



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

"ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR REGULADO EN EL ARTÍCULO 343 BIS EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T

ADRIAN PATIÑO SOLIS



ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LÓPEZ



SANTA CRUZ ACATLAN. EDO. DE MEXICO. MAYO DE 2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

**PAGINACIÓN**

**DISCONTINUA**

A MIS PADRES, EL SEÑOR ADRIAN  
PATIÑO MOJICA Y LA SEÑORA  
MARIA ROSA SOLÍS VAZQUEZ, A  
QUIEN LES AGRADEZCO ME HAYAN  
DADO LA VIDA, QUIENES ME  
ORIENTARON CON SUS SABIOS  
CONSEJOS, Y GRACIAS A ELLOS ESTOY  
EN EL LUGAR AL CUAL HE LLEGADO  
EL DÍA DE HOY, YA QUE SIN ELLOS NO  
HUBIERA ALCANZADO LA META  
FIJADA, Y HACER Y CRECER COMO  
PERSONA TANTO EN EL CAMPO  
PROFESIONAL COMO HUMANO.

CON UN AGRADECIMIENTO MUY ESPECIAL A MI NOVIA AYDÉ COVARRUBIAS ORTEGA, QUIEN ME ALIENTO A SEGUIR CON UN PROYECTO DE VIDA Y DE UNA META, QUE POR UN MOMENTO QUEDO ESTANCADO, A SUS ALIENTOS Y PACIENCIA, A ELLA QUE EN TODO MOMENTO NO CLAUDICO POR HABERME PRESTADO PARTE DE SU VALIOSO TIEMPO Y POR LOS SABIOS CONSEJOS QUE ME BRINDARA PARA LA REALIZACIÓN DE ETA META CON AFECTO Y AGRADECIMIENTO.

**A MI TIO MELCHOR SOLIS VAZQUEZ,  
A QUIEN CON SU EJEMPLO INFLUYO  
EN MI PERSONA A SEGUIR SU  
EJEMPLO, EN SUS CONSEJOS QUE  
SIRVIERON DE BASE A LLEGAR A UNA  
META PROFESIONAL**

**A MIS ABUELOS, EL SEÑOR  
MELCHOR SOLIS HERNANDEZ Y LA  
SEÑORA MARIA DE LOURDES  
VAZQUEZ LOPEZ, LES AGRADEZCO  
TODAS SUS ATENCIONES Y ALIENTOS  
QUE TUVIERON CON MI PERSONA.**

CON UN AGRADECIMIENTO MUY  
ESPECIAL AL MAESTRO RAFAEL  
CHAIÑE LOPEZ POR HABERME  
PRESTADO PARTE DE SU VALIOSO  
TIEMPO Y POR LOS SABIOS CONSEJOS  
QUE ME BRINDARA PARA LA  
REALIZACIÓN DE ESTA META CON  
AFECTO Y AGRADECIMIENTO.

**A MI UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO, CAMPUS  
ACATLAN, LA CUAL CONSIDERO  
COMO MI SEGUNDA CAS Y  
AGRADEZCO QUE ME HAYA DADO LA  
OPORTUNIDAD DE EMPRENDER UN  
CAMINO LARGO EL CUAL DECIDI  
RECORRER DESDE EL MOMENTO EN  
QUE ME FIJE LA META A OBTENER UN  
TITULO PROFESIONAL, A ELLA POR SU  
SABIDURIA.**

**A MIS AMIGOS, QUIENES LES  
AGRADEZCO HAYAN COMPARTIDO  
CONMIGO ALEGRIAS Y ENOJOS ASI  
COMO SUS ALIENTOS Y A SEGUIR  
ADELANTE CON UN PROYECTO DE  
VIDA AL CUAL ME FIJE DESDE EL  
MOMENTO QUE INGRESE A LA  
UNIVERSIDAD**

## INTRODUCCION.

Por medio del presente trabajo, analizaremos el delito de Violencia Familiar, ya que de esta forma de plasmar los conocimientos adquiridos dentro de las aulas, y que son impartidos por profesores que se desenvuelven en diferentes areas dentro del campo del derecho y que a través de la impartición de sus conocimientos adquiridos a través de los años y desarrollo de la practica profesional obteniendo experiencia tanto en la practica como en la teoría, por lo que al realizar un estudio dogmático del delito de violencia familiar y en particular la violencia entre conyuges, que establece el artículo 343 Bis. del Código Penal para el Distrito Federal y se analizaran todos y cada un os de los elementos, del cuerpo del delito que se requiere para su integración, también en su aspecto subjetivo, por el cual lleva a los activos a delinquir; de igual forma estableceremos el delito a través de la dogmática jurídica y dentro de las diferentes teorías que definen al delito dentro de las cuales destacan la teoría causalista, neocausalista y la teoría finalista atendiendo a las reformas que sufrió nuestra carta magna en sus artículos 16 y 19 Constitucionales los que hablan sobre la denominación del cuerpo del delito. así como también el actualmente reformado artículo 122 del Código de Procedimientos Penales y adecuar de esta manera para estar acorde a la ley suprema y a nuestro país (carta Magna), no solo por lo anteriormente expresado, sino también porque el numeral 343 Bis responde a un análisis a la reacción de política criminal del estado, hacia un problema de carácter deductivo que se viene presentando dentro del seno de las familias donde principalmente el conyuge en muchisimas ocasiones es la encargada de la responsabilidad del núcleo familiar. en la que se realizan actos de violencia. y los cuales se pueden reflejar en ira, furia. o bien a través de la violencia moral ó ambas si son ejercitadas sobre la compañera y la Prole. personas normalmente incapaces de defenderse por motivos de la jerarquía que ejercen esas

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

personas. o bien por tratarse las víctimas de personas más débiles que el agresor. como en el caso de las mujeres y menores de edad.

Ya que de la incrustación del rubro delictivo. de la violencia familiar. dentro de nuestra sistemática penal. obedece a la evidente fuente real de derecho como lo hemos expresado ya que en otras muchas naciones como la nuestra, se presenta a diario, en el seno de muchas familias la presencia de la violencia familiar donde impera el abuso de poder de parte de alguno de sus miembros en contra de los demás, normalmente de los considerados jefes de familia en perjuicio de la esposa e hijos, motivo por el cual era urgente controlar dicha problemática por medios legales, como ultima ratio jurídica. ante el fracaso de las medidas antes existentes basadas principalmente en el derecho privado, juez, la intervención del estado para punir dichas conductas atentatorias de la seguridad pública y a esta situación se a venido produciendo en diversas sociedades el estado, no ha podido menor que considerar estas manifestaciones de rudeza. que vulneran de manera grave y casi impune por su reintegración, los derechos de los integrantes de la familia, de las mujeres y niños y que de alguna forma en cubierta no se denunciaban por temor a represarais y además porque no estaba tipificado como delito y frente a esta innegable realidad acostumbradas y que afectaba a un gran numero de familias, el Estado finalmente a tenido que hacer uso de JUS PUNIENDI, como última ratio de la orden jurídico, derivado ello por la impotencia del derecho civil ó administrativo para inhibir tales comportamientos dañinos a la familia y a la sociedad.

Es casi natural que en los hogares normalmente. sea el hombre quien por su superioridad de fuerza física. sea quien imponga su autoridad al resto de los integrantes de la misma al extremo de que esto a menudo se a traducido en abusos del poder que se traducen en acciones delictivas que deben ser catalogadas y punibles como tales.

Resulta indudable que la familia es la institución básica de la sociedad a razón de que es la célula básica de toda sociedad, y a su vez la sociedad es el pilar del estado, y dado que todos tenemos derecho a una vida digna y libre de violencia; nadie pudo sostener que natural ó jurídicamente exista un derecho de propiedad entre las personas, mucho menos un derecho de propiedad del marido sobre la mujer ya que la familia es y a de ser un espacio para que sus miembros se desarrollen a cabalidad como seres humanos, siendo la violencia en el núcleo familiar un elemento de deteriorante incluso destructivo de su unidad esencial.

Desde los más distintos ámbitos de vida de los individuos de sociedad, y en general, para el propio estado la seguridad pública constituye uno de los presupuestos básicos para todos sus desarrollos avances y progresos habida cuenta donde no exista esta ó la que exista resulte ineficaz contra la delincuencia la corrupción ó el abuso de poder, el individuo la sociedad, y el estado se degradaran, pues, para poder sobrevivir en un mundo incivilizado de venganza privada así como de propia mano. Cualesquiera, las áreas de la sociedad donde prolifera el delito ó se solapa su impunidad, estas se degeneraran, con peligro de desaparecer de la comunidad si no hubiera intervenido el poder político idóneo como el penal, para sostener su presencia, normal en la sociedad. Y es que políticamente no se concibe al estado sin paz social. En la escala de los fines que legitiman a este ciertamente podemos señalar la protección a la vida, la salud, la libertad, la familia entre otros, pero dentro todos estos, se destacan el fin relativo a la seguridad pública por ser presupuesto inescapable de la existencia y posibilidad de disfrute de los demás.

Lo cierto es que desde siempre, a partir de sus inicios el estado se tolera solo en tanto es capaz de procurar a los gobernados a la sociedad todo aquello para lo cual fue instituido, la seguridad jurídica y política que

sirvan no solo a tutelarlos bienes de la vida así como la institución de la familia. sino. igualmente a permitir su desarrollo normal, su goce legítimo ó su disfrute cabal con protección contra todos los peligros incluyendo el delito y el ataque a las garantías individuales. De nada servirá a la persona el enunciado dogmática de los derecho humanos. de la seguridad personal ó del respeto dentro de la familia. si estos fines de la vida no pueden gozarse o ejercitarse en libertad o, peor aun si son vulnerados por el delito, la violencia familiar o el abuso de autoridad.

Por otro lado. fuera del área formal y del deber ser que representa la concepción jurídica del delito. el mismo como particularidad existencial de la sociedad, corresponde a un problema serio e irremediable presente y latente, que padece toda comunidad, que provoca inseguridad publica y que por tanto toca al estado tratar de controlarlo. combatiendo. en la posible. erradicarlo. dado que ello constituye uno de los fines legitimantes de su vigencia como organización social de más alta humanidad. El delito prolifera o es en todo tiempo y lugar; ontológicamente, ello de alguna manera podía explicarse como parte atávica del hombre principalmente de aquel no siempre es capaz de someter sus propios instintos que a veces llega hasta la bestialidad, ni de controlar sus impulsos al desorden, al abuso ó antijuricidad. Ciertamente, en muchas sociedades es palpable el temor que vive la ciudadanía por el incremento en la comisión de delitos. la violencia familiar y que por los altos riesgos que provoca la delincuencia organizada no es muy infrecuente que el gobernado, de un lado, por pavor se vea forzado por necesidad a sola por dicha violencia dentro del hogar y por el otro a no salir de la casa a la calle. Indudablemente el derecho que a fin de cuentas más sirva al estado para proteger bienes jurídicos del delito, por su eficacia de poder político y fuerza que posee lo es el derecho penal. ninguna otra norma jurídica, comparada con la sanción de este, se ofrece con una mejor contundencia para contener la integridad de dichos bienes. el orden publico. el progreso del propio estado. del gobernado y en general de la comunidad.

El derecho penal objetivo es, pues, una manifestación controlada constitucionalmente del poder político destinado expresamente, para proteger bienes jurídicos para castigar y prevenir por la fuerza del delito. Sin embargo, con independencia de que existen variados bienes jurídicos particulares y determinados que, por su relevancia para la vida, en común, requiere de la tutela penal del estado, debe considerarse que este finalmente requiere también de una organización especial destinada a proteger bienes y fines más generales y así mismo necesitan el uso de tan extrema coacción que en aras de mantener la seguridad pública, dentro de este rubro se haya la lucha del estado, contra la delincuencia familiar, que por mucho tiempo pasó inadvertida y no por considerarla ajena a la vida, si no porque se presentó confundiendo con el derecho a corregir.

Hoy por fin el legislador recoge de las fuentes reales de nuestra sociedad, la necesidad de incorporar algunas conductas lesivas que se vienen dando dentro de la familia como delitos contra esta y sus integrantes y tutelando de manera acertada dichos bienes jurídicos toda vez que la familia es el núcleo de toda sociedad que a su vez forma el estado y si esta mal el núcleo principal lo estará el estado degenerándose al igual que la familia por lo tanto era necesario regular una de las desviaciones antisociales, que más afectan a la comunidad. Toma de conciencia de un estado democrático que súbitamente recapacitar con sensibilidad en su sistema proteccionista, y que cae en cuenta que no solo debe de proteger a un delincuente contra los accesos del propio estado, sino volver su atención hacia quienes han sido dañados por esa acción delictual puesto que víctimas del delito no solo es el ofendido por el delito mismo, sino las personas que tienen graves daños en su bienestar y en su posibilidad de vida satisfactoria aunque no hayan delinquido y no hayan sido lesionadas por el delito. Desde este punto de vista, por su puesta que la gama de víctimas, además de la sociedad entera, es innumerable, ya que debe de protegerse desde los familiares del propio delincuente, que se ve sustraído por su

acción personal de las posibilidades de atender a su familia, hasta los propios familiares del lesionado del delito.

Dentro de la delincuencia familiar analiza aquellas conductas ilícitas que regulan "las desviaciones antisociales que más afectan a la comunidad por virtud de que es en el seno de la familia donde se desarrolla el individuo y a demas donde encuentran su basamento del estado".

**CAPITULO I**

**ANTECEDENTES HISTORICOS**

**DEL TRATAMIENTO LEGAL A**

**LA VIOLENCIA FAMILIAR EN**

**DIVERSOS PAÍSES**

## **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TRATAMIENTO LEGAL A LA VIOLENCIA FAMILIAR EN DIVERSOS PAISES.**

Resulta especialmente ilustrado el estudio de la doctrina y la legislación extranjera en su posición respecto de la consideración penal de la familia y en su proyección sobre el delito, como base para un examen de su configuración en nuestro Derecho Positivo.

Haremos especial hincapié en el estudio de aquellas legislaciones contemporáneas, tanto europeas como antecedentes en México, que por basarse en una realidad social similar pueden representarse una realidad social similar a la nuestra y pueden representar una interesante aportación.

### **1.1 ALEMANIA.**

El Código penal del Reich de 1871 no contenía una sección especial relativa a los delitos contra el matrimonio y la familia. En su sección XII incluía bajo la rúbrica: Crímenes y delitos relativos al estado civil, solamente la falsificación de estado civil (parágrafo 160 del StGB). Por otra parte los elementos constitutivos de la bigamia y el adulterio estaban encuadrados en la sección relativa a las infracciones contra las costumbres (parágrafos 171 y 172).

Hemos de poner de relieve como a partir de 1909, todos los proyectos de reforma del Código Penal Alemán se han preocupado por la creación de una Sección nueva que comprendiese toda esta gama de conductas, bajo la rúbrica de "Crímenes y delitos contra el matrimonio y el estado civil". Sin embargo, este empeño no se vio realizado hasta el Proyecto de 1927, donde por primera vez se reunieron las disposiciones del Derecho en vigor en una nueva Sección titulada "Crímenes y delitos contra el matrimonio y la familia"

pero fue finalmente, en 1943, cuando se introduce en el Código Penal la nueva Sección XII, bajo la rúbrica "Infracciones relativas al estado civil, el matrimonio y familia" comprendiéndose por primera vez incriminaciones tales como el abandono de familia y la negligencia en los deberes de educación de los menores. Es de señalar como el legislador alemán incluye ya en esta Sección la bigamia (parágrafo 171) y el adulterio (parágrafo 172).

Por otra parte hemos de señalar como aun existen algunas figuras dispersas fuera de la mencionada Sección XII, las cuales tienen como objeto garantizar la protección del matrimonio y de la familia. Pensemos, a título de ejemplo, en el delito de incesto, cuyo bien jurídico protegido es, en primer lugar, la salud física y moral de la familia. En relación a esta figura delictiva, es interesante señalar como el legislador alemán hace una discriminación, que supone una novedad en relación a nuestro Código Penal, entre el incesto propio (unión sexual entre ascendiente y descendiente y entre hermanos) y el incesto impropio (unión sexual entre afines en línea ascendente y descendente). Por lo que respecta a ésta última figura que acabamos de exponer, hemos de hacer la salvedad de que, en relación a nuestro Derecho positivo, son conductas que no se pueden encajar dentro de la figura de "incesto" dada la redacción de nuestro artículo 272 del Código Penal. Serían conductas que quedarían impunes en nuestro Derecho a no ser que se dieran algunos de los requisitos de otra figura delictiva, como por ejemplo el estupro, violación, adulterio. Así mismo vemos como el legislador alemán incrimina el rapto o sustracción de menores en el parágrafo 253, cuyo bien jurídico protegido ha de referirse principalmente al derecho de guarda de los menores.

Posteriormente hemos de destacar como los trabajos sobre el Proyecto de un nuevo Código Penal alemán, elaborados entre 1954 y 1959 por la Gran Comisión de Derecho Penal, revisados por el Ministerio Federal de Justicia y tímalmente aceptados como Proyecto Oficial de Código Penal

por el Gobierno Federal, han suministrado una valiosa fuente de disposiciones relativas a los delitos contra el matrimonio, familia y estado civil, bajo el título especial "Infracciones contra el matrimonio, la familia y estado civil". Titulaciones por lo demás, como podemos ver, muy análoga a la anteriormente referida de la sección XII del Código Penal Alemán. Las infracciones a que nos venimos refiriendo se hallan comprendidas en los párrafos 192 a 203 del mencionado Proyecto de reforma. Sin embargo, hemos de poner de relieve la novedad que supone el que se incluyan en esta Sección anteriormente referida el delito de incesto (párrafo 192); la sustracción de menores (párrafo 196) y la violación de los deberes de vigilancia respecto de los menores. Por lo que a nosotros nos interesa, es de mencionar la nueva gama de figuras creadas por dicho Proyecto entre ellas el abandono de niños (párrafo 197) y la inseminación artificial. Ciertamente, dichas normas o disposiciones represivas no se basan en primer lugar en una necesidad criminológica, sino más bien en el acrecentamiento de la convicción general de la inviolabilidad de ciertas exigencias morales.

En la doctrina Alemana las infracciones contra la familia y las relativas a las costumbres constituyen en el fondo dos grupos de delitos muy diferentes. Sin embargo, los límites entre ambos son fluctuante, y aquellas cuestiones relativas a la función, posibilidades y límites del Derecho penal dentro de este campo de infracciones han sido con frecuencia desarrolladas de manera vehemente.

Los orígenes de los delitos contra la familia como grupos de delitos autónomos se pueden considerar no muy lejanos en el Derecho alemán. Numerosos trabajos elaborados por los juristas alemanes, desde el comienzo del presente siglo, reflejan como objetivo primordial la reforma del Derecho penal alemán en esta materia, y es de señalar el gran papel que juegan la

protección penal del matrimonio y la familia, llegando a ocupar un primer plano.

Una incipiente agrupación de los delitos contra la familia se encuentra ya en LISZT, quien delineó una sistematización científica de la parte especial basándose en la distancia naturaleza del "bien jurídico protegido". Su punto de vista parte de la idea de que, dentro de aquellos intereses lesionados mediante el delito y protegidos por el Derecho penal, deben distinguirse bienes jurídicos de los particulares y bien jurídicos de la colectividad. Por lo que se refieren a los delitos que atacan bienes jurídicos de los particulares nace una subdivisión, aunque primitivamente e incipiente, en diversas categorías: a) delitos contra la integridad y la vida; b) delitos contra los bienes incorporales; c) delitos contra los derechos individuales; d) delitos contra los derechos patrimoniales. El citado autor comprende además dentro de este grupo de delitos contra los particulares y en dos secciones diferentes, los delitos contra la libertad sexual y el consentimiento moral, y finalmente, los delitos contra los derechos familiares que es lo que ahora importa sobre todo. Cabe señalar, en primer término, como LISZT, al hablar de delitos contra los derechos familiares, se refiere de manera especial a los delitos "contra el estado personal" y el matrimonio. Entiende por "estado personal", la posición jurídica que nace como consecuencia de la pertenencia a una determinada familia, en las diferentes relaciones entre los miembros de la misma y de todos los demás hombres.

La supresión y la alteración de estado son considerados por LISZT como ataques directos, y la inducción al matrimonio mediante engaño como delito contra el matrimonio, poniendo de relieve, en este último caso, la conducta del oficial del estado civil o ministro del culto que intervienen dolosamente en la celebración de un matrimonio prohibido: asimismo considera como delitos contra el matrimonio la bigamia y el adulterio. Pero advierte que el delito de adulterio no debe ser considerado como lesión de un

derecho personal del cónvuge. sino como un delito que de manera fundamental lesiona al matrimonio, entendiéndose éste como base del ordenamiento social.

Estudia los delitos contra la familia dentro de aquellos delitos que tienen como bien jurídico protegido los intereses de los particulares, FRANK considera que deben incluirse dentro del grupo de delitos que tienen como sujeto pasivo la sociedad.

A propósito de la bigamia. mantiene FRANK que. al no requerirse este delito auténticas relaciones conyugales, no debe considerarse como un delito contra la moral sino como un delito contra el estado personal; a conclusiones analogas llega el autor respecto del delito de adulterio, basándose en la especial configuración de este delito en el Código alemán. el cual condiciona su punibilidad a la disolución del matrimonio.

Hemos de poner de relieve como MEZGER se ocupa de toda la problemática inherente a la sistematización dogmática de los delitos contra la familia. Con gran acierto considera como base fundamental de su sistema el criterio de la objetividad jurídica, individualizando en el bien jurídico tanto el objeto de la tutela penal como el de la ofensa.

El citado autor incluye los delitos que nos ocupan dentro de aquellos "contra la sociedad". bajo la rúbrica "delitos contra el estado personal. matrimonio y familia". Basándose en una común objetividad jurídica los divide en tres grupos: a) conductas que lesionan el estado personal y el fraude matrimonial: b) adulterio y bigamia: c) conductas que suponen una violación de las obligaciones asistenciales. La sistematización de MEZGER en lo que se refiere a esta categoría de delitos objetos de nuestro estudio tiene un merito indiscutible. ya que supone un avance respecto de posiciones doctrinales anteriores. pues realiza una neta individualización entre los

delitos contra la familia y aquellos contra la moral. con lo que evita el gran confucionismo hasta entonces mantenido. Sin embargo, a nuestro modo de ver, dicha sistematización no es plenamente satisfactoria, ya que engloba indiscriminadamente los delitos familiares con otro grupo de delitos de típica objetividad jurídica indeterminada. como, por ejemplo, aquellos contra la religión y contra la tranquilidad pública.

Asimismo. es muy discutible el considerar estos delitos dentro de los "contra la sociedad"; ya que la familia, aun siendo considerada, como institución autónoma, es representada, a su vez, una forma de sociedad organizada. Por otra parte nos encontramos que, en la concepción de MEZGER. delitos de típica objetividad jurídica indeterminada. como el incesto, se encuentran situados entre los delitos como el adulterio y el concubinato se encuentra entre los delitos contra la sociedad, lo que estimamos incorrecto; ya que, a nuestro modo de ver, la sociedad se puede considerar lesionada solamente de una manera indirecta. Consideramos pues, que los delitos contra la familia constituyen una categoría con vida propia que se han de distinguir tanto de los delitos "contra los particulares" como de los de "contra la sociedad". Sin embargo, no es menos cierto que tienen cierta analogía con ambos: así. con los primeros en cuanto que dichas conductas lesionan los derechos de los particulares y con los segundos en cuanto que tales derechos no pertenecen a los individuos, es decir, no son meros derechos individuales, sino que pertenecen a los particulares en cuanto que son miembros de la sociedad familiar.

Tampoco para WELZEL. en su sistematización de la parte especial. pasa desapercibida esta categoría de delitos, sino que, aunque no muy acertadamente, los incluye dentro de los delitos contra la vida social. Comprendido dentro de esta categoría una gama heterogénea de conductas entre las que se encuentran aquellas que atacan las bases morales de la vida social. Este autor considera en primer lugar los delitos contra el estado

personal. con especial referencia a la alteración y suposición dolosa del estado personal; en esta misma Sección comprende los delitos contra el matrimonio previstos en los párrafos 170, 171 y 172 d, del Código penal alemán y los delitos contra la familia previstos en los párrafos 170 a, 170 b, 170 c y 170 d. del mismo texto legal. bajo la rúbrica "violación de los deberes asistenciales y extramatrimoniales". El citado autor, junto a las conductas que acabamos de señalar, entremezcla otras de naturaleza muy diversa y que realmente nada tienen en común, como, por ejemplo, aquellas que atacan la paz religiosa, la paz de los difuntos y a los animales. En consecuencia, vemos que, a pesar de que WELZEL se había pronunciado en aras de una agrupación sistemática de los diversos "Tatbestände" en base al principio de individualización del bien jurídico, su construcción termina por negar todo valor práctico a dicho criterio.

Como más reciente que las anteriores tenemos la construcción de NIETHEMMER, donde los delitos contra la familia aparece configurados dentro del grupo de delitos que atacan o ponen en peligro al pueblo o al Estado, ya que el citado autor considera la familia como fundamento moral del Estado y del Pueblo y, al mismo tiempo, como la más antigua e importante de las sociedades. Entre los delitos que ofenden la familia hace especial referencia a la falsificación del estado personal, incluyendo asimismo la dilapidación del patrimonio familiar, la violación de la obligación de mantenimiento, el abandono de mujer encinta, el abandono de niños, la bigamia y, finalmente, el adulterio.

## 1.2 ITALIA

El Código Penal Italiano vigente de 1930 se ocupa de la infracciones contra la familia en cuatro capítulos: en el primero, dedicado a los delitos contra el matrimonio, alude a la bigamia (art. 556). El legislador italiano

incrimina como bigamia las conductas de quien estando ligado por un matrimonio anterior, contrae uno nuevo.

Dentro de este capítulo el artículo 558 castiga la inducción al matrimonio mediante engaño; la conducta ha de realizarse por el que, al contraer matrimonio con efectos civiles, por medios fraudulentos oculta al otro conyuge la existencia de algun impedimento que no sea el derivado de matrimonio precedente.

Sin embargo, creemos que el legislador penal debe garantizar la obligación de fidelidad; ya que renunciar a la tutela jurídico penal de la obligación de dicha fidelidad, significaría reconocer que, para el Estado, la Unidad familiar y su armonico desarrollo no constituyen bienes esenciales dignos de ser tutelados mediante sanciones penales.

En el capítulo II, dedicado a los delitos contra la moral familiar, el Código Penal Italiano se ocupa del incesto (artículo 564), en el que se incluyen, a diferencia del Código Penal Alemán el realizado entre hermanos, aunque desde este punto de vista, en un sentido mas amplio que en éste, el cual se refiere únicamente al supuesto de la hermana o descendiente: si bien, por otra parte, el concepto es más restringido, ya que se refiere para su punición la existencia de escándalo público, es necesario señalar, sin embargo, que el Código penal Italiano, al igual que el alemán, se refiere tanto a ascendientes como descendientes: de lo que se deduce que éstos pueden ser sujetos activos o pasivos, siempre que en ellos concurren las circunstancias o condiciones de imputabilidad requeridas por la ley, mientras que en nuestro Derecho también se hace referencia.

El legislador italiano, en este segundo capítulo, se ocupa también de los ataques a la norma familiar por medio de la prensa (art. 563), delito desconocido en esta forma en otras legislaciones, como la nuestra.

En el capítulo III. del Código penal italiano se ocupa, bajo la común denominación de "delitos contra el estado civil de la familia" de diversas figuras delictivas tales como la suposición y supresión de estado, la alteración del mismo y la ocultación de estado de hijo legítimo o natural reconocido. Dichas figuras han sido distribuidas, no muy acertadamente, en tres artículos; el primero de los cuales contiene la suposición y supresión de estado, siendo estas dos figuras delictivas totalmente diversas e independientes entre sí y teniendo cada una de ellas una objetividad jurídica específica. A tenor del mencionado artículo, se comete delito de suposición de estado civil cuando se hace figurar en el Registro de dicho estado un nacimiento inexistente. Tanto el Código toscano de 1853 como el sardo italiano de 1859 prevenía el delito en cuestión entre los de falsedad y, más exactamente, entre aquellos que tendían a impedirlo o destruir la prueba del estado civil de un niño. Para el Código de 1889 la suposición consistía en inscribir en el Registro del estado civil un niño que no existía, expresión, como vemos, diferente a la empleada por el artículo 566 del Código penal Vigente. La supresión de estado consiste, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 566, en la supresión del estado civil mediante la ocultación de un recién nacido. Dicha noción corresponde, en lo fundamental, a la que contenía el artículo 361 del "Código de Zanardelli", salvo la sustitución del término "infante" (niño) por el de "neonato" (recién nacido). La supresión de estado subsiste solamente cuando, mediante la ocultación, se ha impedido que el recién nacido adquiriera un estado civil cualquiera; mientras que, cuando por dicho medio se ha impedido que aquél adquiriera el verdadero estado, estamos ante una auténtica alteración de estado. Por su parte el artículo 567 contempla el delito de alteraciones de estado, que se manifiesta desde una doble perspectiva; la primera, prevista en el primer párrafo del artículo citado, esta constituida por la conducta de "aquel que mediante sustitución de un recién nacido altera el estado civil". y que, como vemos, tiene significado análogo al contenido del artículo 277 de

nuestro Código Penal. respecto del delito de sustitución de un niño por otro. En nuestro derecho de igual forma, que considera constituye este delito el hecho de cambiar el nombre y apellido, alterando con ello la personalidad jurídica del mismo y dificultando su reconocimiento por quien tuviera voluntad de hacerlo. El segundo aspecto de la cuestión en el hecho realizado por "quien en la elaboración de un acta de nacimiento altera el estado civil de un recién nacido, mediante falsa certificación o cualquier otra falsedad". Finalmente, por lo que se refiere a esta categoría de delitos, el artículo 568 regula el delito de ocultación de estado, y prevé la hipótesis de "quien depone o presenta un niño ya inscrito en el Registro de estado civil como hijo legítimo o natural reconocido, en un hospicio o en otro lugar de beneficencia, ocultando su estado". La objetividad jurídica del delito previsto en el artículo 568 es sustancialmente doble, ya que con la ofensa al estado civil del niño abandonado, concurre la violación de la obligación que deriva de la relación de filiación de educar a los propios hijos. Esto explica la clasificación del delito entre aquellos contra la familia, en cuanto que supone una violación de las obligaciones que derivan de las relaciones de filiación y como ofensa a la organización del estado civil de la sociedad parental.

Finalmente, el IV capítulo está dedicado a "los delitos contra la asistencia familiar". En el artículo 570 se ocupa de aquellas conductas que suponen una violación de las obligaciones de asistencia familiar. A tenor de lo establecido por el legislador italiano en el mencionado artículo, se comprenden tres hipótesis delictivas de diversa naturaleza. Así, en primer lugar, se hace referencia a la conducta de quien se sustrae a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legal o a la cualidad de conyuge, abandonando el domicilio doméstico o siguiendo una conducta desordenada, contraria al orden o a la moral familiar. Mientras que, en segundo lugar, se hace referencia a la malversación o dilapidación de los bienes del hijo menor, del pupilo o del cónyuge. Y, finalmente, la última figura que preve es la conducta de quien se sustrae a la obligación de procurar los

medios de subsistencia a los descendientes menores de edad, o bien de subsistencia a los descendientes menores de edad, o bien incapacitados para el trabajo, a los ascendientes o al cónyuge, siempre que éste último no este legalmente separado por su propia culpa. En el artículo 571 el legislador italiano sanciona el abuso de los medios de corrección disciplinaria: en el artículo 573, se incriminan los malos tratos hacia la familia o hacia los hijos; y, finalmente, en el artículo 573 contempla la sustracción consensual de menores y en el 574 la sustracción de personas incapaces.

La doctrina Italiana se ha ocupado de manera preferente del estudio de los delitos contra la familia, quizá por el momento de que su Código penal ha dado carta de naturaleza a estas infracciones desde hace tiempo, regulandolas sistemáticamente de manera autónoma.

Ya Carrara en el año de 1859, nos ofrecía la primera clasificación orgánica de delitos naturales, en cuanto se oponen a la ley natural y no a instituciones sociales, señalando, además, que "si los delitos que ofenden al nombre en sus derechos de familia no dan motivo a los demás ciudadanos para considerarse ofendidos por tales hechos, es evidente que esa categoría de delitos, no puede encontrar su sitio, sino entre los delitos naturales". El citado autor distingue, en la sociedad familiar, dos relaciones particulares: de una parte la sociedad conyugal y, de otra, la sociedad de parientes; y hace reposar el sistema de infracciones contra la familia sobre una división tripartita: a) delitos que lesionan los derechos del cónyuge sobre el cónyuge: como el adulterio, la bigamia, concubinato; b) delitos que ofenden los derechos de la prole hacia sus padres: como la supresión de estado, y demás hechos análogos con los que se despoja al niño de los derechos que la ley natural le concede y la ley civil le reconoce como consecuencia del hecho de la procreación; c) delitos que atentan a los derechos de los padres sobre los hijos, como la sustracción de menores. Por último, el maestro italiano, refiriéndose al incesto a manera de apéndice, considera que "es una

falta vituperable que perturba el orden de la familia" y "la ofensa a la religión es tan grave en el incesto como en cualquier otro pecado, pero no todo pecado es delito, a no ser que lo acompañe el carácter político de la ofensa".

La generalidad de los autores italianos se ocupan de estos delitos considerándolos de manera autónoma. Así CARNELUTTI estima como materia del delito las personas, las cosas y la sociedad, y dentro de estos últimos incluyen los delitos contra la familia, al ser esta una especie de sociedad: es decir, que para CARNELUTTI, los delitos contra la familia son una subespecie de los delitos contra la sociedad, lo que no les resta cierta consideración de independencia. Por su parte, MAGGIORE estima que el Código penal italiano vigente, con sabio criterio y haciéndolo de estos delitos una categoría autónoma, separa los delitos contra la familia, que los delitos contra la familia injurian tan solo a esta última sociedad en particular.

Por otra parte, MAGGIORE sigue la sistemática del Código al igual que MANZINI, quien destaca el objeto de la tutela penal en relación con la subdivisión del citado texto legal. Y así, este último autor señala, con gran acierto, como en los delitos contra el matrimonio se castiga el desconocimiento de su constitución monogámica o atentado a la lealtad conyugal y violación del deber de fidelidad. Según el citado autor, en los delitos contra la moral familiar se castigan las ofensas a la esencia de la familia y su función ética. En los delitos contra el estado familiar se protege el interés público de garantizar especialmente, en los delitos contra la asistencia familiar, se castigan las violaciones más graves de los deberes, así como los más graves abusos del poder familiar y alteraciones de la autoridad o el orden familiar.

La problemática de los delitos contra la familia es tratada, sobre todo, de modo primordial por PISAPIA, refiriéndose al ámbito de Derecho Penal familiar, destaca cómo una parte del Código pone de manifiesto la distinción

entre los verdaderos y propios delitos contra la familia y aquellos otros contra la moralidad y las buenas costumbres.

Por otra parte, considera PISAPIA, que el derecho penal familiar tiene un círculo más amplio que el indicado en el título XI del Código penal italiano, ya que la relación de familia es elemento constitutivo, v.g., del parricidio, y causas de exención de la pena en el hurto doméstico; por lo cual, los delitos comprendidos en dicho título sólo impropiaamente pueden definirse como delitos contra la familia.

La polémica que se plantea actualmente en torno a la naturaleza de los delitos contra la familia ha sido asimismo puesta de manifiesto en la doctrina italiana por SANTORO, quien pone de relieve como una parte de la doctrina sostiene que los delitos contra la familia, aun no constituyen ésta una entidad jurídica, debieran reconducirse a la categoría de delitos contra el Estado o, más propiamente, considera a éstos como delitos sociales. De otra parte, al ser la familia un centro de referencia de particulares intereses, es protegida en relación con la posición ocupada por los sujetos en el ámbito familiar. La verdad es que, como señala el propio SANTORO sosteniendo este punto de vista, la entidad de los delitos familiares viene a ser conceptualmente destruida, constituyendo de este modo un conjunto de ilícitos penales unidos por un extrínseco criterio de agrupación pero no de una orgánica conexión.

De este modo y previas las consideraciones generales anteriormente aludidas, podían distinguirse, como lo hace SANTORO; los delitos contra el matrimonio, dentro de los cuales se podrían estudiar la bigamia, concubinato y adulterio; delitos contra el estado de filiación, entre los cuales se incluirían, la suposición de nacimiento, supresión de estado, alteraciones de estado mediante la sustitución de recién nacido o mediante falsedad y, finalmente, la ocultación del estado de un niño; delitos contra la potestad familiar,

comprendiendo la sustracción de menores e incapaces: delitos contra la asistencia familiar, refiriéndose a aquellas conductas que derivan del incumplimiento de los deberes familiares y, por último, delitos contra la moral familiar, donde se incluyen el incesto y las publicaciones lesivas a la moral familiar.

PECORELLA. al estudiar los delitos contra la familia. hace especial hincapié en relación a la problemática planteada por la doctrina en torno al objeto de la tutela penal, en los delitos contra el estado de familia. Nos parece acertada su posición al afirmar como de la distinta noción que se dé al concepto de "estado de filiación" se llega a posiciones muy diversas. En primer lugar ha de considerarse la de aquellos que estiman que objeto de la tutela penal es tanto la filiación legítima como la ilegítima, concepción ésta de carácter normativo según la cual el estado de filiación expresa una relación natural de procreación y la calificación a ella atribuida por el ordenamiento jurídico. Posición quizá más equilibrada es la de aquellas que, por el contrario, consideran que objeto de la tutela penal en esta especie de delitos es "el interés público de garantizar la familia como núcleo elemental de la sociedad y del Estado y como institución de orden público contra la supresión, sustitución o simulación del estado de filiación". La citada posición hace especial hincapié en la filiación legítima, y pone de manifiesto como, en el artículo 568, hace también referencia al estado de filiación natural reconocida. Esta concepción del estado de filiación, de marcado carácter institucional, considera que dicho individuo ocupa en el agregado familiar. Por ello hemos de tener en cuenta que dichos delitos lesionan la familia en su estructura jurídica (filiación legítima).

### **1.3 SUIZA**

La redacción de dicho precepto. el conocimiento de la existencia de la relación de parentesco. El párrafo 2º. Del citado artículo se refiere al incesto

cometido con descendiente menor de edad pero que sobrepasa los 16 años. dado que, si el acto se comete con un descendiente menor de 16 años, existe delito de "atentado al pudor de un niño menor" de dicha edad, lo cual supone una agravacion por la cualidad de la victima, es decir, el ser descendiente del autor. En el articulo 214 el legislador suizo castiga. además, el adulterio que del mismo modo que el legislador italiano no defiende. A tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del mencionado articulo tanto el conyuge como su complice son castigados como autores del delito.

El legislador suizo. al establecer que el adulterio solamente es punible si el divorcio o la separación ha sido pronunciada como consecuencia del mismo, restringe en gran manera la posibilidad la incriminación dicha figura. Condicion para la punicion del delito es la presentación de aquella por parte del conyuge agraviada. Dicho conyuge no tendrá derecho a querellarse siempre que haya consentido o perdonado el adulterio, establecido en el párrafo 4º. Del mencionado artículo.

El articulo 215 hace referencia al delito de bigamia. incriminando la conducta de quien estando casado contrae un nuevo matrimonio, y en su segundo párrafo se refiere a aquella persona que, no estando casada, con pleno conocimiento contrae matrimonio con persona casada. El legislador suizo. en este articulo. establece una diferencia en la aplicación de la pena imponiendo menor pena en el segundo supuesto.

El articulo 215. lleva a considerar que la bigamia se consuma por el mero hecho de contraer un matrimonio prohibido.

El legislador suizo. en el articulo 216. incrimina aquellas conductas que tienden a suprimir o falsificar el estado civil de terceras personas, especialmente mediante la suposición o sustitución de niño. La protección

penal del estado civil de las personas se encontraban en numerosas disposiciones de los Códigos cantonales anteriores al Código penal suizo. Así el Código penal ginebrino de 1874, a su vez inspirado en el Código penal francés (arts. 345 y ss.), promulga, bajo el título "atentados contra el estado civil de las personas" una serie de disposiciones que tienen como principal objetivo el evitar que un niño pueda ser privado de su familia y del nombre a que tienen derecho; se trata allí particularmente de delitos que consistían en evitar o destruir la prueba del estado civil de una persona. En realidad, toda disposición que incrimina conductas que tienden a la supresión, sustitución o falsificación del estado civil de terceras personas, se ha de considerar como una protección que asegura la familia. Esto es así, particularmente si tenemos en cuenta que las relaciones del individuo con la familia son creadas por el nacimiento, la adopción y el matrimonio, constituyendo, además, el conjunto de dichas relaciones el estado civil de las personas y, por tanto, la posición que cada uno ocupa en la familia. El mencionado artículo 216 del Código penal suizo, incrimina, en primer lugar aquellas conductas que impiden reconocer a un tercero su auténtico estado civil, sin que, por otra parte, se le atribuya otro estado falso, es decir, distinto del que le corresponde. De otra parte, el abandono de un niño por sus padres sin documento que permita constatar el origen del niño abandonado se puede considerar de análoga naturaleza. Ahora bien, el legislador suizo hace la siguiente salvedad: Si con dicho abandono se pone en peligro la vida del niño o se le expone a un peligro grave e inminente para su vida, el padre o la madre que lo pusiere en dicha situación incurre en la pena establecida en el artículo 127 del Código Penal para el delito de exposición.

A tenor de lo establecido en la legislación suiza, si el peligro no se produce dicho abandono se incrimina aquellas conductas que tienden mediante falsificación a reemplazar el auténtico estado civil por otro diferente; de manera especial se refiere dicho precepto a los supuestos de sustitución y suoposición del niño. El primer consiste, no en suprimir el estado

civil. sino en cambio por otro diferente atribuyéndole el nombre y los derechos de familia de aquél por el que se le sustituye; el segundo consiste en crear por medios fraudulentos un estado civil a un niño que no tiene derecho al mismo.

El artículo 217. párrafo 1º. incrimina aquellas conductas de quien maliciosamente, por holgazanería o mala conducta, incumple la obligación de suministrar alimentos o subsidios a los que está obligado en virtud del derecho de familia, a sus próximos parientes o a su cónyuge divorciado. Dichas obligaciones alimenticias o de asistencia derivadas de las relaciones familiares están reguladas por el Código civil suizo. La ley penal interviene o entra en juego en el supuesto de incumplimiento de una obligación de alimentos existentes en virtud del derecho de familia.

En el artículo 218 del mencionado Código penal suizo se incrimina la conducta de quien abandona en una situación crítica a una mujer embarazada, no estando casada y siendo él el culpable de dicha situación.

El legislador suizo. con la incriminación de estas conductas tienden a fortificar y proteger la institución familiar. El legislador suizo distingue, en relación a la sustracción de menores, las condiciones tipificadas en el artículo 220, considerandolas como un ataque a los derechos de quien ejerce la patria potestad. o la tutela. Por otra parte. en el artículo 185 contempla la sustracción de menores no como delito sino como crimen, en el supuesto que se sustraiga a un menor de menos de 16 años teniendo como fin obtener un rescate, abusar del niño o permitir que abusen otros de él.

#### **1.4 BELGICA**

En Bélgica rige el Código penal de 1867. si bien han sido numerosas las leyes que posteriormente han modificado sus normas. En el título VII, del

libro segundo. y en los artículos 348 a 391 bis. se ocupa de "los crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública". Como vemos, agrupa los delitos contra la familia con los atentatorios a la moral pública, proceder incorrecto a nuestro modo de ver, pero que, al menos representa una consideración a la familia. penalmente considerada. cosa que ni siquiera se menciona en otros Códigos.

A lo largo de su articulación se ocupa de los tradicionales delitos familiares de adulterio, amancebamiento y bigamia, dedicando después una gran atención a las infracciones relativas al derecho de guarda de menores, a la prueba de identidad de los niños, y a las relativas a la obligación de mantenimiento. con gran profusión de tipos y figuras delictivas. sobre todo en lo relativo al estado civil y guarda de menores, que pueden originar en algunos casos confusiones y concurso de normas.

Es imposible hacer su examen exhaustivo de toda la gama de conductas que el legislador belga incrimina dentro del título contra el orden de la familia y moralidad pública a que acabamos de aludir. Pero sí hemos de señalar como al incluir el aborto en el capítulo VII, en sus diversas formas y por diversos modos. brebajes. medicamentos. violencia u otros medios para producir el aborto, no nos parece siga un sistema idóneo, ya que la vida del feto, siquiera sea dependiente, debe ser prevalente, aunque exista ciertamente un ataque al orden familiar.

Creo que el legislador belga debió de discriminar entre delitos contra la familia y buenas costumbres, pues aparte de lo dicho anteriormente en relación al aborto, el incluir dentro del Título VII, los atentados al pudor, la violación, corrupción de juventud, prostitución y ultrajes públicos a las buenas costumbres no parece esté de acuerdo con un sistema adecuado ni siquiera con fines pedagógicos.

## 1.5 MÉXICO

Los tipos de delito a que él se refiere son trascendentales porque lesionan un bien jurídico, la familia, con la consiguiente ofensa a los ideales valorados por la colectividad. No podía ser otra la fundamentación existencial de los tipos, si consideramos que ellos, los tipos, contienen un juicio de valor de la colectividad en cuanto a la antijuridicidad. es decir, que todo tipo lleva dentro de sí un juicio colectivo, en virtud del cual se considera que ciertos comportamientos, los típicos, son contrarios al derecho, o sea, antijurídicos.

Lo que significa que todo tipo además de descubrir un delito, revela e identifica un juicio de valor de lo antijurídico.

La familia, como ya lo habíamos apuntado y lo vemos ratificado por Jiménez Huerta, no necesita ser creada por el derecho, sino simplemente reconocida, y carece de importancia que se le niegue u otorgue personalidad jurídica, porque tal circunstancia no la afecta no modifica. Está antes del derecho y por tanto, si se le asigna un valor destacado dentro de la esfera o ámbito de los valores protegidos, es natural que tenga la calidad de bien acreedor de la tutela especial que proporcionan los tipos penales.

Ahora bien. ¿qué es lo que ocurre en nuestro Código vigente respecto de delitos contra la familia?

Para responder adecuadamente vale consignar los antecedentes legislativos del México independiente, sin que deba dejarse de tomar nota del pensamiento jurídico español de la época de la colonia, por la importancia que tiene la apreciación social respecto de la unidad llamada familiar.

Como se sabe, el primer Código Penal del país ya independiente con destacada trascendencia en la formación de conceptos, lo fue el llamado

Código de Martínez de Castro de 1871. el que tenía un rubro de los delitos contra el orden de las familias y se ocupaba de los delitos contra el estado civil de las personas, del adulterio, de la bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales destacadamente.

De efímera vida fue entre nosotros el Código positivista conocido como Código Almaraz de 1929, que seguía en este sentido prácticamente los mismos lineamientos del Código de 1871.

Lo importante para nuestras consideraciones, además del expreso reconocimiento del bien jurídico "familia" recogió en los artículos correspondientes, es lo que ya hemos mencionado en ocasiones anteriores; que la familia es y debe reconocer y tutelada, pero que a su alrededor, como constelaciones se mueven bienes jurídicos que sin ser parte constantes y permanentes de la familia, deben ser reconocidas y protegidos, por su vinculación con ella.

Ocupándonos ahora de nuestro Código vigente, debemos reconocer, como lo han hecho otros autores, que no contienen en realidad, un título en el que expresamente trate de los tipos de delito contra la familia, ya que esta denominación parece haber alarmado o preocupado a los legisladores, pues la eludieron silenciándola. Sin embargo, la realidad naturalista acabó imponiéndose y de ello resultó una dispersión de los tipos de delito contra la familia en títulos y capítulos carentes de orden de lógica y de sistema, pero que son reconstruibles bajo una idea central, a saber, la familia y sus constelaciones como bienes jurídicos protegidos.

El adulterio es, en el fondo, un delito contra la familia y de ello habremos de ocuparnos a continuación.

Dentro de este contexto adquiere relevancia el hecho de que para que haya adulterio tiene que haber matrimonio concertado conforme a la ley.

Atribuimos especialmente significación a este presupuesto porque significa el reconocimiento jurídico de la forma perfecta de establecer una familia ya que solo a través de la unión matrimonial puede alcanzarse la formación óptima de la familia, con certeza y seguridad que son requeridas. Es por otra parte el tipo adulterio una especie de consagración de los principios de la monogamia y la fidelidad, puesto que la relación fuera de matrimonio puede llegar a ser delictuosa, pero siempre será ilícita.

Nos parece poco claro la denominación del rubro de delitos de que se ocupa el Título Decimoquinto del Código Penal, que más parece eludir compromisos sociales que precisar ubicación en un agrupamiento lógico y sistemático. El título en cuestión reformado el 22 de Diciembre de 1990 se denomina "delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosocial", y nos resulta ininteligible su vinculación con el adulterio.

Nuestro Código, al limitar el adulterio punible a los casos en que es cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, revela según nuestra opinión, el interés del Estado en proteger el matrimonio y el recinto familiar de las intromisiones inadecuadas.

**La bigamia.-** Esta figura de delito, es probablemente una de las peores tratadas por el Código Penal en cuanto se refiere a su ubicación sistemática, puesto que forma parte de un rubro denominado "delitos contra el estado civil y bigamia". Con su siempre fina elegancia pero ahora con delicada ironía, dice Jiménez Huerta que "la bigamia no es un delito contra el Estado Civil, habida cuenta de que si lo fuera no se explicará el estrambote de dicho rubro a que hacer referencia... y bigamia.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La doctrina, por otra parte, se muestra unánime en cuanto a la identificación del bien jurídicamente protegido y ha sostenido que lo que se tutela es el matrimonio legalmente constituido de orden monogámico.

También debe mencionarse como problema social real, la unión no legitimada, pero sí constante y permanente en su ánimo de subsistencia, que caracteriza a algunos sectores importantes de nuestra población, que prefiere la unión libre a la legítima. Esta es otra cuestión que debe ser analizada fuera de la perspectiva de la bigamia, porque este delito es inconcebible sin la legitimación de la unión.

**El tipo de incesto.**- En España se ocupó del incesto expresamente la Novísima Recopilación, pero antes sólo aparecía en forma de delito grave, sin autonomía y punible como adulterio. La connotación que en tal Recopilación se daba al incesto, considerado como crimen grave, era cuando se cometía con un pariente hasta en cuarto grado, con comadre, con cuñada, o con mujer religiosa profesa. Las penas eran las de herejía y siempre perdía el delincuente la mitad de sus bienes.

Dentro del Derecho Comparado, podemos mencionar que en Italia se le trata como un verdadero delito contra la familia.

En México, el incesto fue tratado por el Código de Martínez de Castro de 1871 como circunstancia agravante del tipo de estupro. En cambio el Código de Almaraz de 1929 tipificó el incesto como delito autónomo y contra la libertad sexual. Se ocupaba de las varias hipótesis presentables, pero penalizado esencialmente con sanciones correctivas y educativas, dejando sólo para casos especiales la pena privativa de la libertad.

El Código de 1931, aún vigente enmarca el incesto en el artículo 272, que es parte de un Título que ya hemos criticado antes, denominado Delitos

contra la Libertad y el normal desarrollo psicosexual. Trata el 272 de 3 hipótesis:

\_\_\_ Ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, con pena de uno a seis años de prisión.

\_\_\_ Descendientes que participen con sus ascendientes en la relación sexual, con pena de 6 meses a tres años de prisión; e

\_\_\_ Igual sanción a las anteriores para el caso de relaciones incestuosas entre hermanos.

Lo más importante, a nuestro entender, es identificar el bien jurídico protegido por el tipo penal partiendo para ello de las hipótesis del incesto que trata el Código Penal, puesto que es indudable que en el artículo 272 están refugiados los comportamientos agresivos para el bien jurídico que son reputados como socialmente intolerables.

Hemos mencionado que la familia es el bien común en todo este tipo de delitos que venimos tratando; pero también mencionamos a las constelaciones que giran en su entorno y que le dan consistencia y valor superior. En este sentido, el orden familiar es un elemento conformado del desarrollo correcto y armónico de la familia, por lo que debe sancionarse aquello que atente gravemente contra el orden reconocido. Esto hace que identifiquemos como bien jurídicamente protegido al orden familiar, pero entendiéndose en su aceptación naturalista, como consanguíneos y no llegamos a la cobertura civilística del parentesco por afinidad o por adopción.

El ideal social de una familia comprende, como es natural, el de la salud de sus miembros, por lo que es recomendable tener máxima cautela en la posibilidad de generar miembros imperfectos de origen para incorporarlos al núcleo familiar.

Es sabida la dificultad para manejar el desarrollo de hijos con alguna tara, al extremo que es frecuente saber que la llegada de uno de ellos acaba desintegrado una familia. El incesto propicia esta situación, por lo que consideramos que debe sostenerse la permanencia del tipo correspondiente en el Código Penal.

***Delitos contra la filiación o contra el estado civil.***- En distintas partes de este trabajo hemos referencia a que alrededor de un bien jurídico identificado como "la familia, se mueven constelaciones que guardan estrecha vinculación con la unidad familiar. Este es el caso de los delitos o tipos de los que ahora vamos a ocuparnos, que son los que el Código vigente enumera en el Título Décimo sexto bajo el rubro de "delitos contra el estado civil y la bigamia". Ya antes nos referimos a la figura típica de la bigamia, por que ahora lo haremos respecto de otros, es decir los artículos 277 y 278.

El artículo primeramente citado se refiere a cinco diferentes hipótesis típicas, en sus fracciones I a V. La sanción es común a todas ellas y se ha señalado como de prisión de 1 a 6 años y multa de cien a mil pesos a quien, con el fin de alterar el estado civil de una persona, incurra en la comisión de alguna de las cinco fracciones que luego siguen. Destacamos un fin específico en la conducta que es el de alterar el estado civil de una persona, lo que adquiere importancia porque constituye un ánimo necesariamente ocioso en el comportamiento, para que pueda surtir el tipo de que se trata según el caso concreto.

Esto significa, además, un factor que unifica a los tipos en cuestión y la redacción usada por la ley, es decir, "el fin de alterar el estado civil", denota claramente a nuestro entender, el común denominador que permite ubicar a estos tipos entre los que afectan la unidad familiar, puesto que al

alterar el estado civil, o pretender hacerlo con intención preconcebida, lo que se quiere alcanzar, en última instancia es la desincorporación de alguien respecto de un vínculo familiar que por naturaleza le corresponde. Aquí se ubica, a nuestro entender este tipo de delitos como atentatorios contra la familia.

En su Fracción I refiere, atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre. En esta figura tenemos un doble agravio a la filiación, puesto que en primer término, se atribuye la maternidad a una mujer que no está en tal situación, con la cual se modifica el derecho natural a la vinculación con la madre auténtica; en segundo término, encontramos que la madre natural es privada de su derecho a la filiación respecto de su hijo nacido. Con esto de nueva cuenta se altera la filiación y el estado civil que corresponde al recién nacido.

La naturaleza del bien jurídicamente protegido en este caso ha pasado por posiciones extremas, ya que en la época romana, como menciona Díaz-Santos, la llamada suposición de parto era tratada por la "Lex Cornelia de Falsis" y se reputaban como delito de falsedad. En igual sentido se pronunciaron en su tiempo las Partidas que bajo la influencia del Derecho Canónico consideraban falsario a quien alteraba el origen de un menor.

Las legislaciones europeas del inicio del presente siglo, como la alemana, italiana y suiza seguía la idea de la falsedad, bajo el principio de que el objeto real de la tutela penal lo constituye el interés del Estado en lograr certeza acerca de la verdad existencia de un sujeto y su real estado de filiación. Se trata, como se podrá captar, de una posición en extremo publicista, que siempre ha sido criticada con severidad.

Por otra parte, en el extremo opuesto aparece la tesis de que el bien protegido lo constituye el interés del recién nacido a la integridad de su

verdadera filiación como atributo de su personalidad. Estamos aquí frente a lo privatista por excelencia y por tanto igualmente extremista.

La tesis más moderna, dominante se puede considerar, es la derivada del reconocimiento, como derecho humano esencial al correspondiente a la filiación real y al derecho a disponer de un nombre y apellido para todas las consecuencias de derecho imaginable. Siendo la filiación una de las más importantes relaciones de una familia, natural resulta la ubicación del tipo que tratamos entre los delitos contra la familia.

En su fracción II señala que a conducta típica descrita consiste en "hacer registrar en las oficinas del registro civil un nacimiento no verificado". Esta figura, en realidad, resulta extraña dentro del conjunto de delitos contra la filiación y probablemente su mejor ubicación fuera como una forma de falsedad.

En efecto, no es clara la relación que pueda existir entre un falso asiento en el Registro Civil respecto de un nacimiento no verificado, y la condición común a todos los delitos de este artículo que, como se dijo, consiste en actuar con el fin de alterar el estado civil. No es posible, lógica o figuradamente, alterar el estado civil de alguien no nacido, por la simple razón de que ni siquiera existe. Por ello, consideramos que este tipo sale sobrando, puesto que nunca va a poderse integrar plenamente la figura típica.

En la fracción III establece a su vez cuatro alternativas. Dice que cometen el delito los padres que no presentan a un hijo suyo al Registro, ello, redundantemente, con el propósito de hacerle perder su estado civil (1ª), o bien cuando declaren falsamente su nacimiento (2ª), cuando lo presentan ocultando su nombre (3ª); y en último lugar, si lo presentan suponiendo que los padres son otras personas (4ª).

Según nuestro entendimiento, es obvio el ataque al bien jurídico familia, si consideramos como lo hace la doctrina dominante, que la filiación es trascendente en las relaciones derivadas del vínculo familiar. Se podría, si acaso, polemizar acerca de un doble bien jurídicamente tutelado, ya que es igualmente claro el comportamiento falaz en que incurren quienes lo colocan las hipótesis típicas que se han mencionado.

Como ya se dijo líneas antes, el Estado tiene interés en que los datos que consten en los antecedentes públicos registrados coincidan con la verdad, por la enorme trascendencia que tales asientos registrados tienen en la vida moderna, por ello, puede hablarse de delitos contra la fe pública a la par que delitos contra la familia.

Nuestro Código Penal de 1931, está constituido bajo lineamientos sistemáticos poco clarificadores en cuanto se refiere a los delitos en particular y en forma destacada en lo tocante a los delitos o tipos contra la familia.

En efecto, si observamos la clasificación de los tipos, desde el inicio del Libro Segundo, correspondiente a los delitos en particular, es fácilmente conservable que se empezó el enunciado mediante el agrupamiento de delitos en función del bien jurídico protegido; así, tenemos los delitos contra la seguridad de la nación en sus formas de traición a la Patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, etc., donde con diáfana claridad identificamos que se trata de formas distintas de afectar aun mismo bien jurídico tutelado, como lo es la seguridad de la nación. Igual situación se presenta en los siguientes Títulos del Código, cuando se trata de delitos contra el Derecho Internacional, Delitos contra la Humanidad y otros.

Cuando cambia la sistemática en forma inexplicable es al llegar al Título décimo, que ya no identifica ni menciona el rubro del bien jurídicamente protegido, sino que se refiere a las personas capaces de cometer ciertos delitos, al referirse a los delitos cometidos por servidores públicos. lo que implica una variación substancial, puesto que se pasa del principio del bien jurídico antes usado, al de las personas que pueden cometer los delitos en el citado Título décimo.

A partir de este articulado, ya empieza a dificultarse la identificación del bien jurídico, sin que ello deba interpretarse en forma tal que implique su inexistencia, ya que tal situación, como se expresa, es inconcebible. Claro que hay títulos que retoman el camino correcto del bien jurídico, como acontece con los delitos contra la vida y la integridad corporal, en sus formas de lesiones, homicidio, infanticidio, parricidio y otros, o tratándose de los delitos contra las personas en su patrimonio, bajo las figuras de robo, abuso de confianza, fraude y otros. Lo cierto es que se pierde lamentablemente el principio rector lógico y congruente y empiezan a dispersarse los tipos, a pesar de afectar un mismo bien jurídico.

Es importante recorrer la evolución legislativa habida, pues de ella se obtiene datos importantes que reflejan la tradición, usos y costumbres de las diferentes épocas que nos permiten analizar los avances logrados. La legislación refleja, en cierta medida, la tradición y costumbre de cada tiempo, los problemas y soluciones a ellos que se daba.

El siguiente estudio lo limitamos a los dos últimos siglos y comprende tanto el aspecto internacional como el nacional, en su evolución en contra de la discriminación de las mujeres, en consecuencia, la violencia sobre ella ejercida.

En las declaraciones y convenciones internacionales, en la igualdad de todos los humanos y como antecedentes tenemos: la declaración de los derechos de Virginia (17 de Octubre, 1774), que en la sección uno expresa "todos los nombres por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...". en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y afirman "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho" (artículo 1).

Se inicia en este siglo con la declaración universal de los derechos humanos, aprobada y proclamada por la asamblea general de las naciones unidas el 10 de Diciembre de 1948. en su artículo 1 consagra que "todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En el artículo 2.1 se expresa que toda persona "tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, posición política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición social".

En cuanto se refiere a la protección a la mujer, la convención interamericana sobre concesión de derechos políticos a la mujer (1948), en su artículo 1º. Señala que las partes contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no debe negarse o restringirse por razones de sexo".

Semejante redacción se contempla en la redacción sobre los derechos políticos a la mujer (1952), el artículo primero dice que "las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condición con los nombres, sin discriminación alguna".

Este tema ha sido objeto de estudios diversos y de reuniones internacionales, y se pueden señalar los esfuerzos de la ONU durante lo que se considera el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1976-1985). Este periodo llega a su máxima expresión con la Conferencia Mundial del decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (Copenhague, 1980). Se llega a la Conferencia Mundial para el Examen y Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, que recomendó a los Estados implementar políticas y medidas administrativas, legislativas, económicas y culturales, para crear una infraestructura de atención a la mujer.

En la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), que entro en vigor el 03 de septiembre de 1981, se señala que la expresión "discriminación sobre la mujer", denotara toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultados menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad y de hombre y de mujer, de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas públicas económicas, sociales, culturales y civiles, y en cualquier otra esfera. El artículo 2o. Previene que los estados deben condenar "la discriminación sobre la mujer en todas sus formas y conviene en seguir por todos los medios apropiados sin dilación, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer que con tal objeto se comoromete a una serie de medidas.

La convención interamericana para prevenir, sancionar y radicar la violencia contra la mujer (convención de Belem do Pará) firmada el 4 de Febrero de 1995 señala que para efectos de esa convención debe entenderse por violencia "contra la mujer cualquiera acción o conducta basada en su genero, que cause muerte, daño o sufrimiento físico sexual, o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito publico como en el privado". Es

interesante lo que el artículo 2º. Se expresa al señalar que "se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física sexual y psíquica".

a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrado por cualquier persona que comprenda entre otros violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c) que sea perpetrado o tolerado por el estado por sus agentes donde quiera que ocurra.

En la normatividad penal se establece que las leyes de nuestro país y que nos limitaremos, a la constitución, código civil y código penal, aun cuando encontramos referencias a la igualdad de hombre y mujer disposiciones que evitan la discriminación de mujeres, en toda su legislación dispositiva.

Antes conviene señalar que como consecuencia de la ratificación de las principales convenciones señaladas, el gobierno mexicano crea el programa nacional de la mujer 1995-2000, para incrementar medidas para el desarrollo de la mujer.

En la Constitución y por reformas publicadas en el diario oficial del 31 de diciembre de 1974 se creó el nuevo artículo 4º, en el que se recogieron

diversos temas cuya reglamentación, a nivel constitucional se estimó necesario.

Se consagra la igualdad jurídica de la mujer y el Varón. Es verdad que antes de la reforma las leyes se aplicaban por igual a una u otro, pero existían algunas excepciones sobre todo en materia civil y laboral, producto de la tradición que estimaba a la mujer un ser más débil más impreparado y, por lo tanto, requerido de mayor protección motivos por los cuales en ciertos casos como la ley prohibió llevar a cabo determinados actos por sí mismos libremente.

Dentro del mismo artículo se encuentran otras disposiciones de interés a comentar. La protección legal a la familia en su organización y desarrollo. El derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos (que en el matrimonio se ejerce por ambos cónyuges artículo 162 del código civil). La protección a la salud. El derecho a la vivienda digna y decorosa. Y el deber de los padres a educar y satisfacer las necesidades de sus hijos.

Las reformas anteriores derivan de las deliberaciones habidas en la conferencia mundial de población celebrada en la ciudad de Bucares, República de Rumania, en 1974. al año siguiente se celebran en México el año internacional de la mujer. Que trae como consecuencia varias modificaciones a la legislación positiva en especial al Código Civil.

El derecho al voto, se otorga a la mujer por reforma el artículo 34º. Constitucional, publicado en el Diario Oficial del 7 de octubre de 1953. en éste se expresara que "son ciudadanos de la República, los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos reúnan los siguientes requisitos:

"I.- Haber cumplido dieciocho años, y

"II.- Tener un modo honesto de vivir."

En relación a este ordenamiento legal del código civil, conviene hacer una referencia a los códigos anteriores y percatarnos de cómo fue su evolución en ambos el artículo 1º. Preveía que la ley civil es igual para todos, sin distinción de personas sexos, a no ser en los casos especialmente declarados. Y estos casos fueron varios e importantes en cuanto a la discriminación de la mujer.

En el código de 1870 el predominio del marido era definitivo. "La mujer debe vivir con el marido" (Art. 199 c.c.); el domicilio de la mujer casada, sino está legalmente separada de su marido, es el de éste (Art. 32 c.c.). "El marido debe proteger a la mujer, ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes" (Art. 201 c.c.). La mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales (204 c.c.). Los artículos siguientes prevenían que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y el representante de su mujer, y que ésta no podía sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio pendientes en cualquier instancia al contraerse éste" (Art. 205 y 206 c.c.). El artículo 207, disponía que "tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse sino en los casos especificados en la ley".

Clasifico a los hijos en legítimos y en hijos fuera de matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios ex-nefario vel damanato coitu o sea adulterinos y los incestuosos principalmente

para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a que pertenecían (arts. 283 y 24600 a 24969).

Confirmando la patria potestad al padre exclusivamente (Art. 392 fr. I c.c.) y a la falta de él lo ejercía la madre.

El marido era el legítimo administrador de la sociedad conyugal, la mujer sólo podía administrar cuando hubiese convenio o sentencia que así lo estableciera. En relación a la dote, la administración y el usufructo correspondía al marido. La dote se definió en el artículo 2251 c.c. como cualquier cosa o cantidad que la mujer u otro en su nombre da al marido con objeto expreso de ayudarlo a sostener las cargas del matrimonio". El artículo 2269 determinaba que "al marido pertenece la administración y el usufructo de la dote, con la restricción establecida en el artículo 205 y la libre disposición de ella, con las limitaciones que se establecen en este capítulo.

En las causales de divorcio había una discriminación contra la mujer. Después de señalar como causal el adulterio, el artículo 241c.c. previene que el adulterio de la mujer es "siempre causa de divorcio", en cambio, el siguiente artículo señalaba que el del marido "es causa de divorcio solamente cuando en él concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común:
- II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;
- III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima:
- IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por causa se haya maltrato de alguno de esos modos a la mujer legítima".

En el Código de 1884. se reproduce casi textualmente el anterior y sólo introdujo el principio de la libre testamentación que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio, principalmente de los hijos de matrimonio.

El 9 de abril de 1917. expide Venustiano Carranza la ley sobre relaciones familiares que se estima tiene un vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía el congreso a quien correspondía darle vida. Se le considera como el primer Código Familiar del mundo. En esta se deroga capítulos relativos del Código de 1884.

En la exposición de motivos. se hace referencia a la necesidad de igualar los sexos, pues se decía que el sacramento lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la retrocedió, cuando menos desde el punto de vista moral, y dio poder a aquél.

Se confirma el divorcio vincular. ya establecido por los decretos de Venustiano Carranza de 1914 y 1915. El artículo 75 señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el artículo 409 previene que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Continúa la obligación de la mujer de vivir con su consorte, exceptuando cuando éste se ausente de la República (Art. 41). El marido debe dar alimentos a su mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar la mujer tiene obligación de atender todos los asuntos domésticos por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos. gobierno y dirección del hogar (Art. 44).

La mujer necesita licencia del consorte para obligarse a prestar servicios personales a favor de personas extrañas, a servir en un empleo, ejercer una profesión, establece un comercio. La mujer no tiene plena capacidad siendo mayor de edad para administrar sus bienes propios y disponer de ellos, y ejercer todas las acciones que le competen, sin autorización o consentimiento del esposo (Art. 45). En relación a la potestad, ya se expresa que ésta se ejerce por el padre y la madre (Art. 241).

Se borró distinción entre hijos naturales e hijos espurios o sean los adulterinos, los incestuosos, pero se dispuso que los naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los reconozca; se omitió consignar derecho a alimentarse y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, que ya otorgaba los códigos anteriores.

En relación patrimonial de los cónyuges se sustituyó el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (Arts. 270 a 274).

En el código civil de 1928, originalmente se conservaron muchas de las disposiciones de los anteriores. Este cuerpo legal, ha sido modificado a través del tiempo y la última del 30 de diciembre de 1997, en el ámbito familiar se inician reformas sustanciales en 1975.

Este Código desde su origen, en el artículo 2º. Consigna que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Este primer paso para evitar la discriminación, se confirma posteriormente en la igualdad conyugal, al expresar que el marido y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar, contraer o disponer de sus bienes propio y ejercer las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondiente sin que para tal efecto necesite el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización de

aqué, salvo en lo relativo a los actos de administración y dominio de los bienes comunes" (Art. 172 c.c.). Se confirma lo anterior al derogarse los artículos 174 y 175, que exigían, originalmente la autoridad jurídica para que la mujer pudiera contratar con su marido; después ambos requerían de esa autorización. También, en relación a la contribución económica al sostenimiento del hogar, a su alimentación como cónyuges y la de los hijos y la educación de éstos, se iguala a ambos, al prevenir el artículo 164 que la responsabilidad es mutua y que entre ellos se distribuirán las cargas. Agrega, dicho numeral, que "los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Se confirma también, por el artículo 168 la misma autoridad e igualdad en el hogar en cuanto a resolver de común acuerdo e igualdad en el hogar en cuanto a resolver de común acuerdo lo conducente al manejo del mismo, a la formación y educación de los hijos y a la administración de sus bienes.

Se omite la obligación de la mujer a seguir a su marido y se establece la obligación de ambos de vivir juntos en el domicilio conyugal, y se define éste como el lugar establecido de común acuerdo por los consortes, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales (Art. 613 c.c.).

Ambos son libres para desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moral de la familia y la estructura de ésta (Art. 169 c.c.), que evita la anterior autorización del marido.

La mujer casada puede reconocer sin el consentimiento del consorte a los hijos habidos antes del matrimonio (Art. 272 c.c.).

Ambos ejercerán la patria potestad. La igualdad de los hijos se afirma, independiente de su origen, y tiene el mismo derecho a la herencia.

La concubina tiene derecho a los alimentos (Art. 302 c.c.) y a la sucesión legítima, cumpliendo los extremos previstos en la ley (Art. 1635c.c.).

La legislación penal se manifiesta principalmente los actos que generan la violencia intra familiar y ha merecido varias reformas. Revisada en 1991, el término de delitos sexuales se cambió por el delito en contra de la libertad y desarrollo psicosexual normal. El concepto de cópulas se refirió de manera más incluyente y la designación de delitos contra la moral se cambio a abuso sexual. De la violación se elimino de la ley la provisión que permitía al agresor obtener perdón si se casaba con la victima. También se elimino el delito de raptó, en reconocimiento a la proposición erótica-sexual implicada en la distinción de esta forma de secuestro con el de otro tipo. Y, por primera vez en México, el hostigamiento sexual, se definió como delito.

La legislación mexicana se interesó expresamente en esta materia a partir de 1996. Anteriormente, a semejanza de otros países, el problema de la violencia intrafamiliar era tratado por la legislación penal, sancionado diversos delitos consecuencia de la conducta del agresor. Pero, debido a la importancia y a los efectos nocivos que para la sociedad significan estos hechos, el legislador se interesó y contamos con un conjunto de leyes que enfrentan el problema desde distintos ángulos.

No sólo en el Distrito Federal se ha legislado en la materia. En algunos Estados se tienen noticias de publicaciones de leyes.

El día 6 de noviembre de 1997 se dio cuenta en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, de la iniciativa de decreto presentada por el Ejecutivo Federal, Diputadas y Senadoras, que reforman, adiciona y derogó diversas disposiciones de los Códigos Civil y Penal, ambos para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de

Fuero Federal y los respectivos Códigos Procesales. En la iniciativa se expresan diversos motivos, que también pueden extenderse a la legislativa aprobada por la asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Se señala que México asumió el compromiso de modificar o derogar los instrumentos normativos que constituyen cualquier clase de discriminación hacia la mujer y atentan contra su pleno desarrollo.

Se hace referencia a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín, Republica Popular de China, y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por el Senado para los efectos del artículo 133 constitucional. Se cita además, a la Convención sobre los Derechos del Niño y la que trata sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En lo nacional se menciona el Plan de Desarrollo 1995-2000, que considera que la violencia contra la mujer conculca sus derechos.

Estas referencias y la labor de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), motivaron la iniciativa de referencia.

Para el Distrito Federal existen seis leyes que tratan sobre la materia.

LA LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (l.a.p.), Decretada por la entonces, Asamblea de Representantes del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al martes 9 de julio de 1996.

EL REGLAMENTO A LA LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (r.a.p.), Expedida por el Presidente de la

República. en uso de sus facultades constitucionales. publicadas en el Diario Oficial del 21 de Octubre de 1996.

**CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Reformado y adicionado por Decreto del H. Congreso de la Unión, publicado en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al martes 30 de diciembre de 1997.**

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (c.p.p.), Reformado y adicionado por el mismo decreto a que se hace referencia en el punto anterior.**

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (c.p.). Adicionado y reformado por el mismo decreto señalado en los subincisos anteriores.**

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Reformado y adicionado por el Decreto mencionado en los subincisos anteriores.**

La legislación mencionada cubre un amplio campo de la conducta humana. procurando resolver los problemas familiares de violencia para restablecer la armonía que el Derecho debe promover, especialmente en el matrimonio y la familia, cétuias básicas de la sociedad.

En la legislación enunciada. se observa lo siguiente:

a) La competencia es diferente. En las dos primeras. las autoridades son administrativas: Jefe del Distrito Federal, Secretaría de Gobierno, Secretaría de Educación, Salud y Desarrollo Social, Secretaría de Seguridad Pública, Delegación Política, Consejo y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Se mencionan también. a los "órganos jurisdiccionales". para la ejecución de convenios o resoluciones

administrativas. En las restantes normas, corresponden su aplicación a los tribunales civiles o penales del Distrito Federal;

b) La participación y soluciones son distintas. En las dos primeras se procura la prevención de la violencia. Éstimo es la parte más importante. La norma por sí misma no cambia actitudes, se requiere un trabajo especial para lograr los cambios individuales y sociales.

Como segunda parte, está la asistencia a los sujetos involucrados en estas conductas a través de instituciones públicas y privada, tendientes a la protección de los receptores de la violencia, así como la reeducación de quienes la provocan. Además está la atención en las Delegaciones, por medio de "las unidades" (cap. Segundo r.a.p.) para solucionar, vía conciliación o arbitraje los conflictos habidos. Las otras leyes, tratan sobre las sanciones a los transgresores; también se faculta al juez de lo familiar para decidir las "medidas procedentes para la protección de los menores y la parte agredida", en caso de que la exhortación que haga no sea atendida por los interesados (942 c.p.c.).

Se observa que el problema se enfrenta desde diversos ángulos, lo que significa riqueza. Creo que la diversidad de leyes que tratan sobre el problema es exclusiva de México.

Conviene tener clara la definición legal de violencia intrafamiliar. En la legislación se contienen tres. Dos semejantes, con algunas variantes que señalaré, contenidas en los Códigos Civil y Penal. Otra diversa en todos sus aspectos, prevista en i.a.p.

Principiaré por la segunda. El artículo 3º. en su fracción IV la define como aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dormir, someter, controlar o agredir, física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio

familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tenga o no haya tenido por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantenga una relación de hechos y que tiene por efecto causar daño que puede ser de cualquier de las siguientes clases: maltrato físico, maltrato psicoemocional y maltrato sexual.

De las contenidas en los Códigos, tomaré la del civil, haciendo referencia a las variantes del penal, las que citaré entre paréntesis. El artículo 323 ter la define diciendo: Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las comisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma (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 de que pueda producir o no lesiones.

A continuación en ambos códigos se expresa quiénes pueden ser el agresor y el agredido (c.c.) y quienes pueden cometer el delito de violencia (c.p.), y lugar donde puede realizarse la conducta.

Así, en el Código Civil se expresa que el agresor y el agredido habitan en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato. En el penal se dice que 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 afinidad hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

Como se observa, en términos generales, que las definiciones de ambos códigos concuerdan. Hay las diferentes señaladas, a las cuales me refiero posteriormente.

De las definiciones, estimo que la contenida en los códigos es más clara. Sin embargo, todas son definiciones legales, que se refieren a la misma conducta y sus consecuencias, lo que puede generar problemas al aplicarla al caso concreto. En el Derecho positivo conviene exista una sola definición del acto o conducta humana que se contiene en las normas, para evitar problemas de interpretación. Esto no es posible en esta materia por la diversidad de situaciones y autoridades que intervienen, que exigen diversas leyes.

No se puede argumentar la prevaencia de una (la contenida en los códigos) sobre la otra, para buscar una definición en relación a la misma conducta. Ya expresé que los ámbitos de aplicación son diversos, y las soluciones distintas. Por lo tanto, cada ley tiene su propia definición aplicable a las situaciones concretas que se presenten en sus diferentes ámbitos.

Se observa que el calificativo es distinto según se trate de la l.a.p. o los códigos. La primera la calificativa de "intrafamiliar". Los segundos de "familia". ¿Cuál debe prevalecer?

En este punto no creo que deba haber diversidad. Se trata del mismo hecho o conducta, que requiere unificación en su calificativo. De lo expuesto en las normas que se cometan, se deriva que agresor y agredido son familiares, parientes en mayor o menor grado. Todas se refieren a cónyuges o concubinato y a los parientes en general en Código Penal y en la l.a.p., y hasta el cuarto grado en la colateral en el penal.

Lo anterior me indica que la conducta que se desea evitar mediante la prevención, o resolver por la asistencia y medidas judiciales, se realiza entre familiares, y estos deben habitar en el domicilio o casa, según previenen los Códigos, aun cuando la l.a.p. no los limita necesariamente al domicilio. Lo

anterior me hace concluir que la violencia debe calificarse de "intrafamiliar".  
porque entre familiares se da, y no de la familia o algún familiar, hacia fuera.

**CAPITULO II**

**CONCEPTO**

**DE VIOLENCIA**

**FAMILIAR**

## 2.1 DEFINICIÓN DE VIOLENCIA

### DEFINICIÓN

### VIOLENCIA

Por violencia debemos de entender, como aquella fuerza material que se ejerce sobre una persona o por medio de amenazas o amagos que se realizan sobre el pasivo para que este realice lo que solicita el sujeto activo.

Conviene tener clara la definición legal de violencia familiar. En la legislación se contienen tres. Dos semejantes, con algunas variantes que señalaré, contenidas en los Códigos Civil y Penal. Otra diversa en todos sus aspectos, prevista en i.a.p.

Principiaré por la segunda. El artículo 3º. en su fracción IV la define como "aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir, física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tenga o no haya tenido por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o mantenga una relación de hecho y que tiene por efecto causar daño que puede ser de cualquier de las siguientes clases": maltrato físico, maltrato psicoemocional y maltrato sexual.

De las contenidas en los Códigos, tomaré la del civil, haciendo referencia a las variantes del penal, las que citaré entre paréntesis. El artículo 323 ter la define diciendo: "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la

misma (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 de que pueda producir o no lesiones".

A continuación en ambas códigos se expresa quiénes pueden ser el agresor y el agredido (c.c.) y quienes pueden cometer el delito de violencia (c.p.), y lugar donde puede realizarse la conducta.

Así, en el Código Civil se expresa que el "agresor y el agredido habitan en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato". En el penal se dice que "comete el delito de violencia familiar el conyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afinidad hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima".

Como se observa, en términos generales, que las definiciones de ambos códigos concuerdan. Hay las diferentes señaladas, a las cuales me refiero posteriormente.

De las definiciones, estimo que la contenida en los códigos es más clara. Sin embargo, todas son definiciones legales, que se refieren a la misma conducta y sus consecuencias, lo que puede generar problemas al aplicarla al caso concreto. En el Derecho positivo conviene exista una sola definición del acto o conducta humana que se contiene en las normas, para evitar problemas de interpretación. Esto no es posible en esta materia por la diversidad de situaciones y autoridades que intervienen, que exigen diversas leyes.

No se puede argumentar la prevalecia de una (la contenida en los códigos) sobre la otra, para buscar una definición en relación a la misma

conducta. Ya expresé que los ámbitos de aplicación son diversos, y las soluciones distintas. Por lo tanto, cada ley tiene su propia definición aplicable a las situaciones concretas que se presenten en sus diferentes ámbitos.

En el calificativo de la violencia. Se observa que el calificativo es distinto según se trate de la l.a.p., o los códigos. La primera la calificativa de "intrafamiliar". Los segundos de "familia". ¿Cuál debe prevalecer?

En este punto no creo que deba haber diversidad. Se trata del mismo hecho o conducta, que requiere unificación en su calificativo. De lo expuesto en las normas que se cometan, se deriva que agresor y agredido son familiares, parientes en mayor o menor grado. Todas se refieren a cónyuges o concubinato y a los parientes en general en Código Penal y en la l.a.p., y hasta el cuarto grado en la colateral en el penal.

Lo anterior me indica que la conducta que se desea evitar mediante la prevención, o resolver por la asistencia y medidas judiciales, se realiza entre familiares, y estos deben habitar en el domicilio o casa, según previenen los Códigos, aun cuando la l.a.p. no los limita necesariamente al domicilio. Lo anterior me hace concluir que la violencia debe calificarse de "intrafamiliar", porque entre familiares se da, y no de la familia o algún familiar, hacia fuera.

En primer lugar debemos decir que el término de violencia para algunos autores, llega a ser muy parecido o semejante al término agresividad, ya que ambos conceptos nos conducen a puntos de términos comunes respecto de un dano.

De esta manera, es como en primer lugar, debemos acercarnos al concepto de agresión de un modo analógico, ya que veremos que ideas

como intimidar, insultar, atormentar, dañar, entre otras: implican acciones con componentes agresivos al igual que sucede con la violencia.

Debiendo en consecuencia quedar claro que tales cuestiones no son idénticas y es así que el autor Pedro Rocamora Garcia-Valls, cita lo siguiente "Agresión sería -según Megargee- cualquier secuencia conductual cuya respuesta de meta sea herir a la persona contra quien va dirigida."<sup>1</sup>

De lo anterior podríamos contemplar a que dicha expresión se refiere de manera amplia a tal concepto de agresión, y la cual resulta ser carente de efectividad.

Es este autor Pedro Rocamora, quien dá su concepto de agresión y nos dice: "El termino agresión deriva del latín *aggredior-aggredi* y significa originariamente acercarse o aproximarse, atacar (en el sentido de tocar, que luego desemboca en el acto de comprender), Solo en época moderna se conoce la agresión como comportamiento de ataque latente o manifiesto y se diferencia a veces del término agresividad, en tanto éste es una predisposición o actitud hostil."<sup>2</sup>

A fin de estar en mejores posibilidades de entender la relación que existe entre agresión y violencia, tenemos entonces que el autor Konrad Lorenz entiende la agresión como el instinto que lleva el hombre a combatir contra miembros de su misma especie.

Según la teoría de este autor, el hombre civilizado actual padece una descarga insuficiente en su impulso agresivo.

---

<sup>1</sup> ROCAMORA GARCIA VALLS, Pedro, AGRESIVIDAD Y DERECHO, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1990, Pag. 53.

<sup>2</sup> *Ibidem* Pag. 64

Es así como nos dice que "Es probable que los efectos dañinos de los impulsos agresivos en el hombre deriven sencillamente del hecho de que en tiempos prehistórico, la selección intraespecífica impuso a la especie humana una cantidad de agresión para la cual no se encuentra una salida adecuada en el presente orden social."<sup>3</sup>

De lo anterior, podemos desprender que la agresión consiste en una forma de conducta que se expresa a través de las acciones humanas (movimientos corporales voluntarios) dirigidas a otra persona, es decir, la agresión podría llegar a entenderse como aquella lesión que infiere un individuo a otro.

Y es así, que entonces debemos de dejar claramente definido que la terminología de agresión conlleva también a la de la violencia, ya que esta es la manifestación abierta, y casi siempre física, de la agresión, en consecuencia podemos decir que la violencia es una forma más primitiva de agresión.

Si la violencia se entiende frecuentemente como fuerza contra el orden, esto se debe a que se olvida que ese orden, a su vez, es el resultado de una violencia. Así hay dos sentidos de la palabra violencia: la de fuerza que descompone un orden; la confusión se agrava por el hecho de que, a veces, la fuerza tiene que descomponer un orden para imponer otro orden distinto que quien la ejerce considera como un bien superior."<sup>4</sup>

Y es de este modo es que se habla entonces de violencia y no simplemente de fuerza, por que precisamente porque la violencia es, en castellano, la fuerza que se opone a algo.

---

<sup>3</sup> LORENZ, Konrad, SOBRE LA AGESIÓN: EL PRENDIDO MAL, Edit. Siglo XXI, Madrid, España, 1976, Pag. 3.

<sup>4</sup> D'ORS, Alvaro, LA VIOLENCIA Y EL ORDEN, Edit. YRSA, Barcelona, España, 1987, Pag. 73.

Sin embargo, en cuanto a nosotros atañe, el concepto de violencia debe ser estudiado desde otros puntos de vista, y así nos encontramos con las siguientes concepciones de la misma: "En términos comunes se entiende por violencia: la acción o efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. Fuerza extrema, o abuso de la fuerza. Fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere."<sup>5</sup>

Ahora bien, debemos enseguida dejar claramente establecido lo que se entiende por violencia.

Primeramente debemos señalar que la palabra violencia, proviene del latín Viloentia, la cual no es otra cosa que "...lo que es contrario a las leyes de la Naturaleza, o las contraría."<sup>6</sup>

"Violencia. Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce.

Empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento.

La fuerza de que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios que no puede resistir.

Modo compulsivo o brutal para obligar a algo."<sup>7</sup>

Los anteriores conceptos, si bien nos marcan la pauta para una cabal comprensión de la violencia, también los mismos carecen de efectividad en cuanto a la totalidad de dicho concepto, ya que carecen de algunos de los elementos esenciales que presenta la violencia.

<sup>5</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., otro LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA LEGISLACION MEXICANA, Edit. Porrúa, 2ª Edic. México, D.F. 2000, Pag. 27.

<sup>6</sup> GRAN DICCIONARIO JURIDICO DE LOS GRANDES JURISTAS, Op. Cit. Pag. 1131.

<sup>7</sup> GRAN DICCIONARIO JURIDICO DE LOS GRANDES JURISTAS, Op. Cit. Pag. 1131.

Uno de los conceptos de violencia que a nuestro parecer pueden llegar a acercarse más a lo que se busca, es el siguiente: "...la violencia se entiende como la conducta, de una persona (agresor), que atenta o ataca a otra u otras, en su integridad física, psíquica o ambas..."<sup>8</sup>

De este concepto, podemos observar que el autor se refiere a la violencia tanto en su aspecto físico como en su aspecto psicológico o moral, y es por esto que debemos de establecer, que es lo que entiende por violencia moral.

"Eliminada la fuerza física irresistible, sólo queda como vicio del acto, a este respecto, la violencia moral o intimidación.

Consiste en la amenaza de un sufrimiento futuro aunque inminente."<sup>9</sup>

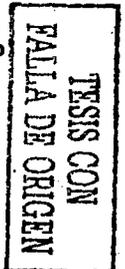
Como ya se ha dicho, la violencia moral, es una figura contemplada tanto por el Derecho Penal como por el Derecho Civil.

Y, es que este tipo de violencia se presenta como un aspecto subjetivo de la conducta, consistente en amenazas de males que pueden llegar a ser presentes o futuros o inminentes, ya sea en contra de la propia persona o hacia terceros y los cuales a pesar de que pudieran parecer indirectos, los mismos si producen en quien los resiente, aspectos dañinos como lo pueden llegar a ser los trastornos psicológicos.

Ahora bien, la manifestación de la conducta humana entendida como violencia, se hace en diversos hechos, conductas y motivos.

<sup>8</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. y otro LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA LEGISLACION MEXICANA, Op. Cit. Pag. 29.

<sup>9</sup> GRAN DICCIONARIO JURIDICO DE LOS GRANDES JURISTAS, Op. Cit. Pag. 1132.



De esta forma el autor Pedro Garcia Valls Rocamora, cita a Talcott Parsons quien, se refiere a la violencia de la siguiente manera: "el recurso a la violencia es una forma de actuación que es elegida por el que actúa para la intimidación, el castigo, o la demostración simbólica de la propia capacidad de acción.

El autor citado, hace referencia, a que la violencia como lo es el hecho de que quien actúa de ésta forma, lo hace en base a una necesidad, y que la acentúa como un recurso que según el se utiliza para efectos de lograr en otra u otras personas, diversos efectos tales como la intimidación, el castigo o simplemente por el hecho de evidenciar ciertas cualidades.

### **2.1.1 VIOLENCIA FÍSICA**

Por lo que refiere en el Código Penal, distingue la violencia física, como la fuerza material que se ejerce sobre una persona.

### **2.1.2 VIOLENCIA MORAL**

Por lo que respecta a la segunda, que es la violencia moral, la define como el amago o amenaza que se hace a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

## **2.2 DEFINICIÓN DE FAMILIA**

Todo percibimos, por una parte, la existencia individual de los seres, lo que significa que cada uno existe con una autonomía propia que le distingue de los demás. También se percibe la vinculación de unos seres con otros, porque ninguno se desarrolla sino en relación con otros.

El hombre es un ser sociable por naturaleza, de donde se desprende la idea de relación, como una necesaria vinculación, ya intelectual, ya emocional, volitiva o legal entre personas y entre el individuo y la sociedad.

Por ser sociable, el ser humano vive en comunidad. Ésta va desde la más pequeña que es la familia, al pueblo, ciudad, nación, comprendiendo la comunidad internacional.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. "Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes, al ser canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por medio de ese instrumento paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Se socializa de este modo el nuevo miembro haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.

La familia se puede señalar como la comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia, y se integra por los progenitores (o uno de ellos), y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, unidos por vínculos surgidos de sus relaciones interpersonales y jurídicas.

La familia tiene diversos fines y se pueden destacar tres fines fundamentales y que son las de formar personas, educar en la fe y participar en el desarrollo integral de la sociedad.

Los dos primeros se refieren a las relaciones entre los miembros de la familia y, el tercero, a su participación en la sociedad.

La formación personal comprende a todo el sujeto (hombre y mujer), en lo físico y en lo espiritual. La educación debe ser integral, personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla, para hacer un mundo más humano, justo y solidario. De acuerdo con las declaraciones y convenciones internacionales, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y además se presta atención fundamental a los niños, quienes para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La familia es el lugar y tiempo de salvación para sus miembros. Esto significa que los familiares, padres e hijos, dentro de la familia deben encontrar los elementos necesarios para su evangelización, así como la ayuda y apoyo necesarios para el testimonio que deben dar dentro y fuera de ese núcleo.

En el tercer fin de la familia está la misión de participar en la sociedad, lo que se hace a través de sus miembros y también como grupo familiar. Está relacionada con la comunidad civil y con la eclesial. Hay una relación intergrupai en la que intervienen: la familia, la comunidad civil, el Estado y la Iglesia; mutuamente se prestan servicios y se exigen derechos.

De lo brevemente expuesto se derivan los calificativos que se han dado a la familia. En relación a la sociedad, como "núcleo básico o fundamental", en lo religioso, como "pequeña iglesia doméstica"; y abarcando todos los aspectos sociales, como "escuela del más rico humanismo".

### **2.2.1 DEFINICIÓN DE FAMILIA EN EL SENTIDO BIOLÓGICO**

Todo percibimos, por una parte, la existencia individual de los seres, lo que significa que cada uno existe con una autonomía propia que le distingue de los demás. También se percibe la vinculación de unos seres con otros, porque ninguno se desarrolla sino en relación con otros.

El hombre es un ser sociable por naturaleza, de donde se desprende la idea de relación, como una necesaria vinculación, ya intelectual, ya emocional, volitiva o legal entre personas y entre el individuo y la sociedad.

Por ser sociable, el ser humano vive en comunidad. Ésta va desde la más pequeña que es la familia, al pueblo, ciudad, nación, comprendiendo la comunidad internacional.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. "Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes. al ser canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por medio de ese instrumento

paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Se socializa de este modo el nuevo miembro haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social.

### **2.2.2 DEFINICIÓN DE FAMILIA EN EL SENTIDO SOCIOLOGICO**

En primer lugar hemos de considerar que la familia es una institución natural; nace de manera espontánea donde quiera que haya hombres. No espera para aparecer que el Estado le asigne un estatuto jurídico. En un principio, en la mayoría de las sociedades la familia existía sin intervención alguna del Estado y se regía tan sólo por las costumbres tradicionales. Hemos de tener en cuenta que mucho antes de que las sociedades civiles se construyeran, y que el Estado y los Gobiernos se identificasen con la vida de la humanidad, los hombres se reunieron en sociedad, en pequeños grupos, constituyendo la familia, como embrión de toda forma social. Esta primaria significación, es puesta de manifiesto por la doctrina dominante cuando señala que "la familia en todos los tiempos ha sido y es la verdadera célula de la sociedad y piedra angular del ordenamiento social; no sólo porque constituye un grupo natural e irreductible, que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integridad de la vida humana, sino porque, además, en su seno se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, tendencias altruistas y virtudes que necesita para mantenerse sólida y próspera la comunidad política. Todo ello induce a pensar que la familia es la más antigua de las instituciones sociales humanas, una institución que sobrevivirá, en una u otra forma, mientras exista nuestra especie. La organización familiar es primariamente una relación natural y espontánea que luego se va diferenciando hasta llegar a la moderna monogamia.

Precisamente, en virtud de este proceso de diferenciación se crea una esfera separada, la de las relaciones privadas.

Efectivamente, la familia, como núcleo central de esas relaciones privadas, aludidas anteriormente, se ha desarrollado a través de los tiempos permaneciendo intangibles los caracteres que le son propios, independientemente de las concepciones doctrinales al respecto. Para Proteo la familia se encuentra sometida a una doble dinámica social. Por una parte la creciente "racionalización" o "integración de todas las relaciones humanas en la sociedad de intercambio plenamente desarrollada, tiende a comprimir el elemento natural, en orden al nacimiento familiar.

Ciertamente, la familia tiene unas funciones indispensables para el desarrollo armónico de las personas que se pueden manifestar desde múltiples puntos de vista. Incluso en el campo del menor, no puede de dejar de reconocerse que, desde el punto de vista simplemente biológico lo mismo que desde el punto de vista psicológico, la familia es indispensable para el desarrollo de la personalidad del menor. Algunas investigaciones en materia de delincuencia juvenil demuestran ampliamente cómo el sentimiento de inseguridad, consecuencia de la falta o insuficiencia en la vigilancia afectiva de la primera infancia, es un potente factor criminológico y, se ha puesto de manifiesto la influencia del ambiente familiar en la delincuencia juvenil y como el factor primordial de ésta tiene su base en la inestabilidad familiar. Para que la familia se conserve fuerte y sana, es necesario que la sociedad reconozca su valor y su propia naturaleza y, al mismo tiempo, la proteja y ayude a desarrollar su naturaleza y sus funciones. Pues, en definitiva, podemos considerar a la familia como un elemento necesario para el desarrollo de la personalidad, tanto del menor como del adulto. Sin embargo, es cierto que la familia no siempre ha sabido cumplir con estos deberes esenciales de realizar una auténtica construcción de la personalidad de los miembros y por tanto de la sociedad. Es por ello que al penetrar la familia en

el mundo social, el Estado tiene la obligación de protegerla, sin absorberla ni sustituirla. Sin embargo el Estado moderno ha asumido una importante parte de la función protectora, anteriormente atribuida de manera exclusiva a la familia, mediante el Derecho, la política y la justicia encargada de mantener el orden en el interior de un país. Ciertamente, hoy existe una cooperación Estado-Familia en los campos que antiguamente estaban reservadas a ésta última, de manera especial en los supuestos de educación y formación profesional.

En los tiempos modernos donde todo está organizado, cada uno ha de tener una personalidad a fin de que pueda ocupar un puesto en el ámbito social. A este fin es necesario un lugar donde pueda desarrollar su personalidad y vivir de acuerdo con la misma. Esto es la familia moderna. Así, frente a la decreciente función de la familia se encuentra el hecho de que por este camino ella reencuentra su propia función de reproducción, la de desarrollo de su personalidad sociocultural en el seno de un pequeño grupo.

Vemos, pues, cómo la familia moderna a pesar de su reducción a un pequeño grupo íntimo, privado de muchas funciones que anteriormente eran de su absoluta y exclusiva competencia, reviste siempre, como factor de integración para la sociedad y para el Estado, una gran importancia, especialmente cultural, de manera que deberá ser protegida como institución por todos los medios de que dispone el derecho.

Ciertamente hemos de considerar que la familia y el Estado son, por naturaleza, las dos piedras angulares de la vida humana en la sociedad. Sin embargo, la familia tiene prioridad respecto del Estado, por su historia y por su esencia. Pero, no es menos cierto que el Estado para ser humano, necesita de la familia: por consiguiente, su principal interés ha de ser reconocer el valor y las funciones propias de la familia y otorgar a ésta

protección. Por su parte, el Estado tiene, además cierto derecho de tutela sobre la familia, y a su vez, su deber de proteger la familia implica un derecho de control sobre la misma. En consecuencia tiene que vigilar que los padres cumplan con sus deberes, que los hijos se eduquen debidamente, y en definitiva que se cumplan todas las obligaciones familiares, actuación estatal que se apoya en las exigencias del bien común, y que tiene desarrollo universal. El Estado tiene la misión de proteger y hacer proteger la familia y el individuo, pero sin absorberlos ni sustituirlos. Solamente en el supuesto de que una familia atropelle los derechos inalienables de alguno de sus miembros o descuide sus deberes fundamentales, puede y debe el Estado acudir en defensa del más débil si no tiene otro medio de remediar la situación.

En definitiva podemos considerar que el Estado, en virtud de su función en pro del bien general y en defensa de la familia, tiene él deber de protegerla contra toda injusticia y contra todo lo que la ultraje. Ya que la familia la compone realmente el matrimonio y los hijos que con él conviven. En este sentido el hecho de que la familia sociológicamente sea una entidad espiritual de intensa vida interior, le otorga esa especial configuración que penetra en todas sus manifestaciones y, por supuesto, en la intervención del poder público en el ámbito de su esfera, cuando las superiores exigencias sociales lo hacen necesario.

Por lo que el Derecho penal en nuestros días no sólo tiene la función de proteger los bienes, sino que tiene, al mismo tiempo, la obligación de aceptar como tarea suya el desarrollo de las cualidades fundamentales de la persona humana en su dimensión familiar y comunitaria con enérgica defensa del matrimonio y de la familia.

### 2.2.3. DEFINICION DE FAMILIA EN EL SENTIDO JURÍDICO.

La gran dificultad que ha supuesto para la doctrina el individualizar la naturaleza intrínseca y el fundamento de la institución familiar. Verdaderamente, la noción de familia es muy incierta en el ámbito doctrinal. Se duda si en el concepto de familia se debe determinar en base a las disposiciones establecidas en el Código Civil, o sí, por el contrario, se debe de admitir que la familia tiene una regulación autónoma, con independencia de criterios, en el Derecho Penal. Sin embargo, pensamos que es preciso establecer un concepto unitario de la familia, e incluso algunas normas penales o se refieren a él expresamente o al menos lo presuponen.

Así un sector de la doctrina considera la familia en un sentido amplio, entendiéndola como linaje, descendencia entre todos los que llevan el mismo apellido y están ligados por vínculo sanguíneo respecto a un mismo jefe familiar. Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto como la familia se puede formar mediante un vínculo no sanguíneo, a lo que se refiere a la adopción o afiliación.

En un sentido más estricto, la familia se considera constituida por aquellas personas ligadas por el vínculo de matrimonio y por la descendencia del mismo. La familia se ha llegado a considerar como vínculo unificador la convivencia bajo un mismo techo, la dependencia del mismo "pater familias", el factor naturalístico o fisiológico de la consanguinidad, e incluso algún sector de la doctrina ha mantenido que es "el hecho psíquico de la solidaridad que nace del afecto recíproco" el vínculo que agrupa en un único complejo los distintos miembros de la familia. Ciertamente, si basamos a la familia en el vínculo sanguíneo, tendremos que excluir del ámbito familiar las relaciones de adopción así como las de afinidad por ser totalmente extrañas a todo ligamen natural. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina cómo no se puede prescindir en la noción de familia de las

relaciones de afinidad que nacen precisamente como consecuencia del matrimonio, así como de aquellas personas que asumen una posición moral en la familia como consecuencia del vínculo matrimonial, por lo que se les ha de considerar dentro del ámbito familiar. Por otra parte, si basamos la familia exclusivamente en el vínculo sanguíneo tendríamos que incluir dentro del mencionado ámbito familiar toda la filiación ilegítima, en todas sus manifestaciones, cosa que no parece viable. Así mismo, si solamente se tiene en cuenta el criterio de la "convivencia", debería excluir del ámbito de la familia el vínculo existe entre cónyuges separados que, que a pesar de la no-convivencia y cohabitación, permanece.

La característica fundamental de la familia es el constituir ante todo lo que se ha llamado "fatto pschico". La familia (legítima), es antes de ser una colectividad jurídica, es decir, una figura un núcleo compacto por la solidaridad que nace del recíproco afecto, para BARSÍ la familia es un conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico de parentesco o afinidad, para BARBERO la familia comprende un círculo reducido formado por cónyuges, padres e hijos.

Por otra parte hemos de tener en cuenta que, aunque la mayor parte de las Constituciones reconocen la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, dicha referencia al matrimonio no tiene un valor decisivo. Pues una simple visión general a través del tiempo y de los diversos lugares nos muestra las diversas formas de concubinato o equivalente de matrimonio (poligamia o poliandria) que han sido reguladas por el derecho y que apenas se distinguen del auténtico y verdadero matrimonio. Por ello, al menos "de jure conditio", hemos de considerar que las Constituciones, al hablar de matrimonio, se refieren al vínculo formal religioso o civil, acogido por el Derecho positivo en la mayoría de los Estados modernos, donde el matrimonio nace a través de una determinada forma de celebración, que automáticamente los contrapone a una mera convivencia no formalizada.

Hemos de manifestar que la concepción de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio es la más idónea, sobre todo desde un punto de vista ético, pero no excluye que pueda reconocerse relevancia jurídica a otras relaciones expresamente disciplinadas en nuestro Derecho positivo e incluso que a dichas relaciones se las pueda calificar de familiares aunque sea en un sentido amplio. En consecuencia, creemos que la filiación ilegítima debe de estar comprendida dentro de un amplio concepto de familia.

Ciertamente, desde un punto de vista restrictivo se considera como familia el complejo de personas ligadas por un vínculo legal fundado sobre relaciones de sangre, es decir, nos referimos de manera exclusiva a la familia legítima. Pues ella expresa una unidad no solamente social, sino también jurídica, ya que en el interior de la misma entre los miembros que la componen y constituyen, existe una comunidad de interés tanto efectivos como morales y económicos tutelados por el Derecho. En consecuencia, dentro de una auténtica noción restringida de la familia solamente se debe de incluir la familia legítima, es decir, aquella compuesta por los cónyuges, la prole nacida del matrimonio y los descendientes de los hijos. Pero ello no contradice que, a efectos de la ley penal, la filiación ilegítima pueda ser equiparada en determinadas ocasiones a la legítima. Así, dicha equiparación tiene valor cuando la parentela es considerada como elemento constitutivo, circunstancia del delito o causa de no punibilidad, lo que viene a confirmar la diferencia existente entre la parentela civil y la natural, demostrando que en determinados supuestos se reconocen y tutelan los vínculos de sangre, pero que, sin embargo, siempre tienen valor los límites de prueba establecidos por la ley civil.

Por su parte la doctrina también ha puesto de relieve como ambas expresiones pueden ser referidas a la familia fundada en el matrimonio a la

originada por la mera convivencia, así mismo tanto a la familia fundada por un vínculo jurídico como a la fundada por un vínculo jurídico inválido o en un hecho penalmente ilícito, etc.

De todo lo expuesto se deduce que el concepto de familia puede variar según las circunstancias de cada caso y en función a una determinada materia. La comprensión de tales extremos puede tener una relevancia importante en su conceptualización.

La familia aun no esta constituyendo una colectividad personificada, no significa un agregado puramente material de personas ni siquiera podemos decir que representa la suma de sus componentes. Ella es, en cierto sentido, "un *guid pluris*", respecto a las personas jurídicas, en cuanto representa una institución o un "*corpus*", como decían lo romanos. Desde este punto de vista si es exacto hablar de la familia como colectividad no personificada. Y tanto la legislación civil como la penal dan pruebas suficientes de que la familia es considerada; en determinadas situaciones, como un organismo autónomo, aunque desprovisto de personalidad jurídica.

Para Beltrán de Heredia la relación jurídica familiar y el Derecho de Familia tienen penalmente un carácter especial y no le son de aplicación los conceptos estrictos del Derecho Privado.

Para el autor Manzini reconoce en la familia una institución prevalentemente de orden público con individualidad propia mientras que en el Derecho privado, ésta es una familia organizada individualmente y sin capacidad jurídica y, así, el patrimonio familiar es destinado en ventaja de las personas que lo componen pero no de la familia.

Santoro afirma que la familia es una unidad institucional, y no debe crearse para el Derecho Penal una noción de familia, ya que no tutela bienes distintos de los que tutela el Derecho Privado, sino que constituye una ulterior y rigurosa tutela.

Para el Derecho penal enfoca a la familia superindividualmente, tutelando los intereses generales pertenecientes al grupo parental, el cual está formando por vínculos de sangre y vínculos legales, formando también parte de este complejo de intereses como señala LEONE, el honor y la moralidad. Pero además, cada delito contra la familia tiene un ámbito muy especial y concreto y así, en nuestro Derecho, tratándose del delito de abandono de familia, vemos como comprende las relaciones de patria potestad, tutela y matrimonio, mientras que en el delito de incesto comprende las relaciones entre hermanos y descendientes y en otros delitos, como los de alteración de estado civil, se ataca al estado de filiación legítima. En consecuencia sería necesario adoptar varias nociones, o una sola de carácter muy amplio, lo cual les privaría de un auténtico valor dogmático.

El moderno Derecho penal valora las relaciones familiares de forma diversa. Así, en muchos supuestos, la relación familiar agrava un hecho punible, en otros por el contrario lo atenúa, y en otros, el delito supone una violación de una obligación familiar. Por ello, tenemos que reconocer que, en cada supuesto, la valoración familiar es distinta.

Ciertamente, por el hecho de que nuestro Código Penal no contenga en capítulo o título específico, dedicado a los llamados delitos contra la familia, al igual que la mayor parte de las legislaciones modernas, no puede decirse que desconozca su esencia, en cuanto que recoge en muchos de sus preceptos auténticos delitos contra la familia.

Entendemos por el Derecho Penal familiar, el conjunto de normas que tutelan los pilares fundamentales sobre los que se asienta la familia, sancionando las infracciones y atentados a sus principios éticos y jurídicos. En este sentido, es una parte del derecho penal general, que comprende aquellas normas penales que valoran y tienen en cuenta la relación familiar.

Hemos de poner de manifiesto como por algún sector de las doctrinas se ha dejado caer el peso de la evolución del derecho penal familiar en la figura del "PATER FAMILIAS", que inicialmente ejercían poder ilimitado, dirigiendo de manera absoluta la vida familiar como grupo político autónomo. En aquella época, dada la impenetrabilidad del grupo, el derecho penal no se interfiere dentro del mismo. Este proceso evolutivo se manifiesta mayormente en el medievo, y solo con ayuda de dos fuerzas a las que nos referimos nacen simultáneamente; una es el fortalecimiento del Estado, y otra la manifestación del individualismo, tanto en el plano jurídico como en el social en el cambio sufrido como consecuencia del resquebrajamiento del poder de una sola persona, la familia asume una nueva estructura, se abren nuevas posibilidades para la intervención del legislador penal y el progresivo aumento de los delitos familiares, tiene lugar con la aparición de los códigos y en donde se regula la violencia familiar.

Ciertamente el hecho de que la familia moderna se haya reducido a un grupo más pequeño e íntimo, predominando mucho más las relaciones individuales que en las organizaciones de las familias colectivas de la edad media, nos hace pensar que debería de haber originado una menor influencia del derecho penal sobre la familia cuando en realidad ha ocurrido lo contrario, y ello ha sido por varias razones entre las que deben de destacarse: el fenómeno bien conocido de la publicitación del derecho privado, apareciendo en la esfera penal conductas reservadas tradicionalmente a la sanción privada, particular o familiar. Todavía se manifiesta con fuerza la actividad privada al ser necesaria la denuncia o

querrela como condición de punibilidad en bastantes supuestos, en casi la totalidad de las legislaciones. Y finalmente, por la influencia atribuida en los modernos estados de derecho al principio de legalidad, que exige una perfecta individualización de las figuras penales, por lo que el derecho penal no solo tiene la función de proteger los bienes, sino también de obligar al individuo a hacer esfuerzos sociales en favor de su prójimo.

### **2.3 DEFINICION DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL, COMO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS RESPECTIVAS SANCIONES.**

ARTICULO 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 o en línea recta ascendiente o descendiente 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 sujetara a tratamiento psicológico especializado que en ninguna caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión,

independientemente de las sanciones que correspondan por la lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte. En caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentara hasta en una mitad.

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

ARTICULO 343 QUARTER. En todos los casos previstos en los dos articulos 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 síquica de la misma. La autoridad administrativa vigilara 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 aplicara la sanción de treinta a cuarenta días multa."<sup>10</sup>

Surge la necesidad de analizar de que manera interviene la legislación civil en la regulación y protección la familia, por lo tanto primeramente debemos recordar lo que se entiende por Derecho Civil:

"El Derecho Civil Determina las consecuencias de los principales hechos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.),"<sup>11</sup> según señala el autor Claude Du Pasquier.

<sup>10</sup> CODIGO PENAL PARA EL D.F., Op. Cit., Pag. 74.

<sup>11</sup> DU PASQUIER, Claude, INTRODUCCION A LA TEORIA GENERAL Y A LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Edit. Neuchatel, 1937, Madrid, España. Pag. 133.

El actual Código Civil para el Distrito Federal, fue expedido por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos Plutarco Elias Calles y publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de Septiembre de 1932.

"La exposición de motivos del Código Civil manifiesta que: "...el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

Es preciso socializar el derecho, y esto significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio, o un medio de dominación de clase sobre otra."<sup>12</sup>

Dentro del Código Civil, podemos encontrar que el mismo se divide en cuatro libros, los cuales regulan las siguientes materias, 1.- De las personas; 2.- De los bienes; 3.- Las sucesiones; y 4.- Las obligaciones; que de manera más acertada el autor Eduardo Garcia Maynes, nos indica tal división de manera más acertada:

I. Derecho de las personas (personalidad jurídica, capacidad, estado civil,

domicilio);

II. Derecho familiar (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.);

<sup>12</sup> CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Porrúa, 67ª. Ed., México, 1998, Pag 13.

III. Derecho de los bienes (clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.);

IV. Derecho sucesorio (sucesiones testamentarias y legítima);

V. Derecho de las obligaciones.<sup>13</sup>

Dentro del libro primero, correspondiente a las personas, los artículos que interesan en la presente investigación referente a la violencia familiar, son los siguientes:

"ARTICULO 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

ARTICULO 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

ARTICULO 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de

<sup>13</sup> GARCÍA MAYNES, Eduardo. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, Edit. Porrúa, México, 1992, Pag. 147.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."<sup>14</sup>

Asimismo, por cuanto hace a esta materia, la misma se encuentra regulada por el derecho de familia, el cual se entiende de la siguiente manera: "Se denomina derechos de familia las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley respecto de los individuos que han contraído matrimonio o que han conocido carnalmente, o que están unidos por parentesco. El objeto de estas vinculaciones a veces es moral y a veces patrimonial."<sup>15</sup>

No obstante dichas características anotadas, el derecho de familia es una vinculación que pertenece al derecho privado, ya que se trata entre particulares, sin embargo interviene el estado como parte de esa relación jurídica, pero no como sujeto de la relación familiar, sino como su guarda y tutor.

De lo anterior, podemos apreciar que dichos artículos si bien sólo se limitan a considerar la relación existente entre los cónyuges, podemos desprender que se contempla el hecho de que la relación entre estos será en términos cordiales y de cooperación, en los que se alude a los conceptos tanto económicos como familiares, así como con la obligación de cuidado y educación de los hijos, mismas obligaciones que serán iguales para ambos.

<sup>14</sup> CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit. Pag. 76.

<sup>15</sup> ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Edit. Jurídica de Chile, 7ª. Ed., Chile, 1994, Pag. 5.

De lo cual surge como premisa mayor dentro del matrimonio y en especial entre los cónyuges, los siguientes efectos jurídicos:

- "a) Deber de Cohabitación;
- b) Deber de fidelidad;
- c) Deber de socorro;
- d) Deber a la relación sexual."<sup>16</sup>

Siendo que si bien es cierto tales conductas refieren obligaciones entre los cónyuges, no por ello se tiene que caer en abusos en la relación marital, y que por esta causa se afecte los derechos de uno u otro cónyuge, tal es el caso del deber a la relación sexual, en donde si uno de los cónyuges ejerce violencia sobre el otro para obtener o tratar de ejercer su derecho a la satisfacción sexual no importándole los sentimientos o necesidades de su cónyuge, caería en el tipo penal de Violación, al no haber realizado el acto sexual con el consentimiento de su cónyuge.

La legislación, de acuerdo con los artículos anteriores marcan una serie de obligaciones que los cónyuges deberán acatar para el buen funcionamiento de la estructura familiar; así los cónyuges establecen un domicilio común, aspectos; por ejemplo el económico, en el que se incluyen la educación y alimentación de los hijos.

Asimismo dichos artículos, nos marcan una pauta en cuanto a la regulación en el matrimonio respecto de obligaciones inherentes a tal condición como lo es el respeto, es decir, desde el análisis de estos artículos,

---

<sup>16</sup> GÜTIÉRREZ CHICHINO, Eva. NOCIONES DE DERECHO, Edit. Vonn, Mexico, 1979. Pag. 111.

podemos apreciar de manera subjetiva, el hecho de que el legislador contemplara que la convivencia familiar es importante como base del Estado.

Siguiendo con el análisis de dichos artículos los siguientes artículos fueron reformados y adicionados con el objeto de incluir disposiciones que regularan especialmente la violencia familiar, de acuerdo al Diario Oficial de la federación, del 30 de diciembre de 1997:

"ARTICULO 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrar este contrato, y que judicialmente se a considerado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación o la violencia hecha por el cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la

impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga se preceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la asistencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV. Los hábitos de juego de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas o enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento;

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

XIX. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.

XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.<sup>17</sup>

Respecto del anterior artículo, podemos destacar las dos últimas fracciones mismas que nos hacen referencia a la violencia familiar, sin embargo dentro de las mismas, se desprenden dos conductas diferentes, ya que por un lado la fracción XIX, nos indica de manera directa y como causal de divorcio, aquellos casos que tenga conocimiento el Juez familiar, recordando que por divorcio podemos entender: "...la separación legítima de un hombre y una mujer que se encuentra unidos por vínculo matrimonial."<sup>18</sup>

Por otro lado, nos indica como causal de divorcio la fracción XX, el hecho de que de manera indirecta, aquellos casos en que la autoridad administrativa o judicial, hayan ordenado la corrección de aquellas conductas de violencia familiar, por esto podemos entender que como autoridad administrativa, será el Ministerio Público que tenga conocimiento de hechos típicos de violencia familiar, en los que haya canalizado a las agencias especializadas como el C.A.V.I., en donde se imponen algunas medidas para prevenir la violencia familiar en razón de las víctimas.

Cabe hacer mención que la legislación civil como sabemos retoma muchos de sus aspectos de Derecho Romano, y dentro del cual y a pesar de que dentro de dicha comunidad se vivía bajo el régimen patriarcal, (en caso de existir ambos cónyuges), se tenía la plena disposición a la disolución del vínculo matrimonial por causas de violencia: "El marido podía invocar el adulterio de la mujer, le hecho de que ésta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o, hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podría repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición."<sup>19</sup> Sin embargo no hay que olvidar que a pesar de estos, el paterfamilia podía seguir disponiendo

<sup>18</sup> ROSSEL S.A. VEDRA, Enrique, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Op. Cit., Pag. 61.

<sup>19</sup> MORIEAU IDUARTE, Martha, y otro, DERECHO ROMANO, Edit. Haria, México, 2ª. Ed. Pag.

como gobernante de la domus, en la cual por su carácter de Juez Jurado y ejecutor, podría llegar a intimidar a sus demás familiares.

Por otro lado, en aquellos caso en los que la autoridad judicial penal, que haya interpuesto medidas pertinentes a la no-generación de violencia familiar como lo serian aquellas medidas postpreventivas, como los tratamientos psicológicos sobre aquellos sujetos responsables de la violencia familiar: siendo dichos casos, los que deberá de tomar en cuenta el Juez de los familia al momento de atender las situaciones en base al artículo 267 del Código en comento, como causales de divorcio.

Continuando con el análisis del Código civil referente a la violencia familiar, destaca lo siguiente:

**"ARTICULO 282. Al admitirse la demanda de divorcio o antes, si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:**

- I. (Derogada)
- II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;
- III. Señalar y asegurar lo alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge;
- IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso;

V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quedé encinta;

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

VIII. La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

ARTICULO 283. La sentencia de divorcio fijara en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver en lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitaciones según sea el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores. Para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres salvo que exista un peligro para el menor.<sup>20</sup>

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

<sup>20</sup> CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. Cit., Pag. 98.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Respecto de lo anterior, el legislador acertadamente impone como obligación al Juez de lo familiar, el hecho de que desde que tenga conocimiento de una demanda en la que intervengan casos de violencia familiar, la aplicación de medidas tendientes a la protección de la familia, y en especial sobre los menores, que en su calidad de garantes, deben de ser por demás protegidos. Situación que el Código Penal para el Distrito Federal no contempla en lo referente a la violencia familiar.

"La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice que las resoluciones judiciales ...pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."<sup>21</sup> Según refiere la autora Adriana Trejo Martínez.

"ARTICULO 323 Bis. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con el objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.

ARTICULO 323 Ter. Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su

---

<sup>21</sup> TREJO MARTINEZ, Adriana. PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Op. Cit. Pag. 73.

integridad física, p[er]s[er]ica o ambas. independientemente de que pueda producir o lo lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relaci[on] de parentesco, matrimonio o concubinato."<sup>22</sup>

De la anterior descripci[on] podemos ver que el legislador, de manera desatinada proporciona un concepto incompleto de la violencia familiar y de aquellos que pueden intervenir en esta, ya que por un lado, se limita a expresar como violencia familiar, el hecho de aquellas conductas violentas tanto f[is]icas como p[er]s[er]icas, dejando a un lado aquellas conductas de tipo sexual en las que se agrede al miembro de la familia, adem[as] de que dentro de su clasificaci[on] no hace alusi[on] a aquellos sujetos que realizan actos de violencia familiar, y que no cohabitan de manera directa con una familia, como pueden llegar ser los abuelos, los t[io]s, los primos, entre otros.

Asimismo, tenemos los siguientes art[ic]ulos que de manera directa nos se[~]alan algunas consideraciones respecto al respeto entre la familia:

**ARTICULO 411.** En la relaci[on] entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideraci[on] mutuos, cualesquiera que sea su estado, edad y condici[on].

**ARTICULO 423.** Quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligaci[on] de observar una conducta que sirva a [e]stos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica inflingir al menor actos de la fuerza que atenten contra su integridad f[is]ica o p[er]s[er]ica en los t[er]minos de los dispuesto por el art[ic]ulo 323 ter de este c[od]igo."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Op. Cit. Pag 105.

<sup>23</sup> Ibidem, Pag. 121.

Siendo que la legislación civil para los efectos de una aplicación de conceptos tendientes a la protección y cuidado de la familia, considera como una obligación el hecho de la existencia del respeto entre los integrantes de la familia, no importante el grado o condición, ya que en otras épocas se tenía el concepto, que el respeto debía de ser de los descendientes para con los ascendientes, no llegándose a considerar en la mayoría de las familias el respeto hacia los menores, o hacia aquellas personas que llegaran a tener alguna discapacidad, llegando ser estos últimos considerados como vergüenzas que debían ser escondidas o hablarse de ellas con cuidado, lo cual de alguna manera se traducía en violencia psíquica hacia las personas que se encontraban en tales supuestos.

La ley contempla la igualdad entre el hombre y la mujer, pero los artículos reformados y adicionados, son indicadores de que esa igualdad no se da en la realidad, sin embargo podemos decir que la propia ley en comento trata de hacer efectiva la igualdad, al hablar de los cónyuges, "la legislación civil, más que hablar del hombre y de la mujer, habla del cónyuge. La mujer puede ser el cónyuge beneficiado para los efectos de incumplimiento del que sea declarado culpable en las relaciones familiares, según los casos establecidos por la ley."<sup>24</sup>

Se establece la violencia familiar como causal de divorcio y o pérdida de la patria potestad, los términos en que éstos se llevarán a cabo para que las partes resulten verdaderamente protegidas, como el tratamiento a los menores con medidas de seguridad y seguimiento con terapias para corregir los actos de violencia familiar que hayan visto o sufrido directamente.

La importancia de nuestro Código Civil en la parte relativa a la protección de la familia, es acertada, al reconocer que todos los integrantes

---

<sup>24</sup> OCHOA SANCHEZ, Miguel Angel, y otros, DERECHO POSITIVO MEXICANO, Edit. McGraw-Hill, México, 1993, Pag. 125.

del núcleo familiar tienen derecho al respeto de su integridad física y psíquica por los demás miembros y en caso de que este respeto se pierda, los afectados contarán con el apoyo de asistencia y protección de las instituciones y leyes, sin embargo falla en el hecho de no definir la violencia familiar de manera congruente con las demás disposiciones que la regulan.

## CAPITULO III

EVOLUCION DE LAS TEORIAS

DEL DELITO EN RELACION AL

DELITO DE VIOLENCIA

FAMILIAR EN EL CODIGO

PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

## TEORIAS DEL DELITO

En el estudio de la Ley Penal Mexicana no deben pasarse por alto los aspectos de política criminal ya que este, los tratados internacionales y los criterios teóricos que deben orientar el sistema penal que adopte el Estado, que debiera ser democrático y no autoritario, siempre observando el principio de legalidad; o sea que la ley debe existir para dar existencia al tipo.

Los principios fundamentales del Derecho Penal que, a su vez, son conceptos fundamentales o básicos para el delito.

**Principio de acto o conducta.** Se sanciona por lo que se hace y no por lo que es.

**Principio del Bien jurídico.**- El Derecho Penal este debe constatar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. De este principio derivan el de subsidiariedad que indica el Derecho Penal, no es el único medio de control social, y el de intervención mínima, que indica que no se debe abusar del Derecho Penal, y que se debe hacer uso de él sólo cuando se trata de proteger el Bien Jurídico de esencial valía, y ante el fracaso de las otras instancias de control social.

**Principio de culpabilidad.**- A nadie se podrá penar sino se demuestra previamente su culpabilidad y la sanción será estrictamente en proporción a la culpabilidad.

Hay que ver las elaboraciones teóricas respecto de los contenidos de la ley, para dar sustento a la política criminal, y ésta a su vez, a la dogmática penal, mismas que se retro-alimentan.

¡Porque ciertos aspectos del delito se ubican en determina escala de la estructura del delito! El dolo y/o la culpa se estudian en el tipo o en la culpabilidad.

En cuanto a la estructura del delito, Porte Petit, siguiendo a Jiménez de Asúa, integra el delito de 7 elementos (teoría heptatomica).

Conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y la imputabilidad queda absorbida en esta última, esta es la concepción dominante.

El Derecho Penal restringido constituye la ciencia del Derecho Penal; esto es, El Derecho Penal es el objeto de estudio de la ciencia del Derecho Penal, de modo que Derecho Penal, Ciencia del Derecho Penal. Así el objeto de estudio es el delito, pero también debe ser objeto de estudio la teoría del delito, para ver cual construcción dogmática es más adecuada o más útil para solucionar los problemas que presente aquél.

El sistema clásico abarca de 1881 a 1915, y sus exponentes son Franz Von Liszt, Beling, Radbruch.

El sistema neoclásico o teleológico abarca desde 1907 a 1935/40 y sus exponentes son Franco Goldsclimidt, Freudenthal, Mezger.

El sistema finalista (de 1935 en adelante y sus exponentes son H. Welzel (creador), Maurach, Acrimin, Kauffman, Stratenverth, Niese, Jeslicieck. etc. Y profesores Von Weber y Graf Zu Doiina.

### 3.1 TEORIA CAUSALISTA.

#### 1.- SISTEMA CLÁSICO (1881-1915).

No son éstas doctrinas penales formuladas por penalistas, sino más bien opiniones o elucubraciones sobre el delito, la pena, su fundamento y su fin, considerados en su aspecto puramente filosófico, como cuestiones incluidas, cual otras muchas, en el ilimitado campo de la filosofía, no como materia de una disciplina autónoma.<sup>25</sup>

Ya que el verdadero desenvolvimiento de las ideas penales durante los siglos XVIII y parte del siglo XIX, en relación con los conceptos del delito y de la pena, fue favoreciendo la creación de diversas corrientes doctrinales que utilizaron diversos métodos de estudio y que llevaron a la creación de diversas escuelas jurídico-penales.

De esta manera y tocante a este capítulo, trataremos de enfocarnos en cuanto a la evolución que el Derecho Penal ha sufrido en el estudio de las tres primeras escuelas del Derecho Penal. Ya que de la presente investigación, habrán de retomarse algunos de los postulados que presentan dichas teorías, para que en un momento dado, darles aplicación a tales principios.

a).- Franz Von Liszt es el creador de la dogmática penal moderna, toma como base para su construcción teórica el Código Penal Alemán de 1871, y se inicia con la primera adición de su tratado, en 1881. El Código mencionado definía el delito como la acción humana sancionada por las leyes penales, y Liszt parte de la base de que se debía encontrar que era la

---

<sup>25</sup> CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General. Edit. Bosch. Barcelona España. 1980. Pag. 43.

acción humana, se ve influido por las ideas naturalistas, estas ideas dicen que la acción es un fenómeno de la naturaleza y por lo tanto se compone de 1).- causa, 2).- efecto y 3).- nexo causal, y que con ellos se afirma la acción, pero sólo en su aspecto externo, definiendo a la acción como el movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, (Darwin, Spencer), y el positivismo jurídico (poder absoluto).

Pero se le crítica ya que identificaba a la conducta con un fenómeno natural, y entonces se le agregó a su concepto de conducta el elemento "voluntariedad", que se componía de dos aspectos:

A).- Externo o manifestación de la voluntad.

B).- Interno, o contenido de la voluntad (dolo), o sea que, a su concepto causal o naturalístico de acción se le crítico porque dejaba fuera el inciso B), y entonces era un proceso casual ciego, sólo relación casual entre la voluntad y el movimiento. Sin embargo, establecido su concepto de acción Liszt aplica el método naturalista clasificatorio, señalando que una acción es delictiva cuando...

#### CLASIFICACIONES DE ACCIONES

1.- Contrarias a derecho (las que conforme a derecho no podían ser delito, así se trataba de una relación de contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico (antijuricidad) pero eso no bastaba para que hubiera delito...

2.- Era necesario que la acción fuera atribuible al sujeto, lo que podía ser a título de dolo o de culpa, y esta era una relación psicológica entre el autor y su dicho (culpabilidad) aquí es donde había que preguntarse que quiso el sujeto. Y para que todo esto fuera delito, de acuerdo al Código Penal Alemán, sólo le faltaba.

3.- Que la acción estuviera sancionada por las leyes penales (punibilidad), pero a esto no lo consideraba como elemento, sino como consecuencia del delito, pues la entendía como requisito adicional.

Para Liszt el delito no es más que una suma de relaciones.

B).- Beling es su obra "Teoría del delito", en 1906 desarrolla el concepto de delito partiendo de Liszt, pero se centra en observar el principio de legalidad, en el que lo fundamental es la existencia de una ley previa, que describe la conducta, y a esa descripción le da el nombre de tipo.

En ese tiempo Binding había establecido que cuando una persona realiza una conducta ya regulada, no transgrede la ley, sino que se adecua o ajusta a ella, pero lo que viola es la norma.

La norma se integra con:

Precepto (describe)

Sanción (castigo).

Beling da el nombre de tipo al primer elemento de la norma y así cumple con el principio de legalidad, pero ahora lo importante es verificar si la conducta concreta de una persona se adecua a lo descrito por el tipo, y a eso le llamo TIPICIDAD, definiendo entonces al delito como: la acción humana entendida como movimiento o no movimiento, típica, antijurídica, imputable y culpable, aceptando en ciertos casos las condiciones de punibilidad.

El tipo tiene la función de describir la acción humana en su parte objetiva o externa, pero todo lo interno, relativo al contenido de la voluntad, queda fuera del tipo.

En Beling el tipo es neutro o avalorado, porque refiere puros elementos objetivos descriptivos, que son aquellos que se constatan a través de los sentidos, y la tipicidad consistía en afirmación o integración de todos los elementos objetivos del tipo. En esta época la tipicidad era igual a cuerpo

del delito, entendido éste como puros elementos materiales del delito. Entonces su aportación básica son los conceptos de tipo y tipicidad, pero el delito sigue siendo un todo.

Para Beling la tipicidad es independiente de la antijuricidad (teoría neutro avalorado), porque no tienen nada que ver entre sí.

Concepto psicológico, relación entre el autor y su hecho, la imputabilidad en un presunto de la culpabilidad.

C).- Radbruch. En 1904 su obra "El concepto de acción y su importancia para el Derecho Penal, se ocupa precisamente del concepto de acción siguiendo a lo hegelianos señala que la conducta se integra por dos aspectos: EL EXTERNO Y EL INTERNO; y decía que el interno es el que los penalistas (pues él antes que otra cosa era filósofo), siempre quisieron encuadrar los conceptos de acción y de omisión en un solo superconcepto, que era el de conducta, pero decía que eso no era posible y sugirió tener los dos conceptos separados.

A parte de él otro autor, Von Buri, estudia la causalidad, siendo predominante la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua none, y aquí consideraba al aspecto externo resultado como lo más relevante, y decía que para efectos de valoración, lo más importante era el juicio de valor o de desvalor que se hacía respecto al resultado.

### **3.2 TEORIA NEOCAUSALISTA**

#### **SISTEMA NEOCLASICO (1907-1935/40).**

En esta etapa seguía el desarrollo de las ciencias naturales, surgió la antropología criminal y la escuela positiva del derecho penal, resurgió el

pensamiento de Kant o Neokantismo con la escuela de Mardburgo y la de Badén Badén o de la filosofía de los valores que indica que siempre el Derecho penal debe estar referido a fines y valores, por eso es teleológico.

A).- Frank en su obra "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", analiza el concepto de la corriente psicológica de la culpabilidad que se había manejado, y concluye que no es adecuado desde el punto de vista de los fines y valores, sino que la culpabilidad es un inicio de valoración equivalente a la reprochabilidad y para eso la imputabilidad deja de ser un presupuesto que se convierte en un elemento de la culpabilidad, mientras que el dolo (conocimiento y voluntad) y la culpa siguen en la culpabilidad como actuación de las capacidades de querer y de entender a la imputabilidad (pues solo los imputables pueden actuar dolosamente).

B).- Golschmit, en 1913 solamente se pronuncia a favor de Frank, pero no hace ninguna aportación.

C):-Freudenthal, en 1992 a los elementos de la culpabilidad de Frank (que eran la imputabilidad, como capacidades de querer y de entender (2) el dolo conocimiento y voluntad y/o culpa y (3) las especiales motivaciones que tuviera el sujeto agrega un cuarto que es (4) la exigibilidad de otra conducta, de modo de que para el juicio de reproche se deben de dar los números 1,2, y 3 para Frank, y 1,2,3 y 4 para Freudenthal.

D).- Mezger, con su "Tratado del Derecho Penal", cuya primera es de 1931 y la segunda de 1933, sostiene el concepto normativo de culpabilidad, conteniendo ésta los elementos de: (1) imputabilidad; (2) Dolo o culpa y (3) exigibilidad, pero agrega (4) la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad: Pero se le crítico que hablara en sentido ausencia de ...

por lo que, al no dar respuesta satisfactoria a las críticas, se elimina ese elemento.

En el sistema neoclásico se comenzó a hablar de injusto como la suma de tipicidad y antijuricidad, aunque Mezger señalaba que el injusto era lo mismo o igual a la antijuricidad.

En cuanto al tipo y a la tipicidad. Mayer y Hegler descubren los elementos subjetivos del injusto distintos del dolo en 1915, entendiéndolos como los ánimos, deseos, propósitos, finalidades, etc. Para ellos el dolo seguía siendo aspecto subjetivo de la culpabilidad, aquí fue donde se rompió el esquema injusto-objetivo culpabilidad-subjetiva, puesto que en el tipo se habían encontrado elementos subjetivos, diferentes al dolo.

En el mismo año 1915, Mayer descubre que había elementos objetivos que no podían ser apreciados a través de los sentidos, como los descriptivos, sino que requerían de una valoración ética o jurídica, y estos son los elementos objetivos-normativos; también con él surge la teoría indiciaria, al considerar que la tipicidad es sólo un indicio de la antijuricidad, pero que esta puede ser destruida por una causa de justificación.

Por su parte, Mezger señala que la tipicidad equivale a antijuricidad, con la teoría de la ratio esendi, ya que para él, la una implica a la otra, aunque las causas de justificación siguen excluyendo la antijuricidad y no la tipicidad. En 1913 había surgido la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual las causas de justificación operan como elementos negativos del tipo, y excluyen la tipicidad de la conducta, pero Wezel critica esta teoría diciendo que matar a una mosca es una conducta atípica, que es muy diferente que matar a un hombre en defensa legítima, ya que ésta es una conducta típica pero justificada.

En 1920 Mezger encontró que más del 90% de los tipos requerían elementos subjetivos distintos del dolo, y que en la ley se enunciaban con frases como "...para..." .

En cuanto a la antijuricidad. Es considerada como un juicio de valor, pero ¿quién hace la valoración? (A) El juez que es un sujeto y por lo tanto sería un criterio subjetivo, o (B) el ordenamiento jurídico, que por no ser de un sujeto sería un criterio objetivo, se debe hacer un análisis inverso, constatando si existían causas de justificación, y sólo si estas no se daban se podría hablar de antijuricidad.

En 1991 Fluser establece que para acreditar una causa de justificación no basta corroborar los datos objetivos, sino que es necesario, además verificar ciertos datos subjetivos como el animus defendendi; llegándose a entender el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable, pero el concepto de acción siguen siendo el causal o naturalístico, como proceso causal ciego.

Al morir Liszt, su continuador Eb. Schmidt, en 1920 deshecho el concepto causal de acción sería penalmente relevante cuando fuera relevante socialmente, de manera que la acción se entendió como el movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo social, pero en el fondo ese concepto sigue haciendo un proceso causal ciego, porque no tenía trascendencia en un derecho penal referido a fines y valores. En cuanto a la culpabilidad. Se maneja mediante dos corrientes la psicológica y la normativa. Es decir se trata de un concepto mixto.

Es entonces, que Hegel, entiende al delito y a la pena desde un concepto mas que nada filosófico, ya que contempla a dichos conceptos como actos negativos, ya que manifiesta que el delito es la negación del derecho, cuestión que nos parece subjetiva y carente de elementos ya que si

el delito es meramente la negación de los preceptos jurídicos, entonces, cualquier persona que no estuviera de acuerdo con las normas estaría cometiendo un delito, y así mismo al manifestar que la pena es la negación del delito, se estaría entonces en un supuesto en el que la punición únicamente es la contraposición con el delito y no como resultado de esta conducta criminal.

En las obras de Carrara, su definición de delito es la más representativa de este concepto; ya que según este maestro italiano, delito es "la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."<sup>26</sup>

Dicha concepción de delito, nos parece en parte adecuada, ya que incluye aspectos actuales al referirse al dolo y la culpa como aspectos de la conducta externa de el hombre, así mismo Carrara se manifiesta por decir que esta es creada por el Estado como un medio de protección de los intereses de la sociedad, sin embargo este autor sigue retomando dicha concepción sin dejar a un lado los aspectos morales que persigues en parte la escuela clásica, y lo cual desde un punto de vista estrictamente jurídico no tiene cabida, ya que como sabemos la norma jurídica es objetiva y no subjetiva como la moral.

De esta forma, Carrara partía de que el delito no es un hecho natural, sino más bien, un ente jurídico, y buscaba la tutela jurídica de la sociedad, en virtud de que la pena era la proporcionalidad al daño producido, a esto se le denominó teoría de la proporción de la pena.

---

<sup>26</sup> AGUDERO BETANCUR, Nódier. EL PENSAMIENTO JURIDICO-PENAL DE CARRARA. Op. Cit. Pag. 25.

Carrara buscaba como consecuencia del fin de protección de los derechos, el hecho de que era indispensable una atención esmerada en los ritmos y garantías procedimentales, "puesto que su escuela se inspira en los principios liberales, sostiene con ahinco la legalidad de los delitos y de las penas; define minuciosamente las circunstancias modificativas de la responsabilidad, principalmente las agravantes, lo que a su vez orientara a los jueces acerca de aquellos datos importantes que deban buscar para la individualización de la condena, y presta cuidadoso detalle al examen del delito en su aspecto interno, definiendo detalladamente las figuras o tipos de los delitos."<sup>27</sup>

El Autor Eduardo López Bentancourt, nos dice que el pensamiento de Carrara se puede sintetizar de la siguiente manera:

"a) Distingue al delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas).

b) El delito sólo se produce por violación a la ley.

c) El pensamiento no produce consecuencias en el mundo jurídico."<sup>28</sup>

Por último, podemos citar lo siguiente con respecto de Carrara y de donde se infiere el por que se considera a el, partidario de la escuela clásica y máximo expositor de la escuela clásica: "Carrara encuentra la formula sacramental, en la que asienta el apoyo de toda construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que integran la ciencia penal, fuente de donde emanarían las demás verdades del derecho penal de los pueblos

---

<sup>27</sup> VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 34.

<sup>28</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. Op. Cit. Pag. 39.

cultos y que constituye la noción exacta del delito. Dicha formula dice. El delito no es un ente de hecho, sino jurídico. Así pues, el meollo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo), más no el delincuente (supuesto subjetivo).<sup>29</sup>

La escuela clásica, básicamente seguía una corriente en la que se creía en la existencia de un derecho natural, y sostenían un dualismo normativo, es decir, un orden ideal, justo, universal e intemporalmente valido, según esto, es el orden del derecho natural según el cual el hombre tiene derecho desde antes de la existencia del legislador.

Y es que la tutela jurídica del estado aparecía como finalidad del derecho criminal, ya que este es un orden compulsivo que tiende a reforzar la ley moral que no tiene en sí la fuerza de su propio cumplimiento, "Existe un orden en el universo físico, pues "nada hay que no este regulado en el mundo y dio sometido todo lo creado a perpetua armonía, las leyes físicas se cumplen de manera inexorable, no así las leyes morales que necesitan refuerzo, ya que el hombre tiende a perturbarlas impulsado por las pasiones. El derecho criminal, que es un orden compulsivo, tiene por misión la tutela del derecho la defensa de él y esta viene indicada por ley natural"<sup>30</sup>

Respecto de su método, la escuela clásica, tendía por la utilización del estilo deductivo, que se basa en el aspecto de ir de lo general a lo particular, que son mas que nada los hechos existentes en la universalidad de vertientes que dan como resultado aspectos particulares, y sobre esto Jiménez de Asúa nos dice que era un método lógico-abstracto "puesto que el derecho Penal, por ser derecho había de trabajarse con esta metodología."<sup>31</sup>

<sup>29</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 72.

<sup>30</sup> AGUDERO BETANCUR, Nodier. EL PENSAMIENTO JURIDICO-PENAL DE CARRARA. Op. Cit. Pag. 20.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op.

Y es que como bien apunta el autor Rafael Marquez Piñeiro, "...su método es racionalista, al considerar sus miembros que no había mas ciencia penal que el derecho punitivo, aquellos aplicaban la metodología lógica abstracta, deductiva, y especulativa..."<sup>32</sup>, y es que para los clásicos, el derecho penal no era mas que un sistema dogmático, fundamentado sobre conceptos racionalistas, que sin embargo no se separaba de los tópicos morales.

Este método (lógico-deductivo) aplicado por la escuela clásica se aplicó al estudio del delito. Y es que en la escuela clásica, había una gran dosis de racionalismo reflejado en su manera de actuar, "...se establecían principios a priori, maximas que no se demostraban, a partir de los cuales se sacaban por vía deductiva las consecuencias que se tenían como verdades independientes del arbitrio humano.

Como principios a priori, de los cuales parte el autor en su obra, principios que fundamentalmente la construcción de su sistema, podemos mencionar el delito como ente jurídico y del libre albedrío."<sup>33</sup>

Y es que la escuela clásica, consideraba a la imputabilidad moral basada sobre el libre arbitrio, es decir, "...el hombre es responsable penalmente por que lo es moralmente, y es responsable moralmente por gozar de su libre arbitrio"<sup>34</sup>, y es que esto era considerado como uno de los dogmas mas elevados de esta escuela, tan es así que para Carrara, la imputabilidad moral es la base de la ciencia penal, ya que el mismo

---

Cit Pag. 46.

<sup>32</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 72.

<sup>33</sup> AGUDERO BETANCUR, Nódier. EL PENSAMIENTO JURIDICO-PENAL DE CARRARA. Op. Cit. Pag. 21.

<sup>34</sup> CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General Op. Cit. Pag. 50.

consideraba que esta era estrictamente necesaria, a tal grado que el mismo decía que mal se construiría si no existiera moral.

Y es que se consideraba a la libertad como fundamento de la responsabilidad penal, ya que esta se funda como ya se dijo en el libre albedrío, "...el hombre es libre y por serlo es responsable penalmente de sus actos y en la medida que lo sea. Si para la configuración del delito es necesario que exista un hecho dañoso, ya que con el solo pensamiento no se puede dañar el derecho ajeno (el solo pensamiento no delinque), es cierto también que es mero daño no legitima punición."<sup>35</sup>

"El Estado como complemento de la ley moral, fija los delitos y las penas, pero también establece su propia autolimitante, para no excederse de su marco, por tanto, la fuerza coactiva y represiva que no tiene la ley moral, sólo se encuentra en el brazo mismo del hombre"<sup>36</sup>

Y es que según los clásicos, la responsabilidad penal, es ante todo, responsabilidad moral fundada en el libre albedrío, pues el hombre responde penalmente solo en cuanto al hecho de que teniendo este la posibilidad de obrar en forma lícita, escoge con voluntad fundada, el libre el camino del delito.

"La responsabilidad presupone, pues, conocimiento previo de la existencia de una norma que prohíbe y sanciona la conducta; previsión de los efectos penales de la infracción legal; libertad de elegir entre los varios

---

<sup>35</sup> AGUDERO BETANCUR, Nódier. EL PENSAMIENTO JURIDICO-PENAL DE CARRARA. Op. Cit. Pag. 21.

<sup>36</sup> GONZALEZ QUINTANILLA, Jose Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 31.

comportamientos posibles a aquel que lo llevó a la comisión del delito y voluntad de obrar contra derecho."<sup>37</sup>

Y por cuanto hace al último punto, se estimaba que el Órgano jurisdiccional no debería de actuar mas que como un arbitro, que meramente estuvieran sus funciones a la aplicación del derecho dentro del procedimiento y que al llegar a la determinación de la pena, este solamente podía decretar de forma automática la sanción en base a lo ya establecido por el legislador

Ya que autores como Cuello Calón, nos refiere respecto de este punto que el Juzgador no era considerado por los clásicos como un órgano facultado para medir la responsabilidad moral del criminal, "El juez, competente para conocer la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones."<sup>38</sup>

De lo anterior podemos considerar entonces que el Juzgador, no podía tener criterio personal para fijar la sanción, ya que esta, de manera objetiva estaba ya fijada por el legislador si que pudiera existir ninguna margen de variabilidad.

Y es que el autor tiene razón en manifestar el hecho que la escuela clásica, no es como los positivistas la concibieron en su totalidad, sino que esta fue mas allá, puesto que si bien es cierto muchos de sus dogmas no pasaron de ser considerados como obsoletos e ineficaces respecto a lo que ellos decían. si podemos hacer mención que algunos de estos preceptos "clásicos", sirvieron de base para concretizar lo que actualmente tenemos como Derecho Penal.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

<sup>37</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. Pag. 16.

<sup>38</sup> CUELLO CALON. Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General Op. Cit. Pag. 51.

"En suma, como todos los autores clásicos, entra a definir aspectos más importantes tanto de la teoría del delito como de la teoría de la pena, con lo cual presenta un sistema completo del derecho penal, que hasta ese momento no se tenía. Ello, además, en la clara comprensión de que de ese modo se construía un sistema de garantías que protegiera al ciudadano y por ello especialmente también al delincuente respecto del Estado."<sup>39</sup>

Podemos en consecuencia validamente concluir, que la escuela clásica fue y es en la actualidad, parte importante del desarrollo real del Derecho penal, siendo que algunos de sus postulados aun son vigentes en épocas contemporáneas, y es que fue la escuela clásica a la que se le debe el mérito de haber hecho un estudio sistemático muy completo, del delito como entidad jurídica, así mismo cuéntase a su favor también la campaña realizada para humanizar la pena y para rodear de garantías al imputado.

La escuela positiva, señala una nueva etapa en el Derecho Penal, caracterizada principalmente por el desplazamiento del criterio represivo y fundamentado en la apreciación de la objetividad del delito y su sustitución por la preponderante estimación de la personalidad del culpable.

El nacimiento de esta escuela es consecuencia de la irrupción de las ciencias naturales en los estudios filosóficos que tuvo lugar en el siglo XIX, siendo que la característica del positivismo no es solamente su concepción realista, sino principalmente sus métodos inductivos de indagación científica en oposición a la metodología lógico-deductiva que hasta entonces la escuela clásica había planteado.

Al estudiar la escuela positivista del Derecho penal, no debe de olvidarse la serie de cuestiones que dieron origen a la misma, "...debe

---

<sup>39</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Edit. Temis, 2ª. Edic. Bogotá Colombia, 1994, Pag. 110.

recordarse a Ardigó, así mismo el influjo que sobre las doctrinas criminales de esta escuela ejercieron las teorías evolutivas entonces tan en boga de Darwin y Spencer, así como las materialistas de Büchner, Haeckel y Moleschott."<sup>40</sup>

Los conceptos animadores de estas direcciones científicas, el evolucionismo y el materialismo, inspiraron profundamente la producción científica de los penalistas creadores de la dirección positivista.

La escuela positiva del Derecho penal, tuvo como principales expositores a Cesar Lombroso, Enrico Ferri, Y, Rafael Garófalo, con quienes de manera respectiva, y citando la concepción marxista del conocimiento, se inicio una tesis del conocimiento penal con Lombroso, posteriormente una antítesis sociológica con Ferri, y terminando como una síntesis sobre todo el Derecho Penal y sobre el delito, llevada a cabo por Garófalo, así como todas sus consecuencias.

Y es que como bien nos señala el autor Luis Jiménez de Azúa, sobre los principios de la escuela positiva: "Fue en verdad una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas: por eso, la Escuela positiva fue al principio ardoroso ataque, como lo son todos los revolucionarios que tratan de destruir. Pero toda revolución, sino degenera en catersis, tiene que llegar a la síntesis."<sup>41</sup>

Siendo que para poder comprender el significado del sentido de la escuela positiva, debemos hacer mención de algunas de las nociones referidas por el positivismo en general y filosófico denominado así por Augusto Comte, quien sustenta tres principios fundamentales:

<sup>40</sup> CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. Pag. 51.

<sup>41</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. Pag. 50.

"a) La clasificación de la ciencia;

b) La religión de la humanidad; y

c) La clasificación de los tres estadios"<sup>42</sup>

Siendo que por lo anterior se puede entender que "el positivista no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pues negar y afirmar, en cierto sentido; el positivista es agnóstico al respecto y, con más comodidad que la del estudio o el polemista, habla el "incognoscible" para racionalizar, respecto de conocimientos superiores, abstractos o universales -desde luego mas difíciles de alcanzar-, una actitud de apacible renunciación."<sup>43</sup>

Entre otros destacados integrantes de la escuela positivista del Derecho penal, se encuentran Sigmund Freud y Nicolas Pende, siendo el primero de estos el creador de la corriente psicológica del psicoanálisis, y a la cual ya nos hemos referido con antelación; y, Pende, siendo aquel que realizara importantes estudios sobre Endocrinología Criminal.

Y es que fue exactamente dentro de la escuela positiva en donde se desarrollaron muchas de las ciencias que hasta entonces eran consideradas como elementos secundarios al desplazarse el estudio del delito, al estudio del delincuente, resaltando teorías como las estadísticas, las antropológicas, las sociológicas, las psicologías, las económicas, entre otras.

De esta forma tenemos que las directrices básicas de la escuela positiva, las podemos resumir de la siguiente manera:

<sup>42</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. Op. Cit. Pag. 40.

<sup>43</sup> VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 36.

1. El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un sistema revelador de un estado peligroso.
2. La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso", y no a la gravedad objetiva de la infracción.
3. El método es el inductivo experimental.
4. Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o la libertad humana es una ilusión. La voluntad está determinada por influjos de orden físico, psíquico y social.
5. La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos, y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.
6. El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.
7. La pena como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social, y la segregación de los incorregibles.<sup>44</sup>

De lo anterior, puede validamente establecerse aquella serie de principios que la escuela Positiva del Derecho Penal defendía, en oposición a

---

<sup>44</sup> GONZALEZ QUINTANILLA, Jose Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 35.

los postulados planteados durante mucho tiempo por la escuela clásica y los cuales estudiaremos con posterioridad dentro del presente capítulo.

No hay que olvidar que frente a la escuela Clásica, la escuela positivista tuvo un carácter unitario y universalista, que, sin embargo y a pesar del constatado internacionalismo de sus teorías, no pudo impedir que sus resultados, en diversos países europeos, llevaran otras direcciones concretamente en Alemania y Francia, que la señaladas por César Lombroso.

Y es que cabe hacer la mención que en ambos países produjo "...arraigo especial la dirección sociológica, y ésta es la denominación de la versión alemana y el sentido esencial de la tesis de Tarde y de la llama escuela de Lyon, bajo la jefatura de Lacassagne, de suerte que cabe afirmar que el mismo sentido sociológico en la propia Italia sobre todo a partir de los estudios de Enrique Ferri."<sup>45</sup>

Por lo cual encontramos que algunos autores Alemanes por ejemplo, contemplan muchas veces a la teoría sociológico criminal, como la mas representativa de la escuela positiva.

Sin embargo, no podemos dejar a un lado el estudio de aquellos que fueron considerados como los tres evangelistas del Derecho Penal, comenzando por César Lombroso, cuya obra fundamentalmente es el "Uomo Delincente"; Enrique Ferri, con su Sociología Criminales; y Rafael Garófalo, con su Criminología, y, mismos autores los que nos hemos referido ya de forma breve con anterioridad.

A quienes desde nuestro punto de vista, desarrollaron toda una corriente alternativa del Derecho que hasta ese momento existía con la

---

<sup>45</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 73.

escuela clásica, y que como bien señala el autor Marquez Piñeiro, "...sus textos mencionados constituyen los evangelios de la scuola positiva. Para Jiménez de Asúa, la gran herencia de la escuela positiva ha sido el nacimiento de una nueva ciencia de carácter naturalista, que investiga la causa del delito y el estudio biosociológico del delincuente: la criminología."<sup>46</sup>

Comenzaremos tal análisis con Cesar Lombroso, ya que fue el quien con su serie de estudios comenzó por asentar las bases de lo que mas tarde seria considerada como escuela positiva.

"Ciertamente el fundador de la escuela positiva Italiana fue Cesare Lombroso, a quien se debe haber sido el primero en cambiar el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable"<sup>47</sup>

Es por lo tanto que nos encontramos que Lombroso de origen hebreo estudia la carrera de medicina, y ser uno de los mas devotos estudiantes del darwinismo, aplico el método experimental a diversos estudios sobre la locura y trato de encontrar las nota diferenciales para que fuese mas fácil el peritaje médico, entre el delincuente y el loco, de esto, el maestro Sergio Rosas Romero, nos señala lo siguiente: "Sus fragmentos médico -psicológicos, la medicina legal de los enajenados mentales y los estudios clinicos sobre enfermedades mentales, son algunos de los trabajos con los cuales inició una nueva ciencia psiquiatrica y antropológica, sobre bases experimentales, éste brillante médico europeo."<sup>48</sup>

Así, el propósito de las investigaciones de Lombroso, se llevaron a cabo en el terreno de la delincuencia, encargándose de completar algunas teorías sobre Fisionomía, Frenología Y antropología, que autores

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan, INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Op. Cit. Pag. 125.

<sup>48</sup> ROSAS ROMERO, Sergio, CRIMINOLOGIA, Op. Cit. Pag. 43.

que como Despine habían elaborado años atrás, por lo que llego a formar el concepto de que el hombre delincuente se podía llegar a equiparar a los hombres primitivos en su sentido evolucionista.

De tal suerte que Lombroso al continuar sus estudio sobre los locos y los criminales, elaboro uno de sus puntos a los que mas revuelo le causaron en ese entonces, a la comunidad Jurídico-europea fue la manifestación de que: "César Lombroso quien considero al delincuente como un ser atávico con regresión al salvajismo"<sup>49</sup>, como nos lo refiere el autor Jiménez de Asúa, y es que esto lo explicaba al decir que el criminal, se encontraba en una etapa anterior al grado medio de evolución actual.

Y es que a medida que Lombroso avanzaba en sus estudios y observaciones, los resultados eran contrarios a los que él esperó, ya que lo que parecía dibujarse indudablemente no era la distinción entre el loco y el criminal, sino un parecido entre ambos, un tercer término que el autor Prichard utilizo para. esta contradicción fue la denominación de moral insanity.

"Lombroso estableció que, antes de estudiar el delito como ente jurídico o simple infracción de la ley penal, debe examinarse como acción humana, como fenómeno humano y natural y social, considerando la biología del delincuente."<sup>50</sup>

Esto es, Lombroso aun conservaba parte de los postulados de la escuela clásica, situación lógica, ya que era esta y sus teorías los únicos que hasta ese momento existían, y por lo cual manifestara que el delito debía entenderse como un todo en relación a elementos tales como la propia

---

<sup>49</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. Pag. 40.

<sup>50</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 73.

personalidad del criminal, su naturaleza biológica y el entorno social, elaborado con esto, las primeras consideraciones sobre los estudios del criminal, cuestión hasta entonces no desarrollado por ningún pensador.

Por estos motivos, diversos autores refieren que el positivismo como doctrina antropológica, nació en Italia por obra de Lombroso; siendo también dable destacarse que sus investigaciones se realizaron en base a múltiples estudios llevados a sobre la población carcelaria del norte de Italia, mismos estudios que lo llevaron a la conclusión de que el delincuente es un anormal, con ciertos caracteres psicopatológicos que permiten diferenciarlo de las demás personas planteándose de esta forma una teoría sobre el delincuente nato.

A mayor abundamiento, tenemos que el maestro Sergio Rosas Romero, nos refiere que Lombroso entre los años de 1871 y 1876, al realizara diversos estudios, fue como siendo este "director del Manicomio de la ciudad de Pésaro, en Italia y teniendo libre acceso a la prisión, examinó a toda clase de delincuentes y con ello estableció las bases fundamentales de la Escuela Positivista; si los delincuentes son una especie de locos, no deben ser castigados, sino tratados como locos, estar segregados de la sociedad, ya no temporalmente en razón del delito cometido, sino indeterminadamente en razón de su temibilidad, en manicomios criminales."<sup>51</sup>

Sin embargo, debe de señalarse que Lombroso fundó dichas teorías, en una falta de apreciación de su entorno, pues ha de recordarse que en durante esa época, es decir, a finales del siglo XIX, dentro de las prisiones se encontraban tanto criminales como locos y hasta lo que ahora conocemos como menores infractores estos, es, niños, y muchos de los enumerados estaban en proceso de ser muertos por el Estado.

---

<sup>51</sup> ROSAS ROMERO, Sergio. CRIMINOLOGIA, Op. Cit. Pag. 48.

Y es que de dichos estudios, fue como Cesar Lombroso creara a la Antropología Criminal, ya que realizara estudios profundos sobre los rasgos fisionómicos de los criminales italianos, a los cuales, de esta forma clasificara, de una manera que si bien es cierto consideramos obsoleta, si respetamos su investigación, la cual viera luz dentro de su obra "El Hombre delincuente", donde mostró diversas conductas criminales y es de esta forma que el autor nos la reseña:

- |                                       |  |
|---------------------------------------|--|
| 1. Delincuente Nato                   | (Atavismo)                                       |
| 2. Delincuente Loco Moral             | (Morbo)  |
| 3. Delincuente Epiléptico             | (Epilepsia)                                      |
| 4- Delincuente Loco (Pazzo)           | Alienado<br>Alcohólico<br>Histérico<br>Mattoide  |
| 5. Delincuente Ocasional              | Pseudo-criminales<br>Criminaloides<br>Habituales |
| 6- Delincuente Pasional <sup>52</sup> |  |

De la suerte que autores como Reyes Echandía nos señalan lo siguiente: "La contribución específica de Lombroso a las ciencias criminales, pues, fue la observación directa y sistemática del hombre delincuente."<sup>53</sup>

<sup>52</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, CRIMINOLOGÍA, Op. Cit. 12ª. Edic. Pag. 254.

<sup>53</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso, DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. Pag. 17.

Pero Lombroso no se limitó a la descripción de los caracteres físicos y psíquicos del criminal, sino que también llevo a cabo estudios sobre la explicación de las causas individuales de la delincuencia, manifestando en consecuencia tres supuestos por los que el hombre cometía o presentaba tales conductas ilícitas, que eran "el atavismo, la locura moral y la epilepsia."<sup>54</sup>

Cabe destacar que Lombroso, como ya se ha mencionado, en 1876, al publicar su famoso libro "El hombre delincuente", "pequeño opúsculo al principio y que se transforma, en virtud de sucesivas ediciones, en una obra de tres tomo y un atlas."<sup>55</sup>, así como toda la serie de estudios sobre los criminales, también se revela que su doctrina contiene una gran cantidad de datos y conceptos que, a pesar de su genio creador, presenta un estudio no muy firme, pero debiendo recordar que el no era abogado, sino médico, y a pesar de esto, sus estudios llevaron a cabo la construcción del moderno derecho penal.

Entonces, tenemos que César Lombroso había creado ya plenamente los estudios sobre la Antropología Criminal, como elemento mas que destacado dentro de sus estudios, y hacia el año 1878 se aproxima a él Enrique Ferri.

Enrique Ferri, de ascendencia Italiana, estudiante de la Universidad de Bolonia, llevo a cabo estudios sobre la estadística criminal, los cuales habrían de influenciarlo mas tarde, en el desarrollo de su sociología Criminal

Siendo Ferri, también influenciado por las cátedras y postulados de su maestro Francisco Carrara, a quien criticaría posteriormente siendo el, uno

---

<sup>54</sup> ROJAS, Nerio. MEDICINA LEGAL. Op. Cit.. Pag. 300.

<sup>55</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit Pag. 41.

de los que le dieron a sus teorías y a las que se desarrollaban en esa época, el mote de "escuela clásica", esto en virtud de que Ferri tuvo como maestros a Roberto Ardigo y Pedro Ellero, fuertes críticos sobre las teorías clásicas.

Más tarde, Ferri siguiendo la diversidad de posturas que se llevaban a cabo en cuanto al evolucionismo y materialismo, llegó con César Lombroso, de quien fuera alumno en el año de 1879, y un año más tarde participó con la creación de la revista "Archivo de Psiquiatría, Antropología Criminal y Ciencia Penal", llevando a cabo estudios en dicha obra, sobre la parte sociológica.

"Ferri es quien logra conjugar la dirección antropológico-biológica de Lombroso con una concepción sociológica del delincuente, en conexión con los requerimientos sistemáticos que planteaba el pensamiento penal tradicional."<sup>56</sup>

Toda vez que Lombroso como maestro de Ferri, lo impulsó al desarrollo de diversos estudios sobre el delincuente, manipulándolo en su concepción biológica, tal situación, nos la refiere el autor Reyes Echandía, y nos dice lo siguiente: "Siguiendo las huellas de Lombroso, Enrico Ferri continuó el estudio del delincuente, dándole prelación a los factores sociales del delito; desarrolló la teoría antropológica de los tipos delictivos y amplió el contenido del derecho penal."<sup>57</sup> De esta forma, la antropología criminal de César Lombroso se convirtió así en una Sociología Criminal.

Ferri, quien era el un joven abogado que como nos dice el autor Jiménez de Asúa "...se paseaba por las orillas del Arno para hacerse orador

---

<sup>56</sup> VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 37.

<sup>57</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. Pag. 17.

como Demóstenes. La Sociología, que entonces empezaba a brillar, sedújole, y dio, a la que había de denominarse escuela positiva, la tendencia sociológica que el propio Lombroso hubo de aceptar, junto a la predominante antropología, en el tercer volumen de la definitiva edición de *El hombre delincuente*.<sup>58</sup>

Ferri, desde los comienzos de su actividad científica explicó la causa de la criminalidad, mediante el influjo de factores individuales, físicos y sociales; así mismo, negó la existencia del libre albedrío, base hasta entonces del derecho penal y de la escuela clásica, siguiendo las enseñanzas de Lombroso sobre el delincuente, proclamo que este no es un hombre normal, sino un ser que por sus anormalidades físicas y psíquicas representa entre nosotros, en las sociedades modernas, a los hombres primitivos ya desaparecidos o a los salvajes en los tiempos presentes.

Y es que de esta forma Ferri, desarrolla a través de la fase de estudios Antropológicos positivos llevados a cabo con Lombroso, la evolución a la que hemos hecho mención, es decir los estudios sociales y es que "Ferri estima que el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales."<sup>59</sup>

Lo anterior, en virtud de que Enrique Ferri, como creador de la Sociología Criminal, expone que el medio ambiente, es el que crea al delincuente, "un medio hostil impulsa al individuo a cometer delitos, ese medio ambiente influye en él y las circunstancias que lo orillan a delinquir"<sup>60</sup>, esto es, Ferri desarrolla sus teorías al sostener que en el hombre, solo existía como parte integral de su desarrollo, la sociedad, y siendo, que el entendía a esta como un organismo, manifestaba que reaccionaba como consecuencia

<sup>58</sup> Ibidem, Pag. 48.

<sup>59</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *DERECHO PENAL, Parte General*, Op. Cit. .Pag. 73.

<sup>60</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. *INTRODUCCION AL DERECHO PENAL*, Op. Cit. Pag. 41.

de los actos dañosos y, teniendo el hombre responsabilidad por estos, debía de sufrir el dichas reacciones.

Negando el libre albedrío, y por tanto la responsabilidad penal basada en la imputabilidad moral, tesis que publicara en el año de 1878, con el título de "La Teoría de la Imputabilidad y la Negación del Libre Albedrío", asentó las bases de aquella sobre una exigencia según la cual el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad. De esta teoría, Ferri fue como llegó a descubrir su famosa premisa sobre "la responsabilidad social", en donde se notaba ya una rivalidad con su antiguo maestro Carrara y con los demás penalistas a quienes nunca omitió la denominación de Clásicos.

En tal suerte, que dicha teoría es contemplada por el autor Eugenio Cuello Calón de la siguiente manera: "...todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, cualquiera que sea su condición psicofísica es responsable (responsabilidad legal) y debe ser objeto de una reacción social (sanción) correspondiente a su peligrosidad. Esta se determina atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y a la de una expresión o manifestación de la peligrosidad de su autor. Como los delincuentes son de diversa índole -natos, por hábito adquirido, de ocasión, y por pasión.-, la reacción social defensiva también habrá de ser diversa. Así para los dos primeros grupos tendrá una finalidad eliminatoria, y para los dos últimos finalidad represiva y reparadora."<sup>61</sup>

Dentro de su Sociología Criminal, Ferri desarrollaría una de las bases modernas de la teoría sobre la penas y las medidas de seguridad, al hacer la mención de los substitutivos penales, mismos que el consideraba como disposición de orden social tendientes a la protección del Estado y adecuados contra el combate a la delincuencia.

---

<sup>61</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. Pag. 52.

De lo anterior, es el maestro Sergio Rosas Romero quien nos precisa mas sobre este particular, y nos dice que la Sociología de Ferri debe de entenderse de la siguiente forma: "...es una ciencia Única y compleja, la observación científica, por el método experimental del crimen como hecho natural, social y jurídico y de los medios de defenderse contra él, de prevenirlo y reprimirlo, constituyen el objeto de esa ciencia. Crimen y pena no son fenómenos jurídicos exclusivamente, también lo son sociales la Sociología Criminal transmuta la ciencia de los delitos y las penas, de exposición doctrinaria de silogismos por fuerza única de una fantasía lógica, en consecuencia de observación positiva, que valiéndose de la Antropología, la Estadística el derecho penal y las disciplinas carcelarias, se convierte en una ciencia sintética."<sup>62</sup>

A continuación, analizaremos el pensamiento del último de los "evangelistas del Derecho Penal", estamos hablando de Rafael Garófalo, quien trascendiera hasta nuestra época, por su famosa obra "Criminología".

De esta manera Rafael Garófalo, como autor de la obra citada "Criminología", se propuso darle base jurídica a las teorías antropológicas y sociológicas de Lombroso y Ferri, siendo que de este último critico su teoría sobre el ente jurídico, ya que como nos lo señala el autor Juan Bustos Ramirez. "...Rafael Garófalo, quien pretende estudiar el delito no como un ente jurídico, sino como un Fenómeno natural o social."<sup>63</sup>

El autor reyes Echandía, nos señala que Garófalo, "...con aguda visión comprendió que las investigaciones sobre el hombre delincuente resultaban estériles si previamente no se definía el concepto de delito; fue así como

---

<sup>62</sup> ROSAS ROMERO, Sergio. CRIMINOLOGIA, Op. Cit. Pag. 63.

<sup>63</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Op. Cit. Pag. 125.

concibió la teoría sociológica del delito natural y expuso una tesis naturalista de la responsabilidad.<sup>64</sup>

Rafael Garófalo, barón y jurista renombrado en su época, tuvo como influencia los estudios tanto de Lombroso como de Ferri, criticando las teorías tanto antropológicas, como sociológicas del Criminal, ya que para Garófalo, estos al criticar a la escuela positiva sobre el aspecto de que no se le dio importancia al estudio del delincuente y que ellos en sus postulados si lo hicieran, dejaron a un lado la concepción del delito,

Rafael Garófalo destacó no solo por sus teorías, sino por la propia investidura que el portaba, ya que destacaba con puestos y títulos tales como el ser magistrado, catedrático, y Barón; cuestión por la cual Luis Jiménez de Asúa nos manifiesta lo siguiente: "...pertenecía a la clase atacada por el positivismo criminológico: ejercía la justicia que Lombroso y Ferri criticaban y ello fue muy significativo para una posible síntesis que no se realizó..."<sup>65</sup>, mismas cuestiones que se habrán de analizar.

Garófalo procedió a llevar a cabo una serie de estudios profundos en materia de Derecho penal al manifestar su preferencia por las causas endógenas del delito, introduciéndose de lleno al desarrollo de conceptos sobre el delito y del delincuente, es decir, Garófalo estudio ambos conceptos al no tener clara la noción de delito y lo cual sería necesario para considerar al hombre que cometiera cierta conducta ilícita como delincuente.

El delincuente para Garófalo se caracterizaba por la anomalía moral, por la ausencia o desviación del sentido moral y con frecuencia, de acuerdo con la tesis de César Lombroso, por sus anomalías somáticas, y estas conductas, engendrarían en consecuencia la reacción social contra el

<sup>64</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. Pag. 16.

<sup>65</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit Pag. 74.

delincuente, que tiene por fin la defensa social realizada mediante la eliminación de los inadaptables al medio social y la constricción la reparación de los daños del delito.

El autor Eugenio Cuello Calón nos dice que "Rafael Garófalo intento dar una sistematización jurídica a las doctrinas Criminológicas del positivismo. Con el animo de colmar la laguna que veia en ellas, haber omitido por completo la noción del delito, formulo su teoría del "delito natural"<sup>66</sup>

Algunos consideran a Garófalo como el más grande representante del positivismo, ya que como se dijo conjugo tanto las teorías de Lombroso como los postulados de Ferri, y, de esta manera, logro diferenciar al delito natural del delito legal.

Dichos estudios lo llevaron a formular su concepto de delito el cual reza de la siguiente forma: "Define al delito como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en le medida media que son indispensables para la adaptación del individuo a la colectividad."<sup>67</sup>

Una parte importante de los estudios de Garófalo, se debieron a que consideraba que dentro de la sociedad, se desarrollan una serie de sentimientos que mas que ser meramente internos e individuales, son de un tipo colectivo, es decir existen ciertos sentimientos que dentro de la comunidad son afines entre si.

Ejemplo de estos sentimientos lo es la religión, la cual como aspecto subjetivo de las creencias teológicas del hombre, lo coacciona moralmente a

---

<sup>66</sup> CUELLO C. ALON. Eugenio. DERECHO PENAL, Parte General Op. Cit. Pag. 51.

<sup>67</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. Op. Cit. Pag. 40.

no cometer conductas pecaminosas que en caso de violar, dichos dogmas se harían acreedores a una sanción de tipo espiritual.

De tales virtudes, las manifestaciones llevaron a considerara a este, que los únicos sentimientos que en todos los hombres existían y mismos que se consideraban como indispensables para la convivencia social, eran la piedad y la probidad.

Siendo que el maestro Rosas Romero nos da una clara definición de lo que Garófalo entendía sobre dichos conceptos, y nos dice: "La piedad es un sentimiento de tipo altruista, de carácter negativo, es el abstenerse de acciones crueles en contra de un semejante, es un sentimiento fijo e inmutable.

La probidad se basa en la justicia, pero no considerada como un criterio evolucionado, sino simplemente apoyada en el hecho de distinguir lo propio de lo ajeno y abstenerse de apoderarse de los ajeno, sea por la fuerza o la astucia."<sup>68</sup>

Como consecuencia de esto, Garófalo proponía que el criminal debía ser considerado como aquel individuo, que dentro de la colectividad, (y quienes a pesar de que mismo consideraba que no todos los individuos se manifiesta de la misma forma los sentimiento de piedad y probidad), llevaban a cabo una aflicción de tales sentimientos, y es que Garófalo consideraba que dichos sentimiento se encontraban inmersos dentro de la misma naturaleza humana.

Así mismo alguno de los postulados defendidos por Garófalo, fueron tanto la manifestación de este hacia la imposición de penas mas allá de las propuestas por Ferri en sus substitutivos penales, así como la mención sobre

---

<sup>68</sup> ROSAS ROMERO, Sergio. CRIMINOLOGIA, Op. Cit. Pag. 66.

reparación del daño a las víctimas cuestión que hasta ese momento pocos había hablado de ellos, (exceptuando tal vez sólo a Beccaria quien años atrás ya manifestara su apoyo a la reparación del daño a las víctimas), ya que como nos lo señala el autor Ignacio Villalobos, "...atribuyo a las penas un fin preponderantemente eliminatorio justificando así la pena de muerte para los incorregibles, y manifestó especial preocupación por la reparación del daño a las víctimas del delito."<sup>69</sup>

Para concretar el pensamiento desarrollado con Garófalo, queda pendiente la noción de la temibilidad a que se refería como una perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal previsto, que hay que temer de él, afinada y depurada con posterioridad por Felipe Grispigni.

De esta teoría se afirmaba que "...la peligrosidad criminal supone la capacidad de una persona para convertirse, con alto porcentaje de probabilidades, en autor de un delito. Desde el punto de vista psíquico, se trata de la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, un atributo, una cualidad o, más concretamente, su condición psíquica como causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, cuya consecuencia jurídica es la aplicación al mismo de una sanción penal."<sup>70</sup>

Por consecuencia, analizados los aspectos mas relevantes de los misioneros del derecho penal actual, habremos de analizar a continuación de manera concreta, cada uno de los aspectos que la escuela positiva presentara, haciendo un desglose de los anteriormente reseñados, pues como ya se dijo, constituyen la base de la escuela positiva.

---

<sup>69</sup> VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 39.

<sup>70</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 74.

El primero de ellos establece que la justicia penal es el delincuente mismo, en virtud de que el delito no es otra cosa que un sistema revelador de un estado peligroso, es de esta forma que el autor Luis Jiménez de Asúa nos refiere que "el delito, para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre."<sup>71</sup>

Y es que los positivistas pensaban que en el gran error que había cometido la escuela clásica al no haber estudiado al delincuente, y, de esta forma, ellos se proponían la "enmendadura" de tal error, al estudiar al delincuente desde diversos puntos de vista, que, como ya se vio con Lombroso y Ferri sucedía así, y, fue con Garófalo, con quien se logró una unificación de criterios, ya que este no se aboco únicamente al estudio de uno u otro concepto, sino de ambos.

Autores como Eugenio Cuello Calón nos dicen que los positivistas se encargaron del estudio del delito y del delincuente como "...un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico..." y "El delincuente es biológica y psíquicamente un anormal."<sup>72</sup>

Y es que si bien es cierto, la escuela positiva se encargó en un principio del estudio del delincuente a quien habían olvidado los clásicos, también con posterioridad al retomar el estudio del delito, llegaron a tener posturas que consideraban que si un ser humano va fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad, por igual, estaba determinada a defender las condiciones de su existencia, contra los que la amenazan.

Tales tesis en virtud de que si se consideraba al delito como un fenómeno natural humano y social, que era producido por tres factores de orden diverso: antropológicos o individuales (orgánicos y síquicos), físicos

---

<sup>71</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. Pag. 51.

<sup>72</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, DERECHO PENAL, Parte General Op. Cit. Pag. 52.

(ambiente telúrico) y sociales (ambiente social, económico, y político); por lo que en consecuencia se decía que por estos motivos había de considerarse al delincuente como biológica y psíquicamente un ser anormal.

Y con lo cual, el delincuente tomaría otro carácter, como nos lo señala el autor Alfonso Reyes Echandía: El delincuente es el protagonista de la justicia penal, no es un hombre normal, sino un sujeto que, por lo menos en el momento de perpetrar el delito, presenta más o menos serias anomalías biosíquicas, congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias.<sup>73</sup>

Respecto del segundo supuesto que sin embargo se estudiara la escuela positiva, es decir, la sanción penal, esta se consideraba para su aplicación, el principio de la defensa social, el cual según los positivistas, debe de estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" del criminal, y no a la gravedad objetiva de la infracción.

Sobre este aspecto, el autor Luis Jiménez de Asúa, nos dice que la responsabilidad social, derivaba del determinismo y temibilidad del delincuente, siendo que el mismo nos señala que "Enrique Ferri dedicó su tesis doctoral a la negación del libre albedrío, y como determinista tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo: vivir en sociedad. Antes, por Garófalo, y luego por positivistas disidentes, se han intentado fundar la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente."<sup>74</sup>

Esto es, los positivistas al hablar sobre la responsabilidad social, consideraban que esta era derivada de las causas o motivos y de la peligrosidad del delincuente, que, suponía, desde los primeros momentos del positivismo, la negación de la noción de libre albedrío de los clásicos.

---

<sup>73</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. Pag. 17.

<sup>74</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit Pag. 50.

Para sustituirlo, la escuela positiva elaboro la tesis de la responsabilidad social, concretándola, con mayor finura y certeza, Garófalo en su formula de la temibilidad. La base de la doctrina reside en que el hombre es responsable de las acciones u omisiones exteriormente delictivas cometidas por él, sólo por que vive en sociedad y mientras vive en ella.

Como consecuencia de esta concepción determinista, la responsabilidad moral se construye sobre la base de la responsabilidad social. Y es por esto que se habla de que "La sanción penal debe adecuarse no exclusivamente al delito perpetrado, sino "a la personalidad del delincuente por razón del delito cometido"<sup>75</sup>, es decir, a consecuencia del estado individual del delincuente, debía corresponder la sanción penal sobre este.

Dicha cuestión que nos resulta un tanto subjetivo, pues si bien es cierto, al criminal se le debe por parte del juzgador, para la punición, tomar en cuenta sus rasgos personales, desde un punto de vista criminológico, estos no determinan de forma siempre obligatoria, la afectación causada o el grado de culpabilidad de este en la comisión del hecho típico.

Por su parte, el método utilizado es el inductivo experimental. Mismo que se traduce en el hecho de que se parte de un concepto particular para llegar a resultados generales, siendo tales circunstancias, a través de procesos empíricos, en los que los positivistas consideraban que se debía de atender al estudio del hombre delincuente y al delito como un producto de los factores a que se ha hecho alusión, y es que para el hallazgo de remedios en estos casos, puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto del cual partían los clásicos para proponer sus teorías.

---

<sup>75</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. Pag. 17.

Siendo tal la experimentación y uso de este método usado por los positivistas, que el autor Rafael Marquéz Piñeiro, nos señala aquellos ejemplos que encuentra dentro de esta escuela y nos dice lo siguiente: "Desde Lombroso, los libros de los pertenecientes a esta escuela muestran gran variedad de cuadros, mapas, gráficas, fotografías, estadísticas, dibujos, etc."<sup>76</sup> Siendo que con tales argumentos, podemos apreciar que la escuela positiva, se caracteriza por la experimentación y uso de diversos elementos técnicos de varias disciplinas.

El cuarto postulado presentado por la escuela positiva, mas que nada es una antítesis del concepto de libre albedrío que los clásicos tenían, y es que los positivistas señalaban que era una ilusión el hecho de que todo infractor de la ley penal, era responsable moralmente por su libertad humana.

Siendo que los positivistas pensaban que tales concepciones eran erróneas, ya que con toda la serie de estudios que se habían elaborado en su época, se debía de considerar que la voluntad del criminal estaba determinada por influjos de orden físico, psíquico y social.

Siendo que para los positivistas, la responsabilidad se basa en la actividad psicofísica del delincuente, es decir, se trata de una responsabilidad legal o social, substitutiva de la moral de que hablan los clásicos.

Y sobre esto el autor Rafael Marquéz Piñeiro nos señala que "Todo infractor, moralmente responsable o no, tiene responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal."<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> MARQUEZ PIÑEIRO. Rafael. DERECHO PENAL, Parte General. Op. Cit. .Pag. 73.

<sup>77</sup> Idem.

Esto es, los positivistas conciben que no es posible que se base la responsabilidad en conceptos de tipo abstracto, como lo es la moral, ya que esta se entiende no como un todo, sino como en elemento individual de cada persona, y por lo tanto es imposible determinarla en base a esto, siendo falso, la denominación de que sobre esta existen los valores, ya que no solo, para los positivistas inflúan tales aspectos, sino también aquellos a los que el ser humano no estaba ligado de manera personal, tal como los factores externos de índole social, físico y psicológico, postura que consideramos correcta, ya que para considerar la culpabilidad de un sujeto, debe tomarse en cuenta no solo su personalidad subjetiva, sino también toda esa serie de factores de que hablan los positivistas.

El quinto aspecto señalado, nos refiere que se debe de dejar a un lado la eficacia de la pena, la cual debía de estar más que restringida a casos particulares; siendo de mayor importancia la prevención que la represión de los delitos, y, por tanto, las medidas de seguridad importaban más que las penas mismas.

Y es que en este sentido, diversos autores consideran que la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social.

Sobre este aspecto el autor Rafael Marquéz Piñeiro nos indica, de manera explícita estos supuestos, de la siguiente forma:

“Para los positivistas, la pena no es más que un medio de defensa social, de suerte que ahí radica su finalidad. Sobre todo, importa la prevención de los delitos, más que la represión de ellos, y las medidas de seguridad cobran singular importancia.

La defensa social, fin de la pena, se realiza mediante la prevención especial o individual y la prevención general, no excluyendo la posibilidad de

entender la pena como retribución moral, con la condición de que se trate de una retribución moral, con la condición de que se trate de una retribución moral objetiva."<sup>78</sup>

El anterior señalamiento, se hace toda vez que la pena para los positivistas más que un castigo era una herramienta estructural y general, la cual como medida preventiva no debe ser impuesta a término fijo porque, siendo su finalidad la readaptación del delincuente, resultaba imposiblemente determinar con anterioridad la duración de este proceso de rehabilitación.

Pero sin embargo, podemos decir que toda la función penal tiene como fin la defensa social, y no solo las penas o las medidas de seguridad de que hablan los positivistas, es decir, todo el conjunto jurídico que forma el Derecho penal, debe ser considerado como un medio de defensa de la colectividad en contra de aquellas conductas consideradas como dañinas, siendo el Estado, a través de sus diversas divisiones, el encargado de vigilar el eficaz cumplimiento del orden social.

Respecto de la sexta orientación contemplada por la escuela positiva, es de hacerse notar que el mismo ataca la concepción clásica sobre la restricción que debía tener el Órgano Jurisdiccional. Y es que para los positivistas el Juez sí gozaba de independencia para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que esta pueda adecuarse a las necesidades del caso en concreto de acuerdo con la hipótesis legal de los mínimos y máximos.

Sobre esta punto, podemos decir que el Juez tiene facultades amplias para establecer la sanción en forma aproximada, según sea el infractor. Y es que sobre este punto, por ejemplo Rafael Garófalo como magistrado, tuvo

---

<sup>78</sup> Idem.

mucho que ver, ya que al haber sido el mismo Juzgador durante mucho tiempo de su vida, esta peculiaridad lo influyo para dar apoyo a aquellos partidarios que buscaban dar potestad y supremacia mas amplia al Organó Jurisdiccional, a efecto de poder fijar las penas y medidas de seguridad.

Siendo este un gran acierto por parte de los positivistas, pues por la investidura que el mismo Juez tiene, como ente imparcial y miembro del poder judicial, es de considerarse que son motivos mas que suficientes para considerar adecuada la soberanía descisoria para estimar las penas que por cada acto criminal deben de imponerse, en base a todos los elementos recabados durante la secuela procedimental.

Sin olvidar, que lo anterior deberá ser siempre en los términos establecidos por el legislador, esto es que, el Juez no podrá rebasar nunca los limites de mínimo y máximo impuestos para cada delito dentro del cuerpo de normas penales, entendida esta como parte especial de los códigos penales.

El último aspecto de la escuela positiva, nos indica que si bien la pena es un medio de defensa social, su finalidad debía de consistir en la corrección de aquellos delincuentes readaptables a la sociedad, o la segregación de aquellos sujetos incorregibles.

Sobre este aspecto podemos mencionar lo que el maestro Ferri consideraba de los criminales, ya que pensaba que: "Todo sujeto del delito, es siempre penalmente responsable, sean cualesquiera las condiciones fisico-síquicas, en las que ha deliberado y cometido el hecho" por manera que todos -sanos y enfermos de la mente, menores y adultos- deben responder ante la sociedad del hecho delictuoso cometido."<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. Pag. 18.

Acción que de haberse llevado acabo, provocaría una serie de eventos difíciles de manejar, ya que por una parte no sería posible por parte de aquellos delinquentes o menores infractores, la posible reforma de sus conductas, así como tampoco sería posible la opción de los tratamientos psiquiátricos para los enfermos mentales, y con lo cual se caería en serias contradicciones pues en ese sentido debía de hacerse también un cambio en los demás aspectos jurídicos, pues entonces también dichos sujetos podrían ser personas con derecho para ejercer diversas conductas como contratar o comerciar, así como para ejercer derecho políticos.

Uno de los críticos de esta teoría, es el autor reyes Echandía, quien nos señala que "Más que de pena debe de hablarse de sanción penal, término amplio dentro del cual caben varias especies que varían de acuerdo con la edad y sanidad mental del delincuente."<sup>80</sup>, esto es que el considera que si bien es cierto, que los positivistas tomaban en cuenta a todos los individuos para la imposición de las penas, se debía de hacer una diferenciación de estas con los menores de edad y los inimputables, así como con los delinquentes comunes, siendo que a todos estos debía de imponérseles diferentes sanciones.

Es esto, que el sistema carcelario o penitenciario que proponían los positivistas, tenía por objeto la readaptación de los corregibles y la separación de la sociedad de los no corregibles.

Por lo que estos aspectos demuestran el choque de dos conceptos, puesto que por un lado se le daban varias oportunidades a ciertos individuos que por sus características se consideraban podían ser readaptados a la vida en sociedad. y por otro lado, se hablaba en un tono negativo y vengativo, sobre la orientación de que aquellos sujetos considerados como no reformables, debían ser segregados, en lugares tales como islas

---

<sup>80</sup> Idem.

despobladas o zonas desoladas o solitarias, cuestión que sería en la actualidad, criticada totalmente por los defensores de los derechos humanos, ya que no podría ser posible que además de purgar la pena impuesta por el Estado en base a su conducta cometida, este mismo lo separara de la sociedad completamente.

De los aspectos reseñados con antelación, y a pesar de que los mismos en su gran mayoría fueron concebidos en suelo itálico, fueron mejor recibidos fuera de esta convirtiéndose en una doctrina internacional, ya que a diferencia de la escuela clásica, la escuela positiva (y a pesar de que entre algunos de sus integrantes hubo discrepancias internas), se llegó a una unificación de criterios, que llevaron a la escuela positiva a ser considerada como un bloque jurídico uniforme.

Sobre la escuela positiva, el autor Luis Jiménez de Asúa, nos indica de forma directa su contenido, así como su resultado y nos dice: "Mas, incluso dentro de la ortodoxia positiva, hay direcciones muy diferentes, que luego habrían de crear ciencias distintas. El propio Ferri, en su Sociología criminal, clasifica la explicación del delito conforme a las teorías de los que de él se ocuparon, y frente a las tesis de Albrecht y Durkheim, creyeron en la normalidad del delincuente, figuran la de anomalía social y la de la biológico-social, de la que Ferri se atribuye el invento.

En suma podríamos distinguir una tendencia antropológica, que evalúa de un modo primordial el factor endógeno; otra, sociológica, que da más importancia a los factores exógenos del ambiente físico y social; y, por último, una moderna concepción dinámica biológico-criminal que, en última instancia, constituiría, como ciencia de síntesis, la Criminología."<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO. Op. Cit. Pág. 51.

De esta forma, podemos apreciar que los pensamientos positivistas han tenido una influencia considerable en el desarrollo científico en Derecho Penal, y que como ya se dijo, fueron los cimientos de la ciencia Criminológica, de la cual también fueron los que desarrollaron de forma específica sus diversas ramas de estudio, como ejemplo de esto recordemos al autor de la psicología Criminal, de la cual "Sigmund Freud formula la teoría sobre el psicoanálisis, se refiere a los complejos del individuo, a los cuales considera como las causas del delito."<sup>82</sup>

Siendo que por consecuencia, la escuela positiva y su influencia, no solo abarco su país natal Italia, en donde destaca el proyecto de código penal italiano de Enrique Ferri, del año de 1921, sino que tuvo repercusión en otros países tales como Brasil, Colombia, Cuba, Argentina, entre otros.

La influencia de esta escuela en México es destacada por el autor Rafael Marquez Piñeiro, quien señala lo siguiente de manera histórica: "En relación con México, Leopoldo Zea ha señalado la influencia del positivismo en la República mexicana. Dicha escuela tuvo un alumbramiento plenamente político: la llamada Oración cívica de Gabino Barreda en Guanajuato, el 16 de septiembre de 1867. Requerido Barreda por Benito Juárez, con las ideas positivistas enfocó la reorganización educativa; tales ideas fueron acogidas por la burguesía mexicana."<sup>83</sup>

Siendo que en la actualidad, podemos decir, que algunos de los aspectos del pensamiento positivista siguen vigentes, ejemplo claro de esto es el señalamiento que hace nuestro código penal sobre el delito de violencia familiar, que además de establecer para el penalmente responsable una pena privativa de la libertad, así como una sanción pecuniario entendida como una multa, también establece la aplicación de tratamientos

<sup>82</sup> LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Op. Cit. Pag. 40.

<sup>83</sup> MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. .Pag. 74.

psicológicos tendientes a la rehabilitación del sujeto, tal y como lo proponían los positivistas, siendo que, dicha mención se presenta en nuestro sistema jurídico, con la deficiencia de que tales tratamientos no se llevan a cabo en la práctica.

### 3.3 TEORIA FINALISTA

#### SISTEMA FINALISTA

Es diferente al sistema causal. Parte de un concepto final de acción, tomando en consideración no solo los aspectos externos, sino también los internos, y especialmente el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad.

A).- Precursores.

a).- Von Weber, en 1935 con su obra "La estructura del concepto del delito", encontró que varios tipos penales el legislador tomaba en cuenta los aspectos internos del sujeto, y los llamo TIPOS FINALES, a diferencia de otros que solo requerían la causación del resultado, que eran los tipos causales, y dijo que en aquellos para afirmar la tipicidad se debían acreditar los elementos objetivos del tipo, pero además esos elementos subjetivos, de modo que en estos casos el dolo formaba parte del tipo (como elemento subjetivo del mismo), y ya no de la culpabilidad, pero en estos – dijo – para poder determinar a título de que se le podía imputar el resultado al sujeto, aunque la ley no lo dijera se debía estudiar el dolo en el tipo. Y todo esto era partiendo del lenguaje que usaba el legislador.

b).- Graf Zu Dohna, partiendo del concepto y la estructura del delito, dice que la antijuricidad es un juicio de valor, y que su objeto de valoración es lo objetivo, y que la culpabilidad también era un juicio de valoración, en el que se hacía un reproche al autor de un hecho; pero para él el dolo y la culpa son el objeto del juicio de valor de la culpabilidad, es decir, el juicio y el

objeto de valoración eran la misma cosa, por eso extrae al dolo y a la culpa del concepto de culpabilidad, ya que esta debía ser solamente el juicio de reproche.

B).- Exponentes.

a).- El sistema finalista se inicia con Welzel, que su obra "Naturalismo y filosofía de los valores" se ve influido por Aristóteles, Sto. Tomás de Aquino, Tomás Hobbes, la filosofía de los valores de Kant, etc., y se replantea todo el contenido del Derecho Penal.

Concibe al hombre como un fin en el mismo, y que solo en esa concepción se puede admitir que el Estado plantea normas de conducta que imponga sanciones a quienes no las observan.

Para él, la misión del Derecho Penal, es proteger bienes Jurídicos; discute respecto del Jus. Naturalismo-Positivismo; plantea límites al poder punitivo del Estado, y señala que hay estructuras dentro del ordenamiento jurídico que para ser lógicas, adecuadas, el legislador les debe respetar al regular los objetos sobre los que recae, en nuestro caso las normas penales, cuyo objeto de regulación es la conducta humana, o sea, la acción o la omisión, y ese sería el primer límite, mientras que el segundo lo sería la validez de la ley, y se plantea (a) si una ley es válida desde que existe, porque es positiva, o bien (b) si es el contenido justo o injusto lo que determina la validez de la ley.

La conducta no puede seguir siendo entendida como mero proceso causal ciego carente de finalidad, pues eso negaría al hombre su calidad de tal, puesto que el hombre es un ser capaz de dirigir sus acciones y recibir las consecuencias de sus actos; por eso la finalidad será un ingrediente esencial de la conducta, comprendiendo toda su formación y compuesta por

elementos internos o subjetivos y externos u objetivos, es decir, no solo atendiendo a la manifestación de la voluntad, sino ante todo a su contenido; de modo que si el fin propuesto es penalmente relevante se tratara de un delito doloso; en cambio, a las consecuencias secundarias o concomitantes habrá culpas consciente o si acaso dolo eventual, salvo que la consecuencia inicialmente secundaria se convierta en principal, pues ahí ya habría dolo directo; también puede ser que el sujeto actué tanto para obtener el fin propuesto como para evitar las consecuencias secundarias, pudiendo inclusive señalarse momentos diferentes hasta llegar a un fin, como en el iter criminis (actos preparatorios-ejecutivos).

Para Welzel el objeto de estudio de las normas penales es la acción final humana, que es la única que puede estar prohibida u ordenada, y entonces no es posible o factible la regulación legal de procesos causales ciegos carentes de finalidad: Por eso el contenido de la voluntad (dolo) es extraído de la culpabilidad, donde antes se estudiaba, y es colocado en el propio concepto de acción.

La voluntad no solamente se debe considerar como el concepto desencadenante de la causalidad, sino que también se debe atender a su dirección ¿a donde va? ¿que fin tiene?

El tipo penal va a describir la materia de regulación de las normas penales, la prohibición o mandato, con todo su contenido (objetivo y subjetivo), por eso, como la conducta se compone de aspectos objetivos y subjetivos, el tipo penal que la describe, lógicamente debe tener elementos objetivos y subjetivos, ya que la parte objetiva de la conducta daría origen a la parte objetiva del tipo, y la parte subjetiva de la conducta a la parte subjetiva del tipo, respectivamente.

EL DOLO NO ES OTRA COSA QUE LA FINALIDAD TIPIFICADA; EL DOLO FINALISTA ES EL CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD DE REALIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PÉNAL.

En el sistema finalista para saber si un delito es doloso o culposo se debe acudir al tipo, en especial a los elementos subjetivos, sin tener que esperar hasta el nivel de la culpabilidad.

En la teoría causalista, no se puede explicar si un hecho es.

Daño en propiedad ajena. Tentativa de lesiones.

Tentativa de homicidio. Lesiones consumadas. Sin la ayuda del elemento subjetivo del tipo, incluso Mezger –causalista- llegó a admitir que sin dichos elementos no se puede explicar la tentativa, y en el ejemplo se planteó una doble ubicación del dolo, diciendo que si era un homicidio consumado el dolo funcionaría como especie de culpabilidad, pero que si el sujeto no moría y por tanto era una tentativa, el dolo tendría que funcionar como elemento subjetivo del tipo, pero se le crítico argumentando que en ese orden de ideas la clase de delito y el papel del dolo dependería de la puntería del autor.

El dolo en su aspecto cognoscitivo (1) desde el punto de vista causalista, implica que el sujeto tenga conocimiento de los elementos tácticos del delito y que tenga conocimiento de su relevancia jurídica (o conciencia de la antijuricidad) esta es la teoría del dolo, porque dentro de éste va. (2) en cambio, en la corriente finalista, la conciencia de la antijuricidad va en la culpabilidad, y no el dolo, y esta es la teoría de la culpabilidad.

EL DOLO.- Directo eventual.- Difieren en su grado de intensidad, en el directo el sujeto siempre quiere y en el eventual solo acepta. A su vez, el dolo directo puede ser de primer grado, cuando el resultado producido

coincide con el resultado querido. De segundo grado, cuando para alcanzar el resultado que quiere, necesariamente tiene que producir otros que no son los originalmente queridos, pero que van unidos a él; por eso también se llama Dolo Indirecto o de consecuencias necesarias.

En el dolo eventual el sujeto no quiere el resultado pero de presentarse lo acepta, ya que previamente se lo represento; pero este únicamente se da con respecto a consecuencias accesorias, pero no en cuanto a fines principales. El dolo eventual es muy parecido a la culpa consciente, pues en ambos el sujeto prevé y se representa el resultado, pues de darse lo acepta, y en la segunda el sujeto confía en que no se producirá el resultado, pero este surge por incumplimiento de un deber de cuidado.

**LAS PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE SEGUIR EL CONCEPTO FINAL DE ACCION SON:**

1.- El dolo y la culpa forman parte del tipo, y ya que no son especies de la culpabilidad.

2.- Cambia el contenido de la culpabilidad, pues al salir de ella el dolo y la culpa, ahora se integra por la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta, que a su vez se desvirtúa, por la inimputabilidad, el error de prohibición (directo o indirecto), a sí como la no exigibilidad de otra conducta respectivamente.

¿Dónde se estudia el bien jurídico, es parte del tipo, o la razón de ser del tipo y de todo el derecho penal?

A veces el bien jurídico no se menciona expresamente en el tipo, y a veces ni en el rubro de los capítulos del Código Penal, los enuncia, pero son más bien la Jurisprudencia y la doctrina los que los determinan.

## LEY

## TIPO

## PUNIBILIDAD

Norma.- A) Prohíbe (delitos de acción)

Conducta antinormativa

B). Ordena (delitos de omisión)

Conducta antinormativa

Esto todavía no es antijurídico, porque todavía no viola todo el orden jurídico, pues apenas sé a violado la norma penal, y falta comprobar si no hay precepto permisivo que torne lícito la conducta.

La conciencia de la antijuricidad (de la culpabilidad) no es mas que la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho (de la imputabilidad), pero actualizada; esta es en general o abstracta, y aquella específica o determina en un caso concreto.

El causalismo DISVALORA el resultado.

El finalismo DISVALORA la acción.

El concepto causal de acción no resulta compatible con la tentativa, pero el concepto finalista sí.

La escuela Finalista, también es conocida como teoría finalista de la Acción, esta corriente doctrinal se desarrolla en Alemania, teniendo como principal representante a Hans Welzel, mismo quien la sistematizo al seguir las creencias filosóficas de los escritores Honigswald y Hartmann, en cuanto a que tales autores consideraban que toda acción humana implica una dirección final del suceso causal, es decir, con tales afirmaciones se deducía que la " Acción es una actividad final humana".

Cabe destacar, que la escuela finalista surgió como una reacción a los postulados de la teoría causalista de la acción que defendida Franz Von

Liszt, y de conformidad con la cual la acción es puro factor de causalidad, es una modificación del mundo exterior físico material y sensorialmente perceptible.

Por lo cual, resultan de esta forma enfrentados los conceptos de finalidad y causalidad; este como resultado de una serie causal metódica, cuyas relaciones exigen una aclaración objetiva posterior; a aquel sobre la base del conocimiento de las Leyes causales, como evaluación calculada de ese conocimiento cuya aplicación permitirá la obtención de un suceso causal.

De esta forma, el autor Alfonso Reyes Echandía, nos señala lo siguiente respecto al pensamiento finalista de esta escuela, "Para los finalistas la acción es elemento básico del tipo y dentro de ella ubican al dolo, entendido como voluntad de acción que se manifiesta en un resultado, con lo que desplazan esta figura del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad."<sup>84</sup>

Esta escuela alcanzo notable auge en Alemania, España, Argentina y Chile, particularmente en las ultimas dos décadas, teniendo como distinguidos expositores a los autores, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, y Claus Roxin, del cual cabe destacar una de sus manifestaciones respecto de su pensamiento sobre la imputación objetiva y conducta, de la siguiente forma, para comprender un poco más sus postulados: "En mi opinión, especialmente el requisito de la creación del peligro desaprobado a la acción no es un presupuesto de la imputación. Si no hay creación de un peligro desaprobado unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un peligro desaprobado es aquello que convierte a determinadas formas de conducta en conductas típicas.

---

<sup>84</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso, DERECHO PENAL, Parte General, Op. Cit. Pag. 247.

Quando falta este aspecto falta también, la conducta presupuesta en los tipos de los delitos de resultado consumados. Naturalmente con ello falta también la posibilidad de imputar al autor un resultado producido con ocasión de esa conducta. Pero esto obedece sólo a que la imputación de un resultado como injusto presupone una conducta injusta y precisamente este es lo que no se da."<sup>85</sup>

Esto es, se puede considerar que los finalistas basan su pensamiento en el hecho de considerar que la conducta desplegada por los criminales va dirigida a un fin, el cual de la misma forma debe ser castigado, así como cabe hacer la mención, que muchos de los pensadores de la corriente finalista de la acción, son mas teóricos, que prácticos, por lo que en algunas de las ocasiones, sus postulados no alcanzan a contemplar todo aquello que el Derecho penal utiliza para la impartición de su justicia, quedándose solamente en teorías penales.

### **3.4 CLASIFICACION DE LOS DELITOS**

#### **CLASIFICACION DE LOS DELITOS**

También llamado clasificación del tipo, y una parte medular de la dogmática del tipo penal, son las clasificaciones que del mismo se hacen:

#### **POR SU FORMULACION**

El tipo penal de violencia familiar resulta ser un tipo legal, ya que está creado por el legislador cumpliendo con los requisitos constitucionales.

---

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. y Otros. SOBRE EL ESTADO DE LA TEORIA DEL DELITO (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Edit. Civitas. Madrid España. 2000. Pag. 59.

establecidos por el artículo 112 de la carta magna para la creación de las leyes.

Así mismo, aunque por su técnica legislativa resulta ser cerrado, lo cierto es que muchos de los términos empleados en su redacción, requieren una valoración normativa tan amplia que pudiera considerarse que la intervención judicial rebasaría la usual para tipos cerrados. Primeramente tenemos que el delito de violencia familiar es un tipo penal de los llamados cerrados, se dice que un tipo penal es cerrado, cuando su descripción permite determinar la conducta antijurídica y la pena que se le asigna, sin tener que buscar complemento en otras secciones del Código penal en que se encuentra o en otras disposiciones contenidas en otros ordenamientos, de tal manera que sus descripciones permiten determinar cuál es la conducta jurídica a la que se le asigna una pena.

Welzel, al formular su estudio sobre la adecuación típica como indico de la antijuridicidad, afirma que: "... los tipos cerrados son los que tienen las características señaladas, por que especifican exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuridicidad."<sup>86</sup>

"En los tipos cerrados la conducta está nitidamente descrita y por lo tanto cerrada en el sentido de que el Juez sólo tiene que comparar con ella lo que se juzga para ver si ésta presenta o no las características de tipicidad."<sup>87</sup>

Siendo entonces que como hemos dicho el delito de violencia familiar al describir de manera exacta las formas de aparición de esta, así como el hecho de que su penalidad se encuentra contenida dentro del mismo

---

<sup>86</sup> WELZEL, Hans. DERECHO PENAL, Parte General. Trad. Fontan Balestra y otro. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1976. Pag. 86.

<sup>87</sup> CREL'S, Carlos. DERECHO PENAL, Parte General. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1988. P.p. 168-169.

artículo referente al tipo penal de violencia familiar, se dice que estamos en presencia de un tipo penal cerrado.

## **POR EL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO**

### **POR SU AFECTACIÓN.**

Dada la creación del tipo penal y la falta de antecedentes similares, se trata de un tipo básico, por ser el fundamento de una conducta o serie de conductas que no se encuentran descritas por ningún otro ordenamiento, ni derivan de otras disposiciones del mismo género.

Aunque habría de reconocer que el tipo para su conformación toma elementos de otros tipos, como el de las injurias, lesiones, amenazas, etc., por lo que no podríamos afirmar que se trata de un tipo especial o complementado.

Así es, dado que estas conductas típicas secundarias pueden o no estar presentes en el tipo, y no son elementos objetivos indispensables para su integración, no existe pues, una relación de causa efecto sobre los mismos.

## **TIPOS DE PELIGRO Y TIPOS DE LESION.**

Tomando en cuenta que el bien jurídico lo constituye la convivencia armónica dentro del hogar entre los integrantes de la familia, no cabe duda de que se trata de un tipo de lesión, ya que dicha conducta de ejercer violencia sobre miembros de la familia, inequívocamente rompe la armonía dentro del hogar que protege este delito.

Ahora bien, si se enfoca el caso en relación a los diversos bienes jurídicos consistentes en preservar la integridad corporal y psicológica de los miembros de la familia, el tipo penal podría ser de peligro, ya que no es menester para la integración del delito que se produzca daño o lesión alguna a los miembros del entorno familiar, y así el delito podría consumarse con la simple inseguridad y probabilidad de lesión del bien protegido, suponiendo una anticipación del Estado para prevenir la lesión.

### **POR ÉL NUMERO DE BIENES JURÍDICOS**

Conforme a la exposición de motivos de la que finalmente emergería el tipo penal en comento, se está en presencia de un tipo ser simple, ya que es uno solo el bien jurídicamente protegido, es decir, la convivencia armónica dentro del hogar, de los integrantes de la familia, así como de aquellas personas que por cohabitar en un mismo espacio físico mantienen una relación similar a la existente entre aquellos.

Sin embargo, resulta tan extenso el bien jurídicamente tutelado, que sin duda para su preservación tendrán que protegerse otros bienes jurídicos, como la salvaguarda de la integridad psíquica, física o ambas, por lo que rebasando el espíritu del legislador, y haciendo una interpretación extensiva (sólo en lo que hace al bien jurídicamente tutelado), resultaría que conforme a esta clasificación se trataría de un tipo complejo, por ser varios los bienes jurídicos que protege.

### **DELITOS INSTANTÁNEOS, PERMANENTES, CONTINUOS Y CONTINUADOS.**

Sin duda se trata de un delito instantáneo, ya que en cuanto se realiza el acto o se produce el resultado, con la lesión o la puesta en peligro del bien

jurídicamente tutelado, se consume el mismo, sin que se presente una duradera situación de antijuricidad.

### **POR LA CONDUCTA TIPICA Y EL RESULTADO.**

### **DELITOS DE MERA CONDUCTA Y DELITOS DE RESULTADO.**

La violencia familiar, resulta ser un tipo de resultado jurídico, ya que basta la mera conducta del sujeto activo para configurar el delito, sin que se requiera un resultado distinto a éste.

También entra en la clasificación de los tipos de omisión propia, por cuanto requiere él dejar de realizar una conducta debida, ya sea mediante pura pasividad o, mediante otras actividades distintas a la debida.

### **DELITOS DE PROPIA MANO**

Es la violencia un delito de propia mano, ya que a diferencia de los que no lo son, el tipo exige que la conducta típica se lleve a cabo personalmente, sin intermediario.

La consecuencia es que no cabe la autoría mediata en este tipo de delitos.

### **TIPOS SIMPLES, COMPUESTOS Y MIXTOS.**

La creación de un tipo penal ausente de verbo, lo convertiría en inconstitucional, al violentar el principio de exhaustividad, pues no quedaría claro cuál es la conducta que pretende prohibir el legislador así en este caso el verbo está constituido por el "ejercitar violencia".

Además del verbo, y de las características especiales que el tipo requiere para el sujeto activo y al sujeto pasivo, que han quedado reseñadas líneas arriba al referirnos a su clasificación, el delito de violencia familiar también hace referencia a elementos especiales, ya que la conducta típica debe de ser llevada a cabo en la propia casa en donde cohabiten víctima y victimario.

### **ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.**

El principal elemento subjetivo del tipo penal, ya que en la mayoría de los casos el único, es el dolo.

El tipo penal de violencia familiar, resulta ser por disposición de la ley un tipo doloso, no obstante que dadas las características típicas, serían factibles para su configuración culposa, aunque tendrá que advertirse que el artículo 60 del código penal no lo establece dentro de los delitos culposos.

Piénsese en la madre que reiteradamente se olvida de alimentar a su hijo, o bien la que por descuido no lo hace de manera suficiente, en estos casos podría tratarse de un tipo culposo y no necesariamente doloso como lo considera nuestra legislación.

Para que exista dolo es necesario tanto que exista un conocimiento real y actualizado de todos los elementos objetivos del tipo, como la voluntad de producir el resultado socialmente indeseable.

### **POR ÉL NUMERO DE SUJETOS.**

El tipo penal será unisubjetivo o monosubjetivo, toda vez que solamente exige para su integración un solo autor, aunque no es trascendente que en el caso concreto intervengan varios.

"Para efectos de determinar las formas de autoría y participación del numero de sujetos en la conducta típica, los denominaremos delitos individuales y delitos colectivos, que corresponden a las categorías lógicas de uno y de varios intervinientes en el hecho típico."<sup>88</sup>

Podemos decir entonces, que el delito de violencia familiar por cuanto hace a el numero de sujetos que intervienen, el mismo no exige un numero determinado de sujetos activos para su comisión, por lo que habrá de considerársele dentro de los tipos penales unisubjetivos o monosubjetivos o también llamados delitos individuales, haciendo la aclaración, que no por tal denominación, se impide la intervención de varios sujetos en la comisión del hecho delictivo de violencia familiar.

#### **POR LA CUALIFICACION DEL AUTOR.**

Será de sujeto activo cualificado, ya que el tipo penal de violencia familiar exige una especial condición del sujeto activo, en este caso el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado.

De igual manera, será de sujeto activo cualificado propio, dado que no existe un tipo penal paralelo para quienes no ostenten la calidad especial requerida, y aunque el artículo 343 ter, que se refiere a la equiparación de violencia familiar también exige características especiales del sujeto activo, como se encuentre vinculado haciendo vida de pareja, aunque sea fuera del matrimonio con de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquiera otra persona que esté sujeta a

---

<sup>88</sup> ZAMORA JIMENEZ, Arturo, CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL, Edit. Angel, México, 2000, Pag. 131.

la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona.

Sin embargo, el tipo penal si requiere una calidad en los sujetos pues exige un especial condición respecto del sujeto activo, es decir, se añade una característica específica al sujeto de la acción, de tal suerte que como lo señala en autor, Gimbernat, recae dentro de la denominación de delitos especiales "los delitos especiales son aquellos en que no toda persona puede ser autor, aquí el círculo de autores no es abierto, sino que está limitado ciertas características específicas de autor."<sup>89</sup>

Así las cosas, podemos establecer que en primer lugar, la calidad especial requerida por parte del sujeto activo, deberá ser respecto a que este tenga las características de ser el cónyuge, la 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.

Por su parte en cuanto al sujeto pasivo, se deberá de establecer en primer lugar que para su consumación, también deberá de reunir características especiales, por lo que recae dentro de la clasificación del sujeto pasivo cualificado: "es aquel que la propia ley le exige ciertos requisitos indispensables, sin los cuales se daría la atipicidad."<sup>90</sup>; por lo que hablamos entonces de que el sujeto pasivo podrá ser cualquier miembro de la familia únicamente.

---

<sup>89</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, AUTOR Y COMPLICE EN EL DERECHO PENAL, Edit. Universidad de Madrid, Madrid, España, 1996, Pag. 292.

<sup>90</sup> ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL, Op. Cit. Pag. 133.

- **En función a su gravedad**

Podemos decir que es un delito de clasificación bipartita, a virtud de que la conducta antijurídica que realiza el sujeto activo, atenta contra las relaciones de la familia, y dicha conducta delictiva se encuentra tipificada en nuestro Código Penal, en el Título Tercero, que regula los delitos contra la vida y la integridad corporal.

- **De acuerdo a la conducta**

La conducta: es el comportamiento humano voluntario, u omisivo que puede ser generador de un delito.

En derecho penal la conducta puede ser por acción o por omisión; en el delito de violencia familiar la conducta típica del agente, es la violencia familiar que se realiza al otro cónyuge y puede ser:

Acción: esta se presenta cuando se realizan actos materiales como lo es la violencia física ó moral en su aspecto psicológico, infringiendo así la ley penal.

**Por el número de actos**

El delito de violencia familiar y este se presenta al momento de causar lesiones al cónyuge ó al altera el estado emocional de la pareja

- **Por su forma de perseguibilidad**

Se refiere a la forma en que debe procederse contra el delincuente.

Es un delito de querrela, se persigue mediante la petición de la aprte ofendida y de esta manera la autoridad tiene la obligación de castigar a quienes cometen este delito.

**- En función de su materia.**

· Federal.- Es un delito federal: ya que se encuentra contemplado y penalizado por el Código Penal Federal.

· Común.- Se considera de esta forma cuando sea cometido dentro de la jurisdicción local, siendo sancionado por el Código Penal Estatal.

También en el caso del Distrito Federal será local cuando se comete en sus ámbitos de jurisdicción.

**CAPITULO IV**

**ANÁLISIS DEL**

**CUERPO DEL DELITO DE**

**VIOLENCIA FAMILIAR**

#### 4.1 ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 343 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Comenzaremos diciendo en primer lugar que por tipo penal se entiende que: "Es una abstracción concreta que ha trazado el legislador, describiendo los detalles necesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"<sup>91</sup>

Siendo uno de los elementos primordiales en la definición y secuencia del estudio del delito, así mismo, y partiendo de esta base se establece actualmente para el estudio y la comprobación de una conducta ilícita, el cuerpo del delito, (La suprema Corte de Justicia ha establecido que por cuerpo del delito se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal); a lo que anteriormente era conocido como elementos del tipo, reforma que entrara en vigor en mayo de 1999, y con lo cual el legislador de manera mas amplia deja el hecho de integrar en forma conjunta y plena el delito así como la probable responsabilidad.

Por lo que a diferencia de los elementos del tipo en donde se podía establecer de manera insuficiente la probabilidad de la existencia de un delito, lo cual en muchas ocasiones representaba actos de molestia en contra de la libertad de las personas, y que daba lugar a excesos por parte del Órgano Investigador como lo es el Ministerio Público, quien en base a sospechas ejercitaba acción penal en contra de las personas.

Por lo tanto podemos decir que el cuerpo del delito al requerir la comprobación de una serie de elementos tanto objetivos como subjetivos y normativos, lleva implícito una acertada herramienta de justicia.

---

<sup>91</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. DICCIONARIO PARA JURISTAS, Edit. Mayo, México, Pag. 1326.

Es por lo tanto necesario como se ha dicho, el estudio del cuerpo del delito de violencia familiar.

#### 4.1.1 CONDUCTA.

A continuación debemos de entender lo que se entiende por la conducta, que es para algunos autores el primero de los medios de aparición del delito. Respecto de este aspecto del delito de violencia familiar, se considera como conducta de manera general, el hacer o dejar de hacer voluntario del hombre, que debe estar, a decir de Zaffaroni, "...determinada por la proposición de un fin, por la selección de los medios necesarios para alcanzar ese fin y por la consideración de los factores concomitantes, poniendo en marcha la causalidad con el propósito activo de lograr un resultado."<sup>92</sup>

No basta, pues que se presente la conducta, que exista voluntad del sujeto acompañada de un mero proceso causal, sino que es menester que esta voluntad esté determinada por la proposición de un fin específico y determinado, mismo que en el caso se refiere al ejercicio de la fuerza física o moral en contra de un miembro de la familia con total independencia del resultado que se pueda obtener.

Al respecto, el autor Enrique Bacigalupo Zapater, nos señala lo siguiente: "Cuando los tipos de injusto son expresados a través de prohibiciones dan lugar a un tipo penal prohibitivo, es decir, aquel que se agota mediante un comportamiento activo (comisión), y cuando se trata de figuras penales que impartan mandatos, dan lugar a un tipo penal imperativo,

---

<sup>92</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Edit. Cárdenas Editor, México, 1988. Pag. 363.

es decir, su realización se lleva a cabo mediante un no hacer lo ordenado por la norma."<sup>93</sup>

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

#### 4.1.2 TIPICIDAD.

En cuanto a la tipicidad, podemos decir que para el autor González Quintanilla, es: "la realización del actuar en los términos fijados por el legislador"<sup>94</sup>, esto es, tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir en el presente caso será la materialización de una conducta ilícita por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo en la forma que establece la norma de manera abstracta en el Código Penal, referente al delito de Violencia Familiar.

La tipicidad, es la adecuación de la conducta realizada o desplegada por el agente, al tipo penal, o sea el encuadramiento del comportamiento tal a la hipótesis legal.

Su clasificación es:

Por su composición: es normal porque contiene una situación objetiva y no señala ningún elemento subjetivo.

Por su ordenación metodológica: es un delito fundamental, porque tiene plena independencia, está formado con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

<sup>93</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, Parte General. Edit. Askal-Iure, 2ª. Edic. Madrid, España, 1990. Pag. 115.

<sup>94</sup> GONZALEZ QUINTANILLA, Jose Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General. Op. Cit. Pag. 230.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

En función a su autonomía, tiene vida propia no necesita la realización de algún tipo penal.

Por su formulación, este es amplio, porque describe de manera genérica la conducta desplegada en la comisión del hecho delictivo de violencia familiar, no establece para su perpetración, una determinada manera de efectuarse.

Por el daño, porque al realizar la conducta delictiva produce el daño directo y efectivo al sujeto pasivo.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.

#### **4.1.3 ANTIJURICIDAD.**

Es lo contrario al derecho.

Es infringir la ley en todos los aspectos.

Así podemos decir que la conducta descrita en el delito de violencia familiar es antijurídica porque, la violencia ejercida sobre el cónyuge, es contrario a derecho.

Entendemos como antijurídico todo aquello que contraviene el orden jurídico general, incluyendo, desde luego, tanto normas prohibitivas como permisivas.

En este sentido, la forma para determinar la existencia de la antijuricidad, será buscar en todo el ordenamiento jurídico la presencia de una norma de carácter permisivo que autorice la conducta, de no existir, la conducta típica será antijurídica.

Javier Alba Muñoz describe: el contenido último de la antijuricidad que interesa al jus-penalista, es lisa, y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales, en el núcleo de la antijuricidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente, para el actuar citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

Según Cuello Calón, la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendida en su totalidad, como organismo unitario.

Franz Von Liszt considera que la antijuricidad será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

#### **4.1.4 CULPABILIDAD.**

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento que tiene el sujeto activo al realizar la conducta delictiva.

Los grados o tipos de culpabilidad son: el dolo y la culpa.

**Dolo directo:** consiste en causar intencionalmente el resultado típico, en el delito en estudio, se presenta cuando el agente tiene la plena intención de cometer el delito de violencia familiar, es decir la afectación del bien jurídico consistente en la relación familiar.

**Dolo eventual:** es cuando el sujeto activo sabe que al cometer un delito, existen posibilidades de que surjan otros resultados delictivos, por ejemplo cuando el cónyuge golpea a su esposa embarazada aún sabiendo que puede provocar el aborto, y con los golpes provoca el resultado típico, la muerte del feto y la violencia familiar.

**Culpa:** es cuando se causa un daño que no se tenía planeado, es decir se causa un resultado típico sin intención de provocarlo.

**Culpa consciente:** el agente sabe del resultado que con su conducta podría ocasionar sin embargo tiene la esperanza de que no se producirá.

**Culpa inconsciente:** el agente no prevé el resultado típico, y realiza la conducta que en el presente caso no se daría ya que es un delito doloso.

Entendemos la culpabilidad como el reproche que se le hace al autor de un injusto penal, dado que su conducta no se motivó en la norma, siéndole exigible hacerlo. Si el autor no se motivó en la norma, habiendo

podido hacerlo, y exigiéndosele la ley, es entonces que muestra una disposición interna contrario a derecho.

En el caso que examinamos, el reproche penal se formula a quien en pleno uso de sus facultades intelectivas, y con pleno goce de su libertad, use la fuerza física o moral o incurra en omisión grave, en contra de un miembro de su familia, dañando su integridad física, psíquica o ambas, pues habiendo podido motivar su conducta en la norma, mostró una disposición interna contraria a ella.

Para Villalobos, la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.

#### **4.2 DESCRIPCIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR CONFORME AL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.**

Conforme a lo que establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el cual establece, que para poder acreditar un delito, y en el caso concreto el de violencia familiar, no solo es necesario acreditar los elementos objetivos externos del delito, sino también los elementos subjetivos y normativos, como lo es en el primer caso. la conducta, el resultado, la intervención las calidades de los sujetos, los medio utilizados. el objeto material, la atribuibilidad, y en el segundo caso los elementos subjetivos como lo son los animos, las intenciones, los deseos, etc. y los elementos normativos que conllevan una valoración cultural o jurídica

#### **4.3 ELEMENTOS DE PRUEBA.**

Los medios de prueba son aquellos elementos que nos sirven, para acreditar los extremos que se pretendan, tal como lo es lo señalado por el artículo 122 del Código Procesal Penal, y de los medios de prueba para acreditar la violencia familiar, pueden consistir en la prueba testimonial, los dictámenes, la inspección y la confesión del inculpado.

Por medio de dichos elementos de prueba, se puede acreditar los extremos del cuerpo del delito de violencia familiar.

#### **4.4 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD (ARTÍCULO 115 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL).**

Siendo que de manera específica, el numeral 115 del Código procesal en comento nos señala lo siguiente:

"ARTICULO 115. Para comprobar el cuerpo del delito de violencia familiar deberán acreditarse las calidades específicas y circunstancias de los sujetos señalados en los artículos 343 Bis y 343 Ter del Código penal para el Distrito Federal, además de agregarse a la averiguación previa los dictámenes correspondientes de los peritos en el área de su salud física y mental, según lo contemplan los artículos 95, 96 y 121 del Presente Código.

Los profesionales que presten sus servicios en las instituciones legalmente constituidas, especializadas en atención de problemas relacionados con la violencia familiar, podrán rendir los informes por escrito que les sean solicitados por las autoridades. Asimismo dichos profesionistas

podrán colaborar en calidad de peritos, sujetándose a lo dispuesto en este Código."<sup>95</sup>

A fin de poder comprender de manera mas especifica tal articulo, tendremos que establecer aquellos requisitos establecidos en los artículos 95,96 y 121, mismos a los cuales el texto anteriormente vertido nos remite:

"ARTICULO 95. Cuando se encuentre las personas o cosas relacionadas con el delito, se describirán detalladamente su estado y las circunstancias conexas.

ARTICULO 96. Cuando las circunstancias de las personas o cosas no pudieran apreciarse debidamente sino por peritos, tan luego como no se cumpla con lo prevenido en el artículo anterior, el Ministerio Público Nombrara dichos peritos, agregando al acta el dictamen correspondiente."<sup>96</sup>

"ARTICULO 121. En todos los delitos en que se requieran conocimientos especiales para su comprobación, se utilizaran asociadas, las pruebas de inspección ministerial y de peritos, sin perjuicio de las demás."<sup>97</sup>

De tal suerte, que los articulos arriba transcritos, como el propio articulo 115 establece, servirán de base para que tanto en una primera fase el Organó Investigador se allegue de los conocimientos especiales de los peritos, así como de establecer las cualidades y calidades exigidas por los articulos 343 bis y 343 ter en cuanto a los lazos de familia que existen entre los sujetos que intervienen el los eventos ilícitos de violencia familiar.

---

<sup>95</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL., Edit. Fiscales ISEF S.A., 2ª. Edic. 2001. México. Pag. 21.

<sup>96</sup> Ibidem, Pag. 18.

<sup>97</sup> Ibidem, Pag. 22.

Así como de establecer de manera exacta la violencia ejercida, puesto que si bien por un lado y de manera específica, el maltrato físico el de una clasificación más fidedigna, al ser de carácter material y dejar huella en el cuerpo de la víctima, aquellas de carácter psicológico, traducidas en aspectos de carácter subjetivo, los cuales no son palpables a simple vista.

Uno de los requisitos para que la Representación Social, pueda llevar a cabo las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, es necesario que la parte ofendida presente su querrela, que tratándose de violencia familiar entre cónyuges, es necesario la querrela, sin este requisito de procedibilidad, no es procedente que la Institución del Ministerio Público pueda llevar a cabo las diligencias.

Otro requisito para poder acreditar la violencia que se ejerza sobre una persona, en su aspecto psicológico, es necesario, el dictamen psicológico, ya que sin dicho dictamen no sera posible determinar el resultado producido.

#### **4.5 EL DICTAMEN PSICOLÓGICO ES PARTE INTEGRANTE DEL DELITO O UN PRESUPUESTO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.**

De lo anterior, expresado en el anterior tema, la autora Adriana Trejo Martínez, nos señala lo siguiente: "...psicológicamente, se le presiona y se le hace creer que no vale nada, que lo que hace no sirve o es insuficiente, e incluso cuando se trata de maltrato a menores, ya sea físico o sexual, se dice que es por culpa de la madre que trabaja y los deja solos, porque se casó de nuevo y dejó entrar a su casa a un hombre que no es el padre de sus hijos, si el violador es el padre, entonces se le culpa diciéndole que eso no sucedió

por que ella no lo atendió en sus necesidades sexuales, el caso es culparla..."<sup>98</sup>

Como observamos la autora en este punto se refiere en más que nada a la mujer, sin embargo no por tal razón podemos dejar de hacer de cierta forma una adecuación hacia el sexo masculino, ya que en la actualidad y de acuerdo al índice estadístico que veremos más adelante, no sólo los hombres realizan violencia familiar hacia sus familiares, sino también los demás miembros que la componen.

Por lo cual, dichos elementos no son de fácil tesis, por lo cual el conocimiento de profesionistas en el ramo del estudio de la mente como pueden ser psicólogos o psiquiatras resultaría de mucha ayuda en la comprobación de este requisito subjetivo, para la autoridad investigadora.

Y en un segundo término al haberse hecho allegar el órgano jurisdiccional de los mismos dictámenes, podrá establecer si así lo considera, y si es que en su caso, el sujeto activo por si o a través de su defensor no se encuentra en desacuerdo con tal dictamen interponiendo uno por su parte, con lo cual se llevaría a cabo una valoración por parte del Juzgador y en su caso de existir contradicciones entre los mismos, (las cuales como bien es sabido en la practica, habrán de encontrarse pues por un lado se manifestara un índice psicológico del activo, y por otro lado se manifestara un índice mas bajo o inexistente).

Con lo cual el Juzgador al llamar a los peritos a una junta o audiencia en la que se les hará saber los puntos de contradicción entre sus respectivos dictámenes, tratando de encontrar o hacer que resalte alguna unificación de criterios, pero en caso de no lograrla, se mandara llamar a un perito tercero

---

<sup>98</sup> TREJO MARTINEZ, Adriana. PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Op. Cit. Pag. 39.

el cual de manera imparcial determinara sobre cual de ellos o sobre un punto de vista no contemplado en ambos, el resultado de la valoración, la cual el Juez al gozar de su más amplio arbitrio y como el máximo perito, deberá valorar, para con base a los demás medios de prueba arrojados durante el proceso y que de manera exacta se pueda llegara a plenamente comprobar el cuerpo del delito junto con sus elementos objetivos externos, subjetivos y normativos, así como fincar la responsabilidad penal plena y su punibilidad exacta al sujeto activo del delito, en caso de que así sea.

En caso de que no se llegue a comprobar el cuerpo del delito o la plena responsabilidad penal del sentenciado, o ambas, se tendrá que decretar su libertad a través de la sentencia de primera Instancia.

Por lo que se puede desprender que es un presupuesto del delito de violencia ya que del mismo se podrá acreditar uno de los elementos del Cuerpo del delito de violencia familiar, y no forma parte del delito, ya que es un medio de prueba para acreditar uno de los elementos del delito.

#### **4.6 ANALISIS DE DIVERSAS RESOLUCIONES EN TRATÁNDOSE DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.**

- **CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR. A.-** Elementos objetivos externos del cuerpo del delito, son aquellos elementos que hacen referencia a las cosas personas o modos de obrar que pueden ser captadas por los sentidos.
- **CONDUCTA.-** entendida como la manifestación de la voluntad dirigida a la obtención de un resultado y que tradujo en forma de acción y que es atribuible una persona física como autor material, consistente en que el sujeto activo hizo uso de la fuerza física en contra de su esposa, ya que le produjo lesiones en su cuerpo o a

través de la violencia moral como son las amenazas, amagos que perturban la tranquilidad del cónyuge.

-  
- **RESULTADO** que consiste en la Lesión del bien jurídico protegido de la conducta realizada por el activo se desprende que lesionó el bien jurídicamente tutelado por el delito en comento consistente en la integridad física de la ofendida o en su aspecto psicologico así como el normal desarrollo familia, base fundamental de la sociedad.

-  
- **LA INTERVENCIÓN** en este punto se trata de verificar si el inculpado lo realizo por si mismo o conjuntamente con otras personas, que en el caso concreto que se estudia en el presente trabajo, únicamente será autor material, en términos de la fracción II del artículo 13 del Código Penal.

-  
- **Producción de un resultado típico** consistente en hacer uso de la violencia física por parte del activo en contra de su conyuge con la que habita en la misma casa.

-  
- **CALIDAD DE LOS SUJETOS.** Por cuanto hace a la calidad del sujeto activo que debe de ser el de cónyuge (esposo), de la pasivo, por lo que respecta el sujeto pasivo también se encuentra debidamente acreditada ya que es cónyuge (esposa), que en el presente caso se requiere calidades especiales en el delito en cuestión.

-  
- **LA ATRIBUIBILIDAD.** La conducta desplegada por el activo le es atribuible toda vez que con su conducta y el nexa causal con lo cual produjo el resultado querido, y a través del medio operatorio de la violencia física o moral, lo cuál es la vía idónea para

vulnerar el bien jurídicamente tutelado en el delito de **VIOLENCIA FAMILIAR** como lo es la salud e integridad física o psicológico y el normal desarrollo familiar.

- **EL ELEMENTO MATERIAL.** lo constituye la integridad física o psicológica del cónyuge como miembro de una familia.

- **LOS MEDIOS UTILIZADOS.-** De acuerdo a las probanzas que obran en autos se desprende que para la comisión de la conducta delictiva realizada por el activo lo constituyó la fuerza física entendiéndose esta como una fuerza material ejercida sobre el cónyuge o en su aspecto psicológico.

- **ELEMENTOS SUBJETIVOS.** La realización dolosa de la acción en el ámbito subjetivo mismo que se refiere a la finalidad que imprime el agente a su actuar que tratándose del delito de **VIOLENCIA FAMILIAR** por la naturaleza propia del delito se requiere un ánimo de ejercer fuerza física y material en contra de su cónyuge, y con la que habita, o a través de la violencia moral de lo cuál se puede concluir que puede ser cometido a título doloso, al existir la intención de la agente, la voluntad y conciencia de ejercer fuerza física o moral sobre la víctima afectando el normal desarrollo familiar, conociendo la ilicitud de su conducta se concluye que el elemento subjetivo se encuentra debidamente acreditado ello derivado de la imputación de su conducta en razón de la mecánica utilizada para ocasionar la lesión, se desprende que la misma fue externada con carácter doloso directo, puesto que conociendo los elementos descritos por la ley quiso el resultado que se produjo y de acuerdo con todo lo expuesto se desprende que la realización de la conducta que desplegó el activo fue en forma dolosa, toda vez que el agente del ilícito lo hizo en forma voluntaria al haber ejercido violencia física o moral en contra de su

cónyuge con la que habita en el mismo domicilio y a consecuencia de esto se viola el bien jurídicamente tutelado al respecto la salud e integridad física o en su aspecto psicológico y el normal desarrollo familiar, poniéndose de manifiesto el dolo directo con el que actuó.

-

- **ELEMENTOS NORMATIVOS.** El elemento normativo que consiste en la valoración jurídica y cultural que consistió en las lesiones que sufriera la ofendida, entendida esta alterar la salud de la ofendida y que deja huella material en el cuerpo humano, así como alterar también el normal desarrollo familiar mediante el uso de la fuerza física en contra de la ofendida, entendiéndose como familia u que se encuentra constituida por aquellas personas ligadas por el vínculo de matrimonio y que es considerada como el núcleo celular de toda sociedad.

-

- **TIPICIDAD.** Consistente en la adecuación de la conducta del sujeto activo a la descripción del tipo.

### **CONCLUSIONES:**

1.- Que en el presente trabajo, se desprende que en nuestro sistema penal, no engloba, los delitos cometidos contra la familia en un solo rubro, ya que se encuentran dispersados.

2.- Que en algunos de los delitos que atentan contra la estabilidad familiar, no se engloban dentro del delito de violencia familiar, ya que se integra diverso delito. -

3.- Que en el presente trabajo se desprendió a través de un análisis del sistema penal de diversos países, que a veces sobrepasan o sobre protegen la integridad familiar, ya que en algunos delitos si bien es cierto, que se afecta la estabilidad familiar, en forma directa a veces no se trata de atacar la familia sino un integrante familiar, y no por ello se estaría cometiendo el delito de violencia familiar, ya que nuestro tipo penal, señala que personas pueden cometer el delito de violencia familiar, no siendo posible que cualquier persona que no reúna la calidad requerida por el tipo pueda cometer el ilícito.

4.- Además se desprende que los diversos autores tratándose de un tema controversial, es difícil abordar un consenso exacto del delito de violencia familiar.

5.- Se concluyo que el bien jurídico protegido por la norma penal, lo es la estabilidad y la relación familiar, ya que es la célula básica de toda sociedad, y que se trata de un delito doloso.

## **PROPUESTAS.**

Como se pudo establecer en el presente trabajo, las consecuencias que acarrea el delito de violencia familiar afecta la estabilidad y relación familiar, cuyo base es pilar de toda sociedad, por lo cual de alguna manera afecta la vida gregaria en sociedad.

Nuestra propuesta es que se reforme el artículo 343 bis en relación a los cónyuges para que en vez de ser un delito que se persiga por querrela, sea un delito de oficio, para de esta manera atender el principio de la prevención general.

**BIBLIOGRAFÍA.**

**AMACHATEGUI REQUENA Irmag** Derecho Penal Editorial Haria México 1999

**ASPIRI Jorge Oswaldo** Manual De Derecho De Las Personas Y De La Familia Osmo Editores Buenos Aires 1995

**BACIGALUPO Enrique** Culpabilidad, Dolo Y Participación Editorial Alvarez 1990 Editorial Porrúa México 1999

**BELLUSCIO Augusto C.** Derecho De Familia Ediciones De Palma Buenos Aires 1996

**CARBONIERI Jean.** Derecho Civil Tomo I. Situaciones Familiares Y Cuasi-Familiares Bosch Casa Editorial Barcelona 1990

**CASTELLANOS TENA Fernando** Lineamientos De Derecho Penal Editorial Porrúa Decima Edición México 1999

**CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. Y JULIO A. HERNANDEZ BARROS.** La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana. Editorial Porrúa, México 2000.

**CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.** La Familia En El Derecho Editorial Porrúa México 1998

**CICU, Antonio** Derecho De Familia Edian Editores Buenos Aires 1997

**CLAUS ROXIN, Gunther Arzt Y KLAUS Tiedemann** Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal Editorial Ariel S.A. Barcelona 1990

- CORSI Jorge** Violencia Familiar: Una Mirada Interdisciplinaria Sobre Un Grave Problema Social Editorial Paidós Buenos Aires 1997
- DE IBARROLA Antonio.** Derecho De Familia Editorial Porrúa México 1995
- DIAZ ARANDA Enrique** Dolo Causalismo Finalismo Funcionalismo Y La Reforma Penal En México Editorial Porrúa México 2000
- DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO** Delincuencia Intrafamiliar Y Delitos Contra Derechos De Autor. Editorial porrua, México 2000.
- FUENTES, Mario Luis Y OTROS.** Ambitos De Familia DIF, México 1997
- GUNTHERS Jakobs** Derecho Penal, Traducción Joaquín Cuello Contrellas José Luis Serrano González de Murillo, (Universidad de Extremadura). Segunda Edición Corregida. Ediciones Jurídicas S.A Madrid 1997.
- GUTIERREZ CHICHINO Eva** Nociones De Derecho De Familia
- JIMENEZ HUERTA Mariano** Derecho Penal Editorial Porrúa Octava Edición, México 1998
- KALAMBOS** Dominio de Hecho Por Dominio De Voluntad Traducción De Manuel Cancio Mejía, Universidad Autónoma de Madrid Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho Universidad Externada De Colombia Madris 1999
- ORTIZ URQUIDE Rafael** Derecho Civil Sexta Edición Editorial Porrúa México 1999
- PEREZ CONTRERAS, Maria de Montserrat** Violencia Intrafamiliar Revista De La Facultad De Derecho De México, Tomo XIVIII Mayo 1998, Numero 219-220 Universidad Nacional Autónoma De México
- REYNOSO DAVILA Roberto** Teoría General Del Delito Editorial Porrúa México 1995

**RODRIGUEZ MARTINEZ Teresa** Delitos De Peligro Dolosos Imprudenciales  
Tercera Edición Madrid 1997

**ROMERO Tequextle** Cuerpo Del Delito o Elementos Del Tipo Causalismo Y Finalismo Tercera Edición Ogs Editores México 2000

**SANDOVAL DELGADO Emiliano** Circunstancias Eximentes De La Responsabilidad Criminal En El Derecho Penal Mexicano Angel Editor México 2000

**ZAFFARONI Eugenio Raul.** Manual de Derecho Penal. Cárdenas editores, tercera reimpresión, México 1997.

**ZAMORA JIMENEZ Arturo** Cuerpo Del Delito O Elementos Del Tipo Angel Editor México 2000

### **ENCICLOPEDIAS DICCIONARIOS**

**"Enciclopedia Jurídica Omega"** Tomo XXV, Editorial Bibliografica Argentina Omega Buenos Aires 1968

Real Academia, **"diccionario de la lengua española"**, 19 Edición Editorial Espasa Calpe, Madrid 1970

### **LEGISLACIONES**

**"Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal"** Editorial Porrúa 2000

**"Código Penal Anotado" CARRANCA TRUJILLO Raúl Y Carranca Rivas  
Raúl Editorial Porrúa Trigésima Edición México 1999**

**"Código Penal Para El Distrito Federal" Editorial Porrúa México 2000**

**"Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos" , 4º. EDICIÓN  
editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A. México año 2001.**

**"Ley Para Prevenir La Violencia Intrafamiliar Para El Distrito Federal"  
Editorial Porrúa México 2000**

**"Reglamento Para Prevenir La Violencia Intrafamiliar Para El Distrito  
Federal" Editorial Porrúa México 2000**

**INDICE**

INTRODUCCION	1
<b>CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TRATAMIENTO LEGAL A LA VIOLENCIA FAMILIAR EN DIVERSOS PAISES</b>	
1.1 ALEMANIA.....	2
1.2 ITALIA.....	8
1.3 SUIZA.....	15
1.4 BELGICA.....	18
1.5 MEXICO.....	20
<b>CAPITULO II. CONCEPTO DE VIOLENCIA FAMILIAR</b>	
2.1 DEFINICIÓN DE VIOLENCIA.....	47
2.1.1 VIOLENCIA FISICA.....	54
2.1.2 VIOLENCIA MORAL.....	54
2.2 DEFINICIÓN DE FAMILIA.....	54
2.2.1 DEFINICION DE FAMILIA EN EL SENTIDO BIOLOGICO.....	57
2.2.2 DEFINICION DE FAMILIA EN EL SENTIDO SOCIOLOGICO.....	58
2.2.3 DEFINICION DE FAMILIA EN EL SENTIDO JURIDICO.....	61
2.3 DEFINICION DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL CODIGO PENAL COMO EN EL CODIGO CIVIL Y SUS RESPECTIVAS SANCIONES.	68

**CAPITULO III. EVOLUCION DE LAS TEORIAS DEL DELITO EN  
RELACION AL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL  
CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

3.1 TEORIA CAUSALISTA. ....	87
3.2 TEORIA NEOCAUSALISTA. ....	90
3.3 TEORIA FINALISTA. ....	128
3.4 CLASIFICACION DE LOS DELITOS. ....	125

**CAPITULO IV. ANALISIS DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA  
FAMILIAR**

4.1 ANALISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 343 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. ....	146
4.1.1 CONDUCTA. ....	147
4.1.2 TIPICIDAD. ....	148
4.1.3 ANTIJURICIDAD. ....	150
4.1.4 CULPABILIDAD. ....	151
4.2 DESCRIPCION DEL CUEPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR CONFORME AL ANALISIS DEL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL. ....	153
4.3 ELEMENTOS DE PRUEBA. ....	153
4.4 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD (ARTICULO 115 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	153
4.5 EL DICTAMEN PSICOLOGICO ES PARTE INTEGRANTE DEL DELITO O UN PRESUPUESTO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR. ....	156
4.6 ANALISIS DE DIVERSAS RESOLUCIONES TRATÁNDOSE DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR. ....	158
CONCLUSIONES. ....	162
PROPUESTA. ....	163