



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARACÓN

**CRÍTICA AL DELITO DE VIOLENCIA
FAMILIAR Y SUS ALTERNATIVAS EN
MATERIA FAMILIAR
EN 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:
BEATRIZ ADRIANA RAMÍREZ TIBURCIO

Asesora: MTRA. MARÍA GUADALUPE DURAN ALVARADO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A MIS PADRES:

Porque gracias a su dedicación, esfuerzo, trabajo y cariño, además del apoyo incondicional otorgado en cada uno de mis proyectos, he podido hacer posible la culminación de esta etapa, con el más profundo agradecimiento y amor para ellos.

VERÓNICA y CÉSAR

Por estar siempre conmigo, apoyándome en todo momento, a lo largo del camino recorrido.

Quiero hacer especial este agradecimiento, ya que sin su confianza, paciencia y enseñanza, podría estar en donde me encuentro en este momento de mi vida. Por ser también mi amiga, Licenciada Sofía Ramírez Herrera

A Jordana, quien ha estado en todo momento demostrándome su amistad incondicional, con cariño.

Agradezco de manera especial a la Magistrada María de Jesús Medel Díaz, el apoyo brindado durante el tiempo que colaboré con ella, resaltando "que se parte de la nada para llegar a todo y que se debe estar seguro para poder realizar aquéllas metas".

A los Señores Magistrados. Doctor José Guadalupe Carrera Domínguez, por haberme permitido continuar desempeñándome y aprendiendo el amplio mundo del Derecho, a la Licenciada Margarita María Guerra y Tejada a quien admiro por su valentía y dedicación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

1.1 Definición del Delito	1
1.2 Elementos Positivos del delito	7
1.2.1 Conducta	10
1.2.2 Tipicidad	19
1.2.3 Antijuridicidad	23
1.2.4 Culpabilidad	28
1.2.5 La Punibilidad	33
1.3 Elementos negativos del Delito	38
1.3.1 Ausencia de conducta	39
1.3.2 Atipicidad	42
1.3.3 Causas de Justificación	45
1.3.4. Causas de inculpabilidad	52
1.3.5 Excusas absolutorias	56
1.4 El Cuerpo del Delito (Concepto)	57
1.5 Elementos del Cuerpo del Delito	61
1.5.1 Elementos objetivos	61
1.5.2 Elementos Subjetivos	62
1.5.3 Elementos Normativos	63
1.6 Responsabilidad Penal	64

CAPÍTULO 2

LA FAMILIA EN EL DERECHO MEXICANO

2.1 Concepto de Familia	69
2.2 El Parentesco	73
2.3 La adopción	78
2.4 Guarda y custodia	83
2.5 Patria potestad	86
2.6 Tutela	92
2.7 Concubinato	95

CAPÍTULO 3

CRÍTICA A LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

3.1 El requisito de procedibilidad	99
3.2 La comprobación del Cuerpo del delito de violencia familiar	105
3.2.1 La Conducta	106
3.2.2 El Resultado	115
3.2.3 Nexo de Causalidad (ATRIBUIBILIDAD)	116
3.2.4 Calidad específica de sujeto activo y pasivo	116
3.2.5 Medio Comisivo	126
3.2.6 La participación	127
3.2.7 Elementos Normativos	132
3.2.8 La Tentativa	134
3.3 La Responsabilidad Penal en el delito de violencia familiar	136
3.4 Insuficiencia de las sanciones previstas en el Código Penal	142
3.4.1- Agravantes al delito de Violencia Familiar	154
3.5 La reparación del daño	160
3.6 Alternativas en el Derecho Familiar	164

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Al estar realizando el estudio y análisis correspondiente al delito de VIOLENCIA FAMILIAR, me percaté de las dificultades y contradicciones que presenta dicho tipo penal, además de la insuficiencia de las penas aplicables al mismo, si se toma en cuenta la relevancia jurídico-social que tiene una institución como la familia, siendo ésta la base fundamental de toda sociedad de la cual nacen los principios y valores que inculcados a los demás miembros de la familia, generación tras generación regirán para que la misma se desarrolle en un marco de respeto y dignidad.

De tal forma he observado que en los últimos años el maltrato a menores de edad, ancianos e incapacitados es más frecuente, llevando a la sociedad mexicana a una desestabilización social, por lo que he considerado la necesidad de implementar una figura agravada del delito de violencia familiar, es decir, dicho ilícito tendría que ser calificado en los casos en que se trate de maltrato a menores, a incapacitados y ancianos, en la consideración de que estas personas son más frágiles y susceptibles de ser objeto de maltrato por su condición y edad, siendo un total abuso en su integridad, ya sea física o moral la violencia que se ejerce en ellos, por lo que la pena prevista en el artículo 343 Bis del Código Penal, que establece una pena privativa de libertad de 6 meses a 4 años de prisión resulta ineficaz para el fin que persigue la creación del ilícito en comento, al igual que el delito de violencia familiar equiparado previsto en el artículo 343-Ter, además de omitir ambos preceptos las sanciones consistentes en la pérdida de Patria Potestad, guarda y custodia, etc., según sea el caso, sanciones que deben de imponerse en atención a que un menor, cuando sea éste el caso, no puede quedar bajo el amparo de quienes lo maltratan, siendo que en

diversos delitos como en el caso de la Corrupción de menores y la Privación Ilegal de la Libertad, así como en el caso del delito de Abuso Sexual y Violación, el Código Sustantivo de la Materia señala como pena la pérdida de patria potestad, custodia, tutela etc., para el caso de que se trate de familiares quienes ejecuten las conductas delictivas antes mencionadas, por tales motivos y con mayor razón dentro de las sanciones establecidas para los responsables del delito de violencia familiar, se propone contemplar la privación de estos derechos y que resultan procedentes según se desprende del apartado 12 del artículo 24 del Código Penal referente a las penas y medidas de seguridad aplicables.

Es por ello que en el presente trabajo de investigación, realizo diversas consideraciones y reflexiones referentes al tema, con la finalidad de llegar a la conclusión que a mi criterio resulta más acertada, y que se encaminan directamente a reflexionar el problema que cada día crece más en los hogares mexicanos, advirtiendo las diferencias, insuficiencias, lagunas y contradicciones que encierra el tipo penal de violencia familiar.

Por último, desarrollo un breve análisis de la otra vía que tienen las víctimas de Violencia Familiar en el ámbito del Derecho Familiar, la cual también pueden ejercer las víctimas del delito conjuntamente con la vía penal.

CAPÍTULO 1

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

1.1 DEFINICIÓN DEL DELITO

Definir lo que es Delito ha sido tarea ardua de los grandes pensadores del Derecho Penal, existiendo diversos conceptos de carácter filosófico, criminológico, sociológico y jurídico, no obstante ello, el estudio del concepto de delito, desde el punto de vista jurídico, es el que resulta ser de mayor interés como presupuesto necesario para desarrollar el presente trabajo de investigación.

Es así como los grandes pensadores del Derecho Penal nacionales y extranjeros, han desarrollado importantes aportaciones al mundo del Derecho Penal, cada uno con sus perspectivas y concibiendo ideas acerca de lo que es el delito.

Surge así en 1590 la primera definición del delito, concebida por Tiberio Deciani, un jurisconsulto italiano, quien en su *Tractatus Deciani* define al delito como "el hecho, dicho o escrito del hombre, por dolo o por culpa, prohibido por la ley vigente bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar"¹ definición que desde luego se remite a un hecho, dicho o escrito, es decir a una actividad, una conducta de carácter positiva, haciendo a un lado la omisión, contemplando además como una forma de manifestación de voluntad a lo escrito, pudiendo ser constitutivo del delito, refiriéndose a que sólo el ser humano puede dar vida al delito, llevando inmersos como elementos subjetivos al dolo y la culpa como móviles de ese hecho, dicho o escrito, de igual forma desde ese entonces se vislumbra una antijuridicidad y por supuesto la punibilidad, al momento de exponer "que ninguna justa causa puede

¹ Citado por ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo III, México, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, 1996, p 15.

eximir" de responsabilidad al agente del delito resultando posible ese hecho, dicho o escrito.

Durante la evolución del concepto o definición del delito se encuentra la aportada por el sistema clásico de Liszt y Beling, quienes adoptaron una división tripartita del Concepto del delito (Típico, antijurídico y Culpable), el cual se regía por el "principio sistemático-objetivo-subjetivo: el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva..., el injusto abarcaba toda la causación física, en tanto que la culpabilidad eminentemente subjetiva, consistía en la causación psíquica"².

Para Beling el delito "es una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal, adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad"; para Liszt "el delito es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con pena"³

Posteriormente el sistema neoclásico, construye un nuevo prototipo del delito y se concibe como "una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: el acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad)"⁴; siendo el dolo y la culpa parte de la culpabilidad y el tipo o descripción es fundamentalmente objetivo, así como la antijuridicidad.

² Ibidem p32.

³ CABANELAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, D-E, 21ª ed., Editorial Heliasta S.R.L., Argentina 1989, p 59.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. cit p 32.

Continuando con el estudio acerca de la definición del delito se encuentran algunas definiciones aportadas por la doctrina, para Jiménez de Asúa el delito es *"el acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"*⁶; por su parte Sainz Cantero lo define como *"la conducta humana, típica, antijurídica, reprochable a su autor (culpable) y punible"*⁶; para Fontan Balestra el delito es *"la acción típicamente antijurídica y culpable"*⁷; adoptando una teoría pentatómica del delito a excepto de Fontan Balestra el cual se adhiere a la Tripartita sin concebir a la punibilidad como el elemento del delito, ya que coincidiendo con Porte Petit, concibe a la punibilidad no como un elemento del delito sino una consecuencia del mismo.

Por su parte, el Código Penal vigente en el Distrito Federal en su artículo 7° establece que el delito *"es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*; definición de carácter jurídico que ha establecido el legislador, ahora bien el Doctor Fernando Castellanos Tena proporciona la definición etimológica del vocablo delito el cual dice: *"La palabra delito en su definición etimológica deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"*⁸; de los anteriores conceptos, el primero jurídico y el segundo etimológico, se aprecia similitud en ambas definiciones ya que son coincidentes en cuanto a la transgresión de las leyes, al no acatamiento de lo ordenado y desviar el proceder de los lineamientos previamente establecidos en ordenamiento jurídico,

⁶ Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Buenos Aires, Ed Sudamericana, 1990, p 206.

⁷ Lecciones de Derecho Penal, 3ª ed. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., p 4-3.

⁸ Tratado de Derecho Penal, T. I, Parte general, 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p 189

⁹ Lineamientos Generales de Derecho Penal, Porrúa, 41ª ed. Mexico 2000, p 125.

visto lo anterior, de la definición proporcionada por el legislador se vislumbra claramente que el precepto penal en comento se encamina a establecer primeramente un "acto", lo cual conlleva, antes que nada, a poder afirmar que se trata de una acción de naturaleza humana, sólo el ente humano puede dar origen a un delito, -lo que ya se establecía en la primera definición del delito que se dio en 1590-, dicho lo anterior, resulta procedente sostener que se trata de una conducta de naturaleza positiva o dinámica, es decir, el agente del delito por medio de movimientos corporales lleva a cabo una o varias conductas, transgrediendo la norma penal con su proceder ilícito, actuando contrariamente a lo que disponen las leyes penales, ya que como bien lo refiere Castellanos Tena "*el delito es una clasificación de los actos hecha por especiales estimaciones jurídicas*"⁸ razón por la cual el agente del delito al realizar una conducta previamente clasificada por el legislador como ilícita, recae en una trasgresión a la norma calificada como delito.

Desde luego que la definición legal no sólo prevé al acto como conducta positiva, también señala a la "omisión" que contrario al "acto", se entiende como un aspecto negativo, consistiendo la omisión en un no hacer "*activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo*"¹⁰, emanado de una norma propositiva.

Ahora bien el delito como ente jurídico (llamado así por Carrará, quien dijo que el "*contenido de ente jurídico sólo aparece al ser construida la doctrina del Derecho*

⁸ Ibidem p 127.

¹⁰ CARRANCA Y TRUJILLO. Raúl. Carranca y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Porrúa, México 1998, 21ª ed. p. 30

Liberal, sometida la autoridad al Estado, a los preceptos de una ley anterior)¹¹, llevado a cabo mediante un acto u omisión conlleva directamente a una sanción como consecuencia de la violación a las disposiciones emanadas del Derecho Penal, desprendiéndose de su definición legal la punibilidad, en razón a ese quebrantamiento o falta hacia el ordenamiento jurídico penal, es dable destacar que aun cuando la definición legal del delito ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, es importante hacer hincapié en que no sólo se trata de entenderlo como un acto u omisión sancionables por las leyes penales, sino que el delito lleva inmersos factores fundamentales que en su conjunto lo forman, esto es, la existencia como punto de partida de una conducta -acto u omisión-, que debe consistir necesariamente en la violación del derecho, a una infracción a la ley, produciéndose así una conducta típica, es decir, dicha conducta encuadra perfectamente en la definición que da el legislador de hechos que pueden ser constitutivos de un delito, lo que da origen a la tipicidad, luego entonces, cabe precisar si dicha conducta típica es contraria a la ley pugnando con el orden jurídico positivo (antijurídica), tomando en cuenta el elemento subjetivo, consistente en la rebeldía del sujeto activo hacia el ordenamiento legal, demostrando un total desprecio hacia el derecho, siendo procedente el juicio de reproche (culpabilidad), en el que se valora si el activo del delito tiene capacidad jurídica para poder ser sujeto de derecho penal y responder por su proceder ilícito (imputable), el conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, contemplando además la no exigibilidad de otra conducta por parte del agente del delito, es así que una vez valorados los anteriores aspectos se arriba a la

¹¹ JIMENEZ DE ASUA Op. cit. p. 202

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

responsabilidad penal del sujeto, valoraciones que una vez fehacientemente demostradas, concluyen en una sanción previamente establecida por el legislador.

Los anteriores factores que se han mencionado conforman lo que se ha denominado elementos del delito, existiendo dos sistemas para su estudio, estos son el sistema *Unitario o totalizador* y el *atomizador o analítico*.

El primero concibe al delito como un todo uniforme, es decir, no puede dividirse para su estudio por integrar un todo orgánico e indivisible, en tanto que en el segundo se estudia al delito desintegrado en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos en razón de la unidad del delito; desde luego la segunda postura, se considera la más acertada ya que como bien lo señala Porte Petit, para que el delito nazca a la vida jurídica deben existir dichos elementos, en virtud de que al momento del acontecer ilícito todos los elementos del delito concurren simultáneamente, ninguno es precedente del otro, y *"la circunstancia de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista"*¹²; razón por la cual el mencionado autor habla de una prelación lógica y no una prioridad lógica, ello desde luego en el aspecto positivo del delito, en tanto que en el aspecto negativo, donde la conducta es atípica no sucede lo mismo porque al presentarse un aspecto negativo del delito, *"no pueden concurrir los*

¹² PORTE PETIT Condaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Porrúa, 17ª ed., México 1998, p 225.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

restantes elementos del mismo, siguientes al elemento ausente"; es así que el sistema analítico o atomizador es el idóneo para hacer el estudio del delito, ya que como se ha manifestado en líneas anteriores todos los elementos del delito concurren de manera simultánea, en el momento mismo del acontecer delictuoso, existiendo una unidad esencial entre ellos, sólo que para su entendimiento deben estudiarse sistemáticamente, lo cual no implica que el delito sea divisible, luego entonces, de todo lo anterior se llega a la conclusión de que el delito es toda conducta -acto u omisión-, típica, antijurídica y culpable, que tiene como consecuencia una sanción (punibilidad).

1.2 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

Dentro de la amplia Teoría del Delito se han enmarcado los lineamientos para el estudio de éste, constituyendo así los llamados elementos del delito, tanto positivos como negativos, dentro de los primeros se encuentran la Conducta, la Tipicidad, la Antijuridicidad, la Culpabilidad (responsabilidad), denominados positivos porque su existencia o actualización conjunta darán por resultado la existencia del delito.

Particularmente Eugenio Raúl Zaffaroni no coincide con la mayoría de los tratadistas respecto a que los elementos del delito son los antes mencionados y señala que: *"...preferimos no hablar de "elementos" del delito, porque el delito no es un "dominio", sino que todos sus "elementos", se hallan en la conducta o en la*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

circunstancia en que ésta ineludiblemente se halla inmersa como manifestación de "ser ahí"..., por ello se nos ocurre menos confuso considerar a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad como caracteres de la conducta delictiva...¹³.

De lo anterior ciertamente se observa que la Conducta, la Tipicidad, la Antijuridicidad, la culpabilidad (responsabilidad), son caracteres de una conducta, en efecto cuando se genera una conducta tipificada en la ley como delito, se actualizan simultáneamente dichos elementos positivos del delito, sin embargo, cuando en un actuar se presenta el aspecto negativo de cualquiera de ellos (atipicidad, causas de exclusión o justificación, inculpabilidad etc), el delito se excluye, por lo que éste no existirá. Luego entonces, a modo de ejemplo en un delito de lesiones, si bien existe la concurrencia de conducta delictiva, también lo es que si las lesiones fueron producto de una reacción defensiva existirá desde luego, una legítima defensa, por lo que en este caso estaríamos frente a una causa de exclusión del delito.

Es así que resulta más acertado hablar de "elementos del delito" y no de caracteres de una conducta, para la debida comprensión del mismo.

Como ya se menciona, los elementos positivos del delito son:

- 1.- La Conducta
- 2.- La Tipicidad
- 3.- La Antijuridicidad
- 4.- La Culpabilidad (responsabilidad)

¹³ Op cit. p 28

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En cuanto a la Punibilidad, existe discrepancia dentro de la teoría del delito, en relación a su ubicación, algunos autores se apegan a la idea de que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia del mismo, otros afirman que es elemento del delito, en virtud de que el delito para ser relevante ante la ciencia jurídica debe revestir una pena, ya que sin ella la conducta descriptiva no tendría razón de ser.

En una consideración personal la punibilidad resulta ser una consecuencia del delito, atendiendo a que si bien es cierto que del contenido del artículo 7° del Código Penal se desprende la punibilidad de las conductas típicas, no menos cierto es que el mismo ordenamiento legal en cita prevé otras conductas que aunque tienen el carácter de ser típicas, antijurídicas y culpables, no prevén una pena, por lo que una conducta, no obstante de tener el carácter o rango de delito, no es punible, razón por la que se considera que para la conformación y debida demostración de un delito, no resulta ser indispensable que el tipo delictivo contemple una penalidad expresa para dicho tipo penal, siendo entonces, la punibilidad una consecuencia del actuar delictuoso del agente del delito, siendo merecedor a la imposición de un castigo (pena).

Una vez dicho lo anterior se estudiará a la Conducta como primer elemento positivo del delito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.2.1 LA CONDUCTA.

El Código Penal en su artículo 7° señala que *"el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*, desprendiéndose que el acto y la omisión son las dos formas de manifestación de una conducta, desde luego realizada por el hombre, que puede constituir un ilícito.

Por lo tanto, el delito no es más que una conducta humana que consiste en un hacer (acción) o no hacer (omisión).

La conducta ha sido primordial dentro de los elementos del delito, ya que de ella parte una actividad o una omisión encaminadora a violar una norma penal ocupando el primer lugar en la prelación lógica estudiada por Celestino Porte Petit.

Es así que para el mencionado autor la conducta consiste *"en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin"*¹⁴, siendo además partidario de adoptar el término "hecho" para denominar este elemento objetivo del delito, así manifiesta que es conducta cuando esta misma agota el elemento objetivo del delito, como sucede en los delitos de mera actividad, carente de resultado material y hecho cuando la ley

¹⁴ Op. cit. p 234

requiere además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material unido por un nexo causal.

Por su parte Edmundo Mezger dice que *"el hecho punible es conducta humana la cual presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo..., una característica común a todos los hechos punibles es que son siempre y en todas partes una conducta humana"*¹⁵.

Fernando Castellanos Tena al respecto manifiesta *"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito"*¹⁶.

Particularmente Luis Jiménez de Asúa adopta el término acto y no el de conducta, en tal sentido afirma que *"el acto es una manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda"*¹⁷; aclarando que el acto abarca tanto a la acción como la omisión, punto de vista que no se comparte porque el acto es una manifestación positiva, implica un hacer, no siendo apta para la omisión que es un no hacer, al igual que no se comparte el criterio adoptado por el maestro Porte Petit cuando adopta el término "hecho" para referirse a la conducta indistintamente, ya que al ser la conducta tanto omisiva como

¹⁵ Derecho Penal Parte General, 2ª ed. México, Cárdenas y Distribuidor, 1990, p 78.

¹⁶ Op. cit. p 149.

¹⁷ Op cit. p 210

activa, lleva inmerso el hecho que viene a ser identificado con una conducta activa, de hacer, compartiendo entonces el criterio de Edmund Mezger en el sentido de que el hecho punible es conducta humana. Así también es preferente el término conducta ya que el hombre es el único que adopta la voluntariedad como manifestación de su actuar y de ella emana la conducta relevante para el Derecho Penal.

Precisado lo anterior, se llega a la determinación de que la conducta es una manifestación de voluntad positiva (acción) o negativa (omisión) realizada por el hombre con base al aspecto volitivo que solo como ser racional posee, encaminada a un fin.

Como ya se ha manifestado del contenido del artículo 7° del Código Penal, se desprenden dos formas de manifestación de la conducta, siendo el acto (acción) y una omisión.

La acción como forma de manifestación del delito se encuentra integrada por una actividad, un hacer, una ejecución, en stricto sensu la acción es *"todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación"*¹⁸.

El celebre jurista Porte Petit señala que *"la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico"*¹⁹.

¹⁸ CASTELLANOS TENA, op cit, p 152.

¹⁹ Op cit p 235.

Dentro de la dogmática jurídico penal existen criterios concordantes al señalar que la acción necesariamente reviste una voluntad, en este sentido la concepción de la acción aportada por Edmund Mezger a juicio particular es clara y aceptable cuando dice que: *"Toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente es una conducta dirigida a un fin, una meta. El que actúa debe siempre querer "algo", y el que omite no querer algo"*²⁰; es así que al estar totalmente de acuerdo con el criterio sustentado por este autor se afirma que la acción y la omisión son siempre llevadas a cabo impulsadas por el aspecto volitivo humano, encaminadas a un fin o propósito.

Dentro de la amplia Teoría del Delito se encuentra la teoría de la acción finalista creada por Hans Welzel, la cual radica esencialmente en que *"La acción humana es ejercicio de actividad finalista. Por eso la acción es un suceso <finalista> y no sólo un suceso <causal>, la <finalidad> o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, de un modo sistemático hacia su consecución. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde la meta, mientras que la pura causalidad no es guiada desde la meta, sino que es la resultante accidental de los componentes causales existentes de manera constante"*²¹.

²⁰ Op. cit. p 88

²¹ Ibidem p 91.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Dicha Teoría viene a dar comienzo a una nueva etapa dentro de la Teoría del Delito, en donde los llamados finalistas adoptan el criterio de que cuando un sujeto realiza una conducta necesariamente se lleva implícito un propósito, y ésta va encaminada a un fin específico, opinión que resulta ser acertada, particularmente hablando, puesto que un sujeto desde el momento en que acepta la realización de una conducta, calificada por la ley como delito, ha reflexionado sobre las consecuencias del mismo, sin embargo, pese a dichas consecuencias, lleva a cabo su proceder a fin de lograr su cometido, y como una excepción a lo anterior, solo se encuentran los delitos cometidos de manera culposa, en donde el sujeto sigue teniendo una finalidad, pero a falta de previsión o impericia, provoca un resultado típico diverso al que inicialmente se había propuesto.

Para concluir el estudio correspondiente a la acción, resulta válido establecer que la acción es una actividad, es un hacer, por medio de movimientos corporales, ejecutado por el hombre revestido de voluntad y encaminado a un fin o propósito. De la anterior definición se desprende que la acción comprende:

- 1.- Un hacer, ejecutar, emprender algo.
- 2.- La existencia de un elemento subjetivo (voluntad)
- 3.- El resultado producido por el hacer.

La segunda modalidad de la conducta mediante la cual se realizan los delitos es la omisión, ésta a su vez doctrinariamente se ha dividido en 2 aspectos: omisión simple o propia y comisión por omisión o impropia.

Al hablar de la omisión Mezger dice *"lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender, porque no ha emprendido esta acción, que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible"*²².

Pavón Vasconcelos define a la omisión como *"la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal..."*²³.

Es así que la omisión como forma de conducta, creadora de un delito, se constituye por un no hacer voluntario o involuntario --ello indica la presencia de la culpa-, infringiendo una forma dispositiva, es un abstenerse de ejecutar una determinada conducta impuesta por la ley penal.

La omisión simple o propia consiste en una *"no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico"*²⁴;

La omisión impropia o comisión por omisión, consiste en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva, produciendo un resultado típico y material.

Para detallar de una forma más clara dichas formas del delito, se presenta un cuadro de semejanzas y diferencias entre estas dos modalidades de la omisión:

²² Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA p 216.

²³ Manual de Derecho Penal, Parte General, 14ª ed. Mexico, Porrúa, 1999, p 225.

²⁴ PORTE PETIT Op Cit. p 239

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEMEJANZAS

OMISIÓN SIMPLE O PROPIA	COMISION POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA.
1.- Un no hacer voluntario.	1.- Un no hacer voluntario.
2.- Un no hacer no voluntario	2.- Un no hacer no voluntario.

DIFERENCIAS

OMISIÓN SIMPLE O PROPIA	COMISION POR OMISIÓN U OMISIÓN IMPROPIA.
1.- Sólo se viola una norma preceptiva.	1.- Se viola una norma preceptiva y otra prohibitiva
2.- Produce un resultado formal o típico	2.- Produce un resultado formal y material

El Jurista Celestino Porte Petit, considera como elementos de la omisión simple o propia y de la comisión por omisión u omisión impropia los siguientes:

OMISIÓN SIMPLE
O PROPIA

- a).- Voluntad o culpa.
- b).- Inactividad o no hacer.
- c).- Deber jurídico de obrar.
- d).- Resultado típico.

COMISION POR
OMISIÓN U OMISIÓN
IMPROPIA

- a).- Voluntad o culpa.
- b).- Inactividad.
- c).- Deber de obrar (una acción esperada y exigida)
- d).- Resultado Típico y Material.

La conducta realizada por cualquiera de sus dos formas, ya sea la acción o la omisión necesariamente tiene que producir un resultado, para Pavón Vasconcelos el resultado *"es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de ésta tiene tal carácter, sino solo aquél o aquellos relevantes para el Derecho por cuanto éste los recoge dentro del tipo penal"*²⁵.

Porte Petit señala que *"el resultado material es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho, el cual, a su vez, es elemento material del delito cuando se describe un resultado material"*²⁶; adoptando el pensamiento del citado jurista se sostiene que el resultado es una consecuencia de la conducta ya expresada en cualquiera de sus modalidades (acción u omisión).

El resultado puede investir, ya sea *"una concepción jurídica y otra naturalística o material"*²⁷, ello se establecerá según la descripción que el tipo legal haga de una conducta considerada como delito y habrá resultado cuando *"se ha verificado un cambio"*²⁸ tangible o intangible.

Así pues el resultado reviste dos formas de manifestación:

- 1.- Resultado material (concepción naturalística) y;
- 2.- Resultado jurídico o formal.

El primero existe cuando se da una mutación en el mundo físico, de manera que Celestino Porte Petit alude a clases del resultado material mencionando que son

²⁵ Op cit. p 232.

²⁶ Op. cit. p 262.

²⁷ PAVÓN VASCONCELOS op cit. p 232.

²⁸ Idem

el físico, fisiológico, anatómico y psíquico; concepción con la que se concuerda respecto del fenómeno físico, fisiológico y anatómico, no así el psíquico, ya que éste no es factible de ser palpable en el mundo material, sino que por el contrario se considera que sólo es perceptible por medio de los sentidos, es algo inmaterial, lo que viene a constituir el resultado jurídico o inmaterial.

Así pues el resultado jurídico o inmaterial, existe cuando de la descripción de algún tipo penal, sólo se requiere la realización de una mera conducta, que no produce cambio en el mundo material, pero sí en la esfera jurídica, entrando en este tipo de resultado la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, ya que al no consumarse lo descrito por la ley, se genera una situación de probabilidad real, propiciando un estado de hecho *"que se llama situación o estado de peligro"*²⁹ (tentativa), ya que al no consumarse la acción la lesión se basa en la puesta en peligro del determinado bien jurídicamente tutelado por la norma penal y en consecuencia sólo se produciría resultado formal o jurídico.

Nexo causal.- Dentro de la conducta y el resultado producido debe existir necesariamente una atribuibilidad, entre esta conducta y el consecuente resultado llamado nexo causal, entendiéndose por tal aquella relación que existe entre la conducta desplegada por el agente del delito y su consecuencia, es decir, el resultado que esa manifestación de voluntad produce en el mundo material, lo que permite establecer, una mutación en el mundo externo.

²⁹ *Ibidem* p 236.

1.2.2 TIPICIDAD

Una vez precisado lo que se entiende por conducta, resulta oportuno señalar cuándo una conducta es típica y para ello se debe partir por definir lo que se entiende por tipo penal.

En 1906, Ernest Von Belling creó la Teoría del Tipo, en la que primeramente concibió al tipo de *"forma objetiva, es decir, como abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de lo interno"*³⁰;

Pavón Vasconcelos lo define y dice que *"es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal"*³¹

Zaffaroni aporta su definición y dice que *"El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes"*³², asimismo el mencionado autor parte de la idea que el tipo penal no es siempre puramente descriptivo, sino que en ocasiones se integra por elementos que requieren de una valoración jurídica o ética, esto es, será valoración jurídica cuando el tipo haga referencia a conceptos definidos por la ley ejemplo: "funcionario público" y de valoración ética o cultural los que requieren de conocimientos generales ejemplo: "salud y cópula".

³⁰ Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal. Parte General. 6ª ed. Argentina, ediar Sociedad Anonima, Industrial y Financiera, 1991, p 378.

³¹ Op. cit. 302.

³² Manual de Derecho Penal. Parte General. Op. cit. p 371.

De igual forma el tipo penal en ocasiones contiene elementos de carácter subjetivo (dolo y culpa), que resultan necesarios para poder acreditar una conducta delictiva y que sin ellos no se podría dar por comprobado un delito, tales caracteres subjetivos se ven representados por términos como "a sabiendas" o "con engaño" en la que se actualiza una apreciación interna en el ánimo del activo al momento de llevar a cabo una conducta ilícita.

Adhiriéndose en este trabajo de investigación a la idea de que el tipo penal contiene no sólo elementos objetivos, sino también normativos y subjetivos, se concibe al tipo penal como la descripción de conductas en sus dos modalidades (acción y omisión), plasmadas en la ley y prohibidas por ésta.

Los tipos penales se han clasificado de diversas maneras, por diferentes autores, por citar algunos se encuentran Luis Jiménez de Asúa, Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos etc., por lo que sólo se señalan los que particularmente se consideran de más significación:

Tipos Básicos o Fundamentales.- Son aquellos que cobran vida jurídica propia y que sirven de base para la formación o estructura de otros tipos penales.

Tipos especiales.- Contienen elementos del tipo básico y elementos con nuevas características, por lo que el nuevo tipo, comprensivo del anterior se integra en forma autónoma.

Tipos complementados.- No son más que tipos formados por un tipo básico y uno más que lo integra, manejándose en tal sentido agravantes o atenuantes en relación a la pena observada en el básico.

Tipos alternativos.-En los que la conducta prevista puede considerarse una o varias formas de realización, de manera que "su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma"³³

Tipos acumulativos.- consisten en que el mismo precepto regule una conducta delictiva, llevada a cabo con una pluralidad de actos autónomos entre sí, y que sin la existencia de todos se hace imposible su configuración.

Tipos comunes.- Se pueden realizar por cualquier persona sin que el tipo haga referencia a una calidad especial en el sujeto activo o en el pasivo.

Tipos unipersonales.- En los que sólo se requiere la intervención de un sujeto activo.

Tipos pluripersonales.- Contrario al tipo unipersonal en éste se requiere la concurrencia de dos o más sujetos en la realización de un ilícito.

Tipos de peligro.- Aquí surge la probabilidad a la lesión al bien jurídico tutelado por la norma.

Sainz Cantero maneja dos formas de peligro que son:

- a).- El tipo de peligro en abstracto, y;
- b).- El tipo de peligro concreto.

³³ PAVÓN VASCONCELOS, Op. cit. p 318

En el primero dice que "se consuman por la mera constatación de la conducta creadora del riesgo", y en la segunda dice que "se exige para su realización que se compruebe que en el caso concreto se ha producido efectivamente el peligro"³⁴

Tipos de lesión .- Éstos se consuman cuando "se haya producido la efectiva destrucción del bien jurídico protegido"³⁵

Tipos Simples.- Se constituye con una sola acción.

Tipos compuestos.- Se forma por dos o más acciones.

Tipos de formulación alternativa.- Se establecen diversas modalidades de realización, formas diversas que prevén el mismo resultado, por lo que con la ejecución de cualquiera de las formas establecidas se actualiza el delito.

Tipos de formulación acumulativa.- "implica autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos, en razón de su diversa exigencia valorativa"³⁶; de ahí la existencia de una pluralidad de actos delictivos autónomos.

Plasmado lo anterior, es válido afirmar que no es lo mismo tipo penal que tipicidad, diferencia que esencialmente radica en que el tipo penal es sólo una descripción general de las conductas delictuosas contenidas en el catálogo de delitos, mientras que la tipicidad, se refiere a lo abstracto del tipo penal, es decir, surge una correlación real entre lo descrito por el tipo y la conducta ejecutada de un sujeto activo, la cual encaja, en la hipótesis descrita por el legislador contenida en el la Ley Sustantiva.

³⁴ SAINZ CANTERO. Op. cit. P 549.

³⁵ Idem

³⁶ PAVÓN VASCONCELOS Op. cit. p 318

El tipo penal en consecuencia, es un concepto genérico el cual adquiere especificidad cuando una conducta se adecua a la descripción legal, surgiendo entonces la tipicidad.

Este elemento positivo del delito se concibe como la adecuación o encuadramiento de una conducta al tipo penal regulado en la ley, o bien dicha conducta para ser típica *"debe ser subsumida en una de las descripciones de conductas prohibidas que el legislador hace en el Código Penal o en leyes especiales"*³⁷; justa razón tiene Sainz Cantero al referirse a leyes especiales, en virtud de que en el amplio mundo del Derecho, existen tipos delictivos no sólo en el Código Penal, sino que pueden existir en el Código de Comercio, en el Código Financiero, en el Código Fiscal, etc.

1.2.3 ANTIJURIDICIDAD

Como ha quedado plasmado en el punto anterior, para la existencia del delito, es imprescindible que exista una conducta perfectamente tipificada en la ley como delito, pero dicha conducta además de ser típica debe ser antijurídica.

La antijuridicidad es entonces el segundo elemento del delito a analizar, según la prelación lógica, anteriormente referida, por lo que partiendo de lo que se entiende por antijuridicidad se puede decir que en la doctrina se le ha denominado como *"una*

³⁷ SAINZ CANTERO Op. cit p 474

*acción típica que no está justificada*³⁸; por otro lado se entiende como "un desvalor provisorio, que deber ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación"³⁹.

*Mezger afirma que la antijuridicidad "significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico"*⁴⁰.

De las anteriores definiciones y en total acuerdo con el autor Zaffaroni claramente se vislumbra que la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad, ello considerando la existencia de las llamadas causas de justificación, lo que lleva directamente a afirmar el carácter indiciario de dicha antijuridicidad, pues es evidente que se puede estar en presencia de una conducta que cubra los requisitos de un tipo penal determinado, sin embargo cuando se actualiza alguna de las causas de justificación previstas en la ley, la conducta típica no será antijurídica, concluyendo que no toda conducta típica es siempre antijurídica y esta tipicidad es sólo indiciaria de la antijuridicidad de un hecho delictuoso.

En la amplísima teoría del delito y específicamente tratándose de la antijuridicidad se habla de una antijuridicidad formal, material, objetiva y subjetiva, resultando importante realizar un breve comentario de ellas.

³⁸ BACIGALUPO, Enrique MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Ed Themis, Bogotá-Colombia, 1989, p 88

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Op cit, p 387.

⁴⁰ Op cit, p 131

Respecto a la antijuridicidad formal y material, se han hecho diversos análisis respecto a cual de las dos es la que prevalece en un delito. Entendiéndose por antijuridicidad formal "*una violación a la norma jurídica que manda o prohíbe*"⁴¹; lo que indica que debe existir primeramente un ordenamiento penal en el que se establezcan las conductas que son consideradas contrarias al derecho, por ser incompatibles con el bienestar social y una vez contempladas con carácter delictivo, tendrán el carácter de antijurídicas, pero sólo en su carácter formal al estar reglamentadas en ordenamiento legal.

Rebasando el límite de la estipulación en los Códigos, se encuentra la antijuridicidad material, que ya no es sólo la violación a la norma (antinormatividad), plasmada en un Código, sino que es la ejecución de la conducta descrita en la ley, realizada por el agente del delito, que lesiona, menoscaba o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma.

En este sentido, adquiere singular relevancia el bien jurídico tutelado, pues de éste, se desprende que una conducta sea antijurídica, esto es así, si el Derecho Penal tiene como función principal regular y salvaguardar los intereses particulares y sociales, cobrando importancia estos intereses que vienen a ser lo que se ha denominado bien jurídico, ya que sin este bien jurídico la existencia del Derecho Punitivo no tendría razón de ser, no tendría materia sobre la cual desarrollar los preceptos reguladores de la conducta, acorde con la idea expuesta Zaffaroni, manifiesta que "*bien jurídicamente tutelado es la relación de disponibilidad de un*

⁴¹ PORTE PETIT. Op Cit. p 376.

*individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan*⁴²; es por ello que la existencia del bien jurídico protegido por la norma penal, es objeto íntimamente ligado a la antijuridicidad.

Deduciéndose de ambas clases de antijuridicidad (formal y material), que la primera (formal) es base fundamental de la segunda (material), pues sin la antijuridicidad formal, la material nunca cobraría vida jurídica relevante para el Derecho Penal, adoptando el criterio de que ambas existen en la producción de un delito.

Para determinar si la naturaleza de la antijuridicidad de una conducta es objetiva o subjetiva, es menester referirse al contenido que de ellas se ha elaborado.

La antijuridicidad objetiva según Porte Petit existe *"cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente sin requerirse el elemento subjetivo"*⁴³; es decir, para el mencionado autor es la lesión sólo objetiva de las normas jurídicas de valoración; Sainz Cantero manifiesta que *"La antijuridicidad resulta de un juicio formulado sobre la conducta para cuya formulación no interesan ni los elementos anímicos, ni los datos personales del sujeto; basta comprobar que la conducta (su vertiente externa) es contraria a lo que el ordenamiento jurídico manda o prohíbe"*⁴⁴.

En desacuerdo con la reflexión anterior, la antijuridicidad no es sólo objetiva, sino que tiene una naturaleza subjetiva, la cual es entendida como un juicio de

⁴² Manual de Derecho Penal, Parte General. Op Cit. p 389.

⁴³ Op Cit. p 389.

⁴⁴ Op cit p 361.

valoración en el que no puede hacerse a un lado la voluntad anímica del sujeto consistente en la rebeldía demostrada hacia el ordenamiento jurídico, máxime cuando en diversos tipos penales se encuentran contenidas expresiones referentes al ánimo del sujeto tales como "a sabiendas", "al que engañando a otro" "al que *illicitamente*", etc., de donde se deduce en primera instancia el carácter subjetivo, que debe existir para el surgimiento del delito llevando aparejada la contrariedad al derecho, de ahí que la antijuridicidad revista un carácter no sólo objetivo, sino también un subjetivo.

Por último como una apreciación personal, el término antijuridicidad e injusto, tienen un significado diverso, y no una similitud como se ha manejado, pues mientras la antijuridicidad es una connotación de carácter negativo, es decir, "anti" es un prefijo cuyo significado es contra y "juridicidad" que significa "conformidad con el derecho o licitud desde el punto de vista jurídico"⁴⁵; lo que significa que la antijuridicidad es una contradicción al derecho a una licitud jurídica, y no obstante que una conducta típica puede ser antijurídica, ello no significa que sea imputable al sujeto, esto se afirma puesto que al hablar del injusto, se entiende como el conjunto de todos los elementos positivos del delito, que dan origen al mismo, o sea, al injusto, (acción típica, antijurídica y además culpable). Por ello se considera que el término apropiado para realizar un juicio de valor a la conducta desplegada por el sujeto activo y que no está amparada por alguna causa de justificación, lo es el de Antijuridicidad.

⁴⁵ DE PINA, Rafael. De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho, 2^{da} ed. México, Porrúa 2000, p 84

Injusto sólo tiene correcta aplicación cuando se han estudiado todos y cada uno de los elementos del delito que conllevan directamente a la existencia de éste, luego entonces la antijuridicidad es una característica de lo injusto.

1.2.4 CULPABILIDAD

Indudablemente dentro del estudio de los elementos positivos del delito, la culpabilidad viene a ser uno de los temas que ha causado polémica dentro de la doctrina penal.

En un principio la culpabilidad, sólo se consideró como la parte subjetiva o anímica del delito y la antijuridicidad era exclusiva de lo objetivo. A la postre sufrió un cambio radical en su estructura, ahora es un juicio de reprochabilidad, hacia el autor del delito, adquiriendo un enfoque predominantemente valorativo.

Y así como la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad, ésta es indiciaria de la culpabilidad, corroborándose de esta manera, una vez más, la prelación lógica en el estudio de los elementos del delito.

Como una cuestión previa, es importante señalar la gran diferencia que existe en los conceptos culpa y culpabilidad; habrá culpa cuando exista *"omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*⁴⁶; en tanto que la culpabilidad es entendida *"como la circunstancia de ser culpable"*⁴⁷; teniendo un enfoque especial cada una de ellas, apreciándose como género y especie, aunque diferentes entre sí.

⁴⁶ Ibidem p 206.

⁴⁷ Cp Cit. p 348.

A mayor abundamiento Sainz Cantero acertadamente dice que *"culpa significa imprudencia, falta de reflexión, de cuidado, de precisión, de no tener buena aptitud para algo, no ser diligente; culpabilidad es la actitud subjetivo interna de alguien que actuó contra el derecho, dando lugar a un juicio de reproche porque pudo actuar legalmente y no lo hizo"*⁴⁸

Hecha la aclaración anterior, Jiménez de Asúa define a la culpabilidad *"como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica"*⁴⁹; Sainz Cantero al respecto dice *"la culpabilidad es el juicio de reproche que se hace al actuar interno-subjetivo del individuo, referente a su decisión para hacer o dejar de hacer algo que acarreó como consecuencia a la transgresión (lesión antijurídica) de bienes jurídicamente protegidos o simplemente los puso en peligro"*⁵⁰.

En efecto, la culpabilidad es un juicio hecho al delincuente, de reproche, respecto a su conducta ilícita, eminentemente valorativa.

Respecto a la culpabilidad se han desarrollado diversas teorías de las cuales se hará una breve exposición, a manera de entender un poco más su naturaleza.

a).- Culpabilidad del autor.- Esta teoría básicamente explica la culpabilidad en razón a la peligrosidad del sujeto, atiende a su personalidad y modo de conducirse, se juzga al autor, no al hecho.

⁴⁸ Ibidem p 349

⁴⁹ Op Cit p 352

⁵⁰ Op Cit p 349.

b).- Culpabilidad por el hecho o acto.- Esta se inclina por el hecho concreto cometido e imputado *"el cual debe quedar perfectamente encuadrado en el tipo, así la culpabilidad del individuo está limitada a la pena consignada en la ley para ese acto violatorio"*⁵¹.

c).- Culpabilidad Normativa.- En la que la culpabilidad adquiere una función valorativa de la acción desplegada, con base a las normas que desapruaban esa conducta antijurídica.

Personalmente las teorías aceptadas sobre la culpabilidad, son la culpabilidad por el hecho o acto enlazada con la concepción normativa de la culpabilidad, pues es evidente que lo que se debe analizar en la culpabilidad es el evento delictivo y con base en este valorar las circunstancias que rodearon al injusto, atendiendo a las normas penales.

Siguiendo con el esquema de ideas, al decir, que la culpabilidad es un juicio de reproche valorativo de la acción desplegada por el sujeto activo, es dable señalar que precisamente en función a ese reproche al acto cometido, para poder determinar si un sujeto es culpable (responsable) se debe de hacer un análisis (valorar) de las circunstancias en que se encontraba el sujeto al momento de cometer el ilícito imputado, para ello la culpabilidad se vale de tres elementos que son:

- a).- La Imputabilidad
- b).- El conocimiento de la Antijuridicidad.
- c).- La exigibilidad de otra conducta.

⁵¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 9ª ed. México. Ed. Porrúa. 2000, p 114.

a).- La imputabilidad como elemento de la culpabilidad debe entenderse como la capacidad del sujeto de ser culpable, es decir, éste debe tener la capacidad de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo o intelectual) y la capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión (momento volitivo).

Importante es señalar, que la imputabilidad al hacer hincapié o referirse a la *capacidad*, se debe de tomar en cuenta que es lo que determina dicha capacidad de un sujeto, por lo que habrá de decirse que una persona para ser sujeto de derecho penal, necesita tener la mayoría de edad, o sea 18 años cumplidos, los individuos que no cubran con este requisito, por así llamarle, no podrán ser juzgados y serle imputado un delito ante los Tribunales establecidos para ello, dichos individuos estarán sujetos a disposiciones de diversa índole a la de los mayores de edad, además dentro de la capacidad a que se refiere la imputabilidad, entran los no enfermos mentales, es decir, los que tienen una *"normalidad mental, entendiéndose por normalidad la capacidad de querer y comprender el comportamiento y su significado frente al derecho"*⁵², pues mientras se tenga esa capacidad y se actúe contrariamente a las normas, el sujeto será imputable.

Dentro de la imputabilidad se da, como ya se dijo, la capacidad de comprender lo injusto de una conducta, lo que viene a ser que el autor reconozca y esté conciente que la producción de un hecho no es acorde al derecho, es decir, sabe que

⁵² GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho penal Mexicano, Parte General y Parte Especial (Metodología Jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales), 4ª ed, Mexico, Porrúa, 1997, p 356

es contraria a éste y no es necesario que conozca la ilicitud en términos técnicos plasmados en la ley, basta con que sepa que "apoderarse de cosa ajena mueble" no es lícito. Surgiendo así el momento cognoscitivo o intelectual, en este momento "el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común"⁵³.

Una vez reflexionado sobre el hecho, si el agente decide llevarlo a cabo se presenta el aspecto volitivo, cuya capacidad de determinar su voluntad de acuerdo a su comprensión, la lleva directamente a producir un hecho típico y antijurídico, que además le será imputable, el Juzgador, al realizar su correspondiente estudio para llegar a determinar la responsabilidad del autor, parte de la apreciación respecto de la capacidad del agente (imputable), que como bien lo señala González Quintanilla, "la imputabilidad es una característica del autor y no un elemento del delito"⁵⁴; puesto que si falta la mayoría de edad o la madurez psíquica derivada de una enfermedad mental, el sujeto queda sustraído del ámbito represivo del Derecho Penal, por ello se afirma que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

b).- El conocimiento de la antijuridicidad del hecho, "es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación a la norma"⁵⁵; es como una extensión de la imputabilidad, esto es, si llega a la determinación de que un sujeto es imputable, entonces tiene la capacidad de

⁵³ REYES ECHANDIA, Alfonso, IMPUTABILIDAD, 4ª ed, Themis, Bogotá Colombia, 1989, p 20.

⁵⁴ Op Cit. p 357.

⁵⁵ ORELLANA WIARCO, Op. Cit p 342.

conocimiento sobre el hecho delictivo, es cuando el individuo está conciente y sabedor que el hecho es contrario a derecho, sin embargo opta por llevarlo a cabo.

c).- **La exigibilidad de otra conducta.-** Para que quede fundamentada la culpabilidad de un sujeto, al lado de la imputabilidad y de la conciencia de la antijuridicidad, también se examina si al agente del delito le era exigible una conducta diversa a la concretada, esta hipótesis encuentra su fundamento en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal que interpretado a contrario sensu, establece que el delito se excluye cuando *"Atentas a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho"*.

Llegando a la conclusión de todo lo anterior que para arribar a la culpabilidad de un sujeto es indispensable realizar un análisis valorativo de las circunstancias que rodearon al injusto y que son la imputabilidad de su autor, la conciencia de su actuar ilícito (antijuridicidad) y que le era exigible una conducta diversa a la realizada, acreditando estos elementos se podrá acreditar la culpabilidad del agente en el hecho cometido.

1.2.5 PUNIBILIDAD

En líneas anteriores ha quedado precisado que la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento del mismo, consideración que se sostiene

con base en que no siempre la acción típica, antijurídica y culpable es punible, y si bien el contenido del artículo 7° del Código Penal establece que se debe entender como delito *"el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*, llevando inmersa en tal definición la punibilidad a las conductas delictivas, no se debe pasar por alto que esta definición ha sido criticada, pues aunque en un caso concreto se materialicen todos los elementos integrantes del tipo penal que dan origen al delito no siempre es punible esa conducta por operar las llamadas excusas absolutorias, que serán objeto de estudio posterior.

Es cierto también que la razón de ser del Derecho Penal es la de preservar el orden social imponiendo sanciones a quienes infrinjan los bienes jurídicamente tutelados por esta rama del Derecho, sin embargo hay situaciones en las que aunque exista delito no se aplica una sanción.

Antes de entrar al fondo del estudio respecto a la punibilidad, es necesario partir de lo que se entiende por pena, que sin duda es la esencia directa del nacimiento de la punibilidad.

Cuello Calón dice que la pena es *"el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción pena"*⁶⁶; o bien es *"el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden*

⁶⁶ Citado por CASTELLANOS TENA Op Cit p 318.

*jurídico*⁶⁷; por su parte González Quintanilla solo alude como concepto de pena "a la reacción del Estado frente a la conducta delictiva"⁶⁸.

Aceptando, por tanto, que la pena es un castigo impuesto al agente del delito por el ilícito cometido, así que acertadamente se dice que la pena es la determinación de la sanción que el Juzgador impone al culpable en una sentencia, por supuesto, condenatoria.

De acuerdo a lo anterior, la pena es un castigo al delincuente, pudiendo consistir dicho castigo, según el contenido del artículo 24 del Código Penal en:

1.- Prisión

2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.

3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópico o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes.

4.- Confinamiento.

5.- Prohibición de ir a lugar determinado.

6.- Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.

7.- Derogado (D.O. 13 de enero de 1984)

8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.

9.- Amonestación.

⁶⁷ Idem

⁶⁸ Op Cit. p 49.

- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.- Medidas tutelares para menores.
- 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito".

Destacando de manera relevante la pena de prisión como soporte del derecho punitivo, seguido de la sanción pecuniaria. En relación a la pena de manera genérica se ha manejado que ésta tiene un carácter retributivo hacia el sujeto por el hecho cometido (Teoría de la Retribución de la Pena), aquí opera "*la ley del talión*", lo que indica que si un sujeto priva de la vida a otro, éste también deber ser privado de la suya, como un castigo al cometer delictual en la misma medida.

Diverso planteamiento ofrece la Teoría de la Prevención General en donde la pena tiene como función intimidar al individuo para que no desacate la ley y no lesione los bienes jurídicos que se han tutelado, "*es una coacción psicológica dirigida a la generalidad de los individuos*"⁵⁹ para de esta manera prevenir el delito.

⁵⁹ ORELLANA WIARCO, op cit. pp 410 y 411

Dentro de la teoría de la Prevención Especial la pena tiene efectos de corrección y de intimidación, así como efectos retributivos, pero concebidos de manera diversa a la de la teoría de la retribución, esto es, si el sujeto violó bienes jurídicos de su víctima, ahora se afectan los de él, la prevención especial va encaminada a que el sujeto se corrija y sirve de igual forma para que en lo sucesivo no delinca.

En la actualidad, los efectos de una pena sobre el delincuente parecen no surtir los efectos, o mejor dicho, no se satisfacen los ideales que se plantean en las teorías, sobre la finalidad de la pena, sino que contrario a ello, al imponerse una pena al agente del delito e ingresar a reclusión –hablando de la pena de prisión- lejos de readaptarlo, intimidarlo o reintegrarlo a la sociedad, confirma su potencial delictivo y no sólo eso sino que en muchos casos lo aumenta, resultando ineficaz el hecho de que el legislador como modo de prevenir el delito, establezca altas penas de prisión, porque la tarea conjunta de la autoridad judicial y del sistema de reclusión son inútiles para lograr los fines de prevención general y especial, así como la readaptación social del sentenciado.

Planteado el punto de partida de la punibilidad, ésta puede ser entendida como *"la sanción o sanciones que el legislador prevé para cada tipo penal"*⁶⁰ o *"la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"*⁶¹.

⁶⁰ Ibidem p 408.

⁶¹ PAVÓN VASCONCELOS op cit. p 49°.

En conclusión, a criterio personal, la punibilidad es la consecuencia del delito consistente en el merecimiento de la pena o sanción impuesto por el Estado al agente del delito por su actuar típico antijurídico y culpable.

1.3 ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO

Analizados los elementos positivos del delito, corresponde ahora realizar una exposición esencial de los elementos negativos del mismo, a los cuales se les ha denominado negativos, pues la actualización de alguno de ellos constituirá necesariamente la inexistencia del delito, siendo factor indispensable señalar la importancia de la prelación lógica en el estudio del delito, en atención a que está viene a cobrar relevancia, en los elementos negativos del delito, pues en este caso, el estudio debe ser ordenado, ya que la falta de integración de alguno de ellos, el subsecuente, ya no tendría razón de ser analizado.

Continuando con el esquema planteado al realizar el estudio de los elementos positivos del delito, se procederá a elaborar en el mismo orden cronológico, el correspondiente análisis a la parte negativa del delito, resultando ser el siguiente:

- 1.- Ausencia de conducta.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Causas de justificación, y
- 4.- Causas de inculpabilidad.

Como ya se dijo, siguiendo este orden de análisis, las excusas absolutorias, que son la parte negativa de la punibilidad, también se estudiarán después de los anteriores elementos negativos del delito referidos.

1.3.1 AUSENCIA DE CONDUCTA

Sin más preámbulo, toca el turno a la ausencia de conducta, como parte negativa de la conducta, recordando un poco lo que se mencionó en relación a la conducta, respecto a que ésta se considera como la manifestación de la voluntad positiva o negativa (acción u omisión), realizada por el agente con base al aspecto volitivo que solo como ser racional posee encaminada a un fin. La ausencia de conducta radica precisamente en que el agente al momento de cometer un hecho ilícito carece de voluntariedad, ello es que lleva a cabo una acción u omisión, que la ley prevé como delito, sin que se haya propuesto o fijado ese fin, encontrándose ausente la voluntad del sujeto con relación a la acción u omisión cometido.

Lo anterior tiene su fundamento legal en la fracción I del artículo 15 del Código Penal, en cuanto refiere que *"El delito se excluye cuando; I.- El hecho se realice sin la intervención de voluntad del agente"*, desprendiéndose del anterior precepto el elemento volitivo del individuo característico de una conducta delictiva, sin embargo, tal disposición no indica cuando se estará en presencia de una falta de voluntad, al respecto la doctrina en su tarea de abundar o internarse en la intención del legislador, ha propuesto la *vis absoluta* (fuerza física exterior irresistible), la fuerza

mayor, los estados de inconciencia como son el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, como factores que generan la ausencia de voluntad en una persona.

En la *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible el individuo está sujeto "a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar"⁶²; a causa de una fuerza física ajena, hecha al cuerpo del agente, lo que da origen a que éste lleve a cabo una conducta, que no ha querido ejecutar. En este aspecto, se debe aclarar que solo opera como aspecto negativo de la conducta la fuerza física, no así la de naturaleza moral, ello porque la física es la única que puede obligar al individuo, y es la que puede ser exterior e irresistible, de tal suerte que el agente no la pueda dominar o resistir, encontrando en este sentido la siguiente jurisprudencia:

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño.

En la fuerza mayor, de igual manera el agente del delito, está impedido para oponerse a la fuerza física de orden natural, lo que la diferencia de la *vis absoluta*, en la que la fuerza que se genera en el sujeto proviene del hombre, por lo que al estar en presencia de una irremediable situación de orden natural, el agente realiza una conducta (acción u omisión) típica, no obstante ello, en cualquiera de las dos formas habrá ausencia de voluntad, lo que impedirá la actualización positiva de la conducta.

⁶² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 7ª ed. Mexico, Porrúa, 1999, p 107.

Los estados de inconciencia consistentes en el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, son factores que como su denominación lo indica, carecen de conciencia respecto a los actos realizados por el sujeto y por lo tanto, de voluntad, elemento esencial para configurar una conducta ilícita.

Durante el sueño el cuerpo permanece inmóvil al principio, aunque después se mueve un poco, generándose un estado de inconciencia, el cual sirve para descansar y renovar la energía gastada. En los sueños se evade el control de la razón y de la voluntad, este estado advierte una carencia de voluntad en un individuo, lo que lleva a desechar categóricamente el propósito o fin en cualquier forma de ejecutar una conducta.

Lo mismo se afirma del sonambulismo y del hipnotismo, cuando el primero es similar al sueño, pero en éste un sujeto deambula, tiene movimientos corporales pero inconscientes e involuntarios, algo similar sucede en el hipnotismo, en donde el estado inconsciente se genera por una causa artificial hecha por alguna persona, quien anima la mente del hipnotizado, pudiendo introducir ideas e incluso órdenes al individuo, quien al estar dominado por una mente ajena, no esta investido de voluntariedad.

Los actos reflejos son cuestión bastante interesante, al respecto Mezger dice *"que son los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es dasatada inmediatamente por un*

*estímulo fisiológico corporal*⁶³; para entender un poco mejor en que consisten los actos reflejos citaré un ejemplo de ellos "La papa caliente cae de nuestras manos aun antes de que sintamos el dolor de la mano ardida. Tan pronto como cae la papa, los nervios envían rápidamente el mensaje: ¡demasiado caliente!. Este mensaje especial de peligro llega a la médula espinal antes de alcanzar el cerebro, de inmediato los nervios motores de la médula espinal responde al mensaje haciendo que nuestros dedos se abran para dejar caer la papa. NI SIQUIERA TENEMOS QUE PENSARLO. Este tipo de movimientos se llama **ACTO REFLEJO...**, si alguien enciende repentinamente una luz ante nuestros ojos, los guiñamos, si olemos pimienta, estornudamos, si alguien grita a nuestro lado, nos sobresaltamos. Los músculos que nos hacen guiñar los ojos, estornudar y saltar, entran en acción antes de que el cerebro sepa lo que pasa"⁶⁴; ejemplo bastante claro en el que se puede observar más sencillo el concepto de los actos reflejos, en los que obviamente, según la explicación fisiológica, el mensaje no llega a ser captado por el cerebro y por lo tanto procesado por éste, se presenta entonces una carencia de determinación en la voluntad de la persona, imprescindible para configurar la conducta delictiva.

1.3.2 ATIPICIDAD

La atipicidad, surgirá según la fracción II del artículo 15 del Código Penal, cuando "Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate", claro es, en este sentido el Código Penal al referirse a la atipicidad.

⁶³ Citado por PAVON VASCONCELOS. Op cit p 293

⁶⁴ McGOVERN, ANN (Traducción por Albertina Juliot). Preguntas y respuestas sobre El Cuerpo Humano. Colección Estrella del Saber. Sigmar. Buenos Aires. 1979, p 41.

Partiendo de la concepción que se ha adoptado sobre el tipo penal, en cuanto a que está formado por elementos objetivos, subjetivos y normativos, en muchos casos, la falta de alguno de ellos produce la atipicidad, es decir, el no encuadramiento de la conducta al tipo penal descrito en la ley como delito.

De los elementos objetivos, la ausencia de tipicidad se refleja cuando:

- 1.- Falte la calidad exigida por el tipo penal en el sujeto activo.
- 2.- Falte la calidad exigida por el tipo penal en el sujeto pasivo.
- 3.- Falte el objeto material.
- 4.- Cuando no se actualicen los medios comisivos exigidos por el tipo penal.
- 5.- No se den la referencias temporales o espaciales, requeridas por el tipo penal.
- 6.- Falta de resultado típico.

Si bien, de la conducta realizada no se acreditan los elementos subjetivos (dolo o culpa), también habrá atipicidad.

Igual suerte corren los elementos normativos exigidos por el tipo penal en concreto, pues de no quedar acreditados no podrá haber conducta típica (atipicidad).

Ejemplificando lo anterior, respecto al delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal, el cual dispone que: *"Al que por medio de la violencia física o moral, realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años"*, tal dispositivo alude a un medio comisivo, como es la violencia física o moral, si el acto cópula se lleva a cabo con el consentimiento de la "víctima", este

medio comisivo, no se presenta, dando lugar a la falta de un elemento objetivo y por lo tanto habrá atipicidad.

En el mismo ejemplo, pero con la hipótesis prevista en la Fracción I del artículo 266, en donde se requiere que la ofendida sea menor de doce años, si en un caso concreto ésta efectivamente fue objeto de violación, pero cuenta con 13 años de edad, es de afirmarse que no cubre con la calidad específica en el sujeto pasivo, como lo es la edad, originándose una causa de atipicidad.

Algunos parten de la noción de que el consentimiento, también produce causa de atipicidad el cual, para operar como tal, debe existir bajo las siguientes condiciones:

- a).- Que el bien jurídico penalmente sea disponible,
- b).- Que tenga la capacidad jurídica para disponer de ella y,
- c).- Que el consentimiento sea expreso ó tácito.

Concepción que no se comparte, pues es evidente que al operar el consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, ni siquiera aparece la intención dolosa del sujeto, mucho menos culposa, pues el agente actúa con la anuencia del titular del bien jurídico protegido, colocando entonces la hipótesis prevista en la fracción III del Código Penal, dentro de la ausencia de conducta.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que la atipicidad no presenta mayor problema, pues mientras que la tipicidad, exija la acreditación de todos los elementos requeridos por el tipo penal, cuando haya ausencia de cualquiera de ellos

(elementos objetivos, subjetivos y normativos), se presentará el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, la atipicidad.

1.3.3 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Bajo la denominación de causas de justificación se han ubicado las normas de carácter permisivo que destruyen la antijuridicidad de una conducta.

Jiménez de Asúa define a las causas de justificación como *"las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en las que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen"*⁶⁵.

Jiménez Huerta por su parte realiza una acertada apreciación de las causas de justificación al referir que *"la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse, quien no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que debe ser legitimada"*⁶⁶.

En efecto, cuando se actualiza una conducta bajo el amparo de normas permisivas, desde luego, que no necesita justificarse, sin embargo cómo saber que esa conducta no es antijurídica, si materialmente se actualizan todos los elementos del tipo?, la solución a ello parte de la afirmación de que la tipicidad es indiciaria de la

⁶⁵ Op cit. p 284.

⁶⁶ Citado por ORELLANA WIARCO. Curso de Derecho Penal, Op cit. p 258.

antijuridicidad, por ello resulta importantísima la prelación lógica de los elementos del delito; pues si bien se constata que existe conducta típica, se procede a analizar si esa conducta fue antijurídica, no es que se justifique dicha conducta, sino que se hace un análisis para verificar si el sujeto actuó o no conforme a derecho, determinando entonces que el agente actuó con arreglo a la ley y por lo tanto su conducta típica estará plenamente justificada.

Procede entonces a verificar las hipótesis que la ley establece como normas permisivas de una conducta típica:

- 1.- Legítima Defensa.
- 2.- Estado de necesidad.
- 3.- Cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.
- 4.- Obediencia Jerárquica .

1.- Por legítima defensa el artículo 15 del Código Penal en su fracción IV establece que:

"El delito se excluye cuando: ...IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa, respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor;

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculcado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de

sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

En esencia, la legítima defensa consiste en repeler, rechazar una agresión real, actual e inminente, dado que la agresión debe ser actual, con una inmediatez que provoque que el agredido no tenga más opción que “contraatacar”, además dicha agresión debe provenir de un ser viviente pues *“las cosas inanimadas no atacan”*⁶⁷, el ataque o agresión debe estar dirigido en contra de la vida, el cuerpo, la libertad, el honor etc., en fin de intereses jurídicamente protegidos por la ley.

En este sentido se encuentra la siguiente jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESION.
Doctrinalmente se ha establecido que para que la excluyente de legítima defensa pueda surtir efectos es menester que concurren, entre otros requisitos, el inherente a que la agresión, además de ilegítima y actual, debe ser inevitable.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Aspecto importante para la debida integración de la legítima defensa, lo es que ésta *“se dé precisamente en el momento en que se presenta la agresión no en uno inmediato anterior o posterior a dicha agresión”*⁶⁸; en este caso se cuenta con la siguiente tesis jurisprudencial.

LEGÍTIMA DEFENSA, EXCLUYENTE DE MOMENTO EN QUE OPERA LA. La característica distintiva de la excluyente de legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta exista, esto es, requiere que la acción repulsiva del agente se ejercite contemporáneamente a la agresión actual y al peligro inminente que la motive, debiendo entenderse que el ataque es actual cuando reviste características de inminencia o

⁶⁷ ZAFFARONI. Manual de Derecho Penal. Parte General. op cit. p 168.

⁶⁸ ORELLANA WÍARCO. Curso de Derecho Penal. Op cit. p 262.

persista en el presente, pero no cuando sólo se dibuje en el futuro o cuando ha concluido, por ende, la reacción defensiva efectuada en diverso momento no puede considerarse como legítima defensa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Trascendente resulta la frase "sin derecho", contemplada en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, pues la agresión que reciba el agredido, no debe tener u originarse en una causa legal para hacerlo.

El artículo y fracción en estudio además impone tres condiciones para que opere la legítima defensa:

- a).- Exista necesidad en la defensa.
- b).- Racionalidad en la defensa con relación a la amenaza, y
- c).- No medie provocación dolosa por parte del agredido o de su defensor.

En el primer caso, al existir una agresión eminentemente peligrosa para la vida, honor, libertad, etc., el agredido no tenga más alternativa que repeler esa agresión sea por cualquier medio que llegue incluso a privar de la vida a su agresor.

La racionalidad del agredido, se basa principalmente a la proporcionalidad de los medios empleados, tanto por el agredido como por su agresor, los cuales deben ser de la misma magnitud.

La provocación dolosa indica que el agredido no haya maquinado la idea de provocar a su agresor, dando motivo suficiente para que la agresión ocurriera.

El segundo párrafo de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, hace extensiva la legítima defensa en los casos en que:

a).- Alguien penetre en su hogar, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación.

Supuestos en los que al acudir a la legítima defensa, el agresor se debe apegar a las condiciones ya mencionadas.

El estado de necesidad previsto en el artículo 15 fracción V, contempla lo siguiente:

"El delito se excluye cuando: ...V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

El estado de necesidad, como causa de justificación, surge *"por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares, es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio"*⁶⁹; característica fundamental en esta causa de justificación es que el bien jurídico salvado sea de mayor o igual interés que el bien jurídico sacrificado.

De la definición que da el Código Penal se aprecian los siguientes requisitos con los que se estará en presencia de "el estado de necesidad":

- 1.- Un peligro real, actual o eminente.
- 2.- No ocasionado dolosamente.
- 3.- Se lesiona otro bien de menor o igual valor.

⁶⁹ PAVON VASCONCELOS Op cit p 361.

a).- Alguien penetre en su hogar, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación.

Supuestos en los que al acudir a la legítima defensa, el agresor se debe apegar a las condiciones ya mencionadas.

El estado de necesidad previsto en el artículo 15 fracción V, contempla lo siguiente:

"El delito se excluye cuando: ...V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

El estado de necesidad, como causa de justificación, surge *"por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares, es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio⁶⁹"*; característica fundamental en esta causa de justificación es que el bien jurídico salvado sea de mayor o igual interés que el bien jurídico sacrificado.

De la definición que da el Código Penal se aprecian los siguientes requisitos con los que se estará en presencia de "el estado de necesidad":

- 1.- Un peligro real, actual o eminente.
- 2.- No ocasionado dolosamente.
- 3.- Se lesiona otro bien de menor o igual valor.

⁶⁹ PAVON VASCONCELOS Op cit p 361.

4.- Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

El peligro no entraña sólo una amenaza, debe constituir algo real, implacable, generador de la puesta en peligro al bien jurídico tutelado de mayor entidad y que no sea evitable; al igual que en la legítima defensa el peligro al bien jurídico tutelado no debe ser ocasionado intencionalmente, pues en este caso, apearía la antijuridicidad del hecho.

La colisión de intereses, desemboca en la elección de salvaguardar, el de mayor o igual valor, lesionando en consecuencia otro bien jurídico ajeno, por último el estado de necesidad se excluye para quien tenga el deber jurídico de afrontar el peligro, ello deriva de una obligación impuesta por la ley, pero esto no indica que cuando el peligro sea de gran magnitud y el ejercicio del deber impuesto resulte inútil, deba de exponerse el sujeto, pues no puede ser exigido algo que rebase los límites humanos.

En el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, contemplados en el artículo 15 Fracción VI del Código Penal, se indica:

"El delito se excluye cuando: ...VI.- La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro..."

El ejercicio de un derecho, se dice, opera cuando *"el estado permite o protege el desarrollo de ciertas actividades que pueden llegar a ocasionar la muerte, lesiones o daños. tales sucesos no resultan punibles precisamente porque el Estado no los*

*considera antijurídicos, sino que por el contrario lícitas*⁷⁰, en este contexto, la causa de licitud en análisis prevé como posible el hecho de que una persona al estar en total arreglo con la ley, pueda producir un hecho caracterizado como típico, sin que éste le sea imputado al operar una justificante, pudiendo desde luego violar los bienes jurídicos de las personas, sin embargo, esto resulta a consecuencia de estar con el debido cumplimiento del derecho. Los ejemplos que se manejan comúnmente son el caso del médico quien al ejercer su profesión lícitamente por alguna circunstancia al estar operando, fallece el paciente, tal acontecimiento no puede serle imputable, pues actuaba conforme a la ley.

El cumplimiento de un deber se caracteriza por la obligación que tiene una persona de acatar, sin dilación alguna lo encomendado, es su deber, llevar a cabo lo requerido, dentro de esta causa de justificación es innegable la función de los policías judiciales, quienes al serles encomendada una orden de aprehensión, adquieren automáticamente la facultad de aprehender "privar de la libertad" al requerido, no obstante, ello no será antijurídico, pues su conducta se justifica con el cumplimiento de su deber como policías judiciales.

Estimable es considerar que dentro del cumplimiento de un deber se haya inmersa la obediencia jerárquica, pues de ahí surgirá la obligatoriedad de dar cumplimiento a lo ordenado.

⁷⁰ ORELLANA WIARCO Op cit. p 264

1.3.4 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

En el punto correspondiente a la culpabilidad, quedo especificado que para tener por demostrada la culpabilidad (responsabilidad), es necesaria la concurrencia de la imputabilidad del autor, que tenga plena conciencia de la antijuridicidad del hecho realizado y que le sea exigible otra conducta diversa a la concretada, lo que conjuntamente, es la capacidad de culpabilidad del autor.

Luego entonces, a falta de cualquiera de estos requisitos el sujeto no será culpable, pudiendo surgir la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho y la inexigibilidad de otra conducta.

La inimputabilidad, que es *"la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión"*⁷¹; puede presentarse de dos formas, la primera se refiere a la minoría de edad, queda claro que una persona que no cuenta con los 18 años cumplidos, no puede ser sujeto de derecho penal, pues su conducta quedará supeditada a autoridades de otra índole.

La segunda de las formas en que puede presentarse la inimputabilidad del agente del delito, la proporciona la fracción VII del artículo 15 del Código Penal que en lo que interesa narra:

"El delito se excluye cuando: ...VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente

⁷¹ PAVÓN VASCONCELOS Op cit. p 415.

hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente , en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código”.

La inimputabilidad de orden psicológico, puede revestir diversas clasificaciones que van desde los que presentan trastornos mentales de la conciencia, transitorios o permanentes, los que tienen un desarrollo intelectual retardado, los cuales no tienen la posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión, valoración que deberá de recaer en el criterio del Juzgador o de la autoridad competente en base a dictámenes médicos, emitidos por especialistas, en donde se determinará la capacidad de comprender de una persona.

Debatido es el tema de la actio libera in causa o acciones libres en su causa, pues se maneja la hipótesis de embriaguez, ello radica primero en que existe un momento en que el individuo se coloca en un estado de inimputabilidad *“que debe necesariamente conectarse con uno anterior de plena capacidad del agente”*⁷²; es decir, el sujeto es capaz de comprender los alcances de su conducta, tiene capacidad de culpabilidad, pero sin atender a las previsiones que tiene obligación de observar se coloca en un estado de inimputabilidad y ejecuta un acto contrario a la ley, en opinión personal, esa situación no lo exonera de su culpabilidad, pues es evidente que le era exigible, no producir o provocar su estado de inimputabilidad o inconciencia, pues ello equivale a estar conciente del riesgo en que se colocaba y

⁷² Ibidem p 425

ocasionar un hecho delictivo.

Toca el turno al desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, en este elemento cobra vital importancia el error de tipo y error de prohibición, el primero puede darse sobre cualquier elemento contenido en la descripción legal, es así que el error puede recaer sobre alguna cosa, hecho etc., el segundo se presenta cuando el agente del delito, se equivoca respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, Welzel, citado por Orellana Wiarco, lo define como *"el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone que estaría permitido, no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable o la atenúa si es evitable"*⁷³

Resulta difícil entender la teoría del error, cuando se manejan diversas clases del mismo y muy similares, empero la definición citada, resulta entendible, infiriéndose de ésta que el sujeto realiza un hecho delictivo, pero no tiene plena seguridad de que su conducta está permitida, sea porque desconoce el contenido de la ley o la conoce erradamente, y sólo cuando el error sea invencible habrá motivo para la exclusión del delito, según lo dispone la fracción VIII del numeral 15 del Código Penal que indica:

⁷³ Op cit. p 345.

"El delito se excluye cuando: ...VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

*a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
b) Respecto de la licitud de la conducta , ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código".

La no exigibilidad de otra conducta, es una excepción al deber de cumplir con los mandatos expresados en la ley, se presenta cuando al autor de una conducta típica y antijurídica, no le era exigible que se comportara conforme a Derecho, a causa de un estado de necesidad exculpante que es cuando *"el estado de peligro en que se ubica el sujeto sea real, grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo"*⁷⁴. Dentro de este contexto se encuentra en general lo relativo al estado de necesidad que da origen a la no exigibilidad de otra conducta.

Se considera al miedo grave como otra circunstancia que da origen a la no exigibilidad de otra conducta, pues el agente del delito, en efecto realiza una conducta típica y antijurídica, pero no culpable, pues el miedo o temor generado, hacen que reaccione afectando bienes jurídicos ajenos, ello debido a un estado emocional, en donde el mal que amenaza al sujeto, impide la reflexión de sus actos, sin que deba confundirse en este sentido un estado de inimputabilidad, por trastorno mental transitorio, pues el temor que presenta el activo no influye en la psique del autor, con el cual se afirma que no tuvo la capacidad de comprender y querer el acto

⁷⁴ SAINZ CANTERO Op cit. p 349.

cometido, sino que contrario a ello percibe de manera clara el riesgo en el que se encuentra y ante el temor fundado reacciona, provocando con ello, lesionar bienes jurídicamente tutelados por la norma penal, no obstante ello, su acción típica y antijurídica, no será culpable.

1.3.5 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La parte negativa de la culpabilidad, se hace presente con las llamadas excusas absolutorias, si bien un hecho tiene la característica de ser típico, antijurídico y culpable no será punible, ello indica que al autor de un delito no se le impondrá pena alguna, por el hecho cometido, aunque se actualicen todos los elementos del delito.

Jiménez de Asúa dice *"son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública"*⁷⁵.

Como ejemplos sobre las excusas absolutorias, se puede citar el artículo 280 fracción II del Código Penal, en donde a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio estarán exentos de pena si realizan la conducta descrita en la fracción II del citado artículo.

⁷⁵ Op cit p 433.

El artículo 375 del Código Penal, prevé una excusa absolutoria para el caso de que el monto de lo robado no excede de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague los daños y perjuicios.

Por supuesto que en este caso, la no imposición de la pena se ve condicionada a cumplir los tres requisitos referidos, ya que en caso de no acatarlos, se impondrá la pena correspondiente.

Un caso más, se encuentra previsto en el delito de encubrimiento, señalado en el artículo 400 Fracciones III y V, así como el párrafo segundo, inciso a), b) y c).

La razón por la que no se aplica sanción en estos casos se debe a los fines que observa la política criminal, ciencia conforme *"a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito"*⁷⁶; con un solo objetivo que es el de mantener el orden y la seguridad social.

1.4 EL CUERPO DEL DELITO (CONCEPTO)

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de marzo de 1999, se reformaron los artículos 16 y 19 Constitucionales, en los que se reincorpora el concepto de Cuerpo del Delito como requisito para poder librar una Orden de Aprehesión o dictar un auto de formal procesamiento, concepto que estuvo vigente hasta el año de 1993, año en que fue sustituido por el concepto de "Elementos del tipo" vigente a partir del 4 de Septiembre de 1993 hasta el 8 de marzo

⁷⁶ Op cit. p 29.

de 1999, fecha en que la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos adopta nuevamente el "Cuerpo del Delito".

Ciertamente es que el antiguo cuerpo del delito era diferente al que se ha adoptado en la actualidad, tan es así que al respecto se emitió la siguiente jurisprudencia:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Apreciándose que de la anterior jurisprudencia sólo se consideraban los elementos objetivos o externos para tener por acreditado el cuerpo del delito, dejando a un lado los de carácter subjetivo y normativo, que se analizarán más adelante.

Es así que, la reforma constitucional del 8 de marzo de 1999, permitió renovar el concepto de Cuerpo del Delito, fundamentándolo primeramente en la Ley Suprema reformando los artículos 16 y 19 Constitucionales para quedar como sigue:

"Artículo 16.-...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado."

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y

circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para **comprobar el Cuerpo del Delito** y hacer probable la responsabilidad del indiciado".

Una vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue reformada, se hizo necesario hacer modificaciones al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que ahora se establece, al igual que en la Ley Suprema que para poder librar una Orden de Aprehensión o dictar Auto de Formal Prisión se deberá de tener por comprobado el Cuerpo del Delito.

Cierto es que de la Ley Suprema, como de la ley secundaria, no se desprende propiamente el concepto de "Cuerpo del Delito", sino que sólo hacen alusión, los requisitos que deben reunirse para tenerlo por comprobado.

Según el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el Cuerpo del delito queda demostrado cuando *"se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito"*, no obstante ello existen figuras delictivas que incorporan en su descripción un elemento constitutivo esencial –subjetivo o nominativo- para lo cual será necesaria su acreditación, según se desprende del párrafo tercero del artículo 122 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168 señala que: *"Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera"*; dejando

fuera la acreditación de elementos subjetivos, de los cuales el Código Procesal Penal para el Distrito Federal, sí hace referencia; asimismo hace alusión a la "*descripción típica*", lo que significa la existencia del tipo penal definido como "*la descripción concreta de la conducta prohibida. Quien realiza un tipo penal, es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma, obra siempre en forma contraria a la norma*"⁷⁷; con base en ello, cuando un sujeto realiza una conducta – acto u omisión– que concuerda con la descripción típica establecida en el Ordenamiento Penal, se estará en presencia de una conducta típica, dando vida a la figura que representa el Cuerpo del Delito, en virtud de que si la conducta resulta ser típica, ello indica que se han acreditado los elementos objetivos o externos y en su caso los subjetivos y normativos, requerentes para cada tipo penal.

Siendo de explorado derecho que el Cuerpo del delito es una figura eminentemente de carácter procesal, es por ello que se ha adoptado "el apotegma *nullum crimen sine tipo*"⁷⁸; así se observa que la Comprobación del Cuerpo del Delito "*implica una actividad racional consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo*"⁷⁹; para ello el Ministerio Público en su carácter de Organismo Investigador tendrá la función integradora de la Averiguación Previa y para ello debe recabar la información a fin de allegarle esos medios de prueba al Juez competente a fin de que éste, como

⁷⁷ ROXIN Claus, Teoría del Tipo Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 4

⁷⁸ COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Porrúa, 17ª ed. México, 1998, p. 310.

⁷⁹ *Ibidem* p. 315

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

autoridad judicial determine en el plazo fijado por la ley, para cada caso en específico, si con los elementos de prueba adoptados por la Representación Social Investigadora se tiene por comprobado o no el cuerpo del delito del tipo penal en concreto.

1.5 ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO

Reiterando un poco lo dicho en el punto que antecede, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, establece que para la comprobación del Cuerpo del Delito, se requiere de la acreditación de los elementos objetivos, subjetivos y normativos exigidos por cada tipo penal en particular, correspondiendo ahora, definir lo que se entiende por cada uno de estos elementos.

Los elementos objetivos se refieren a las condiciones externas o jurídicas propuestas por el tipo penal, son aquellos que pueden ser apreciados "*mediante la simple actividad del conocimiento (cognitivamente)*"⁶⁰; fijados en la ley en forma descriptiva.

Estos elementos se refieren propiamente a cosas, personas, hechos etc., que se pueden captar por los sentidos, dentro de los que se encuentran:

- 1.- El sujeto activo
- 2.- El sujeto pasivo
- 3.- El bien jurídico tutelado

⁶⁰ COLIN SÁNCHEZ Op cit. p 311

- 4.- La acción u omisión
- 5.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
- 6.- Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo,

Los elementos subjetivos, se refieren a la finalidad del sujeto, con respecto a la conducta ilícita que va a llevar a cabo, se conforma de estados y procesos anímicos del agente, significa *"la voluntad de realización de la conducta típica, a partir del conocimiento"*⁶¹.

El dolo y la culpa conforman los elementos subjetivos del tipo penal.

El dolo como elemento subjetivo es entendido como la capacidad de *"conocer y querer la concreción de la parte objetiva, no valorativa del particular tipo típico, es el querer regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo"*⁶²

En la culpa, las acciones no están encaminadas a un resultado típico, sin embargo, por descuido, negligencia o impericia el individuo produce el resultado típico. Se habla entonces de un deber de cuidado que debía y podía observar el agente del delito, situación que será valorada por la autoridad correspondiente a efecto de determinar las circunstancias o cuidados que no observó el individuo, y así determinar que normas violó.

A un lado de los elementos objetivos y subjetivos, el tipo penal en ocasiones

⁶¹ Ibidem p 332

⁶² ISLAS Olga. Ramírez Elpidio. Estudios Penales. Universidad Autónoma de Coahuila. Volumen 9, Saltillo Coahuila, p 66.

contiene elementos normativos, los cuales "sólo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico y de su reconocimiento depende la existencia del tipo delictivo de que se trate"⁸³; es decir, son los que están expresados para que el intérprete haga una valoración especial del hecho, pues bien, dichos elementos normativos requieren de un juicio de valoración ya sea de naturaleza jurídica o cultural.

Los elementos normativos de valoración jurídica son en los que se hace una valoración de acuerdo a preceptos o normas jurídicas.

En los elementos normativos de valoración cultural, es necesaria una valoración de carácter ético-social, son elementos que no tienen connotaciones de orden jurídico.

En muchas ocasiones los elementos normativos, coinciden con los elementos objetivos, pudiendo tener las dos modalidades, tal es el caso de "cosa" en el robo, el de cópula en la violación, atendiendo a que en ambos casos la conducta descriptiva invoca la realización de tomar una cosa ajena (robo) y el hecho de realizar cópula con una persona (violación), pero también es necesario analizar lo que se entiende por cosa, como elemento normativo de valoración cultural y lo que se conoce como cópula en una apreciación de naturaleza cultural.

⁸³ MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 2ª ed. México, Porrúa, 1998, p 327

1.6 RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal objeto de estudio en el presente apartado, ha sido entendida como *"la obligación de sufrir una pena a causa de un delito, luego uno es penalmente responsable cuando todas las condiciones materiales y morales previstas por la Ley como esenciales a un delito, se encuentran existentes en el hecho imputado"*⁸⁴; por su parte Fernando Castellanos Tena dice: *"que es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado, son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica, que los imposibilita para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción del mínimum de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley"*⁸⁵.

Encontrando así que lo definido por Castellanos Tena respecto a la responsabilidad penal, alude a la culpabilidad del autor en su modalidad de imputabilidad como presupuesto necesario a la Responsabilidad Penal, ello conlleva directamente a observar que en la legislación mexicana en los artículos 16 y 19

Constitucionales se ordena que *"existan datos que acrediten en cuerpo del Delito y hagan Probable la responsabilidad del indiciado"*; recogiendo el mandato constitucional, la ley secundaria, es decir, el Código Procesal Penal, en su artículo 122 en lo conducente establece que *"La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su*

⁸⁴ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. 2ª ed. Colombia. Ed. Temis Bogotá. 1989, p. 483.

⁸⁵ Op. Cit. p. 218.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obrar doloso o culposos en el delito que se le imputa y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito"; por su parte el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto a la responsabilidad penal determina: "*La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad*"; de lo anterior se observa que la definición de la Ley Federal es más clara al indicar que se requieren para acreditar la responsabilidad penal, la participación y que no existan causas de licitud o excluyente alguna de culpabilidad.

No obstante ello, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al insertar la oración "*...y no exista acreditada en su favor (inculpada) alguna causa de exclusión del delito*", necesariamente remite al Título Primero, Capítulo 1, del Código Penal para el Distrito Federal, destinado a la Responsabilidad Penal, en donde se plasman los lineamientos a seguir a fin de estudiar si un sujeto es o no responsable de un hecho delictivo, encontrando en este sentido lo relativo al dolo y a la culpa, situación que parece contradictoria, pues si bien el artículo 122 del Código Procesal Penal, refiere primeramente que se acredite el cuerpo del delito (elementos objetivos, normativos y subjetivos (dolo y culpa), y después que se acredite la responsabilidad del sujeto, tomando en cuenta el obrar doloso o culposo del sujeto y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito, parece ser que la redacción del artículo 122 del citado ordenamiento, es poco afortunada y desordenada, pues bien, o se determina el obrar doloso o culposo en el cuerpo del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

delito o en la responsabilidad penal, en una consideración personal, el dolo y la culpa, según sea el caso, se estudia a nivel de tipicidad, sin que tengan lugar en la responsabilidad penal.

Por lo que para llegar a la conclusión de que un sujeto es responsable penalmente de un delito, primeramente se debe estudiar el cuerpo del delito y en su caso las causas de atipicidad, después, la antijuridicidad y las causas de licitud, en seguida la culpabilidad, y en caso de no existir causas de inculpabilidad, finalmente se podrá afirmar la responsabilidad del sujeto, es por ello que se considera que los requisitos mencionados en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, son meramente enunciativos de los requisitos que deben cumplirse para determinar la situación jurídica de una persona, sea orden de aprehensión, auto de término constitucional (probable responsabilidad penal) o sentencia (plena responsabilidad penal).

Resulta importante señalar que en la Responsabilidad Penal se observan dos momentos básicos: primeramente se debe distinguir en el caso de una Orden de Aprehensión o Auto de Formal Prisión que existe una probable responsabilidad, es decir, que en este primer momento procesal existirá una probabilidad, que desde luego le toca determinar al Juez de la causa, sin pasar por alto que el Ministerio Público en su función de investigador y persecutor de los delitos durante la Averiguación Previa se allegará de datos suficientes, de pruebas para poder consignar, es así que, si hay Cuerpo del Delito y probable responsabilidad podrá ejercitar acción penal en contra del activo.

Por lo que el Juez "hará un análisis, lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados, en autos, no debe en forma arbitraria tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona y sin el previo análisis valorativo de los elementos de cargo y de las pruebas de descargo, cuando éstas se hayan aportado"⁸⁶; procederá entonces a emitir su fallo ya sea Orden de Aprehesión o Auto de Formal Prisión, bastando en este primer momento sólo indicios para considerar demostrada la probable responsabilidad.

En el segundo momento se presenta la Plena Responsabilidad Penal, en la que ya no bastarán indicios o presunciones, se llegará de la verdad conocida a la que se busca, después de una etapa instructora, en la que las partes y terceros tendrán oportunidad de ratificar o retractarse de lo manifestado en la Averiguación Previa de ofrecer pruebas, dictámenes y cualquier medio de prueba para demostrar lo que a su derecho convenga.

Siendo en este segundo momento en el que el Juez de nueva cuenta valorará a su leal saber y entender todos y cada uno de los elementos de prueba aportados, razonando, motivando y fundamentando su fallo, determinando así que el material probatorio llegó a ser convicción en él para demostrar la plena responsabilidad de un individuo sujeto a proceso, de ahí que su resolución debe basarse en hechos y consideraciones reales y conducentes, resultando insuficientes los indicios, situación que si acontece se deberá dictar libertad al procesado al no haber quedado plenamente demostrada su responsabilidad penal, y si no lo hiciere así el Juez de la

⁸⁶ COLIN SANCHEZ, Op. Cit. p. 38".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

causa estaría vulnerando derechos públicos subjetivos en perjuicio del inculpado.

Válidamente se establece que la probable o plena responsabilidad de un sujeto se determina cuando de los elementos de prueba que existen en la causa se acrediten:

- 1.- Los elementos objetivos, subjetivos (dolo o culpa) y normativos según sea el caso (Tipicidad).
- 2.- Que se vislumbre claramente su participación en el hecho imputado, y
- 3.- Que no exista alguna causa de exclusión del delito a que se refiere el artículo 15 del Código Penal.

Reunidos todos y cada uno de estos requisitos se llega a la convicción de que el sujeto activo resulta ser responsable en la comisión dolosa o culposa de un delito.

De lo anterior, se afirma que la responsabilidad penal (probable o plena) es la situación jurídica resultante, después de haber analizado y acreditado todos y cada uno de los elementos del delito positivos y negativos, para arribar a la conclusión que un sujeto es penalmente responsable y por consecuencia será punible su actuar delictuoso.

CAPÍTULO 2

LA FAMILIA EN EL DERECHO MEXICANO

2.1 CONCEPTO DE FAMILIA

En el derecho de familia, se encuentran reglamentados los conceptos e instituciones que conforman la regulación y protección de la familia, así como los derechos y obligaciones para ésta, coligiéndose a la disposición constitucional, prevista en el artículo 4º, en lo que interesa señala que:

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia..., Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

En efecto, la Constitución Política aborda la protección hacia la familia, delegando la mayor responsabilidad para la mujer, empero en la legislación mexicana, no se establece lo que se debe entender por familia, lo que obliga necesariamente a recurrir a la doctrina.

El concepto de familia puede ser considerado desde un punto de vista biológico, sociológico, psicológico y jurídico.

Biológicamente la familia es un sistema que nace, crece, se reproduce y muere, es una unidad de transmisión genética, la estructura que garantiza la especie humana.

Sociológicamente la familia es un grupo social, constante en cambio, comparte vivienda, responsabilidades económicas, sociales, una historia y un futuro.

Psicológicamente la familia es la matriz del desarrollo emocional y las características de nuestra personalidad, lo bueno, lo malo, lo funcional y lo disfuncional de nosotros.

Sin embargo, el concepto jurídico es el que cobra especial relevancia atendiendo al propósito que lleva la presente investigación, sin dejar de observar que dentro del concepto jurídico, van incluidos aspectos biológicos y psicosociales.

En el derecho romano la familia se definía como el conjunto de personas que están bajo la *potestas* (potestad) de un jefe único, el *paterfamilias* (cabeza de familia).

También se habla de un concepto de familia en sentido amplio y en sentido restringido. En sentido amplio la familia se "*integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar... es la que comprende al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge que reciben la denominación de parientes por afinidad*"⁶⁷.

La familia en sentido restringido solo se integra por los cónyuges y los hijos de éstos, excluyendo al resto de parientes.

⁶⁷ CHAVEZ ASECIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno filiales)*, 5ª ed, México, Porrúa 1999, p 233.

Para Baqueiro Rojas la familia "sólo es considerada a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles"⁸⁸.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas emite su concepto en los siguientes términos: "la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere"⁸⁹.

Algunos autores conciben la idea de que sólo la unión de un hombre y una mujer a través del matrimonio puede constituir una familia, no así, las relaciones que no están reguladas por el derecho mediante el matrimonio, concepción que no es compartida, ya que si bien es cierto, la legislación vigente distingue tal situación, no menos cierto es que no pasa por alto las circunstancias en las que se llega a formar una familia sin tener como fuente la celebración del matrimonio, así regula la situación jurídica de una persona, estipulando derechos y obligaciones de la madre soltera, la concubina y por supuesto la cónyuge, hacia sus descendientes o ascendientes incluyendo los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

⁸⁸ Derecho de Familia y Sucesiones, Harla, 1990 p 9.

⁸⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano D-H, UNAM, 13ª ed. México, Porua, 1999, p 1428.

Para llegar al concepto de familia, es importante mencionar que ésta surge del parentesco que entrafian unas y otras personas, el Código Civil señala que el parentesco puede surgir en razón de consanguinidad, afinidad o civil, mismas que serán estudiadas en el siguiente apartado, sin pasar por alto que los cónyuges y concubinos no son parientes, sino que ellos dan la pauta para la formación de la familia. Tomando en consideración lo relativo al parentesco, se puede emitir un concepto propio de lo que se entiende por familia.

Estrictamente la familia se compone de la pareja y sus descendientes, a lo que se llama núcleo familiar (padres e hijos).

De una manera amplia, la familia comprende el conjunto de personas unidas por lazos de sangre, en caso de ascendientes, descendientes y parientes colaterales, considerando también como familia a los parientes por afinidad (para los cónyuges y ahora con las reformas también para los concubinos) y civil (adopción).

La familia es considerada como una institución ya que con base en la existencia de ésta, se han creado disposiciones que regulan su estabilidad y crecimiento, pues como núcleo fundamental de la sociedad exige dicha regulación para crear y formar personas aptas y productivas dentro de la sociedad, teniendo como propósito el que cada uno de sus miembros alcance la individuación, alcanzar la madurez y autonomía propia, que permitan el desarrollo social, cultural, educativo de la sociedad mexicana, por estas razones se introdujo en el Código Civil un

Capítulo que se designó como "De la Familia", en el cual se sientan las bases para el desarrollo y convivencia armónica del entorno familiar.

2.2 EL PARENTESCO

El parentesco es "un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción".⁹⁰

Más clara definición aporta Moto Salazar al decir que: "El parentesco es el conjunto de vínculos que se establecen entre personas que descienden unas de otras, como los hijos del padre, los nietos del abuelo, o bien, de un progenitor común, como los hermanos, los tíos y sobrinos".⁹¹

De ahí que el parentesco es la relación existente entre un grupo de personas vinculadas por razón de sangre, que descienden unas de otras o de un mismo tronco común, entrando en el parentesco las personas vinculadas por razón de afinidad o civil, el artículo 292 del Código Civil refiere que la ley reconoce como parentesco:

1.- Parentesco por consanguinidad: (Reformado).

"El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los

⁹⁰ ROJINA VILLEGAS. Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, 26ª ed. Mexico. Porrúa, 1995, p 260.

⁹¹ *Elementos de Derecho*, 32ª ed. Mexico. Porrúa, 1986, p 160.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo". (artículo 293 del Código Civil).

Es la relación que une a las personas de la misma sangre que descienden unas de otras (parentesco consanguíneo en línea recta) o que sin descender unas de otras tienen un ascendiente común (parentesco consanguíneo en línea colateral), dándole el carácter de hijo consanguíneo al adoptado con las mismas obligaciones y limitaciones que el hijo consanguíneo.

2.- Parentesco por afinidad: (Reformado).

"El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos" (artículo 294 del Código Civil).

Es *"la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro"*⁹². Anteriormente el parentesco por afinidad sólo lo adquirían el cónyuge con los familiares de su esposa y viceversa.

Con las reformas al Código Civil, que entraron en vigor el 1° de junio del 2000, los concubinos, al igual que los cónyuges también adoptan el parentesco por afinidad, sin que sea impedimento el hecho de que su unión no está formalmente establecida (matrimonio), según se aprecia del artículo 294 del Código Civil.

Esta clase de parentesco no se extiende entre los familiares de una y otra familia, es sólo exclusiva de adquirir para los cónyuges o concubinos.

⁹² MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, 5ª ed. México, Porrúa. 1992 p 47.

En este sentido, el parentesco por afinidad desaparece cuando entre los consortes o concubinos, surge el divorcio, la nulidad del matrimonio para los primeros y la separación de los segundos.

3.- Parentesco Civil. (Reformado).

"El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D" (artículo 295 del Código Civil).

El parentesco civil se origina cuando se presenta la adopción, por lo que la relación de parentesco opera entre el adoptado y el adoptante y el resto de la familia del adoptante, así como con los descendientes de éste, pues en base a las reformas del 1° de junio del 2000, ya no sólo se maneja la relación parental entre el adoptante y el adoptado, ahora se extiende a la familia del adoptante, equiparándose el adoptado como hijo consanguíneo.

Toda vez que el parentesco civil surge por la adopción, en ésta se abundará en subsecuentes apartados.

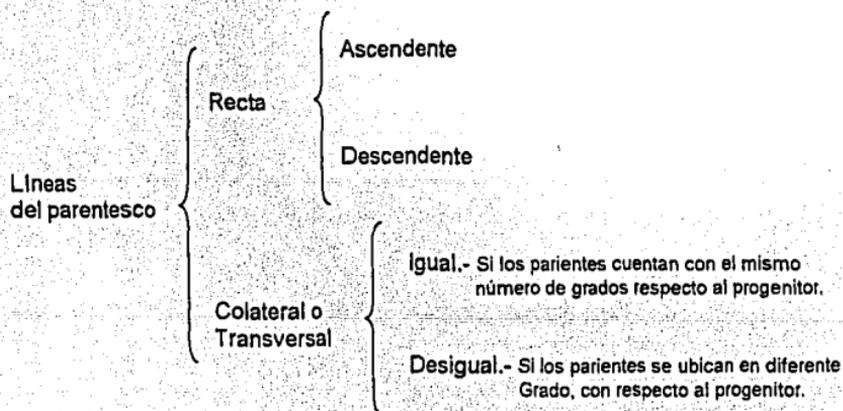
Del Código Civil específicamente en los artículos 296 al 298, se pone de manifiesto los grados y líneas del parentesco, es decir, el grado se identifica con cada generación que separa a un pariente de otro y cada generación o grado forma la línea del parentesco.

Las líneas del parentesco se dividen en línea recta y colateral o transversal, la primera a su vez se subdivide en línea recta ascendente y descendente; y la segunda puede ser igual o desigual.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La línea recta "se forma por la serie de grados entre personas que descienden unas de otras"⁸³, la línea recta puede ser de origen materno y paterno.

La línea transversal o colateral es la serie de grados que une a los parientes que descienden de un tronco común "se representa por dos líneas que convergen en la parte superior formando un ángulo cuyo vértice lo ocupa el progenitor común"⁸⁴.



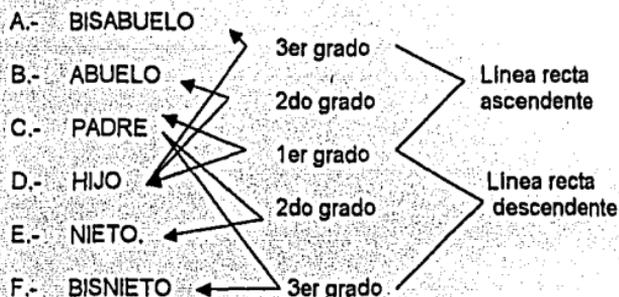
Para determinar el parentesco de una persona que tiene hacia otra, el Código Civil en el artículo 299 señala que:

"En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor".

⁸³ Ibidem p -48

⁸⁴ MOTO SALAZAR Op cit p 161.

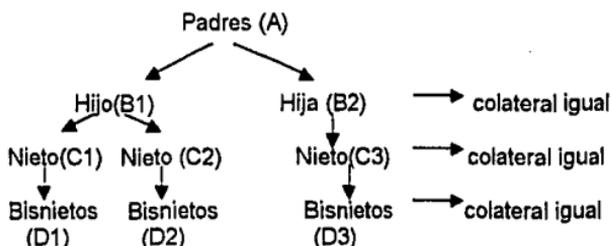
Por lo tanto el cómputo para el parentesco en línea recta ascendente o descendente se realiza contando el número de generaciones, excluyendo al ascendente, un ejemplo es el siguiente.



El parentesco en línea colateral o transversal es más complejo de determinar, en este caso el Código Civil en su artículo 300 establece.

"En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común".

Resultando entonces parientes colaterales, los primos, tíos y sobrinos, los hermanos, etc., un ejemplo gráfico de ello es el siguiente cuadro:



B1 es pariente colateral igual en 2° grado de B2 = hermanos
 C1 es pariente colateral desigual en 3° grado de B2 = C1 es sobrino de B2
 C3 es pariente colateral igual en 4° grado de C1 = C3 y C1 son primos
 D1 es pariente colateral desigual en 4° grado de B2 = D1 es sobrino nieto de B2

2.3 LA ADOPCIÓN

La creación de la figura denominada adopción se debió a múltiples factores, nació con el fin primordial de que a la persona que no tuviera descendientes, al momento de morir, tuviera alguien que le rindiera culto y así el alma no fuera olvidada, otra causa se debió a la manera de crear una familia para quienes por razones biológicas, no podían procrear hijos, otra causa lo es el de ofrecer bienestar y seguridad a una persona que no cuenta con sus descendientes que se lo puedan ofrecer.

Entonces surge la adopción, que es considerada como "la relación jurídica de filiación, creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo"⁹⁵.

Desde otro punto de vista es considerada como "un acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas"⁹⁶

Concordando, con la definición anterior, sin duda la adopción es un acto jurídico en donde se manifiesta la voluntad del solicitante, del menor en su caso, el

⁹⁵ MONTERO DUHALT Op cit, p 320.

⁹⁶ PINA VARA op cit: p 61.

Ministerio Público o de la persona que ejerza la patria potestad del que se pretende adoptar, siendo un acto jurídico de carácter plurilateral, que tiene como finalidad establecer una relación equiparable al del parentesco consanguíneo entre el adoptante y el adoptado.

La adopción sufrió trascendentes modificaciones, siendo hasta el 30 de mayo del 2000 cuando tuvo vigencia la adopción en su modalidad de adopción simple y adopción plena, ya que con las reformas al Código Civil que entraron en vigor el 1° de junio del 2000, quedaron derogadas, ahora sólo se mencionan los requisitos para la adopción y los efectos de la misma, razón por la cual se estudiará la adopción como se regula actualmente.

Cualquier persona puede adoptar a uno o más menores de edad o incapacitados, siempre que cuente con:

Más de 25 años o que el adoptante tenga 17 años más que el adoptado, el adoptante puede ser hombre o mujer, al respecto la ley no hace distinción alguna.

Además de la edad, el adoptante tiene que acreditar ante el Juez de lo Familiar que tiene una solvencia económica bastante para satisfacer las necesidades del adoptado, como educación, alimentación, etc., la adopción tiene que ser benéfica para el adoptado.

El Código Civil expresa que el adoptante sea persona apta y adecuada para adoptar, pero no señala cuando una persona se debe considerar apta y adecuada,

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

pues bien, atendiendo a los fines de la adopción se podrá tener a una persona con tales exigencias cuando cuente con valores y principios morales, que tenga una vida pública sana, que no sea conflictiva, capaz de brindarle al adoptado un estilo de vida llena de respeto hacia si mismo y hacia los demás.

Son capaces de adoptar los cónyuges y ahora con las reformas, el derecho de adoptar se hace extensivo a los concubinos, con lo que se marca una excepción a la regla en la adopción contenida en el artículo 392 del Código Civil que dice "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior", es decir, sólo es posible por más de una persona cuando los adoptantes sean los cónyuges o concubinos, interpretando el sentido del artículo 392 se advierte que tal prohibición, se refiere a la circunstancia de que cuando un menor o incapaz haya sido adoptado por alguien, ya no puede tramitarse la adopción para un tercero ajeno que solicite la adopción respecto al mismo menor o incapaz que ya ha sido dado en adopción, y de hacerlo se olvidaría el fin primordial de la adopción, como es el hecho de pertenecer a un solo núcleo familiar, aunado a que uno de los efectos de la adopción es que el adoptado adquiere el rango de hijo consanguíneo, es obvio que dicho hijo no se puede compartir, sino que sólo debe estar sujeto a la familia que ha adquirido.

En el trámite de la adopción forman parte, según el artículo 397 del Código Civil, para otorgar el consentimiento:

1.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, en este sentido el Código Civil deja fuera al incapaz, sólo hace el señalamiento para el menor.

2.- Si el que se va a adoptar tiene tutor, éste deberá consentir en la adopción, en caso de que el adoptante sea el propio tutor, le deberán ser aprobadas las cuentas de tutela (artículo 393 del C.C.)

3.- El Ministerio Público del domicilio del adoptado, a falta de padres o tutor.

4.- Incluso el menor que tenga una edad de 12 años o más (sin que rebase los 18 años), también podrá ser oído y éste consentirá sobre su adopción. Con esta disposición se deja abierta la posibilidad de que los menores sean escuchados en juicio, según su edad y grado de madurez, para poder decidir si quiere ser adoptado o no, por la persona o personas que están solicitando su adopción, lo que personalmente se considera justo, ya que a la edad que se maneja, los menores, ya son susceptibles de percatarse cuando alguien les ofrece bienestar y quienes no, y siendo ellos la parte fundamental de la adopción tienen todo el derecho para opinar sobre las personas con las cuales se pretende formar su núcleo familiar.

5.- Igual privilegio goza la persona que ha tenido a su cargo durante seis meses (mínimo), anteriores a la solicitud de adopción a un menor dejando fuera al incapacitado, para poder oponerse a ésta creyendo tener más derecho que un tercero solicitante, para ello deberá exponer los argumentos en que funde su posición.

Antes de la reforma se distinguían la adopción simple y la adopción plena, en la primera era procedente revocar la adopción bajo ciertos requisitos como el

consentimiento del adoptado cuando fuere mayor de edad, o por la ingratitud del adoptado, el adoptante podía promover la revocación, en tanto que en la adopción plena no se presentaba la revocación.

Actualmente sólo se habla de efectos de la adopción, derogando las modalidades de adopción simple y adopción plena, dentro de estos efectos destaca sobre otros el carácter irrevocable que se le ha otorgado a la adopción, la equiparación del adoptado con la calidad de un hijo consanguíneo adquiriendo derechos, deberes y obligaciones iguales que al de los hijos consanguíneos

Se extingue en definitiva la filiación del adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos (artículo 410-A del C.C.), salvo el impedimento de matrimonio.

Con las reformas hechas a la figura de la adopción, el legislador pretende conservar de manera íntegra a la familia, tan es así que equipara al adoptado como hijo consanguíneo y extingue cualquier relación con su familia de origen con excepción al impedimento de matrimonio, tratando de formar un parentesco civil de por vida, haciendo de alguna manera responsable al adoptante del comportamiento de su adoptado dentro de la sociedad, y si en el caso se llegare a dar una situación desfavorable, es decir, que el adoptado no se forme con buenas bases, no habrá lugar a la renuncia del mismo pues, como ya se dijo, el adoptante adquirió su responsabilidad como si se tratase de un hijo consanguíneo, por lo que las buenas o

malas acciones del adoptado tendrán que ser congratuladas o castigadas por su adoptante, quien ha obtenido el carácter de un padre, o una madre en su caso.

2.4 GUARDA Y CUSTODIA

De la patria potestad, objeto de estudio en el siguiente punto, se desprende lo que se conoce como guarda y custodia.

La custodia proviene del latín "custos, custodis, voz derivada de curtos, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa"⁹⁷; guarda se refiere a "la tenencia, la vigilancia, el derecho de corrección del hijo y derivada del deber de educarlo..., surge como un derecho deber-natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación"⁹⁸.

La ley no define con precisión lo que es la guarda y custodia, lo que obliga a consultar la doctrina en este aspecto. La guarda es tener bajo el mismo domicilio, bajo la inmediata vigilancia del padre o los padres, a un menor con el propósito de vigilar su adecuado desarrollo dentro de la sociedad, en este aspecto también opera la guarda y custodia para el adoptante sobre el adoptado, toda vez que con las

⁹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, COST-DEFE, Editorial Driskill S.A. 1989, Buenos Aires Argentina, p 380.

⁹⁸ LAGOMARSINO, Carlos A.R., Saleme, Marcelo U. Enciclopedia de Derecho de Familia Tomo II, Mart- Yemo, Universidad, Buenos Aires, 1992, p 452 y 453

reformas al Código Civil, el adoptado ingresa a la familia como si fuera hijo consanguíneo.

Custodia es cuidar, proteger, velar por el menor en su persona como en sus bienes. Ambos conceptos pueden confundirse por la similitud con que se han establecido, sin embargo, operan diferencias entre éstos, la guarda se refiere al hecho de que, el que ejerza la guarda y el menor entren en una relación directa de convivencia que se da en el mismo lugar, tiene que haber necesariamente una cercanía entre ambos para que el ascendiente tenga bajo su protección al menor y la custodia es el efecto del deber que tiene el padre sobre el menor y se ejerce a través del cuidado y vigilancia hacia el menor y sus bienes, en tal sentido se encuentra la siguiente tesis jurisprudencial:

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Cuando existe la unión familiar ambos padres ejercerán la guarda y custodia del menor, cuando los padres se separan ambos seguirán ejerciendo la patria potestad de sus hijos menores de edad, no así la guardia y custodia pues ésta solo quedará a cargo del cónyuge con quien los menores sigan viviendo. El Código Civil en este supuesto prevé que para el caso de que los padres no se pongan de acuerdo sobre quien debería ejercer la guarda y custodia, un Juez de lo Familiar deberá

dirimir la controversia y otorgarla a quien a su parecer resulte más apto para llevar a cabo con éxito dicha facultad.

En diversas disposiciones la ley civil establece regulaciones respecto a la guarda y custodia y uno de ellos es el hecho de que cuando se realice el reconocimiento de hijos simultáneamente por el padre y la madre que no vivan juntos, éstos convendrán quien ejercerá la guarda y custodia del menor, cuando el reconocimiento sea sucesivo, el primero que hubiere reconocido al menor ejercerá la guarda y custodia del menor.

Ahora bien, la guarda y custodia puede ser general y especial, la general es la facultad natural o legal de una atención ilimitada (se refiere a los padres) de cuidar proteger educar, formar y corregir al menor, la especial es cuando los padres en conflicto se pelean por la guarda y custodia del niño y el Juez lo restringe o la establece siempre en beneficio del menor, aludiendo al principio de Interés Superior del menor.

En síntesis la guarda y custodia es un efecto de la patria potestad, que se desempeña por los ascendientes de un menor de edad sobre éstos, incluyendo al adoptado, una observación importante lo es el hecho de que el Código Civil al abordar en diversos artículos la estipulación de la guarda y custodia, sólo lo hace refiriéndose a los menores, basándose únicamente en los niños (la Convención sobre los Derechos del Niño dice que los menores de 18 años son niños), no así a los mayores incapacitados, que desde luego también son susceptibles de quedar

dentro de los efectos que ofrece la figura de guarda y custodia, por razones por demás explicables.

2.5 PATRIA POTESTAD

Patria significa exclusividad para el padre y potestad, poder, luego entonces, gramaticalmente significa poder del padre.

En el Derecho Romano la patria potestad es el poder que tiene el paterfamilias sobre sus descendientes agnados, este poder lo ejercía hasta la muerte.

En el Derecho Mexicano actual se ha denominado como el "conjunto de las facultades —que suponen también deberes— conferidas a quienes los ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes"⁹⁹.

También se entiende patria potestad como "un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y goce de los bienes de los hijos"¹⁰⁰.

Cierto es, que como su definición gramatical, lo expone la patria potestad se

⁹⁹ PINA VARA op cit p 400.

¹⁰⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *Estudios sobre el Código Civil*, por Manuel Mateos Alcalá, Tomo I, ed Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1992, p 272.

refiere estrictamente al poder del padre sobre sus hijos, en la actualidad este término riguroso ha dejado de operar como tal. La patria potestad ha adoptado diverso significado la cual es entendida como una figura jurídica consistente en el conjunto de obligaciones y derechos que tienen los ascendientes sobre sus descendientes, derivada no sólo de la filiación (relación entre dos personas de las cuales un es padre o madre de la otra), sino también de la adopción, en la que el adoptante o los adoptantes, adquieren la patria potestad del adoptado, extinguiéndose la que originalmente tenían los ascendientes consanguíneos.

Las personas que están sujetas a patria potestad son únicamente los hijos menores de edad no emancipados. Por personas menores de edad se entiende a los hijos que no han cumplido 18 años de edad (artículo 646 del C. C.) y por emancipación se indica que el hijo menor de edad al contraer matrimonio, deja de estar sujeto a la patria potestad, es decir, se hace independiente, es libre de tomar decisiones propias, con excepción a lo previsto en el artículo 643 del Código Civil, que indica que aunque un menor esté emancipado, para enajenar, gravar o celebrar hipoteca, deberá tener autorización judicial y además tendrá un tutor para negocios judiciales.

La patria potestad, sólo es ejercida por los padres o el adoptante sobre los hijos o el adoptado y sus bienes, cuando falta uno de los padres se ejercerá por el otro y a falta de ambos por los ascendientes en segundo grado según criterio del Juez, en este caso, el Código Civil dejó de hacer preferencia respecto a los ascendientes por vía paterna, sobre los de vía materna, dejando la elección a criterio del Juzgador.

Cuando existe separación de los que ejercen la patria potestad, ambos ascendientes la continúan ejerciendo, pero en este caso, la guarda y custodia debe quedar establecida para uno de ellos, sin que el otro se desatienda de sus obligaciones, colaborando en lo que sea necesario para el bienestar del menor y conservando además el derecho de convivencia con sus descendientes (artículo 417 del C.C.), cuando de la separación sobrevengan nuevas nupcias para cualquiera de los que ejercen la patria potestad, éstos no la perderán por ese hecho, ni tampoco los nuevos consortes adquirirán la patria potestad del menor hijo de su consorte, salvo que sea adoptado por éste. (artículo 445 del Código Civil).

Los bienes de los hijos o adoptado que están sujetos a patria potestad se dividen en dos clases (artículo 428 del Código Civil).

- 1.- Bienes que adquiere por su trabajo.
- 2.- Bienes que adquiere por cualquier otro título.

En los primeros sólo pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo, no hay restricción para que el hijo disponga plenamente de sus adquisiciones.

En los segundos la persona que ejerza la patria potestad tendrá la administración de los bienes y la mitad del usufructo, quien no podrá enajenar o gravar esos bienes a menos que tenga una causa extrema que así lo requiera. En tanto que el menor tiene la propiedad y la otra parte del usufructo, esta regla tiene como fin primordial la correcta conservación de los bienes.

Según el artículo 438 del Código Civil, el derecho de usufructo para los que ejercen la patria potestad se extingue cuando se efectúa la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad, por la pérdida de la patria potestad o por renuncia.

La ley establece adecuadamente preceptos a favor del menor y sus bienes, respecto a la mala administración de sus bienes, los cuales corran el riesgo de disminuir, para ello ha puesto al alcance del menor medios con los cuales pueda realizar el reclamo correspondiente ante el Juez de lo familiar, con apoyo del Ministerio público, siempre y cuando haya cumplido 14 años de edad.

Cuatro formas de acabar la patria potestad son:

- 1.- La muerte de la persona que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- Con la emancipación.
- 3.- Por la mayoría de edad (18 años).
- 4.- Con las recientes reformas la patria potestad cesa para los ascendientes consanguíneos, pasando automáticamente hacia el adoptante o adoptado.

En el primer supuesto, es inconcuso que la patria potestad termina a falta de quien la ejerza, pero solo por lo que hace a la persona fallecida, en obvia circunstancia persiste cuando aun existe un ascendiente capaz de ejercerla, y se dice capaz, en atención a que el artículo 448 prevé dos situaciones en que la persona a la que pudiera recaer la patria potestad, puede excusarse de ejercerla y lo

son las personas mayores de sesenta años y cuando presenten un desmejorado estado de salud que le sea imposible llevar a cabo con éxito su encomienda.

La patria potestad se pierde por una resolución judicial que así lo determine, según la fracción I del artículo 444, en la que se considera que la fracción II es repetitiva de la fracción I, pues reza "cuando el que ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho", y de hecho la resolución judicial aludida lleva inmerso el hecho de la condenación de la pérdida de la patria potestad.

La fracción III del numeral invocado, que fue recientemente reformado habla del "caso en que exista violencia familiar en contra del menor, siempre y cuando ésta constituya una causa suficiente para su pérdida"; buena intención la del legislador al establecer esta causa de pérdida de patria potestad, en la reforma del 1° de junio del 2000, no obstante, la sola intención no es suficiente, pues la redacción de la fracción III, refiere que "constituya causa suficiente", pero hasta que limite o parámetro, se debe considerar suficiente ¿cuándo el maltrato sea constante, repetitivo, excesivo, se referirá a la temporalidad o al grado de violencia ejercida?, se considera que la violencia ejercida a un menor desde el primer momento es nociva a la educación y formación del mismo.

También son causa de pérdida de patria potestad el incumplimiento constante de la obligación alimentaria, situación que en la generalidad es imputada al padre del menor.

El abandono de los menores, el cometer delito doloso en contra del menor, con el requisito indispensable de haber sido condenado por sentencia ejecutoriada y cuando el que ejerza la patria potestad sea condenado dos o más veces por delito grave, condescendiente fue el legislador al poner como parámetro desde dos veces la comisión de un delito grave, entonces si el que ejerce la patria potestad ha sido condenado solo una vez, no será procedente la pérdida patria potestad.

Sin duda alguna la figura jurídica representada por la patria potestad, reglamentada en la legislación mexicana, tiene por objeto primordial la salvaguarda de la persona y los bienes del menor no emancipado, con un alto contenido moral, teniendo como propósito el sano desarrollo e integración familiar, sólo queda por manifestar que dentro de la patria potestad, sólo se manejan como pasivos de ésta a los menores de edad no emancipados, y cuando el sujeto alcanza la mayoría de edad, la patria potestad se acaba, pero que sucede con los incapacitados, si bien cuando se encuentran dentro de la minoría de edad, son sujetos de patria potestad, empero cuando alcanzan la mayoría de edad, ¿dejan de estar bajo la patria potestad de sus ascendientes?, considerando el objeto a que se ha hecho referencia y aun más a la incapacidad de manejarse de manera adecuada, dada su condición desafortunada, se opina que éstos de ninguna manera dejan de estar bajo la patria potestad de sus ascendientes o adoptante, pues las mismas circunstancias en las que se encuentra el incapacitado, por razones humanitarias dejan subsistente el ejercicio de esta función a los padres o adoptante.

2.6 TUTELA

La tutela es "una institución creada para proteger a quien por razón de su edad, no puede hacerlo por sí mismo"¹⁰¹ también se ha definido como una "Institución parafamiliar que tiene por objeto el cuidado de la persona de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, la administración de sus bienes y su representación en sus negocios jurídicos y actuaciones judiciales".¹⁰²

El artículo 449 del Código Civil, pone de manifiesto el objeto de la tutela, consistente en la guarda de la persona y bienes de ésta, los cuales no están sujetos a patria potestad o tienen incapacidad natural y legal.

La incapacidad natural y legal la tienen los menores de edad, quienes no están en aptitud de celebrar actos jurídicos libremente, pues su condición de edad se los impide, también tienen incapacidad natural y legal los mayores disminuidos en su inteligencia, en este sentido la fracción II del artículo 450 describe, a que personas aunque sean mayores de edad se les considera incapaces.

Una cuestión importantísima es que la tutela sólo surge por la falta de un ascendiente que ejerza la patria potestad sobre los incapacitados natural y legalmente, siendo un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino

¹⁰¹ CASTILLO PATT, María Guadalupe, Apuntes de Derecho Romano I, p. 101.

¹⁰² BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Derecho Civil, (Diccionarios jurídicos temáticos. Volumen 1), ed Harla, México 1997, p. 109.

por causa legítima (artículo 452).

A la persona que ejerce la tutela se le denomina tutor y éste por exclusión podrá desempeñar el cargo de tutor siempre y cuando no recaiga en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 503 del Código Civil.

Existen tres clases de tutela, previstas en el artículo 461 del Código civil, la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela dativa.

La tutela testamentaria está comprendida del artículo 470 a 481 del C.C., y es la "que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley"¹⁰³; es el derecho del ascendiente superstite, es decir, la tutela se desempeña por el padre y la madre, o por sólo uno de ellos en determinados casos, cuando fallece uno de ellos, el otro continúa siendo tutor y puede nombrar a un tutor mediante el testamento, para dejar así protegidos a los hijos menores e incapacitados.

La tutela legítima opera cuando no exista persona alguna que ejerza la patria potestad sobre el menor y no haya nombramiento de tutor testamentario (artículo 482), también se da en el caso de divorcio cuando se deba nombrar un tutor, esta modalidad de la tutela sólo puede ser desempeñada por los hermanos de padre y madre y a falta de éstos los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, diferente planteamiento se establece para los mayores incapacitados, estableciéndose la tutela legítima a cargo de la esposa para con su esposo y

¹⁰³ MONTERO DUHALT Op cit. p 367

viceversa, además de que cuando los padres estén notoriamente inhabilitados para valerse por sí mismos, los hijos ejercerán tutela legítima sobre ellos, en igualdad de circunstancias se encuentran los hijos solteros que mientras mantengan ese estado civil, estarán bajo la tutela de sus padres (para mayores incapacitados artículo 489 del Código Civil).

Sin pasar desapercibidos para la ley mexicana, también se establecen los derechos de los menores expósitos y abandonados, quienes estarán bajo la tutela de quienes los acojan, teniendo las mismas obligaciones que rigen para los tutores, siendo que en cualquier circunstancia se dará aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a fin de resolver la situación del menor .

Por último la tutela dativa es la que nace cuando no hay tutor testamentario ni quien ejerza la tutela legítima, o cuando el tutor testamentario sea suspendido para ejercer el encargo y no exista quien ejerza tutela legítima, en la tutela dativa cabe la posibilidad de que el menor que tenga dieciséis años cumplidos elija a su tutor dativo, mismo que será confirmado por el Juez de la Familiar si no tuviere inconveniente para ello.

También para el caso de que los menores emancipados, que tengan que ver con asuntos judiciales, se les designara un tutor dativo.

Dentro de las obligaciones que tiene el tutor están las comprendidas en el artículo 537 del Código Civil, entre las que destacan la de alimentar y educar al incapacitado, destinar los recursos del mismo a la curación de sus enfermedades,

realizar el inventario dentro del término que designe el Juez, a administrar los bienes del incapaz, con excepción de los bienes adquiridos directamente por el pupilo que no está incapacitado, mismo que tendrá la administración de los bienes, también tiene la obligación de representar al pupilo en juicio y todos los actos civiles a excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento, etc.

La tutela se extingue por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y cuando surja la patria potestad en razón de adopción o reconocimiento; asimismo serán separados de la tutela según la fracción VII del artículo 504 del Código Civil, los tutores que ejerzan violencia familiar en contra de la persona sujeta a tutela.

2.7 CONCUBINATO

Por concubinato se entiende la "unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad"¹⁰⁴.

Chávez Asencio opina del concubinato y refiere que "es un hecho voluntario del hombre, ilícito desde el punto de vista que la forma legal y moral de constituir una familia es el matrimonio, pero que genera una serie de derechos, obligaciones y deberes familiares entre los concubenarios y en la relación a los hijos"¹⁰⁵.

¹⁰⁴ PINA VARA, Op cit. p 178.

¹⁰⁵ Op cit p 360.

Más acertada es, a criterio propio, la definición proporcionada por Oscar Borgonovo, citado por Silvia S. García de Ghigliano, quien define al concubinato como "la relación estable, enclavada entre un hombre y una mujer, que cohabitan públicamente, haciendo vida marital, sin estar unidos en matrimonio"¹⁰⁶.

Sin duda alguna la anterior definición es muy clara respecto a lo que se debe de entender por concubinato, puesto que la definición del jurista Chávez Asencio, alude a una ilicitud, desde el punto de vista que la forma legal puede observar de constituir una familia, afirmación que no se comparte, de hecho la legislación mexicana, no prevé la unión de la pareja fuera de matrimonio como ilícito, es decir, como delito, tampoco como una unión prohibida, por el contrario, tal relevancia han cobrado en la sociedad mexicana las uniones de pareja, sin estar formalmente unidos por el matrimonio, que recientemente en fecha 1° de junio del 2000, entraron en vigor las reformas al Código Civil, en donde se agrega el Capítulo XI al Título Quinto del Libro Primero del citado Código, la figura del concubinato, de tal suerte que se prevén los mismos derechos y obligaciones para la concubina y concubinario, realizando el legislador con esta interesante reforma una equiparación al matrimonio, puesto que estableció obligaciones y derechos a cargo de los concubinos, con respecto a pensión alimenticia, derechos sucesorios y todos los inherentes a las obligaciones derivadas de una familia, según se aprecia del artículo 291 Ter del Código Civil.

¹⁰⁶ LAGO MARSINO, Carlos A.R., Salerno, Marcelo U. Enciclopedia de Derecho de Familia Tomo III, Mart- Yemo. Universidad. Buenos Aires, 1994, p 831.

Los derechos y obligaciones que se establecieron para los concubinos, sólo tendrán efectiva operancia, es decir, podrán ser reclamados legalmente, siempre y cuando se satisfagan los requisitos que el propio Código Civil marca para que una unión se considere concubinato, los cuales son:

- a).- Que tengan una vida en común, constante y permanente.
- b).- Hace alusión a una referencia de tiempo (2 años), anterior a la reforma el Código Civil en el artículo 1635 imponía como tiempo mínimo 5 años.
- c).- Que tengan un hijo, aunque no cubran el requisito de temporalidad de dos años.
- d).- Que no tengan impedimento para contraer matrimonio.
- e).- Que sólo sea una concubina.

Se exige que no sólo sea una relación transitoria o esporádica, requiere de una convivencia permanente "exige cohabitación, quedan excluidas las meras relaciones sexuales, aun cuando fuesen estables"¹⁰⁷; requiere de una comunidad de lecho, un régimen de vida compartido.

Es importante que la relación no se oculte, es decir, que ante los demás se consideren mutuamente como una pareja que ha formado o quiere formar una familia.

Que se reconozca sólo a una concubina o concubinario, si existen otros, entonces el concubinato no existe, lo que se puede manejar como fidelidad, pero sin rayar en el hecho de que alguno de los cónyuges, o ambos sostenga en algún

¹⁰⁷ Ibidem p 832.

momento relaciones fugaces de pareja, pues entonces muy pocas veces o casi nunca existiría concubinato.

Es así como la legislación mexicana ha realizado un cambio favorable hacia las mujeres que se unen a un hombre, sin formalizar esa unión por medio del matrimonio, pues ha dejado atrás la incertidumbre y zozobra de éstas, al momento de ser abandonadas por su pareja, sin responsabilidad alguna para éste.

CAPÍTULO 3

CRÍTICA A LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

3.1 EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Para comenzar el desarrollo del tema *Crítica a la descripción típica del delito de Violencia Familiar* es importante transcribir textualmente el Capítulo Octavo del Título Decimonoveno denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", en el que se encuentra el delito de Violencia Familiar a fin de llevar una secuencia lógica del análisis del presente capítulo.

CAPÍTULO OCTAVO

Violencia familiar

"ARTÍCULO 343-Bis. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral o que incurra en la omisión grave.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato.

A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, caución de no ofender y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte. En caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.

ARTÍCULO 343- Ter. Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con prisión de seis meses a cuatro años, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

ARTÍCULO 343- Quáter. En todos los casos previstos en los dos artículos precedentes, el Ministerio Público apercibirá al probable responsable para que se abstenga de cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima y acordará las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la misma. La autoridad administrativa vigilará el cumplimiento de estas medidas. En todos los casos el Ministerio Público deberá solicitar las medidas precautorias que considere pertinentes de manera inmediata, que en ningún caso excederá de veinticuatro horas, y el Juez resolverá sin dilación.

Al servidor público que incumpla con lo establecido en el párrafo anterior se le aplicará la sanción de treinta o cuarenta días multa".

Realizada la transcripción, se procede a realizar el análisis correspondiente y para ello se hace necesario mencionar primeramente que el párrafo último del artículo 343-Bis del Código Penal, interpretado a contrario sensu dispone que el delito de violencia familiar podrá ser perseguido de oficio, por medio de la denuncia cuando se trate de menores o incapaces. Ahora bien, no existe duda alguna sobre los menores, ya que la legislación civil prevé en el numeral 646 que *"la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos"*, entonces los menores serán quienes aún no cumplan los 18 años establecidos en la ley.

De los incapaces a que se refiere el tipo penal, es necesario remitirse a la ley civil, y de ella, expresamente el artículo 450 establece: "*Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad, y II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla*"; desprendiéndose claramente que señala dos posibles causas de incapacidad natural y legal, como son los menores de edad y los mayores de edad, aunque éstos para ser considerados como incapacitados deberán presentar algunas de las formas que el Código Civil refiere. En términos médicos la incapacidad se define como la "*pérdida temporal o trastorno permanente de una aptitud determinada. La diferencia entre los términos incapacidad y minusvalía es muy pequeña, por lo que ambas se suelen usar indistintamente. Sin embargo a veces se define la incapacidad como un trastorno físico y la minusvalía como el efecto que un trastorno determinado ejerce sobre el funcionamiento normal de una persona, por tanto, dos personas afectadas de la misma incapacidad (p. ej: ceguera) pueden padecer distintos grados de minusvalía, ya que uno de ellos es capaz de adaptarse a la vida diaria mejor que el otro*"¹⁰⁸. Por otra parte la ley de los discapacitados refiere que "se entiende por persona con discapacidad, todo ser humano que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que le impide realizar una actividad normal".

¹⁰⁸ SMITH, Tony *Enciclopedia de la Salud Familiar, Volumen III*. México. Interamericana Mc Graw-Hill, 1992, pp 668 y 669.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Precisada la excepción respecto al requisito de procedibilidad requerido por el tipo penal del delito de violencia familiar, quedando en ésta los menores de edad e incapacitados, del párrafo último del artículo 343-Bis del Código Penal, se desprende que el delito en estudio se perseguirá por querrela presentada por la parte ofendida, dentro de este contexto la querrela es entendida como *"el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho"*¹⁰⁹; de este rubro tal disposición consagra en favor del agente del delito una garantía de legalidad y seguridad jurídica, en virtud de que el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional dispone: *"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado"*, administrado con el artículo 21 de la misma Ley Suprema que en lo conducente indica: *"...La investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato"*.

De la disposición constitucional surge la reglamentación en la Ley Secundaria cuando el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales señala que la querrela deber ser hecha por parte de la persona ofendida, quien es el titular del bien jurídico tutelado por la norma penal que ha sido lesionado.

¹⁰⁹ COLIN SÁNCHEZ. Op cit p 321

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por tanto, en cumplimiento a los dispositivos señalados, para el caso en que se efectuó el delito de violencia familiar en personas que no sean menores de edad o incapaces, se requerirá necesariamente la presentación de la querrela realizada por la parte directamente ofendida, para dar inicio a la investigación de los hechos, sin que exista la posibilidad de que cualquier otra persona ponga en conocimiento de la autoridad investigadora los hechos constitutivos del delito de violencia familiar, pues en este caso la noticia no procederá, atendiendo a que quien ha puesto en conocimiento a la autoridad de los acontecimientos, no lo fue la víctima del delito.

Diferencia la anterior, que existe entre la denuncia y la querrela, en la primera cualquier persona puede dar noticia de posibles hechos criminosos y así poner en marcha la actividad del Órgano Investigador, en la querrela sólo es posible con la expresión directa de la víctima.

No obstante, el párrafo tercero del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales señala que podrán realizar querrela las personas físicas con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para cualquier delito, excepto para el rapto, estupro o adulterio, se cree que ello se debe a que en tales ilícitos es trascendental la versión de las víctimas dada la naturaleza de dichos delitos, en los que se realizan de manera muy particular hacia una persona. Y siendo que el citado artículo sólo se refiere a los tres delitos mencionados, por exclusión se entiende que para el delito de Violencia Familiar también es posible la presentación de la querrela a través de otra persona que cubra los requisitos ya mencionados. Para ello la querrela puede ser presentada por medio de escrito o verbalmente.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En la exposición de motivos de la iniciativa de ley presentada ante el H: Congreso de la Unión, se planteó lo siguiente: *"La denuncia es necesaria en caso de menores e incapaces, en virtud de que éstos no tiene la maduración o conciencia necesaria para conducirse por sí mismos, circunstancia que demanda la intervención directa de la Representación Social"*.

Sin embargo, en una consideración personal, el requisito de procedibilidad que se maneja en el tipo penal denominado Violencia Familiar, debe basarse únicamente en la denuncia para cualquiera que sea la condición de la víctima, sin existir la distinción entre menores o incapaces. Esto a razón de que se está en presencia de un delito que por su propia naturaleza, al tutelar un bien jurídico tan importante como lo es el sano desarrollo y la convivencia armónica de la familia no permite vacilaciones, ya que en el supuesto en donde la víctima directa del injusto lo es la esposa, se presenta un fenómeno cíclico en el cual se manifiesta primeramente *"una fase tanto de culpa como arrepentimiento, que en muchos casos son olvidados por el agresor para iniciar nuevamente el proceso de violencia"*¹⁰, existiendo el riesgo de que cualquier acuerdo, promesa o compromiso que el agresor le haya hecho a la víctima no sean cumplidos y sólo se hayan manifestado para terminar la denuncia o proceso penal que se inició en su contra y una vez logrado esto, el agresor reitera su conducta antisocial, quizá con más fuerza, afectando directamente a la cónyuge, que es el caso ejemplificativo que se ha tomado y a su vez a los menores hijos de éstos.

*** INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie año XXXII No 94. Enero-Abril 1999. UNAM. p 230.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Tampoco debe pasar inadvertida la situación en que se encuentran los ancianos, que por su precario estado físico en que se llegan a encontrar, suelen ser víctimas de esta conducta aberrante, de manera que por el mismo estado de salud en que se encuentran les es imposible poder actuar de manera personal, siendo que en ocasiones ni siquiera saben como poder ampararse ante el maltrato del que son objeto, además de que también son invadidos por un temor hacia la persona o personas que lo tienen bajo su "cuidado", encontrándose en un total estado de indefensión, por ello se hace necesario que la función persecutora e investigadora de los delitos que consagra en favor del Ministerio Público la Constitución Política, se ponga en marcha con la denuncia en el caso de violencia familiar, dejando sin efecto el requisito de procedibilidad como la querrela, con la finalidad de que no haya lugar al perdón del ofendido y así evitar la trasgresión reiterada de la norma penal en concreto.

3.2 LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

Como se mencionó en el capítulo 1, según el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, para la comprobación del cuerpo del delito, se hace necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal en específico, estudio que se llevará a cabo en las hipótesis que presenta la descripción legal del delito de Violencia Familiar previsto en el artículo 343-Bis y el de Violencia Familiar Equiparado contemplado en el artículo 343-Ter ambos preceptos del Código Penal, los cuales se transcribieron en el apartado anterior.

3.2.1 LA CONDUCTA

El artículo 343-Bis del Código Penal establece que por violencia familiar se entiende:

"...el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones".

Retomando lo señalado en el capítulo correspondiente a los elementos del delito, la conducta puede presentarse bajo dos modalidades como son la acción o la omisión. La conducta básica en el delito de violencia familiar radica en que el agente del delito haga "uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave en contra de un miembro de la familia", desprendiéndose de esta descripción que el delito se puede presentar de las dos formas contempladas para la conducta, que es la acción y la omisión, en el primero de los casos al manifestar "uso de la fuerza física o moral" constituye una conducta de hacer consistente en la materialización de esa fuerza física o moral y en segundo de los casos la conducta consiste en un no hacer, que viene a dar origen a la omisión.

Dentro de esta descripción de conducta el término uso, definitivamente viene a ser inadecuado, pues en total acuerdo con lo expresado por Díaz de León, "Uso es acción de usar, y usar en su acepción común es hacer servir una cosa, disfrutar una alguna cosa, utilizarla también"¹¹¹, entonces el vocablo uso se refiere al derecho de

¹¹¹ Código Penal Federal con comentarios, 3ª ed. México, Ed. Porrúa, 1998, p 6-46.

poder utilizar o disfrutar de algo cuya naturaleza permite ser explotada para algún fin, de ello se afirma que "uso" no es apropiado para definir la conducta empleada por el agente del delito, como lo es la fuerza física o moral, que refiere el precepto en comento, siendo más aceptable el término ejercer como el mismo numeral lo dispone, cuando dice *"que se ejerce en contra de un miembro de la familia"*, por ello al ser precisamente el delito de violencia familiar un acto de dominio por parte del agresor, es preferible optar por el término ejercer.

También el tipo penal alude al término fuerza física o moral, como referencia a la conducta que se tipificó, en tal sentido y de acuerdo a que la creación legislativa tiene como fin primordial prevalecer el adecuado desarrollo familiar evitando conductas violentas entre sus integrantes, el término fuerza es equivalente a violencia, atendiendo a que "violentar, toma del latín violentus, derivado de vis "fuerza", "poder", "violencia"¹¹², luego entonces fuerza equivale a ejercer la violencia para lograr algo, entendiéndola como una pugna, lucha, forcejeo, exceso, coacción, agresividad etc., de ahí que resulta aceptable que se le haya denominado fuerza física o moral.

Como mera nota ilustrativa, la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar en el artículo 3° define a la violencia Intrafamiliar como: *"Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional sexualmente a cualquier miembro*

¹¹² COROMINAS, Joan. BREVE DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA CASTELLANA, 3ª ed Madrid, Ed. Gredos, 1983, p 608

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o la hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño..." previendo como ese acto de poder el maltrato físico, psicoemocional y sexual; esta regulación jurídica alude a un concepto que la ley punitiva también refiere como lo es el "MALTRATO". Ya en diversas ocasiones se maneja este concepto para ligar la conducta violenta hacia un integrante de la familia y según los términos médicos también se maneja el concepto de maltrato, así la Enciclopedia de la Salud Familiar considera que "*malos tratos al cónyuge es el término que se refiere a la realización de lesiones físicas deliberadas y repetidas, sobre uno u otro cónyuge*"¹¹³, o bien según las costumbres familiares mexicanas, cuántas veces se escucha que alguien dice: es que maltrata muy feo a los niños, es que me maltrata si no hago bien las cosas, ante esto, es evidente que el término "maltrato" viene a desempeñar un papel trascendente dentro de los hogares y que en la generalidad de los casos es sinónimo de violencia familiar existente en los hogares mexicanos.

Sin pasar por alto el anterior comentario, es tarea un tanto difícil llegar a determinar cuando una conducta es generadora de violencia familiar, cuando son sólo actos aislados, o en caso de menores de edad cuándo se está únicamente en presencia de actos correctivos hacia el menor. Para ello el Código Penal determina tres hipótesis bajo las cuales surge el delito de violencia familiar.

El uso de la fuerza física (violencia física) consiste en dirigir malos tratos al

¹¹³ SMITH, Tony. op cit p 750.



familiar, de carácter físico, como pueden ser los golpes, que no siempre terminan en producir lesiones, por esa razón el artículo 343-Bis en su texto refiere *"independientemente de que pueda producir o no lesiones"*, situación que resulta acertada pues no siempre el maltrato físico conlleva las lesiones, en muchas ocasiones sólo se representa en empujones, aventar objetos hacia la víctima, poner vendas o ataduras, cortar el cabello etc., en este aspecto la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar refiere que la violencia familiar se puede constituir por medio del maltrato físico y lo define como *"todo acto de agresión intencional repetitivo, en el que se utilice una parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado a su sometimiento y control"*, definición que sin duda aporta un buen contenido de actos que conforman el delito, en su exigencia de "fuerza física" (violencia física).

Otra forma de comisión en el delito de violencia familiar es el uso de la fuerza moral (ejercer violencia moral), en contra de un miembro de la familia, cabe destacar que la violencia moral a que se refiere la creación del tipo penal de violencia familiar es diversa a la que se maneja en la generalidad de los delitos y que se encuentra definida en el artículo 373 del Código Penal, que a la letra indica: *"La violencia a las personas se distingue en física y moral. ...Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo"*, resultando que si bien el precepto anteriormente señalado, refiere la forma en que el ladrón (para el caso del delito de robo), puede ejercer violencia moral en contra de su víctima, resulta de manera incuestionable que la misma es producida

en el momento mismo del evento delictivo, mediante el amago sin dejar opción a la defensa por parte del sujeto pasivo, sin embargo, se retoman conceptos del mismo como "mal grave" o "intimidación", que son caracteres que pueden configurar el delito de violencia familiar, sin que se deje de afirmar que la violencia a la que se refiere el delito a estudio es específica, es decir, tiene una connotación o interpretación singular para el caso concreto, consistente en la serie de actos cuya forma de expresión se puede dar además de las ya mencionadas, en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, amenazas, actitudes devaluatorias, amenaza de abandono etc., mismas que provocan en las personas que las reciben un deterioro, disminución o afectación en su personalidad y que repercuten directamente en el entorno y desarrollo de la familia, y de mayores consecuencias cuando se emplea en menores de edad, atendiendo a que desde que se encuentran en el seno de la familia aprenden factores de comportamiento que han visto y vivido, es como un patrón a seguir según las costumbres con las que han crecido, así que si desde pequeños han estado rodeados de conductas violentas, crecerán con esa misma línea de conducta a seguir, creyendo quizá que ese comportamiento es normal, pues no pasa inadvertido que *"habitualmente, los hombres que ejercen malos tratos sobre sus esposas han aprendido esta violencia doméstica de la conducta de sus propios padres, tienen una personalidad inmadura y un nivel bajo de autoestima y adquieren actitudes machistas a través de sus compañeros y amigos. Entre los factores agravantes se incluye la dependencia alcohólica, la drogadicción, el estrés y la obsesión por la fidelidad sexual de sus parejas"*¹¹⁴.

¹¹⁴ Ibidem p 751.

La última forma de perpetrar el delito de violencia familiar que establece el artículo 343-Bis del Código Penal, es la omisión, dicha forma de comisión del delito, no es menos frecuente que las anteriores, en ésta cabe la posibilidad que el agente del delito deje de hacer o realizar una conducta que la ley o la misma naturaleza le obliga, tal es el caso de la mujer que omite dar alimentos a sus menores hijos y a causa de ello, los menores reflejan un desencadenante estado de desnutrición, o el caso de un anciano que por su avanzada edad le es imposible alimentarse por sí mismo, razón por la cual queda a cargo de otra persona quien de manera conciente no le proporciona alimentos para su subsistencia, o en el mismo caso cuando el anciano, menor de edad o incapacitado, por enfermedad tiene que ser alimentado de forma especial llevando una dieta acorde a su enfermedad y con lo cual la persona que lo tiene bajo su "protección", desatiende la orden médica proporcionándole medicamentos o alimentos que lejos de beneficiarle lo perjudican.

Analizadas las formas de conducta (acción y omisión) mediante las cuales se puede actualizar el delito de violencia familiar, no es inútil comentar la reforma que sufrió el tipo penal, consistente en prescindir del carácter repetitivo que le otorgaba a la conducta del activo, dejando sin efecto el carácter reiterativo que exigía el tipo penal, por desembocar en una complicación técnica al acreditar la reiteración de actos, por lo tanto, de saber que cantidad de actos violentos era necesario para estar frente al delito de violencia familiar, sin embargo, este asunto se vuelve polémico, ya que si bien la reiteración de actos violentos quedó sustraída de la descripción típica, ahora surge el problema de distinguir entre una conducta relevante para el derecho

penal o sólo actos aislados, como pudiera ser algún pleito fugaz entre la pareja o alguna reprimenda hacia el menor por sacar malas calificaciones.

En este aspecto tomara relevancia significativa la labor investigadora del Órgano Técnico como lo es el Ministerio Público y desde luego la visión que tenga el Juez al momento de estar frente a hechos consignados como delito de Violencia Familiar, deberá de tomar en consideración y estudiar con detenimiento, así como tener una visión analítica hacia la narración de hechos que haga la víctima, conjuntamente con la práctica de exámenes médicos tanto físicos como psicológicos, en el que se tendrá que valorar la integridad –física y moral- de la parte ofendida. Y aunque técnicamente hablando efectivamente se complicaba la acreditación del delito, es válido decir que la misma naturaleza del ilícito sí representa una serie de actos violentos, malos tratos dirigidos hacia algún integrante de la familia, apoyando esto en que el bien jurídico tutelado es el desarrollo normal de la familia, que de manera indiscutible lleva de trasfondo cuestiones de carácter físico, moral, psicológico, emocional que de alguna manera trasciende hacia el exterior y que éstos no se representan a menos de que exista algún factor que sea constante y llegue a hacer mella en éstos de tal manera que logre su afectación, esto surge cuando se vive en medio de un ambiente deteriorado por malos hábitos, comportamientos, acciones degradantes, devaluatorias del ser humano que necesariamente son repetitivas en una forma o estilo de vida ya establecido, aunque desde luego equivocado. Por estas razones, no se niega que de alguna forma la violencia familiar tiene un aspecto reiterativo.

De esta manera lo trata la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar cuando en su definición de violencia intrafamiliar acude al concepto cíclico, que se entiende como lo relativo a un ciclo y éste a su vez como la sucesión de periodos o fenómenos que se repiten en un orden determinado.

Debido al carácter cíclico que se le ha otorgado, este fenómeno antisocial es debidamente reconocido en el siguiente esquema que de forma gráfica muestra como se desarrolla la violencia familiar en el hogar.



Se trata de tres fases: La tensión, la agresión y luna de miel.

SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL DE LA DIRECCIÓN DE ATENCIÓN A LA VIOLENCIA FAMILIAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EQUIDAD Y DESARROLLO SOCIAL, Violencia Familiar, COMISA, México 1999, p 21

La primera se representa por una escala gradual de tensión que tiene como origen los problemas cotidianos y se manifiesta con agresiones pasivas posteriormente estas tensiones aumentan hasta llegar a su punto culminante que es la fase de agresión, en la cual puede empezarse con el maltrato emocional, psicológico y llegar a los abusos físicos o sexuales, después sigue la fase llamada luna de miel, en ésta el agresor siente culpa por lo sucedido, pide perdón y

demuestra su arrepentimiento con regalos y "buenas acciones", con la intención de reparar el daño, prometiendo que no volverá a pasar y que va a cambiar.

Esta última fase es la que convence a la víctima de que existe un lado bueno, de bondad o generoso por parte del agresor, sin saber que después de ello la víctima quedará sujeta a este tipo de actitud por parte del agresor.

Un aspecto relevante lo es el hecho de que el tipo penal sólo prevé la violencia física, la violencia moral y la omisión grave, no así las agresiones sexuales como lo hiciera la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, si bien la violencia familiar pudiese consistir en esta clase de agresiones se cuenta en la legislación penal mexicana, con la tipificación para la conducta en concreto, es decir, el delito de violación y abuso sexual que no ha dejado de observar esta situación y para ello marcó agravantes para cuando el delito fuese cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o el padrastro a amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro (artículo 266-Bis fracción II), y también quien cometa dichos ilícitos en contra de la persona que tiene bajo su custodia, guarda o educación (artículo 266 fracción IV).

Claro es que no puede confundirse o proponerse la absorción de una violación con el delito de violencia familiar, porque la ilicitud del proceder cuando se realiza "cópula" con persona de cualquier sexo, implica una forma de conducta autónoma, con elementos típicos diversos al de la violencia familiar, como lo es el ayuntamiento carnal, contra la voluntad de la persona y aún cuando éste se realice en contra de algún familiar, impera la independencia del tipo de violación, por ser un tipo blanco,

que sólo requiere acudir a la descripción del verbo rector del tipo previsto en el artículo 265 del Código Penal, o en su caso de abuso sexual cuando se trata de tocamientos o actos eróticos en contra de un pariente, sin el propósito de llegar a la cópula .

3.2.2 EL RESULTADO

El delito de violencia familiar se ha considerado como de resultado jurídico, recordando que el resultado es una consecuencia de la acción y que puede ser jurídico o material (naturalístico), el primero surge con la mera conducta ilícita produciendo una mutación en el mundo jurídico o inmaterial, no tangible ni perceptible por los sentidos, es sólo la trasgresión a la norma penal, en el segundo caso si se presenta un cambio en el mundo material, perceptible por medio de los sentidos, es trascendente al mundo fenomenológico. Díaz de León y Chávez Ascencio, consideran que el delito de violencia familiar es de resultado jurídico, tal criterio no es compartido en lo personal considerando que como ya se expuso el delito de violencia familiar tiene tres formas de comisión, violencia física, violencia moral y omisión, en el caso de la violencia física en donde se producen lesiones, ya no sólo se trasgrede la norma dando un resultado jurídico, se ha dado una mutación en el mundo externo, perceptible y palpable por medio de los sentidos, por ello se considera que el resultado es de índole material, ocurre lo mismo en la omisión en donde por el no hacer del activo, se produce una afectación en la salud del pasivo del delito. Sin negar la existencia del resultado jurídico, para el caso de la violencia

moral en donde sólo se afecta la psique del pasivo lo que no es susceptible de captarse en el mundo externo.

Es así que para determinar el resultado en el delito a estudio, es necesario primeramente hacer una valoración del hecho, tomando en cuenta las circunstancias y bajo que hipótesis se perpetró el hecho delictivo (violencia física, moral u omisión grave).

3.2.3. NEXO DE CAUSALIDAD (ATRIBUIBILIDAD)

Entre la conducta ilícita desplegada por el activo y el resultado producido necesariamente se presenta una atribuibilidad, es el nexo causal que liga a esta conducta ilícita cometida por un sujeto y la consecuencia de esa conducta (acción u omisión).

En la violencia familiar existe este nexo entre la conducta violenta (física o moral) o la omisión grave que ejerce el activo contra su pariente y el resultado producido por esta conducta, que le será atribuible al agente del delito, después de haber investigado los hechos y haber seguido un proceso penal.

3.2.4 CALIDAD ESPECÍFICA DE SUJETO ACTIVO Y PASIVO.

Cuestión meramente importante lo es precisamente que la violencia física, moral o la omisión grave se realicen en contra de algún integrante de la familia, factor fundamental que dio nacimiento al precepto penal que tutela el sano desarrollo de la

familia y la convivencia armónica entre sus miembros, ya que los comportamientos generadores de violencia (física o moral) de algún miembro de la familia en contra de otro, generan un estado de inseguridad, depresión, agresividad, etc. en las personas receptores de dicha violencia, entonces al proteger la norma penal la buena integración familiar en un adecuado ambiente de respeto, el delito de violencia familiar en su descripción típica señala como parte de los elementos objetivos la especificidad que se requiere en los sujetos activos y pasivos del delito.

El artículo 343-Bis dispone que cometen el delito de violencia familiar el cónyuge, siendo que cualquiera de éstos (la cónyuge o el cónyuge) pueden ser sujeto activo o pasivo, este señalamiento indica que por lo que hace a los cónyuges, el delito de violencia familiar se puede dar sólo entre éstos, pudiendo ser sujeto activo o pasivo cualquiera de ellos, en obviada de condiciones se deberá acreditar que efectivamente celebraron el contrato matrimonial para tener el carácter de cónyuges.

Similar situación recae entre concubina y concubinario, quienes pueden ser sujetos activo o pasivo del delito, dependiendo quien de ellos cometa el ilícito y quien sea la víctima, lo que indica que al igual que los cónyuges el delito sólo se actualiza para éstos, de concubino a concubinario o viceversa.

Importante es que quede debidamente comprobada la relación de concubinato entre los involucrados, ya que de no haber cubierto con las disposiciones

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

establecidas en el artículo 291-Bis del Código Civil, el concubinato no existirá y por lo tanto el delito de violencia familiar en esta hipótesis tampoco existirá.

Los parientes consanguíneos en línea recta ascendente (padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo) y descendente (hijo, nieto, bisnieto y tataranieto) están contemplados como posibles activos del delito. Para que se actualice esta hipótesis no necesariamente debe regir la conducta de una generación a otra inmediata anterior o posterior, sino que es posible que se dé violencia familiar por parte del abuelo hacia el nieto o viceversa, (suponiendo que falta el padre) circunstancia que no impide la debida acreditación de calidad específica de activo o pasivo.

En el capítulo 2 destinado a la Familia, se apuntó que el parentesco consanguíneo también puede ser en línea colateral y que lo conforman las personas que sin descender unas de otras tienen un ascendiente común. En la operatividad del delito de violencia familiar, la estipulación contenida en la descripción típica referente a los parientes colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado queda por demás clara al considerarlos como posibles sujetos de realizar la conducta penalmente reprochable.

En este contexto, el precepto penal limita el alcance hasta donde puede llegar la operatividad del derecho punitivo al establecer que sólo se considerarán para el caso concreto los parientes que estén hasta el cuarto grado, entonces, que sucederá con los parientes que rebasen dicho grado, es que tal vez quedarán fuera del ámbito competencial al no cubrirse dicho requisito y la tipificación del delito será imposible

por carecer de calidad específica, dando como consecuencia una posible impunidad. Esta observación se hace, atendiendo a que en la sociedad mexicana, la familia suele ser numerosa y en la cual desde luego viven y conviven de manera cercana unos con otros que si bien no tienen una cercanía en cuanto al grado que impone la ley, sí la tienen en cuanto a relación, quedando abierta y no imposible la perpetración del injusto penal que se estudia, por eso se estima conveniente dejar abierto el grado de parentesco a fin de no caer en posibles dificultades al momento de determinar la calidad específica establecida en el delito de violencia familiar.

Según quedó plasmando en el apartado correspondiente al parentesco, el artículo 294 del Código Civil dispone que *"El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos"*. Por lo tanto los parientes consanguíneos del hombre o la mujer serán los parientes por afinidad de éstos respectivamente.

Acertadamente el legislador previendo la convivencia de los parientes consanguíneos ya sea con el hombre o la mujer unidos en matrimonio o en concubinato, estableció la tipificación del delito de violencia familiar para éstos, estableciendo que sólo podrán ser sujetos activos los parientes colaterales por afinidad hasta el cuarto grado, en este sentido se reitera la observación hecha con anterioridad, para los parientes colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado.

Como se puede apreciar del artículo 294 del Código Civil el parentesco por afinidad *"es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mujer y sus respectivos parientes consanguíneos", entonces, se puede afirmar validamente que el hombre y la mujer al ser parientes consanguíneos en línea recta descendente de sus progenitores, éstos lo serán en parentesco por afinidad del cónyuge, la cónyuge, concubina o concubinario de sus respectivos hijos, situación que se omitió establecer en el tipo penal creado como de violencia familiar, es decir, el suegro o la suegra también son entes capaces de transgredir la norma penal en estudio, así como el yerno o la nuera, particularmente he visto un caso en donde la nuera es generadora de violencia familiar hacia el padre de su cónyuge, es decir, su suegro, ejerciendo violencia moral, física y omisiones graves en contra de su persona, la cual desembocó en un estado depresivo, deteriorado su estado de salud, un mal aspecto físico en la persona que contaba con más de 60 años de edad, lo que denota la crueldad con la que se puede conducir una persona hacia el progenitor de su pareja. Es así que el tipo penal sólo contempla el parentesco colateral afin hasta el cuarto grado, excluyendo a los parientes afines en línea recta ascendente o descendente, lo que jurídicamente es posible basándose en el artículo 294 del Código Civil. Por lo que resulta de suma importancia que se tome en consideración esta hipótesis con el firme propósito de no dejar otra posible causa de impunidad por falta de previsión en el tipo penal.

Con las reformas al Código Civil, referentes a la adopción específicamente en el artículo 410-A, que a la letra reza: *"El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo"*, el adoptado fue equiparado como si fuese hijo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

consanguíneo, y dentro de esta figura jurídica de la adopción, entre adoptante y adoptado puede surgir el delito de violencia familiar según se aprecia del párrafo segundo del artículo 343-Bis del Código Penal, ahora bien, de la lectura del numeral 410-A del Código Civil cuando dice que *"El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales..."*, queda abierta la posibilidad de que en el supuesto de existir violencia familiar entre adoptante y adoptado, la conducta del activo quede comprendida en la hipótesis de pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente según sea el caso, también surtirán los efectos correspondientes en cuanto a los parientes colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado. Sin dejar de tomar en consideración que para no caer en confusiones resulta más claro acreditar el delito, con la hipótesis concreta, aunque en ocasiones el adoptado no tiene el conocimiento de su situación legal y cree ser hijo consanguíneo de la persona adoptante, ante esta situación lo correcto será proceder como si se tratase de un hijo consanguíneo para evitar que el mismo sepa su procedencia, tal fue la intención del legislador que en el artículo 410-C del Código Civil consagra el secreto de procedencia del adoptado disponiendo que *"El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial: I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes"*, con lo cual se protege la verdadera procedencia del adoptado y como tal numeral lo señala sólo se darán datos de su origen a los adoptados mayores de edad y en caso de menores se requerirá el consentimiento de los que lo han adoptado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Otros posibles sujetos activos de violencia familiar son:

Al que realice violencia familiar contra la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio.

De sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado.

Al que tenga:

Custodia

Guarda

Protección

Educación

Instrucción o

Cuidado a alguna persona

El artículo 343-Ter del Código Penal impone una calidad de sujeto activo diversa al del artículo 343-Bis del mencionado Código Penal, dando vida jurídica al delito de violencia familiar equiparada, circunstancia que precisamente es la que le da la equiparación al delito. Ya que si es verdad que la violencia familiar incumbe solo a los miembros de ésta, también es, que en ocasiones ocurren conductas violentas de unas personas a otras que sin tener algún lazo de parentesco de las que dispone la ley (consanguíneo, por afinidad o civil), por la propia naturaleza de las funciones encomendadas, por así llamarlo, y por el trato diario, existe la posibilidad de crearse una tendencia al maltrato hacia las personas que se encuentran en las circunstancias que prevé el artículo 343-ter del Código Penal.

No obstante, lo anterior y la buena intención del legislador al tutelar el correcto desarrollo familiar se considera hacer las siguientes observaciones:

En el primer supuesto que indica "Al que realice violencia familiar contra la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio", se entiende por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

exclusión que no se trata de cónyuges y al haberse contemplado a los concubinos en el párrafo segundo del artículo 343-Bis del Código Penal, se puede decir que tampoco es aplicable para ellos.

De tal suerte, es válido entender que este supuesto se refiere a la relación de pareja que han decidido llevar a cabo dos personas que a pesar de llevar una vida en común no alcanzan a cubrir los requisitos de un concubinato, que como se apuntó en el capítulo 2 son el carácter temporal de tener como mínimo dos años de vivir juntos de manera constante y permanente, y sin que entablen varias relaciones de este tipo con otras personas, en este aspecto puede suceder que la pareja efectivamente viva de manera permanente y constante como tal, pero que no cubran el requisito de tener 2 años viviendo de esta forma, pudiendo entonces quedar comprendidas dentro de esta hipótesis de *"contra la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio"*.

Se considera que es acertado el supuesto a fin de proteger el buen desarrollo de la familia y la de la persona que es objeto de agresión.

En una situación singular, pero que no se puede negar dada la magnitud con la que se ha proliferado en los últimos años se encuentran los homosexuales y lesbianas, quienes como se ha visto llegan a entablar una relación de pareja, queriendo simular un matrimonio entre ellos o bien establecer una especie de concubinato al vivir juntos de acuerdo a sus preferencias sexuales, desde luego, ante esto es innegable que la legislación mexicana aún no legaliza las uniones de este tipo, sin embargo, éstos reclaman el derecho a ser legalmente protegidos por la ley, y

en este contexto es dable cuestionarse si en algún momento los homosexuales y lesbianas pueden ser sujetos de violencia por parte de su pareja, y si es así cuáles son las opciones que les otorga la ley para protegerlos, de esto se afirma que la naturaleza del hombre al ser creados en mujer y hombre como una forma de preservación de la especie, no escapa a las preferencias entabladas por algunos respecto a su sexualidad y mucho menos a tener derecho de ser escuchados por la autoridad cuando son objeto de semejantes maltratos como cualquiera que se encuentra contemplado en el capítulo destinado a la violencia familiar, aunque para ello se presenten obstáculos por no estar expresamente reconocidos por la legislación, en tales circunstancias, el Código Adjetivo de la materia, prevé conductas ilícitas en las que se podrían apoyar tanto las lesbianas como los homosexuales.

Continuando con el análisis, también se puede realizar violencia familiar contra los parientes por consanguinidad de la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio, al igual que los cónyuges o concubinos abarca a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

Cuestión meramente importante y que aprecio parece estar fuera de fundamento jurídico es la disposición que dice que comete el delito de violencia familiar *"el que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de los parientes por afinidad hasta el cuarto grado, de la persona con quien se haya unida fuera de matrimonio"*, si se toma en cuenta el artículo 294 ya citado en líneas anteriores, el parentesco por afinidad sólo puede ser adquirido por el hombre y la mujer unidos en matrimonio o concubinato con sus respectivos parientes

consanguíneos y si el supuesto que se atiende, no es matrimonio ni concubinato, entonces, cómo puede darse parentesco de afinidad. En una estimación personal, no puede existir dicho parentesco con los parientes de la persona que se encuentra unida fuera de matrimonio, el artículo 294 del Código Civil es claro y no da pauta a poder establecer parentesco por afinidad fuera de los casos que menciona. Concluyendo de lo anterior que este supuesto no existe en la vida jurídica y no debe estar insertado en la descripción típica del artículo 343-Ter del Código Penal.

Guarda y custodia, figuras civiles que van de la mano, y que no perdió de vista el legislador, afortunada se estima dicha hipótesis, cuando al ver en el apartado 2.4 del presente trabajo, las funciones y facultades del que tiene la guarda y custodia de un menor, es factible que dicha persona pudiese ejercer algún maltrato psicológico, físico y hasta sexual de dicha persona.

En obviedad de circunstancias las personas que tiene bajo su guarda y custodia a un menor o incapaz y que pertenece a alguna casa de asistencia (artículo 494 del Código Civil) no podrán ser sujetos activos de violencia familiar, ya que la parte final del artículo 343-Ter del Código Penal precisa una circunstancia de lugar y tiempo al señalar *"siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa"*, lo que no da lugar a plantear el delito para la enfermera o directora de una casa de asistencia ya sea pública o privada, en este caso, sólo podrían resultar responsables por violaciones a la leyes que regulen o reglamenten sus funciones.

La hipótesis protección, educación, instrucción o cuidado, en la generalidad van aparejados. Pensando que en el caso de un menor que le es encomendado a una persona para su crianza, ésta necesariamente debe brindarle la protección, educación y cuidados al menor, así como instruirlo para que tenga un correcto desenvolvimiento personal en su ambiente social.

3.2.5 MEDIO COMISIVO

Este es entendido como los actos o circunstancias de las cuales se hace valer el activo para cometer el delito.

En el caso particular es de suma importancia, dejar plenamente entendido que la violencia que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, no constituye un medio para lograr el delito, es la conducta en sí misma, de hacer el activo, ya que para la perpetración del delito, es indiscutible que el activo ejerza la violencia (física o moral).

No es como en el delito de robo específico, previsto en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal en donde sí tiene que existir el empleo de la violencia física o moral, o ambas (además de otros requisitos), para que un sujeto pueda apoderarse de cosa ajena mueble, es entonces cuando emplea, se vale de la violencia para cometer el ilícito. Puede existir apoderamiento ilícito que dará origen al delito de robo y puede existir sin ejercer la violencia

3.2.6 LA PARTICIPACIÓN

Es bien sabido que en ocasiones la comisión de un ilícito no sólo es producido por un sujeto, sino que existen delitos en los que se exige la concurrencia de varias personas para conformar el delito, tal es el caso de la asociación delictuosa o del robo específico que son de los llamados delitos plurisubjetivos, porque exigen la participación de dos o más personas como requisito sine qua non, sin el cual no es posible la configuración del delito.

En tanto el delito de violencia familiar no recurre a pluralidad de sujetos en la comisión de éste, sin embargo, de acuerdo a la descripción típica, puede ocurrir hacia la perpetración del injusto:

a).- Los autores intelectuales, que son los que acuerdan o preparan su realización (artículo 13 fracción I del Código Penal) o como bien refiere Chávez Asencio *"los que determinan a otra persona para que cometa el delito, ya por autoridad jerárquica, ya por el pago de alguna retribución"*¹¹⁵.

b).- De acuerdo a la Fracción II del artículo 13 del Código Penal y la que resulta ser de mayor aparición es la autoría material cuando el agente del delito realice por sí mismo en su carácter de autor material o directo, la conducta descrita en el tipo penal. Se asevera que al respecto no hay más consideración que hacer, puesto que la ilícita conducta se ejecuta directamente por alguno de los mencionados

¹¹⁵ La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana, 2ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, p 90.

en el artículo 343 Bis y 343 Ter del Código Penal, sin intervención de alguna otra persona.

c).- También es posible la realización conjunta en el delito a estudio, el cual se puede ver representado por el maltrato físico, moral o la omisión grave que se ejerce por parte del padre y la madre del menor cuando ambos golpean o realizan actos intimidatorios hacia su menor hijo o viceversa, cuando los hijos realizan la conducta típica en alguno de sus padres, en tal virtud se hablará de una realización conjunta.

Citando nuevamente a Chávez Asencio al tratar este tema manifiesta lo siguiente: *"...la madre, aunque no haya maltratado personalmente a su hijo al no impedir dicho maltrato ..., por parte del padre consume el delito de violencia familiar. Esta actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de violencia familiar"*¹¹⁶, tal afirmación se encuentra hasta cierto punto discutida, en virtud de que si bien la madre tiene la obligación de cuidar la integridad física, moral del hijo, en ocasiones su voluntad se encuentra disminuida o resquebrajada cuando el padre también ejerce violencia familiar hacia su cónyuge, así es que por el miedo o temor hacia el cónyuge, la madre se ve reprimida a realizar acción alguna para impedirlo. En este punto se necesitaría hacer una valoración específica del hecho, para llegar a determinar si efectivamente la madre incurre en omisión grave, al no impedir el

¹¹⁶ Ibidem p 91.

maltrato o si se está frente a una víctima más de la violencia familiar.

d).- El autor mediato definido como *"el agente que no ejecuta personal y directamente la acción típica, sino que se vale de un sujeto inimputable o inculpable para cometer el delito"*¹¹⁷; se encuentra previsto en la fracción IV del artículo 13 del Código Penal que indica "los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro", es decir, el autor mediato ejecuta violencia familiar a través de un sujeto inimputable, no es sujeto de derecho penal, resulta que es inculpable de la acción típica, por carecer de voluntariedad, dadas las condiciones que permiten la inimputabilidad como el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, por tanto, aunque éste incurra en la materialización del hecho, será responsable el que se ha valido del sujeto incapaz, siendo el autor mediato. De esta forma también es susceptible de cometerse el delito de violencia familiar, existiendo posibilidad cuando la madre o el padre se valen de alguna persona que es inimputable para que ejerza violencia física o moral en la persona de su hijo.

e).- La fracción V del artículo 13 del Código Penal, que se refiere a los autores y partícipes del delito señala al instigador cuando dice "los que determinen dolosamente a otro a cometerlo ", por tanto éste tiene la característica de efectuar demandas al autor, su actividad consiste en determinar a otro, es decir, en mover su voluntad hasta hacer que se convierta en autor de un delito, frecuentemente sucede cuando existe una madrastra o padrastro que mueven o influyen en la voluntad de su cónyuge o pareja a efecto de que éste ejerza malos tratos a algún miembro de la

¹¹⁷ REYNOSO DAVILA. Roberto, Teoría General del Delito, 2ª ed. México, Ed Porrúa, 1997 p 330.

familia como pueden ser los hijos o el abuelo.

f).- El cómplice contemplado en la fracción VI del artículo 13 del Código Penal es el que dolosamente preste ayuda o auxilio a otro para la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario, y bajo este rubro también es posible la realización del delito.

Un punto de suma trascendencia lo es que cuando se presenta alguna de las formas de participación en el delito de violencia familiar, al momento de acreditar la forma en que dos o más sujetos intervinieron en los hechos, es necesario determinar que calidad tenían los activos, debido a que el tipo penal del artículo 343 Bis y 343 Ter del Código Penal señalan sujetos activos calificados, es decir, cuentan con una calidad especial, entonces cuando se realiza conjuntamente violencia familiar por parte de los ascendientes hacia sus descendientes no existe mayor problema, ambos reúnen el requisito para sujeto activo, sin embargo, cuando en el supuesto donde una persona tiene bajo su cuidado, educación y vigilancia a un menor, a un anciano o a un incapacitado, esta persona si se encuentra contemplada en la descripción del artículo 343 Ter, pero cuando concurre junto a esta persona otra que es ajena a los pasivos y que determina conjuntamente con la otra a realizar violencia física, moral u omisión grave en éstos, dicha persona no encuadra en alguna de las hipótesis previstas para el delito en comento, en este supuesto la doctrina refiere que aunque no se cubra la calidad prevista en el tipo penal, dicha persona responderá por el delito cometido porque *"el que participa en un delito y, por consiguiente, lo quiere, lo*

quiere en su totalidad, es decir, como ente de hecho y como hecho jurídico"¹¹⁸, y para no crear impunidad en este aspecto se concuerda con la anterior exposición.

Otra apreciación que se hace, es que el precepto penal no estimó en la personalidad de madrastra o padrastro la posibilidad de ser sujetos activos del delito de violencia familiar, cosa por demás inexplicable, cuando se ha observado que en la mayoría de los casos la nueva esposa o esposo del padre o la madre de un menor, es quien realiza o ejecuta actos violentos u omisiones graves en contra de éstos, o de algún mayor incapaz, aprovechando la ausencia de su pareja.

Sería aventurado decir que dichas hipótesis quedarán contempladas en la parte final del artículo 343-Ter del Código Penal cuando refiere que comete el delito de violencia familiar quien tuviere a una persona bajo su "custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa", sin embargo, la acreditación de dichos supuestos "guarda, custodia, protección, educación, instrucción o cuidado", se complica, porque no siempre la nueva pareja del padre o de la madre ejercen dichos "cargos".

Por estas razones y dada la frecuencia con que se presentan este tipo de agresiones hacia los descendientes procreados en una relación anterior, que por una extraña razón provoca rechazo en la nueva pareja, sería acertado precisar esta

¹¹⁸ Ibidem p 331.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hipótesis en la descripción del tipo penal denominado violencia familiar, para asegurar una correcta y exacta impartición de justicia y no dejar destapadas dudas y lagunas en cuanto a su tipificación.

3.2.7 ELEMENTOS NORMATIVOS

En algunas ocasiones, el tipo penal además de los elementos objetivos, que son los que determinan la conducta, contiene elementos normativos, que como quedó plasmado en el capítulo 1 son aquellos que "*sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho*"¹¹⁹, esto es, el tipo penal en ocasiones no es puramente descriptivo, sino que remiten a juicios valorativos de naturaleza jurídica o cultural, es decir, contiene elementos que no son captados por medio de los sentidos como los elementos objetivos, sino que su comprensión se basa mediante el intelecto. Es así que, el tipo penal de violencia familiar descrito en el artículo 343-Bis del Código Penal, contiene elementos normativos de carácter jurídico y cultural consistentes en: 1.- "CONTRA UN MIEMBRO DE LA FAMILIA", 2.- "POR OTRO INTEGRANTE DE LA MISMA" y 3.- "CONTRA SU INTEGRIDAD FÍSICA".

El elemento normativo "CONTRA UN MIEMBRO DE LA FAMILIA", indica que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo recaiga en un integrante del seno familiar, lo que lleva a establecer y acreditar la línea de parentesco, en la cual se

¹¹⁹ MEZGER, citade por PAVON VASCONCELOS op cit p 310.

ubica el agredido o víctima y para ello es necesario remitirse a la ley civil, misma que establece lo que se observa como familia y por ende un integrante de la misma en razón al parentesco, en cualquiera de sus formas.

Otro elemento normativo lo es el que reza: "POR OTRO INTEGRANTE DE LA MISMA", es decir, que el activo del delito tenga la calidad de pertenecer al mismo núcleo familiar, en obviada de circunstancias la acción violenta dirigida al familiar tiene que provenir directamente de otro integrante de la familia, pudiéndose ubicar cualquiera de las personas a las que se hizo referencia en el punto destinado a la calidad específica de sujeto activo y pasivo.

Por último se encuentra el elemento normativo "CONTRA SU INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O AMBAS", éste se refiere a la persona sobre la cual recae la conducta delictiva, provocando una alteración en la salud, de índole físico, psíquico o ambos. Este elemento tiene que ser valorado tanto cultural como jurídicamente, en virtud de que para determinar que se actúa en contra de la integridad física de una persona, hay que remitirse a lo estipulado en el Código Penal en el artículo 289 destinado a las lesiones, y que desde luego se refieren a la alteración de la salud y consecuentemente atentatorias de la integridad física de las personas, así que el citado artículo menciona que *"bajo el nombre de lesión se comprende 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"*, pero no solo las lesiones que dejan huella material en el cuerpo, como lo menciona el citado artículo constituyen la violencia física, para los efectos del delito

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en comento, sino además, como ya se mencionó en el punto destinado a la conducta, también se puede llevar a cabo mediante empujones, ataduras, corte de cabello etc., no debiendo olvidarse de dichas formas de perpetrar el delito, por otro lado cuando se presenta sólo la lesión a la integridad psíquica es necesaria una valoración de carácter médico a la víctima, para determinar si efectivamente existe afectación en la psique del agredido, término que medicamente hablando significa mente, con lo que se podrá advertir si se presentan trastornos en la mente del agredido como pueden ser baja autoestima, frustración, rebeldía etc.

3.2.8 LA TENTATIVA

Ocasionalmente para la consumación de un propósito delictivo, aunque se hayan ejecutado en totalidad o en parte los actos tendientes a producirlo, éste no se da por causas ajenas a la voluntad del agente, es a lo que se llama tentativa y tiene su fundamento en el artículo 12 del Código Penal que a la letra indica:

"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Definición que se asemeja a su significado gramatical que es *"principio de ejecución de un delito que no llega a realizarse"*¹²⁰.

¹²⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Curso de Derecho Penal. PARTE GENERAL, México, Porrúa, 1999, p. 369.

En la tentativa se presenta un elemento subjetivo relativo a la resolución de cometer el delito, que representa la voluntad, también contiene un elemento objetivo, es decir, la ejecución de la conducta encaminada al delito y por último la ausencia de resultado material.

Es así que se presenta el llamado *Iter Criminis*, compuesto de dos fases, la interna y la externa, en la primera se presenta en el sujeto la ideación, la deliberación y la resolución de cometer el delito, queda plasmada la intención dolosa de delinquir, en la fase externa se encuentra un momento de manifestación y preparación de la idea delictual y por consiguiente su ejecución, en este último momento existe la posibilidad de que el delito se consuma o no.

Dentro de la ejecución se debe partir de la totalidad de actos tendientes a producir el resultado o si sólo se realizan en parte dichos actos.

El tipo penal descrito como el uso de la fuerza física o moral u omisión grave ejercida en contra de algún miembro de la familia, no admite su realización en grado de tentativa, ya que el inicio de algún golpe, alguna ofensa o acto intimidatorio agota en sí mismo el delito, porque desde ese momento se efectúa el desvalor de la acción, como ejemplo se puede manejar la situación cuando el cónyuge o concubino pretende golpear a su cónyuge o concubina, aunque materialmente no propine algún golpe hacia ésta, su conducta recae en una violencia moral, de carácter intimidatorio, por el efecto causado en la otra persona.

3.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

En el apartado correspondiente a la Responsabilidad Penal del Capítulo 1 del presente trabajo de investigación, quedó plasmado que para arribar a la responsabilidad penal de un sujeto es necesaria la acreditación del cuerpo del delito (elementos objetivos y si el tipo lo requiere subjetivos y normativos) de la descripción típica, conocida como Tipicidad y después como lo refiere el artículo 122 del Código Procesal penal, demostrar que no se encuentre acreditada alguna causa de exclusión del delito, lo que indica que se tendrán que analizar los aspectos positivos como negativos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Ello es así debido a que, como se manifestó en el capítulo 1, el delito si bien es indivisible, para su estudio acepta ser fraccionado y en esa consideración se tiene primeramente que apuntar si la conducta atribuida al sujeto es típica, después si es antijurídica, puesto que la tipicidad es presupuesto de la antijuridicidad, analizando desde luego el aspecto negativo, que son las causas de licitud, posteriormente verificar si el sujeto al momento de realizar los hechos, era imputable, que tenía conciencia de la antijuridicidad de la conducta que ejecutaba y que le era exigible actuar de manera diversa a la concretada o en su caso las causas de inculpabilidad que pudiesen existir, una vez hecho lo anterior se estará en posibilidad de afirmar la responsabilidad (probable o plena) penal del individuo.

Atendiendo a las afirmaciones que anteceden, el tipo penal denominado violencia familiar, requiere como conducta típica (tipicidad) que el sujeto haga uso de la violencia física o moral u omisión grave en contra de un miembro de la familia, cuando éste también cubra la calidad específica requerida por el mismo artículo 343 Bis en su párrafo segundo y los que menciona el artículo 343 Ter del Código Punitivo. Ahora bien, cuando falte alguno de los elementos del tipo penal de acuerdo a la fracción II del artículo 15 del Código Penal se estará en posibilidad de afirmar que la conducta del sujeto es atípica, por no encuadrar en la hipótesis descrita como violencia familiar, así es que si una persona propina golpes a otra sin corresponder al núcleo familiar o a las personas calificadas descritas en el artículo 343 Ter se podrá hablar de un delito de lesiones, no así de violencia familiar.

En el supuesto de que la conducta llegase a ser típica, el paso a seguir es analizar la antijuridicidad de la conducta o en su caso las causas de licitud.

El uso de la violencia (física o moral) o la omisión grave en contra de un miembro de la familia será antijurídica cuando no se haya obrado en legítima defensa, en un estado de necesidad, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, así como la obediencia jerárquica.

Puede suceder que en un ambiente de violencia familiar cuando la cónyuge es agredida físicamente por su cónyuge, en un momento de ataque contra su persona ésta tome un cuchillo y mate a su agresor, se puede afirmar que la víctima de violencia familiar sí tiene la posibilidad de actuar en legítima defensa, más no el

agresor, dado que la naturaleza del delito no lo permite, porque de ninguna manera se justifica que "algún miembro de la familia" ejecute violencia en otro miembro de la misma, en el ejemplo expuesto la agredida repela o rechaza una agresión real hacia su persona y también existe la posibilidad de operancia cuando la misma cónyuge mata o lesiona a su cónyuge para dar protección a un "bien jurídico ajeno", que vendría a desembocar en la integridad de sus descendientes, siempre y cuando la legítima defensa se base en la proporcionalidad de los medios empleados, tanto por el agredido como por su agresor, los que deben ser de la misma magnitud.

El agresor tampoco puede justificar su actuar con base en un estado de necesidad en los términos que indica el artículo 15 del Código Penal en su fracción V, pues cómo pudiese ser que éste tuviera la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio a costa de la agresión hacia un pariente y menos aún cuando la citada fracción señala *"siempre y cuando el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo"*, desde luego, que en la generalidad de los casos el agresor no corre peligro alguno, sino que su conducta se mueve por la convicción de dominar o sentir un poder sobre la víctima.

El cumplimiento de un deber como justificante para la conducta descrita en el artículo 343 Bis y 343 ter, no es operante, de acuerdo a que ésta se caracteriza "por la obligación que tiene una persona de acatar, lo encomendado, es su deber llevar a cabo lo requerido", de aquí se refleja una obediencia jerárquica del sujeto de realizar lo encomendado. En la violencia familiar si bien pudiese existir cierto grado de jerarquía por parte del hombre de la casa, esta jerarquización no tiene validez, ni

aplicación al momento de ejercer la conducta si se toma en cuenta que en los últimos años, las generaciones tienden a tener igualdad de derechos tanto hombres como mujeres, principio regulado constitucionalmente en el artículo 4° de la ley suprema, y por otro lado que dicha obediencia se encamina a deberes de índole laboral, humanitaria tal vez, pero no al hecho de obedecer ineludiblemente el mandato de "hacer violencia física, moral u omisión grave a algún integrante de la familia".

Del ejercicio de un derecho sólo parece de suma importancia advertir que por mandato constitucional "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho" (artículo 17 Constitucional), y al ser la violencia familiar un delito que protege principalmente el sano desarrollo de la familia, llevando consigo el propósito de castigar la violencia que sufren las víctimas, salvaguardando uno de los derechos humanos de más trascendencia como lo es la vida misma, libre de violencia, es incuestionable que ninguna persona en ejercicio de un derecho debe hacer violencia en otra, hablando específicamente de la familia.

En última instancia, la culpabilidad del sujeto debe quedar firme para que se pueda sostener que el sujeto es penalmente responsable.

Para ello, el sujeto tendrá que ser imputable, es decir, capaz de comprender el carácter ilícito de su actuar y determinar su voluntad conforme a esa comprensión. De hecho en el injusto penal de violencia familiar, el sujeto es conciente de su repudiada conducta pues ha quedado de manifiesto la ciclicidad de la conducta, con

los que se conducen los activos de tan aberrante conducta y ello indica su determinación, resolución y ejecución del delito.

Por otra parte, no escapa de la realidad el hecho de encontrarse frente a un inimputable, es decir, cuando el agresor sufre daños psicológicos, representados por un desarrollo intelectual retardado o por un trastorno mental, en dado caso al presentarse alguna de éstas causas, el agresor no será culpable y por lo mismo no será responsable penalmente, siempre y cuando presente dichos supuestos en el momento de delinquir.

El conocimiento de la antijuridicidad "...es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación a la norma"¹²¹, en este segundo elemento de la culpabilidad puede quedar destruido cuando se presenta el desconocimiento a la violación de la norma, sea por un error de tipo o de prohibición.

El primero puede recaer en alguno de los elementos típicos contenidos en la descripción de violencia familiar, como pueden ser el sujeto pasivo, esto es, que el agresor no sepa que al que hace violencia física, moral u omisión grave sea su descendiente, pariente colateral o bien cualquiera de los sujetos previstos por dicho ilícito. El error de tipo puede recaer en algún elemento normativo o descriptivo.

Puede presentarse error de prohibición en el que "el autor sabe lo que hace,

¹²¹ Ibidem p 121.

pero supone erróneamente que estaría permitido, supone erróneamente que concurre una causal de justificación"¹²², en este aspecto, resulta apto considerar la forma en que aún se conducen los padres de familia, quienes piensan y creen tener autoridad suficiente sobre su cónyuge o hijos, hasta el grado de darles malos tratos, intimidarlos, coaccionarlos, etc., con la firme idea o intención de lograr la obediencia sumisa de su pareja y la correcta educación de los menores, creyendo que con su conducta podrán crear un ambiente de respeto en su familia, esta creencia aún se puede observar en la provincia, en donde el Jefe de familia, es la única persona que toma decisiones en el hogar, las cuales tiene que acatar los integrantes de la misma, y sin que tal situación haya escapado de la observancia del legislador, el tipo penal de violencia familiar contempla que "*La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato*" con lo que se pretende erradicar la violencia hacia los menores, aunque se trate de medios correctivos en su educación.

En última instancia para poder determinar si un sujeto es culpable de delito y consecuentemente responsable penalmente del delito de violencia familiar, se analiza la circunstancia prevista en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal, en donde queda de manifiesto la no exigibilidad de otra conducta, si el generador de violencia u omisión grave al momento de ejercerla, le era exigida una conducta diversa a la realizada y por supuesto que le era exigible otra conducta, debiendo de abstenerse de ejecutar actos de violencia contra su pariente o de las personas

¹²² WELZEL, citado por ORELLANA WIARCO, Teoría del delito, op cit. p 123.

previstas en el artículo 343 Ter, porque como se ha manifestado reiteradamente, las mujeres, niños, ancianos, discapacitados y en general el ser humano, gozan del derecho inalienable de vivir libres de violencia y siendo el núcleo familiar el espacio para que sus miembros se desarrollen en un marco de respeto y dignidad, de ninguna manera pueden excusarse los hechos reprobados por la ley como lo es el delito de violencia familiar.

3.4 INSUFICIENCIA DE LAS SANCIONES PREVISTAS EN EL CODIGO PENAL

El párrafo cuarto del artículo 343-Bis dispone que para quienes resulten responsables del delito de violencia familiar se impondrá una pena mínima de seis meses a una máxima de cuatro años de prisión; prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender, pérdida del derecho de pensión alimenticia y tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto a la pena de prisión.

Con el establecimiento de la creación del tipo penal de violencia familiar, el legislador previó tres objetivos fundamentales según la exposición de motivos *"disuadir y castigar las conductas que generen violencia familiar, establecer medidas de protección a favor de las víctimas de este fenómeno y concientizar a la población de este problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas"*, por lo que se estableció como pena de prisión la ya referida de seis meses a cuatro años, sin embargo, no se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

considera que la pena de prisión establecida de seis meses a cuatro años, sea irrisoria, pero bien podría tener mayor efectividad si el activo tiene en cuenta que no será fácil cumplir una pena de prisión cuando la observe alta o dependerá de una libertad provisional sin caución para hacer caso omiso al mandato judicial, dado que el término medio aritmético resultante de la pena de prisión establecida para el delito de violencia familiar es de dos años, tres meses de prisión y como lo dispone el artículo 133-Bis del Código de Procedimientos Penales, cuando el término medio aritmético no exceda de tres años de prisión se concederá la libertad provisional sin caución alguna, lo que denota una total incongruencia con los fines para los que fue creado el tipo penal de violencia familiar, porque ha quedado de manifiesto la importancia de erradicar y combatir los actos que generen violencia en el núcleo familiar, también se ha destacado la forma maliciosa y tendenciosa en que se conducen los generadores de dicha violencia, quienes de ninguna manera pueden tener alternativa alguna para poder transgredir la norma penal.

Situación que resulta por demás criticable porque si se está concediendo la libertad provisional sin caución al inculcado, en términos del artículo 133-Bis del Código Procesal Penal, el activo está exento de presentar garantía alguna de las que refiere el artículo 562 del Código de Procedimientos penales, para garantizar el monto de la reparación del daño, el monto de las sanciones pecuniarias que se pudiesen imponer, así como el cumplimiento de las obligaciones procesales, disposición que sin duda recae en una afectación directa hacia la víctima al no garantizar la reparación de daño, máxime que artículo 20 Constitucional apartado B fracción IV establece que la víctima tendrá el derecho que se le repare el daño, de la

misma forma el artículo 30 del Código Penal, en su fracción II establece: "La reparación del daño comprende: ...II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima...", luego entonces, dónde queda la seguridad y la protección hacia las víctimas, si con la pena establecida, el beneficiado directo es el activo del ilícito, surgiendo una incertidumbre para la parte ofendida al quedar abierta la posibilidad de que el agresor opte por sustraerse de la acción de la justicia, pues no hay que pasar por alto que la libertad provisional sin caución se funda en la buena fe y cierta confiabilidad que el Estado deposita en el enjuiciado.

Por lo que al atender a los argumentos antes vertidos, se debe elevar el quantum de la pena de prisión, básicamente por dos fundamentales razones. La primera con el firme propósito de que al serle otorgada la libertad provisional al sujeto activo, éste de ninguna manera quede excluido de presentar garantía alguna que haga imposible o difícil la reparación del daño y la segunda, porque se considera que al generador de violencia familiar, no se le debe dar un trato tibio, la magnitud del problema y la atención que ha generado en todo el mundo, indica que cada día se incrementan este tipo de conductas en el seno familiar y como reiteradamente se ha dicho la familia es base fundamental de la sociedad, en donde nacen los principios y valores del ser humano, que a través del tiempo se reflejaron en las conductas o costumbres de cada uno los integrantes de la familia, la cual tiene que crecer en un ambiente de respeto hacia ellos mismos y hacia los demás, por todo esto sería factible que como pena mínima se contemplen dos años de prisión y como máxima

seis años, y con ello, se daría pauta a la libertad provisional bajo caución pues evidentemente el término medio aritmético será de cuatro años y de acuerdo al artículo 286 del Código de Procedimientos Penales, se considera delito grave aquél que en término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, por lo tanto, el delito de violencia familiar no sería considerado como grave y sería procedente la libertad provisional bajo caución, remediándose así la deficiencia en cuanto a garantizar la reparación del daño y también abrir la posibilidad de sancionar más severo a quien por las condiciones y circunstancias en las que llevó a cabo la violencia (física o moral) o la omisión grave, se considere que no puede obtener algún sustitutivo de la pena de prisión, o el beneficio de la condena condicional atendiendo a que la actual penalidad, prevista para la violencia familiar permite en cualquier grado de culpabilidad apreciado al delincuente, sustitutivos de prisión y el beneficio de condena condicional, según lo que establece el artículo 70 y 90 del Código Penal, siendo claro que en muchas ocasiones las agresiones son tan brutales que el activo, no debería de tener derecho a tales beneficios.

Con la anterior propuesta, queda de manifiesto que los Jueces de Paz Penales dejarían de ser competentes para tener conocimiento de los asuntos relacionados con violencia familiar, ya que de acuerdo al artículo 72 Fracción I, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los Jueces de Paz Penal, conocen "*De los delitos que tengan..., sanciones privativas de la libertad hasta de cuatro años.*", y tomando como máxima la pena de prisión de seis años, los delitos de violencia familiar serán conocidos por los Jueces de Primera Instancia.

Además de la pena de prisión, el Código Penal al ser reformado e introducir el tipo penal de violencia familiar reconoce como sanciones en el artículo 343-Bis cuarto párrafo, la prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, caución de no ofender y la pérdida de pensión alimenticia, mismas sanciones que encuentran su regulación jurídica en el artículo 24 del Código Penal, y que no fueron contemplados por el artículo 343-Ter del Código Penal, el cual solo estableció pena de prisión para la violencia familiar equiparada, cuando es lógico pensar que debió de establecer también y de manera textual la imposición a la prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender y el tratamiento psicológico especializado, porque tanto los sujetos referidos en el artículo 343-Ter como los mencionados en el artículo 343-Bis son susceptibles de realizar acciones tendientes a alterar la tranquilidad de sus víctimas, quizá con el afán de intimidarlos o atemorizarlos por haber realizado una denuncia en su contra. Y por lo que hace a la pérdida del derecho de pensión alimenticia, esta sanción no corre la misma suerte, toda vez que de acuerdo al capítulo II del Título Sexto del Código Civil, destinado a los alimentos sólo tienen el derecho recíproco de otorgarse alimentos los cónyuges, los concubinos, los padres a sus hijos y viceversa, a falta de los padres los ascendientes más próximos por ambas líneas, o a imposibilidad de los hijos los descendientes más próximos, a falta de ascendiente o descendiente, la obligación recae en los hermanos, y a falta de éstos los parientes colaterales dentro del cuarto grado, hipótesis todas éstas, que no recaen en lo previsto en el artículo 343-Ter del Código Penal, y con lo cual no se puede condenar a la pérdida de este derecho.

Ahora bien, en cuanto a penas y medidas de seguridad, Castellanos Tena únicamente reconoce a la prisión y la sanción pecuniaria como penas y al resto de las mencionadas en el artículo 24 del Código Penal como medidas de seguridad que *"sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos"*¹²³, existiendo desde luego, diferencia entre lo que se debe entender como pena y medida de seguridad.

La pena se entiende como *"una retribución jurídica mediante la cual se alcanza la reivindicación de los valores individuales y sociales"*¹²⁴, la que necesariamente se impone una vez que se ha concluido que un sujeto la merece, por haber resultado responsable de algún ilícito determinado.

Las medidas de seguridad para Mir Puig citado por López Betancourt *"no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena inflige por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo"*¹²⁵, de lo que se infiere que entre las penas y medidas de seguridad existe una diferencia trascendental, eso es, que la pena se impone como una consecuencia directa al que ha cometido un delito, mientras las medidas de seguridad son susceptibles de imponerse aún y cuando no exista todavía el delito, tratando precisamente de evitarlo.

¹²³ Op cit p 324.

¹²⁴ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 5ª ed. Mexico, Porrúa, 1997, p 24

¹²⁵ Ibid p 258.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este tema surge y se hace necesario hacer una breve referencia a las diferencias de estas dos figuras porque en la exposición de motivos que dio origen a la iniciativa de ley de fecha 6 de noviembre de 1997 el legislador confunde su propuesta con los argumentos que vierte, manifestando lo siguiente: "...se plantea, en beneficio de la víctima y para que cese el clima de violencia imperante en el hogar, que el Ministerio Público imponga al probable responsable medidas precautorias o de seguridad, las cuales consistirán en la prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender o las que considere necesarias para salvaguardar la integridad física o psicológica de la víctima..., posteriormente si la Averiguación Previa concluye en el ejercicio de la acción penal, el Juez de la causa, tomando en cuenta los mismos intereses, podría ratificar o modificar estas medidas...", dándoles el carácter de medidas de seguridad y no de sanciones, cuando de la lectura del párrafo cuarto del artículo 343 Bis del Código Penal, a la prohibición de ir a lugar determinado, la caución de no ofender, y la pérdida al derecho de pensión alimenticia se les reconoce como penas y no como medidas de seguridad, sin embargo en la práctica éstas suelen determinarse como medidas de seguridad a favor de la víctima, pudiendo quedar firmes como sanciones en la sentencia cuando es condenatoria.

La prohibición de ir a lugar determinado indica una privación al goce de la garantía deambulatoria consagrada en el artículo 11 Constitucional cuyo contenido indica: "Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general e la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.", observando de dicho precepto constitucional que la prohibición de ir a lugar determinado, resulta procedente, ya que la misma Ley Suprema faculta la pérdida de este derecho cuando así se determine en sentencia dictada por la autoridad judicial, en este caso el Juez, y consiste en imponer al sujeto la orden expresa de no presentarse o trasladarse a un lugar en específico. Se entiende que la finalidad de esta disposición radica en evitar que el agresor se acerque o realice cualquier acción que pueda molestar o pretender ocasionar daño alguno en la víctima o víctimas.

En la caución de no ofender se hace más extensiva la potestad y facultad del Juzgador, pudiendo imponer dicha sanción para que el activo garantice (mediante depósito, fianza, hipoteca etc.), la abstención de ofender, agraviar, insultar etc., a la víctima, caución que será *"ejecutable si el sujeto consuma el daño delictivo cuyo peligro se trata de evitar, su cuantía depende de la importancia que represente el bien jurídico amenazado por el agente y su duración vitalicia o temporal debe acordarse por todo el tiempo en que amenace el peligro delictivo"*¹²⁶, del anterior párrafo González de la Vega, estima que la caución de no ofender representa una medida de seguridad, no obstante ello, se reitera que el Código Penal, la contempla

¹²⁶ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado, precedido de las reformas de las leyes penales en México. 10ª ed. México. Porrúa, 1992. p 140.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

como sanción a quien ha cometido violencia familiar y la cual puede imponerse como pena en una sentencia condenatoria.

La pérdida de derecho de pensión alimenticia es otra pena que menciona el artículo 343-Bis del Código Penal. Esta pena encuentra su principal fundamento en el artículo 38 de La ley suprema el cual en lo conducente dice: *"Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: ...VI Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. La ley fijará en los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos del ciudadano y la manera de hacer la rehabilitación"*, de tal suerte que la pérdida al derecho de pensión alimenticia se encuentra dentro de estos derechos, de los cuales la Constitución otorga la posibilidad de ser impuestos como pena en una sentencia, que será en perjuicio de quienes ejerzan actos de violencia familiar y quienes tenían el derecho de recibirla por parte de la persona contra la que hayan cometido dicho ilícito, siempre y cuando recaiga en los cónyuges, los concubinos, los padres hacia sus hijos y viceversa, en su defecto, de los ascendientes más próximos por ambas líneas, o de los descendientes más próximos, a falta de ascendiente o descendiente, en los hermanos, y los parientes colaterales dentro del cuarto grado, según se aprecia del capítulo II del Título Sexto del Código Civil destinado a los alimentos.

Según el contenido del artículo 343-Bis del Código Penal, el tratamiento psicológico especializado, en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, por lo que si una persona ha sido condenada a una pena privativa de libertad mínima, esto es de seis meses (pena actual), éste será el tiempo que durará

el tratamiento psicológico, sin embargo, es preferible optar por condenar al dicho tratamiento omitiendo referencia el cuanto al tiempo, pudiendo ser menos o más de la pena de prisión impuesta, con el propósito de que el sujeto lleve a cabo un verdadero tratamiento hasta concluirlo sin restricción o sobrado tiempo. La autoridad ejecutora puede colaborar con tal cometido solicitando informe al lugar en donde se le otorgue dicho tratamiento al sujeto y saber cuando el mismo ha concluido de manera satisfactoria, avalado desde luego dicho informe por peritos expertos en la materia, quienes rendirán su diagnóstico, pues suele suceder que algunos sujetos requieran de mayor tiempo que otros para poder responder positivamente al tratamiento psicológico. Esa es la razón por la que se pretende dejar sin efecto la imposición del tiempo en el tratamiento impuesto al sujeto activo.

Asimismo el multicitado artículo 343-Bis en su párrafo cuarto destinado a la pena inserta una oración que causa sorpresa que indica que sancionará la Violencia Familiar "independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas...", la cual pone en marcha la posibilidad de sancionar al sujeto activo, por el delito de violencia familiar y además por el de lesiones.

Esto a todas luces, contraviene lo dispuesto por el artículo 23 Constitucional que indica "*Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia*", de acuerdo a la disposición constitucional, lo establecido en el Código Penal, de sancionar en forma independiente las lesiones que se produjeran en el pasivo, resulta violatorio a la

garantía de seguridad jurídica establecida en el artículo 23 de la Ley Suprema, pues es claro que no se debe juzgar a una persona dos veces por un mismo delito, en este entendido, se tiene que al ser consignada una persona por violencia familiar y además por lesiones, producidos por los mismos hechos, equivaldría a estar recalificando la conducta del activo en su perjuicio, repercutiendo en la imposición de una doble sanción por los mismos hechos, lo cual no puede suceder, porque como se atendió en el momento correspondiente, la conducta en el tipo de violencia familiar, se basa únicamente en ejercer violencia física, moral u omisión grave en contra de un miembro de la familia, esto es, hablando sólo de violencia física, se dijo que ésta consistiría en golpes, empujones, rasguños amarres etc., dirigidos a un pariente, luego entonces, la violencia física es en sí misma constitutiva del delito en estudio, de donde va a partir la investigación y si la víctima presentara lesiones, es obvio que se está frente a violencia de carácter físico, en donde el activo ejerció fuerza material para cometer tal ilícito, por lo que resulta improcedente la posibilidad de sancionar las lesiones producidas como delito independiente.

Realizado el análisis de las penas que prevé el Código Penal, para la violencia familiar un aspecto que resulta relevante destacar es que al contemplarse las sanciones para dicho delito no se estableció la pérdida de derechos, contemplada en el apartado 12 del artículo 24 del Código Penal, consistentes en la patria potestad, pérdida de custodia para quien la ejerce sobre la víctima y sea desde luego el que realice actos de violencia familiar. Y para el caso de la tutela, la suspensión de ese derecho, puede decretarse de oficio por el Juez en estricto cumplimiento del artículo

46 del Código Penal, y será aplicable desde el momento en que la sentencia cause ejecutoria y durará por el tiempo que dure la condena.

Se ha señalado con demasía, que la violencia doméstica como también suele denominársele, genera desestabilización en la persona sobre la que recae, por el maltrato de carácter físico, moral o alguna omisión grave que afecta directamente la personalidad e integridad física y psíquica de la víctima.

En muchos de los casos se encuentran los menores de edad sujetos a patria potestad o incapacitados sujetos a tutela, guarda y custodia, quienes sufren la agresión directa de quienes ejercen sobre ellos estos derechos, en tal grado que se hace imposible la convivencia armónica entre éstos.

La Constitución Política no ha inadvertido esta situación, toda vez que el artículo 4° expresa *"los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para proporcionar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos"*.

De ahí que si en los delitos de corrupción de menores, privación ilegal de la libertad, abuso sexual, violación, si se contempla la pérdida de estos derechos, en el caso particular, en el que se está en presencia de una conducta específica del problema social que cada día ocurre con más frecuencia y con más crueldad se debe optar por sancionarse con la misma determinación.

La anterior alternativa, encuentra debido sustento en la legislación penal, ya que como se ha manifestado dentro del Capítulo I, Título Segundo del Libro Primero destinado a las Penas y Medidas de Seguridad, el artículo 24 del Ordenamiento Punitivo da pauta a establecer como sanción la privación de derechos y en lo que toca el artículo 45 fracción II del Código Penal, de igual forma establece que "La suspensión de derechos es de dos clases: ...II. La que por sentencia formal se impone como sanción" y sobre todo como se apunto en líneas anteriores la propia constitución marca la pauta para poder ser viable la sanción encaminada a la pérdida de patria potestad, tutela, guarda y custodia para quienes la tengan y ejerzan actos de violencia familiar, sin previo juicio de orden familiar.

3.4.1 AGRAVANTES AL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

La conducta violenta que proviene de un miembro de la familia dirigida a otro, ha sido atendida por la legislación penal, de manera que se creó el delito de violencia familiar con el propósito de acabar o erradicar dicha conducta.

Empero la legislación resulta equivalente al sancionar la comisión del delito, para cualquiera que sea la víctima, lo que indica que se aplica el mismo parámetro de sanción para quienes cometen el delito en contra de menores, ancianos o incapacitados.

La posición que se adopta, en el presente apartado va encaminada a diferenciar que cuando una conducta violenta (física o moral) así como la omisión grave son ejercidos en contra de un menor, un anciano o incapaz, se debe optar por ser mayormente sancionada de acuerdo a las siguientes consideraciones.

Se debe partir por mencionar que el Código Civil en su artículo 646 establece que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos, lo que indica que los menores de edad serán todos aquellos individuos que aún no tengan los 18 años cumplidos que establece la ley civil, es así que dentro de éstos se encuentran los niños y adolescentes, ya que fisiológicamente la pubertad comienza de entre los once o doce años de edad aproximadamente.

Precisado lo anterior, es trascendente destacar que los menores representan un porcentaje considerable de víctimas de violencia familiar y sin duda alguna, la calidad de vida, los valores inculcados y aprendidos desde el seno familiar, determinan la personalidad del individuo. Desde temprana edad los seres humanos tienen derecho a crecer como hombres y mujeres pensantes, en donde no exista relación de sumisión o subordinación, sino de un debido y adecuado ambiente armónico.

Ello se confirma con la reforma Constitucional de abril del 2000, en el artículo 4° dentro del cual quedaron comprendidos los derechos hacia los menores, en este sentido la Constitución dice: *"Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su*

desarrollo integral... El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez", destacando así la preocupación para una mayor protección hacia los menores.

Pues es bien sabido que cuando los niños y niñas crecen en un ambiente de violencia degenerativo de adecuadas relaciones entre padres e hijos (o parientes) se forma un foco de agresión que con el paso del tiempo producirán conductas antisociales, lo que indica que las personas que provienen de hogares con clima de violencia, reproducen las mismas actitudes y conductas que sus padres.

Es así que se creó la Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en la queda manifestado que los principios rectores de la protección de las niñas, los niños y adolescentes son el de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo, el de tener una vida libre de violencia y el de corresponsabilidad de los miembros de la familia, el Estado y sociedad (artículo 3), también se toman en cuenta los derechos y deberes de su madre, padre y demás ascendientes, tutores y custodios u otras personas que sean responsables de los mismos (artículo 7), por lo que en este sentido el artículo 11 de la ley en comento establece que "Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes: A. Proporcionar una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo..., B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio (sic), daño, agresión, abuso, trata

y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo".

Con las disposiciones que han surgido a mejorar la calidad de vida y proporcionar al menor un estado de derecho, queda de manifiesto la protección que el Estado ha brindado a los menores de edad, por ser quienes representan el futuro social del país.

Al lado de los menores, se encuentran las personas adultas mayores que según lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley de los Derechos de las Personas adultas mayores en el Distrito Federal son "Toda persona de sesenta años de edad en adelante...", para dichas personas también se hace necesario implementar una pena agravada del delito de violencia familiar para quien lo cometa en contra de estas personas, debido a que han surgido casos en que la víctima directa de malos tratos de índole físico, moral u omisiones graves es precisamente el que cuenta con sesenta años de edad o más.

Tal ha sido la observancia de estas conductas perjudiciales para las personas mayores de sesenta años, que se ha creado la Ley de los Derechos de las Personas adultas mayores en el Distrito Federal en la que entre otras disposiciones señala que uno de los derechos fundamentales de las personas que cuentan con más de sesenta años de edad tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser respetados en su persona, en su integridad física, psicoemocional y sexual, a recibir protección

por parte de su familia, a vivir en el seno de una familia, o a mantener relaciones personales y contacto directo con ella aún en el caso de estar separados.

También se establecen las obligaciones de la familia, que entre otras "deberá cumplir su función social, por tanto de manera constante y permanente deberá hacerse cargo de cada una de las personas adultas mayores que formen parte de ella, conociendo sus necesidades" (artículo 6), además de otorgar alimentos acorde a lo establecido en el Código Civil, evitar que alguno de sus integrantes cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia o actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos". Es indudable que la situación de las personas de sesenta años en adelante ha motivado la pronunciación del Estado a través de la formulación de la Ley de los Derechos de las Personas adultas mayores en el Distrito Federal a efecto de brindarles mayor protección y bienestar.

Tampoco se debe dejar de observar que dentro de este rubro, se encuentran las personas con discapacidad o incapaces, este último término es el que adopta la legislación mexicana, sin embargo en la presente investigación ambos conceptos se utilizarán indistintamente.

Según el Código Civil "*Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad, y II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan*

governarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla", dentro de los que cuentan con capacidad natural y legal en razón a la edad, ya quedaron comprendidos en líneas anteriores, toca el turno a los mayores de edad con alguna discapacidad entendiéndose por tal una "deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que hace que las personas requieran de apoyos especiales para lograr su independencia y plena integración social"¹²⁷, quienes sin duda alguna, no se escapan de ser víctimas de maltrato físico, moral u omisión grave, por parte de algún miembro de la familia, resultando personas con iguales derechos y obligaciones como cualquier otra, puede presentarse el caso, en que los discapacitados son rechazados por sus mismos padres por no ser un niño o adulto "normal", éste tiende a necesitar mucho más cuidados que cualquiera que no tenga alguna discapacidad provocando en la persona que cuida al discapacitado irritación, fatiga, estrés, desembocando en actos y conductas violentas que merman la fragilidad y autoestima del discapacitado.

Las razones y argumentos expuestos, pugnan por establecer una sanción agravada a quienes ejerzan violencia física, moral u omisión grave en contra de un menor de edad, persona adulta mayor y discapacitados. En el caso de los menores de edad se aprecia un serio daño personal y social, así como un entorpecimiento para el correcto desarrollo familiar y consecuentemente social, trascendente para el

¹²⁷ SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL DE LA DIRECCIÓN DE ATENCIÓN A LA VIOLENCIA FAMILIAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EQUIDAD Y DESARROLLO SOCIAL, COMISA, VIOLENCIA FAMILIAR, una cuestión de Género, documento de apoyo para participantes, México 1999, p 22.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

desarrollo y crecimiento del país, en las personas adultas mayores resulta reprobable la violencia perpetrada hacia éstos al igual que en los discapacitados ya que éstos dos últimos son una parte del todo en la vida del ser humano y de la sociedad, no solamente no se escapan de la violencia sino que son las víctimas más fáciles y frecuentes. El maltrato hacia la persona con discapacidad, sea cual fuere la edad, es una conducta destructiva que ocurre en el contexto de una relación que, generalmente, reviste suficiente intensidad, frecuencia y "confianza", como para producir efectos nocivos de carácter físico, psicológico, social y económico de innecesario sufrimiento, así como deterioro de la calidad de vida en las personas mayores.

De esto, se está en posibilidad de proponer la alternativa de establecer una circunstancia calificativa que agrave la sanción prevista para el delito de violencia familiar, cuando se cometa en contra de los menores, persona adultas mayores (60 años ó más) e incapacitados.

3.5 LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En la mayor parte de asuntos de carácter penal, la denuncia presentada por algún ofendido o víctima, reviste un aspecto trascendental, esto es, que la afectación de la cual han sido objetos, quede de alguna manera reparada o subsanada.

De las penas y medidas de seguridad previstas en el artículo 24 del Código Penal, dentro del apartado 6 se establece la sanción pecuniaria, que comprende entre otras, la reparación del daño que ha sido entendida como *"un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal"*¹²⁸.

Así es que, al ser reformado el Código Penal, en su artículo 30 se estableció lo siguiente:

"La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible el pago del precio de la misma:

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Tratándose de los delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo".

La Fracción I en donde cabe la posibilidad de restitución o pago, no es aplicable a quienes cometan el delito de violencia familiar, porque la alteración en la salud (ya sea física, psíquica o ambas) no tiene restitución o pago alguno, en el sentido al que alude dicha fracción, por ello, se reformó la fracción II, que va encaminada a imponer como sanción al que cometa el delito de violencia familiar el pago de tratamientos, psicoterapéuticos y curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

¹²⁸ COLIN SÁNCHEZ, op cit p 723

Con ello se establece la posibilidad de que el sujeto activo, tenga como sanción de su proceder delictual el pago de los servicios médicos de cualquier índole, tendientes a la recuperación de la salud de la víctima, que ha sido deteriorada por la conducta ilícita del activo.

Sin embargo, en la práctica se observa que dicha reparación no se actualiza eficazmente, el Ministerio Público omite ofrecer o allegar al C. Juez los medios de prueba idóneos, conducentes a cuantificar o determinar la indemnización del daño material que en este caso, incluye el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos de la parte agraviada, limitando su pedimento a solicitar la reparación del daño, en términos de ley, sin que aporte elemento probatorio alguno, tales como recetas, honorarios del servicio médico, facturas, tickets de gastos generados en medicamentos etc., para darle sustento a la solicitud de reparación del daño y si bien el artículo 34 párrafo primero parte segunda del Código Penal dispone que *"La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales"*, en la mayoría de los casos, las personas no logran allegar estos elementos probatorios a la autoridad ministerial, ni judicial, por desconocimiento a dicha disposición y a la vez por la falta de atención por parte de los representantes sociales para realizar un verdadero papel acusatorio dentro del proceso.

Queda entonces precisado que para condenar a la reparación del daño en su modalidad de indemnización material, se debe de acreditar el costo de los tratamientos a que se refiere la fracción II del artículo 30 del Código Penal y cabría pensar que con la frase "*tratamientos psicoterapéuticos*", también queda comprendido el daño moral causado a la víctima, lo que no es posible como se expone más adelante.

Debatido ha sido el tema del daño moral, en donde se cuestiona hasta que punto el daño causado en la mente, en la personalidad, en el autoestima de la víctima queda reparado, se piensa que con una suma de dinero se indemniza al agredido de los daños causados moralmente, y de hecho en la legislación mexicana civil así se contempla o se entiende, encontrando en este sentido la siguiente jurisprudencia:

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN. De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

No obstante, ello opera en materia civil, pero en materia penal parece ser más difícil de hacer valer el daño moral y en el delito de violencia familiar, se pudiese pensar que al condenar al pago de los tratamientos psicoterapéuticos, se está castigando el daño moral causado en la parte ofendida, sin embargo esto no es así, pues lo único que se hace es pagar de manera monetaria los gastos generados a causa de una atención médica especializada, y esto no indica que se esté reparando el daño causado en los sentimientos, autoestima, frustración del ofendido.

Ahora bien, la parte afectada cuenta con la vía civil para hacer que se le indemnice por daño moral pues del contenido del artículo 34 penúltimo párrafo del Código Penal, se desprende que *"Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente"*, ante ello la víctima tiene la absoluta libertad de poder proceder en materia diversa a la penal, ampliando sus alternativas para exigir la mencionada reparación o subsanación del daño ocasionado.

3.6 ALTERNATIVAS EN EL DERECHO FAMILIAR

Al tiempo que surgieron las reformas en materia penal, respecto a tipificar las conductas violentas dentro del seno familiar, surgieron sobre el mismo tema las

reformas en materia civil, ampliando con esto la diversidad de acciones que tiene una víctima de violencia familiar, para reclamar sus derechos ante la autoridad.

Sin embargo, como es sabido el derecho penal es netamente público y el derecho familiar privado, en razón a esto se da un enfoque un tanto diferente a la violencia familiar. El derecho penal, lo concibe como una conducta delictiva, aludiendo a una ilicitud propiamente dañosa y lesiva para la familia y consecuentemente de la sociedad observando al agresor con personalidad delictiva. El derecho familiar al unsono que el derecho penal también lo observa lesivo para la familia con la salvedad de que éste último pretende con sus disposiciones salvaguardar y tutelar los derechos de las personas integrantes de la familia, sin que se remita a penalidades propias del derecho penal, dando cabal cumplimiento al mandato constitucional consagrado en el artículo 17 Constitucional.

Al ser reformado el Código Civil, plasmó dentro del Título Sexto, además del parentesco y los alimentos a la violencia familiar, por lo que el Capítulo III de este Título Sexto se denominó "De la violencia familiar", que comprende del artículo 323 Ter al artículo 323 Sextus, mismos que se transcriben para los fines de la presente investigación.

"Artículo 323 Ter.- Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.
A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Artículo 323 Quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones. La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

Artículo 323 Quintus.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Artículo 323 Sextus.- Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código."

Las diferencias que se aprecian entre lo estipulado en la legislación civil y la penal son primeramente que el artículo 323 Quáter del Código Civil alude a una circunstancia de lugar al manifestar que "*independientemente del lugar en que se lleve a cabo*", situación que no refiere el Código Penal, pero que aunque no lo mencione textualmente al no obrar ninguna referencia en cuanto al lugar, se debe entender que resulta indistinto en donde se realice la conducta ilícita para poderse configurar el delito.

Otra mínima diferencia radica en que el Código Civil no limita el grado de parentesco, respecto de la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio (el agresor), al sólo mencionar en el artículo 323 Quintus que se

considera violencia familiar la conducta..., llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio y de los parientes de ésta, cuando el Código Penal impone que también se ejerce violencia familiar en contra de la persona que se encuentra unida fuera de matrimonio y de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona.

Tampoco pasa inadvertido que el Código Civil no impone calidades específicas en las personas que pudiesen considerarse como agresoras, sólo se limita a referir que se ejerce violencia familiar en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma y nunca hace alusión a determinar una especificidad en las personas que cometieren la violencia familiar.

Marcadas estas diferencias, la de mayor trascendencia es la que se refiere a la imposición de una sanción para quienes cometen violencia familiar, estos es, la legislación penal como ya se dijo impone la privación de libertad como pena relevante, mientras que la legislación civil sólo impone la reparación de los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta y cuando dice que *"con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan"*; da pauta para poder proceder en materia penal o administrativa, independientemente de la vía civil.

De ello se desprende que las personas que son víctimas de maltratos o de omisiones graves pueden optar por reclamar su derecho por cualquiera de las vías legales reguladoras de dicha conducta. A lo largo de la presente investigación se ha

hecho extensiva la forma en que se puede llegar a acreditar la violencia familiar penalmente hablando. Toca entonces realizar una breve exposición de las alternativas que ofrece el derecho familiar.

Al ser introducida la violencia familiar en el Código Civil, se le ha otorgado un enfoque puramente civilista, de ello deriva por una parte la sola imposición a reparar los daños y perjuicios, figuras jurídicas netamente civiles. Y por otra, se ha considerado a la violencia familiar como:

- 1.- Una causal de divorcio (artículo 267 Fracción XVII y XVIII) del código Civil
- 2.- Para solicitar la revocación de las donaciones antenuptiales (artículo 288)
- 3.- Como causa de suspensión o cesación de la obligación de dar alimentos (artículo 320 Fracción III).
- 4.- Según la fracción III del artículo 444 del Código Civil, da origen a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, en este caso, sólo opera en contra del menor, pues ha quedado precisado que son sujetos a patria potestad los menores.
- 5.- También se invoca violencia familiar como una causa para la separación de la tutela, para el tutor que ejerza dicha violencia familiar en contra de la persona que está sujeta a su tutela (artículo 504 Fracción VII).

Cabe señalar que cuando existe violencia familiar, la víctima puede acudir ante el Juez de lo Familiar e iniciar una controversia de orden familiar, como se establece en el Título Decimosexto Capítulo Único del Código Civil, de manera independiente y no como una causal de los casos antes referidos, mediante escrito o por medio de comparencia.

Entonces el C. Juez de lo Familiar al tener conocimiento que incumba o recaiga en violencia familiar tendrá en primer lugar que correr traslado a la parte demandada, para que comparezca dentro de los 9 nueve días y en ese mismo proveído señalará el día y la hora para la celebración de una audiencia privada, en la que exhortará a los involucrados a fin de que realicen un convenio, para hacer cesar los actos de violencia, audiencia en que las partes podrán ofrecer pruebas, en caso de resultar desfavorable la audiencia, el Juez procederá a tomar las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida, según lo establece el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, en este aspecto el artículo 323-Sextus del código Civil en su párrafo último señala que "*En todas las controversias derivadas de violencia familiar, el Juez dictará las medidas a que se refiere la fracción VII del artículo 282 de este Código*", por lo que al remitirse a dicha estipulación se observa que el Juez de lo Familiar podrá:

- a).- Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b).- Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c).- Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

Medidas que se aplicarán sólo mientras dura el juicio, según la parte primera del artículo 282 del Código Civil.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Como se dijo, si las partes no lograron un arreglo mediante el convenio, se fijará fecha para una nueva audiencia que se celebrará dentro de los 30 días contados a partir del auto que ordene el traslado, esto indica que en estos 30 días están incluidos los 9 días que se dan a la demandada para que comparezca, así como el día de la primera audiencia.

Luego entonces, en esta segunda audiencia, las partes aportarán las pruebas que hayan ofrecido, se desahogarán, el Juez las valorará y también tendrá en cuenta los informes, escuchará la opinión de especialistas o Instituciones especializadas en la materia, con lo que podrá dictar su fallo en el mismo momento de la audiencia de ser posible y si no fuese así dentro de los ocho días siguientes, según se aprecia del artículo 949 del Código de Procedimientos Civiles.

El fallo o sentencia que pronuncie el Juez de lo Familiar tendrá como única sanción "reparar los daños y perjuicios" que se ocasionen con dicha conducta, según se estipula en el artículo 323 Sextus del Código Civil.

Entendiéndose por daño "*...la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*" (artículo 2108 del Código Civil) y por perjuicio "*la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*" (artículo 2109 del Código Civil),

De los anteriores preceptos, la legislación civil, sólo se refiere al daño y al perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación proveniente de un acuerdo de voluntad, en tal sentido el artículo 2104 del Código Civil dice: "*El que estuviere*

obligado a prestar un hecho o dejarse de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios ..., el que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención", sin embargo, dada la limitación del alcance de estas dos figuras la doctrina, se ha manifestado y en este sentido considera que los daños y perjuicios pueden ir más allá de lo reglamentado en la legislación civil, ya que pueden operar "no sólo por violación de un contrato sino en general por todo hecho ilícito o no, generador por la ley, de una responsabilidad que se debe traducir en una indemnización"¹²⁹, asimismo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, puede derivar de un hecho ilícito realizado por el hombre.

Cabe distinguir cuándo sólo se habla de la reparación de daños y perjuicios o se trata de una indemnización, en el primer aspecto, se trata de resarcir o dejar en el estado en que se encontraba la cosa antes de serle ocasionado el daño, y la indemnización surge cuando se trata de reparar algo que no puede dejarse en el estado en que se encontraba antes de ser dañado, menoscabado o deteriorado. En esta consideración se piensa que la indemnización es la palabra adecuada para establecer los daños y perjuicios a los que deberá ser condenado aquél que cometa violencia familiar en los términos del Código Civil, en este entendido y ante la naturaleza de la conducta conocida como violencia familiar que en la mayor de los casos prevé un daño moral, mismo que el artículo 1916 del Código Civil establece como aquélla afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos,

¹²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES TOMO II. Porrúa, México, 1998, pp 744 y 745.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, es procedente condenar a la indemnización de éste, bajo los lineamientos que marca el numeral en cita, que desde luego siempre se regula mediante la entrega de dinero.

Así es que la víctima de violencia familiar que proceda bajo las reglas contenidas en la legislación civil, sólo se verá beneficiada a la entrega de cierta cantidad en numerario por parte de su agresor, como una indemnización a los daños y perjuicios ocasionados con su ilícita conducta por ser la única forma de sanción que señala el Código Civil, estando facultado el Juez de lo familiar para dejar firme aquella o aquéllas medidas precautorias que hubiere impuesto, atendiendo al interés y bienestar de la víctima, así como decidir respecto de la patria potestad en caso de menores, guarda y custodia, tutela, atendiendo a lo solicitado en el escrito de demanda.

Como una apreciación personal el Derecho penal y el Derecho Familiar ofrecen acertados beneficios, a las víctimas de la violencia familiar, como son:

EL DERECHO PENAL

a).- Una pena privativa de libertad al responsable, con la opción para éste último de obtener su libertad provisional bajo caución. (atendiendo a la posición que se adopta en el presente trabajo).

- b).- A la reparación del daño proveniente del delito.
- c).- Con la propuesta que se hace en el presente trabajo, la pérdida de derechos, como son la tutela, la patria potestad, guarda y custodia, sin previo juicio civil.
- d).- La imposición en carácter de sanciones como la prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender, y la pérdida al derecho de pensión alimenticia.
- e).- Además el tratamiento psicológico especializado para el delincuente, poniendo singular énfasis en la problemática social que su conducta ilícita representa.

EL DERECHO FAMILIAR

- a).- Un juicio denominado controversia de orden familiar, en donde se da a la parte actora y demandada la posibilidad de llegar a un convenio, a efecto de evitar mayores conflictos familiares.
- b).- Ordenar desde que inicia el juicio, las medidas precautorias que debe acatar el agresor y en caso de resultar una sentencia en su contra, dichas medidas quedarán firmes a juicio del Juzgador.
- c).- Ordena la reparación de daños y perjuicios para el agresor a favor de su víctima.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sin duda alguna la familia constituye la base de la sociedad, en el núcleo familiar es donde nacen los principios y valores que determinan la calidad de vida del sujeto y por lo tanto el crecimiento satisfactorio de una sociedad.

SEGUNDA.- Con la creación del tipo penal de violencia familiar, se ha establecido una forma de apoyo a las personas que sufren agresiones verbales, físicas u omisiones por parte de los integrantes de su misma familia, que al mismo tiempo tiene la finalidad de controlar y erradicar las conductas lascivas que se ocasionan en el seno familiar.

TERCERA.- En el delito de violencia familiar debe adoptarse la denuncia como único requisito de procedibilidad, dejando sin efecto la querrela, atendiendo a que la violencia familiar es una conducta aberrante que trastoca de manera grave los intereses particulares del integrante de la familia ocasionando un deterioro a la calidad humana, que repercute en el beneficioso desarrollo social de una nación, por lo que de ninguna manera pueden dejarse espacios a la burla, de quienes atacan la integridad física, moral, o ambas de un familiar.

CUARTA.- Al crearse el tipo penal, se omitió proponer la calidad específica en cuanto a los parientes afines en la línea recta ascendente o descendente, esto es la suegra o nuera, el suegro o yerno quienes no escapan a la posibilidad de cometer el delito de violencia familiar, si se toma en cuenta que en los hogares

mexicanos aún se estima que viven en la misma casa y por consiguiente tengan convivencia los nuevos consortes y alguno de sus ascendientes.

QUINTA.- Es jurídicamente imposible imputar el delito de violencia familiar a quien ejerce violencia u omisión grave en contra de los parientes de la persona con quien se encuentra unida fuera de matrimonio, hasta el cuarto grado y por afinidad, como lo refiere el artículo 343-Ter del Código Penal, dado que el Código Civil, sólo reconoce el parentesco por afinidad aquél que se adquiere por el matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos; no existe parentesco por afinidad para las personas unidas fuera de matrimonio y sus respectivos parientes consanguíneos. Ante tal imprecisión legislativa, una posible solución lo es el de referir textualmente "quien ejerza la conducta descrita en contra de los parientes consanguíneos de la persona con quien se encuentre unida fuera de matrimonio".

SEXTA.- También se dejó de observar como activos del delito al padrastro o madrastra, quienes representan un considerable número de agresores dado el rechazo a los hijos que su pareja procreó en alguna relación anterior.

SÉPTIMA.- Para los efectos de la reparación del daño y sustitutivo de la pena de prisión se hace necesario modificar la pena privativa de libertad prevista en los artículos 343-Bis y 343-Ter que equivale a poder establecer la pena mínima de dos años de prisión y una máxima de seis años.

OCTAVA.- Se omite en el delito de violencia familiar equiparada, la imposición de sanciones, tales como la prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender, y tratamiento psicológico especializado.

NOVENA.- No debe imponerse temporalidad para el tratamiento psicológico especializado, pues el tiempo de su duración tiene que ser el que sea necesario a juicio del especialista para lograr una verdadera curación psicológica al delincuente.

DÉCIMA.- No es procedente sancionar el delito de lesiones de manera independiente como lo refiere el artículo 343 Bis del Código Penal, ya que de hacerlo se estaría imponiendo al delincuente dos sanciones por los mismos hechos (violencia familia y lesiones), vulnerando garantías individuales.

DÉCIMA PRIMERA.- Debe condenarse a los responsables de violencia familiar equiparada a la pérdida de patria potestad, guarda y custodia cuando la ejerzan sobre sus víctimas.

DÉCIMO SEGUNDA.- Se propone una pena agravada a quienes cometan el delito de violencia familiar en contra de un menor de edad, un anciano y un incapacitado, quienes por su condición resultan más frágiles y propensos al maltrato de quienes los "protegen", cuando por el mismo estado en que se encuentran merecen mayor atención, cuidado, comprensión y cariño.

DÉCIMO TERCERA.-Para hacer valer con eficacia la disposición contenida en el artículo 30 del Código Penal reformado, consistente en condenar a la reparación del daño al responsable del delito, mediante la indemnización del daño moral y material, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos, el Ministerio Público como Representante de la Sociedad tiene la obligación de aportar al Juzgador los elementos necesarios para cuantificar el daño.

DÉCIMO CUARTA.- La legislación civil, al ocuparse de la violencia familiar existente, propone una solución diferente, al regular dicha conducta dentro de un juicio denominado controversias del orden familiar, imponiendo como única sanción al agresor, el pago de los daños y perjuicios.

DÉCIMO QUINTA.- Al igual que la ley penal, en la legislación Civil, es viable dejar subsistentes las medidas precautorias, a consideración del Juzgador y en razón al bienestar de la víctima e interés familiar.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho penal, Parte General, Bogotá Colombia, Ed. Themis, 1989, 261 pp.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Derecho Civil (Diccionarios jurídicos temáticos, Volumen I), México, Ed. Harla, 1997.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Buenrostro Baez Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones, México, Ed. Harla, 1990, 484 pp.

CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Generales de Derecho Penal, 41ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, 363 pp.

CASTILLO PATT, María Guadalupe. Apuntes de Derecho Romano 140 pp

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 13ª ed, México, Porrúa, 1992, 724 pp.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., Hernández Barros Julio A. La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana, 2ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, 240 pp.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno filiales), 5ª ed, México, Porrúa 1999, 547 pp.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, 3ª ed, México, Porrúa 1998, 863 pp.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Parte General, 2ª ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, 539 pp.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal comentado precedido de las reformas de las leyes penales en México, 10ª ed, México, Porrúa, 1992, 547 pp.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, Parte General y Parte Especial (Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales), 4ª ed, México Porrúa, 1997, 1027 pp.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Enrique. Derecho de las obligaciones Tomo II, Porrúa, México, 1998 1225 pp.

ISLAS Olga, Ramírez Elpidio. Lógica del tipo en el Derecho Penal, Universidad Autónoma de Coahuila, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1970, 96 pp.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal LA LEY Y EL DELITO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Ed. Sudamericana, 1990, 578 pp.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, 7ª ed, México, Porrúa, 1999, pp.313.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, 2ª ed, Colombia, Ed. Temis Bogotá, 1989, 642 pp.

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 2ª ed, México, Porrúa, 1998, 714 pp.

Mc GOVERN, Ann, (Traducción por Albertina Juliot). Preguntas y respuestas sobre el cuerpo humano. Colección Estrella del saber, Sigmar, Buenos Aires, 1979, 68 pp.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General, 2ª ed, México, Cárdenas y Distribuidor, 1990, 459 pp.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, 5ª ed, México, Porrúa, 1992, 429 pp.

MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, 32ª ed, México, Porrúa, 1986, 452 pp.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito, 9ª ed, México, Porrúa, 2000, 217 pp.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal, Parte General, México, Porrúa, 1999, 440 pp.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal, Parte General, 14ª ed, México, Ed. Porrúa, 1999, 558 pp.

PORTE PETIT Condaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 17ª ed. México, Ed. Porrúa, 1998, 508 pp.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Imputabilidad, 4ª ed, Bogotá Colombia, Themis, 1989, 236 pp.

REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General del Delito, 2ª ed, México, Porrúa, 1997, 362 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho civil, Introducción, personas y familia, 26ª ed, México, Porrúa, 1995, 537 pp.

ROXIN Claus. Teoría del Tipo Penal, Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1979, 303 pp.

SAINZ CANTERO José A. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 887 pp.

SMITH, Tony. Enciclopedia de la Salud familiar, Volumen III, México, Interamericana MMc Graw-Hill, 660 a 972 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, 6ª ed. Argentina, Ediar Sociedad Anónima, Industrial y Financiera, 1991, 820 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, 664 pp.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, México 2001.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (Colección Penal) ediciones Delma, México 2001.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, (Colección Penal) ediciones Delma, México 2001.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (Colección Penal) ediciones Delma, México 2001.

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, México 1998, Vigésima Primera ed. pp 1108.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL (Colección Civil), Ediciones Delma, México 2001.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (Colección Civil), Ediciones Delma, México 2001.

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, (Colección Civil), Ediciones Delma, México 2001.

LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. (Colección penal), Ediciones Delma, México 2001.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES; Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de Mayo del 2000.

LEY DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN EL DISTRITO FEDERAL. Gaceta oficial del Distrito Federal de fecha 7 de marzo del 2000.

LEY PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL DISTRITO FEDERAL, Leyes y Códigos de México, Estatuto de Gobierno y Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, 18ª ed, México, Porrúa 1999, 1232 pp.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Amparo directo 4173/53. Héctor González Castillo. 11 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6337/45. Castañeda Esquivel J. Jesús. 15 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. 20 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2677/58. Juan Villagrana Hernández. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza. 16 de febrero de 1961. Cinco votos. Sexta Época Instancia: Primera Sala.

Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte HO. Tesis: 848. Página: 545. Jurisprudencia 390,717.

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN. Amparo directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: No, Adonal Martínez Berman. Amparo directo 2515/89. Construcciones Industriales Tek, S. A. de C. V. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez. Amparo directo 4451/91. Magdalena Monroy Centeno. 11 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patián Romero. Secretaria: Yolanda Morales Romero. Amparo directo 5435/94. Víctor Barrera Rojas. 10 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Máximo Ariel Torres Quevedo. Amparo directo 5685/94. Humberto López Mejía. 2 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Florida López Hernández. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 85, Enero de 1995. Tesis: I.5o.C. J/39. Página: 65.

FUERZA FÍSICA, EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD, Amparo directo 4786/53. Antonio Alcázar García. 21 de abril de 1953. Cinco votos. Amparo directo 86/52. Lorenzo Acosta Velázquez. 19 de febrero de 1954. Cinco votos. Amparo directo 2216/53. Vidal Morales de la Cruz. 10 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5191/48. José Terrón López. 17 de marzo de 1959. Cinco votos. Amparo directo 1348/61. Rosendo Martínez Solís. 11 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte HO, Tesis: 883, Página: 563, Jurisprudencia 390,752.

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN. Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Amparo directo 73/87. Salvador Cardoso Torres y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Séptima Época, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 243. Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página: 299. Aislada 207,561.

LEGÍTIMA DEFENSA, EXCLUYENTE DE. MOMENTO EN QUE OPERA LA. Amparo directo 85/93. Francisco Javier Banda Martínez. 10 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José, Garza Muñiz. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Mayo de 1993. Página: 349. Aislada 216,389.

LEGÍTIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESION. Amparo directo 33/95. Santos Hernández Cortés. 14 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives. Amparo en revisión 60/95. Juez Primero de Primera Instancia de Orizaba, Veracruz. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. Amparo directo 562/94. María del Carmen Pérez García. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Pablo Pardo Castañeda. Amparo directo 553/95. Nabor Rodríguez Elotlán. 9 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Edith Cedillo López. Amparo directo 584/95. Constantino García González. 25 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José, Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, Junio de 1996. Tesis: VII.P. J/14. Página: 647. Jurisprudencia 202, 313.

ECONOGRAFÍA

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie año XXXII No 94, Enero-Abril 1999, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 266 pp.

COROMINAS, Joan. Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 3ª ed, Madrid, Edit. Gredos, 1983, 627 pp.

DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho, 29ª ed, México, porrua, 2000, 525 pp.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, COST-DELE, Editorial Driskill S.A. 1989, Buenos Aires Argentina, 1013 pp.

Estudio sobre el Código Civil, por Manuel Mateos Alarcón, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del D.F. México 1992, 480 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano D-H, UNAM, 13ª México, Porrúa, 1999, 1602 pp.

LAGOMARSINO, Carlos A.R., Salerno, Marcelo V. Enciclopedia de Derecho de Familia Tomo II, DIV-MATR Ed. Buenos Aires, 1994, 726 pp.

LAGOMARSINO, Carlos A.R., Salerno, Marcelo V. Enciclopedia de Derecho de Familia Tomo III, MATR-YERNO, Ed. Buenos Aires, 1994, 944 pp.

SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL DE LA DIRECCIÓN DE ATENCIÓN A LA VIOLENCIA FAMILIAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EQUIDAD Y DESARROLLO SOCIAL, Violencia Familiar, COMISA, México 1999, 48 pp.