



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN

**ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO  
EN EL ARTÍCULO 200 FRACCION I DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO  
FEDERAL**

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

**MARÍA DE LOS ANGELES RESÉNDIZ GUTIERREZ**

ASESOR: RODRIGO RINCÓN MARTÍNEZ

MAYO 2007



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

**A MI PADRE DIOS, POR DARME LA OPORTUNIDAD DE ESTAR EN ESTA VIDA PARA CUMPLIR UNA MISIÓN, A TRAVÉS DE VARIAS METAS. GRACIAS PADRE POR DARME LA GRACIA DE REALIZAR ESTE SUEÑO EN SINERGIA CON MIS PADRES, HERMANOS, ESPOSO E HIJOS.**

**A MI MADRE LA VIRGEN DE GUADALUPE, POR SER EL IDEAL Y EL ESTÍMULO PARA UNA VIDA PERSEVERANTE DE AMOR Y POR HABER INTERCEDIDO POR MÍ PARA LOGRAR ESTA META.**

**A MIS PADRES: ALICIA Y JAIME, A QUIENES AMO CON TODO MI SER. GRACIAS POR SU AMOR Y COMPRENSIÓN. GRACIAS MAMÁ POR TUS CUIDADOS, POR TU INTEGRIDAD, POR LOS VALORES QUE ME HAS INCULCADO Y HACERME SENTIR UNA MUJER VALIENTE; GRACIAS POR HABER HECHO LAS VECES DE ABUELITA GARANTE CUANDO MÁS LO NECESITÉ.**

**A MIS HERMANOS: JAIME, EL COMANDANTE JOSÉ ARTURO (GRACIAS POR TU APOYO INCONDICIONAL) Y JUAN JOSÉ (ERES MUY ESPECIAL EN MI VIDA). GRACIAS HERMANOS POR SU AMOR Y SUS PALABRAS DE ALIENTO. LOS AMO**

**A MIS SOBRINOS: LUPITA, EMMANUEL, DANAE (SON MUY SIGNIFICATIVOS EN MI VIDA, SIGAN ADELANTE PEQUEÑOS), PAOLA, ROSY Y MARIANA, PORQUE A TRAVÉS DEL FULGOR DE CADA UNO DE ELLOS TAMBIÉN FUERON MI MOTIVACIÓN PARA LA CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO. GRACIAS POR SU AMOR. LOS AMO.**

**A MIS ABUELOS: LA PALOMA (+) Y DON PATRICIO (+) POR HACERME SENTIR LO IMPORTANTE QUE ES TENER UNA FAMILIA UNIDA.**



**A MI ESPOSO: EL LIC. C.P. JOSÉ VERA POR EL TIEMPO QUE ME DISTE Y POR ESTAR CONMIGO EN ESTA TRAYECTORIA DESDE SU INICIO HASTA SU CULMINACIÓN. ERES UN ESPOSO EXCEPCIONAL, GRACIAS POR EL DESEMPEÑO QUE EMPLEASTE AMOROSAMENTE EN ESTE TRABAJO. TE AMO Y TE AMARE POR SIEMPRE**

**A MIS HIJOS: JOSÉ ÁNGEL Y LUIS PATRICIO QUIENES ME ENSEÑAN DE LA VIDA SU ESENCIA, LO MEJOR Y LO MÁS IMPORTANTE QUE SON ELLOS MISMOS. GRACIAS HIJOS PORQUE A SU CORTA EDAD ME HAN DADO SATISFACCIONES INMENSAS, MI INFANTE DE LA BASÍLICA DE GUADALUPE Y MI NIÑO GENIO. LOS AMO CON TODO MI CORAZÓN.**

**A MI CUÑADA: LA LIC. TERE RODRÍGUEZ. A QUIÉN AGRADEZCO ENORMEMENTE ME HAYA FAVORECIDO CON MI PRIMER TRABAJO LABORAL, GRACIAS POR TUS LECCIONES JURÍDICAS Y PORQUE TU ERES PARA MÍ UN PROTOTIPO DE LO QUE ES UNA LICENCIADA EN DERECHO. TE ADMIRO Y TE QUIERO MUCHO.**

**A MI SOBRINO JUAN PATRICIO. QUIEN TAMBIÉN ESTUVO EN LA MIRA Y ES UN DESIGNIO PARA QUE YO HUBIERA LOGRADO ESTA META. GRACIAS JUANPA POR SER UNA PERSONA MUY IMPORTANTE EN LA VIDA DE MIS HIJOS Y MÍA.**

**A MI HERMANO PATRICIO (+). GRACIAS POR HABERME HECHO SENTIR TU PROTECCIÓN, TU AMOR, POR HABER CREÍDO EN MÍ Y POR HABERME BRINDADO TU APOYO SIEMPRE QUE LO NECESITÉ. TE EXTRAÑO Y TE AMO.**

**A MI HERMANA LUCY. GRACIAS POR TU AMOR Y DE VERDAD TE DIGO QUE ÉSTE ÉXITO TAMBIÉN ES TUYO Y EL AHÍNCO CON QUE LO LOGRÉ FUE TAMBIÉN PENSANDO EN TI.**

**A MI SOBRINO LUISITO (TE AMO, TIENES MUCHAS CUALIDADES PARA TRIUNFAR CAMPEÓN) Y DIANNA, QUE PENSANDO EN ELLA Y SU CAPACIDAD DE LOGRARLO TODO FUE UN MOTOR MUY IMPORTANTE EN MI VIDA PARA QUE AL TÉRMINO DE ESTE TRIUNFO SE SINTIERA ORGULLOSA DE MÍ. CUANDO TERMINE DE VIAJAR YO SÉ QUE ENCONTRARÁS TU DESTINO VERDADERO. GRACIAS POR TU AMOR Y TU CONFIANZA. TE AMO.**

**A MI HERMANA: LA LIC. EN DESARROLLO HUMANO, MARÍA DEL CARMEN: A QUIÉN ME HA ENSEÑADO EXPRESAR LOS PROPIOS SENTIMIENTOS Y OPINIONES SIN, POR ELLO, DEJAR DE RESPETAR A LOS DEMÁS, LO CUAL ES UN PASO DECISIVO A UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA. POR HABERME IMPULSADO A REALIZAR ESTE TESTIMONIO. GRACIAS POR TU AMOR, TU CARIÑO, POR TU PACIENCIA PERO PRINCIPALMENTE POR CREER EN MI, ME SIENTO MUY AFORTUNADA CONTIGO A MI LADO, ERES UNA PERSONA MUY IMPORTANTE Y ESPECIAL EN MI VIDA Y POR LO TATO TE DELEGO LA TAREA DE SEGUIR SIENDO COMO MI MADRE. ESTE LOGRO TAMBIÉN ES TUYO, ERES MI COAUTORA. ERES UNA MUJER ADMIRABLE, TE AMO.**

**A MI CUÑADA ELVIRA: POR PARTICIPAR EN ESTA MARCHA ARDUAMENTE, EN LA CUAL HEMOS DIVIDO ESFUERZOS PARA CONCLUIR ESTE TRABAJO, AHORA TE DEDICO ESTA TESIS CON TODO MI AMOR TODA VEZ QUE ESTA VICTORIA TAMBIÉN ES TUYA. TE DOY GRACIAS POR HABER CREÍDO EN MI. ME SIENTO MUY DICHOSA PORQUE PERSONAS COMO TÚ NO SON MÁS QUE BENDICIONES DE DIOS. LA AMISTAD DE TANTOS AÑOS A TRASCENDIDO Y DESDE HACE MUCHO TIEMPO FORMAS PARTE DE MI FAMILIA Y TÚ LO SABES.**

**A ULISES: GRACIAS POR TU CARIÑO**

**À MI COMADRE Y AMIGA, LA LIC. ROSY. PORQUE UNA VEZ, DESDE EL PRIMER DÍA QUE NOS CONOCIMOS EMPRENDIMOS JUNTAS UN CAMINO Y AÚN QUE AHORA LO CULMINO YO MÁS TARDE, ESTOY SEGURA QUE TAMBIÉN COMPARTES ESTE TRIUNFO CONMIGO PORQUE TAMBIÉN ES TUYO. GRACIAS POR ESTAR CONMIGO EN TODO MOMENTO Y POR SER UN SER HUMANO TAN IMPORTANTE EN MI VIDA Y EN LA VIDA DE MI FAMILIA**

**Y TAMBIÉN AGRADEZCO EN ESTAS LÍNEAS A LA SRA. EDEL Y AL SR. ISIDRO (+) POR HABERME ABIERTO LAS PUERTAS DE SU CASA Y HABER CONFIADO EN MI COMO UNIVERSITARIA Y AMIGA DE SU QUERIDA HIJA.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO POR HABERME PERMITIDO FORMAR PARTE DE TAN HONORABLE INSTITUCIÓN.**

**MUY ESPECIALMENTE LE AGRADEZCO A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, POR HABER SIDO TESTIGO DE MI FORMACIÓN PROFESIONAL.**

**A MI AMIGO Y ASESOR: EL LIC. RODRIGO RINCÓN MARTÍNEZ QUIEN CON SU ORIENTACIÓN Y APOYO HIZO POSIBLE QUE LLEGARA A SU AUGE UNA DE LAS METAS MÁS IMPORTANTES EN MI VIDA. GRACIAS LICENCIADO ES USTED UN GRAN SER HUMANO.**

**A LA MISS RAQUEL POR HABER ENCAMINADO LA FORMACIÓN DE MIS HIJOS, A CADA UNO EN SU MOMENTO Y EN SU TIEMPO. UN INFINITO AGRADECIMIENTO POR HABER DEJADO ESA MARCA DE DISTINCIÓN, LA CUAL LLEVARÁN TODA LA VIDA MIS PEQUEÑOS, GRACIAS POR EL CARIÑO Y LOS CUIDADOS A MIS MÁS PRECIADOS TESOROS.**

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DEL JUZGADO PRIMERO PENAL: A LOURDES, ADRIANA (LAS EXTRAÑO), A KATY, DAMIÁN, A MI ABOGADA BLANQUITA, SR. MUNDO, A LOS LIC. LILY (T.Q.M COMADRE), ELENITA, JUAN C., MIGUEL A., IRENE, ANITA, PATY MEDINA, PATY NERY, EME, ROBERTO ORTIZ, CHELITA.**

**PORQUE CADA UNO DE ELLOS EN SU MOMENTO FUE UN ALICIENTE PARA LA CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO. GRACIAS POR TODOS AQUELLOS CONOCIMIENTOS QUE COMPARTIERON CONMIGO.**

***ESTUDIO DOGMATICO DEL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN EL ARTICULO 200 FRACCION I DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.***

INTRODUCCIÓN	1
OBJETIVO	2

***CAPITULO I  
ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DE LA FAMILIA***

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA	3
1.1.1 EN ROMA	3
1.1.2 EN GRECIA	7
1.1.3 EN ESPAÑA	10
1.1.4 EN MÉXICO	10
1.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	13
1.2.1 CODIGO CIVIL DE 1870 Y 1884	13
1.2.2 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	15
1.2.3 CODIGO CIVIL DE 1928	16
1.2.4 REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE 1928	19

***CAPITULO II  
LOS TIPOS CONTRA LA INTEGRIDAD FAMILIAR***

2.1 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS ARTICULOS 323 BIS Y 323 TER EN EL CODIGO CIVIL DE 1997	20
2.2 REFORMAS A LOS ARTICULOS 323 BIS Y 323 TER EN EL CODIGO CIVIL DE 1997	22
2.3 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL ARTICULO 343-BIS DEL CODIGO PENAL DE 1997	24
2.4 REFORMAS DEL AL ARTÍCULO 343-BIS DEL CODIGO PENAL DE 1997	25
2.5 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL ACTUAL	26

***CAPITULO III***  
***EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO***

3.1 CONCEPTO DE DELITO	30
3.2 ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO	34
3.2.1 LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	35
3.2.2 LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	42
3.2.3 LA ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION	48
3.2.4 LA IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD	59
3.2.5 LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD	71
3.2.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.	99
3.2.7 LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	107
3.3 APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL DELITO AL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL	111

***CAPITULO IV***  
***TENTATIVA EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR***

4.1 CONCEPTO DE TENTATIVA	126
4.2 FORMAS DE TENTATIVA	127
4.3 LA TENTATIVA EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL.	129

***CAPITULO V***  
***LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR***

5.1 CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN	131
5.2 TEORIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN	133
5.2.1 TEORIA CAUSALISTA	133
5.2.2 TEORIA DE LA ACCESORIEDAD	133
5.2.3 TEORIA DE LA AUTONOMIA	133
5.3 LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL.	134

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>139</b>
<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>142</b>

## *INTRODUCCIÓN*

El presente trabajo se justifica por mi interés de desenvolver esta figura de violencia familiar prevista en la fracción I del artículo 200 del Código Penal, no solamente como lo expresa la ley, sino su trascendencia, que se entienda como se plantea el tipo de violencia familiar previsto en la fracción I del artículo 200 del Código Penal, en orden a los comportamientos humanos, ya que esta figura a la que me refiero suele trasmitirse de generación en generación. En la violencia familiar es importante recorrer la evolución histórica de la familia en Roma, Grecia, España y México, así como la evolución legislativa habida, pues de ella se obtienen datos importantes que reflejan la tradición, de usos y costumbres de cada tiempo. Realizaremos un estudio dogmático del tipo penal correspondiente al de violencia familiar, conforme a la sistemática finalista, que hoy por hoy, es la que domina en nuestra legislación y en buena parte de la doctrina tanto nacional como extranjera.

## ***OBJETIVO***

Mi objetivo es aplicar la teoría del delito al tipo de violencia familiar previsto en la fracción I del artículo 200 del Código Penal Vigente, desde el punto de vista de los aspectos positivos y negativos.

***CAPITULO I***  
***ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DE LA FAMILIA***

## 1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. La familia surgió antes de la formación de cualquier idea de Estado o derecho, ha sufrido hasta nuestros días para llegar a una verdadera institución.

Todos percibimos, por una parte, la existencia individual de los seres, lo que significa que cada uno existe con una autonomía propia que le distingue de los demás.

También se percibe la vinculación de unos seres con otros, porque ninguno se desarrolla sino en relación con otros.

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

Por ser sociable, el ser humano vive en comunidad. Ésta va desde la más pequeña que es la familia, al pueblo, ciudad, nación, comprendiendo la comunidad internacional. A través de ella, la comunidad no solo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

“La familia es el conjunto de personas que están unidas por la filiación, y también pero excepcionalmente, por la adopción”.<sup>\*1</sup>

Las familias las hay indígenas, campesinas, obreras, urbanas o rurales, de clase media, de clase alta; unas que se constituyen por la pareja humana, otras por la madre sola y los hijos; unas son extensas y otras nucleares, etcétera.

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

### 1.1.1 EN ROMA

La base de la sociedad romana fue la familia, la familia integrada de pleno en la *gens*, la tribu a la que pertenecía que a su vez se integraba en una sociedad formada por otras tribus formadas por familias, ramas todas ellas de un mismo árbol fuerte. La sociedad romana era clasista. Había dos clases principales de ciudadanos, los patricios y los plebeyos, los patricios eran los descendientes de aquellos *paters* que formaron el primer senado instituido por Rómulo al fundar la ciudad en 753 a. C, y los plebeyos eran los

---

<sup>\*1</sup> Marcel Planiol-Georges Ripert, Derecho Civil, Oxford University Press México, 2000, Pág. 103.

demás, el pueblo llano que diríamos ahora, que gozaba de ciudadanía pero que tuvo que luchar duro para arrebatar a la aristocracia sus derechos. Entre los patricios también había clases, había aristócratas de linaje remontado hasta la guerra de Troya y aristócratas salidos de la nobleza rural local, los que los de rancio abolengo llamaban "Hombres Nuevos" y a los que solían mirar como a inferiores.

Todos los romanos pertenecían obligatoriamente a una *gens*, a una tribu. Si ya estaban inscritos en una en ella permanecían hasta su muerte, si eran libertos, esclavos manumitidos a los que se concedía la ciudadanía romana, eran inscritos en el registro de tribus y se les asignaba una. Los romanos tenían tres nombres, el *praenomen*, el *nomen* y el *cognomen*,

Como base esencial de esta sociedad, la familia estaba también perfectamente reglamentada. Los romanos fueron un pueblo que amaba el orden por encima de todo y en Roma todo (menos las calles) estaba perfectamente ordenado. Cada unidad familiar constaba de un *pater familias* o padre de familia bajo cuya autoridad y tutela se hallaba la esposa, los hijos, los esclavos de su propiedad y los clientes, si la familia era lo bastante importante como para tenerlos.

El *PATER FAMILIAS* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. En una sociedad patriarcal típica de la Antigüedad él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla y por tanto era la pieza sobre la que giraba toda la familia. Era él el que tenía la responsabilidad de dirigirla de manera adecuada sus intereses no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

El *pater familias* es la máxima autoridad familiar gracias a la *Patria Potestad* de que dispone, por la cual él es la ley dentro de la familia y todos los demás miembros deben obediencia a sus decisiones. La *Patria Potestad* no fue sólo un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, una consecuencia de la Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada. Gracias a ello, el *pater familias* tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma.

En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos.

El *pater familias*, era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la *manus*, ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aun sobre los servidores domésticos.

La familia romana era una verdadera sociedad doméstica que no estaba propiamente dentro del Estado sino en cierta manera frente a él. Más tarde, la familia romana sufrió una evolución y fue absorbida por el Estado. Éste interviene con el orden jurídico que regula la relación familiar, se sustituye a la estructura antigua de la familia y disgrega su conjunto.

Esta corrupción del sistema, se aceleró porque el propio Estado al correr de los tiempos, concedió derechos a la familia natural, semejantes a los que sólo correspondían a la relación familiar.

En la organización de la familia romana en su estructura prístina, la comunidad doméstica tenía como fuente el matrimonio. Esta institución era sobre todo, la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer que compartían un mismo techo con la intención de tomarse y considerarse como marido y mujer. Esta intención se llama  *affectio maritalis*.

"Era un consorcio o comunidad íntima de vida, entre los cónyuges:  *viri et mulieris conjunctio individua consuetudinem vitae continens*"<sup>\*2</sup>.

La constitución de la familia en Roma, descansa en el matrimonio fundamentalmente. El matrimonio se celebraba como es sabido, por medio de la  *confarreatio*, si los contrayentes pertenecían a la clase patricia. Esta ceremonia de celebración de matrimonio entre patricios romanos, que tenía lugar ante el Sumo Pontífice, constituía un matrimonio indisoluble y aunque la ceremonia matrimonial era de derecho privado, se exteriorizaba y producía efectos más allá del derecho propiamente familiar; particularmente durante la República.

La  *coemptio* es el matrimonio celebrado entre romanos no patricios y sus efectos sólo atañen al derecho privado.

El matrimonio por  *usus* sólo establecía la presunción del vínculo marital que por el hecho de la simple cohabitación entre marido y mujer, cuando esta última no se ausentaba tres noches consecutivas del domicilio conyugal ( *usurpatio trinocti*).

El matrimonio en Roma bajo cualquiera de sus tres formas  *confarreatio*,  *coemptio* y  *usus*, no consistía solamente en el acto solemne o no solemne en que se declaraba la intención de los cónyuges en tomarse recíprocamente como marido y mujer, sino en la vida común, consuetudinaria, constante y permanente, de compartir un mismo techo, de someterse a una sola deidad (los  *manes* del marido), y de comportarse en esa vida común, íntima entre los consortes, como marido y mujer. Cohabitación e intención marital son los elementos característicos, predominantes.

Así se explica que al lado de las formas solemnes del matrimonio, se haya reconocido más tarde que dos personas, hombre y mujer que viven permanentemente en una casa común y que se tratan entre sí como esposos, adquieren el honor marital o sea el matrimonio por  *usus*; aunque ciertamente, esta forma de matrimonio era excepcional entre los romanos.

---

<sup>\*2</sup> Pedro Bonfante,  *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Ed. Reus, Pág. 180.

A la caída del Imperio Romano, durante las invasiones, la constitución de la familia se vio influida por elementos que introdujeron en ella las tribus bárbaras que invadieron el imperio.

Entre los germanos, la familia se entendía en sentido estricto formada por los miembros de ella (marido, mujer y descendientes de ellos) que vivían dentro de la casa común; pero comprendía también a los siervos y aún a los extraños acogidos en el hogar familiar.

Aparte esta forma, en un sentido más amplio, la familia comprendía además a los agnados que se obligaban a prestar servicios de las armas al jefe de la familia durante la guerra, mediante juramento.

Aun cuando no desapareció completamente entre los pueblos bárbaros, el concepto rígido de patria potestad, este concepto de dominio del señor casi absoluto sobre los bienes y hacienda de los siervos, trascendió los límites del grupo familiar tal como estaba organizado en el Derecho romano.

La Iglesia Católica introdujo más tarde las ideas romanas en la constitución de la familia feudal. Especialmente en lo que se refiere al derecho familiar patrimonial.

La familia comprende, pues, el paterfamilias, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paterna y la mujer in manu, que está en una condición análoga a la de una hija (loco filiae).

La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: La soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición puede excluir a sus descendientes por la emancipación; puede también, por la adopción, hacer ingresar algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas: todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario. En fin; el paterfamilias cumple como sacerdote de dioses domésticos, la sacra privata, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su manus, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos sui juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia

civil: he aquí otro sentido de la palabra familia, en cuyo caso, que es el más común, la familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil.

### 1.1.2 EN GRECIA

En los tiempos prehistóricos, los griegos, como los pelagos y otros pueblos congéneres, estaban ya constituidos con arreglo a la misma serie orgánica que los americanos: gens, fratria, tribu, confederación de tribus. Podía faltar la fratria, como en los dorios; no en todas partes tenía, por una necesidad, que haberse formado la confederación de tribus; pero en todos los casos, la gens era la unidad social. En la época en que aparecen en la historia los griegos, háyanse en los umbrales de la civilización; entre ellos y las tribus americanas, se extienden cerca de dos grandes períodos de desarrollo que los griegos de la época heroica llevan de delantera respecto a los iroqueses. Por eso la gens de los griegos ya no es de ningún modo la gens arcaica de los iroqueses; el sello del matrimonio por grupos comienza a borrarse muchísimo. La familia materna ha cedido el puesto a la familia paterna; y por eso mismo la fortuna privada, de reciente origen, ha abierto la primera brecha en la constitución gentil. Otra, segunda brecha sigue naturalmente a la primera; así que, al introducirse la familia paterna, la fortuna de una rica heredera hubo pasado a su marido mediante su matrimonio (es decir, a otra gens), derribóse todo el fundamento del derecho gentil; y no sólo se tuvo por lícito, sino que hasta se ordenó en este caso, que la joven núbil se casase dentro de su gens para conservar en ésta la fortuna.

Bajo la constitución de la gens, la familia nunca pudo ser ni fue una unidad orgánica, porque el marido y la mujer pertenecían, por necesidad, a dos gentes diferentes.

La gens entraba por completo en la fratria, y la fratria en la tribu; la familia entraba a medias en la gens del marido, a medias en la de la mujer. Tampoco el Estado reconocía la familia en derecho público; hasta aquí sólo existe en derecho privado. Y, sin embargo, todos los trabajos históricos hechos hasta el presente parten del absurdo principio, que ha llegado a ser sagrado, sobre todo en el siglo XVIII, de que la familia monogámica, apenas más antigua que la civilización, es el núcleo alrededor del cual cristalizaron poco a poco la sociedad y el Estado.

"El sistema de consanguinidad que corresponde a la gens en su forma primitiva (y los griegos lo han tenido como los demás mortales) conservaba el conocimiento de los grados de parentesco de todos los miembros de la gens entre sí. (Aprendieron este hecho, de suma importancia para ellos, por la práctica, desde la cuna). Con la familia monogámica, eso cayó en olvido. El nombre de la gens creó un árbol genealógico junto al cual parecía insignificante el de la familia individual. En lo sucesivo, ese era el nombre que debían conservar por el hecho de la descendencia común de quienes lo llevaban; pero subió tan alto el árbol genealógico de la gens, que sus miembros ya no pudieron demostrar su parentesco recíproco real, excepto en un pequeño número de casos, en los ascendientes comunes más próximos. El nombre mismo era una prueba de comunidad de origen, y una prueba irrecusable, salvo en los casos de adopción. Por consiguiente, negar el hecho de toda clase de consanguinidad entre los gentiles, como lo hacen Grocio y Niebuhr (que han

transformado la gens en una creación puramente imaginaria y poética), es digno de escribir "idealistas", es decir, de escritores para su casa. Porque el encadenamiento de las generaciones, sobre todo desde la aparición de la monogamia, se pierde en la lejanía de los tiempos y porque la realidad pasada aparece como un reflejo nada más, en las fantasías mitológicas, los pazguatos gazmoños han deducido y aún deducen que genealogías imaginarias crearon gentes reales

Entre los griegos encontramos en todo su vigor la nueva forma de la familia. Al paso que según la observación de Morgan, el papel de las diosas en la mitología indica un período anterior en que las mujeres aún tenían una posición más libre y más estimada, encontramos ya a la mujer de los tiempos heroicos humillada por el predominio del hombre y la competencia de las esclavas. La mujer griega de la época heroica es más respetada que la del período civilizado: pero, sin embargo, en último término, para el hombre no es más que la madre de sus hijos legítimos, la que gobierna la casa y dirige a las esclavas, de las cuales tiene derecho a hacer él concubinas suyas a su voluntad. La existencia de la esclavitud junto a la monogamia, la presencia de jóvenes y bellas cautivas que pertenecen en cuerpo y alma al hombre es lo que constituye desde su origen el carácter específico de la monogamia, la cual sólo es monogamia para la mujer, y no para el hombre. Y en la actualidad aún tiene este carácter.

En cuanto a los griegos de una época más reciente, debemos distinguir entre los dorios y los jonios. Los primeros de los cuales Esparta es el ejemplo clásico. Se encuentran desde muchos puntos de vista en condiciones conyugales mucho más primitivas que las pintadas por Homero. En Esparta existe un matrimonio sindiásmico modificado conforme a la idea local del Estado y que presenta muchas reminiscencias del matrimonio por grupos.

Las uniones estériles se rompen; el rey Anaxádrides (hacia el año 560 antes de nuestra era) tomó una segunda mujer, sin dejar a la primera, que fue estéril, y sostenía dos domicilios conyugales; hacía la misma época, teniendo el rey Ariston dos mujeres sin hijos, tomó otra tercera, pero en cambio repudió a una de las dos primeras. Además, varios hermanos podían tener una mujer común; el hombre a quien convenía más la mujer de su amigo podía participar de ella con éste; y se encontraba muy decente poner la mujer a disposición de "un buen semental", aun cuando no fuese un ciudadano libre. De un pasaje de Plutarco, en que a una espartana envía su marido un amante que la persigue con sus proposiciones, hasta parece deducirse, según Schaemann, una libertad de costumbres aún más grande. Pero también, por esta razón, era cosa inaudita el adulterio efectivo, la infidelidad de la mujer a espaldas de su marido. Por otra parte, la esclavitud doméstica era desconocida en Esparta, por lo menos en la mejor época; los ilotas esclavos vivían aparte en las tierras de sus señores, y, por consiguiente, era menor la tentación de frecuentar a las mujeres de aquellos para los espartanos. Por todas estas razones, las mujeres de Esparta tenían una posición mucho más respetada que entre los otros griegos. Las casadas espartanas y la flor y nata de las hetairas atenienses son las únicas mujeres de quienes hablan con respeto los antiguos, y de las cuales tomáronse el trabajo de recoger los dichos. Otra cosa muy diferente era lo que pasaba entre los jonios, respecto a los que es característico el régimen de Atenas. Las doncellas no aprendían sino a hilar, tejer y coser, a lo sumo a leer y escribir. No teniendo trato sino con otras mujeres, equivale a decir que

estaban prisioneras. Su habitación era un aposento separado de la casa, sito en el piso alto o detrás de ésta; los hombres, sobre todo los extraños, no entraban fácilmente allí, donde se retiraban ellas cuando iban visitas masculinas. Las mujeres no salían sin que las acompañase una esclava; dentro de casa eran objeto de una vigilancia exquisita; Aristófanes habla de perros de presa adiestrados para espantar a los galanes, y (a lo menos en las ciudades asiáticas) para vigilar a las mujeres había eunucos, que desde los tiempos de Herodoto se fabricaban en Quios para comerciar en ellos, y que sólo servían a los bárbaros, si hemos de creer a Wachsmuth. En Eurípides se designa a la mujer como un oikurema, como una "cosa" destinada al cuidado del hogar doméstico (la palabra es neutra), y, fuera de la procreación de los hijos, no era para el ateniense sino la criada principal. El hombre tenía sus ejercicios gimnásticos, sus discusiones públicas, de donde estaba excluida la mujer; además tenía esclavas a su disposición, y en la época floreciente de Atenas, una prostitución muy extensa y por lo menos protegida por el Estado. Precisamente, esa prostitución fue el punto de partida del desarrollo del carácter de ciertas mujeres griegas, que por su ingenio y su gusto artístico sobresalen por encima del nivel general del mundo femenino antiguo, tanto como las mujeres espartanas lo superan por el carácter. Pero el hecho sólo de que para convertirse en mujer fuese preciso antes hacerse hetaira, es la condenación más severa de la familia ateniense.

Con el transcurso de las edades, esa familia ateniense llegó a ser el tipo por el cual modelaron cada vez más sus condiciones domésticas, no sólo el resto de los jonios, sino también todos los griegos del interior y de las colonias. Pero a pesar del secuestro y de la vigilancia, las griegas hallaban harto a menudo ocasiones para engañar a sus maridos.

Estos, que se hubieran ruborizado de mostrar el más pequeño amor a sus mujeres, recreábanse con las hetairas en toda clase de galanterías; pero el envilecimiento de las mujeres se vengó en los hombres y los envileció a su vez hasta hacerlos caer en las repugnantes prácticas de la pederastia y deshonorar a sus dioses con el mito de Ganímedes como se deshonoraban ellos mismos.

Tal fue el origen de la monogamia, según hemos podido seguirla en el pueblo más civilizado, y que llegó al más culminante desarrollo de la antigüedad, De ninguna manera fue fruto del amor sexual individual, con el que no tenía nada de común, siendo los matrimonios de pura convención después, como lo eran antes. Fue la primera forma de familia que tuvo por base condiciones sociales, y no las naturales; y fue, más que nada, el triunfo de la propiedad individual sobre el comunismo espontáneo primitivo.

Preponderancia del hombre en la familia, y procreación de hijos que sólo pudieron ser de él y destinados a heredarle: tales fueron, franca y descaradamente proclamados por los griegos, los únicos móviles de la monogamia. En lo demás, el matrimonio era para ellos una carga, un deber para con los dioses, el Estado y sus propios padres, deber que se veían obligados a cumplir. En Atenas, la ley no sólo imponía el matrimonio, sino que además obligaba al marido a un mínimo de pagos de lo que se llama débito conyugal.

### 1.1.3 EN ESPAÑA

En España durante el medioevo y dada la estrecha relación que hubo en aquella época entre la Iglesia y el Estado, casi todo lo relativo al derecho de familia y al matrimonio, fue reglamentado por el derecho canónico, cuando se trataba de matrimonio entre católicos.

En la Edad Media y en España, la familia gentilicia que abarca un concepto amplio de ésta, tiene clara raigambre celta. En el grupo familiar quedaban comprendidos aún los parientes más lejanos.

Se advierte en esta concepción de la familia española medieval, la influencia de la organización familiar germánica, en la que la cohesión recíproca entre los parientes es muy acentuada.

El elemento cristiano ejerció un influjo decisivo en orden al matrimonio y otras instituciones del derecho de familia. El catolicismo luchó de antiguo contra los gérmenes destructores de la familia, y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España, acaso por el ejemplo de las uniones islámicas. El derecho canónico, que penetró en Castilla por conducto de las Partícúlidas y de la doctrina de los canonistas, fue aceptado en Cataluña como supletorio de la legislación civil. En toda España fue recibida la legislación matrimonial del Concilio de Trento a virtud de la Real Cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1564.

### 1.1.4 EN MEXICO

Un grupo de familias o clan constituían una tribu. Entre los tenochcas había 20 clanes o **calpullis**, en los cuales los jefes de familia elegían un representante (**calpullec**), asesorado por un consejo de ancianos (**huchuetque**). Los representantes de los calpullis formaban el **tlatocan**, organismo que presidía el gobierno general de Tenochtitlan. A quien los españoles llamaron rey, era el hombre que ocupaba el puesto supremo entre todos los jefes, llamada **Tlacatecuhtli** (señor de los hombres), también denominado **Tlatoani**. El cargo del Tlacatecuhtli era electivo.

Los miembros de un calpulli poseían un territorio en común, habitaban en un mismo barrio y realizaban conjuntamente una serie de funciones de carácter socio-económico, religioso, militar y político.

Un joven era apto para el **matrimonio** a los 20 años, mientras una joven se consideraba madura aproximadamente a los 16 años. Antes del matrimonio, se consultaba a un sacerdote para que decidiera si los destinos de la pareja eran armoniosos. De ser así, el padre del novio enviaba dos ancianas de la tribu con obsequios para los padres de la muchacha, quienes de acuerdo con la costumbre, desechaban la petición. Las ancianas regresaban otra vez, por la respuesta definitiva. Si se aceptaba el matrimonio, una de las casamenteras llevaba a la novia en sus espaldas hasta pasar por la puerta de la casa del futuro marido y después se ataban los mantos de los novios para simbolizar su unión.

Se celebraba una fiesta y los desposados hacían penitencia durante cuatro días, pasados los cuales consumaban su matrimonio.

Existía la **poligamia**, sin embargo, la primera mujer tenía prioridad sobre las otras. El **divorcio** era considerado: un hombre podía repudiar a su mujer en caso de esterilidad o si descuidaba sus deberes. La mujer podía hacerlo de su marido cuando éste no podía sostener la familia o cuando la maltratara físicamente. Una divorciada podía casarse con cualquiera, pero una viuda tenía que hacerlo con un hermano de su difunto marido.

Los muchachos que huían de casa, prostitutas, delincuentes proscritos, antisociales, cargadores, titiriteros, vagos, acróbatas y ladrones eran marginados y desprovistos de cualquier vínculo que los ligara a una comunidad en específico.

En tenochtitlan en el calmecac se les enseñaba a los jóvenes pipiltzin las artes del sacerdocio, el calendario y la escritura. Los sacerdotes los instruían en la historia de la nación y los rituales de su culto.

En el telpochcalli, los jóvenes macehualtin eran entrenados en el arte de la guerra, pues eran instruidos para servir como soldados durante alguna contingencia. No era necesario que aprendieran a leer o escribir, solamente se entrenaba su cuerpo.

Las niñas recibían un trato diferente, las pipiltzin eran instruidas en el culto a quetzalcoatl, entraban de novicias en los diferentes templos para colocar ofrendas florales, barrer los templos y adornarlos permanentemente.

Las niñas macehualtin recibían la educación directa de sus madres, quienes les enseñaban las labores propias del hogar, además de tejer e hilar.

Pero eso no era todo, existían también dos escuelas de orden superior. Estas eran las de los guerreros águila y guerreros jaguar.

A ellas llegaban jóvenes de todas las provincias, apoyados y recomendados ampliamente por sus familias o por sus calpullis, la única primer condición era que su conducta, a lo largo de toda su vida haya sido recta e intachable.

En estas escuelas el entrenamiento era extremadamente riguroso, tanto física como mentalmente, esto con el único fin de crear la elite del ejercito tenochca.

A partir del gobierno de akamapichtli, se consolido la existencia de diferentes clases sociales que llenarían el entorno de la gran tenochtitlan.

## LOS MACEHUALTIN

Eran la gente del pueblo. Formaban parte de antiguos grupos emparentados entre sí, establecidos en una ubicación determinada y con una dotación de tierras poseídas en común.

Las familias de los macehualtin estaban agrupadas en torno a lo que se designaba como "la familia grande", integrada por el núcleo original de los padres y de varios de los hijos que, a su vez, habían iniciado nuevas familias. El conjunto de varias familias relacionadas de este modo constituía la unidad llamada calpulli, que significa gran casa. Los miembros de un calpulli poseían un territorio en común, habitaban en un mismo barrio y realizaban conjuntamente una serie de funciones de carácter socio-económico, religioso, militar y político.

Tenían estrictamente prohibido usar ropas de algodón y mantos largos. Vestían con lienzos de hilo de lechuguilla y fibras ásperas. No se les permitía engalanarse con pedrería, aunque pudieran comprarla y se les prohibía colocar almenas en los muros de sus casas.

Un calpulli muy prestigiado, por el trabajo que realizaba era el de los amanteca, gente que se dedicaba a trabajar con plumas preciosas.

Los hijos de estos tlatlacotin no eran considerados esclavos, aunque no gozaban de los mismos beneficios que cualquier gente libre.

Los miembros de una familia pipiltzin recibían una educación esmerada y a los jefes de familia se les permitía tener varias mujeres concubinas, sin embargo, la familia solo era considerada a particular de la mujer que era la esposa.

Vestían con ropajes de algodón y mantos largos. Se aderezaban con orejeras, bezotes y collares de piedras preciosas; en sus casas se conocía el lujo de los almohadones de plumas, además de tener numerosos sirvientes.

Las fachadas de sus casas las adornaban con almenas que evidenciaban el rango de sus moradores. Todos los pipiltzin eran juzgados por tribunales especiales.

Los pochtecah eran otra clase social importante dentro del contexto náhuatl. Comerciantes de cualquier cosa, ellos tenían un código jurídico y económico que determinaba sus funciones.

Tenían además sus propios ritos, ceremonias y tribunales. Organizaban los sistemas de intercambio comercial entre los macehualtin y pipiltzín

Con frecuencia desempeñaban funciones de emisarios, embajadores y espías. Durante los últimos años de la nación mexicana, la importancia de los pochtecah como clase social era tan grande que había ocasiones en las que figuraban en la vida pública aun más que los pipiltzin.

Tenían una vida muy disciplinada. Realizaban ayunos, se abstendían de tener relaciones sexuales e interrumpían constantemente su sueño, aparte se autosacrificaban diariamente como parte de una rutina cotidiana.

## **1.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS**

Es importante analizar la legislación, ya que refleja en cierta medida, la tradición y costumbres de cada tiempo; recorriendo la evolución legislativa, se obtendrán datos importantes, como por ejemplo los problemas y soluciones que se daban a ellos.

En principio conviene hacer una referencia a los Códigos civiles anteriores, y percatarnos de cómo fue su evolución.

### **1.2.1 CODIGO CIVIL DE 1870 Y 1884**

El 13 de diciembre de 1870 se publica una cuartúcloa ley: el Código Civil de 1870. Este Código posee una fuerte influencia del Código Civil de Napoleón, deroga todas las disposiciones que en forma dispersa existían hasta esa fecha y establece, en materia de matrimonio y de registro las reglas siguientes:

Define al matrimonio como “la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo indisoluble, para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

Establece el carácter civil, que no eclesiástico, del matrimonio.

Se establece el predominio del hombre sobre la mujer, con la obligación de ella de vivir con él, de obedecerlo y seguirlo adonde quiera que establezca su residencia. No podía la mujer comparecer en juicio sin la autorización del hombre ni enajenar bienes o adquirirlos sin consentimiento de éste.

Establece el divorcio, con el que se suspenden ciertas obligaciones matrimoniales, más no se disuelve el vínculo de matrimonio; es decir este era indisoluble y los contrayentes no podían contraer nuevas nupcias.

La patria potestad era ejercida en exclusiva por el padre.

Se fija como mínimo para contraer nupcias, la edad de 14 años en el hombre y 12 en la mujer.

El concubinato sí producía parentesco por afinidad.

Se establece la sociedad conyugal y la separación de bienes.

Se establecen las capitulaciones matrimoniales para regular los bienes gananciales (que son los que aportan los cónyuges al patrimonio familiar inicial, y que están regulados por las capitulaciones matrimoniales).

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

“Clasificó a los hijos en legítimos y en hijos fuera de matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios ex - nefario vel damanato coitu o sea adulterinos y los incestuosos principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a que pertenecían (Artículos. 283 y 2460 a 2496).” \*<sup>3</sup>

Confirió la patria potestad al padre exclusivamente (Artículo. 392, fr. I Código Civil) y a la falta de él lo ejercía la madre.

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

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

- I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;
- II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

---

\*<sup>3</sup> Sánchez Medal, Ramón, Los grandes cambios en el Derecho de familia en México, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979, Pág.12.

III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima”.

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

En ambos Códigos el artículo 1º prevenía que “la ley civil es igual para todos, sin distinción de personas ni sexos, a no ser en los casos especialmente declarados”. Y estos casos fueron varios e importantes en cuanto a la discriminación de la mujer y de los hijos.

### **1.2.2 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES**

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

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

-El matrimonio deja de ser el supuesto para establecer el parentesco y es la consanguinidad la que lo determina.

-Establece que los hijos naturales y los legítimos son iguales, y al efecto nos dice en la exposición de motivos: "Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que, considerado el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy en nuestra sociedad liberal, que no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más, cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya no sólo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos, que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez que fomentar las uniones lícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudieran originar, y teniendo presentes los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio, se previene que ella no pueda reconocer a sus hijos naturales

sin consentimiento del marido, y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal sin permiso de la esposa."

Y así, borra la distinción de los hijos legítimos, naturales, espurios, incestuosos, etcétera.

Define al matrimonio como un contrato civil y disoluble. Establece el divorcio voluntario y necesario.

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

Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el artículo 40 previene "que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente". Continúa la obligación de la mujer de vivir con su consorte, exceptuando cuando éste se ausente de la República (Artículo. 41). El marido debe dar alimentos a su mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, la mujer "tiene obligación de atender todos los asuntos domésticos; por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos, gobierno y dirección del hogar" (Artículo. 44).

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

Se dispuso que los hijos naturales naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los reconozca; se omitió consignar derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, que ya otorgaban los códigos anteriores.

En las relaciones patrimoniales de los cónyuges se sustituyó el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes (artículos. 270 a 274).

### **1.2.3 CODIGO CIVIL DE 1928**

El 30 de agosto de 1928 se promulgó el Código Civil que actualmente nos rige, mismo que entró en vigor el *primero de octubre de 1932*.

Sus disposiciones son aplicables en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal.

Este código se encuentra influido por la idea de socialización del Derecho. Las ideas que lo inspiraron, han sido tomadas en particular del Código de 1884, de la Ley de Relaciones Familiares y de los códigos alemán, suizo, argentino y chileno, así como del

proyecto de Código de Obligaciones y Contratos ítalo-francés que formuló la Comisión de Estudios de la Unión Legislativa de estos dos países.

La exposición de motivos de dicho código informa: "Nuestro actual Código civil (se refiere al Código de 1884), producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha visto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de la solidaridad. Para transformar un Código civil, en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorezca exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad. El pensamiento que informa el nuevo Código civil puede expresarse brevemente en los siguientes términos: armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código civil de 1884.

La reforma del Código civil era un deber ineludible de la Revolución; pero en tanto que la organización de la familia, el concepto de la propiedad y la reglamentación fácil y expedita de las transformaciones diarias no se armonizaran con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen, vencido en los campos de batalla seguirla gobernando nuestra sociedad."

José Castán Toberas *dice*: fuera de ciertas modificaciones en el orden de los títulos y de algunos títulos nuevos (como los relativos al patrimonio de la familia, a la transmisión de las obligaciones y a los contratos preparatorios) conserva el nuevo código la sistemática no muy perfecta del anterior. Falto de parte general, incluye ¡lógicamente la prescripción de acciones (a la que llama prescripción negativa) en el libro dedicado a los bienes. Y falto también de una distinción neta entre *los* derechos reales y los de crédito, estudia dentro de los contratos, instituciones como la prenda y la hipoteca, que tendría sede más adelante en el tratado de propiedad o de *los* derechos reales."

Las principales innovaciones en cuanto a la familia en el Código civil de 1928, para el Distrito Federal fueron las siguientes:

- a) Establecer la igualdad de capacidad jurídica del hombre y la mujer (artículo 29).
- b) La ruptura de la promesa de matrimonio (artículo 143), produce el efecto, de obligar a quien la quebrante a resarcir al prometido, a la reparación de los daños y perjuicios que sufra con este motivo y aun a cubrir una compensación en dinero, por concepto de reparación moral.
- c) Se declara expresamente que en el hogar, el marido y la mujer tendrán autoridad y consideraciones iguales (ARTICULO 168).
- d) Se introduce la exigencia de un certificado prenupcial como requisito previo para la celebración del matrimonio (artículo 98 fracción VI).
- e) Además de los impedimentos para contraer matrimonio reconocidos en el Código de 1884 (falta de edad, falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, parentesco de consanguinidad y de afinidad, adulterio, etc.) consagra como impedimentos la

imposibilidad en cualquiera de los cónyuges para cumplir los fines biológicos y sociales de la institución (ARTICULO 156).

f) Establece y reglamenta la institución del patrimonio de familia (artículos 723, 727 y 730).

g) El régimen de los bienes de los cónyuges se establece sobre cualquiera de estas dos bases: sociedad conyugal o separación de bienes de los consortes (artículos 98 fracción V y 178).

h) Se prescinde de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, por lo que toca a la paternidad y al ejercicio de la patria potestad (artículos 324 y 360), y se clasifica a los hijos como hijos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio. Respecto de estos últimos ha tratado de borrar toda distinción que parecería infamatoria entre hijos adulterinos e incestuosos, a los que aludían expresamente el Código Civil de 1884.

i) Se reconoce ciertos efectos jurídicos al concubinatio. Así la persona con quien el causante vivía como si fuera su cónyuge, durante cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinatio, tiene derecho a recibir alimentos, de la herencia, mientras observe una buena conducta y permanezca soltera (artículo 1368 fracción V) y si el causante muere intestado tiene derecho a una cuota de la herencia, variable según los herederos con quienes concurra (artículo 1635).

j) Establece el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 274) y aún este último, si los cónyuges que pretenden divorciarse son mayores de edad, no tienen hijos y han convenido en liquidar la sociedad conyugal, puede obtenerse sin intervención judicial, por la simple comparecencia ante el juez del Registro Civil, quien administrativamente puede declarar en ese caso la disolución del vínculo matrimonial (artículo 272).

k) Se reglamenta la institución de la tutela, apartándose del sistema latino de la tutela de familia por el sistema germánico de la tutela de autoridad y crea el consejo local de tutelas como órgano de vigilancia y de información y encarga a un funcionario especial, el juez pupilar, la investigación en los asuntos relativos a la tutela (artículos 626, 631, 632 y 633).

l) Establece la posibilidad, mediante un sistema permisivo limitado, de investigar la paternidad en los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincide con la de la concepción, cuando el demandante se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre, cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el presunto padre, viviendo maritalmente y cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre (artículo 382).

Aun cuando se ha pretendido ver en el Código civil de 1928 un código de Derecho privado social, el reconocimiento de divorcio por mutuo consentimiento, la facultad de testar libremente, la supresión de la prodigalidad como causa de interdicción, contrasta gravemente con esta idea, porque se inspiran en ideas francamente individualistas; aun cuando en otro aspecto, particularmente en materia de propiedad, el libre ejercicio de la voluntad queda restringido frente a los intereses sociales.

Por otra parte, la exposición de motivos de dicho código nos hace conocer que los redactores de él, no tuvieron reparo en inspirarse en las legislaturas extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación Patria y en tomar en cuenta la opinión de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas y sobre todo procurando

encauzar en el Código civil los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Federal de 1917.

#### **1.2.4 REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE 1928**

Si bien el Código Civil de 1928, en vigor desde 1932 hasta la fecha, ha sufrido muchas modificaciones en lo esencial tiene las siguientes características:

Este código desde su origen, en el artículo 2º consigna que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Este primer paso para evitar la discriminación, se confirma posteriormente en la igualdad conyugal, al expresar que "el marido y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar, contraer o disponer de sus bienes propios y ejercer las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden sin que para tal efecto necesite el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y dominio de los bienes comunes" (Artículo. 172 *Código Civil*). Se confirma lo anterior al derogarse los artículos 174 y 175, que exigían, originalmente la autorización judicial para que la mujer pudiera contratar con su marido; después ambos requerían de esa autorización.

También, en relación a la contribución económica al sostenimiento del hogar, a su alimentación como cónyuges y la de los hijos y la educación de éstos, se iguala a ambos, al prevenir el artículo 164 que la responsabilidad es mutua y que entre ellos se distribuirán las cargas. Agrega, dicho numeral, que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Se confirma, también, por el artículo 168 la misma autoridad e igualdad en el hogar en cuanto a resolver de común acuerdo lo conducente al manejo del mismo, a la formación y educación de los hijos y a la administración de sus bienes.

Se omite la obligación de la mujer a seguir a su marido y se establece la obligación de ambos de vivir juntos en el domicilio conyugal, y se define éste como el lugar establecido de común acuerdo por los consortes, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales (Artículo. 163 *Código Civil*).

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

La mujer casada puede reconocer sin el consentimiento del consorte a los hijos habidos antes del matrimonio (Artículo. 272 *Código Civil*).

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

***CAPITULO II***  
***LOS TIPOS CONTRA LA INTEGRIDAD FAMILIAR***

## **2.1 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LOS ARTICULOS 323 BIS Y 323 TER EN EL CODIGO CIVIL DE 1997**

En consecuencia, en 1997 el Congreso de la Unión aprueba las reformas a los Códigos Civiles y Penales, al igual que sus respectivos procedimientos en materia de violencia intrafamiliar; por primera vez en México, la violencia física y psicológica que se ejerce dentro de la familia es considerada un delito, se obliga a los servidores públicos en los ámbitos de procuración y administración de justicia a establecer medidas de protección.

Se considera a la violencia contra la mujer como una causal de divorcio y respecto a los menores, la pérdida de la patria potestad de los padres agresores; además se crea el tipo penal de violación en el matrimonio.

Gracias a estos esfuerzos, hoy en día diversas entidades federativas cuentan con disposiciones especiales en violencia familiar.

Ya se castigaba en México con cárcel y otras penas al miembro de la familia que ejerciera violencia física o psíquica contra cualquier otro integrante del núcleo familiar (Reformas y adiciones a Códigos Penal, Civil, de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles aprobadas por el Congreso de la Unión en Diciembre de 1997).

Así en el Código Civil para el Distrito Federal en el Libro Primero, Título Sexto, Capítulo III, se adiciona el delito de Violencia Familiar y queda como sigue:

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

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

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.”

La violencia familiar consiste en un abuso al interior del núcleo familiar que lleva a cabo quien, por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por lo cual las mujeres y los niños son las principales víctimas. Si no se le detiene, tiende a

repetirse e incrementar su intensidad y frecuencia. Este es un problema que se manifiesta en todos los niveles y clases sociales.

La violencia al interior del núcleo básico de convivencia humana genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de este ámbito. Se ha comprobado que niñas y niños que provienen de hogares con problemas de violencia, reproducen las mismas actitudes y conductas de sus padres, así como que la violencia entre cónyuges afecta a los hijos.

La forma más explícita es la violencia física - golpes, empujones, sacudones - pero la violencia doméstica reviste otras múltiples formas tales con la agresión verbal, la restricción de la libertad y conductas que llevan a la disminución de la autoestima.

El derecho a gozar de una vida familiar libre de violencia es requisito imprescindible para el desarrollo de las personas. El vivir en forma digna, con una convivencia sana y armónica, alienta el pleno desenvolvimiento de las potencialidades humanas. Desgraciadamente, la violencia familiar, entendida como toda agresión física, psicológica o sexual que se produce reiteradamente por cualquiera de los miembros que forman la familia, impide el desenvolvimiento o desarrollo de sus miembros, convirtiéndose en un elemento que deteriora, denigra e incluso destruye el núcleo familiar.

Con el propósito de garantizar la integridad de la familia y proteger los derechos de todos y cada uno de sus miembros, en relación a la violencia familiar, se presentó en el año de 1997 una Iniciativa que se propone subsanar la insuficiente tipificación de los delitos sobre agresiones físicas y psíquicas entre los miembros de la familia. Con dicha iniciativa se pretende cubrir de manera integral, además de la penalización de las conductas violentas, las medidas necesarias para proteger a las víctimas y crear conciencia en nuestra entidad sobre las causas y consecuencias que origina este fenómeno. Se busca además su difusión para prevenir, combatir y tratar de eliminar la violencia familiar.

La iniciativa que se presenta reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para actualizarlo en relación a la recientemente aprobada Ley para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar.

En la mayoría de los casos la violencia se origina contra la mujer y los hijos, por lo que con este precepto se le da el derecho a la mujer, para que trate de erradicar esas agresiones físicas o psíquicas que se produzcan en su agravio, cualquiera que sea su forma de expresión.

Dentro del título sexto, se adiciona el capítulo III «De la violencia familiar», en donde se señala que «todo integrante de la familia tiene derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica» (Artículo. 323 BIS); que « los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar » (Artículo. 323 TER).

Por otra parte se busca aclarar que la separación no va extinguir las responsabilidades en materia de alimentos de quienes ejercen la patria potestad.

Se otorga también el derecho de ejercer las acciones contenidas en la Ley de Violencia familiar, a las personas que vivan en Concubinato, siempre y cuando tengan su domicilio común con las mismas características del domicilio conyugal.

Estas adecuaciones buscan que los conflictos generados por la violencia familiar cuenten con un procedimiento ágil y medidas precautorias suficientes para hacer cesar agresiones, también se plantea que los conflictos generados con motivo de la violencia familiar sean resueltos en la vía de controversia familiar, considerándose todos los problemas referentes a la familia como de orden público.

## **2.2 REFORMAS A LOS ARTICULOS 323 BIS Y 323 TER DE EL CODIGO CIVIL DE 1997**

En el mes de junio del año 2000, el nuevo Código Civil para el Distrito Federal, atendiendo a la realidad social, jurídica, económica y cultural que prevalece en nuestro país, y especialmente en la capital, establece importantes conquistas tendientes a lograr una mayor equidad entre los géneros, procurando con ello, esencialmente, lograr que se respete la integridad, la libertad, la seguridad personal y la dignidad que merece toda mujer. Entre los aspectos más relevantes, se reconoce que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estime como contribución económica al sostenimiento del hogar, y que en caso de divorcio necesario, la persona que preponderantemente se haya dedicado al desempeño del trabajo en el hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos, tenga derecho a demandar del otro cónyuge hasta el cincuenta por ciento de los bienes que éste hubiera adquirido, cumpliendo con ciertos requisitos. En el mismo tenor, se prevé, que durante el procedimiento el Juez pueda decretar la permanencia en el domicilio conyugal o común de las personas que son víctimas de violencia familiar, ordenando la separación o desalojo del cónyuge o concubino agresor.

Además de las reformas a los artículos 323 BIS. Y 323 TER, adicionalmente se incluye la legislación sobre violencia familiar, donde la educación o formación del menor no será en ningún caso considerada como justificación para alguna forma de maltrato y se especifica que los integrantes de las familias que incurran en violencia familiar deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta.

323 QUATER “Por violencia familiar se considera 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, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independiente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

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

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

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

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

Artículo 282 Fracción VII “Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

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

El concepto de violencia tiene gran trascendencia, toda vez que antes del Código Civil Para el Distrito Federal del año 2000, se establecían como requisitos para considerar la existencia de violencia familiar, que la conducta fuera reiterada, esto es, repetida, que el agresor y agredido habitaran el mismo domicilio y que existiera una relación de parentesco, matrimonio o concubinato. Esto es, contrario sensu, se estimaba su inexistencia cuando se profería una sola agresión, cuando los cónyuges o parientes no vivían juntos, o bien los primeros ya estuvieran divorciados, lo cual creaba mucha confusión en el terreno de la aplicación ante los tribunales.

Con posterioridad se modifica dicho concepto, y en el artículo 323 QUATER, del Código Civil, no se exige la reiteración, la cohabitación, y sólo se establece que exista un vínculo familiar.

Al respecto, en el ámbito familiar, el Código Civil Para el Distrito Federal, establece diversas disposiciones para su aplicación, a saber: Para garantizar la integridad física, psíquica y moral, el juez tiene obligaciones y facultades para decretar todas las medidas tendientes a proteger a la mujer que es víctima de violencia, por ejemplo, la salida del domicilio conyugal por parte del agresor, impedirle que se acerque a los agraviados o ir al domicilio donde trabajan o estudian, allegarse oficiosamente de pruebas, decretar medidas de protección a favor de las víctimas.

Con las modificaciones aprobadas se contó con más mecanismos de protección a las mujeres en caso de divorcio; se eliminan cuestiones y términos peyorativos en el matrimonio, concubinato o hacia los hijos, situación que coloca al código como "el más avanzado de todo el país".

Entre las reformas, que entraron en vigor el primero de junio del año 2000, está la eliminación de términos en cuanto a la condición de los hijos adoptados o biológicos, como el de "adulterinos" o los nacidos en penales; también se eliminaron palabras y situaciones que generaban una fuerte carga de prejuicios y una visión machista y discriminatoria.

### **2.3 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL ARTICULO 343-BIS DEL CODIGO PENAL DE 1997**

En materia penal el delito de VIOLENCIA FAMILIAR, fue creado como tal por iniciativa de Ley del 6 de Noviembre de 1997 en su artículo 343 bis del Código Penal, estableciendo que: "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", refiriendo (en dicha iniciativa), que el bien jurídico tutelado es la convivencia armónica dentro del hogar entre los integrantes de la familia, así como de aquellas personas que por cohabitar en el mismo espacio físico, mantienen una relación similar a la existente entre aquellos; así mismo, en dicha iniciativa se señalaba tajantemente que si se produce una sola conducta, por muy grave que pudiera ser la lesión o el trastorno psicológico, no se integraría el tipo de violencia familiar.

De lo anterior se desprende que, el Congreso de la Unión, crea el tipo especial de VIOLENCIA FAMILIAR, con características propias que lo distinguen de otros tipos, dentro de las que destacan de manera primordial las siguientes: La existencia de una conducta REITERADA de violencia, sea esta física o moral; que exista entre el sujeto activo y pasivo una RELACIÓN DE PARENTESCO (por consanguinidad, afinidad o cualquier otra que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona) y que ambos (sujeto activo y pasivo) CONVIVAN EN EL MISMO DOMICILIO. Mas sin embargo, la reiteración en la conducta, así como el presupuesto de convivencia en el mismo domicilio entre el sujeto activo y el pasivo, como características particulares del delito de VIOLENCIA FAMILIAR a que se refiere el artículo 343-bis del Código Penal.

En el Código Penal se establece en el capítulo Octavo el concepto de violencia familiar comprendiéndose bajo este nombre «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».

Miembro de la familia puede ser: 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 habite en la misma casa de la víctima.

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

Se establecen penas para este delito que van de seis meses a cuatro de prisión y la suspensión del derecho de alimento.

Para lograr esta finalidad el agente del Ministerio Público, se deberá de dotar de todos los elementos suficientes para comprobar la conducta típica así como para probar el empleo de la fuerza física o moral. Para ello las instituciones especializadas en violencia familiar legalmente constituidas, coadyuvarían para que se lleve a cabo, con mayor profesionalismo, los trabajos necesarios que correspondan.

Esta iniciativa viene a resolver un problema social, a garantizar, sobre todo a muchas mujeres, el acceso a una vida digna y decorosa; y en general a preservar la unidad familiar y la integridad de las personas.

## **2.4 REFORMAS AL ARTICULO 343-BIS DEL CODIGO PENAL DE 1997**

Así como el presupuesto de convivencia en el mismo domicilio entre el sujeto activo y el pasivo, como características particulares del delito de VIOLENCIA FAMILIAR a que se refiere el artículo 343-bis del Código Penal, fueron eliminadas en las reformas sufridas a dicho precepto legal el 17 de septiembre de 1999.

La violencia familiar no solo es física, sino también psíquica:

Artículo 343 Bis.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones. Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o a fin hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave. La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato. A quien comete el delito de

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

Hasta los 4 años de prisión que se impongan por este delito en especial, pueden acumularse las sanciones que se aplican a las lesiones que se ocasionen, las cuales a partir de las llamadas "segundas" son privativas de la libertad y éstas alcanzan hasta 14 años de prisión, mas los demás delitos que se cometan en el acto violento como pueden ser desde amenazas hasta tentativa de homicidio.

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

“Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con prisión de seis meses a cuatro años, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.”<sup>\*4</sup>

El elemento normativo, refiere que la acción delictiva necesariamente debe ejecutarse dolosamente en perjuicio de alguna de las personas determinadas en el tipo, que convive en el mismo techo y tal es la intención del legislador al volver a adicionar en este artículo “que convivan o hayan convivido en la misma casa”.

## **2.5 EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL ACTUAL**

Toda norma jurídico-penal nace por el clamor popular de que una conducta reprochada constantemente por la sociedad llegue a constituir motivos suficientes para que ésta, que violenta el núcleo fundamental de convivencia, sea elevada a un tipo penal.

Por tal razón, para el estudio a fondo de los elementos de un delito, es preciso visualizar los motivos que fueron tomados en cuenta por nuestros legisladores para tipificar una conducta como delito, tal es el caso del delito de VIOLENCIA FAMILIAR que, por su constante acontecer en el núcleo social, como lo es la familia, ha trascendido a ésta para convertirse en un reproche social.

Los motivos que dieron origen al delito de VIOLENCIA FAMILIAR, tienen diversos antecedentes históricos, siendo de primordial importancia los trabajos realizados

---

<sup>\*4</sup> Marco Antonio, Díaz de León, Código Penal para el Distrito Federal Comentado, Ed. Porrúa, 2001, Pág. 985.

en varios años por el Grupo Plural Pro-Víctimas, A. C., para sensibilizar a la sociedad sobre los constantes problemas existentes en el núcleo familiar y a nivel internacional prevalecen los convenios firmados por nuestro país dentro de los cuales destacan:

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, firmada en 1980 y ratificada por nuestro país en 1981, la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer de Septiembre de 1995 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por el senado en 1996, en donde México asumió el compromiso de modificar o derogar los instrumentos normativos que constituyan cualquier clase de discriminación contra la mujer y su pleno desarrollo, así como el fortalecer medidas preventivas ante el fenómeno de la violencia contra las mujeres y sancionar esta conducta para erradicarla.

Ahora bien, tratándose de violencia contra menores en el núcleo familiar, destacan desde 1990, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre 195 aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El Código Penal actual fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de julio del año 2002.

La VIOLENCIA FAMILIAR prevista en la fracción I del artículo 200 del Código Penal, ha sido considerada como el uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; los sujetos activos a que se refiere el tipo son: 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.

El precepto en análisis responde a la reacción de política criminal del Estado, hacia un problema de carácter delictivo que se venía presentando dentro del seno de las familias, formadas de matrimonio o no, donde principalmente el cónyuge, concubino o persona del sexo masculino encargado de la responsabilidad del núcleo familiar, realizaba actos de coacción violenta, ira, furia, o salvajismo, que ejercían sobre la compañera y prole (personas normalmente incapaces de defenderse ante tales ataques), por motivos de la jerarquía que ejercen esas personas o bien por tratarse las víctimas de individuos más débiles que el agresor, como el caso de las mujeres y los menores de edad.

Ante esta situación que se ha venido produciendo en diversas sociedades, el Estado no ha podido menos que considerar estas manifestaciones de rudeza que vulneran de manera grave y casi impune, por su reiteración, los derechos de los integrantes de las familias, de las mujeres, y niños por ejemplo, de las víctimas de individuos más débiles como también podría ser el mismo hombre o “el que tenga relación de pareja”, como podrían ser las parejas homosexuales ya que anteriormente no estaba tipificado como delito en el Derecho Penal.

Frente a esta innegable realidad acostumbrada y que afecta a un gran número de familias, por no decir que a la mayoría de las mismas, ciertamente como se ha mencionado, el Estado, finalmente ha tenido que hacer uso del *ius punendi*, como última ratio del orden jurídico, derivado ello por la impotencia del Derecho Civil o Administrativo para inhibir tales comportamientos dañinos a la familia y a la sociedad. Ante esta realidad que se ha podido recoger a través de muchos casos, y a moción principalmente de legisladoras y grupos feministas, se han considerado una serie de disposiciones tendientes a establecer los delitos de violencia intrafamiliar, para prevenir en general y en especial estas conductas antisociales que antes permanecían ocultas o, en la mayoría de los casos, desatendidas por las autoridades a virtud de la carencia de normas penales tutelantes de estos bienes jurídicos.

Es casi natural que en los hogares y en las familias, normalmente, sea el hombre quien por la superioridad de su fuerza física, por proporcionar el gasto e ingresos para la subsistencia de la familia y por otras cuestiones de sexo, sea quien imponga su autoridad al resto de los integrantes de la misma, al extremo de que esto a menudo se ha traducido en abusos del poder de corregir, en acciones delictivas que deben ser catalogadas y punidas como tales.

Ante esta irrefutable realidad, ante la afectación de la paz interna de la familia y de los derechos que tienen sus integrantes, el Estado ha tenido que intervenir en tutela de los bienes jurídicos de la misma; ello tiende a mantener el correspondiente respeto que deben darse los miembros de aquélla y, por tanto, a la necesidad de impedir lesiones, amenazas, y otras manifestaciones de sus miembros que lesionen física o psicoemocionalmente a sus familias.

Todos tenemos derecho a una vida digna y libre de violencia, y a convivir sanamente para alentar el pleno desenvolvimiento de nuestras potencialidades. Como seres humanos y como mexicanos tenemos que formar mujeres y hombres pensantes y libres en ambientes donde no existan relaciones de sumisión y subordinación, sino de coordinación armónica. Nadie puede sostener que natural o jurídicamente exista un derecho de propiedad entre las personas, mucho menos un derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, o del marido sobre la mujer. La familia es y ha de ser espacio para que sus miembros se desarrollen a cabalidad como seres humanos, siendo la violencia, en el núcleo familiar, un elemento deteriorante e incluso destructivo de su unidad esencial.

La violencia en la familia es un asunto que debe abordarse desde distintos frentes. Esta premisa ha sido destacada por diversos grupos de mujeres interesadas en su atención y superación desde hace más de veinte años, al crear los primeros espacios para el diagnóstico y tratamiento del problema.

Nuestra legislación penal debe estar atenta a los desarrollos de la dogmática, ciertamente, y no atenerse apenas a soluciones tradicionales, que pudieran ser inadecuadas para este tiempo. Es necesario que sea innovadora, en el mejor de los sentidos. Pero también es absolutamente indispensable que satisfaga las exigencias, por cierto indeclinables, de una filiación político-jurídica de carácter democrático.

La política que provea a la sociedad mexicana tiene lugar a las mujeres y hombres de carne y hueso, con la seguridad y la justicia que necesitan. Una seguridad y una justicia que deben proyectar sus bienes en todos los órdenes de la existencia.

***CAPITULO III***  
***EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO***

### 3.1 CONCEPTO DE DELITO

Se han realizado esfuerzos para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente del tiempo y el lugar. La ineficacia de tal esfuerzo, se debe a que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas. Con la consiguiente mutación moral y jurídico política.

Anteriormente el Código Penal del Distrito Federal en su Libro Primero, Título Primero de la responsabilidad penal; Capítulo I, Reglas generales sobre, delitos y responsabilidad, artículo 7 definía al Delito como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”; actualmente el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su Libro Primero, Disposiciones generales, título preliminar de los principios y garantías penales en el artículo 1º nos dice que “A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino 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 la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta”, ahora, en cuanto a esta definición podemos decir que es preciso que todo delito esté catalogado o tipificado en el Código o en alguna ley vigente.

Doctrinalmente delito es toda acción típica, antijurídica, culpable y punible, pero para llegar a esa teoría analítica ha sido preciso recorrer un largo camino, Inicialmente se pensó que el delito era toda infracción de las leyes de la comunidad, mientras que el pecado era la conculcación de las normas éticas o morales.

En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etc. **Esquines** decía: arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. **Platón** en las Leyes afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también como la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía con el transcurso del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas; pues fue entonces la hechicería el delito más tremendo.

Ello prueba que *el delito fue siempre lo antijurídico* y por eso es un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culpable. Con el afinamiento del derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad.

Según **Rafael Márquez Piñero**: La palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinque, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar.

**Carrara** dice que es la contradicción entre un hecho y la ley, y lo define como la violación de la ley penal, que establece una norma de conducta.

**Max Mayer** define al delito como un acontecimiento típico antijurídico e imputable.

**Edmundo Mezger** afirma que el delito es una sanción típicamente antijurídica y culpable; y para **Jiménez de Asúa** es un acto típicamente antijurídico y culpable sometida a veces a condiciones objetivas de personalidad imputable a un hombre y sometida a una sanción.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

El periodo humanitario va a dar por resultado la primera corriente moderna del derecho penal, es decir, da origen a la llamada **ESCUELA CLÁSICA**, y el principal exponente en esta Escuela es Francisco Carrara. Para Carrara es necesario estudiar los principios rectores del derecho penal, pues ellos deben ser un obstáculo al legislador y al mismo Estado, para que al inspirarse en la justicia, no se degenerara en el abuso y en la tiranía; y para ello era fundamental la noción del delito, como ente jurídico, no como ente de hecho, al que el ciudadano y el Estado deben obediencia, siendo ello el eje del propio derecho penal.

**El delito** es, en el pensamiento de Carrara, un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho, como tal se debe sancionar. **El delito** señalado en la propia ley es también a la vez un derecho a la libertad, pues al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, ello es una garantía a la libertad ciudadana, pues sujeta a los hombres a la ley y no a la tiranía de los demás, ya que no se podrá punir sino en los términos y límites de la ley, salvaguardándose al ciudadano del abuso y únicamente castigándosele en la medida de su responsabilidad.

**El delito** prevé en abstracto una pena que primordialmente es una amenaza, y en el caso concreto, es la sanción que se aplica a quienes al violarla, lo hagan de una manera libre e inteligente.

Así pues, Carrara siguiendo un orden eminentemente lógico, va desmenuzando la definición del delito, entregándonos su famosa definición que dice:

“*Delito* es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.\*<sup>5</sup>

Para Carrara el delito se compone de dos elementos o fuerzas: una moral y otra física.

La fuerza moral para Carrara consiste en la voluntad inteligente del hombre. Del concurso de la voluntad y de la inteligencia surge la intención. A su vez la intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de la previsibilidad que él maneja.

La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial.

Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que *el delito* es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley; y que también pueden desprenderse de la propia ley las situaciones en las cuales, la falta de presupuestos o de elementos, impiden que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delictivo no lo sea.

Para la ***ESCUELA POSITIVA*** *el delito* es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado positivista.

Para esta corriente el delincuente al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El derecho penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.

La escuela clásica y la positiva dieron nacimiento en el campo de las ideas penales, a la llamada Tercera Escuela o Escuela Crítica, expuesta por los autores italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de la primera y de la segunda escuela, así por ejemplo niegan el libre albedrío, base de la Escuela Positivista; aceptan la distinción entre imputables e inimputables de la escuela Clásica, agregando que la imputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de pena.

---

\*<sup>5</sup> Francisco Carrara, Programa del curso de derecho criminal, parte general, vol. I, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1971, Pág. 43.

El delito como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

### 1. - JURÍDICO FORMAL.

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejadas una sanción. No es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

### 2. - JURÍDICO SUSTANCIAL.

Consiste en hacer referencia a los elementos que consta el delito. Los diversos autores no coinciden en el número de elementos, por lo que existen dos corrientes: la unitaria o totalizadora y la atomizadora o analítica.

a) Unitaria o Totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

Para la teoría Unitaria *el delito* es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, apoyándose en argumentos Kelsenianos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada.

Uno de los más fervientes sostenedores de la teoría unitaria lo es el tratadista italiano Francisco Antolisei quien dice:

“*El delito* es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable”.<sup>\*6</sup>

También se puede incluir en la posición unitaria o totalizadora a la llamada Escuela de Kiel que es la corriente penal nacional socialista que más bien se apoyó en razones políticas.

Esta corriente introdujo el criterio del sano sentimiento del pueblo que negaba el principio de *nullum crimen sine lege* sostenido por la teoría analítica. En la escuela de Kiel pesaron más los propósitos políticos nazistas, con los resultados ya tristemente conocidos. La teoría unitaria o totalizadora centra su crítica a la posición analítica en que el estudio del delito se realizaba en varios “fragmentos” sin vínculos de conexión entre sí, que presentaba una visión parcial del delito.

b) Atomizadora o Analítica. Para los seguidores de esta tendencia, *el delito* es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran al delito.

---

<sup>\*6</sup> Francisco Antolisei, El estudio analítico del delito, traducción del italiano de Ricardo Franco Guzmán, Ed. De Anales de Jurisprudencia, México, 1954, Pág.. 78.

La teoría analítica o atomizadora contempla al delito como un todo, pero acepta que pueda fraccionarse en elementos, y éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.

Jiménez de Asúa, ilustre defensor de la postura analítica nos dice:

“ Si examinamos la cuestión a fondo podría llegarse a un resultado, cuya formula anticipamos para demostrarla enseguida: Los partidarios de la teoría del delito como conjunto no niegan la utilidad del análisis, y los que defendemos la exposición analítica de los caracteres del delito afirmamos que va en mejor servicio de la síntesis. Más aún: vencidos al menos por el momento y en apariencia los regímenes totalitarios, quienes postularon las doctrinas penales allí desarrolladas, dan prudentes pasos hacia atrás, desdiciéndose de sus antiguos párrafos de político entusiasmo”.<sup>\*7</sup>

### 3.2 ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Jiménez de Asúa apoyándose en Guillermo Sauer que estudia los aspectos positivos del delito a los que oponen sus correspondientes aspectos negativos, según su concepción son los siguientes:<sup>\*8</sup>

Aspecto positivo	Aspecto negativo
a) Actividad	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuridicidad	c) Causa de justificación
d) Imputabilidad	d) Causas e inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causa de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias

El delito es pertinente estudiarlo en cada uno de sus elementos. Una de las teorías más conocidas es la Heptónica, que sostiene la existencia de siete elementos:

1.- Conducta	y	ausencia de conducta,
2.- Tipicidad	y	atipicidad,
3.- Antijuricidad	y	causas de justificación,
4.- Imputabilidad	y	causas de inimputabilidad,
5.- Culpabilidad	e	inculpabilidad,
6.- Condiciones objetivas de punibilidad	y	falta de condiciones objetivas de punibilidad,
7.- La punibilidad	y	excusas absolutorias.

<sup>\*7</sup> Luis Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, cuarta edición actualizada, 1963, Pág.. 317.

<sup>\*8</sup> Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, ed. Hermes Sudamericana, primera edición en México, 1986, Pág.. 209.

Cada una de estas pudo ser eliminada por una circunstancia o causa excluyente de responsabilidad.

A continuación hablaremos de los elementos que integran el delito según la teoría Heptónica y la opinión de diversos autores:

### 3.2.1 LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA

#### **CONDUCTA:**

La conducta es el primer elemento básico del delito y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La palabra conducta procede del latín *conducta*, que significa “*conducida*”, “*guiada*”, en otra de sus acepciones, conducta implica el porte o manera con que los hombres gobiernan sus vidas o dirigen sus acciones. En tal virtud, el término conducta, en lo general es lo suficientemente ambiguo como para designar actividad y, en este sentido, se aplica tanto a objetos animados como inanimados.

*Welze* define la conducta en los términos siguientes: Es la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción; Es decir, el no ejercicio de una actividad final posible. Para las normas del derecho penal, la acción está, con mucho, en primer plano, mientras que la omisión queda notoriamente en segundo plano.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de hecho, acción, acto, etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta.

La conducta es un aspecto del delito y para la teoría causalista “es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)”

La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquirían pero se les castigaba para impresionar); y, por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

*Franz Von Liszt* señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal "ciego", es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción.

Desprende Liszt que la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad.

En la teoría causalista en el estudio del acto, o acción, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo.

*Luis Jiménez de Asúa*, nos dice que emplea la palabra ACTO en su amplia acepción que comprende tanto el aspecto positivo ACCIÓN como su aspecto negativo OMISIÓN.

El maestro Jiménez de Asúa explica que sólo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal, es decir el acto y la omisión corresponden al hombre, porque solamente él es posible sujeto activo a las infracciones penales por ser el único capaz de voluntad.

Al ocuparnos en el concepto del acto, ya hemos dicho, que éste abarca tanto el hacer como el omitir.

De esta doble y contrapuesta forma de actividad ha nacido una clasificación de las infracciones, objeto de polémica y largo estudio. Las primitivas categorías de delitos de

acción de omisión han sido completadas en el siglo XIX con los llamados en Alemania improprios delitos de omisión y en Francia delitos de comisión por omisión. Ahora los penalistas tudescos aceptan como más certera la denominación francesa.

Para Jiménez de Asúa el acto es “la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda”.<sup>\*9</sup>

De todo lo anterior podemos concluir que la conducta tiene tres elementos:

- 1) un acto positivo o negativo (acción u omisión)
- 2) un resultado
- 3) una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado.

Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- a) Movimiento
- b) Resultado
- c) Relación de causalidad

Únicamente la persona humana es capaz de realizar conductas, y al Derecho Penal sólo le interesan éstas. El hombre puede ser sujeto activo del delito y punible a las sanciones penales, ya que es el único ser capaz de tener voluntad. Anteriormente, según marca la historia, también se castigaba a los animales actualmente se sanciona al dueño del animal, acabando con el absurdo de sancionar a seres irracionales.

La acción consiste en una actividad corporal, externa, y el Derecho se ocupa sólo de estos actos, en virtud de que los actos puramente espirituales, los pensamientos, las ideas o intenciones solas, no son sancionados penalmente, por estar fuera del Derecho Positivo.

---

<sup>\*9</sup> Luis Jiménez de Asúa, Principios de Derecho Penal, La Ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, Pág. 210.

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

La conducta de acción se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo legal. En este tipo de delitos, se viola siempre una norma prohibitiva.

En la conducta hay un deber jurídico de abstenerse, así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de actuar, como explicaremos más adelante.

Es importante mencionar, que el Derecho no crea conductas humanas, "la ley no crea la conducta porque la describa o individualice: la conducta es tal, sin que la circunstancia de que un tipo penal la describa afecte en nada, su ser conducta humana".<sup>\*10</sup>

Se trata de una desvaloración del Derecho sobre una conducta al considerarla negativa, así ésta se genera con la prohibición, lo cual, no la crea, sino 'se limita a señalar el carácter antinormativo.

La conducta como elemento del delito, es antijurídica, decir, contraria a Derecho; **Mir Puig** afirma: la concepción de la antijuricidad como infracción de una norma imperativa o directiva conduce a exigir, como primer requisito de la misma, que concurra un comportamiento humano -lo que se llama también acción -.

Sólo el comportamiento humano puede intentar ser evitado por la norma. La exigencia de comportamiento humano, así como el sentido en que debe entenderse este concepto, no son previos a las exigencias del concepto de antijuricidad, sino que se derivan de éstas. La categoría de comportamiento humano no ha de anteponerse, pues, a la antijuricidad en el concepto de delito, sino englobarse en ella como su primer presupuesto.

**La Suprema Corte de Justicia de la Nación**, dice respecto a este tema: "dentro del significado de conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario". (Semanario Judicial de la Federación, CXII, p. 1850). Esta definición no hace referencia al resultado, porque algunos consideran que el resultado no corresponde al concepto, por no formar parte de la acción sino constituir su consecuencia.

El maestro **Porte Petit**, respecto a la acción nos dice: "La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un 'tipo de prohibición'." <sup>\*11</sup>

---

<sup>\*10</sup> Eugenio Raúl, Zafaroni, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, Pág. 43.

<sup>\*11</sup> , Celestino, Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, Pág. 300.

Hemos señalado como primer elemento de la acción al movimiento o actividad corporal, sin olvidar como precedente a la voluntad del sujeto, la que constituye el aspecto subjetivo de la acción.

La voluntad es la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos. Para *Maggiore* "La voluntad es libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención, un músculo". \*12

La voluntad se refiere al querer de la acción, por eso se dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización de la acción.

El movimiento corporal es la parte externa de la acción, y consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto, sin olvidar, que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad, y, del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir, conducta de acción.

La acción se realiza por manifestación de la voluntad, dirigida conforme a su esencia, a un fin. El que un determinado comportamiento relevante socialmente, 'movimiento corporal' o 'reposo corporal, pueda ser valorado como acción, depende de que esta conducta física esté o no dirigida por la voluntad. Tan sólo en el primer caso se puede hablar de una acción. Del ámbito de la acción se deben separar, pues, aquellas formas de conducta que no son producto de una voluntad rectora. No resultará excluida, por el contrario, la cualidad de acción, de una conducta que se presente como resultado de la manifestación no libre de la voluntad. La voluntad de la acción es neutra valorativamente; constituye un proceso psicológico. Es pues también voluntario el proceso en el que, por coacción exterior (situación de necesidad) o disposición interna (inimputabilidad), no es libre de decisión volitiva. Los límites entre falta de acción y de atribuibilidad de una acción existente, no se pueden trazar siempre con seguridad."

Esto quiere decir que existen situaciones en las que no se pueden atribuir ciertas conductas a los sujetos en virtud de que han actuado en forma involuntaria o inconsciente, presentándose la ausencia de conducta, como es el caso de los movimientos reflejos, fuerza mayor, fuerza física superior irresistible, etcétera.

Al atribuirle el elemento voluntad a toda conducta, surge el problema de los delitos culposos, en los que se supone que no existe el deseo de producir la conducta delictiva. Zaffaroni se ha preocupado por analizar estas formas, para lo cual ha creado el concepto de estructura de la conducta mediante la anticipación "bio-cibernética" en la que explica que no podemos hablar de 'elementos de la conducta' como si ésta se compusiese de una suma de aquellos, pero podemos considerar en el análisis aspectos de la conducta y, básicamente distinguir el aspecto interno del aspecto externo.

---

\*12 Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 5° ed., Ed. Temis, Bogotá, 1989, Pág. 317.

Al aspecto interno de la conducta pertenece la proposición de un fin y la selección de los medios para su obtención. Siempre que proponemos un fin, retrocedemos mentalmente desde la representación del fin, para seleccionar los medios con qué poner en marcha la causalidad, para que se produzca el resultado querido. En una selección no podemos menos que representamos también, los resultados concomitantes.

Terminada esta etapa, pasamos a la exteriorización de la conducta (aspecto externo), consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado.

Maggiore define al resultado como “la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo de delito fijado por la ley”.<sup>\*13</sup>

El resultado de la acción es la modificación del mundo exterior o el peligro de su producción si se tratara, por ejemplo, de amenazas. Entre la acción prevista en la psique del autor y su resultado externo, a través del movimiento corporal, debe existir una relación de causalidad.

“La acción presenta la unidad de conducta humana y por lo tanto corresponde un querer inseparable de la conciencia, una actividad corporal y un resultado externo”.<sup>\*14</sup>

Respecto al resultado de los delitos pueden ser formales o materiales con independencia del propósito. Los formales son los delitos de actividad y los materiales son los de resultado externo, que atacan intereses jurídicos.

Al producir la acción un resultado, se comete una violación a un bien jurídico, así, por el daño que causan, los delitos pueden ser de lesión y de peligro, los primeros causan un menoscabo a un bien jurídico; los de peligro no lesionan ningún bien jurídico, sólo lo ponen en peligro.

En la conducta debe de establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta y no elemento del delito.

Respecto a la relación de causalidad en los delitos de omisión entre el acto y el resultado, la doctrina se ha dividido entre los que pugnan por su existencia y quienes niegan pueda haber dicha relación causal.

Con relación a los delitos de omisión; no debe enfocarse a la omisión como tal, sino a la omisión como acción positiva pensada y a su resultado, porque la omisión de una

---

<sup>\*13</sup> Maggiore, Giuseppe, Ob. Cit. Pág. 357.

<sup>\*14</sup> Ricardo, Abarca, El Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, México, Pág. 338.

conducta no es la nada, sino un “no hacer” el cual implica contener o reprimir un impulso para realizar la acción exigida de obrar; por lo tanto, la relación causal debe encontrarse en la omisión.

#### **AUSENCIA DE CONDUCTA.**

La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva por ser la actuación humana la base indispensable del delito, por eso muchos llaman a la conducta el soporte naturalístico del ilícito penal.

Existen diferentes aspectos que dan lugar a la ausencia de conducta; la vis absoluta, la vis maior y los movimientos y reflejos.

La vis absoluta es la fuerza física irresistible, la vis maior es una causa de fuerza mayor y los movimientos y reflejos son actos corporales involuntarios.

Estos tres aspectos explican que no hay voluntad en el sujeto y por eso, no hay conducta.

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha dicho respecto a la vis absoluta que: “De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.” (Semana Judicial de la Federación, XCIII, p. 2018).

“Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar”. (Semana Judicial de la Federación, 84, p. 175).

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta, el sujeto, a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Cuando un sujeto realiza un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no puede presentar el elemento conducta, en virtud de no ser un acto voluntario. Es importante determinar que la fuerza debe ser física, es decir, material –no puede ser de naturaleza moral- porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, porque eso debe ser “exterior” e irresistible porque el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 29 del Código Penal en su fracción primera, determina como causa de exclusión del delito (Ausencia de Conducta), “la actividad o inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente”. Esto es

la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

La siguiente hipótesis de ausencia de conducta es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

En la vis maior como en la vis absoluta, no hay voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en que la vis absoluta, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras la vis maior es una fuerza física e irresistible proveniente de la naturaleza.

La tercer hipótesis son los movimientos y reflejos, los cuales son otra causa de conducta, porque al igual que las anteriores, tampoco participa la voluntad del sujeto.

**Francisco Pavón Vasconcelos** , asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber:

- a) ausencia de conducta;
- b) inexistencia del resultado, y
- c) falta de relación causal entre la acción <sup>\*15</sup>

Particularizando podemos citar como aspectos negativos del primer elemento del Delito en forma enunciativa a: la fuerza física exterior irresistible; al sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, etcétera.

Para el propósito de este trabajo sólo apuntaremos que la fuerza física exterior irresistible se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntaria que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto; o bien, en otros casos por no tener dominio o voluntad de los movimientos corporales, como en el sueño, sonambulismo o hipnotismo.

### **3.2.2 LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD**

#### **TIPICIDAD:**

El segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año de 1906, en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. En este sentido, diversos autores han dado su definición de tipicidad; dentro de las más importantes tenemos la expresada por **Francisco Blasco y Fernández de Moreda**, la cual dice: “la acción típica es

---

<sup>\*15</sup> Francisco, Pavón Vasconcelos, “Manual de derecho penal mexicano”, parte general, Edit. Porrúa, México 1967, segunda edición, Pág. 227.

sólo 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”.<sup>\*16</sup>

Para **Laureano Landaburu** “la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”.<sup>\*17</sup>

Para **Jiménez de Azua**, la tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracciones”.<sup>\*18</sup>

**Jiménez Huerta** consideró que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”.<sup>\*19</sup>

**La Suprema corte de Justicia de la Nación**, ha establecido que: “Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad, Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos”. (Semanao Judicial de la Federación, CXVII, p. 731).

Para entender la tipicidad, en principio debemos entender lo que es tipo, éste término se define como la descripción de una conducta delictiva contenida en la ley, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuosos.

**La Suprema Corte de Justicia de la Nación** ha señalado que el tipo delictivo “está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada la sanción

---

<sup>\*16</sup> Blasco y Fernández de Moreda Francisco, La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica, Criminalia, IX, Pág. 443.

<sup>\*17</sup> Landaburu, Laureano, El delito como estructura, Revista penal, I, núm. 1, Pág. 471

<sup>\*18</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, 2º ed., Ed. Losada, S.A., Buenos Aires, 1958, Pág. 744.

<sup>\*19</sup> Jiménez Huerta, Mariano, La tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, Pág. 207

penal” (Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen XVII, Segunda Parte. Página 288. Tesis Aislada).

**Tipo.** Es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva. De no existir tipo, aun cuando en realidad alguien realice una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito.

Tipicidad es la adecuación o encuadramiento de la acción concreta a la descripción propuesta por el legislador. Pude observarse que el artículo 2 de Código Penal del Distrito Federal integra el principio de la tipicidad al establecer que no puede imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate.

Tipicidad será encuadrar la conducta exactamente al tipo penal descrito por la ley. **Jiménez Huerta** considera que la adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.

**Tipicidad.** Es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.

**Principios generales de la tipicidad.** La tipicidad se apoya en los siguientes principios:

- a) *Nullum crimen sine lege*: no hay delito sin ley.
- b) *Nullum crimen sine tipo*: no hay delito sin tipo.
- c) *Nulla poena sine tipo*: No hay pena sin tipo.
- d) *Nulla poena sine crimen*: no hay pena sin delito. Y
- e) *Nulla poena sine lege*: no hay pena sin ley.

**Clasificación de los tipos.** Se clasifican como sigue:

**a) Por la conducta** pueden ser de acción (hacer o actividad) o de omisión (no hacer o inactividad), la cual se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

**b) Por el daño** pueden ser: de daño o lesión.

**c) Por el resultado** pueden ser: formal o de mera conducta. Para la integración de este tipo solo se requiere realizar la acción. Y material o de resultado en donde es necesario un resultado.

**d) Por la intencionalidad** pueden ser: doloso, intencional, es cuando el sujeto activo comete el delito con la intención de realizarlo; culposo, imprudencial o no intencional, cuando se comete el delito sin intención de cometerlo; y preterintencional o

ultraintencional, en donde el agente desea un resultado típico, pero de menor intensidad o gravedad que el producido.

**e) Por su estructura** pueden ser: simple, cuando el delito cometido solo consta de una lesión; y complejo, cuando consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad.

**f) Por el número de sujetos** pueden ser: unisubjetivo, que para su integración requiere de un solo sujeto activo, y el plurisubjetivo requiere de dos o más sujetos activos.

**g) Por el número de actos:** unisubsistente, el que requiere de un solo acto; y plurisubsistente, el que se integra por la concurrencia de varios actos.

**h) Por su duración:** instantáneo, se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos; instantáneo con efectos permanentes, el que afecta instantáneamente el bien jurídico, pero sus consecuencias permanecen durante algún tiempo; el delito continuado se produce mediante varias conductas y un solo resultado; y el permanente, después de que el sujeto realiza la conducta, ésta se prolonga en el tiempo a voluntad del activo.

**i) Por su procedencia o perseguibilidad:** de oficio, en donde se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito; y de querrela necesaria, el que solo puede perseguirse a petición de la parte ofendida.

**j) Por la materia:** en común, es el emanado por las legislaturas locales; Federal, emanado por el congreso de la unión, en el que se ve afectada la federación; Político, es el que afecta al Estado; y contra el derecho internacional, el que afecta bienes jurídicos de derecho internacional.

**k) Por el bien jurídicamente protegido,** los delitos se clasifican por el bien jurídico que tutelan, criterio que sigue el Código Penal del Distrito Federal.

**l) Por su ordenación metódica:** básico o fundamental, es el que sirve de base y del cual se derivan otros; especial, se deriva del anterior, pero incluye otros elementos que la dan vida propia; y complementado, es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su punibilidad, de manera que lo agravan o atenúan.

**m) Por su composición:** En normal, la descripción legal solo contiene elementos objetivos; anormal, se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos.

**n) Por su autonomía o dependencia:** en autónomo, el que tiene existencia por sí; subordinado, el que su existencia depende de otro tipo.

**ñ) Por su formulación:** en casuístico, tipo que plantea diversas hipótesis para integrarse, a su vez de subclasifica en: alternativo y acumulativo; y amplio, el tipo no precisa un medio específico de comisión, de modo que puede serlo cualquiera.

**o) Por la descripción de sus elementos:** descriptivo, el que describe con detalle los elementos que debe contener el delito; normativo, hace referencia a lo antijurídico; y subjetivo, se refiere a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Señala también *Juan Bustos*, que “la tipicidad constituye la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuridicidad se fijó como indicio. La tipicidad resulta ser una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva”.<sup>\*20</sup>

#### **ATIPICIDAD.**

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad.

Es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso, no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

En este sentido, *la Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha determinado: “Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etcétera, mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la Ley”

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, es un impedimento de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Hay atipicidad, cuando el comportamiento humano es correcto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues ausencia de adecuación típica.

**La atipicidad** es la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito.

**La ausencia de tipo** es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada.

*Jiménez de Asúa* manifiesta: “Ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos:

---

<sup>\*20</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal Español, Barcelona, Ariel, 1984, Pág. 159.

a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha);

b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto)".\*<sup>21</sup>

Para **Beling**, habrá carencia del tipo cuando "la acción no presenta todas o algunas de la partes de las características requeridas y típicas o esenciales".\*<sup>22</sup>

**Sauer** estima que se da ausencia de tipo "cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular".

Para **Edmundo Mezger**, pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito, siendo las siguientes:

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida por la ley.
- e) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.

Para Luis Jiménez de Asúa, la atipicidad se dará cuando exista:

Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.

Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto.

Ausencia de adecuación típica por falta de las referencias especiales o espaciales.

Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.

Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto

Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.

La ausencia de tipicidad presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el actor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce *no hay delito sin tipicidad*. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

---

\*<sup>21</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, Ed. Losada. S.A. Buenos Aires, 1963, Pág. 940.

\*<sup>22</sup> Beling, Ernst Von, Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito Tipo, 11° ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, Pág. 37.

### 3.2.3 LA ANTIJURICIDAD Y CAUSA DE JUSTIFICACION

#### ANTI JURICIDAD.

El afamado maestro *Luis Jiménez de Asúa*, al referirse a la antijuricidad dice que provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho.<sup>\*23</sup>

Sin embargo, el propio tratadista español nos explica que esta definición en realidad no nos lleva al conocimiento de lo que es contrario al derecho..

Numerosos problemas ha planteado este elemento del delito, desde su propia denominación, su contenido, su función, sus clases, etc., que desde luego han sido abordadas y resueltas de diversa manera.

En cuanto al concepto antijuricidad, algunos opinan que es preferible el término injusto.

*Guillermo Sauer, Binding* y otros penalistas distinguen entre antijuricidad e injusto, afirmando en que el primer término es un “anti” y el segundo es sólo “no derecho”; por lo que debe preferirse el uso de vocablo antijuricidad.

En Italiano *Petrocelli* y el argentino *Ricardo C. Núñez*, entre otros, estiman que pueden usarse los términos antijuricidad, ilicitud, injusto y entuerto, indistintamente.

*Kelsen y Faustino Ballvé*, plantean que el uso del término correcto en este terreno es el de “ilicitud” y así piensan que la “ilicitud” es el comportamiento contrario al comportamiento jurídicamente obligatorio; y la antijuricidad es la lesión no sólo al deber jurídico, sino también al bien jurídico tutelado por la norma jurídica.

Para otros autores que han llegado a utilizar los términos “ilegalidad”, “ilegitimidad”, “anormalidad” y aun “entuerto”, en realidad lo hacen refiriendo su contenido a lo “contrario a la norma”, de ahí que Jiménez de Asúa prefiera el uso del término antijuricidad, que además es el más extendido y aceptado.

En realidad más compleja es la cuestión del contenido de la antijuricidad. Dado que la antijuricidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.<sup>\*24</sup>

---

<sup>\*23</sup> Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de derecho penal”, tomo III, Ob. Cit., Pág. 958.

<sup>\*24</sup> Rafael Marquez Piñero, “Derecho penal”, parte general, Edit. Trillas primera edición, 1986, Pág. 193.

La entraña de la antijuricidad es un juicio de valor, ello es prácticamente aceptado por la inmensa mayoría de los penalistas, quienes encuentran en la definición de delito natural de **Rafael Garófalo** el antecedente de que la antijuricidad es la valoración de un acto, que en su esencia es contrario a las normas o valores de la sociedad, que Garófalo denomina “sentimientos altruistas de piedad y probidad” que todo grupo social posee a su juicio en una medida media.

Según **Franz Von Liszt**, la antijuricidad es “la objetiva contradicción del hecho con el derecho, en la cual se implica tanto el aspecto formal (violación a las normas objetivas de derecho, normas de valoración) como el material (lesividad para los bienes jurídicos, si bien este último aspecto tiene en ellos a veces más un cariz social que jurídico (antisocialidad de la acción lesiva)”.

Siguiendo los pasos de Liszt, el autor alemán **Max Ernesto Mayer** expone su famosa teoría de las “normas de cultura” como fundamento de la antijuricidad.

La Sociedad, indica Mayer, es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Prosiguiendo esa línea marcada por Liszt, Mayer y otros autores, otros pensadores han expuesto que la esencia de la antijuricidad la encontramos en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético sociales plasmadas por el legislador en la ley.

A su vez el penalista mexicano Sergio Vela Treviño con base en una exposición sistemática de los temas apuntados define a la antijuricidad como:

El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado. <sup>\*25</sup>

Diversos investigadores, la han estimado como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino es su esencia, y es más, su propia naturaleza.

Dentro de las teorías más importantes encontramos la que considera a la antijuricidad como un carácter del hecho punible, ya que si fuera un elemento, sería posible, que se presentara como un dato conceptualmente aislado, entre otras hipótesis; pero que como esto no puede suceder, constituye la síntesis integral del fenómeno punible y cada uno de los elementos que lo componen, es decir, sólo es un atributo del delito y de sus componentes.

---

<sup>\*25</sup> Sergio Vela Treviño, “Antijuridicidad y justificación”, Edit. Trillas, México, tercera edición, 1990, Pág. 130.

Para otros estudiosos de la ciencia penal, la antijuricidad es un elemento del delito, considerada como un requisito, como aquello que se requiere para constituir un delito, sin que signifique esto que cada uno de los elementos del delito tengan vida propia individualmente, ya que constituyen una unidad indivisible. Definiendo a la antijuricidad en particular, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes para producir el contraste de la norma, con los efectos producidos por éste.

*Maggiore* considera a la antijuricidad como un aspecto del delito y no un elemento, ya que no es posible desintegrarla del todo y ésta compenetra la esencia misma del delito.

Según *Fernando Castellanos* antijurídico, es lo contrario al derecho.

Para *Cuello Calón*, la antijuricidad presupone un juicio, una estimulación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal.

Es indudable, que para encontrar el concepto de antijuricidad formal, debemos utilizar el sistema de excepción a la regla, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o un hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos.

En conclusión el ordenamiento penal ha venido operando exigiendo dos requisitos para la existencia de la antijuricidad, siendo el primero, la existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal y el otro es cuando ésta no se encuentre en alguna de las causas de exclusión del justo o de alguna causa de licitud.

#### **CAUSAS DE JUSTIFICACION**

Circunstancia o situación que convierte en legítima, autoriza o permite la realización de un hecho típico (también: causa de exclusión de la antijuridicidad)

El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio, prohibido. En derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpaibilidad, las de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito, aprobado por el ordenamiento jurídico.

De ello se derivan importantes consecuencias:

- a) (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- b) (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;
- c) (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- ❖ Que se trate de un bien jurídico disponible;
- ❖ Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- ❖ Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

- d) (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada 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 lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

- e) (Estado de necesidad). 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 sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;
- f) (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). 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 cumplirlo o ejercerlo;
- g) (Inimputabilidad acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o

desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

h) (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- ❖ Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- ❖ La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

i) (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Todos estos efectos son predicables por igual de todas las causas de justificación que reconoce el ordenamiento jurídico. Del catálogo de eximentes recogidas en el artículo 29° del Código Penal, tienen el carácter de causas de justificación: la ausencia de conducta, atipicidad, consentimiento del titular, legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, inimputabilidad o acción libre en su causa, error de tipo y error de prohibición.

**Ausencia de conducta:** Si la actividad o la inactividad se realiza sin intervención de la voluntad del agente no hay delito. Se incluyen así los casos de movimientos reflejos, de fuerza física exterior irresistible y de estados de inconciencia. Obviamente, los movimientos reflejos no son indicativos de actividad voluntaria del sujeto ni tampoco el movimiento resultante de la aplicación de una fuerza que no se puede resistir, como sería el caso del que es impulsado violentamente contra el escaparate de una tienda o de aquél cuya mano es guiada en la firma de un documento. Sobre este particular, nuestros tribunales han señalado que es menester que se compruebe la existencia de una fuerza material, no moral, sino violenta de hecho y que la fuerza sea exterior, es decir, provocada físicamente de fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al grado de que supere su propia resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta y para actuar con autonomía.<sup>\*26</sup>

**La Atipicidad:** Sin tipicidad no puede haber delito y ello ocurre, como lo señala el legislador, cuando falta alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trata, esto es, sus distintos elementos objetivos, normativos y subjetivos.

---

<sup>\*26</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIV-Julio. Pág. 598. Tesis Aislada.

Como señala *Placencia Guerrero, Raúl* , “una de las causas más claras de atipicidad es la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, en consecuencia, el error sobre el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, el nexo causal, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, y la sesión o puesta en peligro del bien jurídico” \*27

**Consentimiento del titular:** En lo que atañe al consentimiento del titular, históricamente se han desarrollado diversas teorías para justificar su presencia en los ordenamientos penales, aceptándose en la actualidad aquella que la funda en la libertad de decisión personal respecto de bienes jurídicos individuales sobre los cuales hay titularidad. Recoge esta tesis la fracción III del artículo en comento, al prevenir que el delito se excluye cuando se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, pero sujeto a diversos requisitos que son, en definitiva, los que la doctrina ha ido estableciendo a lo largo del tiempo. En primer lugar, debe tratarse de un bien jurídico disponible, expresión que se aplica a aquellos bienes jurídicos individuales, como la integridad corporal, la libertad, el honor, el patrimonio, etc., con ciertas restricciones, a veces establecidas por el propio legislador en la norma, a veces derivadas de la vida en sociedad. Si en el homicidio consentido resulta ineficaz el consentimiento, podría ser eficaz en las lesiones, en el robo, en ciertas hipótesis de falsificación o de privación de la libertad, por mencionar algunas.

De acuerdo con una sentencia de nuestro máximo tribunal: “Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo de delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica”. \*28

El segundo requisito exige que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, lo que supone, por una parte, capacidad de goce y ejercicio en el actuar, en los términos

---

\*27 Raúl, Placencia Guerrero, *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, Pág. 109

\*28 Amparo penal directo. Sala auxiliar. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo CXXII. Pág. 1348. Tesis Aislada.

definidos por el legislador, y por la otra, la legitimación para consentir, que deriva de las especiales condiciones jurídicas en que pueda encontrarse.

El tercer requisito implica que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento, lo que se autoexplica. Recordemos que, de acuerdo con el Código Civil del Distrito Federal, el consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo. Además, el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Congruente con las últimas tendencias doctrinarias, que se basan en el principio del riesgo permitido, contempla el Código Penal del Distrito Federal el consentimiento presunto, señalando que lo hay cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento. El agente debe, en este caso, hacer una muy cuidadosa evaluación de la voluntad probable del afectado.

***Legítima defensa:*** Tradicionalmente se le ha definido como la defensa de uno mismo o de otro ante una agresión injusta, actual y no provocada, con actos que provoquen lesiones a bienes jurídicos del agresor. Conforman la legítima defensa elementos tales como agresión, contraataque y lesión de bienes jurídicos, aunque en lo tocante a su naturaleza hay discrepancias doctrinarias. Para algunos, su fundamento reside en el trastorno psíquico que causa en el agredido el ataque ilegítimo; para otros, ha de encontrarse en la necesidad de autodefensa, en la no peligrosidad del agredido que se defiende, en la delegación por parte del Estado de su facultad de reprimir, en la elección del interés superior del agredido ante el ataque antijurídico; etc. Doctrinariamente, se exigen para la configuración de la excluyente el animus defendendi y la voluntad de defensa, así como especiales condiciones en relación a la agresión y al contraataque. La agresión debe ser actual e injusta en tanto que el contraataque debe ser necesario y proporcionado a la agresión.

La legislación mexicana ha recogido los lineamientos doctrinarios, con reconocimiento expreso de la institución en la propia Constitución. Según el artículo 10 de ésta: “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, y Fuerza Aérea y Guardia Nacional”

Igual criterio sustentan nuestros Tribunales:

“Por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien es agredido, y es de explorado derecho considerar que la agresión se caracteriza por aquel comportamiento desplegado por el agente que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos, tanto de

quien es objeto del ataque, como de un tercero. Ahora bien, si en autos está comprobado que el sentenciado fue objeto de una agresión por arma de fuego que el sujeto activo colocó sobre la persona de la víctima, la cual en ningún momento cesó; no obstante, el pasivo del delito, para el efecto de repeler la agresión, realizó varios disparos en contra del agresor, dirigiéndolos hacia lugares donde pudiera causar el menor daño posible, pero uno de los disparos ocasionó la muerte de un tercero ajeno a la agresión; sin embargo, este hecho debe entenderse como comprendido en la defensa que realizaba de su persona respecto de la agresión actual, violenta y sin derecho de que fue objeto pues, por imperativo legal, contenido en la expresión “en defensa” que emplea la fracción III del artículo 17 del Código Penal del Estado de Nuevo León, para que se estructure la legítima defensa es necesario que la acción objetiva de repulsa corresponda, en lo subjetivo, al animus defendendi, el cual comprende tanto la conciencia de la agresión como la voluntad de defensa, como aconteció en el caso, en que el sentenciado, al disparar su arma apuntó hacia abajo, con el fin de causar el menor daño a su agresor, por consiguiente, la lesión a la esfera jurídica del sujeto pasivo ajeno a los hechos que motivaron la repulsa, estuvo dentro del plan defensivo del acusado, ya que su repulsa estuvo enderezada, tanto objetiva como subjetivamente, en contra del agresor, no estando presente en su conciencia causar el resultado final; por ello, ese daño en la persona del tercero inocente queda dentro de la legítima defensa.” \*29

***Estado de necesidad:*** Difiere el estado de necesidad de la legítima defensa en que en ésta se permite que el individuo se defienda de un agresor mediante un contraataque, en tanto que en el estado de necesidad sin existir agresión se permite la violación de intereses jurídicamente protegidos de otro.

Con puntos de contacto y diferencias con la legítima defensa, encontramos el estado de necesidad. Puede definirse como una situación de peligro actual o inminente que experimentan intereses jurídicamente protegidos frente a la que no hay otra opción que violar los intereses jurídicamente protegidos de otro. Es una institución de antigua data, que se remonta a la *lex Rhodia de jactu* (ley de la echazón), excluyente de la responsabilidad penal del capitán que arrojaba la carga al mar en peligro de naufragio, con equivalentes en el Derecho germánico y canónico. El fundamento de la justificación creen verlo algunos en un verdadero “derecho de necesidad”, y otros en la inutilidad del Derecho Penal frente a ciertas situaciones de peligro, en la solución de una colisión de bienes jurídico o en el instinto de conservación. Doctrinariamente se han distinguido dos clases de estado de necesidad, el justificante (cuando se protege el bien jurídico de mayor relevancia) y el exculpante (independientemente de la relevancia de los bienes jurídicos, se exculpa la acción ejecutada). De igual manera se considera el estado de necesidad defensivo (defensa de cosas), cuando se destruye cosa ajena, y el estado de necesidad defensivo (defensa de cosas), cuando se destruye cosa ajena, y el estado de necesidad ofensivo o agresivo (colisión entre bienes jurídicos de distinto valor).

---

\*29 Tribunal Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época. TomoVII, Enero de 1998. Pág. 1121. Tesis Aislada.

El legislador del Código Penal del Distrito Federal (Código Penal Distrito Federal) perfila el estado de necesidad requisitándolo de acuerdo con lo siguiente:

- ❖ Que se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno;
- ❖ La existencia de un peligro real, actual o inminente;
- ❖ Que el peligro no sea ocasionado dolosamente por el agente;
- ❖ Que el peligro no sea evitable por otros medios, y
- ❖ Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Existen diversas definiciones de este tema; así *Von Liszt*, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo ésta una de las más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.

“Estamos frente al 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 ley”<sup>\*30</sup>

***Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho:*** Comprende la excluyente causales que son como las dos caras de una moneda. Por una parte, el cumplimiento de un deber legal. Quien actúa en cumplimiento del mismo no puede ser objeto de incriminación: el verdugo está obligado a matar, la policía a reprimir, el médico a operar, etc. Por la otra, el ejercicio de un derecho se refiere a la no incriminación cuando el agente lesiona un bien jurídico al ejercitar un derecho contenido en la ley. A este respecto se menciona “el derecho de corrección que tienen los padres sobre sus hijos”, restringido por el propio legislador del Distrito Federal a actos que no impliquen infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica. De igual modo, se contempla la no incriminación de los médicos y profesionales de la salud en relación a tratamientos médicos y quirúrgicos.

La ley pone coto al abuso señalado que en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho debe existir racionalidad de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo, lo que en teoría debe evitar que el policía reprima con violencia excesiva, el médico mutile injustificadamente a sus pacientes con operaciones innecesarias o que el propietario defienda sus terrenos con letales rejas electrificadas, por citar algunas de las eventualidades posibles.

***Inimputabilidad y acción libre en su causa:*** Para que exista culpabilidad debe poder imputarse al autor la comisión del delito. La regla entonces es que sin imputabilidad no puede haber culpabilidad. Esta trastorno mental se debe relacionar con una enfermedad mental y obviamente ha de acreditarse exclusivamente por prueba pericial médica. Tal requisito es indispensable considerando lo nebuloso de las opiniones actuales sobre

---

<sup>\*30</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, 4° ed., Ed. Porrúa, S. A., México, 1978, Pág. 539.

enajenaciones mentales que podrían producir que una persona, en un momento dado, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión. Han de incluirse las psicosis, ciertas psicopatías y neurosis, y lo que se engloba bajo la denominación de oligofrenia, analizándose desde la perspectiva impuesta por la fracción. Igualmente concluye temas como el uso involuntario de sustancias tóxicas, el sonambulismo, el sueño, la fiebre, la hipnosis, el trastorno mental transitorio, que han merecido copiosa bibliografía.

El legislador integra *la actio liberae incausa*, una acción que es libre en su causa u origen pero que se consuma en estado de inimputabilidad (V.g., el que se emborracha para darse ánimos y cometer el homicidio, mismo que consuma en la inconciencia etílica). En el nuevo Código, al igual que en el anterior, el delito no se excluye si fue el sujeto quien provocó su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, respondiendo en tal caso por el resultado típico producido

Los tribunales han destacado: “Lo que la doctrina ha definido como *actio liberae in causa* consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al señalar que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente, por tanto, es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratándose de quedar comprendido en aquel aspecto negativo de la culpabilidad, no lo releva, exime o atenúa de su responsabilidad, se éste previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico”.<sup>\*31</sup>

De gran interés es el tratamiento penal que se aplica a quienes actúan bajo el influjo de trastorno mentales. Estos, de acuerdo con el nuevo código, están sujetos a la imposición de ciertas medidas de seguridad, en determinados casos. Lo mismo cabe respecto de aquellos cuya capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión se encuentre considerablemente disminuida.

De acuerdo al esquema de *Sauer*, complementado por Jiménez de Azúa, la inimputabilidad es uno de los conceptos pilares de la teoría del delito. Ya encontramos desarrollado este concepto en la Escuela Clásica y concretamente Francisco Carrara lo consigna en su definición de delito, al referirse a que el “acto externo del hombre positivo o negativo” deberá ser moralmente imputable.

---

<sup>\*31</sup> Tribunales Colegiados de Circuito. Apéndice de 1995. Octava Epoca. Tomo II, Parte HO. Pág. 497. Tesis de Jurisprudencia.

El fundamento del estado para imponer penas, lo encuentran los clásicos, en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

El libre albedrío fue negado enérgicamente por la corriente positivista, ya que además de lo indemostrable que resulta la existencia del libre albedrío, consideraba por el contrario, que el hombre carece de esa posibilidad por que está determinado en su actuar por una serie de factores individuales o mesológicos.

A pesar de las objeciones de la Escuela Positivista, se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de otra por el respeto a la ley, o de violarla, y en esa posibilidad radica la imputabilidad.

El penalista italiano *Maggiore* recalca lo anterior cuando nos dice:

“La imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad”.<sup>\*32</sup>

**Error de tipo y error de prohibición:** En el marco finalista el delito se excluye cuando hay error de prohibición. Este es causal de inculpabilidad y se produce cuando el agente yerra de manera invencible sobre lo antijurídico del hecho, creyéndolo lícito (error de prohibición directo) o sobre la concurrencia de una causa de justificación, creyendo que tiene permiso jurídico para actuar (error de prohibición indirecto o de permisión). Sólo el error de prohibición invencible excluye el delito, ya que el vencible o evitable es sancionado por el ordenamiento penal.

Ambos tipos de error son reconocidos por nuestros tribunales. Por ejemplo, en esta sentencia, que señala:

“El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aun conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error permisión. El error del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una proposición permisiva, como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas,

---

<sup>\*32</sup> Giuseppe Maggiore, “Derecho penal”, vol. I, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1954, Pág. 487.

cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.”<sup>\*32</sup>

En el Código Penal del Distrito Federal se excluye el delito cuando la acción o la omisión se realiza bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque cree que está justificada su conducta. Si el error de la prohibición es vencible se aplica el artículo 38: la penalidad tercera parte del delito que se trata.

***Inexigibilidad de otra conducta:*** Falta la culpabilidad cuando el sujeto carece de libertad para actuar de otra manera que cometiendo el ilícito. Esta causal se origina en Alemania, fundamentada en dos casos célebres: el del cochero, referido a la culpa y el de la cigüeña, referido al dolo.

“El del cochero: Un cochero con conocimiento de que el caballo que arrastra el carruaje es chúcaro, es obligado por su amo a prestar un servicio con el coche. Aunque se resiste, es conminado a hacerlo bajo amenaza de despido. En la calle, el caballo desobediente se desboca y causa lesiones a un transeúnte. El Tribunal falla absolviendo al procesado bajo el argumento de que no podía exigírsele a éste otra conducta, pues arriesgaba su trabajo y su sobrevivencia”. “El de la cigüeña: una comadrona, para evitar el riesgo de quedar sin trabajo en una mina, realizó dolosamente inscripciones falsas en el registro civil. Fue absuelta también por no exigibilidad de otra conducta”.

El legislador excluye el delito cuando, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

### **3.2.4 LA IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD**

#### *IMPUTABILIDAD.*

La imputabilidad forma parte esencial en la teoría del delito, junto con la culpabilidad.

Algunos autores, principalmente los alemanes, tocan los temas de imputabilidad y culpabilidad dentro de una misma denominación: culpabilidad, pero es importante hacer la distinción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como elemento de ella. A este respecto también existe el criterio de considerar a la imputabilidad como presupuesto de todo el delito, punto de vista que en lo personal nos atrae.

Es interesante mencionar el pensamiento del jurista español *Luis Jiménez de Asúa* quien afirma que “La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como

---

<sup>\*32</sup> Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 187-192. Segunda Parte. Pág. 29. Tesis Aislada.

equivalentes y las tres palabras como sinónimos. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse." En cierto modo, es nuestra preocupación explicar lo más sencillamente posible, estas diferencias, para lograr una concepción más amplia y detallada de los elementos que integran la teoría del delito.

Los individuos cuentan con dos características que son:

- a) La morfológica.
- b) La intelectual.

Sin estas dos características no se les puede considerar como una persona o sujeto capaz de cometer el delito,

Para que exista el delito, es necesario contar con los siguientes elementos:

1. Conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Culpabilidad.

Para que estos elementos se presenten es necesario un presupuesto, como requisito indispensable en todo delito, el cual es la Imputabilidad (como lo comentamos anteriormente, hay autores respetables para quienes la imputabilidad sólo es presupuesto de la culpabilidad).

Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; éstas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo, y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea sujeto imputable.

Algunos penalistas son de opinión que el delito es parte de la imputabilidad, para lo cual analizaremos la noción de que la imputabilidad es el presupuesto de todo el delito, esto es, el presupuesto es un acontecimiento previo al delito y ocupa un lugar en el tiempo y el espacio.

Para que haya un delito debe existir la imputabilidad, o sea el ser capaz de querer y entender.

Para dar el concepto de la imputabilidad es necesario previamente determinar la capacidad que tiene el sujeto, hablándose en la doctrina de:

- a) Capacidad de acción.
- b) Capacidad de culpabilidad.
- c) Capacidad de deber.
- d) Capacidad de pena.
- e) Capacidad jurídico-penal.
- f) Capacidad de delito, y
- g) Capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

“El Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión”.<sup>\*33</sup>

Los pensadores de la escuela clásica, estiman que la imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral, en tanto los positivistas sustituyen esto por la responsabilidad social, la cual señala al individuo como responsable por el simple hecho de vivir en sociedad.

Luis Jiménez de Asúa expone que la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el padre *Jerónimo Montes*, como el “conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre”.<sup>\*34</sup>

### *Capacidad de culpabilidad*

*Jescheck* define la capacidad de culpabilidad como "el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad -asimismo agrega que- la misma debe concurrir para que la falta de actitud jurídica de que nace la decisión del hecho pueda aparecer como digna de censura. únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre de graves perturbaciones psíquicas, posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico penal. Cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente actuar -a diferencia de lo que sucede cuando concurre incapacidad de acción en los actos reflejos o

---

<sup>\*33</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, V, Ed. Porrúa., S.A., México, 1985, Pág. 51.

<sup>\*34</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, Pág. 326.

inconsciencia- pero no devenir culpable, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el Derecho digna de desaprobación". \*35

La capacidad de culpabilidad está orientada a considerar la edad, y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquico-mental que tiene el autor, esto es, no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta qué grado el individuo tiene comprensión de que sus actos son ilícitos.

“Las leyes determinan de un modo típico negativo qué personas no son capaces o lo son, sólo restringidamente, de obrar de modo culpable. Este presupuesto de la culpabilidad está dentro, no fuera, de la culpabilidad misma; los casos en tipos puros de culpabilidad”, dice *Guillermo Sauer*, en la parte general de su obra Derecho Penal.

*Ricardo Abarca* en su obra *El Derecho Penal en México*, hace una muy clara y completa definición acerca de la imputabilidad, diciendo: "significa capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre, como a su causa eficiente, su conducta externa. Supone dos elementos: razón clara y voluntad libre. El elemento razón, llamado también discernimiento, es el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta; falta el discernimiento en los niños, quienes no están en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos; falta en los decrepitos, en los locos, en el estado de embriaguez completa. La voluntad libre es la facultad de autodeterminación de hombre en su conducta. El hombre tiene motivos para querer una cosa o la contraria, pero su voluntad queda libre para determinarse en un sentido o en otro. Existiendo discernimiento y voluntad hay imputabilidad." \*36

Para la escuela clásica, las condiciones que el sujeto debe reunir a fin de que pueda imponérsele justamente la obligación de responder por su hecho, son la capacidad de comprender y la de determinarse libremente; es decir, la inteligencia y la libertad. Ambas cualidades deben de ser entendidas en su más amplio y general significado, pues esta teoría se construye en base a la idea del hombre como ser moral, dotado de libre arbitrio.

En este sentido, los clásicos no se ocupan de discusiones filosóficas, presuponen aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y edificada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin ella.

“Como consecuencia de ese punto de vista, no sólo de la pena sino del Derecho Penal quedan excluidos aquellos sujetos que cometen un delito en condiciones de alteración de sus facultades mentales que les priven de la capacidad de comprender y de determinarse: el hombre es responsable porque es inteligente y libre; antes de violar la ley en los hechos la ha violado en su corazón y es de esa falta de lo que responde”. \*37

---

\*35 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, Ed. Bosch Barcelona, 1981, Pág. 595

\*36 Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, Ed. Cultura, México, Pág. 143.

\*37 Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo 11, 39 ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, Pág. 24.

La Escuela Positivista, se fundamenta en el principio determinista; que surge como una reacción al pensamiento de la Escuela Clásica. En esta teoría, el delincuente aparece como impelido al hecho, conforme con un conjunto de factores subjetivos, que obran con poder causal sobre su conducta, por lo que la responsabilidad moral no puede continuar siendo, la base de la imputabilidad.

En esta teoría, se manifiesta desde el punto de vista del sujeto, que existen factores determinantes de la criminalidad, los cuales son psíquico orgánicos, principalmente, que llevan al mismo a cometer hechos delictivos. Dentro de esta doctrina, resalta la investigación de *Lombroso*, quien lleva una situación opuesta a la escuela clásica, al decir que el ámbito de la criminalidad es totalmente o casi totalmente patológico, mientras que la escuela, clásica considera al anormal radicalmente fuera del Derecho Penal.

Se dice que el Derecho Penal debe basarse exclusivamente en la necesidad de la defensa social, así los sujetos que realizan los ilícitos no responderán por su libertad de actuar, sino porque son miembros de una sociedad y debido a ello deben comportarse conforme a los ordenamientos que allí se establezcan, para preservar el orden jurídico y la paz social, por lo que para ser sancionado no se necesitará, el sujeto reúna ciertas condiciones morales, sino bastará con que sea autor material del hecho ilícito, para ser sancionado.

Según este criterio, no existen imputables e inimputables, sino sólo existen delincuentes, por lo que las penas se aplicarán conforme al autor material, sin importar lo moral, lo intrínseco.

Asimismo, se sustituye la doctrina de la imputabilidad por el estudio del delincuente, respecto a los elementos psico-sociales que intervienen en la conducta del individuo, para actuar en contra de los ordenamientos penales.

Es interesante señalar que en torno a este tema han surgido diversos comentarios, dentro de los cuales los autores se inclinan por una u otra teoría.

"Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento", es la definición que hace el penalista argentino Sebastián Soler de la imputabilidad, válida para el Derecho Penal en su país.

Nuestro Código Penal no define la imputabilidad, y por lo tanto, es necesario extraer su concepto del artículo 29, fracción VII, a contrario sensu; es decir, la imputabilidad no está reglamentada en la ley en forma positiva, sino que se obtiene a través de un procedimiento negativo. Dicha fracción señala:

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

hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código."

La imputabilidad -dice *Maggiore*-, es la piedra angular de todo el Derecho Penal. *Carrara* construyó sobre ella la estupenda arquitectura de su sistema -y concluye diciendo-: Imputabilidad es la expresión técnica para denotar la personalidad, la subjetividad, la capacidad penal." \*<sup>38</sup>

### *ELEMENTOS*

La imputabilidad conforme al Código Penal, interpretado a contrario sensu, contiene un "elemento intelectual o de conocimiento": la "capacidad de comprensión de lo injusto", que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un elemento de voluntad": conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de "capacidad" y de "determinación de la voluntad", originan la imputabilidad; y su ausencia, da lugar a la inimputabilidad.

Determinaremos la capacidad del sujeto, refiriéndose en la doctrina, haciendo una descripción de lo que es en sí la capacidad:

*Maggiore* dice que la capacidad "es una categoría jurídica universal. Entendiéndola como posibilidad abstracta de recibir los efectos del ordenamiento jurídico (de ser sujetos del Derecho, titulares de derechos y obligaciones), es común a todo el Derecho Público y Privado, Civil y Penal. Coincide con la cualidad misma del hombre". \*<sup>39</sup>

El Diccionario Jurídico Mexicano dice que: "Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. *Hans Kelsen* considera al respecto, que debe entenderse por capacidad, la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho." Es ésta la definición de capacidad.

#### A) Capacidad de entender

Según *Maggiore* es: "la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión". \*<sup>40</sup>

---

\*<sup>38</sup> *Maggiore*, Giuseppe Derecho Penal, tomo 1, 21 ed., Ed. Temis. Bogotá 1989, Pág. 478 y 479.

\*<sup>39</sup> *Maggiore*, Giuseppe, Op. Cit. Pág. 480

\*<sup>40</sup> *Maggiore*, Giuseppe, Op. Cit. Pág. 500-

La capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez ética.

Esta capacidad de entender, se desarrolla en el proceso de la conciencia. La conciencia para Maggiore es un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el sujeto y el objeto, el yo y el no yo.

*Pavón Vasconcelos* hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esa manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: "La noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor." <sup>\*41</sup>

*Kant* hace una clasificación de la conciencia de acuerdo a su contenido:

- a) Conciencia sensible o sensación. Contenido indistinto.
- b) Conciencia perceptiva o percepción. Contenido distinto.
- c) Conciencia intelectual o entendimiento. Contenido distinto en sí mismo y a la vez unido en un nexo universal.

#### B) Capacidad de querer

*Maggiore* nos dice: "Paralelo al proceso de la conciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después es una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta."

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho.

Así resaltamos que el concepto de la capacidad de querer, es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas.

"Querer" es liberarse, obrar y realizar a cada momento la propia autonomía espiritual, es lo que Maggiore dice respecto al término, por lo tanto al tener una capacidad de querer, se entiende hay una libertad para exteriorizar nuestros deseos.

---

<sup>\*41</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1967, Pág. 340.

En opinión de *Carrancá y Trujillo* imputar es, poner una cosa en cuenta de alguien, lo cual no puede darse sin ese alguien, y para el derecho penal sólo es alguien aquél que por sus condiciones psíquicas es sujeto de voluntariedad. Y continua diciendo que mientras que la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal.

Dice *Ignacio Villalobos* que la imputabilidad debe aceptarse como un tecnicismo que se refiere a la oportunidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que por lo tanto hace posible la culpabilidad.

El diccionario jurídico Mexicano define a la imputabilidad como, la capacidad condicionada por la madurez y salud mental de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y, determinarse de acuerdo a esa comprensión.

Los pensadores de la escuela Clásica, estiman que la imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral. En tanto los positivistas sustituyen esto por la responsabilidad social, la cual señala al individuo como responsable por el simple hecho de vivir en sociedad.

La imputabilidad es ser capaz de culpabilidad es: “quien desarrolla sentido individual”<sup>\*42</sup>, pero esta capacidad no es como en las teorías tradicionales; esto es que, no es una cualidad psíquica del autor que se puede comprobar con la ayuda de la psicología o de la psiquiatría, sino una capacidad que se atribuye a éste y que, por lo tanto, está orientada normativamente a las exigencias decisivas del mantenimiento del sistema.

En este contexto, “ El autor solo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si es imputable”.

Ser imputable significa “ser definido por igual. La igualdad presupone que los factores que forman, o no impiden, ubicuamente un suceso motivatorio”.

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el “conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre”.

---

<sup>\*42</sup> Jakobs , Günther, Sobre la Función de la Parte Subjetiva del Delito en Derecho Penal, Traducción de Joaquín Cuello Contreras, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, . Tomo XLIII, Fasc. II, mayo-agosto, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1989, Pág. 633.

### *CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD*

Si desde el punto de vista de Jakobs, para determinar la imputabilidad del autor es el concepto de igual, entonces para los contrarios, es decir, para determinar quienes son inimputables, debe determinarse por la falta de esa igualdad, de acuerdo con esto las causas de inimputabilidad son:

- a) Los que se refieren a cualidades anormales.
- b) La falta de igualdad.

Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien del hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

Son inimputables aquellos que no son penalmente responsables por no poderse atribuirle el delito y aplicársele la consecuencia jurídica correspondiente que es la pena. Lejanas ya las controversias entre los partidarios del libre albedrío y el determinismo, se ha ido madurando un concepto que liga la imputabilidad a la conciencia del quebrantamiento de un deber o a la capacidad de comprender lo ilícito de la acción o de conducirse con esa comprensión. No son capaces de ello los menores de edad y otros individuos que carecen de desarrollo mental completo, los enajenados mentales y quienes sufren de un trastorno mental transitorio.

a) Los menores de edad están excluidos de la mayoría de los códigos penales y cuando delinquen son sometidos a tratamientos especiales, que contemplan medidas correctivas y rehabilitadoras.

b) Respecto de los enajenados mentales, atendida su eventual peligrosidad social, pueden ser sometidos a internamiento temporal o definitivo en establecimientos psiquiátricos o puestos bajo la guarda o custodia de familiares u otras personas.

c) Aquellos que experimentan trastornos mentales transitorios, de acuerdo con las circunstancias del hecho, o son excluidos de responsabilidad o sometidos a medidas de seguridad temporales.

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad; consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho. Pensamos que la fórmula sobre la inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen.

Jiménez de Asúa sostiene que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que

si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró." \*43

Para fundar el concepto de la inimputabilidad, existen diversos criterios.

Para *Mezger*, contamos con tres métodos: "el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto. Nos dice:

**El primero**, se satisface, en la exclusión de la imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor; **el segundo** se caracteriza, en contraste al método biológico, porque en la exclusión de la imputabilidad no destacan los estados anormales del sujeto, sino el **tercer método**, el mixto, quiere remediar lo unilateral de los dos anteriores y se apoya, para caracterizar la inimputabilidad, tanto en las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad) " \*44

Jiménez de Asúa hizo una clasificación de los motivos de inimputabilidad consignados en los Códigos penales de Hispanoamérica, así como de aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos:

a) Falta de desarrollo mental:

La menor edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros -los más- en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho. El Código Penal Argentino, después de la aprobación de la ley 14.394, del 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir.

b) Falta de salud mental.

c) Trastorno mental transitorio.

Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos). Fiebre y dolor.

El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena, pero no de responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer (menstruación, embarazo, menopausia) y la evolución de la senectud causan

---

\*43 Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, 3a ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, Pág.. 339.

\*44 Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, II, Madrid, 1935, pp. 64 y 65.

estados psicopáticos o psicóticos, éstos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes lo padecen. "

Del mismo modo, a los enfermos mentales siempre se les ha reconocido como inimputables, y los diferentes códigos hacen mención a ese estado patológico, definiéndolos como imbéciles, locos, dementes, idiotas, lunáticos, etcétera, pero nosotros coincidimos con el acertado punto de vista del maestro Jiménez de Asúa al afirmar que el término más exacto, que valora el trastorno mental en cuestión es el de enajenado.

El Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, en el Capítulo Segundo denominado "De las causas de inimputabilidad", del Título Segundo: "El Delincuente", y en el artículo 16, establece que "son causas de inimputabilidad:

- I. El trastorno mental transitorio producido por causa accidental;
- II. El trastorno mental permanente, y
- III. La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción".

A este respecto, *Sebastián Soler* opina que la sordomudez no presenta un problema específico de inimputabilidad, sino que en cada caso concreto deberá investigarse si existe una insuficiencia de las facultades que conduzca a la aplicación de la causal genérica de inimputabilidad. Constituye pues, una hipótesis posible y típica de insuficiencia".

Antiguamente se habló de la sordomudez como causa de inimputabilidad; esta situación, debido al proceso educativo y nuevos tratamientos para quienes padecen ese mal, hace factible que se reincorporen a la sociedad y por lo tanto, resulta inaceptable considerarlos inimputables en forma genérica; así, las reformas de 1984 eliminaron a la sordomudez como causa de inimputabilidad, sin que de ninguna manera se omita que cuando el sordomudo carezca de educación y en general de contacto social, se le considerará inimputable; más cuando tenga la debida captación de los valores sociales y personales, lo que algunos autores denominan la debida diferenciación entre el bien y el mal, se le habrá de considerar plenamente imputable.

"Las causas de inimputabilidad no se refieren a conductas jurídicas, porque en ellas el agente actúa produciendo, un daño indebido, pero falta la responsabilidad penal la cual requiere del dolo, cuyos elementos no concurren en el agente."

Nuestro Código Penal en su artículo 29 señala, las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

El delito se excluye cuando:

"VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Es importante señalar que con motivo de las reformas efectuadas el 10 de enero de 1994 al Código Penal, el miedo grave y el temor fundado quedaron eliminados del artículo en mención. Pero a pesar de ello, explicamos estas dos figuras para lograr un mayor conocimiento de la inimputabilidad.

El "miedo grave", es aquella circunstancia interna subjetiva, en que el individuo se encuentra marginado por la misma para actuar razonadamente, en una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta a condiciones normales; y el "temor fundado", es el conjunto de circunstancias objetivas que obligan al individuo a actuar de cierta manera.

Respecto a los menores de edad, podemos decir son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como a un enajenado mental, lo que sucede es que están sujetos a un régimen diverso, al igual que lo están los militares, ese régimen es, el de los menores de edad.

Trastorno mental. Es la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual, del pensamiento, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad.

Trastorno mental transitorio: *Sebastián Soler* dice respecto a este estado que: "crea sin duda alguna, un estado de inimputabilidad cuando se caracteriza como una alteración morbosa -y agrega la admisión de un trastorno mental transitorio puro, sin base patológica, es un error frente a nuestra ley". *Cuello Calón* hace la observación de que es una perturbación de las facultades mentales pasajera, de corta duración, y esto hace que desde el punto de vista legal sea diferente a la enajenación. El trastorno mental transitorio se caracteriza porque además de su rápida aparición, pasa sin dejar rastro alguno. *Cuello Calón* expresa: "Para que el trastorno mental transitorio cause efecto eximente es preciso que no haya sido buscado de propósito para delinquir, por tanto, el que con ánimo de cometer un delito se coloca en aquella situación, y hallándose en ella, perpetra el hecho, no podrá ser declarado exento de responsabilidad criminal." \*45

Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

En otras palabras, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

Así las causas de inimputabilidad, según lo prevé la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo

---

\*45 *Cuello Calón*, Derecho Penal, 91 ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, Pág. 431.

comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

En nuestro sistema jurídico podemos observar que el código penal federal mexicano señala como causas de inimputabilidad, el trastorno mental, o el desarrollo intelectual retardado; por su parte el código penal de Coahuila (siguiendo la anterior orientación del código penal Federal) nos habla de quien padezca ceguera o sordomudez de nacimiento, con total falta de instrucción; o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica.

### 3.2.5. LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

#### *CULPABILIDAD*

*Maggiore* define a la culpabilidad como "la desobediencia consciente y voluntaria - y de la que uno está obligado a responder- a alguna ley". Mientras que *Jiménez de Asúa* la define como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

*Para Zaffaroni*: "La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamental de la culpabilidad."

*Mezger* supone, "la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido".

El concepto de culpabilidad como tercer aspecto del delito y de acuerdo a las definiciones anteriores, nos señala cuatro importantes elementos que la conforman son: una ley, una acción, un contraste entre esta acción y esta ley, y el conocimiento de esta situación, según lo manifestó *Maggiore*.

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

El nexo es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexo intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

El concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de **un psicologista**, el de **un normativista** o el de **un finalista**. Así, el primero diría, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmaría, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad

porque son contenido del tipo. "La culpabilidad es por lo tanto, responsabilidad, a particulares consecuentemente de las normativas mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad, constituyendo como se afirma por un sector un *míxtum compositum*, de cosas -como afirma Baumann- no pueden mezclarse." <sup>\*46</sup>

En el sistema clásico del delito, impera un concepto "psicológico" de la culpabilidad: "es la relación psicológica del autor con el hecho o una relación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado", con sus grados o especies: dolo o culpa.

La culpabilidad psicológica es "producto de las elaboraciones de Liszt y Beling, quienes desarrollaron el concepto psicológico de la culpabilidad", cuya fuente según se entiende, proviene de entre otros de Stratenwert, la culpabilidad psicológica no solo llegó de la mano de Liszt y Beling, sino de otros autores, como lo asevera el mismo profesor suizo.

Culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, abarcando la causación del resultado por el autor y la ilegalidad del acto y, en sentido estricto como la relación que solo puede ser psicológica, pero, que al existir, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa y que es, además, un síntoma (expresión) de la naturaleza antisocial del carácter del autor (que es la que da a la culpabilidad su contenido material) – acto culpable-.

En cuanto al desarrollo de la culpabilidad, es correcto señalar tres momentos históricos, que nace en forma gradual, iniciándose con el criterio psicológico de la culpabilidad, continuando con un criterio llamado "mixto" o "complejo", o sea, psicológico y normativo, y terminando con un criterio meramente normativo, trasladando el dolo y la culpa al elemento material.

*Mir Puig*, refiriéndose a la concepción psicológica de la culpabilidad señala:

"El concepto causal-naturalista de delito de Von Liszt y Beling (el llamado concepto clásico del delito) supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: la culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor. El ambiente positivista de fines del pasado siglo se plasmó en una construcción de la teoría del delito que por una parte, partía de la división del mismo en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: la parte externa y la parte interna, y, por otra parte, atendía como elemento definidor fundamental a la idea de la causalidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuridicidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Ésta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho. Por otra parte, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo Y la culpa se

---

<sup>\*46</sup> Baumann, Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, Pág. 209

ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho. El delito aparece, pues, como el resultado de una doble vinculación causal. La relación de causalidad material que da lugar a la antijuricidad, y la conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

En esta concepción el dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad, son las dos clases o especie de culpabilidad que constituye el género. No sólo son formas de la culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies."

Dos teorías se enfrentan para fundamentar la culpabilidad:

- a) La psicológica.
- b) La normativista, propuesta por Frank.

De estas dos teorías, se ha originado una tercera posición:

c) El normativismo puro, que traslada al dolo y a la culpa en el tipo, y deja únicamente en la culpabilidad la reprochabilidad.

Si el psicologismo consiste en un nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado, no puede fundamentar sino el dolo directo y el eventual y tal vez la culpa con representación, consciente o con previsión, pues en esta última hipótesis, aún cuando no quiere el resultado ni lo acepta en caso de producirse, lo prevé con la esperanza de que no se realizará, pero de ninguna manera puede admitirse en el psicologismo la culpa inconsciente, sin representación o sin previsión, porque en ésta, no se previó, el resultado previsible. Richard Busch apunta, 41 que todos los esfuerzos por comprobar también en la culpa una relación psíquica del autor con el resultado, fueron inútiles." \*47

Podemos señalar que la teoría psicologista, no se puede aceptar ya que no basta el dolo o la culpa para integrarla. De esta manera, si un sujeto obrara en un sentido ilícito pero tiene la protección de alguna eximente de responsabilidad, sería culpable tan sólo por haber deseado el resultado. Entonces, caeríamos en un conflicto mayor, y no se podría concebir a la legítima defensa, y al estado de necesidad, entre otras, como excluyentes de responsabilidad.

Algunos otros autores piensan que para hacerle a una persona algún reproche sobre su comportamiento, se necesitan dar: la imputabilidad, que es la aptitud espiritual normal del autor; una cierta relación psíquica del autor con el hecho y por último la normalidad de las circunstancias en las cuales el autor obra.

---

\*47 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, Pág. 467.

*Pavón Vasconcelos*, refiriéndose a la teoría normativa de la culpabilidad expone: "La teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico."

Luis Jiménez de Asúa en el Tratado de Derecho Penal hace una aclaración, la cual consiste en precisar la importancia de separar la concepción normativa de la culpabilidad, de otras doctrinas, que pueden usar, sin que se las acuse de usurpadoras, el nombre de teorías normativas. A juicio del maestro español, la teoría normativa se sintetiza de la siguiente manera: "Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. -La culpabilidad es, pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia.

Jiménez de Asúa considera que la teoría de James Goldschmidt presenta el más puro normativismo. Esta no incluye a los elementos de hecho como la imputabilidad, la intención y la negligencia, e incluso la "motivación normal" y la "libertad", están fuera de ella; son presupuestos de la culpabilidad.

Otra teoría es la referente al Conductismo, la cual señala que la culpabilidad es una variación de lo normativo del hombre, que está regido por conductas sociales y cuando el hombre cambia las conductas tiene la comisión del delito. Cuando violamos la norma alteramos las conductas sociales.

En efecto ya con *Franz von Liszt* la culpabilidad va a sistematizarse y a desarrollarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema. Así aparece la llamada "teoría psicologista de la culpabilidad.

Para Liszt, consecuente con su esquema naturalista, la culpabilidad viene a ser una relación natural, en este caso, una relación psicológica entre el sujeto y el acto, de ahí la denominación que recibió esa teoría.

Para el sistema causalista de la teoría del delito, el primer elemento del delito, el acto, acción o hecho, según se le denomine, se integra, como ya hemos visto, de conducta, resultado y nexos causal; a su vez la conducta la conforman un elemento psíquico y uno físico, el primero consistente en la voluntariedad de la propia conducta, y el segundo en la acción u omisión, formas en que se proyecta el elemento psíquico de la actividad o inactividad humana.

En resumen, podemos decir para el psicologismo, la psique o la mente del sujeto es la que comete el delito; el normativismo sostiene, que el sujeto delinque al violar las normas ya que se le hace un juicio de reproche; y por último, el conductismo, dice que el sujeto varía la conducta de actuar en la sociedad.

Sin duda alguna que la culpabilidad es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito.

Este importante elemento del delito lo encontramos en casi la totalidad de las modernas concepciones de la teoría del delito.

La culpabilidad aparece en el esquema del maestro Jiménez de Asúa colocado a continuación de la antijuridicidad, presuponiendo este elemento, la imputabilidad del sujeto.

De antiguo se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido. Se atendía al resultado lesivo, no importaba la intención". Por esta razón, a esta ancestral concepción de culpabilidad, se le ha denominado "responsabilidad objetiva por el mero resultado".

En los albores del derecho penal, para la aplicación de una pena, su fuente radicaba en la presencia de un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, independientemente del vínculo de carácter psicológico, subjetivo que ligase al hecho con su autor. En otros términos se aceptaba que la responsabilidad penal revestía carácter objetivo.

La evolución del concepto de la responsabilidad objetiva, al principio de la responsabilidad subjetiva que atiende a exigencias por encima de la mera producción de un resultado dañoso o peligroso, ha sido lenta y según Liszt y Mezger, y aún no termina.

En el devenir del tiempo se fueron elaborando los conceptos de dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad; ya desde la antigua Roma se empezaba a hacer referencias a situaciones subjetivas del sujeto al momento de realizar el ilícito penal.

Así pues, posteriormente, en los autores de la Escuela Clásica, aparece la culpabilidad integrada por los conceptos de dolo y culpa.

Carrara define el dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la Ley". La culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

De las definiciones de dolo y culpa, que encontramos en estos juristas, podemos observar que la fuerza moral subjetiva" del delito, o culpabilidad, ya presenta las bases de esta moderna teoría.

Ahora bien, en otro orden de ideas, el sistema causalista, en torno a la culpabilidad, sea que se trate de la teoría psicologista, o de la normativista, reconocen que la culpabilidad se puede presentar a título de dolo, o de culpa, y sólo algunos la refieren a la preterintencionalidad.

Ahora bien, la aceptación del dolo y la culpa dentro de la teoría de la culpabilidad en el sistema causalista, es una cuestión aceptada; sin embargo, se plantea la polémica acerca de si el dolo y la culpa son elementos o especies de la culpabilidad.

Para quienes el dolo y culpa son elementos, afirman que éstos concurren con otros elementos (imputabilidad, causa de inculpabilidad, etcétera) a configurar la culpabilidad, como lo acepta Mezger, entre otros autores.

En cambio, algunos juristas que se inclinan a señalar que el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad nos dicen:

Las especies de la culpabilidad -el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies- no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad y son las únicas especies.

Para Jiménez de Asúa los elementos de la culpabilidad son los motivos, las referencias de la acción a la total personalidad del autor.

Maggiore señala que: "Culpable es el que, hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta consciente y voluntariamente.

Si analizamos la definición anterior, encontramos en ella los siguientes elementos: 1) una ley; 2) una acción; 3) un contraste entre la acción y la ley; 4) el conocimiento de este contraste".

Jescheck considera como primer elemento del concepto de culpabilidad a la salud psíquico mental del autor adulto (capacidad de culpabilidad). En el segundo elemento de filosofía de Jescheck está contemplada la conciencia de la antijuridicidad; este elemento se refiere a un sujeto que actúa con pleno conocimiento de que su conducta es prohibitiva por el Derecho, ésta será digna de desaprobación; en cambio, si concurre un error de prohibición, no será censurable cuando el error es inevitable.

De acuerdo con el psicologismo las especies o formas de la culpabilidad, son dos:

a) El dolo.

b) La culpa.

Sin embargo, para algunos autores existe una tercera forma de culpabilidad: la preterintencionalidad, ultra intencionalidad o exceso en el fin, que para otros, constituye no

una forma, sino una hipótesis de culpabilidad. Misma que ha sido excluida del Código Penal, en las reformas realizadas el 10 de enero de 1994.

En la antigüedad, los penalistas consideraban especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, pero a partir de Frank, se les dio la aceptación de elementos.

Jiménez de Asúa nos dice: "Las especies de la culpabilidad -el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies- no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Y son las únicas especies. A fines de siglo quiso Löfler, seguido luego por Miricka, establecer una tripartición: dolo previsible y sabiendo y mera culpa. Más tarde, Grossmann ha querido añadir otras de naturaleza fronteriza. Pero dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen." `

Respecto al dolo y a la culpa, Edmundo Mezger dice: "Estas formas de culpabilidad son, a la vez, grados determinados de la culpabilidad y se encuentran, por lo tanto, en una determinada relación de orden. Son:

- a) La forma legal básica de la culpabilidad, denominada habitualmente dolo (dolus).
- b) La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa (culpa).
- c) La unión especial entre estas dos formas fundamentales."

### ***El dolo***

El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es indispensable unir dos teorías: una llamada de la voluntad y una llamada de la representación.

El dolo, a través de su evolución dentro del Derecho Penal ha pasado por diversas etapas, primeramente, lo encontramos en el Derecho Romano de la primera época y en el primitivo Derecho Germánico, donde los castigos se descargaban por el mero resultado, sin importar la intención del agente.

Algunos autores sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad, por lo que definían al dolo como en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Se ha citado como ejemplo el delito de homicidio, como un delito doloso, ya que el sujeto activo se propone dar muerte a una persona, poniendo todos los medios necesarios para la consumación del mismo, deseado el resultado.

En el desarrollo de la humanidad, ya mencionábamos, que se imponían penas atendiendo al mero resultado, no atendían a la relación psicológica entre sujeto y resultado. En Roma aparece la distinción entre *dolus bonus*, como una actitud no maliciosa, de carácter civil; y el *dolus malus* referida a conductas artificiosas, engañosas, de carácter penal. El dolo pasó a ser la primera forma conocida de culpabilidad.

El dolo es la más importante de las formas de culpabilidad, idea con la que concuerdan prácticamente todos los penalistas, quienes agregan que es además la que reviste más gravedad.

Sin embargo, aun cuando concuerdan en su especial gravedad e importancia, el concepto del dolo es uno de los difíciles y controvertidos del derecho penal, ya que unos asientan el elemento psicológico en la voluntad y otros en la representación y el elemento ético, unos en la conciencia de la tipicidad, otros en la conciencia de la antijuricidad, algunos en la conciencia de la antisocialidad y hay quienes, en la conciencia del quebrantamiento del deber.

Tres son las principales teorías que han tratado de explicar la naturaleza del concepto del dolo: a) la de la voluntad; b) la de la representación; y c) la del asentamiento (ecléctica).

a) La teoría de la voluntad es la que primero se planteó, y todavía tiene seguidores. El concepto de la voluntariedad, como fundamentador del dolo, lo recogió la Escuela Clásica y aparece expuesto de una manera sistemática en la obra de Carrara.

Esta teoría se centra en la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo; en otras palabras, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la consecución de ese evento.

Al analizar la teoría de la voluntad Fontán Balestra, encuentra que ésta se conforma de la siguiente manera:

Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación (la significación ha de referirse a la naturaleza delictuosa de su acción y no a la exacta consecuencia de la misma), y el autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la intención de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado.

Es obvio que este penalista adopta el sistema causalista, pues distingue entre la voluntad -dirigida a querer la conducta (elemento objetivo del delito), de la voluntad de querer el resultado (elemento subjetivo del delito), y al hablarnos de la intención del agente dirigido al resultado, destaca a la voluntad como contenido esencial del dolo.

Lo fundamental de este planteamiento aparece, como ya indicábamos, en autores clásicos como Carmignani, Carrara, etc., donde se define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley." No incluye Carrara el animus nocendi como parte fundamental del dolo, pues, a su juicio, en ocasiones no existe, como en el caso de quien priva de la vida por motivos de piedad, si bien su ausencia son en casos de excepción, pero en cambio la intención es característica del dolo, y el dolo se resume en un acto de voluntad.

Para el maestro de Pisa, en el dolo la intención puede ser directa o indirecta. La directa se manifiesta cuando el sujeto prevé y quiere el efecto criminoso; será indirecta cuando el sujeto, previó y quiso los medios, si bien no se quería precisamente el resultado, pero éste aparecía como un efecto posible.

Enrique Pessina, inspirado en Rossi, también se inclina por la teoría de la voluntad, y el dolo debe reunir tres condiciones para su existencia, a saber:

- 1.- El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer la existencia de un deber;
- 2.- Debe haber tenido la conciencia de que su proceder no podía menos que violar el deber; y
- 3.- Debe haber tenido la oportunidad de obrar con libertad para decidirse violar o no el deber. Satisfechas estas condiciones el dolo se presenta cuando: "el hombre haya previsto el delito que había de derivarse de su movimiento; que haya querido moverse". Si falta el primer requisito, Pessina, afirma se elimina la determinación de volición, si existe ausencia del segundo, se origina la falta de volición del acto.

Pessina siguiendo a Carrara hace radicar el dolo en la "intención" más o menos perfecta de realizar el evento previsto, violando así un deber jurídico.

Jiménez de Asúa incluye al penalista *Bernardino Alimena* dentro de la corriente de la teoría de voluntad. Para Alimena el dolo es lo mismo, la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, que la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad.

La inclusión de Alimena dentro de la teoría de la voluntad, a pesar de que hace referencia expresa a "representación" del hecho, no debe extrañarnos, pues no existe una división tajante entre la teoría de la voluntad y la de la representación, pues en Carrara, Pessina, y otros se habla de "conciencia" admitiendo la representación del hecho, el cual afirman es "contrario a la ley".

La ubicación de penalistas tan destacados como Beling, Binding, Mezger y otros más en la teoría de la voluntad, es porque a este concepto le dan preponderancia al explicar la teoría del dolo, pero no desconocen a la "representación" pues tratan de salvar la crítica hecha a la teoría de la voluntad de que en el dolo eventual, el resultado "no es querido" y sin embargo el delito se comete porque el agente se lo ha "representado" como posible.

*Carmignani* definió el dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigida a infringir la ley, manifestada en signos exteriores.

Carrara, máximo representante de la Escuela Clásica, define al dolo 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: voluntad, intención y fin.

Jiménez de Asúa piensa, "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 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 o ratifica".

*Cúello Calón* afirma: "dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso".

El destacado penalista alemán Mezger se ubica a sí mismo dentro de la teoría de la voluntad, cuando escribe:

Nos declaramos fundamentalmente partidarios de la doctrina de la voluntad.

Sin embargo, este autor al igual que Beling, Binding y otros, no deja de tomar en cuenta a la representación. El propio Mezger nos dice:

“actúa dolosamente el que conoce la circunstancia de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado” \*<sup>48</sup>.

Importante en esta definición la "representación" del hecho, cuando habla de "conocer las circunstancias y significación y la voluntad, al expresar que tales circunstancias y significación las admite en la "voluntad" dirigida a la consecución del resultado.

Elementos del dolo

Para Maggiore son dos los elementos del dolo:

- 1) La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La violación de él."

Si alguno de estos dos elementos faltase, no puede haber dolo..

Se afirma que el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

a) Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y

b) Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado.

En los elementos intelectuales, primeramente debemos definir si el dolo lo realiza el agente con conciencia de la antijuridicidad, del tipo, de algún otro concepto más eficiente para la realización de la conducta. Respecto al conocimiento del tipo penal, el decir técnicamente las acciones o el conocerlas, no es exactamente lo que se requiere para que se

---

\*<sup>48</sup> Mezger, Edmundo, Op. Cit. pp. 68 y 69

diga que el sujeto conocía el tipo penal, en este aspecto nos referimos al conocimiento que debe tener el sujeto activo del ilícito que está cometiendo, en el sentido de saber que su conducta es contraria al orden y la paz social.

En este sentido, el autor Ernesto Beling, señala que al demandarse el conocimiento de la tipicidad, no se supone que el agente conozca la descripción típica del mismo modo que los técnicos de la materia, afirmando que la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica y no debe exigirse que conozca los elementos del tipo legal, pues ello presupondría ya un estudio en concreto.

Cuando el dolo exige un tipo de culpabilidad para conectarlo en la figura rectora, ha adelantado mucho, aunque no se han resuelto todos los problemas.

Franz Von Liszt ha afirmado que el dolo debe captar las circunstancias del hecho y cree, en cambio, no se necesita la conciencia de lo injusto. De lo cual se han concedido consecuencias inaceptables en orden a la defensa putativa.

Binding exigía que el dolo debía tener como elemento ético a la antijuridicidad, es decir, el sujeto debía tener conciencia de el acto que realizaba era antijurídico.

"Debemos exigir en el dolo la conciencia del deber de violar la norma, pero no la conciencia de la antinormalidad en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la conciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no es sólo este elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se haya descrito en la ley."

Podemos afirmar, que todos, hasta los más ignorantes saben lo que es un automóvil y una pulmonía, todos lo saben; pero es imposible que todos tengamos el conocimiento técnico al igual de quienes se han preparado en su saber. Nuestro conocimiento podría decirse que es profano. Por todo lo expuesto, debemos tener presente que los elementos intelectuales del dolo deben ser el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica; de esa manera profana y no técnica, es como se han salvado todos los escollos.

Los elementos afectivos o emocionales, según los autores tradicionales, se basan en la idea de que el dolo es la 'voluntad y conciencia" de ejecutar un acto. En este sentido se dieron diferentes opiniones como la de Francisco Carrara, quien manifestaba que esa voluntad debía referirse a la de la ejecución del acto y no a la de ocasionar un daño, sin embargo, otro autor llamado Pesina, identifica el dolo con la voluntas sceleris. Pero lo importante es que ambos se basan en el hecho de la voluntad y conciencia.

Al aparecer la escuela criminal positiva, el autor Ferri manifiesta que no es suficiente con la voluntad y la conciencia, ya que estos elementos carecen de profundidad, por lo que es necesario se haga un análisis más profundo en el que participe la voluntad, la intención y el fin, para que se pueda dar la existencia del dolo.

De esta forma, Ferri nos da un ejemplo en el que señala: si podemos disparar un revólver queriendo matar o se nos dispara casualmente, el acto en sí es el mismo; pero es muy diferente en cuanto al problema doloso, ya que si el revólver se nos dispara casualmente, no existirá el dolo, de lo contrario, si queremos efectuar un homicidio, y no solamente es el deseo, sino que se vuelve un fin dentro de nuestra conducta, habrá dolo. De tal manera que requiere primero tener la voluntad de disparar el arma, después, la intención de matar a alguien y por último, el móvil de matar por venganza y no por defensa.

"Ya hemos dicho que a nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación, para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Henicis afirmó repetidamente que el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso. Ello se ve muy bien en el ejemplo que se hace en los casos de Franz Von Liszt. Un sujeto incita a otro a que 'se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica le fulmine. Si el rayo le mata, no podríamos, ciertamente, construir un homicidio doloso. En suma: el deseo no puede identificarse con el dolo. De igual modo, según veremos más adelante, un sujeto puede no desear la muerte de otro; más, por estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia, a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por dolo si inexorablemente se produce."

Pero para el maestro de *Munich*, el dolo abarca el conocimiento de los hechos y la significación de su acción. El resultado intencional de la acción, liga a la acción con el evento querido, en dicho evento se reflejan los elementos intelectual y emocional integradores del dolo, situación que quedaría satisfecha aun en el caso de que el resultado no dependiese totalmente de la voluntad del agente, sino que pudiera sólo ser probable (dolo eventual).

Requiere el dolo, para Mezger, la previsión del resultado de la acción, la que abarca a la "serie causal", es decir, debe representarse la relación causal entre acción y resultado y este último hasta su última consecuencia. Esta previsión, aclara Mezger, no debe entenderse como una representación precisa del resultado, por eso los casos de aberratio, sea por error in objeto, o en el caso de aberratio ictus, que no constituyen una desviación esencial del curso real frente al curso causal representado por el agente. En el caso del error esencial, éste sí destruirá el dolo, pues se presentaría como una exclusión de la culpabilidad, es decir, el dolo no existiría, como son los casos de los estados putativos, porque entonces el agente ha errado en el conocimiento y significación del hecho, y debe ser juzgado conforme a la situación supuesta por él, no de acuerdo a la situación real.

Dentro del dolo también queda incluido -a juicio de Mezger- el conocimiento y significación de los elementos normativos del tipo.

Lo anterior conduce al problema, muy debatido, de que en el actuar doloso exige, según el correcto criterio, el conocimiento de la significación antijurídica de la acción."

El conocimiento de la antijuridicidad de la acción no debe entenderse, siguiendo los pasos de este penalista alemán, en relación a los exactos supuestos del tipo, sino que el conocimiento de la significación antijurídica debe ser en todo caso, de una manera profana.

b) Durante bastante tiempo dominó la teoría de la voluntad, hasta que apareció la llamada teoría de la representación, la que empieza por señalar que la primera se encierra en demasiadas exigencias subjetivas, dejando fuera varias modalidades o subespecies dolosas, y que es necesario que además de considerar el proceso psicológico, se tomen en cuenta circunstancias externas que sirvan de referencia para tener por demostrado el dolo.

Las divergencias entre una y otra doctrina no son fundamentales. " teoría de la representación se ha propuesto más que nada dirigir el haz central, M enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar un juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de este última no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado.

En Franz von Liszt claramente vemos su tendencia hacia la teoría de la representación cuando señala que el dolo es la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad.

Para Liszt, pertenece al dolo no solamente el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también saber que estas circunstancias de hecho, pertenecen a la definición legal del acto .

Este autor encuentra que el dolo se forma de los siguientes elementos: a) la representación de los hechos y circunstancias del acto; b) la previsión del resultado; y c) la representación de la causalidad del acto, en los delitos de comisión, y la representación del no impedimento en los delitos de omisión. Posteriormente Liszt va a agregar, en posteriores ediciones de su obra, que al dolo también van a corresponder las circunstancias del hecho y además las que pertenezcan al tipo, sin afectar por ello los elementos que él encuentra en el dolo.

Mientras Mezger da lugar preponderante a la voluntad, Liszt lo hace a la representación, pues en ambas, encontramos que el dolo se conforma de manera bastante similar.

c) Jiménez de Asúa, Maggiore, Fontán Balestra, Porte Petit, por señalar algunos, consideran que la teoría que explica más satisfactoriamente el concepto del dolo, es obvio, que es la teoría ecléctica, llamada del asentimiento que conjuga la teoría de la voluntad y la teoría de la representación.

Por ello, la teoría más completa, a juicio de Maggiore, debe conciliar, en la noción del dolo, la representación (o previsión) y la voluntad. En el mismo sentido opinan los penalistas latinos Jiménez de Asúa y Fontán Balestra. El tratadista español integra el dolo

con los elementos mezerianos: un elemento intelectual, en donde Jiménez de Asúa incluye la conciencia de violar el deber; y un elemento emocional, que él denomina afectivo, y así nos dice:

A nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto.

Para la mayoría de los autores que se adhieren a la postura ecléctica, el dolo está estructurado de tres elementos: a) de la representación; b) de la voluntad; y c) de la conciencia de la antijuridicidad.

Así Jiménez de Asúa, al ensayar una definición de dolo, nos dice que “éste existe, cuando se produce 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 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 o ratifica”.<sup>\*49</sup>

La representación consistirá en la previsión del hecho constitutivo del delito. A este elemento se le denomina también elemento intelectual, con justa razón porque a través de él se logra el conocimiento anticipado en la mente del sujeto, de la conducta y el resultado.

Así el sujeto debe conocer los alcances de su conducta, pues de variar dichos elementos objetivos distinta será su situación jurídica, es decir, podría variar el delito, o en el caso de ignorar o errar en el conocimiento del alcance de su conducta, podría no presentarse el dolo.

En realidad opina Franco Guzmán “al prever un acto se está también representando las consecuencias del mismo. De este modo, quien conoce el resultado que puede producir su conducta, y realiza ésta voluntariamente, está aceptando aquél también”.<sup>\*50</sup>

Es indispensable primero prever la conducta y resultado, y después producirse voluntariamente de acuerdo a esa previsión.

De esta manera el segundo elemento del dolo será sin duda la voluntad del agente a producir el resultado representado.

El código penal de Coahuila reformado, define el dolo en su artículo 41 diciendo:

Dolo es la realización del hecho típico con conocimiento y voluntad.

---

<sup>\*49</sup> Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, ed. Hermes Sudamericana, primera edición en México 1986, pp.123

<sup>\*50</sup> Franco Guzmán, Ricardo. El estudio analítico del delito. Editorial De Anales de la Jurisprudencia, México, 1954. pp. 194

Claramente acepta este cuerpo de leyes los elementos intelectual y volitivo que señala la doctrina.

La conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, es punto debatido. El argentino Eusebio Gómez niega su existencia y para ello se apoya en el aforismo "la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento".<sup>\*51</sup> De semejante manera razona el italiano Francisco Antolisei.

A estos dos penalistas se les puede enderezar la crítica formulada por Ángel Reyes Navarro al decirnos:

Bastaría interpretar a contrario sensu el mismo argumento que él sostiene (Eusebio Gómez) para que éste cayera por tierra. Es decir, si la ignorancia de la ley no excusa, es porque se presume que todos conocen, o que por lo menos tienen obligación de conocer; es una presunción jure et de jure y en tal caso toda aquella persona que realice un acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto, en virtud de que todos tenemos obligación de conocer al Derecho Positivo, y tan es así que si lo ignoramos no nos aprovecha."

Maggiore resume el pensamiento de quienes aceptan a la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, cuando expone:

Tenemos pues que admitir que el conocimiento de la ilicitud es requisito del dolo. ¿Pero de qué manera? No en el sentido de que el delincuente ha de tener una noción técnica jurídica precisa de la ilicitud; pues entonces sería preciso ser juristas para cometer un delito; sino en el sentido de que el agente, al delinquir debe tener la conciencia, no de realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras, debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.

Otro problema que se plantea en torno al dolo, son sus clases. Se habla de dolo genérico y dolo específico; de dolo directo y dolo alternativo; de dolo de daño y dolo de peligro; de dolo premeditado y dolo simple; de dolo posible y dolo real; de dolo inicial, concomitante y sucesivo; de dolo de propósito y dolo de ímpetu; de dolo directo, eventual y de consecuencias necesarias, etcétera.

Jiménez de Asúa afirma que sólo deben distinguirse cuatro clases de dolo: directo, específico, de consecuencias necesarias y eventual.

### ***La culpa***

Para el sistema causalista, la culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad.

---

<sup>\*51</sup> Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editor, México 1983, pp. 23

El concepto de culpa ha sido todavía más debatida que el del dolo, inclusive antaño no faltaron penalistas, que como Binding, designaron a la culpa como la hijastra del derecho penal por ser un tema despreciado y desdeñado durante siglos.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma que nadie puede ser penado por una acción no querida por él; y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio, en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas. A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas han inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar la culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

El concepto de culpa admite varias acepciones, pero entendida como especie de la culpabilidad la podemos definir en un sentido más amplio y general, como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso".

De la definición anterior podemos derivar la idea, generalmente admitida, de que el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes; ya lo decía Carrara en elegante frase:

El individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes.

El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión, etc., a fin de no afectar a sus semejantes. Sin embargo el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de distintas maneras, así Maggiore nos dice:

Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo, Nicolini, en la transgresión del deber de prever y calcular; Mori, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aun por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social.-"

Pasamos a exponer los puntos básicos de las teorías que han tenido más aceptación:

a) La teoría de la previsibilidad está expuesta en la obra de Carrara. Para el ilustre maestro de la Universidad de Pisa, la culpa se conforma:

Cuando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente, se tiene el caso fortuito.

Para Carrara la noción de la culpa se da en la voluntariedad y previsibilidad del actuar criminoso del agente, quien debía conducirse con diligencia, pero al omitir ésta da lugar a la consecuencia culpable de su proceder. Esta omisión voluntaria, para Carrara, constituye un vicio del intelecto, por no prever el agente los alcances de su hecho, vicio que debemos buscar en la voluntad, pues el sujeto está obligado a emplear la reflexión y evitar las consecuencias dañosas de su proceder. Este vicio, lo es en razón a su negligencia en la expresión de la voluntad. Concluye el ilustre clásico, que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad, y de no darse ésta sería precisamente por el vicio de la voluntad, que da lugar a la culpa.

El penalista mexicano Franco Guzmán considera que en la teoría de Carrara se habla de que el reproche al agente debe hacerse en virtud de un vicio de la inteligencia, pero a su juicio, la ley no exige conductas inteligentes, "sino sólo acciones u omisiones voluntarias o involuntarias. Es más, como veremos existe la culpa con representación (o consciente), no podemos afirmar que la previsión del resultado sea la esencia de la culpa".'

b) Carmignani, por su parte fundamenta la culpa en una "sospecha de dolo", postura criticada por Carrara, porque de una sospecha la justicia no debe imputar un hecho delictuoso.

c) Por su parte Almendigen, basa la culpa en un vicio de la inteligencia y la memoria, negando que sea un vicio de la voluntad. A su consideración se trata de un vicio de la inteligencia y la memoria, porque el agente obra sin la debida previsión precisamente por esos vicios.

d) Angilione, positivista se preocupa en explicar la culpa como una deficiencia de asociación de ideas, o un defecto de atención, que se debe a condiciones de tipo fisiopsicológicas, apoyándose en un estudio de la red nerviosa central y de las neuronas.

e) Para otro destacado positivista, Ferri, la noción de previsibilidad que utilizan los clásicos para fundamentar la culpa, es inaceptable porque entraña un vicio del intelecto, que da lugar a un defecto de atención, sin embargo, a pesar de que su conducta es dañosa, no debe ser punible, sino por ser peligrosa, serán las medidas preventivas las que deban aplicarse.

f) El maestro alemán Von Liszt, expone la teoría denominada integral, porque trata de armonizar los conceptos de la escuela clásica de la previsibilidad y del vicio de la voluntad, con la de la falta de atención, así como con la falta de sentido social.

Ajuicio de Liszt, la culpa exige tres condiciones:

La primera es la falta de precaución, que consiste en el desprecio a las normas de cuidado que exige el estado, hablar que el sujeto ha querido la conducta, y no el resultado, cuando este último ni siquiera se lo ha podido representar.

En la mayoría de las innumerables teorías que estudian la naturaleza de la culpa encontramos los conceptos de previsibilidad y prevenibilidad, los que pueden definirse de la siguiente forma:

La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura en un lugar dado y un determinado momento histórico tiene que prever el resultado como consecuencia de su propia conducta.

La previsibilidad, por lo tanto, es, un fenómeno intelectual, no volitivo.

La prevenibilidad, en cambio, consiste en la posibilidad de evitar el evento; es decir, en tratar de prevenir el resultado previsto. La prevenibilidad, por consiguiente es un fenómeno volitivo.

De esta manera la culpa se configura cuando el sujeto no previó lo que pudo y debió prever, o cuando habiéndolo previsto, no realiza lo necesario para evitar el evento dañoso mediante la observancia de una conducta diversa a la causante de ese resultado.

Podemos considerar que el sistema causalista, con las salvedades de las posturas particuloiculares de los numerosos penalistas que se agrupan en torno a este sistema, consideran como elementos de la culpa, los siguientes:

a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva;

b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo;

c) La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;

d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;

e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.

La culpa es un concepto único, sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación se hace referencia a la culpa en alguna de sus especies, como son: la imprudencia que implica obrar con temeridad, ligereza o sin precauciones; la negligencia

que consiste en actuar con falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la impericia que radica en la falta total o parcial de conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; la ineptitud que es una deficiencia de orden natural, que no debe confundirse con la impericia que es una deficiencia de orden técnico.

La culpa se ha clasificado de diferentes formas, desde la clasificación romana en culpa lata, leve y levísima, hasta la aceptada por la doctrina y la legislación, como grados de la culpa, en culpa consciente o llamada también con representación, y la culpa inconsciente o denominada sin representación.

En la culpa consciente e inconsciente, se presenta la ausencia de voluntad del evento, pero en ambas existe el deber de prever dicho evento, pero mientras en la primera el sujeto se representa la posibilidad del evento, en la segunda no se lo representa, pero el deber de representarse ese resultado existe en la ley, reglamentos órdenes, etcétera.

Para Von Liszt, la culpa inconsciente es la que, ofrece dificultades para su construcción como forma de culpabilidad, que sólo puede ser vencida si se vuelve al valor material de la culpabilidad y si se considera la no previsión como consecuencia de la indiferencia del agente ante la exigencia de la vida social.

De este modo para Liszt la culpa inconsciente es una negligencia en el obrar del sujeto, pero no en contraste estricto con la norma, sino en contraste a su proyección social.

La culpa consciente o culpa con representación, en un principio se asimiló al dolo, y más concretamente al llamado dolo eventual. Se hablaba de que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente era el mayor grado de probabilidad del resultado; a mayor grado, dolo eventual; a menor grado, culpa consciente. A simple vista salta lo endeble de esta postura, pues es difícil determinar el criterio o medida, en forma a priori, para determinar ese grado de probabilidad. Actualmente se admite que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que en la primera se "acepta" el resultado, y en la segunda se tiene la "esperanza" que el resultado no acontezca; en ambas se quiere la conducta, se representa el resultado, pero en el dolo eventual se acepta ese resultado en caso de que suceda; y en la culpa consciente, ese resultado previsto no se quiere ni se acepta, se tiene la esperanza que no suceda.

Mezger nos dice que la culpa limita hacia arriba con el dolo eventual, y hacia abajo con el caso fortuito.

El código penal de Coahuila se refiere a la culpa y al principio de número cerrado, cuando en su artículo 43 señala:

Obra culposamente el que produce un resultado típico, que no previó siendo humanamente previsible o que previó cuidando en que no se produciría, al infringir un deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales. Sólo serán punibles como delitos culposos, el homicidio, lesiones, contagio,

daño, contra la ecología, evasión de presos, y los demás que expresamente determine este código u otras leyes.

De la lectura de esta disposición se desprenden los elementos que la doctrina ha venido manejando en torno a la culpa, y señala taxativamente cuáles son delitos en que puede punirse por culpa (principio de número cerrado).

La preterintencionalidad, también llamada en ocasiones ultraintencionalidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como la tercera especie de la culpabilidad, pero este concepto es todavía más debatido que el del dolo y la culpa.

Conviene adelantar y proporcionar una noción de la preterintencionalidad, y podemos decir que este concepto se refiere al caso en que el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente. En efecto, la palabra preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas praeter que significa "más allá de", e intentionem que significa intención".

El ilustre maestro clásico, Carrara asimila la ultraintencionalidad al dolo. Florian, considera que pertenece al dolo indirecto. Eusebio Gómez afirma que el delito preterintencional debe ser estudiado como una forma del delito doloso.

Son numerosos los penalistas que afirman que la preterintencionalidad pertenece al dolo, ya que parten de la voluntad del agente de realizar el hecho ilícito, y sólo sus consecuencias sobrepasan su voluntad, pero de éstas también debe responder a título de dolo.

Otros autores por su lado consideran que la preterintencionalidad se forma de un dolo en el inicio y una culpa en el resultado, por lo que no debe sancionarse ni como dolo, ni como culpa, sino precisamente con la pena que deba corresponder a su proceder preterintencional.

Las teorías que explican a la preterintencionalidad las podemos agrupar en tres:

- a) La preterintencionalidad es de naturaleza dolosa;
- b) La preterintencionalidad es un delito calificado por el resultado;
- c) La preterintencionalidad es una mixtura de dolo y culpa.

Ya mencionábamos a Carrara como uno de los autores que asimilan la preterintencionalidad al dolo, y en efecto al hablar del homicidio nos dice:

Una tercera figura de homicidio (distinta del dolo y la culpa) que es totalmente creación de la equidad práctica, esto es el homicidio preterintencional. Éste pertenece a la familia de los homicidios dolosos porque se origina en el ánimo dirigido al lesionar la persona; pero con respecto a su gravedad, ocupa un estado intermedio entre los dolosos y los culposos.

Los penalistas que asimilan la preterintencionalidad al dolo se apoyan en argumentos semejantes a los de Carrara.

Desde mediados del siglo pasado se rechazaban los llamados delitos calificados por el resultado, por considerarlos un retroceso al derecho, pues se imponía una pena a una persona sin atender a su culpabilidad, sino únicamente al resultado lesivo.

A pesar de estas críticas el tratadista argentino Sebastián Soler incluye los delitos preterintencionales como calificados por el resultado en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley se lo carga en cuenta.

Liszt critica los delitos calificados por el resultado y nos dice:

Según el derecho vigente existe penalidad agravada principalmente en una serie de casos, cuando por un acto en sí mismo culpable, se produce involuntariamente un resultado más grave. La pena más grave, es, pues, infligida en este caso aunque no haya habido en relación con el resultado más grave, ni dolo, ni culpa del autor. No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado no responde, ni a la conciencia jurídica actual ni a los principios de una política criminal razonable.

Los autores que aceptan que la preterintencionalidad constituye una tercera especie o forma de la culpabilidad, consideran que la naturaleza de la misma radica en una mixtura de dolo y culpa, dolo en el inicio y culpa en el resultado, concurriendo primero un momento psicológico en que se quiere una conducta y un resultado, y otro momento psicológico en que no se previó un resultado más grave, o habiéndose previsto se tenía la esperanza de que no aconteciera.

Para Florián la mixtura de dolo y culpa, en la que concurren dos momentos psicológicos, no es posible admitirla, pues pudiéramos decirlo en palabras llanas, o se quiere o no se quiere.

Por su parte Maggiore nos explica en forma muy completa -a nuestro juicio- la problemática de esta figura tan controvertida, en efecto este penalista italiano escribe:

La naturaleza jurídica del delito preterintencional, es controvertida. Este delito es ciertamente doloso, porque es querido el pámun delictum, o delito básico; pero a éste se le sobrepone un exceso que transforma el delito inicial en un delito más grave.

En el primer caso el resultado más grave puede ponerse a cargo del culpable, únicamente a título de responsabilidad objetiva, o sea en fuerza del simple nexo de causalidad material. En el segundo caso, se le imputa a título de culpa. Y entonces tendría razón Carrara al ver en la preterintención una mezcla de dolo y culpa, o una culpa informada de dolo, según la locución de los prácticos.

Tal vez la teoría de Carrara es la que mejor resiste hoy a la crítica. Repugna al derecho moderno, y en especial al sistema del código articulado sobre el eje de la voluntad, poner a cargo de alguno el caso fortuito aunque éste llegue a introducirse en un proceso voluntario. Si doy un bofetón a un adversario, y éste pierde el equilibrio, cae por tierra, se rompe el cráneo y muere, ¿por qué seré responsable de su muerte?, no por representar ella una mera causalidad, sino porque se refiere a mi conducta aunque sea de un modo mediato. Y esta conducta dolosa y culposa al mismo tiempo; dolosa, con relación al resultado menor, culposa, con relación al mayor, que aunque yo no lo quise, podía representarme como efecto probable y previsible de mi acción. Sería impropio recurrir aquí a los criterios de responsabilidad objetiva, o, lo que es lo mismo, de la causalidad material; más bien el principio de la causalidad moral es el que predomina en este caso. Yo quise golpear a mi adversario; pero sí no preví el resultado más grave, que es la muerte, a lo menos hubiera debido preverlo. De todos modos, sea imprevisto o imprevisible ese resultado, siempre tendré que responder de él a título de culpa, porque fue producido, si no por la imprudencia, sí a causa de mi inobservancia de la ley que prohíbe y recrimina los golpes. Así queda resuelta la antigua cuestión de lo previsible en el delito preterintencional... Ahora bien; el delito preterintencional es el dolo directo encaminado a producir el efecto menor; y es culpa, aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor. La fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta, por consiguiente verdadera.

En nuestro país, la preterintencionalidad fue aceptada en el anterior código social veracruzano, en el cual tuvo participación muy importante en su anteproyecto el penalista Celestino Porte Petit, y en dicho cuerpo de leyes se dice:

Existe infracción preterintencional, cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo respecto al daño querido, y culpa con representación o sin representación con relación al daño causado.

A la fecha se sigue discutiendo sobre esta tercera especie de la culpabilidad, ya que la misma sólo se acepta para los delitos contra la vida y la integridad personal. La Suprema Corte de justicia de la Nación, al resolver problemas en que se planteaba la preterintencionalidad, conforme a la redacción que tenía el artículo noveno del código penal Federal, no sostuvo un criterio uniforme, pues en ocasiones resolvió que se trataban de delitos que se asimilaban al dolo, en otras aceptó la mixtura de dolo y culpa. Actualmente en los artículos 40 y 44 del código penal del Estado de Coahuila se admite la preterintencionalidad como tercera especie de la culpabilidad, y nos la define de la siguiente manera:

**ARTÍCULO, 44.-** Concepto de preterintencionalidad. El delito es preterintencional cuando en atención a la mecánica de los hechos, se demuestre que se produjo un resultado mayor que el deseado, sí el mismo se produce culposamente.

## *INCUPLABILIDAD*

De acuerdo al esquema de los elementos positivos y los aspectos negativos de los mismos, ideado por Sauer, corresponde ahora estudiar las causas de inculpabilidad, o sea aquella causa que impide integrar la culpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

Es indudable que las causas de inculpabilidad tienen que dirigirse a la no configuración, sea del dolo, la culpa o la preterintención, porque no se reúnan los elementos que para cada una de esas especies se requieren.

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal).

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

En el sistema causalista, como ya hemos visto, en torno a la culpabilidad encontramos las teorías psicologista y normativista, y según sea la posición que adopte cada penalista respecto a estas teorías serán las causas que admita como posibles para impedir que nazca la culpabilidad.

En general se acepta como causas genéricas que excluyen la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

Anticipamos que para la teoría psicologista sólo sería posible admitir el error, en cambio, la normativista acepta el error e incluye la no exigibilidad de otra conducta.

Toda excluyente de responsabilidad lo es, porque, elimina uno de los elementos del delito; asimismo, habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

Se ha dicho que la inculpabilidad operará en favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo que para que sea culpable un sujeto deben concurrir en la conducta el conocimiento y en la voluntad de realizarla.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y en la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Asimismo, se han dado definiciones sobre las causas de inculpabilidad, dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama causas de inculpabilidad o causas de exculpación. Las causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas con las causas de inimputabilidad, señalando que en estas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

Algunos autores distinguen entre el error y la ignorancia, situaciones diversas, pues en la primera el sujeto tiene una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con ésta; en la ignorancia, existe el desconocimiento total, el sujeto ni siquiera concibe una idea falsa respecto del objeto, cosa o situación.

Sin embargo, en general se acepta que para los efectos del derecho, el error y la ignorancia, son conceptos que se identifican.

El problema de la inculpabilidad -escribe Fernández Doblado-, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención de] conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos especialistas seguidores del normativismo llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta. Por nuestra parte creemos que aun no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Sí la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o de ambos.

Los códigos suelen hacer uso de la expresión error si bien el derogado código italiano prefirió decir ignorancia en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error.

El error, concepción equivocada de la realidad se clasifica en error de hecho y error de-derecho.

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.

El principio hasta hace poco universalmente admitido por los causalistas de que:

La ignorancia de la Ley a nadie excusa de su cumplimiento, los lleva a concluir que el llamado error de derecho es irrelevante, es decir, un sujeto creyendo que una conducta es lícita, o ignorando que es punible, la ejecuta, su actuar, desde luego, de acuerdo al principio ya señalado resultaría culpable porque su error no destruiría el dolo o la culpa. Así el código penal federal en su artículo noveno, antes de su reforma, prescribía que "la intención delictuosa no se destruiría, aun cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso, consagrando así la culpabilidad del llamado error de derecho.

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de éstos. Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la concurrencia de sus cuatro elementos: primero, se efectúe una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecue la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídico y por último este mismo sea culpable.

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos: *veritas est adoequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa

y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Se ha considerado que la ignorancia y el error son actitudes psíquicas del sujeto, en la realización de alguna conducta.

La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo.

El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

Existen algunas legislaciones que han ocupado la expresión "error" y otras se han inclinado por el término "ignorancia", ya que consideraron que éste abarcaba también el concepto de error. Tanto el error como la ignorancia pueden consistir en causas de inculpatibilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que él propone realizar.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpatibilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando este último el error en el golpe (*aberratio ictus*), en la persona (*aberratio in persona*) y en el delito (*aberratio delicti*).

También se habla, al tratar el tema del error del derecho de los llamados estados putativos que se presentan cuando el sujeto creía realizar una conducta lícita que en realidad no existe, y produce un resultado típico, evidentemente un error esencial e invencible no debe producir ninguna consecuencia de carácter penal.

a) El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, o sobre circunstancias agravantes de

penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad. A título de ejemplo podemos citar a quien en un coto de caza, y donde se la ha asegurado no circula ninguna persona, en la espesura dispara contra lo que cree es una pieza cinegética, y resulta ser un intruso al que ha confundido con un animal. Así pues, el error debe caer sobre el aspecto cognoscitivo del sujeto, y debe darse sobre los elementos fácticos del delito.

Dentro del estudio del error de hecho esencial invencible se habla de los estados o eximentes putativas.

Las eximentes putativas las define Fernando Castellanos Tena diciendo que son:

“Las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo”.<sup>\*52</sup>

No exigibilidad de otra conducta:

A raíz de las reformas al Código penal publicadas en 1994. se reglamenta en forma destacada la inexigibilidad en el artículo 15: "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".

Desde un punto de vista exclusivamente formal, cuenta habida del texto legal, la no exigibilidad de otra conducta impide la configuración del delito y no sólo excluye la pena.

Una conducta no puede considerarse culpable, cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada. Se trata de infracciones culpables, cuyo sujeto, por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta antisocial.

Para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Con la frase "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatoria de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho.

---

<sup>\*52</sup> Fernando Castellanos Tena, Lineamientos del Derecho Penal, Edit. Porrúa, pp. 179

En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico.

El mismo tratadista afirma: "...La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos." \*53

La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta.

Algunos autores la han considerado como un grado de inclinación al hecho prohibido, en el que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto, sólo importa la equidad, que puede motivar una excusa, pero no la desintegración del delito, por eliminación de alguno de sus elementos.

En este sentido, varios tratadistas manifiestan que para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo

Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades del error y la no exigibilidad de otra conducta. Aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella.

El psicologismo no puede aceptar la no exigibilidad de otra conducta, porque tal situación no está referida al proceso psicológico, sino a una valoración, al reproche que se realiza de ese proceso, situación que cae fuera de esa relación psicológica.

---

\*53 Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 5° edición. Editorial Porrúa, México, 1990 pp. 201

El fundamento de la inexigibilidad lo encontramos en que:

El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.

Temor fundado:

Para la mayor parte de los especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico.

Son circunstancias objetivas ciertas, que obligan al sujeto a actuar de determinada manera, incitando al agente a rehusar ciertas cosas por considerarlas dañosas o riesgosas. Tal es el caso del riesgo de sufrir un daño por pandilleros.

### **3.2.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**

#### *CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

Para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad".

Para Liszt Schmidt las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicabilidad de la sanción.

Jescheck considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias que se hallan fuera del tipo de injusto y del de culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación. Como no pertenecen al tipo, no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni por la imprudencia. El error, pues, se halla jurídicamente desprovisto de significación. La producción de las condiciones objetivas de punibilidad es indiferente en orden al lugar y al tipo de la acción. Por ello, el auxilio prestado al autor por otra persona tras la terminación del hecho, pero antes de la producción de la condición, no constituye complicidad, sino encubrimiento u obstaculización de la Justicia Penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido,

que en cada caso se requiere, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso pero cuando falta una condición objetiva en el momento juicio oral, procede la absolución, cuando falta un presupuesto procesal, el proceso se detiene.

Para el maestro Celestino Porte Petit, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia.

Pannain considera a las condiciones objetivas de punibilidad como "elementos esenciales, porque cuando se requieren, y no están presentes no hay punibilidad y, por lo tanto, no hay delito; sin embargo, anota, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura delictiva, y su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no Vital".

Florián dice que "no se puede considerar la condición objetiva fuera del delito, si es precisamente tal condición la que determina la calidad delictiva del delito, supuesto que no es posible considerar como ilícita una conducta humana desprovista de sanciones, esto es, antes de que sea punible". Por tanto, las condiciones objetivas de punibilidad se contarían entre los elementos constitutivos del delito, aunque no sean elementos del hecho, porque no son producidos por la actividad del agente y no se refieren al hecho por él mismo ejecutado.

Battaglín sostiene que la punibilidad es elemento del delito; es por ello que la condición de punibilidad se cuenta como elemento de la estructura del mismo, porque cuando no hay punibilidad no hay delito.

Existen varias diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito:

a) Los elementos constitutivos integran el hecho vivificado por el elemento psicológico; las condiciones de punibilidad lo presuponen.

b) Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicabilidad suspenden.

c) Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito; las condiciones de punibilidad existen sólo excepcionalmente.

El maestro Maggiore en su obra Derecho Penal, tomo I, formula unos corolarios respecto a las condiciones objetivas de punibilidad y dice que son:

1) Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas.

2) La condición de punibilidad supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno de éstos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique.

3) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado; también la tentativa supone la verificación de la condición.

4) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado.

5) El momento consumativo del delito condicional coincide no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición; por eso, la prescripción empieza a contarse desde ese momento.

El maestro Jiménez de Asúa niega que “la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito, si bien, aparece en su clasificación heurística de los elementos del delito. La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito”.<sup>\*54</sup>

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, hace un estudio de las divisiones de las condiciones objetivas de punibilidad,

#### A) Clasificación de Ernesto Beling.

Desde el punto de vista de su aparición técnico-legislativa, ofrecen estas dos formas:

① Forma positiva, como la apertura del concurso en la quiebra.

② Forma negativa, en que la punibilidad se vincula a la condición de la inexistencia de ciertas circunstancias, como el hurto necesitado, que es un hurto privilegiado en el artículo 248a del Código Penal Alemán.

Desde el punto de vista de su extensión se divide en:

- Condiciones de punibilidad generales.
- Condiciones de punibilidad especiales.

---

<sup>\*54</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit. pp. 423

## B) Clasificación de Leopoldo Cimerá.

Condiciones de punibilidad que se refieren a la antijuridicidad, es decir, a la gravedad objetiva del hecho:

❶ Condiciones que fundamentan el especial tipo de injusticia:

❷ Casos en los que además del resultado de la acción, que tiene que ser abarcado por el dolo del autor, se necesita la producción de un segundo resultado que rebasa del anterior, como, por ejemplo, las lesiones que originan imbecilidad, impotencia, ceguera o pérdida de un miembro.

❸ Casos en que el resultado no tiene que ser producido por la acción del autor, como en el supuesto de que la revelación de secretos políticos o militares perturbare las relaciones amistosas de la República con otro Gobierno.

❹ Casos en que ciertas condiciones concomitantes que fundamentan el especial tipo de injusticia, no necesitan ser abarcados por el dolo del agente, y por este motivo la doctrina las incluye en las condiciones de punibilidad. Así, por ejemplo: la condición, en la violencia o resistencia a la autoridad, de que ésta estuviere en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

❺ Condiciones que sólo indican el especial tipo de injusticia: El mejor ejemplo lo ofrece la rebelión consignada en el Artículo. 73 del Código Penal austriaco, pues el uso de una "violencia extraordinaria" no pertenece a la antijuridicidad en el sentido que corresponde la producción de la muerte en las lesiones corporales con resultado mortal". No representan daño de clase alguna y sólo tienen el sentido de un síntoma de una especial gravedad de la injusticia. En estos casos la ley no hace más que establecer una *praesumptio juris et de jure* en orden a la gravedad de la injusticia. Por tanto, pertenecen en cierto modo a la tipicidad, pero sólo indirectamente por lo que ellas son, o por lo que ellas indican. Zimmerl denomina a ese otro grupo "elementos indirectos pertenecientes a la tipicidad".

❻ Condiciones de punibilidad relativas a la culpabilidad o peligrosidad: Son aquellos elementos objetivos que sólo pueden concebirse como verdaderos síntomas de la culpabilidad o peligrosidad; por su naturaleza objetiva no necesitan ser abarcados por la culpabilidad y sólo se proponen indicar cierta agravación de la misma. A su existencia une el legislador el supuesto incontrovertible de una mayor o menor peligrosidad. Así, la circunstancia de tratarse de un niño recién nacido en el infanticidio. Este elemento no tiene influjo alguno sobre la injusticia del acto; pero, en cambio, la ley, a consecuencia de la situación anormal del caso, propone una culpabilidad atenuada. Estas condiciones no tienen relación con la antijuridicidad objetiva, por lo que Zimmerl, en contrapartículoida de los estudiados anteriormente, los llama "elementos típicos impropios".

❼ Condiciones de punibilidad que no están en relación ni con la antijuridicidad ni con la culpabilidad la mayoría de éstas tienen carácter extrapenal, son de naturaleza política u obedecen a motivos de oportunidad.

C) Clasificación de Erich Land."

- ① Condiciones que no revelan relación interna alguna con el delito.
- ② Condiciones que están con el delito en una relación de causalidad adecuada.
- ③ Condiciones que además de esta relación de causalidad tienen de común con el acto delictivo el idéntico objeto.

D) Clasificación de Carnelutti

① Condiciones penales constitutivas:

Unas veces consisten en un acto de persona distinta a la del agente: querrela, denuncia o autorización de la parte. A este grupo debe añadirse: la sorpresa in fraganti para el delito de adulterio, la posesión injustificada de llaves falsas o ganzúas, etc., así como la calificación de fraudulenta de la bancarrota, y de la anulación del matrimonio en caso de casamiento ilegal.

En otras ocasiones se trata de actos del propio agente: La reciprocidad en los delitos contra el Estado cometidos en el extranjero, y que el sujeto se encuentre en el Estado.

- ② Condiciones del hecho mismo: Delitos de peligro subordinados al daño.
- ③ Condiciones penales impeditivas: Se pena a la mujer que comete adulterio, pero no cuando el marido la indujo. No se pena la injuria si las ofensas fueron recíprocas.
- ④ No dependientes del agente, como el consentimiento del ofendido.
- ⑤ Dependientes del agente, como el desistimiento espontáneo, impedimento del daño.
- ⑥ Condiciones penales modificadas. Las ya citadas del consentimiento del ofendido y del impedimento del daño por el agente.

Zaffaroni cuestiona la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad de tal forma que enuncia: "Tal como se las ha concebido, las llamadas "condiciones objetivas de punibilidad" se nos esfuman en una -serie de elementos heterogéneos y la pretensión de su existencia unitaria choca fuertemente con el principio de culpabilidad, porque afecta al principio de que no hay delito si por lo menos no tiene la forma típica culposa. Ello obedece a que se pretende que hay elementos "objetivos" de los que depende la punibilidad y que no deben ser abarcados por el conocimiento o por la posibilidad de conocimiento. Ningún problema hay en admitirlos cuando son meros requisitos de perseguibilidad del delito, porque es algo que no hace al Derecho Penal, sino al procesal penal, y que para nada ponen en juego el principio de culpabilidad, pero en tanto se les otorgue carácter de

Derecho Penal de fondo, se corre el riesgo en que caen autores que les asignan ese carácter de extraer ciertos elementos de los tipos objetivos y trasladarlos a este nivel, con lo cual burlan con una estrategia el requisito fundamental de que sean abarcados por el conocimiento en dolo o por la posibilidad de conocimiento en la culpa

Suele sostenerse -agrega Zaffaroni- que hay tal violación del principio de culpabilidad y no se cae en la responsabilidad objetiva, porque estas condiciones servirían para restringir el campo de la punibilidad y, en tanto se las use con ese objetivo no se les puede formular objeciones. El argumento a este nivel no es sostenible, porque si falta de las mismas da lugar a impunidad, eso significa que su presencia también fundamenta la punición.

Para concretizar, la idea que el maestro Zaffaroni trata de darnos supone que son elementos del tipo objetivo unas de las consideradas condiciones objetivas de punibilidad, que como tales deben ser contenidas en el conocimiento (dolo) o en la posibilidad de conocimiento (culpa) mientras que en otras condiciones sin requisitos de perseguibilidad (condiciones procesales de operatividad de la coerción penal).

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.

Como ya mencionamos, no deben confundirse estas condiciones objetivas de punibilidad con los requisitos procesales; el procedimiento penal señala en determinadas ocasiones, condiciones previas para juzgar a una persona, para hacerle un proceso penal, y no deben confundirse éstas con las condiciones objetivas de punibilidad.

Los requisitos penales procesales, sin embargo, se refieren a otras condiciones, por ejemplo, un diputado mata a una persona, ¿se le puede acusar?, sí, pero lo primero que hay que realizar es quitarle el fuero, esto es, desaforarlo y después iniciar el proceso penal. También en el caso que un diplomático lesionara a una persona, ¿se le puede juzgar?, sí, pero primeramente se requiere de un procedimiento para despojarlo de su inmunidad, para poder iniciar el procedimiento penal.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

De ellas se distinguen las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad que condicionan, no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de penalidad.

Reconozcamos en efecto, que en este carácter del delito reina notable confusión. Vamos a tratar de poner un poco de luz en el intrincado tema de las condiciones objetivas de punibilidad.

Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad: los requisitos de acto típico, antijurídico y culpable resultan, en última instancia, presupuestos o condiciones para que se aplique una pena. Así lo reconoce Otorino Vannini. Pero este escritor italiano, al comentar el artículo 44 del Código Penal de su país, dice que junto a esas condiciones que integran el hecho prohibido por la ley pueden distinguirse otras de índole objetiva y extrínseca. El criterio distintivo sería, pues, éste: Si la eliminación mental de la circunstancia a la que se subordina la existencia del delito conserva inalterada la armonía del hecho con la objetividad jurídica que la caracteriza, esta circunstancia se revela como mera condición extrínseca de punibilidad, querida por la ley por razón de simple conveniencia política; en caso inverso se deberá considerar como elemento de integración del hecho criminoso.

#### *FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de las mismas.

El lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad elemento del delito, y otros estimarán que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento.

De entrada el Maestro Jiménez de Asúa niega que la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito.

Jiménez de Asúa señala que "cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adversa la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad -las por nosotros estimadas como más propias- permite, una vez -subsanao el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable." \*55

Por su parte Zaffaroni niega terminantemente existencia y valor a las condiciones objetivas de punibilidad, ya que ellas son -a su juicio- el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva, pues al referirse a cuestiones "objetivas" que van a incidir en la pena, evidentemente rompen con el principio de que "no hay pena sin culpa".

---

\*55 Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit. pp. 425

Así, este autor escribe:

“La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema artículo o dudoso, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa”.<sup>\*56</sup>

Para este pensador argentino en que generalmente las llamadas condiciones objetivas de punibilidad se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones prejudiciales, (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales).

Para quienes aceptan estas condiciones objetivas de punibilidad, sea como requisito de procedibilidad, o cuestiones prejudiciales, la falta de las mismas impiden que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos del delito estén plenamente configurados. Esto último nos reafirma la idea de negar su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de tales condiciones objetivas, que son referibles a aspectos procesales, no de derecho sustantivo penal.

Maggiore por su parte dice “que las condiciones objetivas de punibilidad se diferencian de los elementos, en que si no se verifican, el delito existe ontológicamente, aunque no pueda ejecutarse la pretensión punitiva del Estado; en tanto que si falta uno sólo de los elementos, no hay delito”.<sup>\*57</sup>

De esto podemos deducir que los efectos producidos como consecuencia de la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad son diversas de los efectos de los restantes aspectos negativos del delito.

El maestro Porte Petit dice: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".<sup>\*58</sup>

Como ya se indicó con anterioridad, las condiciones objetivas de punibilidad, que mencionan los autores, son elementos valorativos y más comúnmente, modalidades del

---

<sup>\*56</sup> Zafaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1983, pp. 257

<sup>\*57</sup> Maggiore, Giuseppe, Op. Cit. pp. 279

<sup>\*58</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, Ob. Cit pp. 285

tipo, en caso de no presentarse, constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita.

Cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad, no podrá castigarse la conducta. Asimismo, la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecúe a alguno de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse.

Las condiciones objetivas de punibilidad, como ya mencionamos, son requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible. Puede darse el caso de que el delito requiera, por ejemplo, como condición objetiva de punibilidad, la presentación de la querrela, como en el caso del delito de fraude; si el ofendido no cumpliera con dicho requisito, no podría castigarse la acción delictiva en virtud de que no se habría cumplido con la condición exigida por la propia ley para que el acto pueda ser punible.

En conclusión, el incumplimiento de las condiciones de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente. Cabe mencionar, que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad difiere de la ausencia de éstas, en virtud de que en la primera hipótesis no se realizan los requisitos exigidos por la ley, mientras en la segunda, como explicamos en el punto anterior, el precepto jurídico no la establece.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de Punibilidad éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

Las condiciones Objetivas de penalidad son circunstancias que sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en el código penal (español), la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.

### **3.2.7. LA PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

#### *PUNIBILIDAD*

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Si algo teme el ciudadano es al poder punitivo del Estado, cuando al ejecutar conductas típicas, que por su gravedad, el legislador les ha señalado consecuencias de carácter punitivo.

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada: se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio de *jus punendi*); igualmente se entiende por punibilidad, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes.

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como:

“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”.<sup>\*59</sup>

Bettioli define a la punibilidad como “el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito”.<sup>\*60</sup>

Jiménez de Asúa precisa que es “el carácter específico del crimen”<sup>\*61</sup>, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Guillermo Sauer dice que la punibilidad “es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del Derecho”.<sup>\*62</sup>

---

<sup>\*59</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, Ob. Cit. pp. 128

<sup>\*60</sup> Bettioli, Manual de Derecho Penal, Bogotá, 1988. pp. 49

<sup>\*61</sup> Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito Ed. Sudamericana. Buenos Aires Argentina, 1980. 10º edición, pp. 157

<sup>\*62</sup> Sauer, Guillermo. Derecho Penal Parte General, Barcelona, Bosch. 1956, pp. 104

Sebastián Soler sostiene que “la punibilidad no es un elemento esencial del delito y lo considera como una consecuencia del mismo”.<sup>\*63</sup>

La punibilidad es un elemento secundario del delito que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito;

En torno a la punibilidad se ha discutido si es uno de los elementos esenciales del delito, o bien, si es una consecuencia del mismo.

En la doctrina aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito, y al respecto Porte Petit nos dice:

“Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo”.<sup>\*64</sup>

Villalobos, se inclina por considerar a la punibilidad una consecuencia del delito, no un elemento del mismo. El primero expone que:

Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Más no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.<sup>\*65</sup>

Algunos autores opinan que debe distinguirse entre la punibilidad en sentido abstracto como la sanción prevista en el tipo; y como una situación concreta, individualizada a un hecho delictivo que se ha cometido.

Zaffaroni, al abordar este punto, considera que suele suceder que al referirse a la punibilidad se están refiriendo más bien al concepto de pena.

En síntesis escribe este autor, hay dos sentidos de la palabra punibilidad (merecimiento de penalidad y posibilidades de aplicar la penalidad merecida). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si esa penalidad puede operar, debe resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad.

La corriente mayoritaria niega a la punibilidad carácter de elemento del delito y sostiene que el delito se integra una vez que está en presencia de una conducta, típica,

---

<sup>\*63</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo V, Ed. La Ley. Buenos Aires Argentina 1946, pp. 400 y 401

<sup>\*64</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Ed. Porrúa, S.A. México, 1954. pp. 59

<sup>\*65</sup> Villalobos Ignacio, Manual de Derecho Penal Mexicano 7° ed., México, 1985, pp. 455

antijurídica y culpable, y la punibilidad, sea en sentido abstracto, o con mayor razón en sentido concreto, es una consecuencia del delito.

En conclusión la punibilidad es la definición de la pena que da el legislador privando o restringiendo bienes jurídicos del sentenciado imputable, según la gravedad del ilícito, con miras a la prevención general, siendo su principio rector el de que sin ella no hay delito.

#### *EXCUSAS ABSOLUTORIAS*

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de Punibilidad.

Las excusas absolutorias llamadas así en España se reconocen por los escritores alemanes, aunque no les den este nombre varíe su repertorio Franz von Liszt las denomina causas personales que liberan de la pena.

Los franceses tratan también de estas causas de impunidad denominadas excusas absolutorias por Vidal, Degois y muchos otros. Precisamente de la técnica francesa se tomó en España el título de excusas absolutorias. Varias de las que citan los autores, en orden al Código francés, se hallan también en muchos Códigos iberoamericanos.

Los autores ofrecen varias definiciones que coinciden en su esencia. Max Ernesto Mayer las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la pena. Con esto ya se comprende el concepto que de esta excusa tiene formado y que ratifica al definir las causas personales que excluyen la pena, como las circunstancias que conciernen a la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca, contra tales hechos, acción penal alguna.

Augusto Köhler dice que son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer es la dada antes en Francia por C. Degois: Son hechos determinados por la ley que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor producen, sin embargo, una excepción de la penalidad que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción.

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable.

Son las excusas insertas en nuestra legislación: por desistimiento y arrepentimiento por ejemplo en el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La impunidad es el premio que recibe el que se desiste voluntariamente de la tentativa. Mucho se ha discutido sobre el fundamento en que se basa tal impunidad, para algunos entendida como gracia, para otros como consecuencia de la innecesariedad de la pena

### **3.3. APLICACION DE LA TEORIA DEL DELITO AL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL**

1.- Conducta	y	ausencia de conducta,
2.- Tipicidad	y	atipicidad,
3.- Antijuricidad	y	causas de justificación,
4.- Imputabilidad	y	causas de inimputabilidad,
5.- Culpabilidad	e	inculpabilidad,
6.- Condiciones objetivas de punibilidad	y	falta de condiciones objetivas de punibilidad,
7.- La punibilidad	y	excusas absolutorias.

#### *CONDUCTA*

Como ya había dicho antes la conducta se considera como el hacer o dejar de hacer voluntario del hombre, que debe estar, a decir de Zaffaroni, determinada por la proposición de un fin, por la selección de los medios necesarios para alcanzar ese fin y por la consideración de los factores concomitantes, poniendo en marcha la causalidad con el propósito activo de lograr un resultado.

No basta, pues para que se presente la conducta, que exista voluntad del sujeto acompañada de un mero proceso causal, sino que es menester que esta voluntad esté determinada por la proposición de un fin específico y determinado, mismo que en el caso se refiere al uso de medios físicos o psicoemocionales en contra de un miembro de la familia independientemente que se produzcan lesiones.

Es decir, que no es suficiente con que algún miembro de la familia (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) haga uso de medios físicos o psicoemocionales en contra de un miembro de la familia independientemente que se produzcan lesiones, sino que la voluntad del sujeto activo deberá estar, necesariamente, encaminada a tal finalidad.

La violencia ejercida en contra de la familia hay que analizarla según el comportamiento que desplaza el cónyuge, concubina, concubinario, la relación de pareja,

pariente consanguíneo, el pariente colateral consanguíneo hasta el cuarto grado, tutor, curador, adoptante o adoptado al hacer uso de los medios físicos o psicoemocionales.

Es casi natural que en las familias, o en la relación de pareja normalmente sea el hombre quién por la superioridad de su fuerza física, por proporcionar el gasto e ingresos para la subsistencia de la familia y por otras cuestiones de sexo, sea quien imponga su autoridad al resto de los integrantes de la misma, al extremo de que esto a menudo se ha traducido en abusos del poder de corregir, en acciones delictivas que deben ser catalogadas y punidas como tales.

La mujer puede ser maltratada en forma física o psicoemocional, ya que de parte del conyuge, de los hermanos o de los mismos hijos puede ser golpeada, humillada, maltratada, quemada, etc.; se le presiona y se le hace creer que no vale nada, que lo que hace no sirve o es insuficiente, e incluso cuando se trata de maltrato a menores, ya sea físico o psicoemocional, se dice que es culpa de la madre que trabaja y los deja solos; porque se caso de nuevo y dejó entrar a su casa a un hombre que no es el padre de sus hijos, el caso es culparla.

La violencia ejercida contra los hijos también se da cuando están presenciando las agresiones que le hacen a su madre; siendo este el uso de violencia psicoemocional y en cuanto al maltrato físico el porcentaje más alto lo ocupan las madres con un 39%, seguido por el padre con un 19%, padrastros y madrastras en un 10%.

La violencia ejercida contra el hombre es más difícil de pensar, ya que en México se han considerado como sujetos pasivos a la mujer, los hijos, aquellos que por cultura o religión, resultan más débiles, considerando que el hombre tiene el estigma de ser fuerte, recio y de tener la capacidad suficiente para defender su integridad física y psicoemocional.

La agresión que el hombre puede sufrir, puede comenzar cuando son niños, con padres violentos que los golpean, humillan o abusan sexualmente de ellos, también hombres mayores se enfrentan a una violencia familiar realizada en su contra por su mujer y en ocasiones por sus hijos.

Hay que mencionar que el sujeto activo no siempre es el cónyuge, concubino o concubinario o el que tenga relación de pareja, también lo puede ser el pariente consanguíneo en línea recta ascendente, como pueden ser los abuelos o los tíos, así como descendentes vg. los hijos, los nietos; el pariente colateral consanguíneo hasta el cuarto grado.

Y considerando además que, encontrando orientación nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal vigente, en la teoría finalista de la acción, en atención a la cual, la acción es ejercicio de una actividad final y no meramente causal; o, en palabras de Welzel, "*Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin*", siendo la espina dorsal de la acción final: la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal, y constituyendo la voluntad final un factor que configura objetivamente el acontecer real, la misma pertenece a la acción,

## AUSENCIA DE CONDUCTA

Está conformado por aquellos casos, en los que interviniendo el hombre, no está presente su voluntad.

La ausencia de conducta ocurre de manera fortuita, ajena a la voluntad del sujeto. Existen dentro del Derecho Penal una serie de causas que influyen en el hombre y que lo convierten en un autómatas, en un instrumento, y en ese estado el sujeto puede emitir hechos meramente causales con resultados materiales o formales. A estas causas se les ha conocido como “causas de ausencia de conducta”.

La doctrina menciona a la fuerza física irresistible (*vis absoluta*) y fuerza mayor (*vis maior*).

La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior, que actúa materialmente sobre el agente, la consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible y contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.

La fuerza mayor o *vis maior* se presenta cuando el hecho proviene de violencia física ejercida sobre el hombre por fuerzas de la naturaleza; es decir, la fuerza mayor se presenta cuando el agente se ve coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, como pudiera ser un terremoto, maremoto, ciclón, tornado, etc.; ante cualquiera de éstos u otros hechos que provengan de la naturaleza, evidentemente que se excluye la acción y por lo tanto el hecho que produce un resultado es irrelevante para el Derecho Penal.

Habría fuerza física o *vis absoluta* si el hecho proviene de fuerza física externa, ejercida por un hombre sobre otro hombre, sin que éste pueda resistir o sustraerse a ello de cualquier otra manera o, en otros términos la fuerza física se refiere o se presenta cuando el agente actúa derivado de una fuerza física exterior irresistible, es decir, derivado de una fuerza superior o sus propias fuerzas y, por lo tanto, ejecuta lo que no ha querido ejecutar, ante esa falta de voluntad, evidentemente que se excluye la acción y en consecuencia el hecho constituye un evento irrelevante para el derecho penal.

Por tanto se da la ausencia de conducta cuando hay los movimientos reflejos (ataques espasmódicos, movimientos durante el sueño o estado de inconsciencia); las reacciones de miedo simplemente instintivas, sustraídos al dominio de la voluntad; los actos sustraídos del control psíquico humano (realizado en estado de hipnosis)

Los movimientos reflejos no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. También falta la acción en los estados de inconsciencia, en ellos los actos que se realizan no dependen de voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse

acciones penalmente relevantes. Los estados de inconsciencia más comunes son el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y la embriaguez letárgica.

#### *TIPICIDAD*

Siguiendo un orden de prelación lógica entre los elementos del delito, para afirmar la existencia de la tipicidad, previamente debe comprobarse la existencia de una conducta para determinar si ésta constituye una acción típica.

La tipicidad, coinciden la mayoría de los autores, es la adecuación de la conducta humana al tipo penal, pero no podremos comprender cabalmente este concepto si previamente no analizamos el tipo penal en estudio.

#### Fracción I del artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal

“Se le impondrán 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 al cónyuge, concubino 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...”

La tipicidad consiste en la característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.

El ordenamiento jurídico del que estamos conociendo, tiene por objeto sancionar con una pena o medida de seguridad, aquellas conductas que considera trascendentes para la sociedad por su importancia cultural y que lesionan o ponen en peligro la vida armónica de la misma, y no cabe duda de la gran trascendencia e importancia que para esta vida social tiene la familia.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito, basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo para que el delito quede excluido.

Ahora bien, el tipo penal es la descripción hecha por el legislador de una conducta antijurídica, como en este caso se hace la descripción de la violencia familiar en la fracción I del artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal vigente; el tipo penal tiene un carácter descriptivo, con esto nos referimos al objeto del tipo penal, el cual se identifica con la manifestación de la voluntad en el mundo físico.

En la violencia familiar, la conducta delictiva debe de recaer sobre la integridad de un miembro de la familia, de manera que se considera como objeto de la conducta un

miembro de la familia el cual es el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente.

El artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice respecto al parentesco que la línea recta es ascendente o descendente: “I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; y II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende”.

En el caso de los miembros de la familia a que se refiere la fracción I del artículo 200 del Código Penal, los ascendentes son los abuelos y los padres; los descendentes son los hijos y los nietos y esto es sin limitación de grado.

El pariente colateral consanguíneo son los tíos, los primos; el pariente afín es el que se adquiere por matrimonio o concubinato; siendo también otro integrante de la familia el adoptante o adoptado.

Los elementos normativos ofrecen una mayor libertad al Juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado.

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

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

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

La violencia familiar no es nueva, es decir, constituye uno de los principales problemas que han enfrentado los niños desde los albores de la humanidad. A lo largo de la historia hombres, mujeres y niños han padecido las secuelas físicas y psicológicas dejadas por las constantes y continuas manifestaciones de agresión de las que fueron objeto en una época de su vida.

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

Conforme a la exposición de motivos de la que finalmente emergería el tipo penal en comento, se está en presencia de un tipo simple, ya que es uno solo el bien jurídicamente protegido, es decir, la convivencia armónica entre los integrantes de la familia, así como de aquellas personas que por cohabitar en un mismo espacio físico mantienen una relación similar a la existente entre aquellos y las que tienen cierta relación con los mismos aún que no cohabiten en un mismo entorno, como lo son el tutor y curador, los cuales los nombra el Código Penal

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

Sin duda se trata de un delito instantáneo, ya que en cuanto se realiza el último acto o se produce el resultado, con la lesión o la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, se consuma el mismo, sin que se presente una duradera situación de antijuridicidad.

El problema como lo hemos mencionado antes, será dilucidar en qué momento se consuma el acto que convierte en punible la conducta de ejercitar violencia.

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

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

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

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

Anteriormente resultaba ser un tipo de hábito o habitual, ya que se exigía reiteración en la realización de la conducta, repitiéndola constantemente a lo largo de un tiempo.

Ahora con la creación de un tipo penal de verbo, lo convertiría en inconstitucional, al violentar el principio exhaustividad, pues no quedaría claro cuál es la conducta que pretende prohibir el legislador, así en este caso el verbo rector está constituido por el "hacer uso de medios físicos o psicoemocionales".

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo en la realización del ilícito penal, es decir en la realización de la violencia familiar que cometió.

Los elementos subjetivos del tipo de violencia familiar surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que éste es un ser esencialmente pensante, que ante la realización de la mayoría de sus actos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo de violencia familiar.

Los elementos subjetivos se refieren a los estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a éste con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. Así pues, son elementos subjetivos, en relación al dolo, los expresados en el tipo de la violencia familiar: “Haga uso de medios físicos o psicoemocionales”.

En el caso, el sujeto quiere usar la fuerza física o psicoemocional en contra de la integridad de un miembro de su familia y lo consigue.

Es dable el hecho de que un sujeto pretenda ejercer violencia sobre determinado miembro del grupo familiar, y en su afán de lastimar su integridad física o psicológica, ejerza también violencia en contra de otro miembro del grupo familiar, y aunque no era su finalidad alcanzar a este miembro con sus actos típicos, acepta el hecho de que esto pudiera producirse.

Es por eso, que el Derecho penal, utilizando para este efecto al tipo, se preocupa en la protección de ciertos bienes que se consideran de vital importancia para el ser humano, para el entorno social en el que se desenvuelve y para el propio Estado. A éstos se les denomina bienes jurídicamente tutelados.

Conforme a la exposición de motivos de la cual nace el tipo penal en estudio, se destaca que el bien jurídicamente protegido por el tipo penal de violencia familiar, será la convivencia armónica dentro del hogar entre los integrantes de la familia, así como de aquellas personas que por cohabitar en un mismo espacio físico mantienen una relación similar a la existente entre aquellos.

#### *ATIPICIDAD*

Sin tipicidad no puede haber delito y ello ocurre, como lo señala el legislador, cuando falta alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trata, esto es, sus distintos elementos objetivos, normativos y subjetivos.

Una de las causas más claras de atipicidad es la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, en consecuencia, el error sobre el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, el nexo causal, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, la lesión o puesta en peligro de bien jurídico.

Por tanto en el tipo de violencia familiar que señala la fracción I del artículo 200 del Código Penal, no opera la atipicidad ya que si por ejemplo el sujeto pasivo es diferente al de un integrante de la familia, pues estaríamos en la ausencia de un elemento que integra el tipo penal como lo es la violencia familiar.

#### *ANTI JURIDICIDAD*

La antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales esto es, ha de ser antijurídica.

Actúa antijurídicamente quién contradice un mandato del poder y por eso la antijuridicidad radica en la violación de un valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

En este caso en el tipo de Violencia Familiar se señalan los valores que es necesario amparar, como lo es la integridad de la familia y si como lo señala el artículo 200 del Código Penal par el Distrito Federal, que el conyuge, 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, vulneran dichos valores, entonces su conducta es antijurídica.

#### *CAUSAS DE JUSTIFICACION*

Las causas de justificación impiden que al autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

En el tipo en estudio sí son aplicables algunas de estas causas de justificación, ya que si estamos en el supuesto de la “legítima defensa”, la cual el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal nos dice que: “...Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor...”

En la Violencia Familiar sí es aplicable la legítima defensa cuando alguno de los miembros de la familia (en calidad de pasivo) repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, de otro miembro de la misma (en calidad de activo), toda vez que esta defendiendo el bien jurídico ya sea propio o de otro integrante de la familia; siempre y cuando no se medie provocación dolosa suficiente e inmediata al activo

El estado de necesidad como lo señala el artículo 29 del mismo ordenamiento es: “...se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente...” Siguiendo la idea del tipo de Violencia Familiar, si el sujeto

pasivo obra por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, el cual es la integridad familiar, ya sea propio o ajeno, es decir o de otro miembro de la familia, de un peligro real, actual o inminente, también es aplicable esta causa de justificación

En la causa de justificación del cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, al evidenciarse el contraste existente entre una acción humana (haga uso de medios físicos o psicoemocionales) y la prohibición que del mismo realiza la norma jurídica "...Se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos lo de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él..." (antijuridicidad formal), así como la efectiva lesión al bien jurídico protegido penalmente, (la integridad de un miembro de la familia), desvalorada por la ley penal (antijuridicidad material), es posible concluirse que la conducta típica del delito de Violencia Familiar es contraria a Derecho (antijurídica) y por tanto esta causa de justificación no es aplicable.

#### *IMPUTABILIDAD*

Un hombre es imputable cuando tiene capacidad para responder ante el poder social de un hecho determinado; la imputabilidad presupone la existencia de un minimum de condiciones psíquicas y podría definirse como la capacidad para responder ante el poder social.

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, la noción de imputabilidad requiere no sólo del querer del sujeto sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochada en el juicio integrante de la culpabilidad.

Para que el delito de Violencia Familiar se de, debe existir la imputabilidad, o sea el ser capaz de querer y entender de parte del sujeto activo. En el caso que estudiamos, se debe de dar por parte del sujeto activo (que puede ser: el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge, hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado), un conjunto de condiciones necesarias, que en este caso son el uso de medios física o psicoemocionales para que la Violencia Física pueda y deba ser atribuida a quién voluntariamente la ejecutó como a su causa eficiente y libre.

De tal manera que sólo la concurrencia de capacidad y de determinación de la voluntad, originan la imputabilidad; y su ausencia da lugar a la inimputabilidad.

#### *CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD*

Como ya lo habíamos establecido en líneas más arriba, la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, consistente en la incapacidad de querer y entender.

En la fracción VII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal se trata a la inimputabilidad como una causa de exclusión del delito; la cual dice: "...Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación..."

En la Violencia Familiar si el sujeto activo (cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge, hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado) al momento de realizar el hecho típico no tiene 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, entonces su actuar es excluyente del delito; pero si el sujeto activo (cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge, hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado) hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el ilícito de la Violencia Familiar, es decir si hubiese ingerido drogas o enervantes para provocar su trastorno mental y en ese estado hacer el uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, en cuyo caso responderá por el caso típico producido en tal situación y por lo tanto no será excluyente del delito.

La falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

Muchos han querido clasificar a los sujetos que hacen uso de medios físicos o psicoemocionales en contra de los miembros de la familia, como locos o perturbados de la conciencia, cosa que se encuentra distante de la realidad, pues toda generalización sobre la conducta humana conduce inexorablemente al error.

Dentro de estas perturbaciones de la conciencia, encontramos principalmente el trastorno mental transitorio y el trastorno mental permanente.

Trastorno mental transitorio:

Es la pérdida temporal de las facultades intelectivas necesarias para la comprensión de lo antijurídico y para la actuación conforme a una valoración normal

En este caso, aunque el sujeto tenga la voluntad de hacer uso de la violencia física o psicoemocional, o incurra en una omisión grave en contra de un miembro de su familia, ésta se encuentra viciada por no tener la capacidad para comprender lo antijurídico de su acto.

Basta, para que no sea objeto del reproche, con que el sujeto atraviese por este estado de perturbación de la conciencia en el momento en que realiza la acción típica, aunque antes o después tenga plena capacidad de discernimiento.

Trastorno mental Permanente:

Dentro de este grupo se encuentran aquellas personas que debido a su mal desarrollo se encuentran afectados de manera continua en sus capacidades mentales.

Aunque las enfermedades o trastornos sufridos por estas personas pueden variar grandemente, en todo caso, éste no será un problema jurídico sin médico.

Resulta claro, pues que si un sujeto padece este tipo de trastorno, y ejerciere violencia, ya física ya sea psicoemocional en contra de un miembro de su familia, estará exento de la Violencia Familiar.

#### *CULPABILIDAD*

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

La culpabilidad es responsabilidad y sus elementos son: el dolo y la culpa, el artículo 18 del Código Penal nos dice al respecto:

“(Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

En el tipo de Violencia familiar **obra dolosamente** el actor, el cual puede ser el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge, hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado, **que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico como lo es el uso de medios ya sea físicos o psicoemocionales** que se le atribuye, que goza de plena capacidad de

culpabilidad, es decir, es **imputable (o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización, es decir)**, lo que así se sostiene al encontrarse evidenciado que tenía plena capacidad de autodeterminación, que le permitía comprender lo ilícito de su actuar y conducirse de acuerdo a esa comprensión, conclusión a la que se arriba en virtud de que no obra prueba alguna que acredite que el sujeto activo se encontrara al momento del hecho bajo algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impidiera el pleno uso de sus facultades mentales y como consecuencia de ello, no lograra comprender y autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

Asimismo, se advierte que si el hoy inculpado al actuar, lo hizo con **conocimiento de la antijuridicidad** y no actuó bajo la creencia de que su conducta era lícita, es decir, no se encontraba bajo la influencia de algún error esencial e invencible de prohibición, por desconocimiento de la ley, por ignorancia del alcance de la misma, o bien, porque considerara que estaba justificada su conducta, ya que por lo evidente que resulta para todo individuo la prohibición legal hacer uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones se concluye que el inculpado de mérito sabía que con su conducta desplegada estaba violando una norma penal.

Igualmente, se surte el requisito de la exigibilidad de otra conducta, pues dadas las circunstancias que hasta este momento se evidencian, se puede concluir que el inculpado, al realizar la conducta que se le atribuye, no lo hizo bajo alguna coacción que lo obligara a ello, esto es, gozaba ampliamente de plena libertad de autodeterminación, y conforme a ella se conducía, además de que no obra indicio alguno que demuestre que se encontrara en circunstancias tales que no le fuera exigible un comportamiento adecuado a la norma, que permitiera afirmar que fue coaccionado, por lo que podía haber actuado en forma diversa a como lo hizo (la que la ley describe como prohibida), por lo que en consecuencia, podemos concluir que la conducta desplegada por el sujeto activo, fue consciente y libre, y al cometerla no se autodeterminó de conformidad con lo ordenado en la norma de la ley penal.

De igual modo el actor, **obra dolosamente**, si conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, en este caso la Violencia Familiar o previendo como posible el resultado típico, es decir que el sujeto activo puede no desear dañar a su menor hijo, haciendo uso de un “manaso”, para que el menor obedezca; más , por estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia, a la violencia física que quiere o acepta su autor, ha de ser aceptado por dolo si inexorablemente se produce una lesión.

#### *INCULPABILIDAD*

La inculpabilidad como ya lo habíamos mencionado líneas arriba, es el elemento negativo de la culpabilidad.

La inculpabilidad no opera a favor del sujeto activo (el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge,

hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado), en el delito de la Violencia Familiar, porque es imposible que haya un error de parte del actor de quién es su familia y también así por muy ignorante que sea sabe que al hacer uso de medios físicos contra la integridad de un miembro de la familia, está transgrediendo la ley.

#### *CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

Esas condiciones o requisitos típicos ajenos a la estructura ordinaria del delito, que establecen las condiciones objetivas de punibilidad, dentro de nuestro Sistema Jurídico constituyen los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 16 Constitucional como presupuestos indispensables al Procedimiento Penal y con ello a la materialización de la sanción en el caso concreto. Los requisitos de procedibilidad se determinan en denuncia o querella.

Al respecto de la denuncia, es una actividad hecha por cualquier persona, que pone en conocimiento de la autoridad el evento delictivo, dándole posibilidades para el ejercicio de sus funciones.

Por lo que hace a la Querella es una actividad tendiente a dar conocimiento a la Autoridad respecto de conductas ilícitas que aparecen en el mundo fáctico, que solamente puede llevar a cabo el ofendido o su representante legal, cuando tiene interés en que se persiga al autor del delito.

Al establecer la denuncia o la querella como condiciones objetivas de punibilidad, mientras no exista el requisito de procedibilidad precedente a la conducta ilícita no podrá surgir el procedimiento penal, por ello es importante tener en cuenta la procedencia de estos requisitos a fin de poder provocar la actividad procedimental. La denuncia es procedente en todos aquellos delitos considerados de oficio, porque el daño que producen afecta gravemente a la sociedad, mientras que la querella es un requisito de procedibilidad únicamente reservado a delitos que solicitan la petición de la parte ofendida de que se persiga al autor del delito, ya que se sostiene que el daño que ocasionan aunque afecta a la sociedad ocasiona más trastornos al particular, de acuerdo con los lineamientos anteriores podemos determinar que el delito de estudio “Violencia Familiar”, según establece la fracción I del artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal, es un delito que requiere la existencia de querella a fin de que pueda iniciarse el procedimiento penal, y tomando en cuenta que en el último párrafo de dicho ordenamiento se especifica que el delito de violencia Familiar se perseguirá por querella, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz, es decir si el sujeto pasivo resulta ser el hijo, el sobrino, el adoptado, todos ellos menores de edad, o un incapaz, es decir que 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, entonces el delito se perseguirá por oficio.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible.

#### *FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

La falta de condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de las mismas.

Cuando en el tipo de Violencia Familiar el sujeto activo (el cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente, es decir los hijos, o descendente sin limitación de grado, es decir abuelos padres, tíos; al pariente colateral consanguíneo o afín, es decir los primos o el conyuge, hasta el cuarto grado; al tutor, al curador, al adoptante o adoptado) haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad un miembro de la familia, (sujeto pasivo) es decir contra la integridad de los hijos, abuelos, padres, tíos, primos, conyuge o al adoptante o adoptado, independientemente de que se produzcan lesiones y no se haga al respecto una denuncia ya sea de querrela u oficio, según lo marca la ley penal, no podrá castigarse la conducta y por tanto no podrá sancionarse.

El incumplimiento de las condiciones de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente.

#### *PUNIBILIDAD*

Es la punibilidad la consecuencia más próxima al delito, constituido por la amenaza de pena que el Estado asocia a la conducta típica antijurídica y culpable.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

En el presente caso, la pena que le corresponderá a quien se pruebe que hizo uso de medios físicos o psicoemocionales, contra de la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; será en términos del artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal, siendo la pena de seis meses a cuatro años de prisión y perderá los derechos que tenga respecto a la víctima incluidos de carácter sucesorio y en su caso a juicio de juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él.

#### *EXCUSAS ABSOLUTORIAS*

Son el aspecto negativo de la punibilidad . Son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Las excusas absolutorias en razón de la Violencia Familiar, que ahora marca la ley como Extinción de la pretensión punitiva y de la Potestad de ejecutar la Pena y Medidas de Seguridad, tienen su sustento en el capítulo V del título quinto en el artículo 100 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual señala:

“...(Extinción por perdón del ofendido). El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querrela ...)” Dado el caso de que el delito de Violencia Familiar se persigue por querrela, éste sí puede ser extinguido y por tanto si opera la excusa absolutoria al delito en estudio.

Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación del sujeto pasivo, es decir la manifestación de los hijos, abuelos, padres, tíos, primos, conyuge o al adoptante o adoptado, quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho.

El perdón solo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga.

**CAPITULO IV**  
**TENTATIVA EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR**

## 4.1 CONCEPTO DE TENTATIVA

El Derecho Romano no desarrolló un concepto de la tentativa, por lo que la sancionaba sin conocer su naturaleza jurídica, de ahí que lo mismo hubiera sancionado los actos preparatorios que la tentativa, además ésta se sancionó con la pena aplicable al delito consumado.

En el Derecho Italiano según la doctrina en el derecho penal italiano de la Edad Media hubo avances importantes en materia de tentativa, considerándose el desistimiento de la tentativa inidónea. Además la doctrina influyó para que se sancionara distinto al delito consumado, es decir con pena menor, de donde se infiere que ese derecho distinguió los grados del delito.

En opinión de Mezger, el Derecho Penal Italiano de la Edad Media considera más exactamente, desde el punto de vista científico, el concepto de a tentativa (*conatus*). “La tentativa se describe como un *cogitare, agere, sed non perficere*, (proyectar, hacer, pero no terminar), y se castiga más levemente. Se toman en cuenta asimismo, la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa. También la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado”

La Constitución Criminal Carolina o Código de la Carolina, dictado por Carlos V, fue la primera ley penal que definió detalladamente la figura jurídica de la tentativa, consignando los elementos que la configuran según los principios de la teoría objetiva.

Artículo 178.- Así si alguien se atreve a realizar un acto malo por medio de algunos actos externos que pueden ser apropiados para la consumación del acto malo, y sin embargo, la consumación de este acto malo fue impedida contra su voluntad esta voluntad maliciosa de la cual como se ha dicho, resulta, una mala acción, debe ser penalmente castigada; pero en un caso mas severamente que en otros, en vista de la circunstancias y forma de la cosa.

Durante el siglo XIX hubo un gran desarrollo de la teoría de la tentativa, cuya evolución se inició con el Código de Napoleón, el cual incorporó a la figura de la tentativa su elemento que se consideró fundamental desde entonces, el principio de ejecución o comienzo de ejecución. La norma de la tentativa, descrita en el citado Código es: *toute tentative de crime qui aura été manifesté par un commencement d'exécution est considérée comme le crime meme*. (Toda tentativa de delito que se haya manifestado por un principio de ejecución, es considerada como el delito mismo).

La tentativa es uno de los grados del hecho punible. Requiere del principio de ejecución del delito mediante la realización de hechos externos que sean idóneos para lesionar el bien jurídico y, a la vez, representación del resultado y voluntad de producirlo. Si el sujeto abandona voluntariamente el intento, la tentativa no es punible (tentativa abandonada); si lo hace porque alguien o algo se lo impide, es punible (delito frustrado); si realiza actos que no pueden producir el resultado, no es punible (tentativa inidónea).

Doctrinariamente, se funda la punibilidad de la tentativa en el hecho de que con ella hay manifestación de la voluntad contraria a derecho, riesgo para la seguridad jurídica y peligrosidad del agente.

La definición del Código Penal del Distrito Federal deja en la impunidad los actos preparatorios así como la tentativa inidónea, siempre que ella no ponga efectivamente en peligro el bien jurídico protegido: sería el caso del que intenta envenenar a otro poniéndole anticonceptivos en la sopa o el que por error de cálculo utiliza un arma de corto alcance para dispararle a alguien que se encuentra lejos.

Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

La tentativa es un grado en la vida del delito. Es, por la falta del daño inmediato o físico, un delito imperfecto. Algunos penalistas (Buccellati, Civoll, Massari) han defendido que la tentativa se considerara en sí misma como un delito. Pero es equivocado este criterio objetivo. La personalidad del delincuente se revela también en la tentativa en cuanto los actos que la constituyen se ordenan a un fin.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Se distinguen bien dos elementos: el objetivo, que se refiere a la antijuricidad tipificada y que se expresa como el comienzo de ejecución por hechos exteriores, y el subjetivo, que los códigos expresan diciendo: directamente, o con el fin o el objeto de cometer un delito.

Los intérpretes franceses y gran parte de los autores alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido y, en todo caso, cuando están en situación de peligro eficaz los bienes jurídicos protegidos por el derecho.

En el delito doloso, no solamente se castiga la conducta que alcanza a realizarse completamente o que produce el resultado socialmente indeseable, sino que también recibe castigo la que no llega a satisfacer todos los elementos típicos, por mantenerse en una etapa previa de realización.

El artículo 20 del Código Penal, nos dice cuándo hay tentativa punible: “Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado”

## 4.2 FORMAS DE TENTATIVA

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución, Vr.gr.: si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamente.

### **TENTATIVA, FORMAS DE LA.**

La actuación antijurídica del reo, puede quedar encuadrada en la [tentativa](#), bien a título de frustración, porque el delito era imposible por falta de objeto, o como delito intentado, siendo viable la consumación; y no hay delito consumado si, por las pruebas del sumario, no puede decirse que el reo consumó el delito, que agotó la materia del mismo que llegó a perfeccionarlo dentro de la causación material.

1a.

Amparo penal directo 9821/49. Aguilar Barradas Crispín. 6 de marzo de 1950. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo CIII. Pág. 2123. Tesis Aislada.

### **TENTATIVA PUNIBLE.**

Se requiere conforme al artículo 12 del Código Penal del Distrito, para que sea punible la tentativa, que se ejecuten hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito y que éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, de donde se deduce que no es punible la sola manifestación de la voluntad de cometer un delito, cuando el responsable desiste de ello por su propia y espontánea voluntad.

1a.

Amparo penal en revisión 5446/45. Pieck Pierre J. y coagraviada. 23 de enero de 1946. Mayoría de tres votos. Disidentes: Fernando de la Fuente y Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo LXXXVII. Pág. 513. Tesis Aislada.

### **TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE.**

Aun cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaran no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, aquél que en la consumación "fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". El propio precepto no define la tentativa; pero señala en qué casos es punible: "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La **tentativa** surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista la tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la.

1a.

Amparo penal directo 133/45. Leblanc Alfonso H. y coags. 27 de julio de 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo LXXXV. Pág. 614. Tesis Aislada.

#### **4.3 LA TENTATIVA EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL**

El artículo 20 del Código Penal del Distrito Federal nos señala que: "(Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado".

El *iter criminis* señala la existencia de una serie de momentos que recorre a acción punible dolosa, a partir de la primera idea de cometer el delito hasta su culminación.

El delito de Violencia Familiar por ser un delito unisubsistente, es decir, que la acción del sujeto activo se agota en un solo acto, en la conducta, entendida como la manifestación externa de la voluntad del hombre, ya sea mediante las formas positivas que exigen actividad muscular, advirtiéndose que en el caso del delito en estudio, de acuerdo a la descripción típica, la conducta será de carácter **positivo**, esto es, mediante una **acción** – movimiento corporal por el cual se exterioriza la voluntad, susceptible de ser externamente percibido-, destaca, el uso de medios físicos o psicoemocionales, los cuales al contacto físico en forma de la violencia familiar, el acto se consuma inmediatamente, como en lo psicoemocional, lo cual son injurias y al decir las al miembro de la familia de igual manera el acto se consuma inmediatamente.

También el delito de Violencia Familiar se considera un delito de peligro, lo cual tiene lugar cuando los actos ejecutados inician el riesgo al bien jurídico tutelado, que en su caso son la integridad física, la vida y la integridad de la familia. Siendo el caso de que no se admite la tentativa.

La noción del resultado, conforme a la concepción naturalista, establece clara distinción entre los delitos formales y los materiales. Esta distinción, nacida en Alemania, pretende ahora ser desconocida al aplicarse la concepción jurídica formal, la cual afirma la existencia del resultado en todos los delitos, sea éste jurídico o jurídico y material. La distinción sigue teniendo, no obstante, gran importancia y utilidad práctica, pues en tanto que los delitos materiales admiten la tentativa por desarrollarse a través de un *iter criminis* ( un camino del crimen), **los delitos formales no la admiten** pues la simple tentativa basta para consumarlos jurídicamente, como es el caso del tipo de la Violencia Familiar que es un delito formal ya que si el sujeto activo el cual puede ser cónyuge, concubino 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, hace uso de medios físicos o psicoemocionales, ya que al agredir físicamente (todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control) o psicoemocionalmente (patrón de conducta consistente en actos, cuyas formas de expresión pueden ser prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad) a un miembro de la familia (cualquier miembro de la familia o persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado); el acto se consuma inmediatamente.

#### TENTATIVAS.

Si los que pretendieron dar el golpe, dejaron de consumarlo por su propia voluntad, en virtud de que advirtieron que la Policía estaba cerca de ellos y que había mucho movimiento en el sitio donde trataron de llevar a cabo sus propósitos antijurídicos, su conducta no se comprende dentro de lo previsto por la parte final del artículo 12 de la Ley Punitiva, pues este dispositivo requiere, para la existencia de la tentativa, que el delito con que se relaciona, deje de consumarse por causa ajena a la voluntad del agente.

1a.

Amparo penal directo 1105/47. Acosta Ramón. 2 de mayo de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo XCII. Pág. 1187. Tesis Aislada.



**CAPITULO V**  
**LA PARTICIPACION EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR**

## 1. 5.1 CONCEPTO DE PARTICIPACION

Es común que el delito no sea perpetrado por una sola persona, sino que sean varias las que lo hagan, algunas realizando los actos propiamente típicos, y otras ayudando o cooperando para que éstos se lleven a cabo.

Nuestro artículo 22 del Código Penal hace un recuento de todas las personas que se considera participan en el delito, destacándose las siguientes: y son quienes:

- I. Los que lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.

Autoría y participación han dado lugar a diversos planteamientos. Predomina en el nuevo Derecho Penal la posición de considerar ambos temas por separado, visualizando dos áreas perfectamente delimitadas: por un lado, la de los autores, coautores y autores mediatos; y, por la otra, la de los inductores y cómplices. En el proceso teórico evolutivo para separar tales áreas, está imponiéndose gradualmente, no sin algunas resistencias, la teoría del dominio del hecho, por sobre las precedentes teorías objetiva y subjetiva relacionadas con un concepto restrictivo o extensivo del autor. De acuerdo con esta teoría, autor del delito es aquel que, en principal o menor medida, tiene dominio del curso del delito. La precisión permite incluir en el concepto tanto a los autores mediatos como a los coautores, puesto que unos y otros hacen un aporte objetivo que es determinante para el resultado.

El precepto en comento evita la disquisición doctrinaria la clara redacción de las fracciones I y II que establecen como autores a los que lo realizan (ejecutan) por sí (autoría directa o inmediata), o conjuntamente con otro u otros autores (coautoría). Nada habría que comentar respecto de quien por sí mismo, individualmente, comete el hecho punible, esto es, la llamada autoría de primera mano, pero sí convendría desplegar algunas precisiones cuando el hecho es cometido por dos o más individuos que cooperan entre ellos y se reparten funciones en la ejecución. De hecho, los delincuentes conspiran y actúan, cada cual en su rol respectivo. Posteriormente al primer acuerdo, alguien puede sumarse al proyecto criminal, produciéndose lo que algunos llaman coautoría sucesiva.

La fracción III contempla la denominada autoría mediata. Aquí el autor consigue su designio criminal usando a otro como instrumento. Este "hombre de atrás", como se lo ha denominado, tiene el dominio del hecho y el otro, el instrumento, una posición subordinada respecto de aquél originada en violencia, error o inimputabilidad. En la figura es indispensable, como apunta Jescheck que todos los presupuestos de la punibilidad concurren en la persona del hombre de atrás y se refieran únicamente a éste.

La inducción se describe en la fracción IV de la disposición. En este caso, el autor instiga, provoca o motiva a otro para que cometa el ilícito. La inducción puede hacerse de palabra o por escrito, mediante muchos medios como regalos, amenazas, coacciones, etc., y el inductor debe actuar dolosamente, instigando al inducido a que cometa un delito específico.

La complicidad se refiere a los que dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para la comisión del delito. Estamos, así, en presencia de una colaboración o cooperación, que puede ser psicológica o física, mediante la cual se favorece la comisión del delito. En la figura, hay un acto principal que debe ligarse causalmente al acto del cómplice, requiriéndose que haya consumación o tentativa punible para los efectos sancionatorios.

El encubrimiento consiste, como lo señala el legislador, en el auxilio que se presta al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Se trata de una complicidad secundaria, que desde el punto de vista de nuestro legislador ocupa la doble posición de ser forma de participación y delito autónomo sancionado en los artículos. 243 y 320. Como forma de participación requiere que el auxilio se preste al delincuente por cumplimiento de una promesa anterior al delito. Ergo, si no existió tal promesa la complicidad o colaboración es sancionada como encubrimiento.

Responsabilidades:

De acuerdo con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del precepto comentado, los que únicamente intervienen en la planeación o preparación del delito y los inductores y cómplices sólo responden si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer, con lo que establece un claro distingo con el código precedente.

A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la participación . Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

## **5.2 TEORIAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN**

### **5.2.1 TEORÍA DE LA CAUSALIDAD**

Al estudiar el elemento objetivo del delito quedó precisado que el hecho se integra por una conducta, un resultado y un nexo causal; se analizaron las principales corrientes al respecto. Ahora bien, con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar codeincentes a quienes contribuyen, con su aporte, a formar la causa del evento delictivo. Para Von Buri, la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

### **5.2.2 TEORIA DE LA ACCESORIEDAD**

Recibe este nombre, porque considera autor del delito sólo a quien realiza los actos (u omisiones) descritos en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos, único indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes.

La accesoriadad se deduce de la identidad del tipo y de la cooperación en un mismo injusto, que sirve de límite, pero sin olvidar que la culpa es individual. Por eso, a fin de fijar la accesoriadad y sus límites y resolver los problemas que presenta la divisibilidad o indivisibilidad del título formado por agravantes calificativas, o por un delito complejo, proclamaríamos esta máxima: la participación es accesoria de un acto principal; pero se es sólo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena.

### **5.2.3 TEORIA DE LA AUTONOMIA**

Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia. Quienes intervienen ya no son "partícipes", habida cuenta de la autonomía de su conducta; por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles "individualmente" las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. Esta corriente es clasificada como pluralística, por admitir varios delitos, en oposición a las dos anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un delito único.

### **5.3 LA PARTICIPACIÓN EN EL TIPO DE VIOLENCIA FAMILIAR PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 200 DEL CODIGO PENAL**

A este respecto de la participación, cabe hacer mención de que el miembro de la familia que permita que otro ejerza violencia sobre alguna persona de las cuales tenga la calidad de garante, será también autora material del mismo en la modalidad de omisión grave del delito.

Así, la madre, aunque no haya maltratado personalmente a su hijo, al no impedir dicho maltrato por parte del padre, consuma el delito de violencia familiar. Esta actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad del hijo, del que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de violencia familiar.

En el caso anterior, si la madre se encontrase frente a un miedo insuperable, es obvio que no puede impedir el maltrato al menor ya que para que se pueda dar la exculpante en este caso es necesario que se dé precisamente el miedo, entendido como un determinado estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera.

En cuanto en la participación de sujetos en el delito de la Violencia Familiar no siempre habrá la intervención de un solo sujeto, también puede ser cometido por varios individuos en la realización de éste hecho delictivo a lo cual se le denomina codelincuencia

Ya no es raro escuchar sobre violencia dentro de la misma familia, en las escuelas o con vecinos y siempre se tiene la facilidad de escuchar casos dramáticamente reales, de mujeres golpeadas al extremo de perder la vida, violadas por su esposo y aún así en participación con sus amigos de éste, niños castigados con quemaduras, látigos y cualquier otro medio de tortura; padres que abusan sexualmente de sus hijos sin importar el sexo de éstos, hermanos que violan a sus hermanas; niñas que son vendida para el sexo servicio, etcétera.

En México se han considerado como ofendidos de este delito de Violencia Familiar a las mujeres, los hijos, aquellos que por cultura o religión, resultan más débiles, sin embargo se nos hace difícil pensar que los hombres pueden ser objeto de abuso, considerando que tienen el estigma de ser fuertes, recios, y de tener la capacidad suficiente para defender su integridad física y emocional, pero cuando los hombres no cuentan con la posibilidad de defenderse se rompe el equilibrio personal, familiar y social.

También existe la posibilidad de que hombres mayores se enfrenten a una Violencia Familiar, realizada en su contra por su esposa y en ocasiones con participación de sus hijos. Este tipo de situación es menos común pero existe y es de vital importancia tomar las medidas pertinentes para que este tipo de violencia desaparezca.

Por esto que la violencia dentro de la familia no puede seguir siendo ignorada, encubierta o tolerada, pues no sólo son víctimas aquellos miembros de una familia en particular, sino la población mexicana que como sociedad recibe las consecuencias de

maltrato, que nos arrojan personas resentidas, que no solo estarán dispuestas a seguir en la cadena de violencia generacional, sino que saldrán a extender su agresión hacia aquellos con los que se lleguen a relacionar haciendo de esto un problema cada vez más grande, más grave y más difícil de solucionar.

## **CONCLUSIONES**

- PRIMERA:** La familia es la base de la sociedad y es la más antigua de las Instituciones humanas por tanto como surgió antes de la formación de cualquier idea de Estado o de Derecho es un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.
- SEGUNDA:** La violencia en la familia es motivo de indignación en el mundo entero; se estima que por la misma se afectan los derechos humanos, la libertad personal, la convivencia familiar, la salud física y emocional, la seguridad. Todo lo anterior repercute socialmente al agredir la estabilidad familiar, necesaria para la debida integración del país y su promoción. La violencia familiar ya no está confinada a la esfera privada; es una cuestión pública que se debate en academias, en los sindicatos y en los partidos políticos, en las organizaciones de base, en los movimientos urbanos y en las escuelas profesionales.
- TERCERA:** El delito de violencia familiar, en México, tiene especial relevancia jurídica. La tendencia internacional es sancionar con gravedad variable a quienes cometen estos ilícitos de abuso con la esperanza, si no de erradicarlos, a lo menos de limitar su incidencia.
- CUARTA :** Nadie puede sostener que natural o jurídicamente exista un derecho de propiedad entre las personas, mucho menos un derecho de propiedad de los padres sobre los hijos, o del marido sobre la mujer. La familia es y ha de ser espacio para que sus miembros se desarrollen a cabalidad como seres humanos, siendo la violencia, en el núcleo familiar, un elemento deteriorante e incluso destructivo de su unidad esencial.
- QUINTA :** Para que exista el delito, en este caso el delito de violencia familiar, y partiendo de la base de que el delito está conformado por cuatro elementos básicos, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; para que éstos se presenten es necesario un presupuesto, como requisito indispensable en todo delito (el presupuesto es un acontecimiento previo al delito y ocupa un lugar en el tiempo y el espacio) el cual es la imputabilidad (éste se define como la capacidad condicionada por la madurez y la salud mentales de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión). Las condiciones objetivas de punibilidad son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad, no son

elementos constitutivos del delito, las condiciones objetivas de punibilidad se diferencian de los elementos, en que si no se verifican, el delito existe ontológicamente, aunque no pueda ejecutarse la pretensión punitiva del Estado, en tanto que si falta uno sólo de los elementos, no hay delito; la culpabilidad es un elemento de la tipicidad, 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. En el tipo penal en estudio denominado violencia familiar la pena que le corresponderá a quien se pruebe que haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; será en los términos del artículo 200 del Código Penal, que es 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.

**SEXTA :** La denuncia o la querrela son condiciones objetivas de punibilidad, mientras no exista el requisito de procedibilidad procedente a la conducta ilícita no podrá surgir el Procedimiento Penal, éstos son requisitos que la ley exige en delitos específicos, en cuanto al delito de violencia familiar su persecución es por querrela y por oficio cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o incapaz.

**SÉPTIMA:** El presente tipo, lo único que persigue es hacer referencias especiales al sujeto activo y pasivo, incluyendo además de los señalados en el tipo, a las personas que no estando dentro del supuesto del concubinato tengan una relación de pareja, y a las personas vinculadas con esa persona.

**OCTAVA :** La tentativa en el delito de violencia familiar previsto en la fracción I del artículo 200 del Código Penal del Distrito Federal no se da, ya que es una conducta que puede cometerse por acción u omisión dolosa, que se traduce en un hacer voluntario, consistente en realizar totalmente actos ejecutivos tendientes a llevar a cabo el uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de algún miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; el delito de violencia familiar se consuma desde el momento en que el activo realiza totalmente los actos y se traduce en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado, si por causa ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación de hacer uso de medios físicos, sí se llega a la consumación de hacer el uso de medios psicoemocionales y además se pone en peligro el bien jurídico tutelado que es la integridad familiar.

**NOVENA :** Nuestro actual Código Penal en materia de violencia familiar, en términos generales cumple con su función de establecer claramente la conducta a prohibir desalentando a los ciudadanos a cometer este tipo de conductas que lesionan la vida armónica de la familia, mediante la amenaza de la imposición de una pena. Pretende un cambio en la conducta de los familiares

que significa un cambio en la cultura, que se espera lograr con los medios previstos en la legislación.

**DECIMA** : La necesidad de perfeccionar las leyes penales y su aplicación es ineludible, la política criminal debe estar constantemente atenta a todo aquello que garantice una mejor convivencia social, sin detrimento de los derechos fundamentales.

## ***BIBLIOGRAFIA***

- ABARCA, RICARDO, El Derecho Penal Mexicano, Ed. Cultura, México 1980.
- ANTOLISEI, FRANCISCO, El estudio del delito, traducción del italiano de Ricardo Franco Guzmán, Ed. De Anales de Jurisprudencia, México, 1954
- ASPIRI, JORGE OSWALDO, Manual de derecho de las personas y de la familia, Osmo Editores, Buenos Aires, 1976.
- BATIZA, RODOLFO, Las fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, S.A., 1979.
- BELING, ERNEST. VON, Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito tipo, 11° ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., Derecho de familia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.
- BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, La tipicidad, la antijuricidad y punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica, criminalia, IX, 1973.
- BONFANTE, PEDRO, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, Instituto Ed. Reus, 1976.
- BUSTOR RAMÍREZ, JUAN, Manual de Derecho Penal Español, Barcelona, Ariel 1984.
- CARRARA, FRANCISCO, Programa del curso de Derecho criminal, parte general, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1971.
- CERESO MIR, JOSE, Curso de derecho penal español, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- CORSI, JORGE, Violencia familiar; una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social, Ed. Paidós, Buenos Aires 1994.
- CHAVEZ ASECIO, MANUEL F., La familia en el derecho. Relaciones jurídicas familiares, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. Y HERNÁNDEZ BARROS JULIO A., La Violencia intrafamiliar en la Legislación Mexicana, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- CUELLO CALON, Derecho Penal, 91 ed., Ed. Editoria Nacional México, 1961.
- DIEGO DIAZ, SANTOS, MARIA DEL ROSARIO, Los delitos contra la familia, Editorial Montecorbo, S.A., Madrid, 1973.
- DE RUGGUIERO, ROBERTO, Instituciones de derecho civil, Instituto de Editorial Reus, Madrid.
- JESCHECK, HANS HEINRICH, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Bosch Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE AZUA, LUIS, Lecciones de Derecho Penal, volumen 7, Oxford University Press México, S. A. de C. V., 1999.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, La tipicidad, ed. Porrúa, México, 1955.
- LANDABURU, LAUREANO, El delito como estructura, Revista Penal, Tomo I.
- LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Delitos en partículoicular, tomo II, Ed. Porrúa, México, 1995.
- LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Teoría del Delito, Editorial Porrúa. México 1993.
- MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO, Instituciones de derecho civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.
- MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, Tomo I, 5° ed. Temis, Bogotá, 1989.
- MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT, Derecho Civil, Oxfor University Press, México 2000.
- MARQUES PIÑERO, RAFAEL, Derecho, parte general, Edit. Trillas primera edición, 1986.
- MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, Ed. Promocines Publicaciones Uiniversitarias, Barcelona, 1985.
- MEZGER, EDMUNDO, Tratado de Derecho, II, Madrid, 1935.

- ORELLANO WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 2001.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, México, 1976.
- PLACENCIA GUERRERO, RAUL, Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1998.
- SÁNCHEZ MEDAL, RAMON, Los grandes cambios en el Derecho de Familia, México, 1979.
- SAUER, GUILLERMO, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch 1956.
- SOLER, SEBASTIÁN, El Derecho Penal, Argentino, tomo 11, 39 ed. Ed. Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires, 1973.
- SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal, Argentino, Tomo V. Editorial La Ley, Buenos Aires Argentina, 1946.
- VELA TREVIÑO, SERGIO, Antijuridicidad y justificación, Edit. Trillas, México, tercera edición, 1990.
- VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, 5° ed. Editorial Porrúa, México 1990.
- ZAFARONI, EUGENIO RAUL, Tratado de Derecho Penal Parte General, ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.

## *LEGISLACIÓN*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 2003.
- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2003.