

40721
10



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

**"PROBLEMATICA TEORICA Y PRACTICA, PARA LA
INTEGRACIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA
FAMILIAR"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

GABRIELA AGUIRRE MENDEZ

ASESOR LIC. DAVID JIMENEZ CARRILLO

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO

DEL 2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS:

A DIOS, POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD DE REALIZAR MIS SUEÑOS Y LOGRAR MIS METAS EN LA VIDA, POR DARMEN LA FUERZA Y PONER EN MI CAMINO A LAS PERSONAS Y LAS COSAS MATERIALES NECESARIAS PARA LOGRARLO.

A MI MADRE, A QUIEN AMO INFINITAMENTE Y QUIEN EN TODO MOMENTO ME HA DADO SU APOYO INCONDICIONAL, Y SU AMOR.

A MIS ABUELOS, ESPERANZA Y EDUARDO (q.e.d.), POR SER PARTE DE MI INSPIRACIÓN Y LUCHA.

A MI AMADO ANTONIO, CON QUIEN HE VIVIDO LOS MOMENTOS MAS MARAVILLOSOS Y QUIEN EN TODO MOMENTO ME HA DEMOSTRADO SU INFINITO AMOR, AMISTAD Y AYUDA. TE AMO INFINITAMENTE.

A MIS HIJOS JHAIR Y DANIEL, QUIENES SON EL MOTOR, ENERGIA Y ALEGRIA DE MI VIDA. LOS AMO POR SOBRE TODAS LAS COSAS.

A MI HERMANA MARIANA, MI SOBRINA ITZEL, Y MI CUÑADO OSVALDO, POR SU PACIENCIA Y AYUDA EN LOS MOMENTOS EN LOS QUE LOS HE NECESITADO. LOS QUIERO MUCHO.

**A MI UNIVERSIDAD Y A TODOS Y
CADA UNO DE MIS PROFESORES, POR
SU ENSEÑANZA, PACIENCIA Y
DEDICACIÓN.**

**A MIS TÍOS, PRIMOS, SOBRINOS, Y MI
FAMILIA ENTERA POR LOS CONSEJOS,
LA MOTIVACION, EL AMOR, Y APOYO
INCONDICIONAL.**

**UN ESPECIAL AGRADECIMIENTO A LA
LICENCIADA MARIA GRACIELA LEON
LOPEZ, A MI ASESOR Y AMIGO
LICENCIADO DAVID JIMENEZ,
QUIENES DE MANERA PACIENTE ME
AYUDARON EN LA REALIZACIÓN DE
MI SUEÑO.**

**AL LICENCIADO ALFONSO CORTÉS
ESLAVA Y A MI AMIGA ALICIA
VAZQUEZ ANGELES, POR SU APOYO,
ENSEÑANZA Y CARIÑO.**

**A TODOS Y CADA UNO DE USTEDES,
LES DEDICO ESTE TRABAJO Y LES
DOY LAS GRACIAS, POR SER PARTE
TAN IMPORTANTE DE MI VIDA Y DE MI
FORMACIÓN.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CONTENIDO.

"PROBLEMATICA TEORICA Y PRACTICA PARA LA INTEGRACIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR"

PAG.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO

1. ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL

1.1. LA DOGMATICA JURIDICO PENAL Y LA TEORIA DEL DELITO.	1
1.2. CONCEPTO DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.	6
1.3. CONDUCTA	10
1.4. TIPICIDAD.	15
1.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS	17
1.4.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.	19
1.4.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS.	19
1.5. ANTIJURIDICIDAD	20
1.6. CULPABILIDAD.	26
1.7. PUNIBILIDAD.	45

CAPITULO SEGUNDO

2. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

2.1. EXPOSICION DE MOTIVOS.	47
2.2. CONCEPTO. ARTICULO 343 BIS.	52
2.3. CONDUCTA.	54
2.4. TIPICIDAD.	55
2.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS.	55

2.4.1.1. SUJETO ACTIVO (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO).....	56
2.4.1.2. SUJETO PASIVO (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO).....	56
2.4.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.....	57
2.4.2.1. USO DE LA FUERZA FISICA O MORAL.....	57
2.4.2.2. OMISION GRAVE.....	61
2.4.2.3. MIEMBRO DE LA FAMILIA (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO).....	62
2.4.2.4. INTEGRIDAD FISICA.....	65
2.4.2.5. INTEGRIDAD PSIQUICA.....	66
2.4.2.6. LESIONES.....	67
2.4.3 ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO).....	68
2.5. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA TIPICA.....	69
2.6. CULPABILIDAD.....	72
2.7. PUNIBILIDAD.....	74
2.8. CRISIS DE LA ULTIMA RATIO.....	78

CAPITULO TERCERO

3. LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR SU PROBLEMÁTICA.

3.1. PROBLEMÁTICA PARA LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.....	87
3.2. RESPECTO A "EL USO DE LA FUERZA FISICA O MORAL".....	88
3.3. RESPECTO A LA "OMISION GRAVE".....	92
3.4. RESPECTO A LA "INTEGRIDAD FISICA, PSIQUICA O AMBAS".....	94
3.5. RESPECTO DE QUE "PUEDA PRODUCIR O NO LESIONES".....	98
3.5.1 CONCURSO APARENTE DE NORMAS O RECALIFICACION DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE LESIONES.....	100

CAPITULO CUARTO

4. INAPLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA VIA PENAL.....	110
4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (ARTICULO 343 QUATER DEL CODIGO PENAL).....	114
4.2. "MEDIDAS NECESARIAS", RELACIONADAS CON LA FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.....	115
4.3. "MEDIDAS PRECAUTORIAS". SU INAPLICABILIDAD POR PARTE DEL ORGANO JURISDICCIONAL.....	120
CONCLUSIONES.....	123
ANEXOS.....	129
BIBLIOGRAFIA.	

INTRODUCCION

En el presente trabajo se analizará un delito de reciente creación en nuestra legislación penal, que es el de Violencia Familiar, el cual nos atrajo su estudio en virtud, que es un ejemplo en el que es posible desarrollar en su plenitud, la teoría del tipo y los elementos del delito conforme a la dogmática penal.

Señalamos esto último, toda vez que lo que hemos estudiado en los cursos de derecho penal en la parte general, los delitos tienen elementos en común, como son : la conducta típica, la antijuridicidad y la culpabilidad, y a su vez la tipicidad normalmente tiene elementos objetivos, pero no siempre es así, sino que algunos tipos penales, además de los elementos objetivos o externos, como los denomina el código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contienen elementos específicos, no comunes a todos, que pueden ser los normativos de valoración cultural o inclusive valoración jurídica y el delito que amerita nuestra atención contiene además de los elementos generales o comunes a todos, bastantes de carácter normativo y que requieren un estudio más a fondo y además produce confusión en el común de las personas que han leído el artículo en el cual se contiene, pues en él, se manejan conceptos como son la familia, concubino, integridad psíquica, omisión grave, el hecho de que se pueda producir o no lesiones, esto último que puede o podría dar lugar a pensar en una recalificación de conducta o de un concurso aparente de normas incompatibles entre sí, entre otras cuestiones sustantivas.

Empero, también como complemento del tipo penal de Violencia Familiar, el legislador común estableció un artículo consecuente (343 Quáter), en el que se pretende aplicar medidas que no reciben el nombre de cautelares, sino de medidas necesarias o precautorias, sin que las mencione o especifique, independientemente de que no se encuentran contempladas en el catálogo de las penas y medidas de seguridad que se contienen en el artículo 24 del Código Penal, lo que en concepto de la suscrita resulta un impedimento para el órgano jurisdiccional, respecto de su aplicación y por lo mismo tal artículo resulta ineficaz.

Llama la atención a la sustentante, el que el tipo penal de Violencia Familiar, que se contiene precisamente en la ley sustantiva (Código Penal), con sus consecuencias inherentes como lo es la pena, también se encuentre regulada en el Código Civil, y en este sí se contempla de manera específica las medidas cautelares que el Juez de lo familiar debe tomar, y no como en el Código Penal, en el que no son referidas.

Por último llama también la atención a la ponente, que con lo señalado en el párrafo que precede, se está violando un principio de derecho penal que es la utilización de éste como la última ratio.

CAPITULO PRIMERO

1. ELEMENTOS DEL DELITO EN GENERAL.

SUMARIO

1.1. LA DOGMATICA JURIDICO PENAL Y LA TEORIA DEL DELITO. 1.2. CONCEPTO DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS. 1.3. CONDUCTA. 1.4. TIPCIDAD. 1.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS. 1.4.2. ELEMENTOS NORMATIVOS. 1.4.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 1.5. ANTIJURIDICIDAD. 1.6. CULPABILIDAD Y 1.7. PUNIBILIDAD.

1.1. LA DOGMATICA JURIDICO PENAL Y LA TEORIA DEL DELITO.

Para comenzar a desarrollar nuestro tema, iniciaremos con un tema de suma importancia en el derecho penal como lo es la Dogmática jurídico penal, para ello, es necesario mencionar, como lo han hecho muchos estudiosos del derecho, que, todas las personas como sociedad y como individuos tiene aspiraciones y objetivos en la vida, y para el logro de los mismos se valen de los medios a su alcance para su realización, realizando en muchas ocasiones, conductas contrarias a las establecidas por nuestro Derecho en general, afectando con ello, los intereses de particulares y de la Sociedad, y es allí donde entra en acción el Estado para establecer un orden jurídico y regular la convivencia humana, siendo el Derecho Penal, uno de los componentes imprescindibles dentro de ese orden jurídico, y el cual suele entenderse en dos sentidos uno objetivo que significa el conjunto de normas penales y otro en sentido subjetivo también llamado ius puniendi o derecho a castigar por parte del Estado, para garantizar la convivencia humana, conteniendo éste al Derecho objetivo, ya que es el estado el encargado de crear dichas normas, las cuales asocian al delito como presupuesto y a las penas y medidas de seguridad como consecuencia; pero operando como una ultima ratio, es decir una forma de control, ultima, cuando han fallado todas las demás (derecho civil, administrativo, etcétera), y de la cual abundaremos más adelante; ahora bien, al aparecer el Derecho Penal, en defensa de

los valores fundamentales de la comunidad, surge también la necesidad de estudiar y analizar, la estructura y los requisitos que deben tener las conductas contrarias a la norma, apareciendo, el derecho Penal como ciencia, que es también llamada Dogmática que viene del griego "dogma", que significa opinión, disposición o proposición doctrinal, completando dicho concepto con la Dogmática Jurídico Penal, es decir la ciencia de los dogmas penales. Claus Roxin, define a dicha Dogmática Jurídico Penal como "la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la Doctrina científica en el campo del derecho penal"¹, Francisco Pavón Vasconcelos, define a la Dogmática Jurídico Penal como: el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad², Jescheck, menciona que las ciencias penales, se ocupan de la investigación, ordenación y exposición de todo el sector de vida que esta determinado por la criminalidad y la lucha contra de la misma ³; o bien a decir de otros autores es la disciplina que se preocupa de la interpretación sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal; de lo anterior podemos deducir y resumir que el objeto de esta ciencia es el estudio del Derecho Penal como norma, ya que a la par de esta Dogmática se encuentra la Criminología que va estudiar al Derecho Penal como hecho y la Política Criminal del Derecho Penal como valor, constituyéndose de esta forma la estructura tridimensional del derecho Penal; pero regresando a la Dogmática Jurídico Penal, hemos de señalar que como toda

¹ CLAUS, ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 2ª. ed. Editorial Civitas. España, 1997, pag. 192

² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual De Derecho Penal, Parte General, 15 ed. Editorial Porrúa. México, 2000, pág. 33

³ JESCHECK, HANS Heinrich, Tratado De Derecho Penal, Parte General, Vol. I, 3ª ed. Editorial Bosch. Barcelona, 1989.

ciencia, tiene un objeto de estudio, que en este caso como ya lo señalamos anteriormente es el derecho Penal como norma, es decir su objeto es el ordenamiento jurídico penal, y su método (entendiendo a éste como el fin perseguido o el proceder conforme a un plan), es eminentemente jurídico, mediante el cual se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas; pero no queda allí, sino que para toda ciencia también debe existir un orden, para el estudio de los conocimientos jurídicos, debido al enlace lógico y necesario de los conceptos, lo que hace posible la aplicación segura y calculable del derecho Penal, simplificando y haciendo manejable al Derecho para así hacer posible la elaboración de una norma jurídica penal que sirva para su desarrollo.

Pero una sistematización puede no ser del todo ventajosa, ya que puede llegar a violentar la materia jurídica al llegar, incluso a olvidarnos de la justicia en los asuntos, por seguir una deducción del contexto sistemático, y limitarnos de alguna manera a aplicar solo deducciones salidas del sistema que pueden resultar a través del tiempo obsoletas. Pero a la problemática anterior, los estudiosos del Derecho, siguen buscando mejores opciones de soluciones, basadas en la elaboración de un método científico de la Norma Penal, que parta del problema concreto y ofrezca probabilidad de resolverlo justa y adecuadamente.

Ahora bien, ya abarcamos de manera breve lo que es la Dogmática Jurídico Penal, su objeto de estudio, su método, su sistematización, pero refirámonos ahora a la parte medular de esta ciencia, es decir, la Teoría del Delito, que es el resultado, entre otros estudios de esta doctrina jurídico penal y que es una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir al

delito, Raúl Zaffaroni, señala que de la Teoría del Delito, atiende al cumplimiento de un cometido, esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto⁴.

Uno de los objetivos más complicados que busca la Dogmática de la Teoría del Delito, es la formación y evolución del sistema de Derecho penal, y en especial del delito, entendido éste, no como el delito en particular (robo, fraude, etcétera), sino el delito en general, es decir, las partes que le son comunes a todos los delitos, estando de acuerdo que éste supone una conducta (significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad), típica (ya que ha de coincidir con una de las descripciones de delitos reunidas en el Código Penal, y que se vincula estrechamente con la conducta como consecuencia del principio de *nullum crimen sine lege*), antijurídica (o sea, este prohibida por la ley a menos de que concurra una causa de justificación que la torne lícita), culpable (es decir a de poderse hacer responsable al autor de la misma y se le ha de poder reprochar) y punible (por lo general).

Basado en lo anteriormente expuesto, y tomando en consideración que el delito es la base del Derecho Penal, y que es necesario estudiar su desarrollo a través del tiempo, para entender su aplicación actual, hemos de señalar que las categorías básicas descritas de la estructura del delito han sido desarrolladas, como ya se mencionó por la ciencia penal, en un proceso de discusión, así el concepto de acción aparece por vez primera en el Manual de Albert Friedrich Berner (1857)⁵ como

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual De Derecho Penal, Parte General, 2^{ed}. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, pág. 333.

⁵ CLAUS, Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, I.a Estructura De La Teoría Del Delito, 2a ed. Editorial Cívitas S.A., Alemania 1997, p 196.

concepto básico del delito, el reconocimiento de la antijuridicidad independiente de la culpabilidad la formula Rudolph von Jheringen su escrito *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (El momento de la culpabilidad en el Derecho Privado Romano, 1867)⁶, el concepto del tipo lo crea Ernest Beling⁷, en el año 1906 en su monografía *Die Lehre vom Verbrechen* (La Teoría del delito). Para desarrollar la teoría de la culpabilidad tuvo especial relevancia el escrito de Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*⁸ (Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, 1907), siendo relevante también para la evolución de todo el sistema los estudios realizados por Franz V. Liszt y Ernest Beling, Max Ernst Mayer y Edmundo Mezger, así como de Hans Welzel, el fundador de la Teoría Final de la acción⁹.

Pero dicho estudio sistemático no queda allí, ya que más allá de esos conceptos básicos, fija los presupuestos de las características del delito y las relaciones que guardan entre sí, es decir, que circunstancias son importantes desde el punto de vista de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad y como se comportan entre sí.

Tres son los proyectos sistemáticos básicos que influyen importantemente en la descripción de la Teoría del Delito:

El sistema Clásico del delito de Liszt y Beling que sigue influyendo en diversos aspectos, explicado aquí a groso modo, se basa en la hipótesis de que el injusto y la culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito, todos

⁶ Idem.

⁷ Ibidem, p 196

⁸ Ibidem, p. 196

⁹ op. cit. p 196

los elementos objetivos del delito, se ubicaban en el tipo y la antijuridicidad, y la culpabilidad era el elemento subjetivo del delito.

El sistema neoclásico reconoce que el injusto no es explicable solo con elementos objetivos y que por su parte la culpabilidad tampoco se basa, únicamente en elementos subjetivos, obligando así a reconocer la existencia de elementos subjetivos en el injusto y que la culpabilidad también contaba con elementos objetivos.

La Teoría Final de la Acción, cuyo contenido es más rico que en las dos anteriores, señala como esencia de la acción la anticipación mental y la correspondiente selección de medios del hombre, el cual controla el curso causal dirigiéndolo hacia un objetivo, es decir lo supratermina de un modo final, ubicando al dolo como componente del tipo, subjetivizando el injusto y desubjetivizando y normativizando a la culpabilidad, en la actualidad los sistemas de justicia se mueven basados en estos sistemas de estudio de la Teoría del delito, buscando cada día su evolución y su mejor aplicación dentro del marco jurídico que los rige, esforzándose por lograr una síntesis entre ellos que cree una uniformidad de conceptos e ideas respecto de los elementos básicos del delito.

Continuemos ahora con la explicación desde los diferentes puntos de vista de las teorías que se mencionaron, de lo que es el delito.

1.2. CONCEPTO DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS

Ya señalamos que el Derecho Penal, surge como el último medio de control social que tiene el Estado, para regular la conducta de los hombres en sociedad, a

través de normas jurídicas, las cuales contienen una descripción de las conductas que afectan a esa convivencia humana, que el derecho trata de proteger, a dicha descripción se le conoce como delito.

El delito a lo largo de los tiempos se ha entendido como una valoración jurídica que encuentra su fundamento en las relaciones necesarias, surgidas del hecho humano contrario al orden ético social, aún cuando los pueblos más antiguos no tenían preceptos jurídicos castigaban los hechos objetivamente dañosos; fue con el paso del tiempo que los pueblos que les siguieron fueron realizando una valoración subjetiva de estos hechos limitando al hombre la aplicabilidad de las sanciones y medidas de seguridad.

La palabra delito viene del verbo latino "*delinquere*", que significa abandonar, apartarse del buen camino, apartarse del sendero señalado por la ley.

Otras nociones han sido dadas a través de los tiempos por los estudiosos de la teoría del delito, para Maurach el "**delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible**". Para Ernesto Von Beling es "**la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad**"¹⁰.

Otros autores como Max y Ernesto Mayer, lo definen al delito como un **acontecimiento, típico, antijurídico e imputable**, para Franz Von Liszt, el delito es

¹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual De Derecho Penal, Parte General, 15ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000.

un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena. Edmundo Mezger señala que el delito es una **acción típicamente antijurídica y culpable**, por su parte Jiménez de Asúa menciona que es un **acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal**; Carrara, lo consideró como **la infracción 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**¹¹.

Otra definición del delito es la señalada en el artículo 7o. de nuestra legislación penal, que define al delito como un **acto u omisión que sancionan las leyes penales**, definición que a todas luces resulta incompleta, para el contenido de lo que es el delito. Pero como hemos visto dentro de todas estas definiciones, varios son los elementos que constituyen la esencia del delito y a los cuales nos referiremos más adelante.

Importante es señalar, antes de entrar al estudio de los elementos del delito, que los diversos autores han destacado la existencia de los llamados "presupuestos del delito", que se definen como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal y al menos del primero de ellos depende la existencia del delito, sin los cuales el delito no solo el hombre es sujeto activo del delito, también se han dividido dichos presupuestos en generales y especiales, los primeros son comunes a todos los delitos y los especiales son exclusivos de cada uno de los mismos.

¹¹ Idem

Los presupuestos del delito son:

a) La norma penal, ya que es, en ella, en la que se describe el tipo penal, al que habrá de adecuarse la conducta, de la que hablaremos más adelante, realizada por el sujeto activo del delito.

b) Los sujetos del delito:

En cuanto al sujeto activo, solo el hombre es sujeto del delito, ya que es el único que cuenta con la capacidad y voluntad para infringir el ordenamiento jurídico, ya sea como autor material del hecho delictuoso o bien como partícipe del mismo en forma intelectual o simplemente auxiliando al autor.

Por lo que hace al sujeto pasivo, éste es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito, y en algunos ilícitos es sobre quien recae directamente todos los actos materiales utilizados para la realización del hecho, es menester destacar que a diferencia del sujeto activo, sujetos pasivo pueden ser el hombre como persona física, las personas morales, el Estado y la Sociedad.

Dentro del delito pueden haber varios sujetos activos y/o varios sujetos pasivos.

c) El Objeto. Se distingue entre Objeto jurídico y objeto material del delito; el primero es el bien o derecho que se protege a través de la ley penal; por otro lado el objeto material es aquél sobre el que recae la ejecución del delito y es definida como una realidad corpórea e incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico.

Habiendo definido brevemente dichos presupuestos, estudiemos ahora, los elementos del delito, empezando por la conducta;

1.3. CONDUCTA.

La conducta es el primer elemento básico del delito, la cual es definida como el **comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.**

La conducta es utilizada por diversos autores que la señalan como un **hecho, acción, acto, etc.**, pero estos vocablos no contemplan la posibilidad de una inactividad, por lo que resulta más conveniente hablar de **conducta.**

Podemos concebir a la conducta en dos sentidos uno amplio, en el que dicha conducta se exterioriza de forma voluntaria, en un hacer o no hacer y se encamina a la producción de un resultado, el cual puede producir un cambio en el mundo exterior o en el peligro de que dicho resultado material llegue a producirse. En un sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca.

Esta es una definición generalizada de las muchas que los diferentes autores han realizado de la conducta, los cuales como ya se menciona pueden referirse a un hecho, acción, etc.. De todo lo anterior se puede determinar que la conducta conlleva tres elementos:

- a) un acto positivo (acción) o negativo (omisión).

b) un resultado (material o formal)

c) una relación de causalidad entre el acto y el resultado

Finalmente nos parece importante señalar que el Derecho no crea conductas, sino valora las que son "malas", para la convivencia del individuo en sociedad y las señala en nuestra ley penal.

Entrando al estudio de los elementos de la conducta, comenzaremos hablando del tan multitudinado comportamiento positivo o negativo, lo positivo se traduce en una acción, es decir, una actividad, la realización voluntaria de un movimiento corporal, mientras que el comportamiento negativo se refiere a una omisión, es decir, una inactividad, es cuando se espera que la persona realice una conducta y ésta deja de hacerla, contraviniendo a la disposición legal, de lo cual abundaremos más adelante.

La acción, entonces, se define como una actividad, en la cual se encuentra siempre un factor físico, consistente en un movimiento corporal, al que se suma un factor psíquico, como lo es la voluntad del sujeto, para realizar la actividad, produciendo consecuencias jurídicas, al violarse una norma prohibitiva, que nos impone un deber jurídico de abstenerse.

Es menester destacar que existe también una acción que puede entrañar una voluntad en la que por coacción exterior (Estado de necesidad) o decisión interna (inimputabilidad), no es libre de decidir voluntariamente.

Todo lo anterior se adecua perfectamente a los tipos dolosos, la problemática

comienza al hablar de los tipos culposos, en los cuales dicha acción y también la omisión no son concientes, pero tienen trascendencia para el campo del derecho. Pero en estos casos a decir de Francisco Pavón Vasconcelos¹², aunque parezca una contradicción in terminis, habremos de decir que la acción involuntaria es voluntaria para el derecho en cuanto no ha sido inhibida por la voluntad que debía y podía impedirla.

Pasemos ahora al estudio del aspecto negativo de la conducta, entiendo a éste como una omisión conceptualizada por Cuello Calón como la **"inactividad voluntaria, cuando existe el deber jurídico de obrar"**¹³.

Los tipos omisivos describen la conducta permitida o debida, quedando prohibida toda conducta que no coincida con la debida¹⁴.

La omisión puede presentar dos formas la *omisión simple o propia*, y la *omisión impropia*, que da nacimiento a los delitos de *comisión por omisión*.

De lo anterior podemos señalar, que la omisión tiene cuatro elementos: Voluntad o no voluntad (culpa), Inactividad o no hacer (conducta), un deber jurídico de obrar y un resultado típico jurídico.

Ahora bien, los delitos de omisión son de dos clases, unos, que son de omisión propia o simple, y otros que se llaman de comisión por omisión, los primeros los

¹² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual Derecho Penal Mexicano, 15ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p.219-220.

¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal Parte General, Tomo I, 9ª. ed. Editorial Editora Nacional, México, 1961, p 288.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998, p. 367

constituye la inactividad del sujeto, siendo generalmente formales al poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, ya que el deber jurídico de obrar, consiste en una acción esperada y exigida, cuyo resultado como ya se mencionó es únicamente típico, al existir una mutación en el orden jurídico y no material, violándose la norma preceptiva, mientras que en el los delitos de comisión por omisión, se encuentra la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer, acarrea la violación de una norma prohibitiva, produciéndose un resultado jurídico, pero además un resultado también material.

Respecto al **resultado**, Maggiore, señala que es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior o más precisamente la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa¹⁵, pero dicha concepción se refiere únicamente a los delitos de resultado material, debiendo señalar que existen delitos cuyo resultado no causa una mutación en el mundo exterior, sino solo pone en peligro al bien jurídicamente protegido por la norma penal, es por lo que el resultado, más ampliamente dicho consiste en el *obrar u omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico y relevante para el derecho penal*, siendo importante mencionar que tanto el resultado como el nexo causal del cual hablaremos en seguida, solo se pueden ver en los delitos donde la conducta causa una mutación al mundo externo.

Para que una conducta sea atribuible a un sujeto, es menester que la misma, se halle en una relación de causalidad con el resultado de esa acción física, es decir, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la

¹⁵ MAGGIORE, Guisepppe, Derecho Penal I, Editorial Temis, Bogotá, 1954, p 357.

consecuencia de éste y el resultado material, dicho nexo se entiende entonces como un elemento de la conducta y no del delito.

Respecto al **nexo causal**, este se describe o define, como una línea de conexión objetiva entre la actividad y el resultado material, desprendiéndose de lo anterior que solo es propio hablar de nexo causal con relación a aquellas conductas productoras de un resultado material, es un concepto que nos lleva a la conexión entre dos procesos "la causa " y el "efecto".

Hemos mencionado, que los delitos de acción tiene un resultado material, que conlleva un nexo entre el actuar y el resultado material ocasionado, pero también los delitos de omisión, según los autores como Porte Petit y Eduardo López Betancour, entre otros, tiene un nexo causal que no se encuentra sino en la omisión misma, pero para llegar a esto pasaron muchos años y se desprendieron varias teorías, que describiremos brevemente a continuación.

Los estudiosos del derecho en un principio al hablar de causa, se referían a la actividad productora de un resultado, excluyendo por lo tanto a los delitos de acción, siendo precisamente esto lo que los lleva al estudiar más a fondo la problemática que se les planteaba, Antolisei y Louden, con su aluid agere, trataron de fundamentar la causalidad en los delitos de omisión, señalan que siempre con la omisión concurre una acción positiva, por que el culpable al omitir una cosa hace necesariamente algo, posteriormente con Gleichzeitig, la causalidad del resultado consistiría en la acción positiva paralela a la omisión, a esta teoría se le dió el nombre de aluid actum (otro hecho); Krug y Merkel, pretendieron encontrar dicho fundamento, en la teoría de la

acción precedente, según la cual "El que impide algo, se ha puesto antes mediante una acción positiva, en la situación de no impedir el resultado y esta acción precedente sería la causa del resultado, pero si dicha actividad no basta para producir el resultado, sino que se necesita también la omisión, ésta sería la causa verdadera y la acción precedente no tendría valor de causa"; otra teoría es la de la interferencia, propuesta por BINDING, quien señala que "en ella el omitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar, produciéndose como un cortacorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma.

La teoría acertada es la de la omisión misma, toda vez que la causa verdadera se encuentra en la omisión misma, por que si el agente del delito realizara la acción exigida y esperada, el resultado ya no se produciría.

1.4. TIPICIDAD

Como tipicidad se conoce a la adecuación de la conducta al tipo penal, pero ésta es la más simple de las definiciones algunos autores como Francisco Blasco y Fernández de Moreda, la definen: "la acción típica es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida".

Otros autores como Jiménez de Asúa, establecen su propio criterio de definición de la tipicidad y refieren que la tipicidad, es exigida correspondencia entre

el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción¹⁶.

Es claro que la tipicidad juega un papel fundamental para que exista el delito, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal¹⁷, podemos afirmar que no hay delito.

El término tipicidad le es atribuido a Bebing, quien la consideró independiente a la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Muchos estudiosos del derecho entrelazan a la tipicidad con la antijuridicidad, señalando que si existe la primera, existe la segunda, pero ello no entraña seguridad de que así sea, ya que "puede un hecho delictuoso encajar dentro de algún tipo penal, y existir grandes posibilidades de que sea penalmente antijurídico, más como ya se dijo, no es seguro, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuridicidad (causas de justificación), que no son previstas por el legislador al plasmar los diferentes tipos legales"¹⁸.

El fundamento legal de la tipicidad se encuentra plasmado en el numeral 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: " En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata ".

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado De Derecho Penal, III, . 2ª ed. Editorial Losada S.A. DE C.V., Buenos Aires 1958, p 744.

¹⁷ Se habla de tipo penal a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta, para la existencia del delito

¹⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Nacional, México, 1961, p 302.

Es importante señalar que nuestra Suprema Corte de Justicia ha realizado una clasificación de los delitos en orden al tipo, y los ha clasificado en básicos, los cuales son fundamentales y tienen plena independencia; especiales, este tipo de delitos mantienen los caracteres del tipo básico, pero contienen alguna otra peculiaridad, cuya existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a que se adecuen los hechos al tipo especial por lo que elimina al básico; y por último los delitos complementarios, los cuales presuponen la aplicación del tipo básico al cual se incorporan.

Señalábamos con antelación que el tipo penal, es la descripción hecha por el legislador de una conducta jurídica plasmada en una ley, en la que siempre intervendrán elementos de alcance diverso, por consiguiente el comportamiento antijurídico descrito en la ley se regirá en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta; otras será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo hará mediante el fondo mismo de la intención o ánimo del autor, estos son a los aspectos a los que haremos referencia a continuación.

1.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS

El tipo penal, en su parte objetiva o externa, entraña la existencia de elementos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal¹⁹, ello nos quiere decir, que al existir la acción o omisión, que constituyen en núcleo del tipo, se requieren además el satisfacer la exigencia de algunas modalidades conectadas a esa conducta que forman parte de la descripción legal y son:

¹⁹ Puvón Vasconcelos, Francisco, **MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL**, 15ª ed. Editorial Porrúa, México, 2000, p652.

Las calidades referidas al sujeto activo, para la descripción de este aspecto diremos que existen tipos penales que requieren que el sujeto activo tenga ciertas características y si no las tiene, dicha conducta descrita por la ley no puede ser punible, un ejemplo de ello es el delito de violencia familiar, el cual requiere que el sujeto activo sea un miembro de la familia, por lo que de no existir dicho requisito en el activo, la conducta no es antijurídica.

Otra es la calidad del sujeto pasivo del delito, la cual como en el caso anterior si no se reúne la calidad exigida por la ley, dicha conducta no puede ser imputable al activo, en este caso es también de señalarse el ejemplo anterior, ya que la conducta de violencia familiar debe realizarse por un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, siendo éste el sujeto pasivo del delito.

Las referencias temporales y especiales son otras de las modalidades a que se puede someter la acreditación de una conducta descrita en la ley cuya ausencia, también como en las anteriores, trae la inexistencia de la tipicidad de la acción o de la omisión.

Las referencias de los medios de comisión, que en algunos casos la ley exige para acreditar la conducta o hacer valer una agravación en la pena.

Referencias al objeto material (no jurídico), sobre el cual recae la conducta, que nos dicen, como en las referidas alguna cualidad o característica que debe tener dicho objeto o cuerpo material, para que la conducta realizada por el activo sea típica, es decir, se adecue al texto de la ley.

1.4.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.

En este sentido los elementos normativos, vienen a ser otra de las modalidades del injusto típico, los cuales requieren de una valoración de la situación del hecho, misma que puede ser jurídica o cultural; al respecto de esta última de las valoraciones, es decir la cultural, Mezger, señala que "esta es un proceso valorativo del juez que ha de realizar, con arreglo a determinadas normas o concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho".²⁰

Además de lo anterior debemos señalar que los elementos normativos son una llamada de atención al juez, ya que con ellos debe confirmar la existencia de la conducta ilícita, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser ilícito o a la inversa.

1.4.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Estos elementos se refieren al motivo y al fin de la conducta, a mejor dicho a la intención, al ánimo que tuvo o debe tener el sujeto activo en la comisión de un delito; se refiere a las circunstancias del mundo interno, del psique del autor.

Tales elementos, dice Jiménez Asúa, "exceden del mero marco de las referencias típicas pues su existencia es indudable, estén o no incluidos en la definición del tipo, cuando éste los requiere".²¹

La ubicación de estos elementos dentro de la tipicidad, antijuridicidad y

²⁰ Ibidem, p. 312

culpabilidad, ha sido harto discutida por los diversos estudiosos del Derecho, sin que se haya llegado a una unidad de criterios. Lo cierto es que varios autores atinan al hecho de que los elementos subjetivos deben ubicarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad.

1.5. ANTIJURIDICIDAD.

Otro elemento del delito es la antijuridicidad, la cual en un sentido formal, significa la contradicción de un hecho con el Derecho, es decir, el hecho de que se habla debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico, pero ese hecho debe de tener alguna característica para que se le considere contrario al derecho, es allí donde entra la definición material de la antijuridicidad, toda vez que esa característica del hecho antijurídico formalmente también debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico el cual es el objeto de la tutela jurídica, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales, sin que concurra alguna de las causas de justificación contempladas en el artículo 15 del código penal y a las cuales nos referiremos más adelante.

Por otro lado la antijuridicidad se ha estimado como el aspecto más importante del delito, ya que se considera su esencia, algunos autores denominan a la antijuridicidad también como injusto, siendo que no es lo mismo o bien, no se pueden emplear ambos como sinónimos, ya que la antijuridicidad como se mencionó es la contradicción de un hecho con la norma y que ese hecho pone en peligro el bien jurídico tutelado por ésta, y el injusto es esa conducta o hecho ya calificado como antijurídico, es decir, es a acción antijurídica y típica.

²¹ Ibidem p 312

Por último señalaremos que la antijuridicidad para algunos autores es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre la conducta del hombre y las normas del Derecho²².

Al inicio de esta explicación sobre lo que es la antijuridicidad, se habló de que una conducta es antijurídica si va contra una norma y siempre y cuando no concurra alguna **causa de justificación**, término que se emplea para determinar las causas que excluyen la antijuridicidad de esa conducta, es decir, que permiten realizar la multicitada conducta tomándola lícita.

Nuestra legislación Penal, en su artículo 15, prevé tres casos en los que una conducta típica y presumiblemente antijurídica se torna lícita, siendo estos la **Legítima defensa**, prevista en la fracción IV de dicho artículo, el **Estado de necesidad**, previsto en la fracción V y el **Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho**, en la fracción VI.

La esencia de las causas de justificación es la **desaparición del interés que en otro caso sería lesionado por el injusto o surge frente a éste interés otro de mayor valor**, transformando la conducta conforme a derecho, siendo precisamente su fundamento la preponderancia del interés, ya sea por que es de mayor interés jurídico social o por que es superior el bien jurídico salvaguardado.

²² Mariano Jiménez Huerta, al tratar de este elemento del delito, empieza por considerar delictiva una conducta cuando lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valorativos de la comunidad. De allí que, en su criterio, una conducta será antijurídica cuando resulte contraria a una norma. Adentrándose en el problema, considera que la antijuridicidad, presupuesto de la culpabilidad "matiza y tiñe la conducta de su colorido o tonalidad especial", matiz, tono y color que surge del juicio formulado sobre la propia conducta en el cual "se afirma su contradicción con las normas del derecho". **LA ANTIJURIDICIDAD**. Imprenta Universitaria, México, 1952, p 11.

Legítima Defensa.- Esta es definida como la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho.

Se desprenden de dicha definición algunos elementos y son: la existencia de una agresión real actual e inminente, un peligro de daño derivado de dicha agresión, una defensa, rechazo de la agresión o contraataque para repelerla.

Entrando al estudio de estos elementos se dice que una agresión es una conducta de un ser que amenaza lesionar o pone en peligro los bienes jurídicamente protegidos por la ley, aunado a que dicha agresión debe ser real (no imaginaria) y actual (que ocurra en el presente, ya que si fuese pasada constituiría una venganza), o inminente lo que quiere decir que dicha agresión debe estar pronta a suceder y pues siendo la legítima defensa una repulsa de la agresión, ésta puede estar sucediendo o sea este en un momento inmediato anterior que la haga inminente.

Dicho peligro o probabilidad de daño debe recaer en bienes jurídicamente tutelados por el derecho, siendo éstos legítimamente defendibles, siempre y cuando sea con moderación que haga racional el medio empleado con relación al ataque y a la calidad del bien defendido y esa necesidad de la defensa debe darse ante la inexistencia de otro medio utilizable para evadir el mal que amenaza con la agresión.

La racionalidad de los medios empleados establece el equilibrio de el acto agresivo y su contraataque, evitando que se de el exceso en dicha defensa, siendo inexistente esta cuando la agresión no reúna los requisitos, no ponga en peligro

inminente un bien jurídico protegido y cuando el agredido haya provocado dolosamente la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella, cuando el agredido haya previsto la agresión y podría haberla evitado por lo medios legales a su alcance.

Por otra parte existe el exceso de la legítima defensa cuando no hay necesidad de ella y cuando no exista racionalidad de los medios empleados, lo que origina una desproporción entre la defensa y el ataque antijurídico, lo que da a entender que el daño que se causa al bien jurídico es de mínima importancia o reparable después por los medios legales.

Veamos ahora otra causa de justificación como lo es el **Estado de Necesidad**.- a decir de Francisco Pavón Vasconcelos, una colisión de intereses, una situación de peligro cierto y grave cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno, como único medio para salvaguardar el propio²³.

Se esta ante un Estado de Necesidad cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley²⁴.

En el estado de necesidad el mal es originado, ya por el hombre o por la naturaleza, recayendo la conducta sobre bienes o animales, con el ánimo de conservar uno de los bienes legitimados, siendo los elementos del estado de necesidad la

²³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual De Derecho Penal Mexicano, Op Cit, p. 361.

²⁴ PORTE PETIT Candaudap, Celestino, Apuntamientos De La Parte General De Derecho Penal, op4°. cd. Editorial Porrúa. México 1978, p 539.

existencia de un peligro real (no imaginario o que el sujeto haya creído posible), actual o inminente, lo que constituye la contemporaneidad entre la necesidad y el peligro; que el peligro recaiga en bienes jurídicos propios o de terceros (según nuestra legislación penal en su artículo 15 fracción V) y que dicho peligro no haya sido provocado dolosamente por el agente, salvo los casos en que de forma culposa se ponen en peligro dichos bienes, otro elemento es que se lesione otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado; que no exista otro medio menos perjudicial para superar el peligro.

En caso del exceso en el estado de necesidad, lo establece el propio y mencionado artículo 15, del también ya multicitado Código Penal para el Distrito Federal al referirse a que "no sea evitable por otros medios", pero no existe pena para quien cometa dichos excesos.

Así las cosas podemos establecer las diferencias existentes entre la legítima defensa y el Estado de Necesidad:

LEGITIMA DEFENSA	ESTADO DE NECESIDAD
Existe un interés legítimo y otro ilegítimo	Existe un conflicto entre intereses legítimos
Hay una repulsa a la agresión injusta	Habrá acción o agresión, protegiendo intereses legítimos.
El peligro surge del agresor.	Se trata de evitar un peligro originado por terceros o por causa de la naturaleza
La conducta recae sobre el agresor	La conducta recae en bienes o animales
Hay ánimo de rechazar la agresión	El ánimo es de conservación del bien jurídico.
Se invoca siempre como causa de licitud	Puede ser por causa de licitud o inculpabilidad.

Novedosa es, la figura de otra causa que excluye el delito, y que señala nuestra legislación y es cuando se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

afectado, siempre que dicho bien sea disponible, que el titular tenga la capacidad jurídica para disponer del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio o bien que la conducta se realice en circunstancias tales que permitan presumir que de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Lo anterior se puede entender según Carlos Juan Manuel Daza Gomez, como **la renuncia del titular a la protección del derecho.**

Otra causa, que torna lícita una conducta presumiblemente delictiva, es **el ejercicio de un deber y/o cumplimiento de un derecho.**- al respecto el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción VI, contempla esta forma de excluir el delito, dicho ejercicio o cumplimiento, debe realizarse dentro de los límites legales y conforme a derecho, lógico es, entonces pensar que quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta típica, acatando un mandato legal, un ejemplo de ello es el agente, quien cumplimentando una orden de aprehensión decretada por el Juez no priva ilegalmente de la libertad al acusado, de lo anterior podemos señalar, que el cumplimiento de un deber se deriva de una norma jurídica, llamado también deber sustancial o por una orden de autoridad, debiendo entenderse por tal la manifestación de la voluntad del titular de un órgano con imperio y con pleno conocimiento del derecho, mediante el cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, llamada también deber formal, ya que en este caso la ley no ordena la realización de la conducta, sino realizar la que otra persona determine, también llamado deber de obediencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En relación al ejercicio de un derecho, también contemplado en el numeral 15 fracción VI de nuestro código sustantivo, dicha causa de justificación se origina, del reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

Dentro de esta justificante existen serias observaciones, realizadas por los diversos autores, ya que hay que determinar hasta que punto una persona puede ejercitar un derecho, sin que dicho ejercicio sea ilícito, caso muy ejemplificativo es el uso de la violencia, toda vez que ésta no se puede utilizar para obligar a otro a hacer algo que no quiera, aunque lo que se le obligue sea jurídico, salvo que la ley autorice dicho empleo de la violencia.

La autorización concedida requiere:

- Que derive de una autoridad.
- Que esta actúe dentro del marco de su competencia
- Que dicha autorización reúna los requisitos requeridos por la ley.

1.6. CULPABILIDAD.

Etimológicamente, la palabra culpabilidad, viene del latín culpabilis, que se aplica a quien se puede echar la culpa.²⁵

Para explicar la culpabilidad, existen tres teorías la psicológica, la normativista y la finalista

La teoría psicológica, consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado. Soler señala que se afirmará la culpabilidad cuando el sujeto



capaz, obra no obstante la valoración que él mismo esta obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico, en síntesis en esta teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

Ignacio Villalobos señala que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.²⁶

Lo anterior nos lleva a que no es posible que en la culpabilidad solo exista en dolo o la culpa, para integrarla, ya que si un sujeto obrara en sentido ilícito, pero con la protección de alguna eximente de responsabilidad, por el hecho de haber deseado el resultado, ya sería culpable.

Por otra parte la teoría normativa, señala que para la existencia de la culpabilidad debe existir antes una conducta antijurídica, es decir, se agrega a dicha conducta antijurídica un elemento más siendo la antijuridicidad la relación entre la acción y el orden jurídico y la culpabilidad un reproche al autor, por haber cometido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla.

De lo anterior podemos señalar que para el normativismo, la culpabilidad no es solo una relación psicológica sino que, teniéndose un hecho psicológico concreto deben precisarse los motivos del mismo, para ubicar la conducta del sujeto dentro del ámbito del dolo o de la culpa, no siendo esto suficiente, ya que además, debe precisarse si dicha conducta es reprochable o no; así las cosas teniendo presentes, los

²⁵ DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel. *Teoría General del Delito*, Editorial Cárdenas, 1997, p 147

²⁶ Cabe señalar en este apartado que una concepción psicológica pura, no mezclaría al orden jurídico en su concepción, ya que solo determinaría que diga lo que la ley diga la culpabilidad se construye con independencia de la ley.

motivos y la personalidad del autor se podrá encontrar si le era exigible haber actuado de diversa manera a la en que lo hizo, es decir, acorde a Derecho; señalando de todo lo anterior que la culpabilidad equivale, dentro de ésta teoría, a reprochabilidad.

Por su parte la teoría finalista señala que la culpabilidad se reduce a la reprochabilidad del autor, estimando que el dolo o la culpa se contienen en el tipo, no siendo por tanto, elementos de la culpabilidad, sino del tipo.

De lo expuesto con antelación se observa que la culpabilidad tiene tres elementos importantes y que son:

- La imputabilidad, es decir, que para que una conducta antijurídica sea culpable, debe existir la imputabilidad o capacidad penal del sujeto, ya que supone que éste tiene la capacidad de entender lo ilícito de la conducta que realiza y la capacidad de poder actuar conforme a ese conocimiento, no pudiendo considerarse culpable a un incapaz.

Esta imputabilidad ha sido considerada por diversos autores (principalmente los psicólogos), como presupuesto de la culpabilidad, al identificar a la culpabilidad con la relación psicológica, existente entre el hecho y su autor.

En lugar aparte señalamos que solo el hombre es sujeto activo de delitos, pero para que la ley pueda poner a su cargo una consecuencia penal es necesario su carácter imputable, siendo la imputabilidad y la imputación conceptos esenciales para fundamentar el juicio de culpabilidad, lo cual nos lleva a considerar que si únicamente

el hombre es imputable, la imputabilidad es una expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal, ya que la imputabilidad es la capacidad de querer y entender, es la posibilidad condicionada de la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, de realizar actos referidos al derecho, que traiga la consecuencia penal de la infracción.

En suma la imputabilidad es un tecnicismo utilizado para hacer referencia a la capacidad del sujeto para dirigir sus actos, dentro del orden jurídico, la capacidad de obrar con discernimiento y con voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, según lo señala el autor Ignacio Villalobos ²⁷, señalando que la imputabilidad precisa que el sujeto tenga la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho y por ello el deber de acatar el mandato contenido en la norma, y la posibilidad de realizarlo voluntariamente.

Por su parte Jiménez de Asúa, señala que la imputabilidad es la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente ²⁸ El conocimiento de la ilicitud del hecho y del deber de acatamiento al mandato de hacer o no hacer, contenido en la norma es revelador de que el sujeto reúne a tal fin las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental para aprehender del hecho concreto su significación jurídica y su vinculación con esta, en consecuencia, la determinación espontánea a su realización significa poner en movimiento la voluntad en su más estricto sentido, para hacer realidad el hecho pensado y decidido;

²⁷ Villalobos, Ignacio, DERECHO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, México 1960, p277-279.

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL V, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976, p 86

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tratándose entonces, de un hecho nacido de la libre elección, dándose con lo anterior fundamento al reproche.

Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto de conocer el carácter ilícito o determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente la ausencia de dicha capacidad y con ello la incapacidad de conocer la licitud de la conducta realizada, para determinar esta inimputabilidad, las legislaciones recogen principalmente tres métodos, el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto; el primero de ellos, se apoya en un orden biológico u orgánico relacionados con la inmadurez mental del sujeto, es decir, la edad, que fluctúa entre los 16 y 18 años, para determinar cuando un sujeto es inimputable. El psiquiátrico basa la inimputabilidad en el trastorno mental, sea transitorio o permanente. El criterio psicológico califica de inimputable a un sujeto en cuanto este no es capaz de entender o autodeterminarse, ello comprende la inmadurez mental pero no apoyada en la edad ni en las alteraciones y traumas psíquicos. Mientras que el mixto permite la combinación de los anteriores, siendo las más comunes la biológica psiquiátrica, la psicológica psiquiátrica y la bio psicológica.

Nuestra legislación penal, en su artículo 15 fracción VII, adopta el sistema bio-psicológico psiquiátrico, abarcando la minoría de edad y estados de inconciencia y enfermedades mentales, al mencionar el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, dando pauta lo anterior para determinar en algunos de los siguientes artículos las medidas de seguridad que deberá imponérseles a dichas personas.

Es menester señalar que los menores a quienes se les considera con

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

incapacidad mental, y por tanto como sujetos inimputables, se les ha excluido de estas determinaciones en cuanto a las penas, ya que se crea para ellos el Consejo de Menores, quienes tienen por objeto conocer de las infracciones penales cometidas por todos los sujetos mayores de 11 años y menores de 18, así como promover su readaptación social.

Siguiendo con la inimputabilidad, y como en todo, existen excepciones a la regla, y en el caso a estudio, dicha excepción se encuentra señalada en el artículo, y son ciertas acciones que, al ser ejecutadas por un sujeto en un estado de inimputabilidad, son señaladas por el Derecho como manifestaciones de voluntad libre y consiente en su origen, éstas acciones son llamadas "actio libera in causa" o acciones libres en su causa.

Para una mayor explicación, estas se dan cuando la conducta delictiva se realiza en un estado de inimputabilidad del sujeto, pero que previo a éste el sujeto se procura, dolosa o culposamente, el estado de inimputabilidad, y en el cual tiene plena capacidad de querer y entender, situación que también prevée nuestra legislación penal en su artículo 15 fracción VIII, misma en la que señala:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando.

VIII.- Al momento de realizar el hecho, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental dolosa o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

culpablemente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

En cuando al otro elemento de la culpabilidad es decir, las formas de culpabilidad **dolo y culpa**, las analizaremos enseguida:

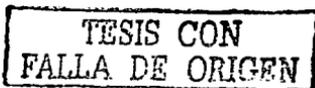
Respecto al dolo, varios son los conceptos dados por los diversos autores, así Carrara, representante de la escuela clásica lo definió como la intención más o menos perfecta, de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley. Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de la voluntad de la intención y de un fin.

Jiménez de Asúa señala que el dolo "es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrantará el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere y ratifica"²⁹.

Pero para fundamentar el dolo es menester unir dos teorías una llamada de la voluntad y otra de la representación.

Las formas de culpabilidad, se refieren al dolo y culpa, consideradas por algunos autores como parte integrante de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta y su autor.

²⁹ Ibidem, p 417

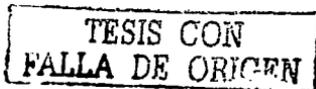


Respecto a la primer forma de culpabilidad, es decir, al dolo; al respecto Carrara, representante de la Escuela Clásica, refiere que éste es la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley. Jiménez de Asúa menciona, que el dolo es " la producción de un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación den causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica³⁰. Para fundamentar esta parte patente en la culpabilidad es necesario unir dos teorías, una de la voluntad y de la representación:

La teoría de la voluntad.- esta teoría es utilizada por los clásicos y en la que la intención es el medio necesario para que se de el acto delictivo dolosamente, Carrara en su definición, ya señalada, respecto al dolo destaca como elementos el *conocimiento* de la naturaleza delictuosa del hecho e *intención* de realizarlo, dependiendo entonces, el dolo del querer el resultado de la acción realizada, dejando con estas ideas fuera de estudio el dolo eventual, en el que el sujeto se presenta el resultado como de probable producción y aunque *no quiere producirlo*, llega hasta las ultimas consecuencias al seguir actuando.

La teoría de la Representación por su parte, rechaza la idea de la intención del autor para que se satisfaga este requisito, como lo es el dolo, ya que mencionan que no se podrá imputar un delito a un sujeto si éste no tuvo la intención de realizarlo y de allí que el dolo sea independiente del propósito, y de allí que se sustituya la voluntad

³⁰ Idem



por la representación, siendo ésta el conocimiento que el sujeto tiene tanto de la conducta como de su significación, agotándose de esta forma el dolo sin tener la necesidad del querer.

Para muchos de los autores estudiosos del derecho, la unión de estas dos teorías es lo aceptable, ya que no solo actúa con dolo el que ha representado el hecho y su significación sino además el que encamina su voluntad directa o indirectamente a la causación del resultado.

De lo anterior se puede decir que la voluntad, por sí misma no da vida al dolo, sino que se hace imprescindible el conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación, bastando para ello que se tenga un conocimiento *profano* y no técnico del hecho, ya que de ser así solo los abogados actuarían con dolo, respecto al conocimiento de su significación esto se refiere a que se conozca que esa conducta típica, es antijurídica.

Consecuentemente a lo anterior el dolo se forma de dos elementos: un *elemento intelectual* que contiene la representación del hecho y su significación, es decir el conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber y otro elemento *emocional o afectivo*; el cual se conforma con la voluntad de ejecutar la conducta o producir el resultado, es el querer o aceptar.

Es menester señalar que esto no excluye a los delitos de resultado formal, ya que estos llevan implícitos en la conducta la representación y la voluntad como

resultado específico.

Algunos autores hacen una clasificación del dolo a saber:

a) En cuanto a la modalidad de la dirección:

1.- Dolo directo.- Este se da cuando la voluntad es encaminada al resultado (delito material) o conducta (delito formal) previstos, de manera directa.

2.- Dolo eventual.- En este hay una representación del resultado, pero ésta se da como posible, sin que haya voluntariedad del mismo, ya que no se quiere dicho resultado o conducta, sino que se acepta en caso de que esta se produzca, y no hay renuncia a la ejecución de dicha conducta.

3.- Dolo de consecuencia necesaria.- En este la producción de sus consecuencias no se ve como posible sino que es irremediable, es decir, cuando queriendo un resultado se prevé como seguro otro resultado, derivado de la misma conducta.

Lo antes apuntado, se refiere a las formas más importantes del dolo, siendo algunas otras las siguientes:

b) En cuanto a la extensión el dolo puede ser:

1.- Determinado.- la intención o voluntad del sujeto se encamina directamente y con toda precisión a un resultado cierto y concreto.

2.- Indeterminado.- Magiore, respecto de este tipo de Dolo, refiere que "en este la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultado..."³¹, denominándosele por ello, también, dolo alternativo.

³¹ MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo I, Op. Cit.



c) En cuando a su nacimiento se clasifica en:

1.- Inicial o precedente.- es aquél que concurre con la realización de la acción o la omisión, es el que ya existe previo a la consumación del delito.

2.- Subsiguiente.- Cuello Calón manifiesta "El dolo subsiguiente es cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de una conducta no constitutiva de delito, le sobreviene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso"³²

d) Por su intensidad el dolo puede ser:

1.- Genérico.- Respecto a este tipo de dolo muchos autores niegan su existencia, ya que unos se refieren que éste es la voluntad de dañar, mientras que otros dicen que es el propósito de causar daño, es por lo que señalan que solo hay...

2.- Específico.- El cual se identifica con las causas de delito, es decir, la voluntad tiende a conseguir un fin especial requerido por la ley para distinguirse de otro delito.

e) Dependiendo de su duración:

1.- Dolo de ímpetu.- En este el sujeto comete el delito, motivado por un estado pasional o emocional, que disminuye la deliberación, modificando no la cualidad sino la cantidad de dolo; y es siempre indeterminado.

2.- Dolo de propósito o premeditado.- En este existen dos elementos que lo conforman la perseverancia del querer motivado y la frialdad del ánimo.

f) En cuanto a su contenido:

1.- Dolo de daño.- consiste en el querer causar daño, lesionando o destruyendo el bien jurídico

2.- Dolo de peligro.- Es en el que el autor quiere la amenaza del bien jurídico.

³² CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, 4^a ed., Editorial Editora Nacional, 1961 p.591

En nuestra legislación penal, para el Distrito Federal, el dolo se haya contemplado en los numerales 8 y 9, señalando:

"Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas, solamente pueden realizarse, dolosa o culposamente."

"Artículo 9o. Obra dolosamente, el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley..."

Comprendiéndose en los artículos anteriores tanto el dolo directo como el eventual, así igualmente el dolo de consecuencia necesaria.

Después de haber estudiado brevemente el dolo pasemos a otra de las formas de la culpabilidad como lo es la **culpa**, la cual surge ya que en muchas de las ocasiones, el sujeto actúa sin el querer que se produzca un resultado descrito en la ley, sin embargo éste se da por la inobservancia de los deberes impuestos por la ley, siendo reprochable a dicho sujeto, dicha falta de cuidado.

Cuello Calón dice: "existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso previsible y penado por la ley."³³

Carrara por su parte expuso que "la culpa es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".³⁴

³³ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op Cit. P. 448

³⁴ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 9ª ed. Editorial Porrúa, México, 2001, p 233

Para aplicarla a nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de Justicia de la Nación da su propio concepto, señalando que "La esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause un daño de cualquier especie"³⁵, "comete un delito imprudente quien en los casos previstos por la ley cause un resultado típicamente antijurídico sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable"³⁶.

Se han formulado varias teorías como la de la previsibilidad, de la imprudencia o negligencia, de la causalidad eficiente, del error evitable, de la culpa como defecto de la inteligencia, entre muchas otras, pero éstas no agotan los criterios y tendencias para encontrar la noción de culpa.

A nuestro criterio, una de las definiciones más acertada, que cumple de alguna manera como definición de la culpa es la de Pavón Vasconcelos, quién en su libro Manual de Derecho Penal Mexicano; señala "la culpa es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres"

De la anterior definición podemos decir que los elementos de la culpa son:

- a) Una conducta voluntaria, esta como ya se ha estudiado consiste en una acción u omisión por parte del agente.

³⁵ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Tomo LVIII, Sexta Época, Segunda Parte, p24-25

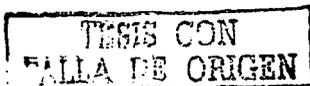
³⁶ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, vol.83, Segunda Parte, Séptima Época, p 30-31

- b) Un resultado típico y antijurídico, es decir, que ese actuar u omitir traiga como consecuencia, en nexo causal con acción u omisión, se adecue al hecho comprendido en el tipo penal y que es contrario a la norma.
- c) Nexo causal entre la conducta y el resultado, para poder atribuir al agente el delito.
- d) Naturaleza previsible y evitable del evento, que el sujeto haya podido tener como posible el resultado y lo hubiese podido evitar, de haber actuado de diversa forma a la en que lo hizo.
- e) Ausencia de Voluntad del Resultado, como ya se dijo en estos delitos no existe la intención delictiva, y
- f) La violación de los deberes de cuidado, ya que si bien la previsibilidad constituye la base de la culpa, pero esta carecería de importancia si no existiera un deber de cuidado impuesto a los sujetos, ya que éste deber tenía como finalidad evitar el daño.

Pero la doctrina también ha establecido clases de culpa, siendo estas la culpa consiente llamada también con representación o previsión y la culpa inconsciente denominada sin representación o previsión.

La culpa consiente o con representación o previsión, según Pavón Vasconcelos, es cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas a virtud de su acción u omisión pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.

En resumen la culpa consiente o con representación es cuando se prevé el evento como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.



Por otro lado, la culpa inconsciente o sin representación, es la ignorancia de las circunstancias del hecho a pesar de la posibilidad de prevención del resultado. Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. Esta puede descansar en la inconciencia de la voluntad y al respecto podemos citar al olvido.

Existe cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

De lo anterior podemos señalar que la culpa con representación amerita una mayor penalidad, que la culpa sin representación por obvias razones, distinguiéndose por algunos autores, para este caso, la culpa lata (el resultado hubiera podido evitarse por todos los hombres) leve, cuando solo los hombres diligencias pueden preverlo y levisima cuando el daño hubiere podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.

En esa tesitura, algunos ejemplos de lo antes descrito son la enfermera que omite dar el medicamento a su paciente o bien la madre que aplasta a su bebe, quien duerme a su lado.

Pero, al respecto, en nuestro código penal, en su artículo 60 párrafo cuarto, deja al arbitrio del Juez la calificación de gravedad de la culpa, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el numeral 52 y las siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó,
- II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible para las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan.
- III. Si el inculpado a delinquir anteriormente en circunstancias semejantes,
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidados necesarios,
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte, y en general por conductores de vehículos.

Aunado a lo antes descrito el mismo código sustantivo, fundamenta a la culpa en los numerales 8o y 9o, estableciendo:

Artículo 8o. " Las acciones u omisiones delictivas, solamente pueden realizarse, dolosa o culposamente".

Artículo 9o. "... Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o que previo confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales".

Es importante señalar por último, que no todos los delitos pueden ser culposos, sino solo los previamente señalados por la ley, específicamente en el artículo 60 de nuestro código penal actual.

Ahora se analizará el último de los elementos de la culpabilidad, para poder pasar a la punibilidad, éste ultimo elementos es la Ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, ya que de estar presente una de ellas en la realización de la conducta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

típicamente antijurídica, desaparecería la culpabilidad del sujeto, siendo por tanto el aspecto negativo de esta parte integrante del injusto penal.

Antes, al referirnos a la culpabilidad se estableció que ésta es un juicio de valor que lleva a cabo el Juzgador, respecto de la conducta u omisión típica y antijurídica, que va ligada a la coercibilidad de la norma penal impuesta al asunto en particular, para poder así determinar la reprochabilidad de su proceder, toda vez que debía y podía actuar conforme a derecho, en consecuencia la inculpabilidad operara cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad.

Otras de las formas excluyentes de la culpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta

El error y la ignorancia, son considerados como actitudes psíquicas del sujeto, aunque con características diversas, ya la ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, en tanto que el error supone la existencia de una idea falsa, respecto de algo; pero ambos conceptos, utilizados indistintamente por algunas legislaciones, pueden ser causas de inculpabilidad. Existen al respecto dos tipos de error utilizados, el de hecho y el de derecho.

El error de Derecho, tradicionalmente se ha estimado cuando un sujeto en realización de un hecho delictivo alega ignorancia o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues un principio casi universal, señala que "la ignorancia de las leyes a

nadie beneficia"; deseando señalar que dichas situaciones de error de derecho son excepcionalsimas y muy difíciles de probar.

El error de hecho por su parte se divide en esencial y accidental, en el primero para que tenga efectos de inculpabilidad, éste debe ser invencible, esto es, debe recaer en elementos constitutivos del delito de carácter esencial, impide al agente conocer, advertir, la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal, a manera de ejemplo este tipo de error se da cuando un sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, existiendo desconocimiento de su antijuridicidad; por su parte el error esencial vencible es cuando un sujeto pudo y debió prever el error, en suyo caso, no es causa de inculpabilidad, ya que excluye el dolo pero no la culpa, salvo que el tipo penal descrito impida esa forma de culpabilidad. Por otra parte el error inessential o accidental, no es causa de inculpabilidad, toda vez que recae en elementos no esenciales, accidentales del delito, como el error en el golpe o en la persona u objeto.

Pero debido a la dificultad de establecer una frontera entre el error de hecho y de derecho, éstas distinción italiana ha sido paulatinamente abandonada para hablar ahora de un error de tipo y error de prohibición, el primero, lo encontramos en nuestra legislación penal, en el numeral 15 fracción VIII, que expresa " El delito se excluye cuando, se realice la acción u omisión bajo un error invencible; a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran al tipo penal...", en cuyo caso tiene la virtud de eliminar el dolo, pero si el error no es invencible, el sujeto responderá por el ilícito cometido a título de culpa, si la figura jurídica la admite como forma de culpabilidad; así cuando el error recae, no sobre circunstancias que pertenecen al tipo legal, sino sobre

la licitud de la realización de tal conducta, se habla que hay error de prohibición, mismo que se encuentra regulado en nuestra legislación en la fracción VIII, inciso B) del multicitado artículo 15, que a la letra dice: "El delito se excluye cuando... VIII se realice la acción u omisión bajo un error invencible; b)Respecto de la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta...".

Una garantía, más para negar la culpabilidad del autor, es la no exigibilidad de otra conducta, esta forma de inculpabilidad, haya varios obstáculos entre los estudiosos del derecho, pero la doctrina y muchos doctrinarios la señalan como un tipo de inculpabilidad usado para casos excepcionales, en nuestra ley penal, esta forma de inculpabilidad se haya recogida en el artículo 15 mencionado, en su fracción IX, que señala "El delito se excluye cuando... IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente, una conducta diversa a la que realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Finalmente el legislador en el mismo artículo arriba señalado pero en su fracción X, señala que el delito se excluye cuando: X el resultado típico se excluye por caso fortuito, sin que proporcione concepto alguno del mismo, pero a manera breve señalaremos que a decir de Carrara el casus no solo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana.

Ahora para finalizar nuestro estudio sobre la Teoría el Delito pasaremos al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

último requisito, del delito, **la Punibilidad.**

1.7. PUNIBILIDAD.

Al inicio del estudio sobre la Teoría del Delito, señalamos que éste se definía como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. También señalamos que nuestro Código Penal, en su artículo 7o. señalaba al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, lo que implica la existencia de la punibilidad como parte o elemento del delito; aunque algunos autores como Sebastián Soler, señalan que el incluir a la punibilidad dentro de los elementos del delito es un error lógico, ya que dicha punibilidad es el objeto del delito, es una consecuencia de la reunión de los elementos del delito, concepto que adoptan los mexicanos Fernando Castellanos y Villalobos; en tanto que Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible, la punibilidad es por ende, carácter específico del delito, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena³⁷.

De lo anterior se puede precisar que la consecuencia del delito es la pena, más no la punibilidad, ya que no pueden existir conductas antijurídicas y culpables, que no sean punibles, ya que esta punibilidad es la *Obligatio juris*, es decir, es la expresión de un juicio de relación entre un hecho jurídico que reúne determinados caracteres y la pena es su consecuencia jurídica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³⁷ Jiménez de Asúa, Luis, LA LEY Y EL DELITO, 2ª ed., Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 458.

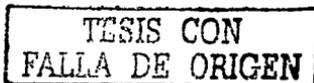
Ya habiendo señalado, de manera breve, los puntos de vista de algunos autores, se puede afirmar que la punibilidad es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Ahora bien, como en todos y cada uno de los elementos del delito estudiados, señalaremos, el aspecto negativo de la punibilidad, que excluye la existencia del delito, las excusas absolutorias, según Jiménez de Asúa, son las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública³⁶.

Ejemplos de lo anterior sería lo señalado en el artículo 334 del Código Penal, en el que no se impone sanción, en los casos allí señalados para el delito de aborto, pero un ejemplo genuino de estas excusas es la señalada en el artículo 375 del Código Punitivo, en el que se señala "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituído por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tomo conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de violencia.

De lo anterior podemos decir que en nuestra legislación penal existen casos de excusas absolutorias que han sido divididas en razón del arrepentimiento del agente (artículos 139 y 375); y en razón de factores de política criminal (artículo 334).

³⁶ Idem, p465-466.



CAPITULO DOS

2. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

SUMARIO

2.1. EXPOSICION DE MOTIVOS. 2.2. CONCEPTO. ARTICULO 343 BIS. 2.3. CODUCTA (CONDUCTA DE ACCION O DE OMISION) 2.4. TIPICIDAD. 2.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS. 2.4.1.1. SUJETO ACTIVO (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO). 2.4.1.2. SUJETO PASIVO (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO). 2.3.2. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). 2.3.3. ELEMENTOS NORMATIVOS 2.3.3.1. USO DE LA FUERZA FISICA O MORAL. 2.3.3.2. OMISION GRAVE. 2.3.3.3. MIEMBRO DE LA FAMILIA (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO). 2.3.3.4. INTEGRIDAD FISICA. 2.3.3.5. INTEGRIDAD PSQUICA. 2.3.3.6. LESIONES. 2.4. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA TIPICA. 2.5. CULPABILIDAD. 2.6. PUNIBILIDAD. 2.7. CRISIS DE LA ULTIMA RATIO.

2.1. EXPOSICION DE MOTIVOS.

Habiendo analizado ya, los elementos del delito, entremos al estudio del delito de VIOLENCIA FAMILIAR, motivo de este trabajo de tesis, comencemos por señalar que para la incorporación de una conducta delictiva al Código Penal, como ya se mencionó debe existir un bien jurídico que proteger, entendiendo a este bien jurídico como los intereses sociales, que por su importancia pueden merecer la protección del derecho, y debe haber situaciones (sociales primordialmente), específicas, urgentes, que lleven al legislador a la incorporación de dichas conductas a la ley punitiva, llevando a cabo el proceso de iniciación de una ley, el cual resumiremos brevemente para entrar en materia del delito de VIOLENCIA FAMILIAR, según lo dispone el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Presidente de la República, Los Diputados y los Senadores y las Legislaturas de los Estados, son los facultados para iniciar leyes o decretos, el primer paso es presentar el proyecto en la cámara, de origen, llamada así en virtud de haber sido la que propuso la reforma, o ley, pasando para su discusión a la otra cámara, quien revisará dicha propuesta, si ésta última la aprueba, se manda al Ejecutivo, quien si no tiene observaciones, la mandará publicar inmediatamente, pero en caso de que existan observaciones el poder Ejecutivo, dicha iniciativa de reforma o ley, será devuelta con las observaciones contenidas a la cámara de origen, en la que se volverá a discutir la propuesta y si es aprobada por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la cámara revisora, quien si la aprueba con la misma mayoría, será ley y solo regresará al Ejecutivo para su promulgación; pero en el supuesto de que la cámara revisora, deseche el proyecto ley, volverá a la de su origen con las observaciones anotadas. Si examinado de nuevo dicho proyecto fuera aprobado por la cámara que lo desechara pasara al Ejecutivo para los efectos de la promulgación, pero si la revisora lo volviese a desechar no podrá volver a proponerse dicha iniciativa en ese periodo de sesiones, todo lo anterior tal como lo establece nuestra carta magna en su artículo 72; una vez resumido lo anterior, hemos de señalar que para llevar a cabo el proceso legislativo, como se mencionó al principio debe existir un bien jurídico que proteger y como ya también se estableció, la Cámara de Origen, que hace la propuesta debe motivar la creación de esa ley, reforma, etcétera. En el delito a estudio, la Cámara de Diputados fue la que da origen a esa figura jurídica de Violencia Familiar, sometiendo a consideración la propuesta, exponiendo los motivos que se tuvieron para su creación en la ley penal, dicho exposición de motivos fue expuesta el día 6 de noviembre de 1997, ante el Congreso de la Unión, pidiendo se adicionara al Código Civil algunas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fracciones relativas a la Violencia Familiar y por lo que respecta al Código Penal para toda la república en materia Federal y para el Distrito federal en materia local, se adicionaran los artículos 343 bis, 343 ter y el artículo 343 quater, que incluirían la conducta de la Violencia Familiar como delito, lo anterior en atención a que según dicha exposición de motivos, la familia como Institución básica de la Sociedad y a la que se encomienda la estabilidad y seguridad de sus miembros como personas, debe estar libre de violencia, vivir de forma digna y convivir para alentar el pleno desenvolvimiento de las potencialidades de cada ser humano; señalando a la violencia familiar como un elemento deteriorante y destructivo para la familia, correspondiendo al Estado, incrementar el reconocimiento de la gravedad del asunto, toda vez que el propio Estado depende por su propia naturaleza de la familia, que es la que le da o no la posibilidad de progresar, señalando en dicha exposición de motivos los tratados internacionales que México ha firmado, comprometiéndose a ayudar a solucionar este problema y señalando además lo hecho en materia Nacional, en contra de la Violencia Familiar, como lo es la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, con la cual todas las personas que se sientan agredidas por cualquier familiar, acuden ante autoridades administrativas, para llegar a la conciliación o en su caso en la aplicación de sanciones y medidas que funcionan para evitar el deterioro de las relaciones familiares, los diputados, señalaron además, que se han realizado estudios, los cuales han sido elaborados por la Comisión de Derechos Humanos, denominado "Cotejo de las Normas Federales y de los Estados con la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer y la Convención de los Derechos del Niño", que nace con el objeto de alentar la modificación del marco legislativo federal y de las entidades federativas, para la eliminación de todo precepto que alente disposiciones que toleren la violencia.

En dicha exposición también se señala el apoyo recibido por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, y se señala que existen albergues temporales para mujeres, víctimas de Violencia Familiar, así como Unidades delegacionales de atención a la Violencia Familiar, (anotando dentro de dicha exposición estadísticas que en nada ayudan a la solución del problema y tampoco fundamentan el hecho de que se quiera adicionar este capítulo de violencia familiar a la ley penal), siendo ésta solo una de las instituciones encargadas de el apoyo a las personas que llegan a pedir ayuda contra este mal; se realizó una encuesta por la Asociación Mexicana de Violencia contra las Mujeres, en la que se pidió opinión a la población con respecto a la Violencia en la familia, arrojando los datos siguientes: Los niños 82% y la madre 26%, son los que con mayor frecuencia son maltratados física y emocionalmente, el 98% considera que dicho maltrato debe ser castigado por la ley el 21% de las personas tienen conocimiento de una persona maltratada, el 88% señala que la violencia en la familia se tipifique como delito.

En este apartado es importante darnos cuenta que si bien una encuesta realizada a cuantas personas, arroja el hecho de que la mayoría quieran que se castigue por la ley la violencia familiar, también es cierto que esa grueso de la sociedad, no es perito en la materia y se limita a sacar sus emociones o pensamientos, sin saber realmente de lo esto se trata.

También, se encuentra un poco lo que sería el concepto de Violencia Familiar, señalando que es toda agresión física, psicológica o sexual, que se produce reiteradamente por cualquiera de los miembros que conforman la familia en contra de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

otro miembro de la misma; señalando el abuso que se comete por los individuos que tienen "ciertos privilegios" dentro de la familia, en contra de mujeres y niños, quienes señala como principales víctimas; mencionan los diputados que dicha violencia "genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de ese ámbito. Se menciona que de no combatir el problema se formarían mexicanos con baja autoestima y con problemas psicológicos y emocionales que impedirán su desarrollo humano y laboral, lo que frena el crecimiento del país; pero aquí cabe hacer una pregunta ¿El que la Violencia Familiar se incluya en la legislación como un delito, de verdad hará que este problema se acabe?, o ¿no se estará agudizando el problema con ello?, ¿A caso no existía violencia familiar desde el inicio de la sociedad mexicana?. Pero estas son preguntas a las que daremos respuesta conforme vayamos avanzando en el estudio de este ilícito.

Sigamos con la exposición de motivos de dicha iniciativa, ésta, según lo mencionan, persigue tres objetivos fundamentales "disuadir y castigar las conductas que generen Violencia familiar, establecer medidas de protección a favor de las "víctimas" de este fenómeno y "concientizar" a la población de este problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas", convirtiéndose el derecho en el principal agente de cambio (?), ¿en que sentido?. En este señalamiento tan importante, encontramos que ni los propios legisladores a mi parecer, saben lo que están proponiendo, y más adelante lo demostraré, además cabe hacer los siguientes cuestionamientos, ¿Quiénes son las verdaderas víctimas en este problema?, ¿De verdad las únicas víctimas serán, solamente los que son abusados tanto física como psicológicamente?, se que son cuestionamientos muy atrevidos, para realizarlos en esta parte de la

investigación, pero están hechos en base a una exposición de motivos de una iniciativa de ley y más aún en una iniciativa de ley en materia penal, que conlleva un castigo como lo es la privación de la libertad y que a nuestro leal y saber entender es realizada por personas "capacitadas", que realizaron una investigación en todos, o al menos, los más importantes campos del conocimiento, respecto de esta materia, y es por lo que nos atrevemos a señalarlo desde ahora, pero como ya lo mencionábamos con antelación intentaremos ir dando respuesta a dichos cuestionamientos. Finalmente en la exposición de motivos nos señalan los legisladores que "seamos sensibles" (¿ellos lo son?), y nos coloquemos en la persona de víctima, ya que nuestros propios hijos, pudieran ser sujetos pasivos de este mal.

2.2. CONCEPTO.

Anotado lo anterior, es menester señalar que el delito de VIOLENCIA FAMILIAR, primeramente fue un acto jurídico, pensado par la protección de la familia y/o el entorno familiar, buscando que como la familia es la base de la sociedad, ésta ultima, se viera menos afectada al reducir los casos de la utilización de la violencia en la familia, aunado a esto y suponiendo sin conceder que esto así es; como se mencionó en su momento, se instauró en el Código Penal, dicho delito, cuando éste tenía jurisdicción para toda la República en competencia federal y para el Distrito federal en competencia local, pero en 1999, con el cambio de situación jurídica del Distrito Federal, el Código Penal que regía hasta entonces, se desligó de Códigos y Leyes Federales, siendo ahora la Asamblea de Representantes la que dicte las nuevas disposiciones que regirán únicamente en el Distrito Federal, anotado lo anterior y tomando en consideración dichos cambios de situación jurídica que operaron, nos enfocaremos al estudio del delito de Violencia Familiar, pero con respecto al ámbito

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

local es decir analizando el tipo penal para el Distrito Federal, quedando asentado que tuvimos que hacer referencia o mencionar a la materia federal, toda vez que el Congreso de la Unión que ahora se dedica únicamente a legislar en materia federal fueron los que dieron nacimiento a dicho delito, y refinando también que dicho delito aún se conserva en dicho Código Penal Federal, pero no omitiremos señalar algunos aspectos de la descripción federal, como forma de ejemplificar semejanzas y diferencias de este delito en los diferentes ámbitos de competencia, entremos, pues al análisis del delito que nos ocupa.

Primeramente hemos de señalar que el primer concepto que del delito de Violencia Familiar se dio, fue en el Código Penal Federal para toda la República y para el Distrito Federal en fuero local, que en su artículo 343 bis definió al delito de VIOLENCIA FAMILIAR, de la siguiente manera:

"Artículo 343 bis. Por violencia familiar, se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que de manera reiterada 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 puede sufrir o no lesiones."

Comete el delito de Violencia Familiar, el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado que habite en la misma casa de la víctima.

A quien cometa el delito de Violencia Familiar se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Así mismo se le someterá a tratamiento psicológico especializado.

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

Posteriormente y con los cambios ya anotados, el Código Penal para el Distrito Federal ubico al delito de Violencia Familiar en el mismo artículo pero con algunas reformas para quedar como sigue:

Artículo 343 bis. Por Violencia Familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia independientemente de que pueda producir o no lesiones.

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

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

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

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

2.3. CONDUCTA.

El primero y más importante de los elementos de un delito es como ya también lo estudiamos la conducta, ese comportamiento humano positivo o negativo que va encaminado a un propósito o fin, y que entraña la realización de una acción u omisión, la cual produce un resultado, que se encuentran unidos por un nexo causal, y que en el delito de violencia Familiar, se describe en el enunciado uso de la fuerza física o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

De este enunciado, se observan varios elementos interesantes de estudio, pero como parte del delito, estos requieren de una valoración que el juzgador debe realizar, por tratarse de elementos normativos del delito, por lo que en su oportunidad señalaremos su significado, por lo que pasemos ahora al estudio de la tipicidad.

2.4. TIPICIDAD.

La tipicidad, como ya señalábamos, es la adecuación de la conducta al tipo penal, es que el actuar o la omisión realizada por el sujeto activo se apegue estrictamente a lo establecido en la descripción del tipo, en el delito de Violencia familiar el sujeto activo debe de hacer uso de la fuerza física, psíquica o ambas, o incumplir gravemente con los deberes que le imponen las normas establecidas en el Derecho de Familiar, además de cumplir ciertas características como sujeto activo, es decir reunir ciertos requisitos objetivos para adecuar su conducta al delito, y de los cuales hablaremos a continuación.

2.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Amanera de recordar un poco lo que hablamos en el capítulo anterior, hemos de decir que, los elementos objetivos del delito son aquellos que se pueden apreciar por el simple conocimiento, y cuya función es especificar las características que ha de

tener el delito, respecto a los sujetos tanto activos como pasivos, los elementos subjetivos, normativos, etc., los que señalaremos enseguida

2.4.1.1. SUJETO ACTIVO.

Al respecto recordemos primeramente que solo el hombre es sujeto activo del delito.

Así en el delito de Violencia Familiar, se encuentra una característica que ha de tener y debe cumplimentarse por parte del sujeto activo del delito y es que éste sea miembro de la familia, pero debe estar dentro de los grados de parentesco que se mencionan, es decir comete el delito de Violencia Familiar, el **CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO.**

Pero dichos conceptos forman parte del delito de Violencia Familiar, como aspectos normativos del mismo, por lo que analizaremos cada uno de estos conceptos en la parte correspondiente.

2.4.1.2. SUJETO PASIVO

Por su parte y al respecto señalaremos que como bien se mencionó en el capítulo anterior existe el sujeto pasivo del delito, como el titular del bien jurídico

lesionado y el sujeto pasivo sobre quien recae directamente los actos materiales utilizados, en el presente caso, a mi parecer, el delito de Violencia Familiar tiene ambos aspectos ya que al ser el bien jurídico tutelado, la familia, su desarrollo normal, La integridad física y psíquicas de las personas que forman parte de ella, el Estado puede ser sujeto pasivo del delito, al estarse violentando esa parte importante de su estructura, como lo es la familia, pero también como sujeto pasivo tendríamos a ese miembro de la familia sobre quien recae directamente la conducta, es decir ese uso de la violencia física o moral y del que se hace mención en el artículo, también debe cumplir con ciertas características, ser miembro de la familia, pero solo siendo **CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO**, los que explicaremos con posterioridad.

2.4.2. ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos, como modalidad del injusto, requieren de una valoración cultural por parte del juzgador, para su explicación o definición, así, en el delito de violencia familiar, los encontramos, muy determinados, y abundantes, por lo que el Juez deberá recurrir a la utilización, incluso, de otras ramas del derecho y del conocimiento, en sí, como podría ser por ejemplo la sociología, psicología, etcétera; a continuación describiremos dichos elementos:

2.4.2.1. USO DE LA FUERZA FISICA O MORAL

Al respecto, debemos dividir, y dejar bien marcado, lo que se entiende, en esta terminología, es decir por "uso", de la "fuerza", "física" y "moral";

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En este sentido, el vocablo **usar** como algunos autores refieren, no es el apropiado para denotar la acción delictiva que se señala, ya que el uso "es la acción de usar, y usar es hacer servir una cosa, disfrutar una cosa, utilizarla"³⁹, lo que a simple vista no tiene relación con la significación del delito, sin embargo también dicho vocablo **se refiere a la ejecución de algo habitualmente**, tener por costumbre algo, y en este sentido, el **uso** puede tenerse como la práctica delictuosa, es decir el empleo continuado o habitual, que en el artículo en cita sería el empleo continuo u habitual de la violencia física o moral.

Ahora definamos a la fuerza, esta va íntimamente ligada con la violencia, ya que incluso al definir la segunda se hace mención de la primera es decir de la fuerza.

Pero, hagamos una diferenciación o más bien, conceptualicemos, a la violencia y a la fuerza para darnos cuenta de que los autores la utilizan como sinónimo:

Fuerza.- se define como la "acción de impeler a alguien a hacer algo, como la aptitud o capacidad para llevar a cabo algo"⁴⁰.

Capacidad de acción física, uso de la violencia para obligar, vigor, vitalidad.

Violencia.- Esta se da y puede causar tanto un daño físico (lesiones, muerte etc.), o moral (daños psicológicos), o ambos, y la cual es definida como la acción o efecto de violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. **Fuerza**

³⁹ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, **Delincuencia Intrafamiliar Y Delitos Contra Derechos De Autor**, Editorial Porrúa, México, 1998, p223.

⁴⁰ **Diccionario Enciclopédico Grialbe**, tomo II, Editorial Grijalbo S.A, España, 1986.

extrema o abuso de la fuerza. Fuerza ejercida sobre una persona, para obligarla a hacer algo que no quiere. El que obra con ímpetu y fuerza; se deja llevar fácilmente por la ira ⁴¹.

Jurídicamente, esta fuerza o violencia, utilizándola ya como sinónimo como parte del estudio de las Obligaciones, es un vicio del consentimiento que consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra, con el objeto de que éste le otorgue su consentimiento para la celebración de un acto jurídico, que por su voluntad no hubiese otorgado.

Desde otro ángulo la violencia se entiende como la conducta de una persona, que atenta u ataca a otra (s), en su integridad psíquica, física o ambas, tal y como se define en el delito de Violencia familiar, en éste el sujeto activo no pretende arrancar de alguien su consentimiento, ni una relación jurídica sino causar un daño a otro familiar; en este sentido queda claro que la fuerza física o moral, no es nada más que un sinónimo de violencia, que va a constituir un modo de resolución de conflictos interpersonales, doblegando la voluntad del otro, de anularlo en su calidad de "otro", este uso de fuerza, es sinónimo también de abuso del poder, en tanto es utilizado para la causación de un daño (tipo o grado de menoscabo par la integridad de otro), a otra persona.⁴²

En el delito en comento es claro que es requisito indispensable la habitualidad de esa fuerza o esa coacción, física o moral en contra de un miembro de la familia, por

⁴¹ Dicionarios de la Lengua española. **Diccionario Básico De La Lengua Española**. 19ª. Ed., Larousse.

⁴² Corsi, Jorge, **Violencia Familiar**, 1ª.ed., Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1994.

otro miembro de la misma; ya que el agente emplea esa fuerza cuando despliega energía muscular o intimidación para vencer la resistencia del otro; queda claro entonces, que la violencia implica el uso de la fuerza y la violencia en este caso es la fuerza extrema o abuso, que va encaminado a producir un daño, ya sea físico o moral.

En conclusión el uso de la fuerza física o moral es la forma reiterada o habitual en que un miembro de la familia emplea su capacidad física, a través de golpes, generalmente, o su capacidad espiritual, es decir, utiliza los valores, lo que conforme a su criterio debe ser, los insultos, una mirada, etc, para la resolución de sus conflictos interpersonales, en un intento de doblegar la voluntad del otro, de anularlo, precisamente, en su calidad de "otro", eliminando de esta forma los obstáculos que se oponen al ejercicio del poder de esta persona sobre los demás.

En el capítulo siguiente abundaremos un poco más al respecto, y daremos algunos aspectos psicológicos de las personas que ejercen violencia en el seno familiar, ahora pasemos al siguiente elemento normativo del delito.

Ahora bien la parte inicial del artículo 343 bis también hace el señalamiento de la comisión de una omisión grave, esta omisión, entendámosla como una conducta que debía hacerse y no se ejecuta y consecuentemente produce un daño a otra persona, ahora bien ya en el particular hablamos de la Violencia Familiar, es de entenderse que existen normas de Derecho de familia, que deben ejecutarse en la misma, siendo estas normas obligatorias tanto para los cónyuges como para los miembros de la familia, son deberes y obligaciones consignados en leyes que deben cumplirse no solo porque son de orden público, sino por que derivan de la naturaleza

humana y de familia (la fidelidad, la convivencia, la ayuda mutua, el diálogo, respeto, la educación y formación de los hijos, alimentos, constitución de la vivienda familiar. Esta es, para nosotros, la omisión de la que se habla en el artículo en estudio; la inejecución o incumplimiento de normas establecidas de derecho familiar, y siendo grave, quiere decir el legislador que esta es dolosa, es decir, que lleva toda la intención o tiene un propósito y como ya lo establecimos, este propósito es la causación del daño al otro, he aquí pues, la explicación de la conducta del delito de Violencia Familiar.

2.4.2.2. OMISION GRAVE.

Ahora bien, para definir a la Omisión Grave, y remontándonos nuevamente a la parte inicial del artículo 343 bis del Código Penal que refiere: "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave...", hemos de señalar que ésta se entiende como una conducta que debía hacerse y no se ejecuta, aquí nos ubicamos en la definición del delito en materia penal, que señala "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", la omisión es un no hacer que debía hacerse, ésta hace referencia a una conducta que no se ejecuta, teniendo la obligatoriedad de ejecutarla y que consecuentemente produce un daño (físico, psíquico o moral) a otra persona.

La inactividad humana en el presente caso "omisión", es efectuada bajo el control del autor, y además se encuentra ligada a una relación jurídica civil ya que la violencia de la que se trata es de la familiar, por tanto las normas que las regulan son las de Derecho de familia, que son de orden público, y que deben ejecutarse dentro de la misma familia, siendo estas normas obligatorias tanto para los cónyuges o

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

concubinos y miembros de la familia, son deberes y obligaciones consignados en leyes que deben cumplirse no solo porque son de orden público, sino por que derivan de la naturaleza humana y de familia (la fidelidad, la convivencia, la ayuda mutua, el diálogo, respeto, la educación y formación de los hijos, alimentos, constitución de la vivienda familiar, el deber de los parientes en línea directa de proporcionar alimentos a sus parientes necesitados, etc), el derecho de los integrantes de la familia a desarrollarse en un ambiente de respeto en su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar, todos estos son a nuestro parecer, obligaciones que los parientes dejan de realizar con la finalidad de someter, subordinar o doblegar al otro, dejan de realizarlos, es grave, ya que esta es dolosa, es decir, que lleva toda la intención, como ya se dijo, o tiene un propósito y como ya lo establecimos, este propósito es la causación del daño al otro.

2.4.2.3. MIEMBRO DE LA FAMILIA (CONYUGE, CONCUBINO O CONCUBINARIO, PARIENTE CONSANGUINEO EN LINEA RECTA ASCENDENTE O DESCENDENTE SIN LIMITACION DE GRADO, PARIENTE COLATERAL CONSANGUINEO AFIN HASTA EL CUARTO GRADO, ADOPTANTE O ADOPTADO).

El concepto que analizaremos es el de **cónyuge**, éste, nace con el matrimonio que según nuestra legislación civil (artículo 146), es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada..., con lo que queda plenamente identificado, que el cónyuge es él o la mujer unido en matrimonio civil con el otro.

El **concubino o concubinario**, es aquella persona que cohabita con una mujer o un hombre, sin estar unidos en matrimonio, según nuestra legislación civil (art.291 bis), existe concubinato siempre que sin impedimentos legales para contraer

matrimonio, la concubina y el concubinario han vivido en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años; este tipo de acto es meramente de hecho y no de derecho, ya que carece de formas determinadas, pero es importante señalar que los concubinos tienen deberes como los unidos en matrimonio, al procrear un hijo, fundando así una familia, la diferencia estriba en que los cónyuges, reconocen estas obligaciones y se comprometen a cumplirlas y los concubinos no se comprometen a ello, reservándose la posibilidad de sustraerse a las mismas, sin embargo, atendiendo a que el concubinato es una figura jurídica común en nuestra cultura, al igual que el matrimonio, el legislador ha tenido que incluir este tipo de relación hombre-mujer, y hacer que produzcan ciertos efectos inherentes a la familia, siendo uno de ellos el denunciar todo tipo de abuso familiar.

Por otra parte, sobre las líneas de parentesco a que hace mención nuestro artículo 343 bis, señalaremos que de conformidad con lo que establece nuestra legislación civil, se reconocen tres tipos de parentesco, por consanguinidad, afinidad y civil, el primero se da cuando los hombres y mujeres descienden de un tronco común, el parentesco por afinidad es el que se da por el matrimonio, concubinato, entre el hombre y la mujer y sus consanguíneos, y por último el parentesco civil, es aquel que surge de la adopción, (artículos 292, 293, 294 y 295 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cada generación forma un grado y una serie de grados constituye una línea de parentesco (artículo 296 del Código Civil), dicha línea puede ser recta o transversal, la línea recta es ascendente o descendente, en la primera se liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede, la descendente es la que liga al

progenitor con los que de él proceden, es decir, la primera es de un abuelo, con nieto, y la segunda línea es a un padre con su hijo; los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas excluyendo al progenitor; y puede contarse ya por la línea materna o paterna según sea; a este respecto el delito de Violencia Familiar, establece que el sujeto activo puede ser el "pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado"; entendiéndose también que puede ser en la línea paterna y materna, ahora bien, en la definición o en la explicación de las características que el tipo requiere para el sujeto activo también señala que puede serlo un pariente colateral, consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, para dar la explicación de esta parte de la definición primero determinaremos que es el parentesco colateral y aunque en nuestra legislación civil en lo relativo al parentesco, no determina que es un pariente colateral, y habiendo hechado mano de otra obras de estudio del derecho encontramos que dicho **parentesco colateral** es el que une a dos personas que descienden de un tronco común, formando parte de dos líneas diferentes, separadas a partir del autor común; ahora bien **éste parentesco colateral** puede ser consanguíneo es decir, el sujeto activo debe ser descendiente de un tronco común respecto del sujeto pasivo, o puede existir entre ambos un parentesco por afinidad, es decir derivado del matrimonio o concubinato, en este tipo de parentesco, un ejemplo sería el uso de la fuerza física o moral o ambas, que cometiese el cónyuge mujer, en contra de un sobrino del cónyuge varón, estos dos serían parientes por afinidad; y finalmente señala esta parte del párrafo segundo del artículo 343 bis del Código Penal, "hasta el cuarto grado", como ya mencionábamos en varias ocasiones los grados se cuentan por generaciones excluyendo al progenitor, y para entender más cual sería el cuarto grado, de que habla este artículo señalaremos que dos hermanos son parientes en segundo grado, los hijos de estos respecto a ellos,

es decir, un tío y su sobrino son parientes en tercer grado y dos primos lo son en cuarto grado; esto si tomamos en cuenta la línea recta de parentesco, ahora bien en el parentesco por afinidad y siguiendo el ejemplo anterior el computo sería: la mujer es pariente en segundo grado, respecto de los hermanos de su cónyuge varón, es tercer grado respecto de los primos de su esposo y cuarto grado respecto de sus sobrinos.

Finalmente el numeral en cita señala que puede ser sujeto activo del delito el **adoptante o adoptado**, equiparándose dicho procedimiento legal que liga a dos personas, en una forma de parentesco por consanguinidad según se estipula en el artículo 293 párrafo tercero del Código Civil.

2.4.2.4. INTEGRIDAD FISICA.

También en la descripción típica del delito de Violencia Familiar el legislador nos hace mención de que el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, debe ser **contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones**, en este apartado haremos referencia a lo que se entiende por integridad física, esta integridad física junto con la psíquica, constituyen el objeto material sobre el cual recae la conducta, es decir, sobre el cual se ejerce la violencia, y este es la salud corporal de las personas, refiriéndose al bienestar físico, la salud de su cuerpo, su persona material, subrayando que los daños anatómicos y fisiológicos que se pudieran producir a la víctima del delito; lesiones, enfermedades e incluso la muerte, lo que daría paso a otros delitos y a lo que señalaremos más adelante; .

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.4.2.5. INTEGRIDAD PSIQUICA.

Por su parte, la integridad psíquica, como parte de la salud de una persona, y como objeto del delito de Violencia Familiar, se entiende como la alteración a la parte interna del sujeto, no en el aspecto físico, sino a una alteración a sus sentimientos, a su parte mental, intelectual, en sus emociones, esta a nuestro parecer es la parte más vulnerable del ser humano, y en la que se afecta de forma irremediable en las más de las ocasiones; pero cabe hacernos la pregunta ¿de que forma se da el abuso emocional?, pues no brindando el cuidado que la persona requiera ya sea un menor, la mujer, el hombre, el anciano, etcétera, miembro de la familiar, privándolos del afecto que toda persona requiere, regularmente este tipo de abuso es a través de una hostilidad verbal crónica (insultos, burlas, desprecios, críticas, amenazas de abandono, el encierro, etcétera), ahora, como, a la hora de integrar una averiguación se da cuenta el Representante Social de que una persona ha sido abusada emocionalmente, porque como ya señalamos, puede no tener rastros de abuso físico, podríamos pensar que esto es difícil de percibir pero al respecto un especialista en la materia (psicólogo), debe realizar una valoración que de al Representante Social y en su caso al legislador, la certeza de que existe el abuso emocional, y que este por obvias razones se lleva a cabo de forma reiterada o acostumbrada; al respecto el autor Jorge Corsi, como estudioso del fenómeno de Violencia Familiar, en su libro con el mismo título nos señala ⁴³ :

"Las personas sometidas a situaciones crónicas de Violencia Familiar dentro del hogar, presentan una debilitación gradual de sus defensas físicas y psíquicas, lo cual se traduce en un incremento de los problemas de salud (enfermedades psicósomáticas, depresión, etcétera), registran una marcada disminución en el rendimiento laboral(ausentismo, dificultades en la concentración, etcétera); los

⁴³ Ibidem.

niños y adolescentes, que son víctimas o testigos de la violencia intrafamiliar, frecuentemente presentan trastornos de conducta escolar y dificultades en el aprendizaje; los niños que aprenden en su hogar modelos de relación violentos, tienden a reproducirlos en sus futuras relaciones perpetuando así el problema. Un alto porcentaje de menores con conductas delictivas proviene de hogares donde han sido víctimas o testigos de violencia...; Un alto porcentaje de los asesinatos y lesiones graves ocurridos entre miembros de la familia son el desenlace de situaciones de violencia doméstica".

De lo anterior podemos percibir que la Violencia Familiar entrafía mucho más que una simple descripción típica delictuosa, y de allí que resulte un tanto difícil su acreditamiento como ilícito penal, porque no cualquier persona podría detectarlo.

Pero lo notable aquí es que el menoscabo psíquico, como ya dijimos, es aún más grave que el físico, ya que existiendo el abuso psíquico, aún sin que exista el físico, provoca consecuencias graves desde el punto de vista emocional, que puede arrastrar el deterioro físico, provocado, incluso, por el propio abusado (suicidio).

2.4.2.6. LESIONES.

El artículo 288 de nuestro código punitivo señala

"Bajo el nombre de lesión se comprende no solo las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano si estos efectos son producidos por una causa externa"

Se hace hincapié a esta definición ya que la última parte del primer párrafo del artículo 343 bis, como ya anteriormente lo señalábamos, hace referencia que el objeto material del ilícito lo es la integridad física, psíquica o ambas y añade

"independientemente de que pueda producir o no lesiones": al respecto se atiende a que como también ya lo decíamos, dicho delito no establece precisamente, la existencia de un resultado material, sino que puede ser también formal, al afectar la esfera psíquica, que en lo externo no deja huella como en este caso las lesiones.

Pero al hablar de lesiones, podríamos pensar si no se estaría ante un concurso aparente de normas o una recalificación del delito de Violencia Familiar, de esto hablaremos en el capítulo que sigue por lo que dejaremos esta pregunta en el aire por el momento, para pasar a el elemento subjetivo del delito que se estudia

2.4.3. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO)

El dolo como ya estudiamos en el capítulo anterior es un elemento del delito que se refiere a la voluntad del agente del delito, para llevar a cabo la conducta delictiva, siendo imprescindible que el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación, por parte del activo; así que, el delito de violencia familiar al analizar su contenido descriptivo, nos lleva a que se trata de un delito doloso, en su calidad de dolo directo, ya que el agente del delito (miembro de la familia, en cualquiera de los grados que señala el propio Código Punitivo), conoce, sabe que de ocasionar lesiones o dar maltrato psicológico a su familia, los estará dañando y no obstante quiere hacerlo, es decir, quiere usar la fuerza física o moral para someter a algún miembro de la familia, pero esto es discutible a nuestro parecer, ya que podríamos decir que el dolo pudiese ser eventual, ya que como varias veces ya hemos señalado, a la persona que hace violencia, es porque ya le hicieron violencia, anteriormente, y esta siguiendo un patrón de conducta que aprendió y lleva desde que es pequeño, y entonces a nuestro parecer, el agente del delito prevé el resultado de dar un golpe o de insultar a un miembro de la familia, ya que sabe que dañará a su familia pero inconscientemente

no quiere dicho resultado, sino que ya es una forma de vida que aprendió y no conoce otra, dándose en este caso el fenómeno de la doble victimización.

Pero sin la intención de polemizar más en esto, por el momento, pasemos a señalar que en el delito de violencia familiar, podría darse la no existencia del dolo cuando se estuviese dentro del error de tipo, es decir que el agente del delito tuviese un falso conocimiento de los elementos que integran el tipo penal, esto es, que el sujeto activo, no supiera que el miembro de la familia al que por costumbre o usualmente golpea o insulta es miembro de su familia o estar en el error de que puede ejercer violencia en contra de sus menores hijos con el fin de corregirlos y educarlos, pero esto en la actualidad ya es casi imposible, ya que si bien anteriormente nuestro código civil daba la posibilidad de "corregir a los hijos", nuestro Código Penal se encarga de prohibir dicha conducta, y son bastantes los medios por los que se difunde la no violencia entre los miembros de la familia.

2.5. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA TIPICA.

Hablamos de antijuridicidad cuando la conducta realizada por el sujeto activo, contraviene a las normas del orden jurídico en general, y por lo que se refiere al artículo 343 bis del Código penal, que señala: " Por Violencia Familiar, se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que de manera reiterada, 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", se esta dando la descripción típica de una conducta que no se debe llevar a cabo y que en caso de hacerlo se estará en contra del ordenamiento jurídico, es decir se esta ante la antijuridicidad , pero eso no es todo, ya que como mencionábamos, para estar ante esta figura también debe de tenerse presente que dicha contravención

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

al orden jurídico (en este caso el penal), debe lesionar o poner el peligro un bien jurídico, objeto de la tutela jurídica (la familia su desarrollo normal, la integridad física y psíquica de las personas, la incolumidad de la salud), sin que concurra alguna de las causas de justificación ya estudiadas, la cuales de existir provocan la desaparición del interés o el surgimiento de un interés de más valor, transformando la conducta en lícita. En el delito a estudio no operaría una legítima defensa (artículo 15 fracción IV del Código Penal), ya que esta como la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho, de ninguna forma se contempla, toda vez que del uso (lo acostumbrado, reiterado) de la fuerza física o moral, o incurrir en la omisión grave, hace imposible que la persona que ejerce violencia, este repeliendo una agresión, dados también los patrones de conducta a que se somete al sujeto pasivo, en los casos de violencia familiar, (miedos, depresiones, etcétera), que no permitirían se ninguna manera que algún agredido hiciera de forma usual violencia en el activo, para que éste a su vez repeliera la agresión.

Por otra parte y para darse el estado de necesidad (artículo 15 fracción V del Código Penal), que es cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley, esto también es discutible ya que algunos autores como MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO ⁴⁴, señala que en el delito de Violencia Familiar: "Pudiera presentarse esta causa de licitud, siempre y cuando los bienes salvaguardados resulten de mayor entidad que los sacrificados".

⁴⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. y HERNÁNDEZ BARROS, Julio A. *La Violencia Intrafamiliar En La Legislación Mexicana*, 2ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 2000.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si el que realiza una omisión grave es forma reiterada sobre algún miembro de la familia en virtud de proteger sus propios bienes jurídicos a costa de sacrificar los del familiar"; con lo que no estamos de acuerdo, ya que como se mencionaba, la familia tiene deberes impuestos por su propia naturaleza como la lealtad, la cooperación, etcétera, y además el insultar, golpear, u omitir alguna obligación importante, etcétera, de forma usual, no justifica, el hecho de poder proteger un bien jurídico de mayor jerarquía ya que seguramente existirán otros medios para que los miembros de a familia pueden llegar a la solución de sus "problemas" y no caer en un ciclo de violencia para salvaguardar ese bien que a criterio de quien, seria de mayor jerarquía, que el violentado (la familia en su conjunto). Es por lo que para nosotros esta otra causa de licitud en este asunto no se contempla.

Finalmente el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, tampoco es viable en el delito de Violencia Familiar, por lo ya señalado y por obvias razones, en virtud de que como ya se ha mencionado, anteriormente el código civil contemplaba que los padres podrían ejercer violencia, por así decirlo, en sus hijos con el afán de educarlos y corregirlos, situación que quedo obsoleta al incluirse la figura de violencia familiar.

Pero en nuestro capitulo anterior estudiamos también otras formas contempladas por nuestro Código Punitivo, que hacen lícita una conducta típica y esa es también la renuncia del titular a la protección del derecho, pero dada la magnitud de los bienes jurídicos que protege la legislación en el delito de Violencia Familiar, siendo estos la integridad física, psíquica, de las personas y en sí a la familia que es considerada la base de la sociedad y que además el derecho a la vida, a crecer en un

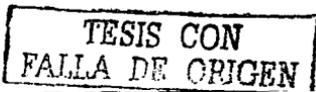
núcleo familiar sano, etcétera, no son renunciables, es por lo que no es posible que se de esta causa de licitud pero creemos que es importante señalarse y más aún que como se ha venido señalando los pasivos en este delito creen que quien ejerce violencia sobre ellos, tienen **derecho**, de hacerlo.

2.6. CULPABILIDAD.

Siendo este elemento del delito, un reproche que se hace al autor del mismo, al actuar en forma contraria al derecho, es decir, antijurídicamente; en el caso que examinamos, dicho reproche se le hace a quien, como determina nuestro Código Penal en su artículo 15 fracción VIII, a contrario sensu, se encuentre con la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y se dirija conforme a esa comprensión y no obstante de encontrarse en pleno uso y goce de sus facultades mentales, use la fuerza física o moral, o incurra en una omisión grave en contra de un miembro de la familia y lo dañe física y/o moralmente.

El sujeto activo del delito de violencia familiar debe, entonces, comprender que al inferir golpes de forma usual o insultar, humillar, etcétera, a un miembro de su familia, esta encuadrándose dentro de una conducta típica descrita por la ley y antijurídica (contraviene a lo señalado por dicha ley), (imputabilidad); que sea capaz de conducirse de acuerdo a esa comprensión, y así se le pueda exigir haber actuado de otra manera, a la en que lo hizo, es decir, no haber utilizado la violencia física o moral en contra de algún miembro de su familia, para así no violentar el orden jurídico.

Aquí es importante anotar que debe cerciorarse, en este caso la representación



social al iniciar la Averiguación Previa, que el sujeto activo del delito de violencia familiar, tenga la capacidad mental suficiente para entender la antijuridicidad de su conducta, ya que como hemos señalado en párrafos anteriores, en estos casos, los sujetos ahora activos, pudieron haber sido pasivos y entrañan, en su mayoría, trastornos psicológicos crónicos que llevan a que el problema se siga perpetuando.

Podremos señalar que existen casos en los que el sujeto activo actúa en uso pleno de sus facultades mentales, pero también existirán muchos asuntos en los que el sujeto activo tenga serios desequilibrios emocionales que lo lleven a ejercer violencia en su familia; lo cierto es que respecto de este delito se debe tener mucho cuidado, ya que si bien se tipificó la conducta para proteger a la familia, el iniciar una denuncia por este hecho nos llevaría a un desquebrajamiento de la misma, más aún que nuestro sistema penal no cuenta con las técnicas, programas o como quiera llamárseles, para que una persona que incurre en violencia tenga un tratamiento efectivo que lo ayude a salir del problema y por el contrario al estar en prisión lo que daría como resultado es que (en algunos asuntos), el activo reaccionara con más violencia.

Aquí lo importante sería que existieran verdaderas Instituciones que se ocuparan de estos asuntos, no como medio de represión o amenaza para el activo, cuando ejerce violencia intrafamiliar, sino que, cuando se querrellaran por este hecho actuara como una institución que previos los exámenes correspondientes iniciara tratamientos efectivos, en su caso, y controlara de raíz el problema, cuando lo haya y si no existiera dicho problema, canalizara al activo a la prisión preventiva, para así

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

iniciar el procedimiento penal correspondiente; evitando con ello que el problema pudiera darse de nuevo, y quizá con más saña.

Para los asuntos en los que el sujeto activo sea presumiblemente imputable, pueden darse excluyentes de esa imputabilidad mismas que ya analizamos en el capítulo anterior, y de las que dijimos se encuentran contenidas en nuestra legislación penal (artículo 15 fracción VIII, inciso B)), pero en este delito, solo se daría el error respecto de un extranjero ya por que en su país si se permitieran dichas "correcciones disciplinarias", ya porque a sabiendas que esta prohibido ejercer violencia sobre un menor, por ejemplo, cree que la ley le permite ejercer dicha violencia con el fin de "educar".

2.7. PUNIBILIDAD.

Ahora pasemos a la punibilidad, consecuencia del delito, y la que el estado instituye a fin de ser una amenaza para que los gobernados no incurran en conductas antijurídicas y culpables.

En el delito de Violencia Familiar, a quien haga 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, 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, según se señala en el párrafo tercero del artículo 343 bis; pero dentro de este párrafo también se señala: Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.

Aquí nos podemos percatar a simple vista que el legislador no tiene bien claro el objetivo que hace valer en la exposición de motivos y que es el bienestar de la familia, conservar su unidad para ayudar a la estabilidad de la sociedad, ya que utiliza primeramente la más drástica de las penas que es la privativa de libertad, no tomando en cuenta que esta altera y daña aún más esa esfera familiar, no queremos decir con ello que estamos de acuerdo en que haya conductas violentas dentro de la familia, pero como ya se señaló anteriormente se debe ver primeramente el origen de dicha violencia, y es por eso que a mi parecer es necesario que desde averiguación previa se analice el entorno que vivió y vive tanto la persona violenta como la violentada para determinar los pasos a seguir y que no sea hasta sentencia que se de una ayuda psicológica a las personas, como se señala en el mencionado artículo, aunado a que como veremos más adelante pocos asuntos llegan a dicha sentencia, en virtud de la problemática en el presente delito para su comprobación y a que por lo regular la parte ofendida siempre al inicio, cuando ven que su familiar esta en el Centro de Readaptación Social, otorga perdón, ya que como sabemos el delito de Violencia Familiar se persigue a petición de parte; volviéndose a dar, entonces, el ciclo de violencia, y quizá en una forma más cruel, siendo aún más difícil para las víctimas iniciar nuevamente una averiguación, de lo que podemos ver que existe una grave problemáticas al respecto, ya que además al juzgador, en la averiguación previa no se le allegan todos y cada uno de los elementos para comprobar sin lugar a dudas la probable responsabilidad del sujeto activo, teniendo en determinado momento que negar una Orden ya sea de Aprehensión ya de Comparecencia, menos aún los

elementos necesarios para poder imponer una pena apegada a los fines de justicia, prevención especial y general. Esto también debido al uso indiscriminado de la esta vía (la vía penal), para la "solución" de meros conflictos familiares, pero esto nos referiremos más adelante, por el momento, creemos que queda claro que la punibilidad de este ilícito esta en total discrepancia con el objetivo delimitado que como ya dijimos es la conservación del núcleo familiar.

2.8. CRISIS DE LA ULTIMA RATIO.

Como señale en mi introducción y al iniciar el primer capítulo, el Derecho Penal, es un medio de control social muy especial, que se encarga de salvaguardar bienes jurídicos primordiales para los seres humanos, y en ese orden de ideas, se da lo que se conoce como el principio de intervención mínima en el que se considera al Derecho Penal, como la ultima ratio, es decir el ultimo recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, y el carácter fragmentario del Derecho Punitivo que va íntimamente ligado al primero (ultima ratio); al respecto y con el fin de abundar en este aspecto tan importante del derecho penal, señalamos que es Bustos Ramírez, es quien plantea el problema y la justificación del principio de Intervención mínima del derecho penal, y señala: "El Derecho Penal ha de entenderse como la ultima ratio, esto es, solo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sea formales o informales. La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia Estatal que él significa, impone que solo se le considere en última instancia. Es el único recurso que ha de utilizar el Estado, solo en este caso esta justificado su empleo. Estrechamente vinculado a lo anterior esta el carácter fragmentario del derecho Penal, es decir, dada la gravedad del control penal, no es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

posible utilizarlo frente a toda situación, sino solo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo podría convertirse en un Estado policial y, además se correría el riesgo de paralizar toda la colectividad social, a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, esto sería la negación del estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos." ⁴⁵

Pero también otros autores manejan el tema refiriéndose a la expresión de la última ratio, como sinónimo de subsidiariedad del derecho penal, y si bien Bustos Ramírez, menciona que es un poco peligroso utilizar dicha expresión, porque da la idea de la existencia de un orden previo y principal, Muñoz Conde y Mir Puig, si utilizan tal expresión y explican por qué:

Muñoz Conde menciona: "... Dentro del ordenamiento jurídico al Derecho Penal le corresponde la tarea más ingrata y temible; la de aplicar las sanciones más graves, los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y en este sentido, si se puede decir que el Derecho Penal debe ser subsidiario al resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de "última ratio"; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado aplicando soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables." ⁴⁶

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan Manual De Derecho Penal Español, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona España, 1984, pag. 49.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA APAN, Mercedes Derecho Penal Parte General, 2ª ed., Editorial Tirant Billanch, Valencia España, 1996, pag. 73

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Coincide con lo anterior el maestro Santiago Mir Puig, al referir: "Para proteger los intereses sociales el estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal, antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos de del carácter de sanción penal, como son las civiles o administrativas y solo cuando ninguno de estos medios sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o medida de seguridad... Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho Penal, a lo estrictamente necesario, es el postulado del "carácter fragmentario del derecho penal". Significa que el Derecho Penal, no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque menos peligroso para ellos. Así no todos los ataques a la propiedad, constituyen delito, sino ciertas modalidades especialmente peligrosas, así como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento..."⁴⁷

Pero aunado a todo esto también es importante señalar que muy ligado al principio de intervención mínima del derecho penal, se encuentra el principio de protección a los bienes jurídicos, pues en el anterior (principio de intervención mínima), se puso de manifiesto que el derecho de imponer sanciones debe intervenir, en protección de bienes jurídicos (entendidos estos como intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho), pero en el Derecho penal, como última ratio y algo primordial y **que se debe tomar en consideración que tales bienes jurídicos no se encuentren protegidos ya por otra norma, menos rigurosa que la penal.**

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona España, 1990, pag. 99.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo anterior, se observa que en la actualidad estos principios que sirven como límite al poder punitivo del Estado, están siendo ignorados por las personas encargadas de crear las leyes en nuestro país, toda vez que creen que al incorporar conductas delictivas al Ordenamiento punitivo, están combatiendo de forma "eficaz" los problemas sociales, sin pensar que con ello se da una crisis más aguda, ya que por lo menos en cuanto al delito de Violencia Familiar, y como muchos otros, no es un problema que se deba atacar con medios tan drásticos de control, como lo son los penales, ya que estos no son congruentes con los fines que según el legislador pretende y que es el desarrollo normal de la familia, en virtud de que con la incorporación de este delito y más aún con la pena que a este se le asigna, se esta provocando que dicho bien jurídico (la familia), se desintegre de una forma brusca, y sin la esperanza de que se vuelva a integrar, ya que nunca se plantea la forma de readaptar, en su caso a estas personas que están ejerciendo violencia en contra de un integrante de su familia, aunado a que dicha figura jurídica se encuentra planteada también en nuestra legislación civil, específicamente en el artículo 323 Quater en el que se señala: " Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir a no lesiones. La educación o formación de un menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato. "; señalándose además las formas en que el juez intervendrá a fin de salvaguardar esa integridad física y psíquica de la que se hablamos, siendo entonces irrelevante y contrario a los principios estudiados que esta figura se encuentre en el derecho penal, en donde además no se tiene ni la más mínima idea de lo que ha de hacerse para ayudar a que este mal de la violencia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

familiar se acabe, provocándose a mi parecer que por el contrario se agudice, toda vez que como ya lo hemos mencionado en varias ocasiones los sujetos que ejercen violencia son tanto victimarios como en ocasiones, víctimas, que lo que hacen es solo seguir un patrón de conducta aprendido en el seno familiar, por lo que lejos de necesitar estar en una cárcel para solucionar su problema, lo que necesitan es ayuda psicológica inmediata y la cual a nuestro criterio debe proporcionarse por el Estado, previo al seguimiento de un procedimiento penal, situación que se encuentra establecida en el código civil en el artículo 283 párrafo segundo el cual señala: "La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar...", pero aquí cabría la pregunta de ¿quién proporciona tales medidas de seguridad?; al respecto abundaremos más adelante.

Por lo pronto creo que hasta este momento queda claro que gracias a intereses sobre todo políticos y no sociales, se esta haciendo un uso irracional de este medio tan delicado de control social, como lo es el derecho penal, gracias también a la ineptitud de las personas encargadas de legislar, las cuales en las más de las veces, no tienen nada que ver con el Derecho, haciendo uso o abusando, mejor dicho, de su cargo, el cual manejan de una forma irresponsable, apartándose de todo contexto social, y en consecuencia de la raíz de los conflictos familiares.

A colación de lo anteriormente señalado respecto de la irresponsabilidad y la falta de criterio con que se legisla en el Distrito Federal, que lleva a pique y pone en crisis los principios fundamentales de derecho penal; transcribo, en lo conducente el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

debate celebrado por la Cámara de Diputados el 2 de diciembre de 1997, en el que se produjo la siguiente discusión:

"- La C. diputada PATRICIA ESPINOZA: Con su venia señor Presidente; compañeras diputadas, compañeros diputados: Yo vengo aquí no solo como diputada sino como mujer, como persona consciente de las violaciones continuas que se sufren en el seno del hogar, como producto de una tradición autoritaria que permite al hombre someter a la mujer".

Por principio de cuentas, es importante señalar que el delito de Violencia familiar no va encaminado solo a la protección de la mujer como aquí se señala, ya que tanto niños, como ancianos, e incluso varones son víctimas de estos actos de violencia, lo que nos lleva a pensar que la diputada se está conduciendo como el arma de venganza en contra de los hombres ya que además sigue diciendo:

"... Nosotras panistas, mujeres y hombres, muchos estamos a favor de esta iniciativa. Nosotros a través del apoyo de esta iniciativa queremos que se haga un alto la violencia..."

En este apartado cabe el señalamiento de que dicho problema ya estaba siendo atendido por nuestra legislación civil, la cual tiene un procedimiento definido para ello y cabe la pregunta, ¿mandando a prisión a hombres y/o mujeres se acabaría con la violencia y se protegería de forma eficaz a la familia?, este cuestionamiento a nuestro parecer es de suma importancia, ya que primeramente y en la práctica diaria se observa que en un momento de valor la mujer o en su caso el menor ayudado por un adulto de su familia denuncian este delito, pero tratándose de mayores de edad (ya que tratándose de menores el delito se persigue de oficio), estos otorgan perdón en favor del sujeto que los agredió, sin que culmine el procedimiento, es más sin que siquiera se llegue a determinar la situación jurídica del inculpado, y en las más de las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

veces el Ministerio Público no aporta los elementos necesarios para la comprobación del cuerpo del delito, ya que no toma en cuenta los aspectos objetivos, y normativos necesarios para ello, siendo consignados dichos asuntos de manera incompleta, lo que origina que el juzgador tenga que negar la Orden de Aprehesión o Comparecencia solicitada por el Ministerio Público, sin que en ningún caso, se obligue a las personas involucradas a iniciar un tratamiento psicológico, volviendo éstas, al ciclo de violencia del que salieron, ya que como se señala en el artículo 343 bis párrafo cuarto, solo en sentencia el juez esta facultado para sujetar a tratamiento psicológico a la persona, mismo que no podrá exceder del termino impuesto en la pena de prisión, lo que tampoco se llevaría a cabo, en su caso, toda vez que no se cuenta con los centros de tratamiento idóneos para que las personas acudan, dejando a su arbitrio el que vayan o no; pero sigamos con la discusión que nos llevó a esta reflexión:

"... La mayor parte de los delincuentes que andan sueltos en la calle, es porque vienen de hogares con conductas violentas y han vivido en un ambiente de agresividad y de violencia en el hogar y lo que hacen es repetir ese patrón..."

Esto ya lo hablamos mencionado antes, pero el que un miembro de la familia se halle preso, solucionarí el problema de violencia intrafamiliar, el desquebrajar a un más el núcleo familiar no ocasionaría un mayor e irreparable trastorno en la familia, algunas estadísticas señalan que en un hogar con violencia al menos 3 miembros de ella se ven afectados, no sería idóneo difundir más los derechos de las personas y encaminar a los afectados a la solución de este problema con el divorcio en su caso, la separación de la persona, es decir en la materia civil, para que los menores y en si todos los miembros no se vean afectados al vivir la experiencia de que un miembro de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

su familia tenga antecedentes penales y que sean rebajados socialmente por ello.

Pero la diputada sigue diciendo:

"... Falta mucho por hacer, pero primero tenemos que hacer una ley que defienda a todos esos millones de mujeres que viven en el anonimato y que son víctimas de esa tradición autoritaria del sometimiento del hombre a la mujer..."

Se observa que sigue hablando como la vengadora de las mujeres maltratadas, y señala que no hay una ley que vea este problema ¿no la hay?.

"... Vamos a aprobarla y a partir de ello, si tenemos que cambiar o modificar algo después, así se tendrá que hacer..."

¿Que no, antes de expedir una ley deben hacerse los estudios necesarios para saber el impacto de la misma en la sociedad y establecer los parámetros que se han de seguir para que ésta se aplique de forma correcta y eficaz?, pero sigue:

"... El partido acción nacional siempre, uno de sus principios fundamentales es el respeto a la dignidad de la persona humana y es por eso que nosotros estamos apoyando esta iniciativa, porque el respeto a la dignidad de las personas tiene que iniciar dentro del seno del hogar y principalmente dentro de la recámara..."

¿Y que los sujetos activos del delito no son personas humanas, que también merecen el respeto de la sociedad y más aún la ayuda para poder salir de su problema emocional y así evitar que el seno de la familia sea violentado?.

"... Yo a nombre de muchos de mis compañeros y compañeras, estamos apoyando esta iniciativa y queremos dejar claro que vamos a favor de ella. Muchas Gracias..."

En el mismo debate y en contra de lo señalado anteriormente el diputado RUBEN MENDOZA AYALA, con quien nosotros concordamos señaló:

- El C. diputado RUBEN MENDOZA AYALA, Señor Presidente, estamos ante todo contra la violencia familiar, que quede muy claro, pero **también estamos a favor de legislar con responsabilidad.** La prioridad de lo que es la violencia familiar nos lleva a no verlo a la ligera, ni a pretender hacer cosas de las que el día de mañana podamos arrepentirnos en este cuerpo legislativo. Sin apresuramientos, consideramos es necesario consultar a las barras de abogados, a los colegios de sociólogos e inclusive a la misma Suprema Corte, que tiene muchas tesis en este sentido."

"En Gran Bretaña ya se discutió y no se aprobó. En estados Unidos de Norteamérica aún se discute en el Congreso."

"... Estamos contra la violencia, pero las exageraciones nos pueden hacer caer en el robersperianismo, todo penalizado, todos a la guillotina..., sobre todo aquí en México, donde nuestro derecho penal dice que todo el mundo es culpable hasta que se demuestre lo contrario, puede darse que se intensifiquen las injusticias..."

" Las cuestiones familiares con patrimonio de los mexicanos, todos, no nada más de las mujeres y por eso hay que actuar con responsabilidad..."

"Aún recuerdo lastimosamente, como abogado, cuantas ocasiones fueron a prisión cónyuges acusados de diversos delitos y cuando su misma cónyuge iba a sacarlos y a depositar una fianza que no tenían, contrario a la integración familiar."

"El matrimonio, hay que recordar, es netamente de carácter público y además de civil, no queramos hacer un derecho penal de todo, para corregir al pueblo."

"Una tradición autoritaria no es posible acabaría por decreto, la educación tiene que ver mucho y nosotros tenemos que pugnar por que sea así..."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Consideramos que esta situación debe tomarse como agravante, pero eso es materia de discusión... Por lo tanto señor presidente propongo una moción de suspensiva para la discusión de un dictamen...".

"-El PRESIDENTE: No ha lugar a la moción suspensiva. tiene la palabra la Diputada Carolina O'Farril, a favor".

Con esto nos podemos dar cuenta de la verdadera crisis a la que se enfrenta nuestro derecho en general, pero sobre todo el derecho penal, y con ello también podemos observar la ligeresa con la que los legisladores actúan, importando poco las leyes, la jurisprudencia, la doctrina y lo más grave importando poco esos derechos que todos como humanos tenemos dentro de la sociedad.

Nosotros no estamos a favor de la violencia familiar, si acaso pudiera pensarse, y estamos de acuerdo que es un problema muy grave que se va acrecentando; en lo que no estamos de acuerdo es en que se utilice al Derecho Penal, como forma de "solución", a sabiendas que de ninguna forma lo es, porque además con el solo hecho de que una persona este en prisión se le esta creando un rencor hacia las personas de afuera y si nos ponemos a pensar en lo que ya hemos señalado y en lo que dice el diputado, de que luego las propias cónyuges sacan a las personas de la cárcel gastando los pocos recursos que tienen, esto crea un mayor estrés familiar y en ocasiones una mayor y cruel violencia intrafamiliar, toda vez que ahora sí se da el rompimiento total de los lazos que unen a una familia (amor, respeto, comunicación), no queriendo decir con esto, que no estuviesen ya, resentidos; además de considerar que las personas que en la actualidad denuncian un hecho de estos, lo hacen motivadas por otros intereses utilizando a la ley como arma para conseguir sus propósitos personales, hacia la otra persona, ocasionando con ello una falaz impartición de justicia, ya que aparte de todo no aportan pruebas que acrediten dicha

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conducta delictiva, sino otras como las lesiones, etcétera, y mientras ya pusieron en movimiento al ya de por sí viciado órgano como lo es el Ministerio Público, que en vez de actuar apegado a la legalidad lo hace como un inquisidor, para algunos asuntos y para otros como una forma de escapar de la presión que ejercen los supuestos ofendidos descuidando los asuntos verdaderamente importantes

CAPITULO TRES

3. LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR, SU PROBLEMÁTICA.

SUMARIO

3.1. PROBLEMÁTICA PARA LA INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR. 3.2. RESPECTO A "EL USO DE LA FUERZA FISICA O MORAL" 3.3. RESPECTO A LA "OMISION GRAVE" 3.4. RESPECTO A LA "INTEGRIDAD FISICA, PSIQUICA O AMBAS" 3.5. RESPECTO DE QUE "PUEDA PRODUCIR O NO LESIONES" 3.6. CONCURSO APARENTE DE NORMAS O RECALIFICACION DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE LESIONES.

3.1 PROBLEMÁTICA PARA LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.

Ya analizamos los elementos objetivos, subjetivos y normativos para la integración del cuerpo del delito de Violencia Familiar, o elementos que contiene el tipo, pero esto a nivel estudio dogmático; toca ahora pasar de la dogmática a la práctica, que es donde se presentan los problemas a nivel Averiguación Previa, y posteriormente cuando la causa es consignada ante el Juez de Paz Penal que debe conocer la misma y determinar si se acreditan o no el cuerpo del delito, porque hablar como ya se dijo del "uso de la fuerza, física o moral, de la omisión grave, de la integridad física, psíquica o ambas, respecto de que pueda producir o no lesiones", es muy fácil hacerlo pero comprobarlo es lo problemático, ya que como se viene señalando señalado en el capítulo anterior, la poca atención que se pone a las iniciativas de ley, originan esta problemática para aplicarlas, ya que si bien y como mencionamos con antelación, el delito de Violencia Familiar, es interesante de estudiar dogmáticamente, ya que contiene todos los elementos del delito, también dicha complejidad implica ciertas trabas para el juzgador a la hora de tener que acreditar el cuerpo del delito, dando como resultado el que se tenga que negar ordenes de aprehensión y comparecencia, y señalamos lo anterior, ya que otro problema es el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ministerio Público, quienes tienen como encomienda consignar, sin importar si se acreditan los delitos o no, (claro es que no en todos los asuntos, pero sí en un porcentaje alto), dejando al órgano jurisdiccional, como ya dijimos, el problema de aplicar la ley, y el problema de tener que negar aprehensiones, comparecencias y hasta tener que dictar autos de libertad, al no estar bien integrada dicha averiguación, dejando a la vista de la sociedad que no se es capaz de administrar justicia, cuando, todo el problema viene desde la creación de la propia ley, como lo veremos a continuación.

3.2. RESPECTO A "EL USO DE LA FUERZA FÍSICA O MORAL"

El artículo 343 bis del Código Penal, señala: "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral..."; acreditar el uso de la fuerza física que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, normalmente no es problema, pues cuando dicha fuerza se aplica es sencillo notarla, ya que esta deja huellas en el cuerpo de la víctima, pero no siempre es así, ya que la fuerza física a que alude el tipo a estudio no forzosamente debe causar lesiones, entendidas estas como las descritas en el numeral 288 del Código Punitivo como las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, distocaciones, quemaduras y toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano; pues así lo refiere en su parte final el párrafo primero del artículo 343 bis al mencionar: "... independientemente de que pueda producir o no lesiones.", en esta hipótesis encontramos desde luego el problema que deriva del hecho de no ser necesario el que se cause lesiones para que supuestamente se configure el tipo con el uso de la fuerza física, pues por violencia física conforme al artículo 373 del Código Penal, se

entiende la fuerza material que se hace a una persona; ya en el capítulo anterior hablamos anotado que muchos autores utilizan como sinónimo a la fuerza y a la violencia o muchos, también definen a la violencia como la "fuerza y a la fuerza como violencia", asimismo encontramos que en diccionario la violencia es la "acción o efecto de 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 algo que no quiere. El que obra con ímpetu y fuerza; se deja llevar fácilmente por la ira. Capacidad de acción física..."⁴⁸

En virtud de lo anterior podemos preguntarnos como es que se va a acreditar que el sujeto pasivo fue víctima de violencia física en su cuerpo, si no se cuentan con huellas materiales que nos permitan determinar dicha violencia o el uso de la fuerza física, pues para la integración del tipo, como se ha reiterado no se requieren lesiones, luego entonces, un sujeto pasivo puede ser víctima no una vez, si no en muchas ocasiones de golpes leves o fuertes, pero no susceptibles de dejar huellas ni alterar la salud de éste, por lo que ante la ausencia de constancia alguna de ese uso de la fuerza física, resulta difícil su consignación y aunque se consignare ante el Juez, éste al realizar el análisis de las pruebas existentes, se vería en la obligación jurídica de negar la Orden de Aprehesión, únicamente por el no acreditamiento de la fuerza física, ahora bien en el supuesto de que existiesen dichas huellas materiales en el cuerpo de la víctima, nos vemos en el problema de el "uso", que también ya habíamos mencionado en el capítulo anterior, ya que se requiere que dicha conducta sea uso del sujeto pasivo, es decir, sea costumbre, constante, sea un uso para él llevarla a cabo, ya que si se va a consignar un expediente en el que, por ejemplo una pareja

⁴⁸ Diccionario Básico De La Lengua Española, Tomo II 19ª ed., Larousse.

haya peleado o discutido y en el que el hombre (por el ser el agresor más común), golpea a su cónyuge y produce alteración en su salud, no por ello se va a consignar como violencia familiar, ya que el tipo requiere de más elementos como lo es ese "uso", para que se integre el delito, de lo contrario estaríamos ante un simple delito de lesiones, nos parece importante señalar lo anterior, ya que se podría pensar que con el solo hecho de que un miembro de la familia altere la salud corporal de otro miembro de la misma, sea suficiente para señalar que esta siendo víctima del delito de violencia familiar, ya que en el caso concreto el tipo requiere además de la palabra "uso", para que se de significación a la conducta delictiva descrita en el numeral 343 bis; lo que en la mayoría de las ocasiones resulta ser difícil de acreditar, confundiendo hasta el propio Ministerio Público este hecho ya que existen consignaciones hechas ante el juzgador, que solo son por un delito simple de lesiones, pero por el hecho de ser el cónyuge el que las infringió, inician la averiguación como violencia familiar, sin que de ninguna forma se acredite el tipo, además de que en muchos de los asuntos, el propio sujeto activo, no tiene intención o interés de vulnerar su familia.

Por lo que hace al uso de la fuerza moral, ésta resulta más difícil de acreditar que la física, pues si entendemos por violencia moral cuando se amenaza o amaga a una persona con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarlo, de conformidad con el artículo 373 del Código Penal, y de las definiciones de violencia y moral encontradas en el diccionario ⁴⁹, podemos señalar que la violencia moral, es una presión ejercida sobre la voluntad de una persona a través de sus costumbres, su estado de ánimo, o su comportamiento subjetivo interno (amenazas, insultos, etcétera) para obligarla a consentir un acto, observaremos que la definición dada por el código

⁴⁹ Idem

penal no es la misma a que se refiere el artículo 343 bis, pues en este caso la violencia es aquella que va encaminada contra la integridad psíquica, esto es, que cause perturbaciones en la mente o de la personalidad de la víctima, lo que ocurre también con la definición del diccionario, ya que en esta también se está hablando de la parte subjetiva del sujeto, al señalar su comportamiento, su estado de ánimo, etcétera, lo que lleva a que la comprobación de dichos aspectos quedaría a cargo de un perito en la materia de psicología o psiquiatría, y aquí es menester señalar primeramente que la Procuraduría de Justicia del Distrito federal, no siempre cuenta con el personal capaz de llevar a cabo estos dictámenes de una manera profunda y profesional completamente, pero aunado a esto y en el supuesto de que el perito determine que el pasivo se encuentra alterado de sus facultades psíquicas, resulta aún más difícil por no decir imposible, encontrar al causante de dicha alteración, toda vez que el pensamiento y en sí en la mente, concurren múltiples factores, además de que, lo que para un sujeto puede ser violencia moral, para otro puede no causarle mella alguna, la conducta del supuesto sujeto activo, incluso puede darse el caso de que la conducta de acción u omisión del activo ni siquiera vaya encaminada a causar un daño psíquico y puede darse el caso de que el receptor o sujeto pasivo, sea una persona de carácter débil que lo resienta y probablemente si el receptor es de carácter fuerte o normal, incluso, no se tuvieran los mismos resultados; por lo que al igual que los demás elementos del tipo, resulta también muy difícil el acreditamiento del uso de la fuerza moral.

Además de todo esto y como lo venimos remarcando, la familia es un entorno propicio para que se den conflictos entre sus miembros de los cuales algunos se resuelven sin ayuda y otros la necesitan, pero como bien señala el autor Jorge Corsi

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁵⁰, "resulta imprescindible distinguir entre conflicto familiar y la violencia intrafamiliar", ya que las "peleas, discusiones, enojos, controversias, disgustos, disensos, etcétera, no conducen, necesariamente a comportamientos violentos para su dilucidación", lo que en nada nos demuestra que exista una violencia familiar, ya que además de un grito, insulto, golpe, etcétera, debe existir la intencionalidad constante, como ya también se mencionó líneas anteriores, del agente de causar un daño reiterado a su pariente y en la práctica hemos visto asuntos en los que en ningún caso se pone en peligro a la familia, simplemente constituyen un pleito o una incompatibilidad de caracteres y que por el enojo momentáneo, las personas involucradas, parientes, por supuesto, acuden a la agencia del ministerio público a denunciar que son objeto de violencia familiar, teniendo una muy vaga concepción de lo que esta significa y lo que conlleva, logrando con este actuar, el dañar más la familia involucrada; claro que no debemos pensar que en todos los casos es igual, pero si como ya se dijo, es complicado acreditar tales situaciones.

3.3. RESPECTO A LA "OMISION GRAVE"

Continuando con la problemática para la integración del cuerpo del delito de Violencia Familiar, el cual entre los medios para su comisión tipifica como elemento a la Omisión Grave que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma... Únicamente se nos ocurre pensar en un menor que no se puede valer por sí mismo, en un anciano o en un enfermo, que forzosamente requiere atenciones de sus familiares, si éstos no son proporcionados y puedan causarle lesiones o alteraciones en la salud (física y psíquica), pero en este caso nos

⁵⁰ CORSI, Jorge, **Violencia Familiar**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1994. (1a ed.)

encontramos ante un probable concurso aparente de normas, pues en el artículo 335 al 339, de nuestro código penal se encuentra tipificado y explicado el delito de ABANDONO DE PERSONAS, y conforme a las reglas contenidas para dicho concurso de normas, en este caso en particular resulta de difícil solución, pues únicamente se refiere al principio de especialidad en el que la norma especial prevalece sobre la general, y en el particular ambos tipos se encuentran previstos en la misma ley por lo que se tendría que atender a diverso principio como lo es el de la consunción o absorción en el que el tipo que contiene los elementos del otro más uno, absorbe al primero.

Pero antes de abundar más al respecto, debemos señalar que es lo que se entiende por omisión y también por grave; para lo cual es pertinente señalar, que en los delitos de omisión o de comisión por omisión, no todas las conductas omisivas son típicas sino solo las que causen un resultado y por lo que respecta a la palabra grave la ley no nos indica en que consiste dicha omisión grave, lo que desde el punto de vista constitucional, y en especial a la teoría del tipo, no se podría determinar la conducta "omisión grave", y al no estar determinada en la ley el Juez esta impedido para determinarla, no obstante que en el capítulo anterior señalamos su probable significación, apoyados en la doctrina, ya que la función de determinar lo que se entendería por omisión grave es función del legislador quien crea los tipos penales, a sabiendas de que en derecho penal, la única fuente del derecho es la ley, no operando la analogía o mayoría de razón. Pero es importante no confundirnos en este aspecto, ya que de lo que estamos hablando, no es de la omisión como creadora de un resultado típico, sino, nos referimos a la omisión grave como conducta, de lo que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

significaría las omisión grave, en sí como conducta y no como la forma en que se dan los delitos.

En ese orden de ideas, no tendríamos el problema que veníamos planteando en un inicio respecto del concurso aparente de normas, ya que no existe forma alguna de poder determinar en que debe consistir la omisión grave, al ser una concepción que va unida y que, como ya se dijo, el legislador debió señalar su significación, como tal en la ley o en el propio artículo 343 bis a estudio, por lo que tampoco se puede acreditar dicho elemento del delito de violencia familiar.

3.4. RESPECTO A LA "INTEGRIDAD FISICA, PSÍQUICA O AMBAS.

Estos aspectos, como ya lo hablamos señalado en el capítulo anterior, constituyen el objeto material sobre el que recae la conducta descrita en el artículo 343 bis, que señala: "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, en contra de su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones", y también como ya lo hablamos mencionado, la integridad física se refiere al cuerpo material de la persona a su físico a su salud corporal, mientras que la integridad psíquica es la estabilidad emocional, mental, intelectual de la persona, su personalidad, pero como también lo señalábamos en el apartado, anterior en el que nos referimos a, el uso de la fuerza física o moral, al señalar el tipo "independientemente de que pueda producir o no lesiones", nos lleva a la problemática de que si no hay lesiones o huella material no se puede comprobar que se ha vulnerado la integridad física del sujeto pasivo, y en caso de existir dicha huella material, se debe comprobar que ésta, la ejecuta el activo como

un uso de forma regular, para someter al pasivo, y por lo que respecta a la integridad psíquica, como también se mencionó, esta queda a cargo de un peritaje que debe realizarse en averiguación previa que no arrojaría nada en absoluto, respecto de quien es el responsable por dicha alteración en de la salud mental del pasivo, además de que aquí entraríamos en una problemática más profunda, ya que como se señaló en el capítulo anterior, en el supuesto caso de que se pudiese determinar que dicha persona es causante de la alteración en la salud mental o física de otra (siendo esto casi imposible), también se tendría que analizar la psique de ese activo, llevándonos al planteamiento de que dicha persona es victimario porque en su momento fue víctima y esta actuando, en respuesta a la alteración que en su salud mental, producida por "otro(s) sujeto(s) activo(s), esto lo debemos de tener en cuenta ya que el Derecho penal debe apoyarse en estudios realizados, ya que no debemos olvidar que no estamos negando la existencia de una violencia familiar que se ha dado desde tiempos remotos, sino más bien, en lo que no estamos de acuerdo es en la forma inadecuada en la que los legisladores la quieren tratar para aparentar estar trabajando y como medio de control social, electoral, político, etcétera; de la sociedad hacia ellos; pero volviendo a la idea de la integridad física o psíquica o ambas a que alude nuestro multicitado artículo 343 bis, es evidente que estas tienen un alto grado de problemática para acreditarse, lo que nos lleva a pensar que tanta problemática para acreditar un ilícito, va haciendo inútil, la existencia de ese delito en el ordenamiento penal.

Además de ello un punto que no hemos tocado, respecto de esta problemática es, el que el sujeto activo obre con dolo, ya como lo habíamos estudiado el tipo es doloso y en varios asuntos analizados por los juzgadores se ha visto que dicho dolo no existe, es decir, el sujeto activo no quiere la destrucción del bien jurídico tutelado por la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

norma que en el caso concreto lo es la propia familia, su desarrollo normal, sino actúa en virtud de un conflicto que se da en la familia, tal es el caso de una madre que en un momento de coraje por insubordinación de su hijo, reacciona dándole golpes, que quizá dejen o no, como ya lo vimos huella material, para tratar de hacer reaccionar a su hijo que desobedece, pero en ningún momento dicha mujer quiso deshacer su familia; o el caso de un matrimonio en el que no existe respeto por parte de los cónyuges, y al tener una discusión se golpean, saliendo dañada por lo general la mujer o en un determinado momento también el hombre, por lo que acuden ante el Ministerio Público a tratar de denunciar el delito de violencia familiar, se colmaran los elementos de éste, a nuestro parecer no, ya que si bien existen huellas materiales, el o los activos nunca tuvieron la intención de vulnerar su familia y hasta en determinado momento no quiso dañar a su pareja o su hijo en el caso de la madre que trata de corregir a su hijo, aquí podríamos señalar que se dejaron llevar por impulsos, pero realmente no es así, ya que como en algún momento lo dijimos, cada persona frente a un mismo estímulo, reacciona de diversa manera y aún cada ser humano, frente a un mismo hecho, pero en circunstancias distintas reaccionaria de manera opuesta a la que lo hizo anteriormente; lo que realmente sucede es que cada persona, como lo dice el autor JORGE CORSI⁵¹, no reacciona frente a los estímulos, sino frente a la interpretación que hace de ellos y al observador (Ministerios Públicos, jueces, etcétera), no debe resultar suficiente conocer la situación donde tal conducta se produjo, si no más bien la significación que el activo (en caso de acreditarse de quien se trata en la violencia moral, ya que en la violencia física pues obviamente es quien produce las lesiones), le adjudica a esta situación, además es importante volver a decir que una conducta violenta es sinónimo de abuso de poder en tanto y cuanto el poder

⁵¹ op.cit. p. 21

es utilizado con la intención de dañar a la otra persona, empero, y como lo señala el autor arriba citado, "a diferencia de una conducta agresiva (en la que el sujeto percibe los datos y la realidad como provocadora y amenazante, y frente a las circunstancias reacciona con una conducta de ataque y defensa), la conducta violenta no conlleva la intención de causar un daño a la otra persona, aunque habitualmente lo ocasione, el objetivo es someter al otro, y que ese otro le obedezca y aunque el daño se produzca este no constituye la motivación esencial de la conducta violenta"; sigue señalando, "quienes trabajamos en el campo de la violencia familiar hemos escuchado infinidad de veces las frases "yo no quería hacerle daño, solo quería que me entendiera" y "que me entienda es sinónimo de que me obedezca". Pero aquí podríamos decir que no es necesario llegar a los golpes o insultos para que nos obedezcan o que no hay motivo por el cual se den estas conductas violentas, pero nos hemos puesto a pensar que vivimos en una sociedad y que en ella se han dado reglas que debemos ir rompiendo poco a poco y con el tiempo y no inventando delitos, cuales son esas reglas sociales pues que debemos respetar a nuestro mayores, entiendo el respeto no como algo reciproco sino a partir de quien tiene el poder; ejemplo muy sonado es lo que nuestros padres o abuelos, platican: que en sus tiempos cualquier persona mayor tenía derecho de reprenderlos y hasta de pegarles si los veían realizando una conducta contraria a las "buenas costumbres", o aquella regla de que la mujer debe seguir al marido, y ser sumisa, siendo consecuencia de esa sumisión los golpes, los insultos, etcétera, y así tantas y tantas reglas que han sido impuestas y que ahora constituyen costumbres difíciles de cambiar y que aún hay muchas personas, no solo en México sino en el mundo, que las siguen al pie de la letra, y que para ellos el hecho de que se convierta en delito no modifica en nada su forma de vida, y mucho menos altera su integridad física o psíquica, aparentemente, digo esto porque obvio es que al ser costumbres,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estas se van perpetrando en todos los integrantes de la familia, pero también como sociedad nos toca hacer algo, pero algo verdaderamente útil, e ir cambiando los conceptos que se tiene de la familia patriarcal, o de que tenemos derecho de pegarles a nuestros hijos hasta que obedezcan, etcétera, pero poco a poco, quizá con propaganda, con lugares de ayuda a mujeres abiertos al público, etcétera, y no alterando el entorno familiar con la aberrante experiencia de que uno de sus miembros haya estado en prisión, o involucrado en un delito, con lo que sí se altera dicha estabilidad familiar (cualquiera que esta sea o como cada familia la entienda o la viva), y deja huellas imborrables para quien la vive (esposo(a), padre, madre, abuelo, etcétera).

Pasemos ahora al siguiente rubro a estudio.

3.5. RESPECTO DE QUE PUEDA PRODUCIR O NO LESIONES.

Hemos abundado en diversos aspectos que implican problema para la integración del delito de Violencia Familiar, a nuestro parecer y como ya en muchas ocasiones se mencionó, la familia es un ente exageradamente delicado y no se puede decidir sobre su destino en un congreso, por un grupo de mujeres que se creen vengadoras de las otras, y que ni siquiera estudian y observan cuantas imposibilidades, primero sociales y después jurídicas existen para la creación de un tipo penal, pero sigamos nuestro estudio, no sin antes señalar que estamos tratando de realizar este trabajo lo más jurídicamente posible, tal como debieron haberlo hecho los legisladores, pero existen tantos y tantos aspectos que observar que nos tenemos que apoyar en otras ramas del conocimiento para llegar a plantear la problemática de la aplicación del delito de

violencia familiar en la práctica; ahora bien, el artículo 343 bis, nos dice que el uso de la violencia física o moral, así como la omisión grave, debe ser realizada por un miembro de la familia a otro integrante de la misma, en su integridad física, psíquica o ambas, y puede producir o no lesiones; en este contexto, primeramente señalaremos que las lesiones se encuentran tipificadas como tales en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 288, las define como "no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.", y es aquí donde se da la problemática para la comprobación en el delito a estudio, ya que, si estas se producen causando alteración en la salud corporal del sujeto pasivo, deben reunir además el requisito de que exista el uso de la fuerza física por parte del activo, quien dolosamente y de manera regular, quiere dañar al pasivo, violentando el núcleo familiar, dándose así una relación de abuso, y en consecuencia, una situación de violencia familiar, ya que en dicho concepto (violencia familiar) no se incluyen las situaciones de maltrato aislados, toda vez que como mencionamos, la familia es un entorno propicio para el surgimiento de conflictos que llevan a sus integrantes a causarse algún tipo de daño, sin que esto sea cotidiano, y sin que sea considerado como violencia familiar, y en todo caso se estaría ante un delito simple de lesiones; pero ello lo analizaremos con más detenimiento más adelante; ahora bien al señalar el tipo penal "que pueda producir o no lesiones", estamos ante el problema de no poder comprobar la existencia de las mismas, ya que como también lo habíamos manejado, puede haber una situación de abuso, por parte de un padre madre, esposo, etcétera, que golpea de tal manera que no deja huellas materiales o visibles, en el cuerpo de la víctima, lo que imposibilita al Ministerio Público a consignar dicha averiguación al no contar con huellas materiales o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lesiones que sean susceptibles de apreciarse y avalarse por un médico, para posteriormente consignarse.

El hecho de que no produzca lesiones, solo nos lleva a suponer que entonces, se estará causando un daño en la integridad psíquica de la persona, lo que nos remitirá entonces a tener que comprobar con un dictamen psicológico o psiquiátrico la existencia del abuso psíquico en el pasivo, la problemática planteada en este sentido es poder determinar si dicho abuso fue originado por el activo, de que manera, etcétera; hecho que ofrece el mismo grado de dificultad del que hemos venido mencionando.

Ahora bien, señalábamos con antelación que en el delito de violencia familiar se toca un punto importante y son las lesiones, cuyo concepto, como ya también se señalaba, se encuentra tipificado como delito en el artículo 288 del Código Punitivo, lo que nos lleva a pensar que pudiese existir un concurso aparente de normas o una recalificación de dicho delito, pero al respecto abundaremos enseguida.

3.5.1. CONCURSO APARENTE DE NORMAS O RECALIFICACION DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE LESIONES.

Se ha ido comprobando lo completo y complejo, de este delito, de Violencia Familiar, y ahora hablaremos de la problemática que existe para el legislador al intentar aplicar esta norma penal; para abundar en el tema, primeramente diremos, que el delito de Violencia Familiar, se encuentra regulado, por dos dispositivos legales vigentes en el Distrito Federal, como lo son el Código Penal y la Legislación Civil, específicamente en los artículos 343 bis y 323 Quater, respectivamente, en segundo lugar el delito de Violencia Familiar, en su descripción, encuadra también una conducta típica delictiva como son las Lesiones, luego entonces, en el primero de los supuestos

en que se basa el juzgador para la aplicación de una u otra norma, o en que se basan los particulares, para recurrir ante una u otra autoridad, o a quién, debieran recurrir dichos particulares, antes de continuar, señalaremos lo que la doctrina determina como un concurso aparente de normas o a que se le llama concurso aparente de normas; para Bustos Ramírez, el concurso aparente de normas, se da cuando un hecho determinado lógicamente o formalmente aparece contenido en varios tipos legales, pero su contenido de injusto es determinado completamente por uno solo de ellos⁵²; ahora bien el autor Günter Stranterwerth, en su libro Derecho Penal parte General I, nos menciona que el concurso "aparente", es un verdadero concurso, en el sentido que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hechos típicos penales. El contenido delictivo del hecho, sin embargo, resulta ya completamente absorbido con la aplicación de uno o de algunos de ellos, de manera que los restantes se deben dejar de lado, para lo cual se deberá aclarar en que relación se encuentran dichas conductas entre sí y si la aplicación de una puede excluir a la otra u otras.⁵³

Con las anteriores, podemos, encuadrar las más de las definiciones señaladas por otros estudiosos del derecho penal, quienes además coinciden en que el llamarlo concurso, es en sí, incorrecto ya que se trata de solo de la concurrencia de una norma con otra existiendo, en ambas la pretensión o mejor dicho la posibilidad de regular el caso concreto, pero es pertinente en este apartado aclarar un aspecto que contempla nuestro código penal, y que se refiere a la existencia del concurso de normas ideal y real, lo que podría llevarnos a una confusión; ya que dichos concursos, nada tienen

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual De Derecho Penal Español. Parte General Editorial Ariel, Barcelona España, 1984, pág. 92.

⁵³ STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal Parte General I, El Hecho Penal, 2ª. ed., Editorial Edersa, Madrid España, 1982, tr. Gladys Romero, pág. 343.

que ver con el concurso de normas incompatibles entre sí, de la que venimos hablando, toda vez que el concurso ideal, supone la existencia de normas compatibles entre sí, como lo señala el artículo 18 del código punitivo, que con una sola conducta se cometen varios delitos, y existe concurso real, cuando con varias conductas se cometen varios delitos, entendiéndose con ello que dichos conceptos nada tienen que ver con el concurso aparente de normas. Una vez hecha la aclaración y como entendemos, el concurso, o concurrencia de normas, es un problema de aplicación de la ley, para el juzgador, ya que éste, debe saber que ley aplicar al caso concreto, cuando este concurso o concurrencia aparezca, por lo que los estudiosos han creado principios que pueden apoyar al juzgador al momento en que tenga que aplicar la norma, Felipe Grisigni señala la solución a este problema mediante la aplicación de los principios de especialidad de consunción y subsidiaridad, Jiménez de Asúa agrega además de los anteriores el de alternatividad, Soler, precisa a la exclusividad, subsidiaridad y especialidad, mientras Mezger proclama la especialidad y consunción⁵⁴. Por su parte Bustos Ramírez, señala que todos estos medios de solución se pueden resumir en dos que son los principios de especialidad y consunción, pero ahora explicaremos brevemente en que consiste cada una de ellas para después poder analizar al delito de violencia familiar y las lesiones dentro de esta problemática.

La **especialidad**, este principio nos señala que al concurrir leyes aplicables al caso concreto, se tomará en cuenta por el juzgador, si existe una ley general, que este concurriendo con una ley especial, ésta última se aplicará, excluyendo a la general, entendiéndose como una ley especial a aquella que va a absorber, todos y cada uno de

⁵⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual De Derecho Penal Mexicano Parte General, Op. Cit, p. 177

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los elementos contenidos en la ley general, aunado a otros elementos más que van a determinar la preferencia de aplicación⁵⁵, al respecto nuestro código punitivo hace referencia a este principio al consagrar en el párrafo segundo del artículo 6º: "Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."

Otro principio es el de **consunción o absorción**, se aplica en los casos en que exista una concurrencia de leyes y la situación regulada en una norma queda comprendida en otra de alcance mayor, pero a decir de Bustos Ramirez, los actos posteriores propios al acto delictivo quedan consumidos; los que signifiquen un agotamiento, pero no una nueva actividad delictiva⁵⁶. Porte Petit, nos dice que existe el principio de absorción o consunción cuando la materia o el caso regulado por una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud⁵⁷, el autor Günter Stratenwerth⁵⁸, menciona que la consunción va estrechamente ligada al principio de especialidad y se da cuando la realización de un supuesto (más grave), por lo general incluye la de otro (menos grave) y en estos casos se supone que el legislador ya ha considerado este conjunto característico. Para establecer el marco penal más grave.

El principio de **subsidiaridad**, primeramente, es solo aplicable junto a la especialidad o a la consunción, ya que este es aplicable en forma complementaria o subsidiaria, cuando el hecho no este amenazado con otras prescripciones que establezcan penas más graves, otro criterio más ejemplificativo, es el que nos da

⁵⁵ Ibidem pag. 178

⁵⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual De Derecho Penal Español, Parte General Editorial Ariel, Barcelona España, 1984, pág. 93.

⁵⁷ PAVÓN VASCÓNCELOS, Francisco, Manual De Derecho Penal Mexicano Parte General, Op. Cit. p. 179

⁵⁸ Stratenwerth, Günter, DERECHO PENAL PARTE GENERAL I. EL HECHO PUNITIVO, 2ª ed., Editorial Edersa, Madrid España, 1982, tr. Gladys Romero, pág. 145.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Bustos Ramírez, al señalar que la subsidiaridad. Se da cuando un tipo legal en forma expresa o tácita solo se aplica en defecto de otro, lo que sucede con el tipo general, respecto del especial ⁵⁹, llevándonos a lo señalado por el principio de especialidad.

Por último, el principio de **alternatividad**, se da cuando las normas concurrentes, protegen el mismo interés jurídico, aún cuando sus elementos constitutivos no sean los mismos.

En ese orden de ideas, y trasladándonos al caso que nos ocupa, vemos que en la aplicación del delito de Violencia Familiar, nos encontramos ante una problemática de aplicación ya que como se mencionó y se sabe, este ilícito se encuentra regulado en dos ordenamientos legales (Código Penal y Civil), los cuales, gozan de la misma jerarquía, y en los cuales la conducta de Violencia Familiar, se encuentra descrita en los mismos términos, anexándose algunas características propias en cada Código, características de las que hablaremos más adelante; estmos entonces, ante un concurso o concurrencia de leyes, pero la pregunta es, cual de los dos derechos se debe aplicar en caso de encontramos ante esta hipótesis de violencia familiar, esto se resuelve, mediante un principio, sumamente importante y específico, el cual debió tomar en cuenta el legislador, antes de crear este tipo penal, y es el principio de intervención mínima (**ultima ratio y carácter fragmentario**), que como ya mencionábamos en el capítulo anterior, estipula, el hecho de que solo se debe recurrir al Derecho Penal, cuando han fallado los demás controles formales o informales, como ultima instancia, dándose también, estrechamente ligado a la ultima ratio, el carácter

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual De Derecho Penal Español, Parte General, Op Cit. p. 92

fragmentario del derecho penal, es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, si no solo respecto de hechos muy determinados y específicos, y en razón de lo anterior es que debe considerarse subsidiario al resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de última ratio, y siguiendo con lo antes expuesto, y recordando el principio de subsidiaridad, que nos señala que adquiere facultad o funcionamiento dicho principio cuando la ley o disposición tienen el carácter subsidiario con respecto a la otra en este caso se excluye la aplicación de aquella, es decir, ambas están describiendo grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la otra disposición, en este caso la penal, queda absorbido por esta, siendo, el derecho penal, en este caso el que debe ser absorbido por el derecho civil, en la búsqueda de solución de la violencia familiar.

De lo anterior no cabe duda, la legislación aplicable en el caso de la Violencia Familiar, debería ser el Derecho Civil, ya que este, además de ser un control menos radical y violento, actúa de forma eficaz, más aún que el propio Derecho Penal, en el mismo caso, toda vez que este último, vulnera de forma irreversible al núcleo familiar, y no dudo en señalar: que dicha aplicación vulnera aún más que el hecho de cometer el propio delito, es por lo que apoyamos el principio de intervención mínima y consideramos que el delito en estudio debe orientarse, como se ha venido haciendo, con un ordenamiento menos radical y severo y sí más eficaz; y se señala esto último, porque, en repetidas ocasiones se ha mencionado, el derecho Penal, en cuanto a este delito, solo ha incrementado el trabajo de agencias ministeriales y juzgados, ya que es sumamente complicado el acreditarlo, y esto está comprobado, solo un ejemplo de ello

es una resolución emitida por la Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de fecha 10 de septiembre del 2002, en la que el Ministerio Público, se inconforma una vez más por que el juzgador niega la Orden de Aprehensión solicitada por dicha representación social, y la Sala emite su criterio de la siguiente manera, obviamente respecto del caso concreto señalndo:

"...este Tribunal de Alzada, no soslaya que dentro de un Estado de Derecho Democrático, existen principios que delimitan la actuación de las autoridades jurisdiccionales, y el comportamiento del acusado que se pretende encuadrar como típico del ilícito de VIOLENCIA FAMILIAR, atendiendo que conforme a la Legislación Civil para el Distrito Federal, ha sido estimado como una causal de divorcio... no puede ser englobado requisito de acreditación del injusto, de Violencia Familiar, puesto que se vulnerarían en su perjuicio derechos públicos subjetivos de seguridad jurídica, en atención a que se violaría el principio de última ratio o de mínima intervención, máxime que como se indica el Derecho Civil ha intervenido eficazmente, para dirimir un conflicto entre dos personas gobernadas y que conforme a los alcances jurídicos de tal pronunciamiento no se advierte mayor afectación entre ambas partes..."

Siendo éste, como ya señalamos, solo uno de los muchos asuntos en los que los magistrados, confirman los autos de negativa de Aprehensión dictados por el juzgador, y es también, solo una de los razonamientos con que el juzgador motiva su resolución, siendo totalmente, innecesario a nuestro criterio, la existencia de este ilícito.

Pero ahora pasemos a otra de las problemáticas de aplicación de la norma penal, específicamente del delito de Violencia Familiar; el artículo 343 bis en su parte última, señala: "independientemente de que pueda producir o no lesiones, empero, en este momento solo vamos a analizar el supuesto de que se den dichas lesiones, es decir, vamos a descartar la hipótesis que del uso de la fuerza física o moral, no se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

produzcan lesiones; entonces, al igual que en el caso anterior, al señalar el tipo, la posible existencia de las LESIONES, nos encontramos ante una concurrencia o concurso aparente de normas penales, ya que tanto las LESIONES como el propio delito de VIOLENCIA FAMILIAR, se encuentran regulados por el Código Penal, y en este sentido se podría pensar, que no existe problema de aplicación, de uno y otro, al estar, la Violencia Familiar y las Lesiones, "bien determinadas" y tener diferentes características, pero esto no es así, porque la práctica nos dice otra cosa, y es que al el Ministerio Público, al consignar un delito de violencia familiar, en ocasiones lo hace por ambos delitos, sin atender a los principios señalados por el Derecho, y que corresponden a la forma de aplicar la norma penal, cuando esta se encuentra incluida en otra, siendo de esta manera en que se da la supuesta problemática de aplicación de la norma penal, y digo supuesta, porque si recurrimos a los principios que hemos visto, dicha aplicación, no tiene mayor problema, toda vez que esta problemática se adecua a lo señalado por el principio de especialidad en el que, una ley especial, absorbe a la general, siendo el delito de Lesiones, la ley general, y el delito de Violencia Familiar, la ley especial; por contener más elementos calificativos que las lesiones, por lo que sería éste último de los delitos mencionados, el que se aplicara como solución al concurso aparente de normas, empero en la práctica se siguen dando contradicciones, respecto de este concurso y/o recalificación del delito de Violencia Familiar y Lesiones, ya que por ejemplo, la Décimo Primera Sala Penal, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, emitió una resolución tomando en consideración el siguiente criterio: .

"LESIONES, DELITO DE. NO SE SUBSUME EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR, -- Al comprobarse que el delito de Violencia Familiar, se debió a la utilización de fuerza física en contra de un miembro del núcleo familiar, por parte de otro, es claro que con pluralidad de conductas el activo no solo comete el primer delito citado sino también el de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lesiones, por lo que estamos en presencia de un concurso de delitos.

En este contexto, se puede apreciar que los magistrados, que emitieron esta resolución, se limitan a señalar que existe entre la Violencia Familiar y las Lesiones, un concurso de normas, empero, no señalan cual es la solución lógico jurídica para dar solución a ese concurso existente, basándose en los principios descritos en este trabajo, por lo que no se está de acuerdo con este razonamiento hecho, en concordancia con el voto particular, realizado, por el Magistrado Lic. Luis Enrique Sanchez Sandoval, emitido en el siguiente sentido:

"LESIONES, DELITO DE. SE SUBSUME EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR. Al haberse acreditado el uso de la fuerza física y/o moral, como elementos típicos del hecho de Violencia Familiar, el delito de Lesiones, debe subsumirse en aquél, ya que de lo contrario se estaría reclasificando una misma conducta, lo cual afecta derechos públicos subjetivos.

En este orden de ideas, como y como se ha visto, la VIOLENCIA FAMILIAR y las LESIONES, son delitos concurrentes, por lo que son susceptibles de generar errores en la práctica, si no ponemos atención a nuestros principios reguladores del Derecho en general, en este caso, nos encontramos con otra pregunta, ¿cual de estos delitos, es el que se debe de aplicar?, porque pareciera que el Ministerio Público, entonces, pudiera decidir, si iniciar una averiguación por un solo delito, o por ambos, si así lo quisiera, en este sentido, el criterio es el siguiente: en caso de que se consignare por ambos, delitos, como ya se ve mucho en la práctica, lo correcto es no dar por comprobado el delito de Lesiones, acreditando, si existen los elementos necesarios, el delito de Violencia Familiar, y no como erróneamente lo hacen, consignar averiguaciones por Violencia Familiar, considerando a este delito, independiente del de Lesiones, dándose entonces, al consignar por ambos delitos, una recalificación de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dichos delitos, sin darse cuenta, como señalamos anteriormente que en su caso, uno absorbería al otro, de acuerdo a la señalado por doctrina, específicamente en el principio de consunción o absorción y pudiendose aplicar también, el de especialidad.

Lo anterior, es un precedente que para el caso de ser utilizado por los juzgadores en el momento de emitir sus resoluciones, obligaría al Ministerio Público a consignar por un solo delito y no por ambos, para ver cual da por comprobado el Juzgador, y dejando, con ello, de violar el principio que nos señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, siendo que el Ministerio Público con apoyandose en los mismos hechos, consigna dos veces por el delito de Lesiones.

Y algo también de suma relevancia sería que aunque se integrare el solo delito de Lesiones, este se diera por incomprobado, por haber sido consignado de esa forma Violencia Familiar y Lesiones, lo que en la práctica, no se da, ya que cuando Ministerio Público, consiga por ambos delitos, el Juzgador, si se integra el delito de LESIONES, gira la Orden por ese delito, y niega en su caso pr la Violencia Familiar, lo que es incorrecto, por todo lo ya argumentado.

Siendo de esta forma, en la que, se da, la problemática de aplicación del delito de Violencia Familiar y Lesiones, en los diferentes ámbitos legales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO CUATRO

4. INAPLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA VIA PENAL.

SUMARIO

4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (ARTICULO 343 QUATER DEL CODIGO PENAL). 4.2. "MEDIDAS NECESARIAS", RELACIONADAS CON LA FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO. 4.3. "MEDIDAS PRECAUTORIAS", SU INAPLICABILIDAD POR PARTE DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

Analicemos ahora, otro artículo que va muy relacionado con el ilícito de Violencia Familiar, y en el que el legislador en su pretensión de brindar la protección a los ofendidos de este delito, se aleja de los conceptos y de los lineamientos que rigen al Derecho Penal, y decimos esto, por varias situaciones que a lo largo de este capítulo iremos analizando.

Iniciaremos con la definición de medidas precautorias o cautelares o de seguridad o necesarias, a que hace referencia el legislador en la exposición de motivos y en el propio artículo 343 Quáter, el cual es motivo de la presente problemática.

Marco Antonio Díaz de León, en su Diccionario de Derecho Procesal Penal, y de Términos Usuales en el Derecho Procesal Penal⁶⁰, nos habla de Medidas de Seguridad, y nos señala que es la:

"Sanción asegurativa y correctiva que se impone al delincuente generalmente inimputable, en beneficio de la sociedad. La medida de seguridad consiste en

⁶⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario De Derecho Procesal Penal Y De Términos Usuales En El Proceso Penal Tomo II, 2ª. Ed., Editorial Porrúa, México 1989.

TESIS CON
FALLA DE OPICEN

especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes, encaminados a obtener su adaptación a la vida social, no tiende a castigar, si no a volver inofensivo al autor, del delito, poniéndolo en seguridad, cuidándolo o educándolo para cuidado de la comunidad... Así pues la medida de seguridad, es la prevención legal del orden penal que tiene por objeto asegurar la defensa social contra el delito. En el Derecho Penal moderno no existe la idea de que en la lucha contra el delito no se utiliza solo la pena, si no que también es de gran utilidad la medida de seguridad... Creemos, por otra parte que las medidas de seguridad deben aplicarse siempre el órgano jurisdiccional. Durante largo tiempo, fue creencia general que la pena era el único medio de lucha contra el delito, mas semejante opinión cuenta actualmente con escasos defensores, pues hoy es opinión corriente entre los criminalistas que la pena, para realizar eficazmente su misión de defensa social y jurídica contra el delito, debe ser contemplada con medidas de otro género, **CON MEDIDAS PREVENTIVAS Y CON LAS LLAMADAS MEDIDAS DE SEGURIDAD...**"

Ahora bien, por medidas cautelares, también calificadas como providencias o medidas precautorias, se entiende:

"Los instrumentos que puede decretar el Juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso⁶¹"

Dentro de los conceptos jurídicos encontramos solo estas definiciones, que

como podemos ver son malamente utilizadas como sinónimos por el legislador en el delito de Violencia Familiar, ya que las primeras como ya señalábamos, son aplicables dentro de una parte del procedimiento penal, y esta parte es la sentencia, y respecto de las medidas cautelares estas son esencialmente dos dentro del procedimiento penal, que es la prisión preventiva por una parte y la libertad provisional por otra, ambas relacionadas, ya que el tiempo de duración de la primera depende de que proceda o no la segunda, ahora bien, recientemente dentro de la averiguación previa, y como se ha visto por los medios de difusión se ha agregado otra medida cautelar o precautoria, y es el arraigo de inculpado.

Abundando más en las medidas precautorias señaladas para el procedimiento penal, la primera, es decir, la prisión preventiva es considerada como contraria al principio de presunción de inocencia del inculpado, ya que hasta cierto punto, y en la actualidad es utilizada indiscriminadamente, como medio de prevenir se cometan más delitos, sin que esto de ninguna manera sea cierto, toda vez que, esta medida lo que origina es solo que los delincuentes se preparen más dentro de la prisión, porque además no se separan los lugares en los que los inculpados están detenidos preventivamente y los lugares en donde los sentenciados purgan una pena, originándose con esta medida un aumento en la delincuencia, ya que para comenzar y poniendo como ejemplo, el delito que nos ocupa de Violencia Familiar, existen varios presuntos responsables que es la única y primera ocasión en la que han estado detenidos, y los ingresan al Reclusorio Preventivo, junto con delincuentes peligrosos, u otro ejemplo, personas detenidas por causar lesiones por tránsito de vehículos, y son ingresadas con delincuentes que si no son peligrosos, están purgando ya una pena, contaminándose con ellos, y además originando un rechazo o rencor hacia la

sociedad, por obvias razones, y aún cuando en nuestra Constitución, encontramos, restricciones muy marcadas y precisas, respecto al uso de esta prisión preventiva, (artículos 16 , 18, 19, 20 fracción X, párrafo segundo), las mismas no son tomadas en cuenta, ni por los propios legisladores que son los encargados de crear las leyes, apegándose a estricto derecho. Por otra parte y en cuanto a la libertad provisional, esta se encuentra regulada por el numeral 20 Constitucional, en su fracción I, la cual si bien, es un beneficio para los todas las personas que cumplan con los requisitos exigidos por este numeral, se aplica solo a las personas que tienen los medios económicos para hacer uso de ella, dejando en estado de indefensión a las personas que no tienen los recursos, originando las problemáticas de estar en prisión preventiva.

Un punto importante sobre este tema es que los estudiosos del derecho Penal, señalan como medida preventiva a la propia pena, la cual tiene una doble función, que es una general, y que consiste en la amenaza de la pena, con la que se pretende crear un efecto intimidatorio, hacia la sociedad a fin de evitar que los sujetos que forman parte de la ésta, realicen conductas contrarias del derecho por el miedo de que les sea impuesta una pena y la segunda función es la de la aplicación de la pena al caso concreto, con la intención de que aquella persona que haya contravenido al derecho al ser sancionada o al serle impuesta una pena, se reindique y desista de cometer una nueva conducta ilícita.

Ahora bien creemos que se disipan un poco las dudas en cuanto al significado de las medidas cautelares, precautorias y de seguridad, pero es menester aclarar, antes de pasar a analizar de lleno el artículo 343 Quáter, que si bien llamamos a este capítulo Inaplicabilidad de las medidas cautelares en materia penal, no es porque

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estas no existan o no sean aplicables, en determinado momento, consideramos, son ineficaces más no inaplicables, y nos enfocamos hacia el delito de Violencia familiar, como a continuación lo describiremos:

4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (ARTICULO 343 QUATER DEL CODIGO PENAL).

La problemática para el delito de Violencia Familiar, comienza, como ya se dijo, con lo que estipula el artículo 343 Quáter del Código Penal, que a la letra dice:

"En todos los casos previstos en los dos artículos precedentes, el Ministerio Público, apercibirá al probable responsable para que se abstenga de cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima y acordará las medidas necesarias para salvaguardar la integridad psíquica o física de la misma. La autoridad administrativa vigilará el cumplimiento de estas medidas. En todos los casos el Ministerio Público, deberá solicitar las medidas precautorias que considere pertinentes de manera inmediata, que en ningún caso excederá de veinticuatro horas, y el Juez resolverá sin dilación. Al servidor Público, que incumpla con lo establecido en el párrafo anterior se le aplicará la sanción de treinta a cuarenta días multa"

Resultando de este concepto, varios aspectos importantes e interesantes de analizar, como lo son las "medidas precautorias", de las que ya hablamos, y asentamos su concepto, pero de las cuales abundaremos respecto de su aplicación en el delito de Violencia Familiar; las "medidas necesarias" a las que hace alusión el legislador, de las cuales no obra un concepto jurídico, ni el legislador asienta el significado de estas, dejándonos en la interrogante de ¿qué debe entender el Ministerio Público y el propio Juzgador al respecto?.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2. "MEDIDAS NECESARIAS", RELACIONADAS LA FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Antes de abundar en el tema de las "medidas necesarias", es importante para nosotros puntualizar en relación al descuido que el legislador puso en la creación de este ilícito de Violencia Familiar, esto ya que en lugar de establecer que el Ministerio Público, pudiera:

"apercibir al probable responsable de abstenerse se cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima...".

Se debió señalar que el Ministerio Público, antes de iniciar una averiguación por este delito, realizará un papel conciliador, como digo representante de la sociedad y de los ofendidos, para lograr por todos los medios, que las personas que intentasen denunciar este delito de Violencia Familiar, llegaran a un común acuerdo y desistieran de intentar abrir esta instancia, sugiriéndoseles, que en caso de no llegar a dicha conciliación trataran por otros medios menos drásticos y como ya dijimos en varias ocasiones, más eficaces, solucionar sus conflictos familiares, aunque bien es cierto, que en ocasiones son los propios ofendidos del delito, quienes son intransigentes en este sentido e insisten en denunciar, aún cuando se les hace saber la improcedencia jurídica de lo que intentan, esto creo también lo origina la publicidad tan pobre que se hace a la población, por los medios de comunicación, quienes en lugar de incitar o difundir el que ya existen nuevos delitos, "que van a proteger a la ciudadanía", de los delinquentes (su propia familia), debieran de hacer programas que orienten social, psicológica y jurídicamente respecto de esta problemática, y ayuden a las familias a salir de sus conflictos, a través de la comunicación, realizando anuncios que procuren la unificación familiar, y no la violencia, y la desintegración de la misma, lo que se ve

en cada programa televisivo que pasan; y así no poner a trabajar al Ministerio Público, y por ende a los juzgadores, de forma inútil, y en su caso como ya lo señalamos, que estos mismos servidores públicos, hagan actividad social, humanitaria, tratando de concientizar y lograr armonía entre la familia.

Estando además de acuerdo con lo señalado por Díaz de León⁶², en el sentido de que

"El Ministerio Público, antes de convertirse en un elemento más de desconfianza, intromisión o discordia familiar, debe intervenir buscando la conciliación de los integrantes de la familia, y solo después sopesar con las pruebas que se aporten o se recabe, las restantes medidas que de aplicarse en la forma en que esta previsto, puede contribuir a la destrucción de los hogares, la separación de las familias. Ciertamente el Estado debe intervenir en los conflictos hogareños, para prevenir conductas lesivas a los bienes jurídicos, pero con cautela, de manera gradual, buscando que no se desintegren las familias..."

Lo anterior en el caso, como ya lo señalábamos, de que el ofendido del delito, insista en denunciar; ahora bien, en ese orden de ideas el artículo 343 Quater a estudio, continua diciendo:

"Y acordará las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la misma. La autoridad administrativa vigilará el cumplimiento de estas medidas.."

En ese sentido el legislador, primeramente y como ya se encuentra asentado no nos señala que se debe entender por "medidas necesarias", ni cuales son éstas, por lo que desde este punto de vista imposibilita al Ministerio Público de su aplicación; en su

⁶² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Delincuencia Intrafamiliar Y Delitos Contra Derechos De Autor, Op Cit., p. 256.

momento señalábamos la exposición de motivos de la iniciativa de ley que incluyera a este delito de Violencia Familiar, en el Código Sustantivo, y en dicha exposición el legislador nunca señala el concepto de medidas necesarias, nos habla de "medidas precautorias o de seguridad", como hemos venido señalando, más nunca de "medidas necesarias".

Sin embargo y en el supuesto de entender que tuviesen el mismo fin de medidas precautorias, primeramente y como ya lo señalábamos en el concepto de éstas, no pueden ser aplicadas por el Ministerio Público, sino exclusivamente por el Juzgador y en segundo lugar, no nos las señala, como pasa en la legislación civil en el caso del delito de Violencia Familiar, que como es bien sabido ya, esta contemplado por esta materia, específicamente en su artículo 282, que reza:

"Desde que se presenta la demanda de divorcio, y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges,
- II. Señalar y Asegurar las cantidades que a título de alimentos, debe dar el deudor alimentario, al cónyuge acreedor y los hijos que correspondan.
- III. Las que se estimen pertinentes para que los cónyuges no se causen perjuicios...
- IV. Dictar, en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres embarazadas,
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado... Salvo peligro grave para el desarrollo normal de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre., etcétera.

Situaciones que, como ya se mencionó, de ninguna forma se encuentran señaladas en el Código Sustantivo Penal, ya que una esencia del propio derecho penal es la imposición de penas y medidas de seguridad y no de medias precautorias,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

excepto las ya señaladas. Por otra parte, el legislador al querer adjudicarle esta función de imponer medidas necesarias al Ministerio Público, lo aparta de su verdadera y única labor que es como se establece en el artículo 21 Constitucional, la de investigación y persecución de los delitos, como lo señala:

“ Artículo 21 Constitucional. ...La investigación y persecución de los delitos, incumbe al Ministerio Público, quien se auxiliará de una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

Entorpeciendo sus ya de por sí saturadas funciones, y más problemático aún, sin la obtención de ningún resultado, de los que en esencia tienen las medidas cautelares o precautorias, que es la de conservar la materia del litigio, así como evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, siendo a todas luces contrario a ello, ya que el aplicar una prisión preventiva no estamos, logrando la protección del bien jurídico que en el caso lo es el sano desarrollo de la familia, la unidad familiar, si no todo lo contrario, estamos contribuyendo a la destrucción de estas familias, y más aún de las personas inculpadas que tienen que pisar las prisiones contaminándose con lo que hay en ellas (delincuencia, vicios, etcétera), sin que los legisladores observen esta problemática, siendo para ellos una solución, como ya dijimos en su momento, el uso indiscriminado de las cárceles, de por sí, ya saturadas; sin que se pueda hacer algo para invitar a las personas, a que si verdaderamente quieren disolver su vínculo matrimonial, por sus conflictos o discusiones familiares, lo hagan por la vía idónea como lo puede ser en este caso la vía civil, pudiendo con ello disolver en su caso el vínculo matrimonial o la relación de pareja, o señalando el Juzgador una de las medidas a que está facultado para que se separe a los hijos del o los cónyuges, etcétera, y no lo hagan parecer una venganza, por que es bien sabido por todos, que en múltiples asuntos, la Violencia Familiar no se

tipifica, por que en realidad, ésta nunca existió, en esos casos concretos, al no desprenderse de las pruebas aportadas, o de las investigaciones ministeriales que existe dentro de esa familia, una relación de violencia, reiterando la postura de que para nosotros resulta más eficaz, la solución de dichos conflictos por otras vías menos drásticas.

Ahora bien, y regresando al artículo 343 Quáter y las medidas necesarias relacionadas con la función del Ministerio Público, respecto a la parte del artículo en comento, en la que se señala que la Autoridad Administrativa vigilará el cumplimiento de estas medidas, ello es totalmente ilegal, ya que como bien se mencionó, la Constitución en su artículo 21, establece perfectamente cuales son las funciones de cada Organismo Público, y en este caso el único facultado para investigar y perseguir los delitos, es el Ministerio Público, por lo que no puede de ninguna forma, delegar funciones a otros organismos públicos, para que intervengan en la investigación y comprobación de los delitos, que en su caso se consignen ante el Juzgador, sin que sea además, competente la Autoridad Administrativa para vigilar las determinaciones del Ministerio Público.

De lo anterior podemos señalar que, el Ministerio Público, al delegar funciones o realizar actos que no están contemplados en la ley, estaría violando un principio fundamental del derecho, como lo es el principio de legalidad, el cual es imperativo para los servidores públicos, al señalar que éstos, solo deben hacer lo que la ley expresamente les permita, incluyéndose en esto que dichas autoridades al realizar las funciones que la ley les permita, deben ser además competentes, para dictar dichas medidas, y llevarlas a cabo, lo que en el caso no ocurre, toda vez que se reitera, la

autoridad administrativa no es competente para intervenir en los procesos del orden criminal; aunado a que según el artículo 14 de la Constitución, en su párrafo tercero, nos señala:

"Queda prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley estrictamente aplicable al delito de que se trate"

Siendo totalmente inconstitucional, lo señalado por el numeral 343 Quáter, al respecto de las medidas necesarias, y tan lo es así que, de ninguna forma se pueden aplicar estas, al no estar definidas y contempladas específicamente en la ley penal, como sí lo están las la prisión preventiva y la libertad provisional, que en determinado momento forman parte del Derecho Penal, en su carácter de sancionador, en aras de la protección de los bienes jurídicos fundamentales para la vida y desarrollo de la sociedad, carácter que de ninguna forma ayuda a sus fines primordiales, en el presente delito de Violencia Familiar, al tener como consecuencia la desunión y desintegración familiar, considerada como núcleo de la sociedad.

Pero no acaba aquí la problemática planteada por el legislador en el artículo 343 Quáter, ya que también ordena al órgano jurisdiccional, imponer las llamadas, ahora sí, "medidas precautorias", al consignársele una averiguación con un tiempo determinado para imponerlas.

4.3. "MEDIDAS PRECAUTORIAS", SU INAPLICABILIDAD POR PARTE DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL.

Como ya lo venimos señalando la problemática de aplicación de las llamadas ahora sí, "medidas precautorias", sigue, ya que ahora el legislador en el numeral que nos ocupa 343 Quáter, señala, que ahora:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"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"

En este tenor, y tratando de encontrar las medidas precautorias de que habla el legislador, y al remitirnos a la tan ya mencionada exposición de motivos de esta ley y de este delito, nos encontramos que el legislador, al respecto señala:

"También se plantea en beneficio de la víctima y para que cese el clima de violencia imperante en el hogar, que el Ministerio Público, imponga al probable responsable, **medidas precautorias o de seguridad, las cuales consistirían en la prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender, o las que considere necesarias para salvaguardar la integridad física o psicológica de la víctima.** En tanto que a la Autoridad Administrativa, correspondería vigilar el cumplimiento de éstas medidas. Posteriormente, si la **averiguación previa concluye en el ejercicio de la acción penal, el Juez de la causa tomando en cuenta los mismos intereses, podría ratificar o modificar estas medidas.**"

Hecho que es inadmisibles, ya que si bien el Ministerio Público, tiene facultad de pedir al Juzgador que se apliquen estas penas, en el momento procesal oportuno, como lo sería la sentencia, también lo es por lógica que no puede, solicitar el órgano investigador, la aplicación de estas medidas, en la etapa señalado por el legislador, aunado a que éstas (**prohibición de ir a lugar determinado, caución de no ofender**), ya que estas son consideradas y están incluidas en el catálogo de **las penas y medidas de seguridad** en nuestro Código Punitivo, específicamente en el artículo 24, por lo que el Ministerio Público, ni en averiguación previa ni en ninguna otra parte del procedimiento podría aplicar alguna de estas medidas y ni solicitarlas, si no como ya se dijo en la parte del juicio al dictar sus conclusiones, por otra parte y en ese orden de ideas, el órgano jurisdiccional, también se encuentra imposibilitado

legalmente, para imponerlas como medidas precautorias, ya que la ley no las contempla como tal, y el Juzgador, como ya se mencionó, al poder aplicar solo lo que la ley le permite y le indique, no tendría facultades en el momento en que se le consigna una averiguación, para dictar dichas penas o medidas de seguridad, si no hasta sentencia, solo en ese momento, el Juez estaría facultado por la ley podría imponer una pena o medida de seguridad y siempre y cuando ésta correspondiese a la señalada como pena o medida de seguridad en el delito, en este caso de Violencia Familiar, en el cual si se establece como sanción, en el artículo 343 bis párrafo tercero:

"De seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, caución de no ofender y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que corresponda por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte."

Pero de ninguna manera podría ser antes de esta parte del procedimiento, la imposición de dichas penas o medidas de seguridad, como lo son "la prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, caución de no ofender", aplicables a las personas que hayan sido condenadas, es decir, se hayan encontrado culpables, de la comisión, en este caso del delito de Violencia Familiar, por ser aplicables a éste.

Siendo inadmisibles, que además de señalar el legislador, como "medidas precautorias" a las que son "penas o medidas de seguridad", le de un término de 24 horas al Juzgador para admitirlas o modificarlas, reiterando que el momento procesal oportuno no son 24 horas, si no el momento de dictar la respectiva sentencia; aunado a que todavía se pretenda aplicar una sanción al propio juzgador, no por incumplir, si no por cumplir con lo estrictamente apegado a Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- De acuerdo a lo analizado en el capítulo primero de este Trabajo de Tesis, hemos visto que el delito de *Violencia Familiar*, cuenta con todos y cada uno de los elementos descritos en la Teoría del Delito, y tal como lo dijimos en nuestra introducción, es un ejemplo de tipo penal en el que es posible desarrollar en su plenitud la teoría y los elementos del delito, por lo que resultó interesante su estudio.

SEGUNDA.- Quedo claro también, que el delito de *Violencia Familiar*, requiere de otras ramas del Derecho, para su comprobación, al incluir en la descripción de la conducta, elementos normativos, como son cónyuge, concubina, pariente colateral, entre otros, los cuales para su conceptualización, el juzgador debe apoyarse en Derecho de Familia, así también se requiere del auxilio de la psicología, al plantearse en la descripción típica, la palabra "psíquica", remitiéndonos, dicho ilícito, a la búsqueda de conceptos como omisión grave, uso, fuerza física, fuerza moral; con lo que podemos apreciar que tiene un gran contenido normativo, el cual por una parte lleva al juzgador a realizar, como ya se dijo un estudio profundo de estos, para poder en su caso aplicar lo más jurídicamente posible estos aspectos, y por otra parte, como se vió, al intentar esta aplicación, nos lleva a una gran problemática, que nos lleva finalmente a la incomprobación del delito.

TERCERA.- Se concluyó también, que la existencia del delito de *Violencia Familiar*, tipificado en el artículo 343 bis del código Penal, tiene una problemática

de aplicación muy marcada, que se deriva de la falta de estudio por parte del legislador, de la dogmática jurídico penal, cuya función es la de estudiar la norma y crearla para beneficio de la colectividad, lo que en el delito de Violencia Familiar, no sucede, lo que nos atrevemos a decir, toda vez que después del análisis realizado a la exposición de motivos de dichos legisladores, y del estudio de los principios básicos del Derecho Penal, como lo son el principio de intervención mínima y el principio de protección a los bienes jurídicos, nos damos cuenta de que, pasan por alto, éstos, y no los toman en cuenta; al dejar de lado que, la figura de Violencia Familiar, se encuentra señalada en el Código Civil, con una mejor y más eficaz forma de aplicación.

CUARTA.- Quedo claro también, que el delito de Violencia Familiar, tiene como bien jurídico que proteger a la familia, su unidad, la integridad de sus miembros, empero, en vez de proteger a esa familia, el delito en nuestro concepto, atenta contra el bien jurídico que dice proteger, ya que no es bueno, para la unidad de la familia, por ejemplo, decir que un miembro de ésta es un delincuente, y tomando en consideración que en nuestro derecho Penal, no se respeta el principio de la dignidad de la persona; nos lleva a que haya una desunión en la propia familia, y el desquebrajamiento de ésta emocional, social y económicamente, con el solo hecho de que el padre, madre, esposo, esposa, entre otros, se encuentren involucrados, en un asunto que importe una privación de la libertad; resultando de esta forma contraproducente la existencia del delito de Violencia Familiar, para la familia, como ente jurídico y como base de la sociedad.

QUINTA.- Se concluyó además, que un medio eficaz para combatir la **Violencia Familiar**, lo es el **derecho Civil**, en cuanto que éste, si protege los intereses de la familia y busca su bienestar, al intentar alejarlos de la **Violencia**, pero no con más violencia, sino con soluciones pacíficas, un caso es el de los **cónyuges**, los cuales al demandar **violencia intrafamiliar**, primeramente, se toman las medidas provisionales, que si se encuentran previstas en el **Código Civil**, para salvaguardar la integridad física de los miembros de dicha familia, se da la opción de el **divorcio** como forma de solución a una **violencia familiar**, acto jurídico que es menos violento y más eficaz que la **prisión**, previo a una **conciliación** que el **Juez de lo Familiar** va a mediar, para intentar, quizá por última vez, que la familia no se disuelva, lo que a todas luces, no ocurre con la **materia penal**.

SEXTA.- A través del análisis realizado, además de haber comprobado la problemática existente, de aplicación del delito de **Violencia Familiar**, frente a la rama **Civil** que contempla dicha figura, el delito, entraña la problemática de un concurso aparente de normas, con el delito de **Lesiones**, problemática que no debe existir, ya que las **Lesiones**, según los principios básicos rectores para la solución de estos conflictos indican éste delito de debe absorberse por el de **Violencia Familiar**, el cual contempla en su descripción a las **Lesiones**, y el **Ministerio Público**, al consignar, por el delito de **Violencia Familiar**, únicamente debe hacerlo por éste delito, evitando la recalificación del delito, al consignar por **Lesiones** y **Violencia Familiar**, dejando de esta manera a salvo los derechos públicos subjetivos de los gobernados, y no violar el principio que señala que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nadie debe ser Juzgado dos veces por un mismo delito, que en este caso sería el de Lesiones.

SÉPTIMA.- En relación a lo analizado en el artículo 343 Quáter, de este se llegó a la conclusión de que por principio de cuentas el Ministerio Público, en vez de tener una actitud amenazante ante el inculpado del delito, que es miembro de la familia, al apercibirlo a evitar dichas conductas, las cuales no se describen, debería orientar y mediar, para que la familia tome la mejor decisión, y logre su conciliación o intente por otros medios menos drásticos, la solución de su problema familiar, desistiendo de intentar la querrela en esta materia. Por otra parte del análisis del artículo en comento se concluyó que el Ministerio Público, de conformidad con el numeral 21 de Nuestra carta Magna, no puede delegar funciones a la autoridad administrativa para que esta cumpla algún mandato, ya que por lo que hace a la fase de averiguación previa, el Ministerio Público, es el único facultado para la investigación y persecución de los delitos; por otra parte y siguiendo con las conclusiones, respecto del artículo 343 Quáter, se determinó la inaplicabilidad de las "medidas necesarias", a que se hacen referencia, toda vez que por principio de cuentas, el legislador no nos da concepto alguno de éstas, además de la confusión que al respecto se crea en el propio artículo, al hablar de "medidas necesarias", y posteriormente referirse a "medidas precautorias"; sin que entre estas haya alguna relación, ya que como se dijo, de las primeras no hay un concepto jurídico y de las segundas, al remitirnos a la exposición de motivos que se hizo de este delito, se encontró que señala como medidas precautorias a la caución de no ofender, y prohibición de ir a lugar determinado, lo que resulta totalmente inaplicable, ya que dichas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conductas si son medidas, pero de seguridad, es decir se encuentran ubicadas, en el catálogo de las penas y medidas de seguridad, y las cuales se encuentran señaladas en el artículo 24 del Código Penal, y miasmas que solo pueden ser aplicadas por el Juzgador, en la etapa de sentencia, considerándose, en consecuencia, inadmisibile, el término de 24 horas, que también se señala en ese artículo.

OCTAVA.- Por ultimo, en relación a este artículo, llegamos a la conclusión de que es incongruente, la sanción que se señala al funcionario que no lleve a cabo, lo señalado por este artículo, toda vez que el Juzgador o Ministerio Público, al no llevar a cabo estas disposiciones, no esta incumpliendo con lineamientos legales, si no por el contrario, esta cumpliendo cabalmente con dichos lineamientos.

NOVENA.- Ante la problemática teórica y práctica del delito de Violencia Familiar, mi propuesta es que se derogue de la ley penal, el delito de Violencia Familiar, para evitar con ello la ruptura y desintegración del núcleo familiar, así como, que dichas familias que ya tienen el problema de la violencia intrafamiliar, sufran aún más violencia, pero social, económica, y hasta política.

DECIMA.- Llegamos a la conclusión de que, la sociedad debe exigir al Estado, más que un castigo de cárcel, el trabajo de los organismos públicos que se encargan de la seguridad jurídica de todos y cada uno de los individuos, para ayudar a las familias con problemas de violencia o que inicien con este tipo de problemas, aplicando el presupuesto necesario, para la creación de una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad, como en el caso de otros países, cuya misión sea la especialización de abogados, médicos, psicólogos, entre otros profesionistas; en todo lo relacionado con este problema, claro, para que verdaderamente ayuden a su solución y se apliquen, buscando la forma de erradicar la violencia familiar, creándose, con la participación de estos profesionistas especializados en Violencia Familiar, centros de ayuda y apoyo necesarios, para el tratamiento de tanto de víctimas de violencia como de los que la ejercen en contra de otro, pero de una forma especializada, es decir, que dichos profesionistas se hallen libres de prejuicios sociales, de racismos, y todos los vicios que en la sociedad existen, como el machismo, el feminismo, etcétera, que se dan en este tipo de asuntos, y por supuesto con todo ello, empezar a crear conciencia en la sociedad de que la vida no es una constante violencia y que nadie es merecedor de la misma, sí no que todos merecemos ser tratados con igualdad y con respeto, tanto en nuestra integridad física, como en nuestros pensamientos y emociones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ANEXOS.

ANEXO AL CAPITULO PRIMERO.

Como ya es de todos sabido, el día 12 de Noviembre del 2002, entra en vigor el nuevo Código Penal, para el Distrito Federal, que abroga al Código Penal de 1931, el cual se reforma totalmente, tanto en su articulado, como en algunos de sus contenidos y al efecto, tratando de evitar que este trabajo quede al margen de estas reformas, es que se realizaron los presentes anexos, en los que se señala de manera breve, algunos cambios o modificaciones realizadas en el Nuevo Código Penal, de los artículos que sirvieron de fundamento en el presente trabajo.

Es importante señalar, que el cambio pareció total, empero, muchos de los artículos contenidos en el Código Penal, de 1931, solo se trasladaron al Nuevo Código Penal, y efectivamente otros si sufrieron cambios totales o modificaciones, otros incluso desaparecieron, por ejemplo un cambio sufrido fue el del artículo 7º. actual, y del cual hacemos mención en el Capítulo Primero, sin embargo su esencia sigue siendo la misma al señalarlos en su artículo 15, al cual se traslado:

"Artículo 15.(Principio del acto). El delito solo puede ser realizado por acción u omisión"

En este sentido se advierte que ya no es una definición del delito, sino la forma en la que éste se puede llevar a cabo.

Otra observación, a simple vista es que en el nuevo Código Penal, el legislador

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

trata de ser más concreto, al señalarnos en paréntesis los supuestos jurídicos que se describen en el artículo que se lea; dejando de lado, un poco las explicaciones extensas, sin dejar de observar los presupuestos básicos que rigen el derecho penal, sin que con ello se pretenda señalar que no hay errores errores dentro de este Nuevo Código, los que a continuación trataremos de señalar, en relación a nuestro delito a estudio de Violencia Familiar.

Algunos de los cambios a continuación se señalan:

En nuestro capítulo primero, se hace mención y descripción de la Teoría del Delito, señalándose en este, todos y cada uno de sus fundamentos, el primero de ellos es el de delito (artículo 7º), que nos dice que el delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, mismo que como se mencionó ya se encuentra desaparecido como concepto del delito, apareciendo en el nuevo Código como las formas en que puede cometer éste, conteniendo las dos conocidas (acto y omisión).

El dolo y la culpa, contenidos en los artículos 8 y 9, en el nuevo ordenamiento legal, los vamos a encontrar en el numeral 18, sin cambios en su descripción; nos encontramos con una total reforma al artículo 15, el cual, en el Código Penal de 1931, versa sobre las causas de exclusión del delito (antijuridicidad y culpabilidad, en sus aspectos negativos), y que señala:

I. el delito se realice sin intervención de la voluntad del agente, II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate, III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico o del legitimado legalmente para otorgarlo siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos a) Que el bien jurídico sea disponible, b) que el titula o quien esté legitimado para

consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento, se presume que hay consentimiento tácito, cuando el hecho se realice en circunstancias tales, que permitan suponer fundadamente que de haberse consultado al titular del bien o a quien este legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento. IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad de la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor; se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de la que el inculpaado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias o al sitio donde encuentre bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados, en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión; V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor, que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último, no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, o no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 bis de este Código. VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código; IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

Encontrándolo de una forma totalmente diferente en el Nuevo Código Penal, que los contempla en los artículos 4 y 5 que refieren:

Artículo 4.- (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material) Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requieren que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado por la ley.

Artículo 5.- (Principio de la culpabilidad) No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si esta se impone accesoriamente a la pena y su duración estará en relación directa con el grado de aquella. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria, la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que, de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquellas pudiera alcanzarse.

El cambio como esta visto, es total ya que en estos artículos nos señalan cuando las conductas son antijurídicas y culpables, dejando del lado la explicación de cuando no lo son, que es la forma a la que el artículo 15 del Código de 1931, hace referencia, dejando a la doctrina la explicación de las formas de exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Señalamos ya que todo el Código penal, fue reformado, y la mayoría de los artículos cambiaron de contenido y otros solo de número, aunque también hay otros

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que están igual, y expondremos brevemente algunos cambios, para poder pasar entonces al análisis de la reforma de nuestro delito de Violencia Familiar;

El artículo primero, se refiere al principio de legalidad, en el que se señala de alguna forma lo contenido en nuestro Código Vigente del concepto del delito al señalar que:

"... A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, si no por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito, en una ley vigente al tiempo de su realización siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o medida de seguridad se encuentre igualmente establecida en esta."

En el numeral numero 2 del Nuevo Código Penal, se establece el principio de la tipicidad, y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón de la ley penal en perjuicio de persona alguna; situación que se encuentra contenida en el artículo 56 y 117 del Código vigente, y el cual va a ser de vital importancia para la vida del Derecho Penal a partir del día 12 de Noviembre del 20002, ya que si alguna descripción típica, de las contenidas en este Nuevo Código Benefician al inculpado, procesado o sentenciado, se deberá realizar la traslación del tipo correspondiente, atendiendo las tres hipótesis contenidas en el Cuarto artículo transitorio del Nuevo Ordenamiento Legal, en este sentido y como se podrá apreciar, nuestro delito a estudio (Violencia Familiar), si bien, sufrió reformas, la penalidad quedó igual, y en nada beneficiarian a los ya inculcados, procesados y hasta los sentenciados, como en su momento se analizará.

El artículo 7 del nuevo Código nos hace referencia al principio de territorialidad, señalando que este Código es de aplicación local en el Distrito federal, por los delitos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del fuero común que se cometan en su territorio, el artículo 8 por su parte nos refiere la extraterritorialidad de la ley penal, en la que nos dice que ese Código se aplicará cuando se cometan delitos en alguna entidad federativa, que produzcan efectos dentro del territorio del Distrito Federal o sean permanentes o continuados y se sigan conociendo en el territorio del Distrito Federal; el artículo 9 de la validez temporal de la ley, el artículo 10 de la ley más favorable, que como ya mencionábamos se estipula en el numeral 56 del Código Vigente y es de vital importancia; el artículo 11 hace una breve descripción de lo que ahora se llamará el momento y lugar del delito, el artículo 12 se refiere a la validez personal y a la edad penal, hecho que no se encuentra contenido en el Código penal de 1931, nos señala en su numeral 13 la problemática del Concurso Aparente de normas, que se encontraba contenido en el artículo 18 y 19 del cual abundaremos más adelante, las formas de comisión del delito, contenida en el artículo 7 vigente, se hallan en el numeral 15 del nuevo Código Penal, y de las que ya hablamos, se habla también en este nuevo ordenamiento de la comisión propia o comisión por omisión en su artículo 16, el artículo 17 contiene cuando el delito es continuado, instantáneo o continuo, hecho contenido en el artículo 7º del Código de 1931, el artículo 20 se refiere a la Tentativa y se incorpora un nuevo artículo, el 21 nos habla del desistimiento y arrepentimiento, hechos jurídicos que en Código de 1931 los encontramos actualmente en el numeral 12. Las formas de autoría y participación que se señalaban en el artículo 13, las encontramos en el nuevo Código en el artículo 22, el numeral 28 nos señala el concurso de delitos (ideal y real), remitiéndonos al artículo 79 de este Código en caso de existir dicho concurso, el artículo 29 que contenía la descripción de la sanción pecuniaria ahora contiene las causas de exclusión del delito, mismas que eran explicadas por el artículo 15 anterior, señalándonos los aspectos negativos tanto de la antijuridicidad como de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

culpabilidad, incorporando el legislador un señalamiento importante (Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso), es importante también señalar que el legislador divide, los aspectos positivos y negativos tanto la cantijuridicidad y la culpabilidad, señalándose en el artículo 4 y 5 de dichos aspectos positivos del delito, y el artículo 29 de los aspectos negativos .

El numeral 30 y 31 nos señala también el catálogo de penas y medidas de seguridad a que se refería el numeral 24 del Código de 1931, en ese orden, (artículo 30 penas y 31 medidas de seguridad).

El concepto y duración de la prisión ahora los señala el Nuevo Código en el artículo 33 cambiando el contexto anterior, al señalar como pena mínima 3 meses y la máxima 50 años, aumentándose esta, ya que el Código derogado sostenía 3 días como mínimo y 40 años como máximo.

Lo referente a sanción pecuniaria, reparación del daño y sanción económica, lo encontraremos en el Capítulo Cuarto, comenzando por el numeral 37 y siguientes.

Las reglas de aplicación de las penas y medidas de seguridad las encontramos en el Título Cuarto Capítulo primero, que comienza por el artículo 70, el Capítulo segundo del mismo Título Cuarto nos hace referencia a la punibilidad de los delitos culposos y el cual se contenía en el Código sustantivo derogado en los numerales 60 y siguientes; la sustitución de las penas se señalan en el Capítulo Séptimo de dicho título a partir del numeral 84.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las causas de extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas las encontramos contenidas en el Título Quinto, Capítulo Primero artículo 94, la prescripción se haya contenida en los numerales 105 y siguientes, El artículo 121 nos habla de la supresión del tipo penal.

Ahora bien, una vez analizados algunos de los artículos que conforman el Nuevo Código Penal, pasemos al análisis de las reformas sufridas al delito de Violencia Familiar...

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**ANEXO A LOS CAPITULOS SEGUNDO, TERCERO
Y CUARTO**

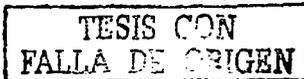
Se consideró necesario realizar este anexo conteniendo las consideraciones de los capítulos, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO, toda vez que los tres se refirieron al delito de Violencia Familiar, y además de los artículos ya señalados, se mencionarán algunos otros que guardan relación con este ilícito

Primeramente, el Nuevo Código Penal, hizo algunos cambios en cuanto al delito de Violencia Familiar, se refiere, tanto en el número de su artículo como en su descripción típica, conteniéndose dicho ilícito ahora en el Título Octavo, denominado Delitos contra la Integridad Familiar, Capítulo Unico, Violencia Familiar, artículo 200 y lo describe de la siguiente manera:

"Se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al tutor, al curador, al adoptante o adoptado que:

- I. Haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o
- II. Omita evitar el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior.

Asimismo, al agente se le sujetará a tratamiento Psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.



La educación o formación de un menor, no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato. Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz."

De inicio las primeras observaciones que se tienen al respecto no son muy alentadoras, toda vez que se pone de manifiesto la falta de cuidado, que, insisto, tienen los legisladores.

De inicio y como se puede observar, que el legislador en el nuevo numeral que describe al tipo penal de Violencia Familiar, pone de entrada a la punibilidad, pero ahora de manera dividida, ya que de inicio señala:

"Se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él..."

Continuado con señalar a los sujetos a quienes ha de imponérselos esta pena, en el supuesto de que se hallen plenamente responsables por este ilícito; para después continuar con dos fracciones y en el siguiente párrafo anotar:

"...Asimismo, al agente se le sujetará a tratamiento Psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte..."

Situación que, de manera comparada, no se da en el artículo 343 bis del Código Vigente el cual en su párrafo cuarto hace la descripción de toda la pena que ha de imponerse al responsable del delito de Violencia Familiar, no sin antes describir la conducta; por lo que se considera que esta nueva forma señalada por el legislador en

determinado momento puede prestarse a confusiones y si no a confusiones, nos deja entrever, como ya se ha repetido, la falta de cuidado que se tiene, toda vez que se ve el sentido de que la punibilidad se haya separada.

Otro aspecto notorio de cambio, observado en el artículo 200 del Nuevo Código Penal, es la descripción de la conducta, la cual la incluye en dos fracciones después de que en su primer párrafo, hace la anotación de la punibilidad, y los sujetos a quien deberá imponérselos, que como ya sabemos son :

El cónyuge, concubina, concubinario, pariente cosanguíneo en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, adoptante y adoptado.

Al cual se le agrego:

"El que tenga relación de pareja, tutor y curador"

Para posteriormente incluir las fracciones en las que se ha de contener la conducta delictiva señalando:

"I Haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o

II. Omite evitar el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior."

Ahora bien, en la fracción I se da un cambio a los elementos normativos; "uso de los medios físicos o psicoemocionales", lo que en el artículo 343 bis, se señalaba como "uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave",

desapareciendo ésta última, llevándonos al entendido que en la primera parte el legislador quiso ir más allá de la mera fuerza física, abarcando a los "medios", entendiendo a éstos como todo lo que favorezca, facilite o sirva para llevar a cabo, una actividad cualquiera⁶³, lo que amplía la perspectiva de los objetos o las cosas que pudiesen ser utilizadas para hacer violencia en alguien, pero no cambiando en nada la problemática que pudiese existir, respecto de que no existan huellas materiales, palpables, visibles que pueda darnos la existencia de violencia y los actos que dejen ver que dicha violencia ha sido ejercida en varias ocasiones, en el cuerpo de la víctima; se incluye otro nuevo concepto también "psicoemocionales", del cual al buscar su significación en un diccionario de la lengua española se encontró que psico significa "alma racional" y emocional, es lo relativo a la emoción, y la "emoción" es un estado afectivo que transforma de un modo momentáneo, pero brusco el equilibrio de la estructura psicofísica del individuo⁶⁴, por otra parte recurriendo a la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, ésta en su artículo 3º, fracción III, inciso b), señala que un maltrato psicoemocional, puede consistir en:

"Prohibiciones, coacciones, condicionamiento intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen de quien las recibe deterioro, disminución o afectación en su estructura de personalidad. Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional, en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor."

Lo que nuevamente lleva a la misma problemática planteada, porque, como se mencionó esos cambios afectivos bruscos que afectan al alma, se dan de diversa manera en cada individuo y por circunstancias y razones también diversas, y lo que

⁶³ Diccionarios de la Lengua española, Diccionario Basco De La Lengua Española, Tomo II 19ª ed., Larousse.

para alguien pudiera ser una afectación emocional, para otra persona pudiera no serlo, aunado a que el legislador no señala que se entiende por psicoemocional, y de guiarse con la definición señalada, se estaría aún en más problemas y que se nos habla de el alma, y cabe la pregunta que es el alma, pues simplemente es una parte subjetiva del ser humano, inaccesible, y si bien hay especialistas en estos análisis, estos no son los que dan sus dictámenes en casos de violencia familiar, aunado a que no podrían determinar a ciencia cierta el origen de la conducta que pueda ser característica de violencia y menos aún de quien es el la persona que la provoca.

En la misma fracción I, nos menciona que ese uso de los medios físico o emocionales deben ser en contra de la integridad de un miembro de la familia, y en el capítulo tercero de nuestro trabajo nos hemos referido a ese concepto de "miembro de la familia", y sigue diciendo "independientemente de que se produzcan lesiones", situación que ya también analizamos en el capítulo Tercero, y de la cual dimos nuestro punto de vista, respecto del concurso aparente de normas, y la recalificación del delito, retomándolo en este aparatado, como si se insertare a la letra, toda vez que dicha parte no sufrió cambio para el nuevo numeral de Violencia Familiar, conteniéndose ahora en la parte final de la fracción I.

Posteriormente en la fracción II, de este artículo 200 del Nuevo Código Penal, encontramos una contradicción súper marcada, y que nos da razón al seguir diciendo que los legisladores no tienen el debido cuidado al realizar estas reformas, haciendolo de manera apresurada; la fracción segunda nos habla de otro supuesto en el que se puede configurar el delito de violencia familiar y refiere:

⁴⁴ Idem

II. Omite evitar, el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior.

En esta fracción, como podemos observar, se pudiera pensar que existe una repetición de la fracción anterior y para ser más explicativos, analicémosla; comete el delito de violencia familiar, el que omite evitar, es decir el cónyuge, concubino, pariente, etcétera, que no evite el uso de los medios físicos o emocionales en contra de la integridad de un miembro de la familia, lo que nos lleva a decir, que comete el delito de violencia familiar el que haga uso de estos medios, lo que a nuestro parecer, podría darse, pero carecería de todo sentido, ya que lo que el legislador esta haciendo es anotar una hipótesis en sentido positivo (haga uso de los medios...) y una hipótesis en sentido negativo (omite evitar el uso de estos medios...), significando en ambas hipótesis exactamente la misma idea.

Pero analizándolo desde otro punto de vista con dicha hipótesis lo que en realidad el legislador lo que hizo es buscar más culpables del maltrato, esto ya que por ejemplo, la víctima ahora, también es sujeto activo del delito de Violencia Familiar, en algunos casos, toda vez que la omisión ante el maltrato es también considerada Violencia, y así una madre que es víctima de violencia, también es generadora de la misma, al no evitar que dicha violencia, se ejerza sobre los otros miembros de su familia, en este caso podrían ser sus hijos, padres, hermanos, etcétera; esto nos lleva a que se cree una mayor confusión y daño a las víctimas de Violencia Familiar, ya que además de cargar con el peso de ser víctimas, también lo deben hacer con el peso de ser victimarias, omisivamente.

Pero esto no acaba aquí, toda vez que ahora, si un padre, madre o cualquiera de los miembros de la familia, o de los señalados en el numeral 200, como sujetos activos del delito de Violencia Familiar, son denunciados por sus víctimas, lo que va a suceder es que éstos activos, podrán denunciar a su vez a quienes se querellaron en su contra, en virtud de no haber evitado dicha violencia sobre los demás, lo que en lugar de ayudar, empeora la situación de este delito frente a la sociedad y más aún jurídicamente.

Enseguida y como ya habíamos señalado, el legislador continua con la punibilidad, que dividió entre el primer y segundo párrafo.

Finalmente en el último párrafo nos señala:

"La educación o formación de un menor, no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato. Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz."

En este párrafo, se considera pudiera haber quedado como una tercera fracción de dicho artículo, ya que nos esta describiendo una hipótesis más para que se de la violencia familiar, ya que en el supuesto caso de que un padre, madre, tutor, etcétera, usara los medios descritos en la fracción I, so pretexto de educar a un menor, cometería el delito de violencia familiar, en este caso, se puede señalar que aquí el legislador divide ahora las conductas, dos con fracción y esta última como párrafo, pero como parte de esa descripción del tipo penal, empero, como ya dijimos, respecto de la punibilidad, no es necesario que el legislador corte las ideas, o ponga pedazos de conducta acá y otros por allá, o que diga que se va a castigar con tal pena o medida de seguridad y un párrafo más abajo continúe con la imposición de la pena, esto nos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

deja ver solo la mala organización o visión que se tiene al hacer la reforma de este delito, ya que como se dice coloquialmente, el chiste es solo reformar por reformar y no buscar la forma en que se pueda aplicar el delito, que ya está incluido, y en el último de los casos si no sirve quitarlo para que no haga más pesada y complicada la aplicación de la justicia, al tener los Ministerios Públicos, que hacer malabares o tratando de inventar pruebas, o acomodar declaraciones que ayuden a que el juzgador realice la comprobación del cuerpo del delito.

Pasemos ahora a la reforma de artículo 343 Quáter, también parte de nuestro trabajo, que ahora, en el nuevo Código Penal, ocupa el artículo 202, que menciona:

"En todos los casos previstos en este Título, el Ministerio Público, apercibirá al inculpado, para que se abstenga de cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima y solicitará a la autoridad administrativa o judicial, según el caso, la aplicación de las medidas o sanciones necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la misma, que no podrá exceder de veinticuatro horas, en los términos de la legislación respectiva, y el Juez resolverá sin dilación.

Al servidor público, que incumpla con lo establecido en el párrafo anterior se le impondrá sanción de treinta a cuarenta días multa."

Este artículo sigue dejando mucho que desear, ya que no se reformó en esencia, y sigue teniendo las mismas fallas que comentamos en su oportunidad, aquí ya no nos habla de medidas precautorias, solo señala las medidas, o sanciones necesarias, como dijimos, en el capítulo cuarto de este trabajo de tesis, no existe un concepto jurídico de medidas necesarias y respecto de las sanciones necesarias, estas solo se aplicarán válidamente y con apego a derecho, por el juzgador, en la etapa de sentencia, por lo que es del todo improcedente e inconstitucional, aplicarlas en otro momento procesal; respecto de la autoridad administrativa, sostenemos, el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mismo criterio, en el sentido de que, el Ministerio Público, no esta facultado para delegar funciones a otra autoridad, en este caso la administrativa, en averiguación previa, toda vez que son facultades expresas, únicas y exclusivas del Ministerio Público, las de investigar y perseguir los delitos, sin que ninguna otra autoridad pueda tener intervención en ello.

En ese orden de ideas, podemos apreciar que las reformas al delito de Violencia Familiar, por lo menos, no fueron ni las suficientes, ni las necesarias para su eficaz aplicación, y seguirá teniendo las mismas dificultades planteadas.

Se puede pensar en que se es repetitivo y hasta cierto punto negativo, si se quisiera pensar así, al comentar de manera reiterada que el legislador es descuidado, flojo, ya que al realizar una iniciativa de ley, reforma, de algún precepto legal, no estudia los pros y contras que éste pueda tener para su aplicación, y se deja llevar por circunstancias superficiales, me refiero a esto por que al iniciar una ley o reforma y hasta una abrogación o derogación, debiera estudiar todo lo jurídicamente posible los aspectos, hechos, situaciones de todo tipo, que se le dan para que unido con especialistas comprometidos, y de todas las ramas de estudios posible, realicen una buena reforma, iniciativa, abrogación, derogación, y no caigan en estos errores, al crear delitos que en nada ayudan y si estorban en la impartición de la justicia, más aún por los bienes jurídicos que tutelan.

Por otra parte si se va a rehacer o se va a depurar un Cuerpo Legal, debe hacerse con el tiempo necesario, los conocimientos, los medios y sobre todo, a nuestro parecer, las ganas necesarios para tener como resultado algo que de verdad

ayude a salir adelante y proteja a nuestras familias y a nuestra sociedad, abatiendo eficazmente la delincuencia, pero la de verdad y no queriendo sacar delincuentes de nuestra propia familia, la cual de por sí y en general ya está bastante deteriorada por la falta de valores y tantas cosas económicas, políticas y sociales, que la debilitan, y la desquebrajan.

CUADRO COMPARATIVO DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR.

ARTICULO 343 BIS, CODIGO PENAL 931.	ARTICULO 200 DEL NUEVO CODIGO PENAL.
<p>Artículo 343 bis. Por Violencia Familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia independientemente de que pueda producir o no lesiones.</p> <p>Comete el delito de Violencia Familiar, el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado que haga uso de la fuerza física o moral o que incurra en la omisión grave.</p> <p>La educación o formación del menor, no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato.</p> <p>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, así mismo se le someterá a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto de la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro</p>	<p>Se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al tutor, al curador, al adoptante o adoptado que:</p> <p>I. Haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o</p> <p>II. Omita evitar el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior.</p> <p>Asimismo, al agente se le sujetará a tratamiento Psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.</p> <p>La educación o formación de un menor, no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de</p>

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

<p>delito que resulte. En caso de reincidencia la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad.</p> <p>Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.</p>	<p>maltrato. Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.</p>
--	--

BIBLIOGRAFIA.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN MANUEL
DERECHO PENAL ESPAÑOL
Parte General Barcelona España, Editorial Ariel, 1984

CASTELLANOS TENA, FERNANDO
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL
Parte General, México, Editorial Porrúa, 1975 (9a ed.)

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Y HERNANDEZ BARROS, JULIO A.
LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA LEGISLACION MEXICANA
México, Editorial Porrúa, 2000, (2a ed)

CORSI, JORGE.
VIOLENCIA FAMILIAR
Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidos, 1994, (1a ed.).

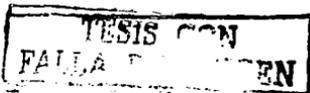
CREUS, CARLOS
DERECHO PENAL
Parte General, Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, 1990

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO,
DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL
Tomo I y II, México, Editorial Porrúa, 1989, (2a ed.)

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO
CODIGO PENAL CON COMENTARIOS
México, Editorial porrúa, 1999, (4a ed.)

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO
DELINCUENCIA INTRAFAMILIAR Y DELITOS CONTRA DERECHOS DE AUTOR.
México, Editorial porrúa 1998.

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO
DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y DE TERMINOS USUALES EN EL PROCESO PENAL TOMO II.



México, Editorial Porrúa, 1989, (2ª ed.),

GALINDO GARFIAS, IGNACIO
DERECHO CIVIL PRIMER CURSO PARTE GENERAL PERSONAS FAMILIA
México, Editorial Porrúa, S.A., 1998, (17a. ed.)

GARCIA RAMIREZ, SERGIO
PANORAMA DEL DERECHO PENAL MEXICANO
México, Editorial McGraw-Hill, 1998, (3a. ed)

HERNANDEZ FUENTES, RAUL BENITO
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES COMENTADO, CONCORDADO Y
JURISPRUDENCIA.
México, Editorial Cárdenas, 1998

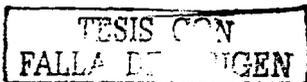
JESCHECK, HNS HENRICH
TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL
Tomo I y II Barcelona España, Editorial Bosch, 1981

JIMENEZ DE ASUA, LUIS
TRATADO DE DERECHO PENAL
Buenos Aires, Editorial Losada, 1962

MIR PUIG, SANTIAGO
DERECHO PENAL PARTE GENERAL.
Barcelona España, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990
(3a ed.)

DE PINA, RAFAEL
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO
Tomo I Introducción Personas Familia
México, Editorial Porrúa, 1998, (20a. ed.)

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO
DERECHO PENAL MEXICANO
México, Editorial Porrúa, 1991, (10a. ed)



LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO
TEORIA DEL DELITO
México, Editorial Porrúa, 2001, (9a ed)

LEGISLACIONES.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
México, Editorial Sista, 2000

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.
México, Editorial Sista, 1999

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
México, Editorial Sista, 2000

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
México, Editorial Sista, 2000.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN