 311 se evidencia, pero parece que la enumeración casuística no soluciona el problema, se debe encontrar en tipo que abarque mayor número de personas, que prevea, que mire hacia adelante y no se enfoque sólo a casos particulares.

5.4 NUEVO TIPO

Al que sorprendiendo en el instante de la cópula o en el instante de cualquiera otra especie de relación sexual (1), o en un momento próximo a ella a su cónyuge, o a su concubina o concubino, o a su pariente consanguíneo, afín, o adoptivo, o a cualquiera otra persona ligada a él por vínculos de profundo amor o gratitud, o estrecha amistad o gran afecto (2), con tercera o terceras personas (3), lesione o mate a uno de ellos o a los que así encontrare (4), se les impondrá de tres días a tres años de prisión, siempre que demuestre haber actuado en estado de violenta emoción (5).

La misma penalidad se impondrá a quien obre en caso análogo entratándose de lesiones u homicidio (6).

- 1 La frase "cualquiera otra especie de relación sexual" - abarca la posibilidad de esa práctica entre mujer con - mujer.
- 2 Se enumera los tipos de parentesco y se deja abierta - la posibilidad de encuadrar conductas de sujetos no - unidos por vínculos jurídicos exclusivamente.
- 3 Puede ser que los pasivos sean tres o más, p.e., el hi - jo del ascendiente con dos sujetos.
- 4 Por el hecho de que el agente no puede medir el alcan - ce de su reacción, la atenuación lo beneficia, mate o lesione a uno o a todos.
- 5 Aun cuando se presume la emoción violenta, es necesaa - rio textualizarla para reforzar el tipo y determinar - exactamente la ratio legis.
- 6 Está la puerta de par en par, a efecto de que el juez pueda analógicamente interpretar el tipo si se presen - tan situaciones semejantes, v.gr., el padre encuentra a su esposa y a su hijo in rebus veneris.

Obviamente habría que cambiar el tipo del artículo 311, singularizándolo: "los casos punibles de que él habla el artículo '310' no se castigarán como calificados, sino cuando se ejecuten con premeditación."

5.5 PENALIDAD

Uno de los aspectos en los que las atenuantes se impactan más es la pena; hay aminorización de ésta, principalmente por la mínima peligrosidad del delincuente, aún cuando el daño a los bienes jurídicamente protegidos sea grave.

La pena impuesta al autor de lesiones u homicidio, en el artículo 311, será de tres días a tres años de prisión; esto obliga a hacer las siguientes consideraciones:

Se entiende que la pena, si concurre alguna atenuante, será menor que la impuesta por un delito simple, de otra manera, el privilegio ni siquiera sería potestativo.

En este caso concreto se dan los siguientes efectos:

- Para el homicidio simple (artículo 310), la penalidad es de ocho a veinte años de prisión; para el del 311, será de tres días a tres años de prisión.

Si se hace el cómputo, la ley toma como mayor penalidad - para este homicidio atenuado en 37.5% de la penalidad mínima im puesta al autor de un homicidio simple, es decir, tres años de prisión.

Lo más lógico sería que en la misma medida se atenuaran - las lesiones simples, dependiendo de la penalidad y gravedad, - p.e.:

LESIONES

Gravísimas: de seis a diez años de prisión (artículo 292 párrafo segundo). El 37.5% de la penalidad máxima atenuada de - este tipo de lesiones sería dos años, dos meses y cinco días, - y como penalidad mínima tres días.

El juez, en atención a los artículos 51 y 52, para el ho- micidio atenuado, podrá imponer desde tres días hasta tres años de prisión; y por cuanto a lesiones respecta, podrá imponer des de dos años, dos meses y cinco días pero no desde tres años de prisión, pues iría contra la razón de la atenuante.

Este sería el criterio a seguir por el juzgador, en orden al sistema penal y a la naturaleza de las atenuantes, pero pare ce que nada lo restringe a que por un homicidio imponga tres - días de prisión, y por una lesión gravísima sentencie a tres - años; afortunadamente, si así procediera, puede encontrarse al-

gún medio de defensa en nuestro Código de Procedimientos Penales, o en la Ley de Amparo.

5.6 REFERENCIA BREVE A EXCLUYENTES SUPRALEGALES

En afán de salvar a muchos otros sujetos no contemplados en el artículo 311, pero que pueden caer inmersos en las circunstancias descritas por el mismo, el maestro Carrancá y Rivas,¹⁴⁰ dice que la solución se encuentra recurriendo a las "causas generales y supralegales de justificación", mismas que constituyen aspectos negativos de dos elementos esenciales del delito: la antijuridicidad y la culpabilidad; cuyos aspectos negativos son, en la primera y para los efectos de este estudio, el "estado de necesidad" y en la segunda la "no exigibilidad de otra conducta".

Las causas generales y supralegales de justificación, son aquéllas excluyentes de incriminación que no están expresamente contempladas en el Código Penal (artículo 15) pero que pueden presentarse. En efecto, las mismas no implican ir contra o por encima de la ley; se prohíbe la analogía en materia penal respecto de delitos y penas, y las mencionadas causas están insitas en otra fase del orden jurídico penal, en la cual cabe la posibilidad de, incluso, la analogía: "allí donde no exista delito, se -

140.- Op. cit., supra, nota 26, p.p. 750, 751.

estará en presencia de una excluyente de incriminación, aun cuando no se asiente fórmula en la ley y ya porque no exista la acción o porque ésta no sea imputable, culpable o antijurídica."¹⁴¹

La antijuridicidad, como aquello contrario a derecho y a los valores sociales, es negada cuando la gente no puede exigirse racionalmente que actúe de la manera que lo hace en situaciones normales, cuando hay equilibrio en él, cuando no está inmerso en circunstancias donde no puede encausar libremente su conducta.

La no exigibilidad de otra conducta, niega la culpabilidad. Jiménez de Asúa refiere¹⁴² el estado de necesidad como verdadera causa de justificación, sólo cuando se produce entre bienes jurídicos de igual valor y se resuelve objetivamente la colisión (se sacrifica uno de ellos).

Hay otra especie llamada "vis moral" o miedo insuperable, el cual se da en caso de perturbación del ánimo y reacción subjetiva, que puede llegar al estado de inconciencia.

En las mencionadas excluyentes no existe delito; no obstante el daño causado, el agente no demuestra peligrosidad alguna.

141.- Op. cit., supra, nota 108, p.p. 482 a 491.

142.- JIMENEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, México, Hermes, S.A., 1986, p. 309.

En las atenuantes se dan todos los elementos de delito, sólo - que la peligrosidad del sujeto se considera mínima; es decir, - en las primeras no hay delincuente, y en las segundas lo hay, - con menor peligrosidad.

Esta solución práctica de atribuir al juez la posibilidad de salvar a la gente fundándose en las citadas causas supralegales, puede proceder en casos muy especiales, difíciles. En el artículo 311, norma expresa, existe dolo imperfecto, difícilmente el juez podrá soslayarlo y recurrir a las supralegales sustentando inculpabilidad o juridicidad en la conducta. Dejar a su arbitrio esa potestad es muy riesgoso, más si se toma en cuenta la realidad que impera en la práctica judicial.

¿Para qué depender de la voluntad viciada, ausente de verdadero criterio jurídico de un funcionario si puede cambiarse el tipo?

CONCLUSIONES

La columna vertebral de este trabajo lo constituyó el último capítulo, para comprenderlo, necesario fue llevar los fundamentos contenidos en los cuatro precedentes; a efecto, se dan los siguientes cuadros y conceptos:

I.- CUADRO-RESUMEN DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES.

El delito de homicidio y el de lesiones, in genere, pueden ser:

- 1) De acción y de omisión
- 2) Materiales
- 3) De lesión
- 4) Instantáneos, e instantáneos con efectos permanentes
- 5) Dolosos, culposos y preterintencionales
- 6) Simples
- 7) Unisubsistentes
- 8) Unisubjetivos
- 9) De oficio (homicidio y todas las lesiones, excepto las levísimas), y de querrela necesaria (solamente las lesiones levísimas).

Los tipos son:

- 1) Normales
- 2) Fundamentales o básicos; o complementados
- 3) Autónomos o independientes
- 4) De formulación amplia
- 5) De daño

Elementos constitutivos:

1) Concepto legal:

- a. Homicidio. Se encuentra en el artículo 310.
- b. Lesiones. Está en el artículo 288.

2) Conducta típica:

- a. Homicidio: privar de la vida a otro.
- b. Lesiones: alterar la salud de otro, o dejarle huella material en el cuerpo.

3) Sujetos: activo y pasivo pueden ser cualesquiera personas físicas.

4) Formas y medios de ejecución: cualquiera idónea, e - implique privación de la vida (homicidio), o altere - la salud o deje huella material en el cuerpo (lesio- - nes).

5) Nexa causal:

- a. Homicidio. Está contenido en los artículos 303, - 304 y 305.
- b. Lesiones. El Código Penal, expresamente no lo con tiene, hay que ver el caso concreto (el resultado debe ser producido necesariamente por una conduc- ta dolosa, o culposa, o preterintencional).

6) Reprochabilidad:

Dolosos o intencionales, culposos o no intencionales o imprudenciales, o preterintencionales.

7) Penalidad:

- a. Homicidio simple: de 8 a 20 años de prisión (artí culo 307).
- b. Homicidio agravado: de 20 a 50 años de prisión - (artículo 320).
- c. Homicidio atenuado: consentido, de 1 a 5 años de prisión (artículo 312); en riña o duelo, de 4 a - 12 años de prisión (artículo 308); in rebus vene- ris, de 3 días a tres años de prisión (artículo - 310 primera parte, y 311), o de 5 a 10 años de - prisión (artículo 310 segunda parte).
- d. Lesiones levisimas: de 3 días a 4 meses de prisión y/o multa de 5 a 50 pesos (artículo 289 primer pá- rrafo).

- e. Lesiones leves: de 4 meses a 2 años de prisión y multa de 50 a 100 pesos (artículo 289, párrafo - primero).
- f. Lesiones graves: de 2 a 5 años de prisión y multa de 100 a 300 pesos (artículo 290); o de 3 a 5 - - años de prisión y multa de 300 a 500 pesos (artículo 291).
- g. Lesiones gravísimas: de 5 a 8 años de prisión (ar-
tículo 292 párrafo primero); o de 6 a 10 años de
prisión (artículo 292 segundo párrafo); o de 3 a
6 años de prisión, y cualquiera de las anteriores
penas (artículo 293).
- h. Lesiones atenuadas: si se cometen en riña o duelo,
la penalidad disminuirá hasta la mitad o hasta -
los cinco sextos, de la que el tipo de lesión se-
ñale; si se cometen in rebus veneris, la penali-
dad entre 3 días y 3 años de prisión.

II.- POR CUANTO A LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES RESPECTA, SE TIENE LO SIGUIENTE:

Las circunstancias modificativas se definen como aquellos elementos que, en relación al delito, pueden afectar la sanción agravándola o atenuándola, consecuencia, respectivamente de una responsabilidad alta o baja.

De los sistemas en materia de circunstancias modificativas, México adopta el de determinación específica o taxativa, esto es, el juez no puede aplicar atenuante o agravante distintas a las tipificadas.

Las circunstancias atenuantes son aquellas particularidades objetivas y/o subjetivas respecto de un delito simple, que convergen en su comisión, y que el juez debe tomar en cuenta para la disminución de la responsabilidad y la pena del agente.

En nuestro Código Penal, las circunstancias "privilegiadas" tipificadas son las siguientes:

- 1) Homicidio consentido (artículo 312 in fine).
- 2) Homicidio y lesiones en riña, y en duelo (artículo 308, y 314, 297 relacionados).
- 3) Homicidio y lesiones in rebus veneris (artículos 310 y 311, y 321, relacionados).

III.- EN MATERIA DE INTERPRETACION ANALOGICA Y ANALOGIA EN LA -
LEY PENAL, SE HICIERON LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

Fuentes del Derecho:

- 1) Históricas
- 2) Reales
- 3) Formales:
 - a. Costumbre
 - b. Doctrina
 - c. Jurisprudencia
 - d. Ley (norma emanada del poder público, general, -
abstracta y permanente, provista de una sanción;
fuente única del Derecho Penal).

La norma penal, disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad), contiene:

- 1) Un precepto, compuesto por la figura delictiva que en forma positiva manda u ordena, y en su fase negativa prohíbe.
- 2) Una sanción, consecuencia inmediata de la violación del precepto, traducida en una pena o medida de seguridad.

La interpretación de la ley consiste en precisar su contenido, su voluntad.

Clases de interpretación:

- 1) Desde el punto de vista subjetivo puede ser: a) doctrinal (la realizan científicos o doctos), b) judicial (la realizan los tribunales), y c) legislativa (hecha por el legislador cuando dicta la ley contextual-, o en una posterior ley interpretativa-).
- 2) Por los medios o métodos empleados:
 - a. Gramatical. Se busca la voluntad de la ley por el significado literal del texto (lo que la ley quiso decir se busca en lo que dijo).
 - b. Teleológica. Se busca la voluntad de la ley, no sólo en el texto, sino en el contexto, p.e., en los antecedentes históricos, en la ratio legis, etc...
- 3) Por los resultados:
 - a. Declarativa, cuando las palabras usadas en el texto significan lo mismo que la voluntad (la ley dijo lo que quiso decir).
 - b. Restrictiva, cuando las palabras usadas en el texto expresan más de lo que significan (la ley dijo 10, pero quiso decir sólo 1).

- c. Extensiva, cuando se extiende el texto de la ley a su voluntad (la ley dijo 1, pero quiso decir 10).

La analogía (o integración analógica) consiste en aplicar una norma jurídica referente a un caso concreto, a otro (caso) semejante, no regulado -por la ley-.

Hay variadas clases de analogía; destacan dos: la in ma-- lam partem, que crea analógicamente delitos, penas, y la in bo-- nam partem, que se refiere a la analogía en favor del imputado.

Entre la interpretación analógica y la analogía hay marca das diferencias. La primera supone existencia de una norma cu-- yos efectos se refieren al caso concreto; en la segunda hay - - inexistencia de norma legal para el caso concreto, y por seme-- janza, a este último se atribuyen efectos de la norma.

Hay exacta aplicación de la ley cuando entre caso concre-- to y norma se da una coincidencia tanto en sustancia o esencia, como en accidentes.

Hay analogía, cuando se da una divergencia entre caso con-- creto y norma por lo que respecta a accidentes, aun cuando esen-- cial o sustancialmente coincidan.

El párrafo 3º del artículo 14 constitucional prohíbe la - analogía en materia penal respecto a delitos y penas, de lo con

trario se inventarían (el área de libertad es zona no incriminada); no niega la interpretación analógica, ésta es una actividad intelectual, obligatoria incluso para los tribunales; la misma ley supone su interpretación, p.e., los artículos 5º, - fracción IV, 167 fracción I, 306 fracción II.

Este principio de exacta aplicación de la ley penal o de reserva, no tiene excepción alguna.

IV.- NO OBSTANTE SUS ESPECIALES CARACTERISTICAS, EL PENAL ES - UNA DISCIPLINA DEL DERECHO EN GENERAL, Y ADOPTA ALGUNOS - CONCEPTOS DE OTRAS RAMAS.

Hay en el tipo descrito en el artículo 311, dos acepciones que pertenecen al Derecho Familiar, y obligan a su estudio: "ascendiente y descendiente", y "potestad".

El parentesco (vínculo jurídico entre descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre adoptante y adoptado), tiene como fuentes constitutivas:

- 1) El matrimonio (fuente del parentesco por afinidad).
- 2) La filiación (fuente del parentesco por consanguinidad).

En términos del artículo 402 del Código Civil, la adopción no es fuente de parentesco, sólo establece un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado.

Tres especies hay de parentesco:

- 1) Por afinidad. Es el que existe entre los parientes de uno de los cónyuges, y los del otro.
- 2) Por consanguinidad. Se da entre personas que descienden de un tronco común.
- 3) Por adopción. El que existe sólo entre adoptante y adoptado.

LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO

La línea (constituida por la serie de grados -grado, constituido por cada generación-), puede ser:

- 1) Recta; ascendente cuando parte de los hijos y sube al padre, abuelo, etc...; y descendente, cuando parte de, p.e., el abuelo y baja al padre, nieto, bisnieto, etc.
- 2) Colateral, que comprende a los parientes que no descienden unos de otros, mas proceden de un tronco común, v.gr. tíos, sobrinos, primos.

La adopción nace con fines políticos y religiosos, es - decir, para conservar a la familia (políticamente necesaria - para la existencia de la ciudad) y para preservar el culto a los dioses domésticos; después (al triunfo de la Revolución - Francesa) su naturaleza conviértese en filantrópica y humanis- ta. Actualmente es una institución de naturaleza mixta donde - interviene tanto el interés del Estado como el de los particu- lares.

Hay dos tipos de adopción:

- 1) Plena. El adoptado se desvincula completamente de su familia para integrarse a la de su adoptante.
- 2) Minus plena. El vínculo jurídico sólo existe entre - adoptante y adoptado, no se rompe lazo alguno entre el adoptado y su familia, no pasa a formar parte de la del adoptante.

México incorpora la adotio minus plena a su legisla- ción.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS IMPORTANTES ENTRE EL
PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD, Y EL CIVIL

<u>Por consanguinidad</u>	<u>C i v i l</u>
1.- Reciprocidad hereditaria en sucesión legítima.	1.- Reciprocidad hereditaria sólo entre adoptado y adoptante.
2.- Reciprocidad alimenticia.	2.- Reciprocidad alimenticia sólo entre adoptado y adoptante.
3.- Impedimento para contraer matrimonio sin limitación de grado.	3.- Impedimento para contraer matrimonio en tanto dure la adopción.
4.- Su fuente constitutiva es la filiación.	4.- Carece de fuente constitutiva.
5.- Sólo por la muerte se extingue.	5.- Además se termina por revocación (ingratitude o mutuo acuerdo), o por impugnación.

La tutela, que protege y defiende a menores no sujetos a patria potestad, y a mayores incapacitados, sólo tiene razón de ser en ausencia de parentesco consanguíneo, y civil.

V.- ARTICULO 311.- Se impondrá de tres días a tres años de -
 prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor -
 del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere
 en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno - -
 próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su
 descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con -
 otro.

En ausencia de antecedentes directos se infirió que en las
 primeras etapas (por lo menos hasta antes del periodo humanita-
 rio) la situación jurídica del ascendiente era incierta cuando -
 mataba o lesionaba al corruptor, si lo hacía en la persona de su
 descendiente no había pena, ya que los hijos se consideraban res,
 y podía hacerse de ellos lo que se quisiera.

Es ya dentro del periodo humanitario cuando al ascendiente
 podía imputársele una penalidad normal, o agravada, o atenuada,
 o bien dejarlo impune.

En México precolonial no se le penaba, y es hasta la época
 de la colonia, en el fuero juzgo, cuando aparece tipificada una
 excluyente de incriminación para el padre que mata a su hija en
 las circunstancias descritas por el vigente artículo 311.

Pero el antecedente directo, textual, se encuentra en el -
 artículo 556 del Código Penal de Veracruz de 1835, que atenuaba
 con pena de prisión "hasta de dos años" al ascendiente que mata

a "la otra persona" con quien está in rebus veneris, exigiendo que el activo no haya dado lugar "a que se cometa la falta".

Nuestro artículo en estudio ha sufrido reformas. Se observa principalmente que activo y pasivo han cambiado respecto a sus calidades. El Código veracruzano (1835) señalaba como activo al ascendiente en línea recta, como pasivo al descendiente y al "corruptor" (-la pena era más atenuada si el descendiente no resultaba muerto -sólo consideraba al homicidio-). El Código de 1867 (para el D.F.), sólo contemplaba al "padre" como activo; - la "hija" y el corruptor podían ser pasivos (no comprendía el delito de lesiones); en tanto que en el Código de 1929 el homicidio in rebus veneris no era delito, y activo podía serlo sólo el padre; los pasivos podían ser la hija o el corruptor (posible atenuación -"cinco años de segregación"- si el padre hubiere sido condenado anteriormente como responsable de homicidio o lesiones).

El Código de 1931 vuelve a la atenuación (también para lesiones), pero excluye a la hija como pasivo.

Por reformas de 1969, entre otros aspectos, las voces "padre" e "hija" se substituyen, quedando como actualmente: "ascendiente" y "descendiente".

El tipo circunstanciado o complementado descrito en el artículo 311, tiene sus propios elementos, dentro de los que des-

tacan:

1) Sujetos:

- a. Activo: el ascendiente.
- b. Pasivo: el corruptor del descendiente.

2) Reprochabilidad. No cabe la culpa; el dolo, aunque imperfecto, la niega.

Puede darse la preterintención en los términos del artículo 9º párrafo tercero.

3) La tentativa puede configurarse, caso en el cual el agente es beneficiado por la pena atenuada (3 días a 3 años de prisión).

La ratio legis por la que se atenúa esta especie de homicidio y lesiones es el dolo imperfecto con que el agente actúa; sufre intenso dolor, profunda y violenta emoción, origen de su reacción violenta; ante lo que la ley supone sobrados fundamentos para disminuir la responsabilidad y la pena.

Para que proceda la atenuación, la ley exige determinados requisitos:

A.- Que el activo halle a su descendiente y al pasivo en el acto carnal, o en un momento próximo a él.

"Acto carnal" equivale a cópula; ésta puede tener dos variantes: normal, es decir, vía vaginal, y anormal, vía anal u oral. De lo cual se infiere que la cópula puede darse entre varón con varón, y varón con mujer, pero nunca entre mujer con mujer.

La atenuación se activa cuando el ascendiente halla a su descendiente y al pasivo in ipso rebus veneris, o bien, en un momento "próximo", esto es, instantes después o momentos antes de la cópula, con tal que no exista duda que acababan de unirse sexualmente o iban a hacerlo.

El activo debe sorprenderse, es decir, darse cuenta, descubrir, percibir las inesperadas relaciones sexuales de su descendiente con el pasivo; no debe tener la inequívoca convicción de las mencionadas relaciones, caso contrario elimina el elemento sorpresa, y muy difícilmente puede invocarse perturbationem animi.

Sólo el "corruptor" (varón) puede ser pasivo; error legal injustificable racionalmente en virtud de que el activo inmerso en tal circunstancia, no puede calcular, dosificar, medir el alcance de su reacción contra cualquiera de los sujetos, máxime

cuando el acto carnal o próximo presupone una unión de cuerpos.

Desamparado, el ascendiente que mate o lesione a su descendiente, sufrirá el impacto de la penalidad del delito de homicidio, o lesiones, simples.

B.- Que el activo no haya procurado la corrupción de su descendiente.

Esta exigencia se justifica, pues elimina el elemento sorpresa que coadyuva en la perturbationem animi.

La voz "corruptor" debe entenderse en su acepción común, no técnica-jurídica, pues implicaría que el pasivo hubiese sido ya responsable del delito descrito en el artículo 201.

C.- Que el activo sea ascendiente de la persona con quien halla al pasivo in rebus veneris.

Ascendiente y adoptante son distintos; la ley no comprende al segundo.

Aparte de los fundamentos expuestos, se argumenta lo siguiente:

1) El ascendiente es un pariente consanguíneo en línea recta, en el grado concreto que se trate, p.e., un padre respec.

to de su hijo lo es en primer grado, respecto de su nieto en se gundo grado, etc.

El adoptante no es ascendiente de su adoptado, el vínculo que los une se da a través de la adopción.

Cuando el Código Civil habla de que "el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos dere-- chos y obligaciones que tiene un hijo", exagera.

Obviamente el citado ordenamiento civil alude a conceptos e instituciones de derecho Familiar, y Civil (derecho mixto y - privado respectivamente); inconcebible sería que estas disciplinas normaran otras ramas como el derecho Penal (público), prin- cipalmente por el distinto objeto de estudio. Sólo cuando las - mismas disciplinas expresamente remiten a conceptos de otras ra mas es dable incorporarlas.

No obstante la ley civil hable de "igualdad", ésta no puede aceptarse. Un padre biológico es muy distinto a uno no biológico, tienen, de razz, diferencias sobradas; el propio Código - Civil confirma la diferencia institucional al regular aparte - la adopción como una institución similar a la filiación; no tendría caso crear un libro primero, título séptimo, capítulo quinto, bastaría aplicar los mismos efectos de la filiación legítima a la adopción.

El adoptante respecto del ascendiente, es análogo, parecido, con semejantes (no iguales) derechos y obligaciones.

Todo lo anterior cabe también para las voces "descendiente" y adoptado.

Se prueba que un adoptante inmerso en la circunstancia - descrita por el artículo 311, no podrá ser favorecido por la - atenuante y caerá bajo la pena del homicidio o lesiones in genere, según el caso; el juez no puede válidamente atenuar la pena, violaría el tercer párrafo del artículo 14 constitucional al - aplicar analógicamente la ley.

El juzgador no puede utilizar la analogía. El único elemento en que sustentaría su fallo es la ratio legis, lo cual implicaría que no sólo al adoptante favorece la atenuación, sino a todo aquél inmerso en las circunstancias descritas por el tipo en estudio.

El principio de legalidad, de exacta aplicación de la ley contenido en el artículo 14 constitucional tercer párrafo, no tiene excepción alguna, razón por la que no puede aplicarse la analogía in bonorum partem: duram lex est lex.

La clase de parentesco a que se refiere el tipo en estudio es el consanguíneo, exclusivamente, en línea recta, sin limitación de grado: descendientes: hijos, nietos, etc.; ascen-

dientes: padres, abuelos, etc.

No se refiere a la línea colateral (tíos, primos, sobrinos) porque no hay ascendencia ni descendencia.

El argumento se ha reforzado más con la conditio sine qua non de que el ascendiente debe tener bajo su potestad al descendiente.

D.- El descendiente debe estar bajo la potestad del ascendiente.

La patria potestad es una institución de Derecho Familiar definida como un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes, sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación en que están obligados.

Recae pues sobre menores no emancipados, solamente.

La interpretación de la acepción "potestad" en el artículo 311, no debe ser restrictiva, no debe entenderse como "patria potestad", de lo contrario si un ascendiente encuentra a su hijo trisómico mayor de edad in rebus veneris y lo mata o lesiona, quedaría al margen de atenuación.

En otro punto, la ratio legis de la atenuación en el 311 es la perturbationem animi sufrido por el agente que provoca su reacción violenta. Esto nos llevó a considerar que hay muchos más sujetos no comprendidos en el tipo y que pueden estar en las circunstancias descritas por el artículo 311, razón por la que se propuso un nuevo:

"Al que sorprendiendo en el instante de la cópula o en el instante de cualquiera otra especie de relación sexual (1), o en un momento próximo a ella a su cónyuge, o a su concubina o concubino, o a su pariente consanguíneo, afín, adoptivo, o a cualquiera otra persona ligada a él por vínculos de profundo amor o gratitud, o estrecha amistad o gran afecto (2), con tercera o terceras personas (3), lesione o mate a uno de ellos o a los que así encontrare (4), se le impondrá de tres días a tres años de prisión, siempre que demuestre haber actuado en estado de violenta emoción (5)".

La misma penalidad se impondrá a quien obre en caso análogo tratándose de lesiones u homicidio (6).

- 1 La frase "cualquiera otra especie de relación sexual" abarca la posibilidad de esa práctica entre mujer con mujer.
- 2 Se enumera los tipos de parentesco y se deja abierta la posibilidad de encuadrar conductas de sujetos no -

unidos por vínculos jurídicos exclusivamente.

- 3 Puede ser que los pasivos sean tres o más, p.e., el hijo del ascendiente con dos sujetos.
- 4 Por el hecho de que el agente no puede medir el alcance de su reacción, la atenuación lo beneficia mate o lesione a uno o a todos.
- 5 Aun cuando se presume la emoción violenta, es necesario textualizarla para reforzar el tipo y determinar exactamente la ratio legis.
- 6 Está la puerta de par en par, a efecto de que el juez pueda analógicamente interpretar el tipo si se presentan situaciones semejantes, v.gr., el padre encuentra a su esposa y a su hijo in rebus veneris.

Obviamente habría que cambiar el tipo del artículo 321, singularizándolo: "Los casos punibles de que él habla el artículo '310' no se castigarán como calificados, sino cuando se ejecuten con premeditación."

Las causas generales y supralegales de incriminación (excluyentes no contempladas expresamente en el Código Penal pero que pueden presentarse) niegan el delito; pero se ha comprobado que en el homicidio y lesiones del 311, el delito existe con to

dos sus elementos. Hablar de atenuación implica disminución de pena y responsabilidad, suponen un ilícito, en tanto que las excluyentes son aspectos negativos del mismo.

El juez puede recurrir a ellas, buscarlas cuando el caso concreto se presenta a fin de salvar al imputado, pero ésta no es solución de fondo, necesario es cambiar el tipo, dejar a potestad de un juez la libertad de un hombre es salir adelante - por la puerta de atrás.

B I B L I O G R A F I A

- BURGOA, Ignacio, Las Garantías Individuales. México. Porrúa, -
S.A., 1986.
- CARRANCA y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas -
en México. México. Porrúa, S.A., 1986.
- CARRANCA y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte gene--
ral. México. Porrúa, S.A., 1988.
- CARRANCA y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA y RIVAS, Raúl. Código Pe--
nal Anotado. México. Porrúa, S.A., 1990.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho
Penal. México. Porrúa, S.A., 1984.
- CORTES IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal. México. Cárdenas -
Editor y Distribuidor, 1987.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. México. Editora Nacional,
1976.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. México. Porrúa, S.A.,
1981.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. México. Porrúa, S.A., 1984.

Diccionario Jurídico Mexicano. II Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. UNAM, 1985.

Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Guillermo Floris Margadant. México. UNAM, 1988.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. México. Porrúa, S.A., 1985.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. - México. Porrúa, S.A., 1989.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa, S.A., 1973.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. México. Hermes, S.A., 1986.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. México. Porrúa, S.A., 1986.

Las Leyes Penales Mexicanas. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Barcelona. Francisco - -
Seix Editor, 1952.

PORTE PETIT CANDAUDAUP, Celestino. Apuntamientos de la Parte Ge-
neral de Derecho Penal. México. Porrúa, S.A.,
1987.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Méxi-
co. Porrúa, S.A., 1980.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para -
toda la República en Materia Federal. México.
Harla, 1987.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Méxi-
co. Porrúa, S.A., 1990.

Código Penal para el Distrito Federal. México. Porrúa, S.A., 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México.
Porrúa, S.A., 1991.