



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y
AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN
EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL”**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

**Tesista: ABUNDIO MENDOZA RIVERA
ASESOR: DR. MIGUEL ÁNGEL RUIZ SÁNCHEZ**





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/2/1/2011
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **MENDOZA RIVERA ABUNDIO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. MIGUEL ÁNGEL RUIZ SÁNCHEZ**, la tesis profesional titulada **“LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,”** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. MIGUEL ÁNGEL RUIZ SÁNCHEZ**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional .

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis, **“LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **MENDOZA RIVERA ABUNDIO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

Agradeciéndole la atención al presente, le reitero como siempre las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, D. F., a 7 de enero de 2011

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

JPPYS/ajs*



*A la Universidad Nacional Autónoma de México.
A la Facultad de Derecho.
Al Dr. Miguel Ángel Ruiz Sánchez.
Por la oportunidad de cursar y concluir una carrera universitaria.*

*A mis padres.
Por el apoyo y confianza que me han dado.
A mi esposa.
Con sincero cariño.*

*A la Lic. Beatriz Elena Moreno Cárdenas.
Con aprecio y profunda gratitud.*

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

REFERENCIA CONCEPTUAL SOBRE EL PARENTESCO Y LA AMISTAD.

1.1. Concepto de parentesco.....	1
1.2. Concepto de amistad.....	3
1.3. Concepto de pareja permanente.....	6
1.4. Concepto de familia.....	9
1.5. Concepto de parentesco consanguíneo.....	12
1.6. Concepto de grados de parentesco consanguíneo.....	16
1.7. Concepto de parentesco por afinidad.....	18
1.8. Concepto de parentesco civil.....	21
1.9. Concepto de concubinato.....	23

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO.

2.1. Definición formal del delito.....	28
2.2. Elementos del delito.....	32
2.2.1. Acción u omisión.....	32
2.2.2. Tipicidad.....	35
2.2.3. Antijuridicidad.....	37
2.2.4. Culpabilidad.....	41
2.2.5. Punibilidad.....	45
2.3. Formas de comisión del delito.....	47
2.3.1 El Dolo.....	48
2.3.2. La Culpa.....	50

2.4. Penas y medidas de seguridad aplicables a los sujetos activos del delito.....	54
--	----

CAPÍTULO III

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

3.1. Condiciones objetivas de punibilidad.....	58
3.2. Aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad.....	64
3.3. Punibilidad aplicable.....	65
3.3.1. En los delitos de lesiones.....	65
3.3.2. En los delitos de homicidio.....	66
3.4. Excusas absolutorias.....	67
3.4.1. Como aspecto negativo de la punibilidad.....	74

CAPÍTULO IV

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. En España.....	76
4.2. En Italia.....	78
4.3. En Alemania.....	80
4.4. En Cuba.....	84
4.5. En Argentina.....	87
4.6. En Colombia.....	89

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

5.1. Las lesiones producidas con motivo del tránsito de vehículos.....	92
5.1.1. Clasificación de las lesiones.....	99
5.2. La privación de la vida con motivo del tránsito de vehículos.....	101
5.3. Presupuesto de la excusa absolutoria con motivo del tránsito de vehículos.....	104
5.4. La impunidad del delito de lesiones y homicidio en razón del parentesco y la amistad.....	106
CONCLUSIONES.....	118
PROPUESTA.....	120
FUENTES DE CONSULTA.	
- Bibliografía.....	124
- Legislación.....	128
- Diccionarios y Enciclopedias.....	128
- Páginas electrónicas.....	129

INTRODUCCIÓN.

Convencido de que la libertad es un de los derechos más importantes de todo ser humano, después de la vida, y por esa razón debe siempre buscarse la manera para que ésta no sea coartada, procurando que las instituciones jurídicas que garantizan su disfrute –*causas de exclusión del delito, excusas absolutorias, etc.*- beneficien en la medida de lo posible a la mayor parte de personas, en los casos donde legalmente debe ser coartada –*comisión de un delito*-.

Por esa razón, cualquier intento por limitar el ámbito de aplicación de las instituciones que velan por el respeto de la libertad no tendría caso abordar, porque lejos de representar un avance, sería retroceder en el desarrollo de los sistemas de sanciones penales, propiciando que aumenten los casos donde se coarte la libertad.

Sin embargo, proponer que se elimine la ambigüedad y vaguedad que actualmente presenta el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, precepto donde se contempla una causa absolutoria, en virtud de la que se exime de pena a quien cause lesiones u homicidio culposo a un pariente o a una persona con quien se encuentre ligado por una relación de amistad o pareja permanente, no apunta a limitar el ámbito de aplicación de esta causa de exclusión de pena; sino por el contrario, que su concesión no sea discrecional. Asegurando que será aplicado en los casos donde sea efectivamente necesario.

Para ello, el primer paso es establecer el concepto de los diferentes vínculos que se mencionan en el artículo 139, que son precisamente el presupuesto que sirve de punto de referencia para eximir de pena al responsable de lesiones u homicidio, ocupándome especialmente de los términos que generan ambigüedad y vaguedad –*familia y amistad*-, sin dejar de mencionar el parentesco y la relación de pareja.

Conviene apuntar que familia y amistad son conceptos que se ubican fuera del ámbito jurídico, los cuales han sido analizados desde diversas perspectivas, sin embargo para efectos de este trabajo, me limitaré al estudio del que han sido objeto en el campo de la Sociología, refiriéndome exclusivamente al significado generalmente aceptado de cada uno de ellos. Esto con el objeto de apreciar la dimensión del problema que representa, a la hora de decidir sobre la aplicación de la excusa absolutoria en cuestión, determinar a quiénes se puede considerar familiares o amistades.

La mención del lugar que ocupan las excusas absolutorias en el ámbito del Derecho Penal tiene singular importancia, porque permitirá apreciar los motivos que impiden la imposición de la pena. Por esa razón conviene referirse en primer término al delito y sus elementos, y después a la pena *–lugar donde se localizan las excusas absolutorias–*, pues no en todos los casos donde un hecho es merecedor de pena, es necesario aplicarla.

Patentizando de esta forma que las excusas absolutorias tienen como función específica determinar cuándo la imposición de la pena es necesaria, pues como se verá, existen casos donde con el objeto de salvaguardar intereses superiores a los perseguidos por el Derecho Penal, conviene excluir la pena, aunque sin eliminar el carácter delictivo del hecho.

Para tener un mejor panorama de la punibilidad y su aspecto negativo, analizaré el trato que reciben en el derecho comparado, específicamente en el Derecho Penal alemán, italiano, español, argentino, colombiano y cubano.

Sin dejar de observar que las lesiones y homicidio culposos se producen en todos los ámbitos de la actividad del ser humano, me ocuparé exclusivamente de los que se suscitan con motivo del tránsito de vehículos. Aunque sin realizar un análisis pormenorizado de los hechos de tránsito, porque este tópico no es prioridad de esta investigación.

En todo caso, lo relativo a las lesiones y homicidio culposos con motivo del tránsito vehicular, servirá como punto de referencia para el estudio de la vaguedad y ambigüedad que se presenta en la excusa absolutoria prevista en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal. Colocándome en aptitud de demostrar que su actual redacción propicia que la concesión de ese beneficio sea discrecional y, por ende, desigual para las personas que se localizan en las mismas circunstancias, de cuyo caso conocen diferentes órganos jurisdiccionales.

De ahí, la necesidad de terminar con la ambigüedad y vaguedad de los términos familia y amistad para que la excusa absolutoria contenida en el referido artículo 139 se aplique por igual y donde efectivamente el caso lo amerite, impidiendo que sea indiscriminada y discrecional.

CAPÍTULO I

REFERENCIA CONCEPTUAL SOBRE EL PARENTESCO Y LA AMISTAD

I REFERENCIA CONCEPTUAL SOBRE EL PARENTESCO Y LA AMISTAD

1.1. Concepto de parentesco.

El Diccionario de la Real Academia Española, en el sentido que interesa, señala que parentesco es el “vínculo por consanguinidad o afinidad”¹. Con lo que se reconoce desde el punto de vista gramatical, a dos de los tres tipos de parentesco generalmente aceptados en el ámbito jurídico para establecer el significado del concepto, que es el que interesa por la naturaleza del tema planteado.

Establecido el significado de parentesco conforme al Diccionario en cita, conviene referir lo que en la doctrina se ha indicado al respecto. En ese sentido el maestro Rojina Villegas, influenciado por el entonces Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, refiere que parentesco “es un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”²

Siguiendo lo establecido en el ordenamiento, en su artículo 292, el renombrado tratadista tomó como base los tipos de parentesco reconocidos, para elaborar el concepto que ofrece, siendo en ese sentido categórico que el estado jurídico que implica el parentesco, se origina exclusivamente por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, tipos que son los precisamente aceptados por el numeral en cuestión, al establecer:

“Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil.”

¹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, T. II, 21ª ed., Edit. Espasa Calpe, España, 1992, p. 1531.

² Rojina Villegas, Rafael; Compendio de derecho civil, T. I, 33ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003, p. 260.

Con base en lo expuesto por el tratadista Rojina Villegas, se observa que el parentesco es esencialmente un vínculo jurídico que tiene su origen en la consanguinidad, matrimonio y adopción, independientemente de las consecuencias de derecho que genera, que para los efectos de la investigación resultan intrascendentes, porque no es uno de sus objetivos efectuar un análisis exhaustivo de esa institución de derecho de familia.

El concepto propuesto por el citado tratadista no discrepa con lo que disponía el entonces Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, en su artículo 292, no obstante el empleo del término “afinidad”, por el de “matrimonio”, porque conforme al ordenamiento, vigente sólo a nivel federal, se sigue considerando el matrimonio como única fuente del parentesco por afinidad. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, se observa que, además del matrimonio, el concubinato también es generador del parentesco por afinidad. Estableciendo en su artículo 294:

“Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

Como podrá observarse, el tratamiento del parentesco por afinidad es diferente en los códigos civiles federal y local, reconociendo en este último no nada más el matrimonio como generador de dicho parentesco, sino también el concubinato; de ahí que en la formulación del concepto de parentesco resulta necesario observar esa situación, en virtud de coincidir el ámbito de aplicación del Código Civil local, con el del ordenamiento legal cuyo precepto motivó la investigación.

En ese sentido, el civilista Gutiérrez y González, teniendo presente lo que dispone el Código Civil para el Distrito Federal, señala que parentesco “es el

vínculo jurídico, permanente, por regla general, que reconoce o crea la ley, entre dos o más personas físicas, ya en razón de tener ellas sangre común, ya como consecuencia de un contrato de matrimonio, ya de un contrato de concubinato, ya finalmente, de un acto que imita el engendramiento y que acepta y sanciona la ley.”³

Del anterior concepto sobresale, además del concubinato y adopción plena, como parte del parentesco por afinidad y consanguinidad, respectivamente, el hecho de que los diferentes tipos que lo conforman deben estar reconocidos por la ley, advirtiéndose en el caso del parentesco que tiene su origen en lo dispuesto en el mismo ordenamiento legal, su reconocimiento se encuentra implícito, sin embargo, en el caso del vínculo que tiene su origen en el aspecto biológico, sólo en la medida que el ordenamiento legal reconozca la existencia de ese vínculo habrá parentesco consanguíneo.

Partiendo de los conceptos propuestos por Rojina Villegas⁴ y Gutiérrez y González, para los efectos de la investigación, se entiende por parentesco el vínculo jurídico, declarado y reconocido legalmente, entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad (ascendencia común, adopción plena y reproducción asistida), afinidad (matrimonio y concubinato) o adopción.

1.2. Concepto de amistad.

El Diccionario de la Real Academia Española, indica que amistad “(del lat. amicitias- arts, por amicitia, amistad) f. afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato.”⁵

Esta definición contiene las notas esenciales del vínculo amistad, aunque para ello emplea una serie de expresiones que requieren de explicación.

³ Gutiérrez y González, Ernesto; Derecho civil para la familia, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004, p. 156.

⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Op. cit.*, p. 260.

⁵ Real Academia Española, *Op. cit.*, T. I, p. 128.

En primer término, refiere que la amistad nace y se fortalece con el trato. Por trato social se entiende “los especiales deberes de comportamiento que derivan del hecho de pertenecer a un determinado círculo social (clase, profesión, partido, confesión, edad, afición, vecindad, etc.”⁶

De este modo, el vínculo de amistad se ubica en las relaciones sociales, pues es en el contacto con sus semejantes donde el ser humano asume deberes de comportamiento, como –indica el mismo tratadista- la decencia, el decoro, la buena crianza, la corrección de maneras, la cortesía, la urbanidad, el respeto social, la gentileza, las normas del estilo verbal, del estilo epistolar, el compañerismo, la caballerosidad, la atención, el tacto social, la finura, etcétera.

La amistad como relación social, se dice que son relaciones “interindividuales” y éstas son “aquellas que se establecen entre dos o más individuos, fundadas en lo que cada uno de ellos tiene de característicamente individual como persona irreductiblemente singular que cada uno de ellos es. Ejemplo de relaciones interindividuales son las relaciones de amor, de amistad, de simpatía, de odio, de enemistad, de antipatía, etc.”⁷ De donde se obtiene, que la amistad es el resultado de un proceso de interacción social entre dos o más personas.

Por otra parte, que el vínculo de amistad supone un afecto personal, puro y desinteresado. El afecto es definido como “la acción a través de la cual un ser humano le profesa su amor a otro ser humano, aunque también es muy común que el destinatario de ese amor no sea exclusivamente otro individuo, pudiendo materializarse y profesarse también por una mascota por ejemplo.”⁸ Lo que aunado al hecho de que debe ser puro y desinteresado, denota un grado superior de intimidad en las relaciones sociales, que las distingue precisamente del trato social y relaciones de cordialidad, porque el afecto es la forma en que se

⁶ Recaséns Siches, Luis; Vida humana, sociedad y derecho, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1952, p. 93.

⁷ Recaséns Siches, Luis; Tratado general de sociología, 27ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999, p. 377.

⁸ En <http://www.definicionabc.com/social/afecto.php> (10 de noviembre de 2010).

exterioriza el aprecio y estima que se tiene hacia una persona.

He dicho que amistad es el afecto que nace y se fortalece con el trato, sin embargo, esto no quiere decir que en todos los casos donde existe trato desemboca en amistad, precisamente porque éste puede limitarse a simples relaciones de cordialidad que se dan entre dos personas, sin que con el paso del tiempo deba necesariamente convertirse en amistad. Se necesita que exista afinidad en gustos y aficiones, sentimientos e ideas, por eso se dice que amistad es una relación eminentemente personal y concreta, basada en las cualidades individuales de cada amigo.

De esta manera, nace la amistad cuando sus miembros se relacionan entre sí y encuentran en sus personas algo en común, al grado de estar en la disposición de realizar un esfuerzo en beneficio del otro, sin esperar algo a cambio -desinteresadamente- simplemente por la estima y aprecio que se tienen mutuamente.

Dicho lo anterior, es incorrecto que haya amistades que nacen a los pocos minutos de relacionarse y otras que tardan años en consolidarse. “Estas relaciones se presentan en todas las etapas de la vida, aunque con distintos grados de importancia y trascendencia. Se dice que hay amistades que nacen a los pocos minutos de comenzada una relación, y otras que pueden tardar años en consolidarse.”⁹

Porque el trato es un factor determinante en el nacimiento de la amistad, lo que impide su surgimiento entre dos personas que acaban de conocerse, de otro modo no tendrán oportunidad de conocer las cualidades de cada uno y, por ende, si entre las mismas existe afinidad en gustos, aficiones, sentimiento e ideas.

⁹ En <http://definiciones.de/amistad/> (10 de noviembre de 2010)

Y de igual forma, la amistad no se extiende a relaciones de más de dos individuos, pues por el afecto especial –puro y desinteresado- que caracteriza a este tipo de relación, es difícil que pueda ser compartido por más de dos personas, con la misma intensidad. De ahí, que se reconozca que una persona experimenta a lo largo de la vida distintas relaciones de amistad, aunque con distintos grados de importancia y trascendencia.

1.3. Concepto de pareja permanente.

Pareja permanente –apunta Graciela Medina¹⁰- es el nombre con el que se conoce a la unión de dos personas que conviven maritalmente o en una relación análoga de afectividad, sin embargo, éste es sólo un ejemplo del universo de uniones que por el número de sus componentes, se denomina pareja, como se verá.

El Diccionario de la Real Academia Española señala que pareja es el “conjunto de dos personas, animales o cosas que tienen entre sí alguna correlación o semejanza, y especialmente la formada por hombre y mujer.”¹¹

Entendido pareja como el conjunto de dos personas, animales o cosas, es una forma de ordenar a individuos de la misma especie, atendiendo a un número determinado de ellos, como acontece –expresa Recaséns Siches¹²- en el caso del trío o grupo. La característica que sirve de criterio para unir a sus integrantes es precisamente la correlación o semejanza que exista entre ellos, esto significa que para el establecimiento de la pareja es necesario que exista algo en común entre los individuos que la compongan.

Destaca de la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, que pareja es un término que se refiere primordialmente al conjunto

¹⁰ Medina, Graciela; Uniones de hecho homosexuales, Edit. Rubinzal- Culzoni Editores, Argentina, 2001, p. 38.

¹¹ Real Academia Española, *Op. cit.*, T. II, p. 1530.

¹² Recaséns Siches, Luis; Tratado general de sociología, 27ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999, p. 420.

formado por hombre y mujer, esto se debe a que en las relaciones interindividuales el grupo de dos es la base de otros, así la de carácter sexual – indica Recaséns Siches¹³- es considerada la pareja típica o genuina, independientemente de que esté o no legalmente conformada (matrimonio, concubinato, etc.) o bien se trate de relaciones duraderas o efímeras.

Como se dijo, la pareja sexual es la que ha cobrado mayor importancia, tanto sobre los demás tipos de pareja entre personas, como de animales o cosas, y es en esta donde se sitúa el objeto del análisis, ya que pareja permanente – *también denominada pareja de hecho o uniones familiares de hecho*- corresponde a una de sus especies.

Pareja permanente o de hecho, es también un conjunto de dos personas que tienen entre sí alguna correlación o semejanza, sólo que a diferencia de cualquier otra especie de pareja sexual, en ésta, sus miembros conviven maritalmente o en una relación análoga de afectividad.

Efectuada esta precisión, cuatro son las notas distintivas –indica López Azcona¹⁴- que aparecen referidas en las decisiones judiciales para identificar una pareja de hecho: estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad.

De este modo, la convicción de establecer una relación por tiempo indefinido (estabilidad), exteriorizada a través de una efectiva duración (permanencia), en donde exista una convivencia sin interrupciones (continuidad), reconocida públicamente, porque sus miembros son conocidos como pareja (publicidad), son factores que elevan al grupo de dos personas al grado de pareja permanente, distinta a la uniones esporádicas, libres y transitorias.

En el correr de la última década del siglo XX –apunta Graciela Medina-

¹³ *Ibidem*, p 421.

¹⁴ López Azcona, Aurora; Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho, curso de verano de la Universidad Complutense en Almería, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, España, 1996, p. 197.

y más particularmente en el inicio del siglo XXI hemos advertido una evolución en todos los temas relativos a la homosexualidad.” Y agrega “la evolución también se advierte en la sociedad, donde los *gays* aparecen, se dan a conocer más abiertamente, y viven sus relaciones afectivas cada día más públicamente. Esta mutación en la manera de visualizar la homosexualidad también se refleja en lo jurídico, donde lógicamente se está produciendo un cambio de perspectiva.¹⁵

En ese sentido, contrario a lo que acontecía en épocas anteriores, donde las personas homosexuales y lesbianas permanecían ocultas, no se mostraban como tales, dada la desaprobación social.

De esta manera, congruentes con las nuevas exigencias sociales, es lógico que pareja permanente sea también extensible a las uniones de dos personas del mismo sexo, como indica Graciela Medina¹⁶, pues son relaciones que poseen características idénticas a las que tienen las parejas de diferente sexo, es decir, tanto unas, como otras, constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo, reflejando las mismas notas distintivas que caracterizan a las segundas.

Por los razonamientos expresados, emplearé el término “personas” para referirme a los componentes de la pareja sobre el de hombre y mujer que incluye la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, en virtud de que la transformación de las relaciones humanas ha llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua, así las uniones homosexuales son actualmente una realidad social, cuya relevancia ha trascendido al campo jurídico, logrando la redefinición del concepto tradicional de la institución del matrimonio.

¹⁵ Medina, Graciela, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁶ *Ibidem*, p 42.

1.4. Concepto de familia.

El Diccionario de la Real Academia Española, define que familia “(del lat. familia) f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos o descendencia.”¹⁷

La Real Academia Española toma como punto de referencia el parentesco para definir a la familia, así en las tres acepciones que proporciona, se observa como común denominador, la existencia de ese vínculo entre los individuos que la conforman, mostrando únicamente variación en cuanto a su extensión, al contemplar, por un lado, a los ascendientes, descendientes y colaterales y, por otro, exclusivamente a los descendientes, pero en todo caso unidos en virtud de consanguinidad, afinidad o adopción *–vínculos ampliamente reconocidos como fuentes del parentesco–*.

Al respecto el especialista en Derecho de Familia, Rico Álvarez, sostiene “cada cultura ha tenido y tiene la necesidad de formar su propio modelo de familia atendiendo a sus propias exigencias de supervivencia (económicas, políticas, morales, religiosas, etcétera), lo cual hace de la Familia una institución relativa y cambiante.”¹⁸ De esta manera, la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia se ajusta al concepto tradicional, y generalmente aceptado, de familia, sin embargo ello no significa que su concepto se limite al grupo constituido por parientes, porque finalmente su composición y número de sus miembros lo determina cada sociedad.

Ahora bien, “el concepto de familia –indica Rico Álvarez- engloba dos acepciones: familia en sentido amplio y familia en sentido restringido o familia

¹⁷ Real Academia Española, *Op. cit.*, T. I, p. 949.

¹⁸ Rico Álvarez, Fausto, y otros; De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal, Edit. Porrúa, México, 2006, p. 119.

nuclear.”¹⁹ En ese sentido, entendido familia como el grupo de personas entre quienes existe una relación de parentesco, puede ser concebida de dos maneras, en sentido amplio y en sentido restringido, dependiendo del número de los que la integran.

Al respecto, Rico Álvarez sostiene que “la familia en su sentido amplio se compone del conjunto de personas que se encuentran unidas por un parentesco, independientemente del grado de éste.” Asimismo, agrega que “familia en sentido restringido o también llamada familia nuclear, tiene como prototipo la unidad mínima y básica de convivencia social, integrada por el padre, la madre y los hijos, que viven en una misma casa habitación.”²⁰

De esta manera, la integrada por esposo (padre), esposa (madre) e hijos, responde al concepto de familia en sentido restringido. Mientras que la que se extiende a más generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales, corresponde a su concepto en sentido amplio.

El concepto de familia en sentido restringido –ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación²¹- comprende el círculo formado por padres e hijos, sin embargo la presencia de estos últimos no es un requisito indispensable para su conformación, pues con base en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo, cada uno es libre de unirse a otro y proyectar una vida en común, así como de tener hijos o no. No existiendo por ende nada que impida a la sola pareja adquirir la calidad de célula básica de la sociedad humana y se conciba como tal –*en sentido restringido*- la integrada por esposo (padre), esposa (madre) con o sin hijos, que de existir pueden ser biológicos o adoptados.

La familia nuclear –indica Rico Álvarez- es una institución jurídica que

¹⁹ *Ibidem*, p. 120.

²⁰ *Idem*.

²¹ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

se elabora a partir de un concepto sociológico, por lo tanto, se trata de un concepto flexible. Lo anterior implica que hay grupos de personas que no cumplen cabalmente con uno de los requisitos antes mencionados y a pesar de ello, son considerados familia.”²² Así, fenómenos sociales como la tasa de divorcios, el aumento de madres y/o padres solteros, las uniones libres o de hecho, la reproducción asistida, entre muchos otros factores, han originado que la organización tradicional de la familia nuclear haya cambiado, dando origen a nuevas familias que pueden estructurarse en tres grupos: familias monoparentales, familias compuestas y parejas de hecho.²³

La decisión de tener hijos sin unirse con otra persona, o bien un embarazo no planificado, junto a la viudez, separación o divorcio –*en algunos casos*- trae como consecuencia que la familia se encuentre constituida por uno de los progenitores y los hijos –*familia monoparental*-.

La separación y divorcio puede dar origen a madre o padre solteros, pero también a la constitución de nuevas uniones –matrimonio, concubinato o pareja permanente- integradas con hijos de parejas anteriores e hijos en común –*familias compuestas*-.

Finalmente, el impedimento para contraer matrimonio, porque la pareja o uno de sus miembros no están habilitados todavía para contraer matrimonio –*el cónyuge o cónyuges separados que aún no han podido disolver su antiguo matrimonio*-, o bien carezcan de aptitud para contraer matrimonio por existir entre ellos un impedimento no dispensable, no es obstáculo para constituir una familia –*pareja de hecho o permanente*-.

²² Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 120.

²³ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

1.5. Concepto de parentesco consanguíneo.

Durante muchos años –indica de la Mata Pizaña²⁴- el concepto de parentesco consanguíneo se le concibió como el vínculo entre personas que descienden unas de otras o de un tronco común -*concepto biológico*-, pero la realidad social propició su modificación para adaptarlo a las exigencias que planteaban las nuevas relaciones familiares –*reproducción asistida y adopción plena*-, cuyo origen difiere de la consanguinidad, dejando de ser la procreación fuente exclusiva de este tipo de parentesco.

En diccionarios y enciclopedias es común todavía que se defina al parentesco consanguíneo atendiendo exclusivamente a los vínculos de sangre. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se define de la siguiente manera:

Parentesco por consanguinidad: es el ya señalado como concepto biológico, o sea, la relación jurídica que surge entre las personas que descienden unas de otras (p. e, padre o madre e hijo, abuelo-nieto) o de un tronco común (p. e. hermanos, tío-sobrino, etc.).”²⁵

En los últimos años el capítulo del parentesco ha experimentado diversas modificaciones, sin embargo la más trascendente se promulgó en el año dos mil, mediante reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, que incorporó a la reproducción asistida y adopción plena, como fuentes de parentesco consanguíneo. Actualmente, el artículo 293 del ordenamiento, prevé:

“Artículo 293.- *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta,

²⁴ De la Mata Pizaña, Felipe, y otro; *Derecho familiar*, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2008.

²⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. cit., T. V, p. 424.

que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

Este concepto de parentesco consanguíneo –sostiene Rico Álvarez- es más amplio que el concepto doctrinal, ya que reconoce que también puede generarse por la voluntad, en el caso de la reproducción asistida, en el que por un acuerdo se excluye del parentesco a quien proporcionó el material genético necesario para la procreación y se establece dicho vínculo entre los cónyuges o concubinos y el concebido.²⁶

De este modo, parentesco por consanguinidad ya no es exclusivamente el que se da entre personas que descienden de una misma raíz o tronco, sino también el que se crea por voluntad de las personas, pues en virtud de un acuerdo, puede establecerse entre los que procuran el nacimiento de otro y este último –*reproducción asistida*- o entre los que convienen en considerar como hijo a un tercero –*adopción*-, ya no siendo requisito en uno y otro caso, que los participantes se encuentren unidos por un vínculo de sangre para atribuirle los efectos de consanguíneo al parentesco que se produce.

El parentesco que surge entre personas que descienden unas de otras o de un tronco común no requiere de mayor explicación, pues para su establecimiento basta que se encuentren unidas por un vínculo de sangre. En cambio, el que surge por reproducción asistida, plantea que se precisen los tipos

²⁶ Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 131.

que se reconocen como fuente de esta clase de parentesco, de la gama que actualmente ofrece esa forma de reproducción, pues no todos son legalmente aceptados.

Las técnicas de reproducción asistida conocidas –indica de la Mata Pizaña²⁷- se clasifican en:

1. Inseminación artificial:
 - a) Homóloga.
 - b) Heteróloga.
2. Fecundación *in vitro*.
3. Maternidad subrogada.
4. Reproducción asexual (clonación).

La inseminación artificial –dice el mismo autor²⁸- consiste en la fecundación del óvulo a través de medios mecánicos. Siendo homóloga cuando se utiliza semen proveniente del cónyuge, concubino o pareja. Y heteróloga cuando el semen proviene de un donador.

La fecundación *in vitro* –continúa el mismo autor²⁹- es la fertilización llevada a cabo fuera del cuerpo humano empleando el óvulo de la cónyuge, concubina o pareja y el semen del cónyuge, concubino o pareja; o con el óvulo o semen de uno de ellos y el semen u óvulo de un donante; o bien empleando óvulo y semen donados. Para finalmente ser implantado el embrión en el útero de la cónyuge, concubina o pareja.

²⁷ De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 395.

²⁸ *Ibidem*, *Op. cit.*, p. 389.

²⁹ *Ibidem*, p. 407.

La maternidad subrogada, es una variante de la inseminación *in vitro*, donde la implantación del embrión se efectúa en el útero de una mujer distinta a la cónyuge, concubina o pareja.

Por último, la clonación –apunta Gutiérrez y González- “es la reproducción asexual, que se obtiene: a.- de desarrollar un grupo de células u organismos idénticos, o un solo miembro de dicho grupo, propagados a partir de una misma célula corporal, (caso de la “ramita” o “piecito”), o b.- la fecundación que se obtiene retirando el núcleo del óvulo no fecundado, y se sustituye por el núcleo de una célula no sexual de un organismo adulto, masculino o femenino, desarrollándose este óvulo como si hubiese sido fecundado por un espermatozoide, dando lugar a un ser idéntico al que aportó la célula asexual.”³⁰

De las técnicas enumeradas –sostiene de la Mata Pizaña³¹- , todas son legalmente reconocidas para la reproducción humana, a excepción de la última, por los inconvenientes –apunta Gutiérrez y González³²- que presenta, entre estos privar al producto de la clonación del derecho a tener un genotipo singular, - *técnica que además es catalogada como delito en el artículo 154 del Código Penal para el Distrito Federal*; consecuentemente, debe concluirse que el parentesco por reproducción asistida, puede tener como fuente cualquiera de las técnicas que ofrece, con la única limitante de que no estén prohibidas por la ley.

Finalmente, la adopción –refiere Rico Álvarez³³- establece parentesco consanguíneo entre el adoptado y el adoptante, así como entre el primero y la familia del segundo, salvo que entre adoptante y adoptado, exista parentesco consanguíneo –*caso en el que surgirá parentesco civil*-. En virtud de que el parentesco entre un miembro adoptado de la familia, se considera exactamente igual que el de un miembro de origen consanguíneo, computándose la línea de

³⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Op. cit.*, p. 296.

³¹ De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 415.

³² *Ibidem*, p. 305.

³³ Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 132.

parentesco de la misma forma que en el caso de la consanguinidad.

1.6. Concepto de grados de parentesco consanguíneo.

La proximidad en el parentesco por consanguinidad –apunta De la Mata Pizaña³⁴– se determina por el número de generaciones que separan a los parientes y se mide en grados, correspondiendo cada grado a la separación entre una persona y sus padres o hijos.

Así, en la Enciclopedia Jurídica Mexicana se define al grado de parentesco como “la generación que separa a un pariente de otro.”³⁵

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, define en su artículo 296 el grado y línea de parentesco, establece al respecto:

“Artículo 296. Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.”

Del contenido de dicho artículo se desprende que el vínculo de parentesco consanguíneo se organiza en líneas, formadas por una serie consecutiva de grados, entre las que se pueden distinguir: línea recta y línea colateral. Distinguiéndose en la recta la línea ascendente y descendente, según la ubicación en el diagrama genealógico de la persona cuyo parentesco se pretende determinar; y en la transversal la línea igual y desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos.

Preceptuando en ese sentido los artículos 297 y 298 del Código Civil para el Distrito Federal:

³⁴ De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 42.

³⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, T. , Edit. Porrúa, México, 2008, p.

Artículo 297. *La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.*

Artículo 298. *La línea recta es ascendente o descendente:*

I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede;

II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

Ahora bien, la importancia del grado y línea de parentesco radica en la utilidad para llevar a cabo su medición.

Sobre la forma de computar el grado y línea de parentesco, es ilustrativo lo que al efecto expone Felipe de la Mata Pizaña, quien siguiendo lo establecido en los artículos 299 y 300 del Código Civil para el Distrito Federal, señala:

Existen dos formas para medir los grados de parentesco en línea recta, la primera es contando el número de personas sin considerar al progenitor común y la segunda es contar el número de grados, por ejemplo: El parentesco entre una persona y su bisabuelo es consanguíneo en línea recta en segundo grado y con su padre consanguíneo en línea recta en primer grado ... Al igual que la línea recta (en la línea colateral), se cuenta por el número de personas descontando al progenitor común o se puede contar por generaciones, subiendo por una línea y descendiendo por la otra. Por ejemplo el parentesco entre primos hermanos es por consanguinidad en la línea colateral en cuarto grado, entre tíos y sobrinos es

por consanguinidad en la línea colateral en tercer grado.³⁶

Restando únicamente mencionar que en la línea transversal, no existe primer grado de generación, pues los parientes que se ubican en la primera generación se encuentran en el parentesco colateral igual de segundo grado, de ahí que en la línea colateral, no existen parientes más cercanos que los hermanos.

1.7. Concepto de parentesco por afinidad.

Este parentesco –expresa el maestro Rojina Villegas³⁷- no se funda en lazos de sangre, como ocurre en el consanguíneo, pero se establece del mismo modo entre las personas donde existe éste, ello se debe a que la persona que se une en matrimonio o concubinato, ocupa el mismo lugar de su pareja dentro de su árbol genealógico, surgiendo este tipo de parentesco por la igualdad que adquieren los cónyuges o concubinos dentro de la familia de cada uno de ellos, al cual el derecho denomina de afinidad.

Parentesco por afinidad: es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Son llamados comúnmente estos sujetos parientes políticos, en derecho anglosajón se denominaban in law (p. e., mother in law) madre política o suegra. El grado de parentesco por afinidad es el mismo que une al cónyuge en razón del cual se establece (i. e., los padres del marido, etc.). El parentesco por afinidad se establece únicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Los parientes consanguíneos de cada uno de los cónyuges con respecto unos de otros no son parientes por afinidad.³⁸

La anterior definición reconoce exclusivamente el matrimonio como

³⁶ Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 46.

³⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Op. cit.*, p. 262.

³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, p. 424.

fuente del parentesco por afinidad, sin incluir al concubinato, esto se debe a que la incorporación de esta última unión como fuente generadora, se estableció en una reforma no muy antigua del Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo, actualmente el concubinato, junto con el matrimonio, genera afinidad entre el cónyuge o concubino y los parientes consanguíneos de su pareja, y viceversa, tal como se desprende de lo previsto en el artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

Gutiérrez y González, dice que parentesco por afinidad “es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de matrimonio, entre la esposa y los parientes consanguíneos del esposo, y entre éste y los parientes consanguíneos de la esposa... o es el vínculo jurídico que se crea en virtud del contrato de concubinato, entre la concubina y los parientes consanguíneos del concubino, y entre el concubino y los parientes consanguíneos de la concubina.”³⁹

Concepto que hace referencia tanto al matrimonio como al concubinato, como vínculos que conforman el parentesco por afinidad, siguiendo precisamente lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 294.

En esos mismos términos la especialista en Derecho de Familia Buenrostro Báez, al referirse al parentesco afín, expresa que “responde al vínculo jurídico que se adquiere por el matrimonio o el concubinato, el cual se da entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, los del esposo con la esposa y viceversa.”⁴⁰

³⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Op. cit.*, 158.

⁴⁰ Buenrostro Báez, Rosalía, y otro; *Derecho de familia*, 3ª reimpresión, Edit. Oxford, México, 2008, p. 158.

Como se ve, la afinidad es el vínculo que se establece entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, lo que determina que el grado y la línea de parentesco se determinan según el grado y la línea de la consanguinidad. Es decir, una persona es pariente por afinidad de todos los parientes consanguíneos de su cónyuge o concubina en la misma línea y grado que ésta lo es de ellos por consanguinidad.

En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues presenta la línea recta y la línea transversal, computándose los grados en la forma que ya he explicado. De esta suerte la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos. Es decir, se encuentra en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente.⁴¹

Entre los cónyuges o concubinos –apunta De la Mata Pizaña⁴²- no surge ningún tipo de parentesco, como lo podría sugerir la redacción del artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal.

Y de igual forma “el matrimonio no crea lazos de parentesco jurídico entre dos familias, la de ella y la de él como cónyuges. Es común en la vida familiar que los parientes de ambos consortes se sientan y se traten como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazo de parentesco. Asimismo, marido y mujer no se convierten en parientes entre sí en razón del matrimonio. Son, eso sí, familiares con cónyuges, fundadores como pareja de una familia, aunque no procreen; a la pareja casada se le tiene en derecho como una familia, podría decirse que el parentesco por afinidad lo crea el derecho a través de la

⁴¹ Rojina Villegas, Rafael, *Op. cit.*, p. 262.

⁴² De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 42.

institución del matrimonio que es, a su vez, una creación jurídica.”⁴³

De este modo, el matrimonio o concubinato no crea parentesco entre los consanguíneos de uno de los cónyuges o concubinos y los del otro –relación existente entre los consuegros o los concuñados-, pues como se ha dicho el parentesco por afinidad se establece únicamente entre uno de los cónyuges o concubinos y los parientes consanguíneos de su pareja.

1.8. Concepto de parentesco civil.

El concepto actual de parentesco civil es de reciente creación, producto de las modificaciones por las que ha atravesado la institución jurídica que le da origen – *adopción*-, es por ello que aun cuando éste coincide con el que se puede localizar en diccionarios o enciclopedias de no hace muchos años, esto no quiere decir que sea el mismo, surgiendo de este modo la necesidad de hacer alusión a las transformaciones de que ha sido objeto, para no confundir su actual significado con el que originalmente tenía.

Parentesco por adopción civil: es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado. A este parentesco se le llama civil porque surge con independencia de la consanguinidad, es creado exclusivamente por el derecho. El Código Civil sólo establece relación de parentesco entre el o los adoptantes y la persona adoptada. El adoptado no entra a la familia de quien lo adopta; no se crean lazos de parentesco entre ellos, cosa que sí sucede en otras legislaciones que tiene establecida la llamada adopción plena.⁴⁴

El concepto que proporciona la Enciclopedia Jurídica Mexicana se ajusta al que se desprende del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, pero ese hecho obedece a una cuestión circunstancial, pues es un caso de excepción

⁴³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. cit.*, T. V, p. 424.

⁴⁴ *Idem.*

que continúe concibiéndose al parentesco civil como la relación jurídica que se establece exclusivamente entre adoptante y adoptado, pese a las modificaciones de que ha sido objeto la adopción.

En efecto, en un principio el parentesco civil era definido –refiere Rojina Villegas⁴⁵- como la relación jurídica que se establecía exclusivamente entre adoptante o adoptantes y adoptado, en virtud de que el tipo de adopción que preveía el código civil vigente en ese entonces –*simple*-, no permitía que el mencionado vínculo abarcara también a los parientes de los primeros, limitando los derechos y obligaciones que nacían de la adopción exclusivamente a las personas que intervenían con las calidades de adoptante y adoptado.

Fue hasta mil novecientos noventa y ocho, cuando mediante reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que se incorporó la institución de la adopción plena, coexistiendo al lado de la simple, aunque no por mucho tiempo, porque en dos mil, nuevamente fue reformado el capítulo relativo a la adopción, derogándose ahora todas las disposiciones aplicables a la de carácter simple, para de ahí en adelante subsistir exclusivamente la plena, con la mención expresa de que el tipo de parentesco que genera es equiparable al consanguíneo.

Originalmente el parentesco civil tenía como fuente la adopción simple y por esa razón la relación jurídica que establecía involucraba al adoptante o adoptantes y al adoptado, pero cuando fue sustituida por la de carácter plena, en principio dejó de existir dicho parentesco, porque el nuevo tipo de adopción crea el vínculo de consanguinidad no solamente entre el adoptado y las personas que intervienen con la calidad de adoptante, sino también con sus parientes consanguíneos, al equiparar el parentesco que surge de la adopción al de naturaleza consanguínea.

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Op. cit.*, p.

De este modo, el artículo 293, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, prevé:

Artículo 293. (...)

(...)

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Pese a lo anterior, cuando el adoptante sea pariente consanguíneo del adoptado, el vínculo que surja en virtud de la adopción se limitará exclusivamente a éstos -como acontecía en la desaparecida adopción simple-, aunque esta sea de naturaleza amplia, y al cual además le atribuye los efectos del parentesco civil. Estableciendo en ese sentido el artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 410-D.- *Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.*

Entendiéndose por parentesco civil –apunta de la Mata Pizaña⁴⁶- el vínculo que se da entre el adoptante y el adoptado, cuando entre ambos exista previamente parentesco consanguíneo.

1.9. Concepto de concubinato.

En torno a la unión de hombre y mujer, Rico Álvarez sostiene que “la unión estable de un hombre y una mujer puede existir de maneras muy distintas, una de

⁴⁶ De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 45.

ellas a partir del matrimonio y otras sin necesidad de él.”⁴⁷

El concubinato surge como una alternativa para las personas que deciden iniciar una convivencia conyugal sin unirse en matrimonio, impulsados en algunos casos por la apatía a contraer los derechos y obligaciones que derivan de esta última institución y, en otros, por razones ideológicas de rechazo al orden constituido.

El Diccionario de la Real Academia Española establece que “concubinato. (Del lat. concubinatus). m. relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados.”⁴⁸

Al margen de las recientes modificaciones de que fue objeto el concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal, la definición que proporciona la Real Academia Española sigue teniendo vigencia, pues lo importante en este tipo de unión es que entre sus miembros exista una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, precisamente para diferenciarla de las uniones de carácter esporádica, libre y transitoria. Nota que en la definición en cuestión se incluye con la expresión relación marital.⁴⁹

Se define el concubinato a partir del matrimonio –asegura Rico Álvarez⁵⁰-, porque supone una convivencia estable, permanente, exclusiva, continua y pública, una comunidad de vida en la que convergen intereses y fines coincidentes para los miembros de la relación, que va más allá del hecho de compartir una vivienda y las tareas y gastos domésticos, con la única diferencia de que queda sustraída, por completo, a las normas que regulan la relación matrimonial, por ser el concubinato una unión de grado inferior al matrimonio.

⁴⁷ Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 257.

⁴⁸ Real Academia Española, *Op. cit.*, T. I, p. 615.

⁴⁹ López Azcona, Aurora, *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 261.

Por ello, con razón en la doctrina nacional *-hasta antes de la reforma por Decreto publicado en la Gaceta del Distrito federal, de veintinueve de diciembre de dos mil nueve-* se conceptualiza al concubinato como “convivencia conyugal lícita de un solo hombre, considerada suficiente para hacer surgir una familia y a la que se le atribuyen consecuencias de derecho.”⁵¹ O bien, como “la unión sexual lícita, informal y estable entre un hombre y una mujer que no tienen impedimento para casarse, que dura al menos dos años o en que, habiendo la intención de cohabitar, existe un hijo en común.”⁵²

Como se anticipó, el concubinato actualmente tiene una connotación distinta a la tradicional, en virtud de la reforma del Código Civil para el Distrito Federal de diciembre de dos mil nueve, que incorporó el concubinato entre personas del mismo sexo, reconociendo ahora con ese carácter a la unidad constituida por dos personas de distinto sexo, así como a la formada por individuos de sexos iguales, abriendo con ello la posibilidad de que personas homosexuales puedan iniciar una vida conyugal, sin contraer los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio.

Estableciendo en ese sentido el artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 291 Bis.- *Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.*

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

⁵¹ *Idem.*

⁵² De la Mata Pizaña, Felipe, y otro, *Op. cit.*, p. 83.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Del precepto transcrito se desprende que el concubinato puede constituirse de dos maneras: a) por el transcurso del tiempo –*dos años como mínimo*- y b) por la procreación. En ambos casos que los miembros establezcan una relación constante y permanente, esto es que en ambos exista la a convicción de establecer una relación por tiempo indefinido, exteriorizada a través de una efectiva duración (permanencia), en donde exista una convivencia sin interrupciones (continuidad).

Es también un requisito que los aspirantes a concubinos no deben estar impedidos para contraer matrimonio –*en términos del artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal*-.

Esta exigencia es lo que diferencia el concubinato de la pareja permanente, ya que en principio ambas comparten las mismas características –*estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad*-, sin embargo en la segunda puede suceder –apunta López Azcona⁵³- que uno o ambos de los convivientes no están habilitados todavía para contraer matrimonio –*el cónyuge o cónyuges separados que aún no han podido disolver su antiguo matrimonio*-, o bien que carezcan de aptitud para contraer matrimonio por existir entre ellos un impedimento no dispensable.

Al respecto Rico Álvarez manifiesta “para que haya licitud entre los concubinos, no debe existir ningún impedimento para contraer matrimonio, ya que

⁵³ López Azcona, Aurora, y otros, *Op. cit.*, p. 233.

lo contrario implicaría reconocer efectos jurídicos a uniones prohibidas.”⁵⁴

De este modo, la sanción que acarrea el que uno o ambos aspirantes se encuentren impedidos para contraer matrimonio, es que la unión que conformen no tendrá la calidad de concubinato y, por tanto, no generará los derechos y obligaciones que el Código Civil para el Distrito Federal reconoce a este tipo de unión.

⁵⁴ Rico Álvarez, Fausto, y otros, *Op. cit.*, p. 262.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

II ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

2.1. Definición formal del delito.

La dogmática jurídico-penal –afirma el tratadista Muñoz Conde⁵⁵- coincide en que el delito debe ser definido partiendo de lo que considere como tal el derecho penal vigente, sentenciando que cualquier intento de definirlo desde una perspectiva diferente equivaldría a situarse fuera del ámbito jurídico. La razón es que las normas jurídicas positivas constituyen una declaración de voluntad social en un espacio y tiempo determinado.

El penalista Castellanos Tena, en torno a la definición formal del delito sostiene, “para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito que se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.”⁵⁶ De este modo, la definición de delito que proporciona la ley penal vigente se le califica de formal.

La mayoría de las veces la definición formal no contiene las categorías generales comunes a todo delito, es decir las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado con ese carácter. Teniendo por ello que recurrir a su concepción material para alcanzar ese objetivo.

Ese es el parecer de Castellanos Tena, cuando se ocupa del concepto material del delito, al que denomina definición jurídico-sustancial, expresando “las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo (delito) por no hacer referencia a su contenido.”⁵⁷

⁵⁵ Muñoz Conde, Francisco, y otro; Derecho penal, parte general, 5ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, España, 2002, p. 197.

⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos elementales de derecho penal, 42ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001, p. 128.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 129

Sin desconocer –apunta Muñoz Conde⁵⁸- que la definición que ofrece el Derecho Penal positivo, podría omitir alguna o algunas de las categorías generales comunes a todo delito, esto no es obstáculo para que del mismo se obtenga un concepto que contenga su esencia, advirtiéndose que las características que debe contener un hecho para ser considerado delito, no sólo se obtiene de la definición que proporciona el Código Penal, sino también del resto de sus preceptos que se refieren a éste.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente no contiene una definición de delito, como sí lo hacía el anterior (Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal), observándose únicamente que en sus primeros artículos establece una serie de principios que hacen expresa referencia a los elementos que estructuran el concepto de delito generalmente aceptados por la dogmática jurídico-penal.

En el Derecho positivo mexicano –sostiene Castellanos Tena- se consideran como elementos del delito: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Señalando “en consecuencia, para nosotros, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuridicidad) y culpabilidad, empero esta última, requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.”⁵⁹

Como se ve, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son las categorías generales comunes a todo delito para este autor. Posición que encuentra eco en numerables estudiosos del Derecho Penal en México, entre los que destacan, Francisco Pavón Vasconcelos, Eduardo López Betancurt, Gustavo Malo Camacho y Javier Jiménez Martínez.

El Código Penal para el Distrito Federal vigente, en sus primeros

⁵⁸ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁹ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 132.

artículos hace referencia a los elementos que estructuran el concepto de delito generalmente aceptados por la dogmática jurídico-penal. Así, en sus artículos 1, 2, 4 y 5, al ocuparse de los principios de legalidad, tipicidad, bien jurídico y antijuridicidad material y culpabilidad, destaca las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado con una pena.

“ARTÍCULO 1 (Principio de legalidad). 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.”

“ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá 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. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.”

(...)

“ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.”

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

En el primero de dichos preceptos se prevé a la conducta, como primer elemento del delito. Acción y omisión –expresa Castellanos Tena⁶⁰- son las dos formas de comportamiento humano base de toda reacción jurídico-penal, las cuales los más representativos autores mexicanos engloban bajo el término conducta, por estimar que ésta incluye correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

En el segundo se prevé a la tipicidad, elemento que responde a la necesidad de calificar como delito únicamente a las conductas que se encuentren definidas como tales por la ley; por ende, la prohibición de imponer pena o medida de seguridad cuando no estén acreditados los elementos de la descripción legal del delito de que se trate, hace referencia expresa a la tipicidad en sentido negativo.

En el tercero se contempla a la antijuridicidad, pues la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado sin justa causa, no sólo implica una trasgresión al ordenamiento jurídico, sino también una contradicción a intereses colectivos.

Finalmente, que la conducta se realice de manera culpable, significa que puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), última categoría cuya presencia convierte el comportamiento humano en delictivo.

De esta manera, el Código Penal para el Distrito Federal vigente, en sus artículos 1, 2, 4 y 5, prevé las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito. Pudiendo por esa situación concebirse como delito, desde el punto de vista formal, la conducta típica, antijurídica y culpable.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 146.

2.2. Elementos del delito.

Tomando como base – indica Muñoz Conde⁶¹- que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), son elementos del delito:

- a) Conducta;
- b) Tipicidad;
- c) Antijuridicidad; y
- d) Culpabilidad.

Respecto de la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad, Castellanos Tena⁶² sostiene que la dogmática jurídico-penal les niega el carácter de elementos esenciales del delito, afirmando que el primer aspecto es un presupuesto de la culpabilidad, el segundo es un requisito exigido por el legislador para la imposición de la pena, y el último es precisamente una consecuencia que surge por la comisión de un delito; por lo que no son parte de los elementos del delito.

2.2.1. Acción u Omisión.

En torno a la acción y la omisión el penalista Jiménez Huerta establece “los comportamientos humanos que trascienden a las figuras típicas son únicamente aquellos que dejan su impronta en el mundo exterior. No son conductas típicamente relevantes las que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean propósitos, pensamientos o voliciones.”⁶³

⁶¹ Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 45.

⁶² Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 130.

⁶³ Jiménez Huerta, Mariano; Derecho penal mexicano, T.1, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2000, p. 103.

Así, de las diversas formas que puede revestir el comportamiento humano, únicamente tienen relevancia penal aquellas que apuntan a la concreción de objetivos socialmente negativos, a través de acciones u omisiones, quedando exentas todas aquellas actividades que no encajen en alguno de estos dos grandes rubros.

Las formas positivas y negativas de manifestarse las conductas descritas en las figuras típicas integran sus contenidos conceptuales de modo diverso: unas veces, con una simple actividad o inactividad; otras, en cambio, requieren además de una actividad o inactividad, un resultado externo. Empero, cualquiera que fuere su forma de manifestación o integración, es siempre la conducta típica una manifestación de voluntad dirigida a un fin.⁶⁴

Ambas formas del comportamiento humano, aunque con particularidades propias, comparten determinadas características. Las dos son manifestaciones de la voluntad dirigidas a un fin, que se exteriorizan en el mundo físico.

En la dogmática jurídico-penal se ha escrito mucho en torno a estas dos formas de comportamiento humano, desde la designación del término para denominar a este primer elemento del delito –apunta Zaffaroni⁶⁵–, hasta para establecer su contenido. Sin embargo, actualmente no existe discusión en torno a que la conducta o acción –términos generalmente utilizados por tratadistas– es una actividad voluntaria dirigida a un fin. Ante la imposibilidad de concebirse con tal carácter a los movimientos reflejos, los provocados por una fuerza irresistible o los ejecutados en estado de inconciencia.

En este sentido se pronuncia Castellanos Tena, expresando que “conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo,

⁶⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. III, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 52.

encaminado a un propósito.”⁶⁶

Conviene aclarar, que la acción adquiere relevancia penal no sólo por el fin al que apunta, precisamente porque en la consecución de ese objetivo o como consecuencia del mismo se pueden producir efectos socialmente negativos a través de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Así, Muñoz Conde sostiene “por tanto, cuando se dice que la acción final es la base del Derecho Penal no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho Penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.”⁶⁷

Por esa razón, en algunos casos el fin principal puede resultar irrelevante para el Derecho Penal, adquiriendo únicamente importancia los efectos secundarios o los medios para alcanzarlo.

Por lo que ve a la omisión, indica Muñoz Conde⁶⁸, se traduce en una inactividad voluntaria, que se exterioriza a través de la no realización de una acción esperada. Es importante subrayar, que esta forma del comportamiento humano, adquiere relevancia cuando no se lleva a cabo la acción esperada, porque no en todos los casos que alguien omite una acción, su conducta interesa al Derecho Penal.

Esta obligación de actuar –continúa Muñoz Conde⁶⁹- encuentra su fundamento en el deber jurídico de obrar impuesto por el ordenamiento jurídico, denominado doctrinalmente *posición de garante*. En los delitos de omisión, la posición de garante adquiere singular importancia para el efecto de establecer la relación de causalidad entre la conducta y el resultado. Así, no basta la simple

⁶⁶ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 149.

⁶⁷ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 212.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 239.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 245.

constatación de la causalidad, sino que es necesario que el responsable tenga la obligación de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes que ha asumido o le incumben por alguna razón.

En relación a la fuente del deber jurídico de actuar, Jiménez Huerta, asegura que “el deber de actuar, según la opinión dominante, halla concreto fundamento en un precepto jurídico (a), en una especial aceptación (b) y en un hacer precedente (c). Algunos penalistas agregan un cuarto, que basan en los deberes impuestos por las comunidades de vida y de peligro (d).”⁷⁰ Teniendo de este modo como fuente del deber jurídico de actuar: un precepto jurídico, la libre aceptación, un actuar precedente y por la especial situación de vida o peligro.

Finalmente, Muñoz Conde⁷¹ sostiene que existen tres clases de omisión penalmente relevantes:

a) Delitos de omisión pura o propia, donde se castiga la simple infracción de un deber de actuar, como en los delitos de simple actividad en la acción.

b) Delitos de omisión y resultado, donde la inactividad produce un resultado, expresando el tipo legal, la forma de comisión omisiva.

c) Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, donde la inactividad se equipara a la actividad en la producción del resultado.

2.2.2. Tipicidad.

En torno a la tipicidad, Muñoz Conde, sostiene “de toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas,

⁷⁰ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p. 134.

⁷¹ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 240.

normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad.”⁷²

De este modo, entre las categorías que convierten al comportamiento humano en delictivo, la tipicidad es la más relevante. Así, en la concreción de objetivos socialmente negativos, éstos o sus efectos, no alcanzarán la categoría de delito, si al mismo tiempo no se adecuan a la descripción contenida en el ordenamiento jurídico. Por lo que no es dable considerar delictivas las conductas que no se encuentran definidas como tales por el ordenamiento jurídico, no obstante que sean socialmente reprobables.

Castellanos Tena sostiene que “la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.”⁷³ Entendiéndose por tipicidad, la adecuación o encuadramiento de una conducta a todos los elementos del tipo penal del delito que se trate, es decir, la coincidencia de una determinada conducta con la descripción que realiza el ordenamiento jurídico.

Y continúa señalando el mismo autor, que “no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto.”⁷⁴

De lo que se desprende que la descripción en la que se subsume el comportamiento humano es lo que doctrinalmente se denomina tipo penal. En los tipos penales se contienen aquellos comportamientos que resultan lesivos para los bienes jurídicos más importantes para una sociedad en un tiempo y espacio

⁷² *Ibidem*, p. 200.

⁷³ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p 168.

⁷⁴ *Ibidem*, p 167.

determinado.

Sobre la importancia de la tipicidad Jiménez Huerta apunta que “la tipicidad es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuricidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca.”⁷⁵

De este modo, el tipo tiene destacada importancia en los sistemas jurídicos donde rige el estado de derecho, al ser precisamente una limitante del poder punitivo, permitiéndole al Estado sancionar penalmente solamente aquellos comportamientos humanos que encuentren adecuación a la descripción de una conducta expresamente prohibida por el ordenamiento legal.

En ese sentido, el tipo desempeña una función de garantía, pues sólo los hechos tipificados como delitos pueden ser considerados con ese carácter.

2.2.3. Antijuricidad.

La antijuricidad –señala Muñoz Conde⁷⁶, es la desaprobación de un comportamiento humano. Es un juicio de valor negativo en donde se establece la contradicción de ese comportamiento con el ordenamiento jurídico.

Por su parte, Jiménez Huerta sostiene que “la antijuricidad matiza y tiñe la conducta humana de un colorido o tonalidad especial y, es sin excepciones, presupuesto general de la punibilidad. Dicho matiz, tono y color surge del juicio que sobre la conducta humana se formula.”⁷⁷

La desaprobación del comportamiento humano presupone la tipicidad

⁷⁵ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p 21.

⁷⁶ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 303

⁷⁷ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p. 202.

del mismo, pues el juicio que sobre éste se endereza es por el ataque grave a uno de los bienes jurídicos más importantes de una sociedad. Y como a través de la tipicidad el Derecho Penal selecciona los comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos más importantes, lógico es que sólo la conducta que afecta uno de dichos bienes, podrá ser contraria al ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad –establece Muñoz Conde⁷⁸- requiere para su existencia dos aspectos: el desvalor de la acción y el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado). Sobre el particular, Jiménez Huerta refiere “la lesión o daño de un bien jurídico concreto y determinado puede ser valorada como lícita, si relacionamos la conducta que lesiona dicho bien o interés jurídico, con otros bienes de mayor alcance y relieve para la vida social, ora por su mayor jerarquía intrínseca –la vida frente a la propiedad-, ora por su mayor trascendencia extrínseca social –la vida de varios frente a la de uno-. Sólo puede ser valorado como antijurídico el hecho que, además de lesionar o poner en peligro bienes e intereses jurídicos, ofende las ideas valorativas de la comunidad nacional o internacional.”⁷⁹

De esta forma, una misma conducta puede revestir el carácter de lícita o ilícita, cuya desaprobación depende del ataque que represente a las condiciones y circunstancias de vida que hacen posible la convivencia humana.

Como quedó apuntado, desde el principio del Capítulo, las normas jurídicas constituyen una declaración de voluntad social en un espacio y tiempo determinado. Lo que significa que el orden jurídico es un instrumento enderezado a reprimir los comportamientos que son contrarios a los intereses sociales. Y en ese sentido, es el mismo orden jurídico el que resuelve cuándo un bien o interés jurídico deberá prevalecer sobre otro en caso de conflicto.

⁷⁸ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 304.

⁷⁹ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p. 238.

En todos los casos en que se lesiona o pone en peligro un bien o interés jurídico para salvar otro de superior rango y valor, no se ofenden los ideales de la comunidad, toda vez que, conforme a las concepciones culturales de ésta, se reputan lícitas las acciones que salvaguardan un determinado interés a cambio de sacrificar otro de menor importancia.⁸⁰

Resultando por esa razón comprensible que, quien en legítima defensa priva de la vida a otro, lesiona el bien jurídico de la vida de su atacante, sin embargo, su comportamiento no es una conducta delictiva, porque conforme a los ideales valorativos actuales de la sociedad, está permitido sacrificar un bien jurídico de igual jerarquía en las circunstancias apuntadas.

Este permiso, a su vez, no significa que la ley penal fomente y menos aún que ordene tal forma de comportamiento, sino que reconoce el derecho que la persona tiene para actuar en la forma en que lo hizo y por eso admite y permite, ante la necesidad y fatalidad de situaciones de conflicto a la que se enfrenta la persona que actúa y en donde el estado no tiene forma de evitarlo de otra manera razón por la cual el derecho, reconociendo tal situación y reconociendo también la necesidad que tiene de procurar la mayor protección y salvaguarda de los bienes jurídicos que tutela, reconoce el derecho de la persona para defenderlos y en una especie de resignación jurídica los admite, en el entendimiento de que forman parte del ámbito de las relaciones de la realidad social que el Estado debe reconocer y regular a través precisamente del derecho, como base del orden social para la convivencia.⁸¹

Siendo esto último un juicio negativo de valor que se endereza hacia la acción o -en palabras de Mariano Jiménez Huerta- la ofensa a ideales valorativos de la comunidad.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 242.

⁸¹ Malo Camacho, Gustavo; Derecho penal mexicano, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005, p. 523.

Concluyéndose de esta forma, que existirá antijuridicidad cuando habiendo adecuación o encuadramiento de una conducta a los elementos del tipo de un determinado delito, no exista a favor del sujeto activo alguna causa de licitud.

Por otra parte, un sector de la dogmática jurídico-penal distingue entre antijuridicidad formal y material. Entendiéndose por lo primero la oposición del comportamiento humano al orden jurídico. Y por lo segundo la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Al respecto, Castellanos Tena indica “el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.”⁸²

Aunque otro sector adopta una posición contraria, negando que frente a la antijuridicidad formal, exista la de carácter material.

Lo antijurídico, es, pues, un concepto integral e inescindible. Resulta totalmente falsa la concepción dualista que, frente a una antijuridicidad formal, sitúa otra material o substancial.⁸³

En síntesis, afirmamos: 1º) No existen dos conceptos de antijuridicidad: la antijuridicidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de la conducta. La antijuridicidad siempre es formal, porque su fundamento (a veces no así su determinación) no puede partir más que del texto legal. 2º) Como lógica consecuencia, tampoco existe un “injusto legal” y un “injusto supralegal”, sino que todos son “injustos

⁸² Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 181.

⁸³ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p 211.

legales” (aunque a veces su determinación, por necesidad de la ley misma, sea extralegal). 3º) De la inexistencia de un “injusto supralegal” se deriva la inexistencia de “causas supralegales de justificación”: que ocasionalmente para la determinación de los permisos (contenido de ejercicio de un derecho) la ley necesite remitirse a las pautas sociales no significa que éstas sean “causas supralegales” de justificación: siguen siendo legales por imperio de la remisión misma. 4º) Estas “necesidades” de remisión de la ley son estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador con la naturaleza de la conducta que quiere prohibir o permitir, la que no le posibilita otro camino. 5º) La validez de las normas y de los preceptos dependerá de que llene todos los requisitos de validez la ley que los contiene: a) Que sea constitucional (además de espacio-temporalmente válida), lo que implica el reconocimiento de la estructura lógica que obliga al legislador a respetar la naturaleza de persona del ser humano; b) Que respete la naturaleza del orden jurídico, esto es, que no se halle en contradicción irreductible con otra norma o normas.⁸⁴

2.2.4. Culpabilidad.

La culpabilidad –apunta Muñoz Conde⁸⁵- es el conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de valor negativo al autor de una conducta típica y antijurídica.

Por su parte, Malo Camacho sostiene: “en estas condiciones, siendo la ley la expresión de la voluntad socialmente deseada para la convivencia y, por tanto, exigida para la consecución de su contenido ético social, es natural que quien se aparta de la misma, se hace acreedor a una determinada respuesta social denominada “sanción” (penas y medidas) que precisamente implican la coercibilidad característica de la norma jurídica, y que en el contenido de la semántica específica del derecho penal aparece recogida bajo la expresión de la

⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. III, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 570.

⁸⁵ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 199.

punibilidad y la pena. Por lo mismo, la persona que comete un injusto, habiendo podido motivarse en la norma, cuando podía hacerlo y le era exigible que así lo hiciera, al manifestar su decisión y disposición de actuar en sentido diverso, contrario al derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado.”⁸⁶

De donde se desprende que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, sin justificación, demanda que de quien lo produjo que enfrente las consecuencias jurídicas que trae aparejadas su afectación. Lo que se logra cuando el injusto puede ser atribuido a su autor, a través de la desaprobación del actuar que se le reclama.

Plascencia Villanueva, define a la culpabilidad, “como el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante, que tenía otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico.”⁸⁷ En tanto que Malo Camacho, establece que la culpabilidad “es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica.”⁸⁸

Como se ve, la culpabilidad se concibe como el juicio de reproche que se hace sobre el autor de una conducta típica y antijurídica.

Las condiciones –apunta Muñoz Conde⁸⁹- que permiten formular un juicio de valor negativo al autor de una conducta típica y antijurídica, están referidas al desarrollo mental, biológico y cultural, que le permiten participar con los demás miembros de la sociedad a la pertenece, en condiciones de igualdad. Agregando que la dogmática jurídico-penal actual es unánime en aceptar que son elementos de la culpabilidad:

⁸⁶ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 522

⁸⁷ Plascencia Villanueva, Raúl; *Teoría del delito*, 3ª reimpresión, Edit. UNAM, México, 2004. p. 158.

⁸⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 521.

⁸⁹ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 363.

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;
- b) La consciencia de la antijuridicidad; y
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

La imputabilidad –indica Castellanos Tena⁹⁰- es concebida como la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Actualmente –según Muñoz Conde⁹¹- la imputabilidad o capacidad de culpabilidad no se reduce únicamente a las facultades intelectivas y volitivas, pues junto a estas existen otras que le permiten al individuo conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas (capacidad de motivación).

La consciencia de la antijuridicidad se traduce en la posibilidad de conocer la prohibición o ilicitud del hecho. En ese sentido, Malo Camacho expresa, “el reproche al autor se explica más que por haber podido actuar de manera distinta a como lo hizo por el hecho de haber realizado una conducta típica y antijurídica, siendo una persona responsable, que vive, se desarrolla e interacciona dentro de un ámbito social, de lo cual está consciente y tiene consciencia que tal vida de relación le impone obligaciones básicas para la convivencia, mismas que son definidas a partir de la conducta social deseada, en función de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad y del respeto al derecho de los demás, como base de la seguridad jurídica para esa misma convivencia.”⁹²

De este modo, la vida en sociedad impone a sus miembros una serie de obligaciones a fin de garantizar la protección de bienes jurídicos

⁹⁰ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 217.

⁹¹ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 372.

⁹² Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 549.

tanto individuales como sociales, situación de la que son plenamente sabedores aquellos que participan con sus semejantes en condiciones de igualdad.

Advirtiendo el mismo autor⁹³, que esto significa que sea necesario un conocimiento exacto del precepto penal infringido o de la pena con que se encuentra sancionado el hecho, siendo suficiente el conocimiento potencial de que su conducta es contraria a las normas más elementales de convivencia.

Por último, el elemento relativo a la exigibilidad de un comportamiento distinto –apunta Garrido Mont⁹⁴-, se refiere a que el autor del injusto hubiere obrado dentro de un amplio margen de libertad, donde tuviera alternativas de elección a fin de no violar la norma jurídica. De ahí, que cuando las circunstancias que rodearon el evento típico y antijurídico eran normales, es procedente reprochar a su autor ese comportamiento.

La exigibilidad de la conducta supone que, sobre la base de la posible exigibilidad de la comprensión del injusto, se observe, también, si a la persona se le puede exigir una determinada conducta, atento a las circunstancias y condiciones concretas en que se encontraba al momento de acontecer el hecho y que lo motivaron a actuar.⁹⁵

Por esa razón, el orden jurídico –establece Muñoz Conde⁹⁶- autoriza que el cumplimiento de las normas jurídicas en las circunstancias que humanamente lo permitan; pues nadie está jurídicamente obligado a lo imposible, quedando exento el individuo del cumplimiento de sus mandatos más allá de lo humanamente posible.

⁹³ *Ibidem*, p. 396.

⁹⁴ Garrido Mont, Mario. T. II, p. 213.

⁹⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Ibidem*, p. 557.

⁹⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Op cit.*, p. 403.

2.2.5. Punibilidad.

La principal consecuencia jurídica –indica Castellanos Tena- que trae aparejada la comisión de un delito es la imposición de una pena para su autor, por esa razón en la dogmática jurídico-penal es generalizada la opinión de concebir a la punibilidad, como el merecimiento de la pena. Definiendo a la punibilidad como “el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.”⁹⁷

Sin embargo, actualmente se considera que es un equívoco considerar que la punibilidad es simplemente el merecimiento de pena. “En efecto, para los efectos de la imposición de las penas, no sólo es necesario que se observe que todo delito es merecedor de una pena, sino que asimismo, se hace necesario observar que, en ese caso concreto, a la persona que ha cometido un delito se le deberá de aplicar la pena, toda vez que existen casos en los cuales aún frente a la presencia de un injusto o delito en sentido estricto (culpabilidad), que conforman juntos los presupuestos de la punibilidad, sin embargo, no se aplica la pena por razones de utilidad social o, lo que es lo mismo, por razones de política criminal, por estimarse que, en ese caso en concreto, no es necesaria la imposición de la pena.”⁹⁸

Por su parte, el reconocido tratadista Zaffaroni expresa “conforme a esta doble valencia -que de ordinario es pasada por alto en el discurso- el delito, por el mero hecho de ser una conducta típica, antijurídica y culpable, es un hecho *punible* porque *merece pena*, aunque ocasionalmente *no sea punible* porque *no pueda imponerse la pena*. Si se tiene en cuenta esta distinción en *merecimiento de pena (Strafwürdigkeit)* y *posibilidad de imponer una pena (Strafbarkeit)*, una conducta con aquellas características, a la que el derecho penal impide la

⁹⁷ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 275.

⁹⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 577.

aplicación de pena, no deja por ello de presentar la nota de merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*), sino –simplemente- que no se le aplica la pena de que es merecedora. Tanto en el plano jurídico como en el óntico, no todo lo que es merecedor de algo recibe efectivamente aquello que se merece (el acreedor es merecedor de ser pagado, pero si no lo es, no por ello pierde el carácter de merecedor del pago). De allí que al merecimiento de pena, como posibilidad efectiva de respuesta estatal para el delito, no se siga necesariamente la aplicación de la pena, porque el estado, en algunos casos, debe inhibirse de ejercer su poder punitivo por no darse el requisito de punibilidad, entendida como la concreta posibilidad de imposición de la pena merecida.”⁹⁹

De este modo, una conducta por el mero hecho de ser típica, antijurídica y culpable, merece que se imponga una pena a su autor, sin que ello signifique que irremediabilmente se le aplicará, de manera automática, precisamente porque existen casos en donde la protección de intereses superiores a los del Derecho Penal la excluyen. Requiriéndose en consecuencia que, además de que el autor del hecho merezca pena, por la comisión de un delito, es menester que su imposición resulte necesaria.

En torno a los aspectos que determinan la necesidad de la pena el reconocido tratadista Roxin sostiene, “en cambio, en los casos de prioridad de finalidades extrapenales, que, como hemos visto, suponen la características comunes a las condiciones de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, hay que afirmar no sólo el merecimiento de pena, sino también la necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de (retro) ceder ante otras finalidades del Estado.”¹⁰⁰

Los aspectos que influyen en la necesidad de la pena no son cuestiones que tengan que ver con los elementos del delito, caso en el que el

⁹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Derecho penal, parte general, Edit. Ediar, Argentina, 2002, p. 879.

¹⁰⁰ Roxin, Claus, Derecho penal, parte general, T. I, Traducción del alemán, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Edit. Civitas, España, 1997, p. 984.

problema se referiría a su merecimiento, sino por el contrario, su origen se sitúa fuera del Derecho Penal, obedeciendo a intereses cuya preservación es preferente a los perseguidos. Así, el mantenimiento del orden familiar, la calidad del autor o circunstancias relacionadas con su persona, entre otros, son circunstancias que llevan al legislador a considerar innecesaria la imposición de la pena.

En síntesis, la punibilidad se traduce en la posibilidad real de aplicación de la pena, en virtud de la eventual existencia de alguna circunstancia que condicione su imposición.

Finalmente, conviene nuevamente recalcar que la punibilidad no forma parte de los elementos del delito, porque puede subsistir prescindiendo de la pena.

2.3. Formas de comisión del delito.

Se ha dicho que el comportamiento humano adquiere relevancia penal no sólo por el fin que persigue, sino por los medios que emplea para ello o por los efectos secundarios que puede causar, pues en la consecución del objetivo o como consecuencia se pueden producir de igual forma efectos socialmente negativos a través de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Ahora bien, que la lesión o puesta en peligro –indica Muñoz Conde¹⁰¹– sea precisamente el fin perseguido, producto de los medios empleados o un efecto secundario, tiene singular importancia, porque ello permitirá establecer si su autor actuó con el firme propósito de producir el resultado típico o bien sí se produjo en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

¹⁰¹ Muñoz Conde, Francisco, y otros, *Op. cit.*, p. 267.

Por su parte, Malo Camacho establece que “siendo el orden jurídico un orden de regulación de la conducta humana, a la vez que un orden de relación social, es evidente que el derecho penal individualiza conductas que prohíbe en sus tipos penales. Éstas pueden ser dolosas o culposas.”¹⁰²

De este modo, cuando el fin del autor coincide con el resultado lesivo, dará lugar a una conducta dolosa, mientras que cuando la afectación es consecuencia de los medios empleados o un efecto secundario, la conducta será de naturaleza culposa. Resultando, por ende, dolo y culpa, formas de comisión del delito.

2.3.1. El dolo.

La coincidencia del fin principal de la conducta –indica Malo Camacho¹⁰³- con la afectación del bien jurídico supone que su autor quiso la producción de ese resultado lesivo, con plena conciencia de su actuar, porque el querer implica el conocimiento, siendo inconcebible que se quiera algo que se desconoce.

Castellanos Tena asegura que “el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.”¹⁰⁴ De este modo, conocer y querer son los componentes esenciales del dolo.

En relación al primer elemento, Malo Camacho sostiene: “para estudiar el contenido de la voluntad es necesario referirse al elemento del conocimiento. En relación con éste, vale distinguir entre el conocimiento en sí y la posibilidad del conocimiento, es decir, el conocimiento efectivo y el conocimiento potencial, el cual, en sentido estricto, es un conocimiento de algo que es susceptible de ser

¹⁰² Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, 429.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 359.

¹⁰⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 239.

conocido, pero que no se conoce.”¹⁰⁵ De este modo, el conocimiento, como primer elemento del dolo, debe ser actual y no uno meramente potencial, aunque no exactamente de cada particularidad o elemento del tipo.

En torno al segundo elemento, Garrido Montt expresa: “el segundo elemento del dolo es la voluntad de concreción del tipo objetivo. Se señaló que por finalidad se entendía no sólo el saber lo que se pretendía, sino la decisión de concretarlo. A esto se hace referencia en el dolo, a esa voluntad de realizar la actividad típica, que se extiende a la decisión de lograr el objetivo, de emplear los medios escogidos y de llevarlo a cabo en todas sus etapas en la forma prevista.”¹⁰⁶

El segundo elemento del dolo, se refiere a la firme voluntad de llevar a cabo los elementos objetos de un determinado tipo penal, sin que el querer – indica Muñoz Conde¹⁰⁷ - se confunda con el simple deseo o móviles que llevan al autor de la conducta a actuar, pues estos últimos conforman lo que se conoce como elementos subjetivos del tipo, diversos al dolo.

Se distingue entre directo (o de primer grado), indirecto (de consecuencia segura o de segundo grado) y eventual. Esta clasificación depende de la coincidencia de la *intención* del sujeto (aquello que precisamente persigue) con el resultado y, secundariamente, de la mayor o menor seguridad que existe en cuanto a la concreción de este último a consecuencia de la acción.¹⁰⁸

En el dolo directo –indica Muñoz Conde¹⁰⁹- el autor quiere la realización del resultado típico, con todas y cada una de sus consecuencias. Y agrega que cuando su autor no quiere la producción de alguna de esas consecuencias, actuará con dolo directo respecto del resultado que quiso producir

¹⁰⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 359.

¹⁰⁶ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 77.

¹⁰⁷ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁸ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 78.

¹⁰⁹ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 272.

y con dolo indirecto del que no quería producirlo, pero tenía plena certeza de que acontecería. Finalmente, en el dolo eventual el autor se representa el resultado típico como probable y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización.

2.3.2. La culpa.

A diferencia de lo que acontece en el dolo –sostiene Malo Camacho¹¹⁰–, en la culpa no existe en su autor la conciencia y voluntad de realizar un resultado típico, sino que el mismo sobreviene por la infracción a un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Sobre el particular, el reconocido tratadista Zaffaroni expresa, “en tanto que la conducta dolosa abarca el resultado típico en su finalidad, en la tipicidad culposa el fin es típicamente relevante sólo por ser necesario para conocer la conducta de que se trata y poder individualizar el correspondiente deber de cuidado, a efectos de determinar si tal conducta fue programada ajustándose al mismo o en forma defectuosa y violatoria de tal deber. Ello obedece a que en el dolo, lo típico es la conducta en razón de su finalidad, y en la culpa lo típico es la conducta en razón del planeamiento defectuoso de la causalidad para la obtención de la finalidad propuesta.”¹¹¹

De donde se desprende que, en el delito culposo, el fin principal de la conducta apunta a la concreción de un objetivo lícito, sin embargo la afectación del bien jurídico se produce como consecuencia de los medios empleados en la consecución del fin o por un efecto secundario de la conducta, siendo por esa situación previsible para su autor la producción del resultado típico. De este modo, la violación del deber de cuidado y la previsión del resultado típico son los elementos que conforman a la culpa.

¹¹⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 429.

¹¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. III, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 389.

El primer elemento del tipo imprudente lo constituye la realización de una acción que infringe el cuidado debido. El derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social. El ordenamiento jurídico interviene para ordenar que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia no querida la lesión de un bien jurídico se observe el cuidado necesario en el tráfico, para evitar dichas consecuencias.¹¹²

Conviene precisar que en el Código Penal no existe un deber de cuidado preestablecido para cada situación, sino que de forma genérica impone a las personas el deber de observar un mínimo de diligencia en todas sus actividades para no lesionar bienes jurídicos. De este modo, el deber de cuidado se determina de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

En ese sentido, Bacigalupo Zapater al ocuparse del deber de cuidado genérico, manifiesta: “el punto de vista objetivo prescinde, en principio, como se dijo, del autor concreto y estima que el cuidado exigido por el deber es el que hubiera puesto un hombre consciente y prudente en la misma situación sin atender a la especial capacidad que pudiera tener el autor.”¹¹³

En torno a la determinación del deber de cuidado, se establece “una vez establecido el fin que el sujeto quería alcanzar, deberá procederse a comparar la acción ensayada al efecto con la ejecución final cuidadosa de la acción exigida por el derecho. De allí en más, la divergencia que arroje la comparación indicada entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico, abrirá o no paso a la

¹¹² García Ramírez, Sergio, y otros; Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, derecho penal y criminología, culturas y sistemas jurídicos comparados, séptimas jornadas sobre justicia penal, Edit. UNAM, México, 2007, p. 441.

¹¹³ Bacigalupo Zapater, Enrique; Manual de derecho penal, 3ª reimpresión, Edit. Temis, Colombia, 1996, p. 214.

afirmación acerca de la infracción del cuidado objetivamente debido, con lo que tendrá lugar la constatación del primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes.”¹¹⁴

Esto significa que partiendo de las circunstancias que rodearon el hecho, se podrá determinar si la conducta observada por el agente quedó por debajo del deber de cuidado que en ese caso específico se necesitaba, pues lo decisivo aquí no es la diligencia observada de hecho en el desarrollo de una determinada actividad, sino el cuidado que sea necesario para evitar lesionar un bien jurídico.

Por otra parte, Bacigalupo Zapater establece que “la definición del deber concreto de cuidado exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Las opiniones se dividen entre los que consideran que el deber de cuidado concreto debe definirse objetivamente, es decir, sin tomar en cuenta las capacidades del autor del hecho, y aquellos que –por el contrario- dan lugar a las capacidades y conocimientos del autor y que proponen por ello un criterio individual.”¹¹⁵

Esto quiere decir, que en la determinación del deber de cuidado debe prescindirse de las capacidades y conocimientos de cada persona, no solamente porque ello iría en contra del principio de que la ley debe ser impersonal, en virtud de que tanto los conocimientos técnicos como los adquiridos por la experiencia varían de una a otra y, por ende, en la determinación del deber de cuidado se tomarían las circunstancias y peculiaridades del agente, sino porque ello equivaldría exigir la observancia de un deber subjetivo de cuidado.

Por lo que ve a la previsión del resultado típico –apunta Malo Camacho-, éste a su vez lo conforman dos elementos, uno de carácter

¹¹⁴ García Ramírez, Sergio, y otros, *Op. cit.*, p. 462.

¹¹⁵ Bacigalupo Zapater, Enrique, *Op. cit.*, p. 214.

cognoscitivo y otro volitivo. El primero se refiere al conocimiento puramente potencial del peligro al que se ve expuesto el bien jurídico, con la realización de determinada conducta. Señalando “este conocimiento potencial, sin embargo, sí es relevante en el caso del delito culposo, porque la ley exige precisamente dicha posibilidad de conocimiento potencial que implica precisamente la previsibilidad o posibilidad de previsión del resultado, cuando se refiere a la posibilidad de prever un resultado previsible, aspecto, éste, que se vincula precisamente con el deber de cuidado, en la medida en que su violación obedece precisamente al hecho de no haber previsto lo que era previsible y no haber prevenido lo que era prevenible.”¹¹⁶

En tanto que el segundo, se refiere a la voluntad de llevar a cabo la acción, sin observar el deber de cuidado necesario en la selección de los medios para realizarla o de los efectos secundarios.

Por otra parte, en el delito culposo –indica Garrido Montt¹¹⁷- se distingue entre culpa consciente e inconsciente; en el primer caso el sujeto se representa el mal o riesgo que enfrenta al realizar la acción, pero confía *en* que no se concretará el peligro. Por su parte Malo Camacho sostiene “se habla de culpa consciente o culpa con representación cuando el sujeto activo se ha representado la posibilidad de producción del resultado, misma que ha rechazado, en la confianza de que, en base a su capacidad, aptitudes personales o habilidades, en su momento podrá evitarlo y que el resultado típico no será producido.”¹¹⁸

Mientras que –continúa señalando Garrido Montt¹¹⁹- cuando el autor ni siquiera ha contemplado que su conducta es un factor de riesgo para el bien jurídico, existirá culpa inconsciente o sin representación. Malo Camacho por su parte refiere “en la culpa inconsciente o culpa sin representación, a diferencia del

¹¹⁶ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 444.

¹¹⁷ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 174.

¹¹⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 448.

¹¹⁹ Garrido Montt, Mاريو, *Op. cit.*, T. II, p.174.

caso anterior, ni siquiera existe el conocimiento efectivo del peligro a los bienes jurídicos, pero sí se da la posibilidad de que el agente hubiera podido representarse ese resultado y, por eso, la validez del concepto del conocimiento potencial a que anteriormente se hacía referencia.”¹²⁰

2.4. Penas y medidas de seguridad aplicables a los sujetos activos del delito.

El objetivo de esta investigación no es el análisis de las consecuencias jurídicas del delito, sin embargo, es conveniente tener presente los conceptos de pena y medidas de seguridad, por lo importante que resulta que los casos de exención de la pena se encuentren correctamente determinados, pues su exclusión es verdaderamente un caso de excepción y como tal debe ser excluida cuando sea realmente necesario. Limitándose en consecuencia la exposición en profundizar sobre los sistemas de sanciones penales y las teorías de la pena.

En torno a las penas y medidas de seguridad Muñoz Conde sostiene “en la Primera Parte de esta obra (Capítulo II) se abordó el planteamiento general de los sistemas jurídico-penales que, como el español, cuentan con penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas diferenciadas. Esta doble reacción frente al problema de la delincuencia es la característica del denominado sistema dualista y, como vimos, se asienta en la diferenciación de las categorías que sirven de fundamento a la aplicación de una y otra consecuencia.”¹²¹ De este modo las penas y medidas de seguridad constituyen la principal reacción jurídico-penal frente a la comisión de un delito. En ese sentido, la imposición de una pena y/o medida de seguridad supone la comisión de un delito.

En torno a la pena, Jiménez Martínez refiere “la pena es una consecuencia que se impone al sujeto que, además de merecerla por haber

¹²⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 449.

¹²¹ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 593.

emitido un comportamiento, típico, antijurídico y culpable, la necesita desde el punto de vista de la prevención general y especial.”¹²² Así, se observa que la pena constituye la privación de un bien jurídico, impuesta por el órgano competente y tiene una doble finalidad: por un lado, castigar la conducta delictiva y, por el otro, llevar a cabo una labor preventiva para a la futura comisión de otros actos delictivos.

Este concepto reconoce que la pena tiene el carácter de castigo, porque su merecimiento se traduce en un juicio de desaprobación de un hecho, pero también que la misma tiene un contenido preventivo general y especial, en el primer caso, como un medio para que los miembros de la sociedad se abstengan de realizar la conducta prohibida y en el segundo persiguiendo la readaptación social de quien ha delinquido. Correspondiendo esta concepción a una posición intermedia entre las teorías que se han elaborado para explicar el sentido y fin de la pena: absolutas y relativas.

Tras estas posiciones –*teorías absolutas y relativas*–, aparentemente irreconciliables, se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales. Esta nueva postura, llamada teoría de la unión, es hoy la dominante.¹²³

Por otra parte, Garrido Montt afirma que “en la actualidad se expresan, cada vez con más frecuencia, opiniones en el sentido de que “al mal se debe responder con el bien. Al delito ha de seguir comprensión generosa hasta el límite máximo. La misericordia produce consecuencias más beneficiosas que el sacrificio. Tales voces no sólo deberían ser escuchadas sino seguidas, porque el perdón de la mujer adúltera relatado en el Evangelio es muy sabio paradigma. Y

¹²² Jiménez Martínez, Javier; Elementos de derecho penal mexicano, Edit. Porrúa, México, 2006, p. 885.

¹²³ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 49.

ello aún teniendo en consideración que si bien la “represión con fines expiatorios es una anacronía”. Y agrega “el sueño de un mundo sin sanciones es una utopía”, sueño que todavía se mantiene en el pensamiento de muchos.”¹²⁴

De donde se desprende que cada vez es más aceptada la idea de concebir a la pena como un castigo, proponiendo nuevas alternativas para evitar en lo posible la privación de algún bien jurídico a la persona que ha delinquido. Sin embargo, hasta ahora es una realidad que el castigo es necesario para mantener las condiciones de vida que hagan posible la vida en sociedad. Tanto que sin la pena, la vida en sociedad, sería actualmente imposible.

Las medidas de seguridad –sostiene Muñoz Conde¹²⁵- son aquellos instrumentos que tienen como objetivo fundamental prevenir la comisión de futuros delitos, reeducando y corrigiendo a la persona que ha delinquido, o bien apartándolo de la sociedad en el caso de que lo primero no sea posible.

Por su parte, Garrido Montt manifiesta que “las medidas de seguridad es el otro medio de reacción del Estado; estas medidas tienen un carácter preventivo especial, pues persiguen que el sujeto que ha cometido un delito no vuelva a cometer otro o que aquél que tiene tendencias a la delincuencia no incurra en comportamientos típicos. De modo que estas medidas no son penas, constituyen otro recurso –diverso a la pena- que el Estado tiene para enfrentar su lucha contra la delincuencia. Y su objetivo es socializar a un individuo peligroso o asegurar que no volverá a incurrir en comportamientos delictivos.”¹²⁶

La diferencia entre penas y medidas de seguridad –indica Muñoz Conde¹²⁷- estriba en los aspectos que toman como base para el establecimiento de cada una, así mientras la pena parte de la culpabilidad del autor de la

¹²⁴ Garrido Montt, Mario; Derecho penal parte general, T. I, Edit. Jurídica de Chile, Chile, 2001, p. 254.

¹²⁵ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, 2002, 53.

¹²⁶ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. I, p. 254.

¹²⁷ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 52.

conducta, la medida de seguridad atiende a la peligrosidad de éste.

El Código Penal para el Distrito Federal hace referencia a las penas y medidas de seguridad en su Título tercero, agrupándolas bajo el rubro de consecuencias jurídicas del delito, donde distingue con claridad los rubros que integran cada una de ellas.

Conforme al artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, son penas:

1. Prisión;
2. Tratamiento en libertad de imputables;
3. Semilibertad;
4. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
5. Sanciones pecuniarias;
6. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
7. Suspensión o privación de derechos; y
8. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Y medidas de seguridad:

1. Supervisión de la autoridad;
2. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
3. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y
4. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

CAPÍTULO III

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

III LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

3.1. Condiciones objetivas de punibilidad.

Se señaló en el Capítulo anterior, que punibilidad significa necesidad de pena, lo que ahora es importante destacar porque existen casos –apunta Malo Camacho¹²⁸- donde se puede estar en presencia de una conducta que en sí misma es merecedora de sanción, pero que se prescinde de ella porque en el propio ordenamiento legal se establece que es innecesaria.

En torno a estas causas que excluyen la posibilidad de imponer pena, Garrido Montt sostiene: “estas circunstancias no integran el tipo penal porque son ajenas al comportamiento mismo; el tipo se limita a describir la conducta prohibida únicamente, sin perjuicio de que la figura penal exija que se cumplan otros supuestos para que se puede aplicar realmente la sanción. Por ello, se afirma que esas condiciones no constituyen elementos que se vinculen con el merecimiento de la pena, sino con la necesidad de la misma; razones de política criminal pueden aconsejar no aplicarla.”¹²⁹

El mismo autor en otra parte de su obra, al ocuparse de la exclusión de la pena, manifiesta: “esto sucede cuando no se dan las circunstancias que hacen posible imponer la pena, que pueden ser negativas –la no concurrencia de excusas legales absolutorias- y positivas, como las denominadas condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad. Ocurre que aunque el hecho es típico, antijurídico y culpable, diversas razones hacen que el ordenamiento jurídico determine que la pena no resulta “necesaria”, lo que sucede cuando no se da una circunstancia positiva o cuando se da una negativa.”¹³⁰

¹²⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 577.

¹²⁹ Garrido Montt, Mario; Derecho penal, parte general. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2001. T. II. p. 249.

¹³⁰ *Ibidem*, 25.

De lo anterior se desprende que entre las circunstancias que impiden sancionar al autor de un delito, se distinguen, por un lado, aquellas que exigen la presencia de algún elemento adicional a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad –*condiciones objetivas de punibilidad*- y, por otro, aquellas que simplemente excluyen la pena –*excusas absolutorias*-. Fundándose ambas circunstancias en consideraciones político-criminales,

Al ocuparse de las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, Jiménez Martínez asegura: “se trata del grupo de casos en los que, razones que tienen que ver con la persona del autor o con algunos elementos que a menudo aparecen en los tipos penales y que se relacionan con el injusto del hecho impiden la imposición de la pena.”¹³¹

De este modo, las condiciones objetivas de punibilidad, junto con las excusas absolutorias, constituyen casos específicos de exclusión de la pena, aun y cuando se encuentren debidamente acreditados todos y cada uno de los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

En torno a las condiciones objetivas de punibilidad –apunta Castellanos Tena¹³²-, se suele equiparar a las condiciones de procedibilidad, alegando que se les denomina de una u otra forma según se sitúe la discusión sobre estos tópicos en el Derecho Penal sustantivo o adjetivo.

Quienes invocan, aunque impropriamente, en cuanto al vocablo condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el aspecto general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal.¹³³

Cuando hablamos de que la punibilidad desaparece, lo hacemos

¹³¹ Jiménez Martínez, Javier, *Op. cit.*, p. 765.

¹³² Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 278.

¹³³ Colín Sánchez, Guillermo; *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 19ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005, p. 320.

pensando en las llamadas “excusas absolutorias”, que son verdaderas causas de impunidad porque no permiten imponer la pena al delincuente, a pesar de haber cometido el delito; y cuando hablamos de requerimiento de ciertos requisitos subjetivos o adjetivos para que la punibilidad se concrete, nos referimos a las llamadas “condiciones objetivas de la punibilidad”, esto es, la necesidad de que se objetivicen ciertas hipótesis para que la pena pueda ser aplicada; condiciones estas que pueden ser de dos tipos: subjetivas y adjetivas.¹³⁴

Esto se debe –expresa el mismo Castellanos Tena- a que entre los tratadistas no existe unanimidad a la hora de establecer una distinción exacta entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad. Señalando “por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad.”¹³⁵

Al respecto el reconocido tratadista alemán Hans-Heinrich Jeschek establece “hay que distinguir entre las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales. En las condiciones de punibilidad se expresa, en cada caso, el grado específico del quebranto del orden jurídicamente protegido, mientras que los presupuestos procesales responden a las circunstancias que se oponen al desarrollo de un proceso penal.”¹³⁶

De donde se obtiene que mientras las concisiones objetivas de punibilidad inciden sobre la necesidad de sancionar, condicionando únicamente la posibilidad concreta de imposición de la pena, las condiciones de procedibilidad afectan la persecución penal de un hecho ilícito, condicionando el inicio del procedimiento.

¹³⁴ Vergara Tejeda, José Moisés; Manual de derecho penal parte general, Edit. Ángel Editor, México, 2002, p. 367.

¹³⁵ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 278.

¹³⁶ Jeschek, Hans-Heinrich; Tratado de derecho penal parte general, Traducción del alemán por José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Edit. Comares, España, 1993, p. 506

En cuanto a las consecuencias jurídicas que acarrea la ausencia de la condición objetiva de punibilidad y condición de procedibilidad exigidas, el tratadista Mir Puig sostiene: “no son condiciones objetivas de punibilidad ni pertenecen al concepto de delito las condiciones de procedibilidad. Éstas no afectan a la existencia de un delito, sino sólo a la posibilidad de su persecución procesal. Al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal.”¹³⁷

La distinción entre condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de procedibilidad adquiere importancia, pues la ausencia de estas últimas obstaculiza la persecución del delito, independientemente de que el hecho sea o no punible, lo que no acontece con las primeras, que por pertenecer al ámbito de los elementos que fundamentan la imposición de la pena, determinan si un hecho es o no punible.

Siguiendo a Hans-Heinrich Jescheck, sostiene que “las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni al de la culpabilidad. Todas ellas constituyen presupuestos materiales de la punibilidad, pero presentan relevantes diferencias entre sí, puesto que, en parte, forman un verdadero grupo específico, y en parte se aproximan a los elementos del tipo. Pese a estas diferencias, se las trata a todas conforme al mismo principio: en lo que atañe a la punibilidad solo interesa el hecho de su concurrencia o no concurrencia, mientras que el dolo y la imprudencia no precisan referirse a ellas. Esto significa que al autor se le castiga si la condición objetiva concurre durante el hecho o más tarde, incluso si su aparición no hubiera podido ser conocida o prevista, pero también que no cabe castigarle por tentativa cuando ha creído en la presencia o aparición de la condición objetiva, siendo así que en realidad faltó

¹³⁷ Mir Puig, Santiago; Derecho penal parte general, 7ª ed., Edit. B de F, Argentina, 2004, p. 178.

o no se produjo.”¹³⁸

Por su parte, Jiménez Martínez define a las condiciones objetivas de punibilidad como “circunstancias o exigencias que se encuentran en relación inmediata con el hecho y que de manera ocasional son establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación y que no pertenecen ni al tipo de injusto ni a la culpabilidad.”¹³⁹

Ahora bien, existen dos clases de condiciones objetivas de punibilidad: propias e impropias. Diferenciándose las primeras de las segundas en que su presencia no determina la punibilidad del hecho, en tanto que las últimas esa es precisamente su función.

Ese es el sentido en que se pronuncia Javier Jiménez Martínez, cuando se ocupa de las condiciones objetivas de punibilidad propias. “Se trata de puras causas de restricción de la pena de un hecho que sería punible si el tipo no requiriera esa condición objetiva de punibilidad.”¹⁴⁰

Mientras que cuando se refiere a las condiciones objetivas de punibilidad impropias sostiene que estas “permiten castigar un hecho que no sería punible según las exigencias generales del injusto.”¹⁴¹

Por otra parte, Garrido Montt advierte que “la doctrina no siempre está de acuerdo en calificar como condición objetiva de punibilidad a todas las circunstancias que se mencionan como tales; se ha llegado a sostener que se ha exagerado el número de ellas. Pero respecto de algunas no hay dudas, como sucede con el efecto “muerte del suicida” en el delito de auxilio, o del “daño o entorpecimiento” del servicio público para que pueda aplicarse la pena más grave

¹³⁸ Jeschek, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 503

¹³⁹ Jiménez Martínez, Javier, *Op. cit.*, p. 771.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 773.

¹⁴¹ *Idem*.

en el caso de la malversación a que se refiere el art. 235.”¹⁴²

Con base en lo anterior, se puede establecer que el tipo penal de encubrimiento por receptación, previsto en el artículo 243 en el Código Penal para el Distrito Federal, es un claro ejemplo de una condición objetiva de punibilidad propia; y el tipo penal de ayuda al suicidio, previsto en el artículo 142 del mismo ordenamiento, de una condición objetiva de punibilidad impropia, sólo por mencionar algunos.

En el encubrimiento por receptación, la adquisición, posesión, desmantelamiento, venta, enajenación, comercialización, tráfico, pignoración, recepción, traslado, uso u ocultamiento de los instrumentos, objetos o productos de un delito, en cuya ejecución no hubiere intervenido el agente, es en sí misma una conducta típica, antijurídica y culpable, pero no es posible castigarla si no está determinado el valor de cambio de dichos objetos, pues para ello es necesario demostrar si excedió o no de quinientas veces el salario, lo que supone que se debe contar con una cantidad fija, en oposición a indeterminada.

Asimismo, en la ayuda al suicida, la sola colaboración en el suicidio de una persona, es de igual forma una conducta típica, antijurídica y culpable, pero no es punible si no se produce la muerte.

El efecto `muerte del suicida´ constituye una condición objetiva de punibilidad, por cuanto se trata de un hecho ajeno al hacer mismo del cooperador, que depende exclusivamente de la voluntad de aquél que pretende poner término a sus días. La cooperación prestada al suicida cuyo intento de quitarse la vida se frustra, si bien es una actividad típica, antijurídica y culpable, no es punible.¹⁴³

¹⁴² Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 250.

¹⁴³ *Idem.*

3.2. Aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad.

La ausencia de la condición objetiva de punibilidad –indica Creus- constituye el aspecto negativo del elemento que nos ocupa y, por ende, genera la exclusión de la pena. Señalando “como ya lo he expuesto, la inexistencia de la condición objetiva requerida en el tipo-figura determina la impunidad del hecho, aunque, manteniendo él su carácter de hecho ilícito, sigue siendo base de la responsabilidad reparatoria en el orden civil.”¹⁴⁴

En el caso del tipo penal de ayuda al suicidio, sí este último no se consuma -condición objetiva de punibilidad-, no se impondrá pena alguna a quien hubiere prestado auxilio para que una persona se privara de la vida.

Como se ve, no es punible la conducta que tipifica como delito el artículo 142 del Código Penal para el Distrito Federal, si no se verifica la muerte de la persona que pretende suicidarse, quedando de esta manera exento de pena la persona que ayude a otra para privarse de la vida.

Y en el caso del tipo penal de encubrimiento por receptación, la indeterminación del valor de cambio del objeto sobre el que recaiga la conducta, producirá de igual forma la exclusión de la pena, al ser la determinación de dicho valor la condición objetiva de punibilidad.

En este caso, el responsable de la adquisición, posesión, desmantelamiento, enajenación, comercialización, tráfico, otorgue o reciba en prenda, recepción, traslado, uso u ocultamiento de los instrumentos, objetos o productos de un delito, después de su ejecución y sin haber participado en él, a sabiendas de esa circunstancia, quedará exento de pena, no porque no sea delictiva su conducta, sino porque no se actualiza la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo de encubrimiento, como es el hecho de que se

¹⁴⁴ Creus, Carlos; Derecho penal parte general, 3ª ed., Edit. Astrea, Argentina, 1992, p. 279.

omita fijar el valor de cambio de los objetos, instrumentos o productos y, por ende, no puede establecerse si es menor o superior a determinada cantidad.

3.3. Punibilidad aplicable.

3.3.1. En los delitos de lesiones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴⁵ ha sostenido que las penas deben guardar relación con el bien jurídico afectado, para evitar precisamente que sean de carácter infamantes, crueles, excesivas, inusitadas, trascendentales o contrarias a la dignidad del ser humano, se observa que el contenido de este principio, es recogido por el Código Penal para el Distrito Federal, en los artículos que sancionan a los delitos de lesiones y homicidio.

En el numeral 130 del citado ordenamiento se prevé la pena aplicable al responsable de lesiones simples, atendiendo a su naturaleza, tiempo de sanidad y consecuencias. Mientras que en los diversos 131, 132 y 134, se prevé la pena aplicable por las circunstancias agravantes que pudieran concurrir con las lesiones, en razón del parentesco o vínculo sentimental entre la víctima y victimario, la minoría de edad o incapacidad de la víctima, los medios empleados, las circunstancias aprovechadas o los motivos que impulsaron al victimario.

Previéndose finalmente en el numeral 133 la pena aplicable al responsable de lesiones cometidas en riña, circunstancia amplificadora del tipo de carácter atenuante, por disminuir notablemente la sanción prevista por el artículo 130, en sus fracciones.

Lógico es suponer que las penas previstas por el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal, se refieren exclusivamente a las lesiones cometidas de manera dolosa, pues las inferidas culposamente se sancionan

¹⁴⁵ Acción de inconstitucionalidad 31/2006.

conforme a lo dispuesto en el numeral 76, precepto que ordena aplicar una cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo básico doloso.

Conviene precisar, que al responsable de lesiones culposas, con motivo de tránsito de vehículos, estando ebrio o intoxicado al momento de cometer el hecho o bien que no auxilie a la víctima o se de a la fuga, la pena aplicable será la prevista en el numeral 140, precepto que ordena aplicar la mitad de las penas previstas en el artículo 130 y no una cuarta parte como corresponde a los delitos de esta naturaleza.

3.3.2. En los delitos de homicidio.

En el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal, se prevé la pena aplicable al responsable de homicidio simple. Sin embargo, cuando es cometido bajo alguna o algunas de las circunstancias amplificadoras previstas en las fracciones del diverso 138 -ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, odio o estado de alteración voluntaria-, la pena aplicable es la prevista en el numeral 128.

En el artículo 129 se prevé la pena aplicable al responsable de homicidio en riña, circunstancia amplificadora de carácter atenuante que disminuye la sanción prevista por el diverso 123, estableciendo una punibilidad de 4 a 12 años. Lo que de igual forma acontece con la pena prevista en el numeral 136, que tiene contemplado una sanción equivalente a una tercera parte de la pena correspondiente al tipo básico.

El homicidio cometido culposamente es de igual forma sancionado conforme a lo dispuesto en el numeral 76, precepto que ordena aplicar sólo una cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo básico doloso.

Cabe hacer aquí la precisión que se efectuó en torno a las lesiones cometidas culposamente, con motivo de tránsito de vehículos, estando el responsable ebrio o intoxicado al momento de cometer el hecho o bien que no auxilie a la víctima o se de a la fuga, pues la pena aplicable para el homicidio ejecutado bajo esas circunstancias, es la prevista en el numeral 140, precepto que ordena aplicar la mitad de las penas previstas en el artículo 123, no la de una cuarta parte conforme al diverso 76.

Finalmente, en los artículos 125, 126 y 127, se prevé la pena aplicable a los tipos especiales de homicidio que se contiene en cada uno de ellos.

3.4. Excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias –expresa Jiménez de Asúa-, también conocidas entre los tratadistas alemanes como causas personales que excluyen la pena, son casos específicos donde al autor de un delito se exime de pena. Su denominación tiene su origen en el Derecho Penal francés, el cual fue adoptado por diversos países latinoamericanos por influencia del Derecho Penal español, y a diferencia de su equivalente en la doctrina alemana, los casos de exclusión que plantea son limitados.

Los franceses tratan también de estas causas de impunidad, denominándolas 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. Así, las excepciones a favor de los sediciosos o rebeldes que se retiran al primer aviso de la autoridad y en pro de los encubridores de parientes próximos.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis; Lecciones de derecho penal, Edit. Harla, México, 1997, p. 289.

La diferencia que existe entre las excusas absolutorias y las causas personales que excluyen la pena, no se limita exclusivamente a su denominación, pues en el Derecho Penal alemán, además incluye los casos de extinción, razón por la que se afirma que las causas de exclusión bajo el rubro de excusas absolutorias es más reducido.

Las excusas absolutorias llamadas así en España se reconocen por los escritores alemanes, aunque no les den este nombre y varíe su repertorio. Franz von Litz las denomina causas personales que liberan de la persona (persönliche Straffreiheitsgründe), Wachenfeld, M. E. Mayer y Köhler las nombran, de consuno, causas personales que excluyen la pena (persönliche Straffausschließungsgründe).¹⁴⁷

De este modo, en el Derecho Penal alemán el indulto, la amnistía y la prescripción de la pretensión punitiva son consideradas causas de exclusión de la pena, junto con los casos que plantean las excusas absolutorias, alegando que las causas personales que excluyen la pena tienen una doble naturaleza, esto es que pertenecen tanto al derecho sustancial como al derecho procesal, al tener como efecto excluir, cancelar o anular la penalidad.

En ese sentido, se pronuncia Hans-Heinrich Jeschek, cuando se ocupa de las excusas absolutorias como causas de anulación de la pena. Asegurando en torno a las causas de extinción de la pena que “el indulto, la amnistía y la prescripción de la persecución penal ofrecen una doble naturaleza: constituyen tanto causas de anulación de pena como obstáculos procesales.”¹⁴⁸

Por su parte, Claus Roxin, aun cuando difiere de la teoría de la doble naturaleza de este tipo de causas que excluyen la pena, incluye en el rubro de causas personales de exclusión de la pena, los casos de extinción de la

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ Jeschek, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 502.

pretensión punitiva, sosteniendo que la falta de necesidad de la pena puede ubicarse tanto en el derecho material (derecho sustantivo) como en el derecho procesal.

Si se reconoce que la falta de necesidad de la pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho material, sino también en el Derecho Procesal, de ahí deriva que es incorrecta la teoría de la “doble naturaleza”, según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho procesal.¹⁴⁹

Opinión que a la que se adhiere Gustavo Malo Camacho, sosteniendo que “entre las causas personales que cancelan la penalidad quedan recogidas también las que por su naturaleza la implican y que aparecen previstas en el Título Quince, intitulado ‘extinción de la responsabilidad penal’, del Libro Primero del Código Penal mexicano. Éstas son las siguientes: muerte del delincuente (artículo 91); amnistía (artículo 92); perdón del ofendido (artículo 93); reconocimiento de inocencia (artículo 94); rehabilitación (artículo 99); prescripción (artículo 100 y siguientes); aplicación de la ley más favorable (117); *Non bis in idem* (artículo 118).”¹⁵⁰

Por otra parte, quienes prefieren hablar de excusas absolutorias, no incluyen en este rubro a las causas de extinción de la pena, señalando que las primeras se distinguen de estas últimas, no solamente porque impiden la aplicación de la pena, sino porque afectan la existencia de la punibilidad, lo que no acontece con las causas que la extinguen, pues destruyen una pretensión punitiva o potestad para ejecutar una pena preexistente.

Sobre el particular Fontán Balestra sostiene: “se distinguen las causas que extinguen la pena, caracterizadas porque destruyen una pretensión punitiva

¹⁴⁹ Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 990.

¹⁵⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 579.

preexistente, de aquellas otras, como las excusas absolutorias, que afectan a la existencia misma de la punibilidad. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible; cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto pudo ser punible.”¹⁵¹

En igual sentido se pronuncia Muñoz Conde, cuando analiza las causas de extinción de la pena *-a las que denomina causas de extinción de la responsabilidad criminal-*, sosteniendo que éstas “se diferencian de las causas de justificación y de exculpación en que no afectan para nada a la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal.”¹⁵²

En México, se observa que la opinión dominante, se inclina por la tendencia que distingue a las excusas absolutorias de las causas de extinción de la pena, lo que se refleja en la obra de diversos tratadistas (Francisco Pavón Vasconcelos, Fernando Castellanos Tena, Javier Jiménez Martínez, entre otros), quienes al referirse a los casos específicos de excusas absolutorias, excluyen a las causas de extinción de la pena.

Se han considerado, con la denominación genérica de "excusas absolutorias", los casos comprendidos en los artículos 138, 151, 280, fracción II, párrafo segundo, 375 y 400, fracción V, segundo párrafo, del Código Penal Federal, a pesar de que algunos de ellos no pueden estimarse, en rigor técnico como auténticas causas de impunidad, o por mejor decir *excusas absolutorias*.¹⁵³

Las excusas absolutorias son, ante todo, casos estrictamente de excepción, donde se exime de pena al responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable, como una medida para proteger intereses de jerarquía superior a la de sancionar por la comisión de un delito, cuyo establecimiento lo

¹⁵¹ Fontán Balesta, Carlos; Derecho penal introducción y parte general, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1998, p. 637.

¹⁵² Muñoz Conde, Francisco y otro, *Op. cit.*, p. 418.

¹⁵³ Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de derecho penal mexicano, parte general, 17ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004, p. 576.

efectúa el propio legislador donde la imposición de la pena resulta innecesaria.

En segundo lugar encontramos, en muchos casos típicos, impedimentos para la punibilidad que constituyen las llamadas *excusas absolutorias*, en los cuales el Estado prácticamente "renuncia" a ejercer en ellos el ius puniendi por consideraciones políticas; es decir: para cumplir finalidades que se consideran prevalecientes (p. ej., mantenimiento del orden familiar, reparación de la ofensa) respecto de la pena, en un caso dado se dispone no aplicarla a determinadas acciones antijurídicas y culpables que responden a la tipicidad. El examen de las excusas absolutorias pertenece a la teoría negativa del delito, por lo que la inexistencia de ellas es un presupuesto de punibilidad.¹⁵⁴

La exención de pena se debe precisamente a circunstancias o condiciones de índole personal del autor del delito, las cuales determinan precisamente que la sanción se vuelva innecesaria, no obstante que su conducta sea merecedora de esta última. Beneficiando, por tanto, la excusa absoluta solamente a las personas que reúnan las condiciones necesarias, en los casos estrictamente contemplados.

Por excusa legal absoluta, se entienden determinadas circunstancias o condiciones de índole personal, comprendidas en la descripción de la figura penal, que no forman parte de la acción y, por lo tanto, del tipo, pero que si concurren, excluyen la aplicación de la pena de un hecho típico, antijurídico y culpable.¹⁵⁵

Ahora bien, la característica fundamental de las excusas absolutorias, es que dejan intacto el contenido delictivo de la conducta, afectando únicamente a la punibilidad. Por eso, con razón en la generalidad de las definiciones, el común denominador es la subsistencia de las categorías del delito –*tipicidad*,

¹⁵⁴ Creus, Carlos, *Op. cit.*, p. 280.

¹⁵⁵ Garrido Mont, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 26.

antijuridicidad y culpabilidad-, como se desprende de las siguientes:

Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.¹⁵⁶

Las excusas absolutorias son causales de impunidad en cuya virtud no obstante concurrir todos los elementos del delito, el derecho deja de imponer pena por razones variables de utilidad pública.¹⁵⁷

Ahora bien, sin desconocer que las excusas absolutorias no tienen como efecto extinguir la pena, porque el hecho de donde derivan nunca fue punible, se reconoce que en algunos casos traen como consecuencia precisamente la cancelación de la sanción, esto es, que un hecho que en algún momento fue punible, pierde ese carácter en virtud de una excusa absoluta. Clasificándose por esa razón en: excusas que excluyen la pena y excusas que la cancelan.

Las excusas absolutorias son fundamentos personales que o bien excluyen la punibilidad o bien levantan la punibilidad por razones de utilidad social.¹⁵⁸

La distinción entre ambas, se erige sobre su existencia previa o posterior a la comisión del delito. En las excusas absolutorias que excluyen la pena, la circunstancia que excluye la pena debe concurrir al tiempo del hecho.

Estas excusas deben darse en el momento de la ejecución del delito, están presentes desde el inicio de la regulación del hecho delictivo.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando, *Op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁷ Jiménez Martínez, Javier, *Op. cit.*, p. 779.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ Jiménez Martínez, Javier, *Op. cit.*, p. 783

Las excusas que cancelan la pena, son circunstancias que se producen con posterioridad.

Estas excusas ocurren con posterioridad a la realización del hecho y tienen el efecto de cancelar la punibilidad.¹⁶⁰

Siempre que en el Código Penal se adviertan las expresiones “no se aplicará pena”, “no es punible”, “no se castigará”, “no se le aplicará la pena” o alguna otra análoga, supone que se está en presencia de una excusa absolutoria y, por ende, se exime de la sanción al responsable. Jiménez de Asúa sostiene que “los penalistas acostumbrábamos a designar como excusas absolutorias un borroso conjunto de eximentes que no habíamos podido alojar en los grupos más exactamente delimitados de causas de justificación, de inimputabilidad y de inculpabilidad. Pero, a medida que se afina el examen dogmático de los problemas, la mayoría de aquellas emigra del grupo heterogéneo y se instala en su justo lugar.”¹⁶¹

Se debe tener presente, que no todos los casos contemplados en la ley, se prescinde efectivamente de la pena en virtud de una excusa absolutoria. En la violación de correspondencia, previsto en el artículo 333 del Código Penal para el Distrito Federal, se contempla una excusa absolutoria, pues establece que no se sancionará a quien, en ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, abra o intercepte la comunicación escrita dirigida a la persona que se halle bajo su patria potestad, tutela o custodia.

Abrir o interceptar la comunicación escrita que está dirigida a otra persona, es constitutivo del delito de violación de correspondencia y como tal, tiene prevista una sanción que va de treinta a noventa días multa. Sin embargo, se prescinde de la misma cuando el responsable ejerza la patria potestad, tutela

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Op. cit.*, p. 292.

o custodia del ofendido. Al respecto, reconocidos tratadistas han señalado que la exención de pena no obedece a la protección de intereses que se antepongan a la de sancionar a una persona por la comisión de un delito, sino al respecto del derecho de dirección y educación.

El segundo grupo contiene auténticas causas de justificación. Las enunciadas bajo el inciso a) *–No se aplicarán las penas previstas para la violación de secretos en caso de apertura o interceptación de cartas o papeles por los maridos, padres o tutores, pertenecientes a sus mujeres, hijos o pupilos que se hallen bajo su tutela o dependencia–*, constituyen formas de ejercicio del derecho de dirección y educación.¹⁶²

Lo que de igual forma acontecía en el encubrimiento por favorecimiento previsto en el artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, dispositivo que en su último párrafo exceptuaba de pena al responsable del ocultamiento del autor de un delito, los efectos, objetos o instrumentos, cuando existiera relación de parentesco o afectiva.

Caso en el que exonerar al responsable tiene su fundamento en una causa de inculpabilidad, ante la no exigibilidad de otra conducta por parte de quien oculta un pariente o persona con la que se encuentre ligado por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

3.4.1. Como aspecto negativo de la punibilidad.

La identificación de las excusas absolutorias como aspecto negativo de la punibilidad, obedece a la consideración de que la penalidad era un elemento más del delito; de este modo, la pena, como elemento positivo, debía tener también un aspecto negativo y se consideró con tal carácter a toda circunstancia que

¹⁶² *Idem.*

impidiera la imposición de la pena, identificando así a las excusas absolutorias, como elemento negativo de la punibilidad.

Y como elemento negativo, las excusas absolutorias determinan la exclusión de la pena, impidiendo la imposición de pena alguna al responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable, aunque dejando intacto el carácter delictivo del hecho que se le atribuye.

CAPÍTULO IV

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

IV LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. En España.

Muñoz Conde indica, que punibilidad es “una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas o los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos.”¹⁶³

Por su parte, Mir Puig, al ocuparse de la punibilidad, expresa “se trata de una característica muy discutida que agruparía a ciertas condiciones positivas (<<condiciones objetivas de punibilidad>>) o negativas (<<causas personales de exclusión de la pena>>, <<excusas absolutorias>>) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirían a la necesidad de antijuricidad y <<culpabilidad>> (aquí, imputación personal).”¹⁶⁴

Como se ve, en España no existe discusión sobre si la punibilidad es merecimiento o necesidad de pena, simplemente se indica que bajo este rubro se agrupa a ciertas condiciones que en algunos casos son exigidos para su imposición. Sobre el particular Muñoz Conde, sostiene “si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de <<penalidad>>, que otros llaman <<punibilidad>>, <<merecimiento>> o <<necesidad de pena>>.”¹⁶⁵

Independientemente que no se distinga entre merecimiento y

¹⁶³ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 416.

¹⁶⁴ Mir Puig, Santiago, *Op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁵ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 416.

necesidad de pena, se puede observar que, cuando la ley exige determinadas condiciones para estar en aptitud de imponerla, estas condiciones se traducen en la posibilidad efectiva de sancionar. Representando por ende, las referidas condiciones –condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena- el aspecto negativo de la punibilidad.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de las condiciones, Mir Puig expresa “su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría la antijuridicidad ni la <<culpabilidad>> (aquí, imputación personal), sino sólo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción (y, a veces, hasta al hecho mismo) o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc.”¹⁶⁶ De donde se desprende, que el establecimiento de las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias obedece a intereses cuya preservación es preferente a la imposición de una pena por la comisión de un hecho que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos.

Las condiciones objetivas de punibilidad, indica Muñoz Conde, “son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena.” Y agrega “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.”¹⁶⁷ De donde se obtiene, que las condiciones objetivas constituyen un elemento adicional a la lesión en sí del bien jurídico para aplicar una pena.

Por otra parte, las excusas absolutorias, apunta Jiménez de Azua, “son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocia pena alguna, por

¹⁶⁶ Mir Puig, *Op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁷ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 417.

razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de impunidad como también las llama Vidal, *utilitates causa*.”¹⁶⁸

Por su parte, Mir Puig, sostiene “el segundo grupo de circunstancias mencionadas (como determinado parentesco en el hurto, en el ejemplo antes mencionado), que impiden castigar a una determinada persona (aquí se habla de <<excusas absolutorias>> y de <<causas personales de exclusión o levantamiento de la pena>>), al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no pueden impedir que subsista su antijuridicidad penal típica.”¹⁶⁹

De este modo, a diferencia de lo que acontece en otros países, como se verá, el aspecto negativo de la punibilidad en España, sólo lo conforman las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, sin incluir las causas de extinción de la pena o condiciones de perseguibilidad.

4.2. En Italia.

Antolisei, respecto de la punibilidad, indica “tal como resulta del significado mismo literal de la expresión, no es otra cosa que la aplicabilidad de la pena, esto es, la posibilidad jurídica de irrogar dicha sanción.” Y agrega “la punibilidad da lugar a una situación jurídica compleja, que se resuelve en dos situaciones simples, de las que la primera es activa y la segunda pasiva. Por un lado el Estado tiene facultad para infligir la pena, esto es, el poder de castigar; por el otro, el reo puede ser castigado, o lo que es lo mismo, es sometible a la pena. Poder estatal de castigar y sometibilidad del reo a la pena (no derecho de castigar y obligación de soportar la pena), por tanto, constituyen los efectos en que se concreta la punibilidad.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Op. cit.*, p. 290.

¹⁶⁹ Mir Puig, Santiago, *Op. cit.*, p. 150.

¹⁷⁰ Antolisei, Francesco; Manual de derecho penal, parte general, traducción por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, 8ª ed., Edit. Temis, Colombia, 1988, p. 523.

Sobresale de lo expuesto por Antolisei, que la punibilidad se traduce en la posibilidad jurídica de imponer la pena; así, pese a que no distingue expresamente entre merecimiento y necesidad de pena, es evidente que esta situación no es, tampoco desconocida. Esto lo pone de relieve el autor al señalar “concebida así la noción de la punibilidad –como consecuencia del delito– observamos que para el nacimiento de ella no basta que se haya realizado una acción prohibida en abstracto por la ley penal; además de ese elemento positivo (la comisión de un delito) se necesita siempre de un factor de carácter negativo, esto es, la ausencia de causas personales de exención de la pena.”¹⁷¹

En ese sentido, al considerar que para la imposición de la pena es menester que no exista alguna causa personal que la excluya, ello demuestra que la sola comisión del delito no produce de manera irremediable su aplicación. Por ende, al condicionar su imposición a un factor ajeno al delito, reconoce de forma implícita que debe de ser también necesaria.

Como ya se adelantó, la ausencia de causas personales de exención de pena, permite que se imponga, lo que revela que las causas conforman el aspecto negativo de la punibilidad. Sin embargo, apunta Antolisei “los dos elementos señalados, es decir, la violación de la ley penal y la ausencia de causas personales de exención de la pena, por lo común, son suficientes para que surja la punibilidad, pero en algunos casos no bastan. En efecto, a veces la ley supedita la punibilidad a un acontecimiento extrínseco al hecho delictivo, como, por ejemplo, cuando para el castigo de la inducción al matrimonio por medio de engaños, impone la anulación de él a causa del impedimento ocultado (art. 558 del C. P.). En este y otros casos similares se dan las denominadas condiciones objetivas de punibilidad.”¹⁷²

De este modo, las causas personales de exención de pena y las

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 524.

¹⁷² *Idem*.

condiciones objetivas de punibilidad conforman el aspecto negativo de la punibilidad. Aunque conviene subrayar que en Italia no se identifica a las causas de exclusión de la pena como excusas absolutorias.

Las causas de exención de pena “en sentido estricto consisten en circunstancias que –a diferencia de las precedentes (causas de inculpabilidad)- no afectan la antijuricidad ni la culpabilidad. Su razón específica de ser consiste en valoraciones de oportunidad acerca de la necesidad o el merecimiento de la pena, según la exigencia de salvaguardar intereses opuestos que, en caso contrario, resultarían lesionados por una aplicación de la sanción en el caso concreto. En consecuencia, tampoco estas circunstancias pueden beneficiar a eventuales concurrentes en el delito.”¹⁷³

Maggiore al referirse a las condiciones objetivas de punibilidad, establece “se trata de una institución introducida en los códigos, porque el Estado, ante algunas trasgresiones, considera oportuno intervenir solamente con la condición de que se siga un determinado resultado, que produzca, a su juicio, un daño particular o alarma social.”¹⁷⁴

4.3. En Alemania.

En relación a la punibilidad, Roxin expresa, “con relativa frecuencia también se distingue entre merecimiento y necesidad de pena, sacando como consecuencia que las condiciones de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad ciertamente no fundamentan el merecimiento de pena, pero sí la necesidad de pena.”¹⁷⁵

De esta manera, el citado tratadista distingue con precisión entre

¹⁷³ Fiandaca, Giovanni, y otro; Derecho penal, parte general, traducción por Pablo Eiroa de la 4ª ed., italiana, Edit. Temis, Colombia, 2006, p. 260.

¹⁷⁴ Maggiore, Giuseppe; Derecho penal, T. I, traducción por José J. Ortega Torres de la 5ª ed., italiana, 2ª ed., Edit. Temis, Colombia, 2000, p. 278.

¹⁷⁵ Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 983.

merecimiento y necesidad de pena, empleando esta última para definir la punibilidad, pues es en este aspecto, en el que inciden las causas de exclusión de la pena y las condiciones objetivas de punibilidad. Expresando el autor sobre el merecimiento y necesidad de pena “conforme a la misma, se dará el `merecimiento de pena´ cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una `posibilidad de punición´); pero una conducta `merecedora de pena´ sólo estará `necesitada de pena´ si se añade una necesidad preventiva de punición.”¹⁷⁶

En ese mismo sentido se pronuncia Jescheck, afirmando “injusto y culpabilidad bastan normalmente como presupuestos de la punibilidad. Existen, sin embargo, casos en los que con ello el merecimiento de pena no queda aún constatado de forma concluyente, y la decisión sobre la punibilidad del hecho sólo se toma atendiendo a elementos que se ubican más allá del injusto y de la culpabilidad. Estos factores adicionales únicamente atañen a la cuestión de la punibilidad cuando pertenecen al Derecho Penal material (derecho sustantivo). Si, por el contrario, se trata de presupuestos procesales o de obstáculos procesales (como la querrela o la amnistía), no resulta afectada la punibilidad, sino la perseguibilidad del hecho.”¹⁷⁷

Este otro tratadista también reconoce que además del merecimiento de pena, en algunos casos es necesaria otra condición para imponerla, que no tiene que ver con los elementos del delito, ni con requisitos de carácter procesal. Y es que, como expresa Roxin, una conducta por el mero hecho de ser típica, antijurídica y culpable, es merecedora de pena, pero ello no significa que reciba efectivamente aquello que merece, porque en algunos casos es menester que la pena resulte además necesaria.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 500.

Como quedó precisado al citar a Jescheck, la imposición de la pena la condicionan elementos que se ubican más allá de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero que tampoco constituyen requisitos procesales. Agregando en cuanto a esos elementos que condicionan la aplicación de la pena “entre los requisitos procesales y los elementos del tipo hay, pues, un grupo de factores que no pertenecen ni a una categoría ni a otra. Son éstos las causas personales de exclusión y anulación de pena (cfr. infra § 52) y las condiciones objetivas de punibilidad (cfr. Infra § 53)”¹⁷⁸

Causas personales de exclusión y la anulación de pena, junto a las condiciones objetivas de punibilidad, conforman el aspecto negativo de la punibilidad. Sin embargo, es preciso destacar que en Alemania las causas que excluyen la pena, además de los casos que entre nosotros son excusas absolutorias, comprenden causas de anulación. Conformando así –expresa Jiménez de Asúa-¹⁷⁹, las causas personales de exclusión de la pena un repertorio más amplio que el de las excusas absolutorias.

En torno a las causas personales de exclusión de la pena, Jescheck expresa, “las excepciones personales de la punibilidad son circunstancias que no afectan ni al bien jurídico protegido, ni a la forma de comisión del hecho, ni tampoco a la actitud interna del autor frente al Derecho. Se encuentran más allá del injusto y de la culpabilidad pero, no obstante, están conectadas con la persona del autor. En los casos en los que concurren estas circunstancias es afirmable en sí mismo el merecimiento de pena del hecho, pero aquí no son sólo decisivos el injusto y la culpabilidad. Más bien, las excepciones especiales de carácter personal tienen por consecuencia que desde un principio esté excluida la necesidad de pena del hecho o que ésta, posteriormente, sea suprimida.”¹⁸⁰

En relación a las causas personales que exceptúan de la pena,

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *Op. cit.*, p. 289.

¹⁸⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 500.

expresa Jescheck, “las causas personales de exclusión de la pena son determinadas circunstancias obstaculizadoras del castigo que deben existir en el momento de la comisión del hecho.” Y agrega “las causas personales de supresión de la pena son aquellas circunstancias que entran en juego tras la comisión de la acción punible y que eliminan retroactivamente una punibilidad ya surgida.”¹⁸¹

En ese sentido, entre las causas personales que exceptúan la pena, se distinguen aquellas que la excluyen y aquellas que la suprimen. En el primer caso se trata de circunstancias que impiden que el delito sea punible, mientras que en el segundo, se trata de circunstancias que anulan la punibilidad del delito.

Por su parte, Roxin, además de la clasificación entre causas personales de exclusión de la pena y causas que la suprimen, distingue en el primer grupo a las causas materiales de exclusión de la punibilidad. “En contraposición a las condiciones objetivas de punibilidad, las causas de exclusión de la punibilidad (o de la pena) son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de la punibilidad. A este respecto es frecuente volver a distinguir entre causas personales de exclusión de la punibilidad, causas materiales (objetivas) de exclusión de la punibilidad y causas de supresión de la punibilidad.”¹⁸²

Sosteniendo que las causas materiales se diferencian de las causas personales, porque en el caso de las últimas la exclusión de la pena sólo surte efectos sobre la persona en quien concurra la circunstancia excluyente, lo que no acontece en el caso de las segundas, pues esta puede ser extensible a los partícipes.

En las causas personales de la exclusión de la punibilidad la exclusión

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 501.

¹⁸² Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 971.

de la pena no afecta a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en cuya persona concorra el elemento excluyente de la punibilidad.¹⁸³

Sobre el particular cabe mencionar que Hans-Heinrich Jescheck, al ocuparse de las causas personales de exclusión de la pena, reconoce que tienen la particularidad de poseer efectos materiales y por esa razón son extensibles a las otras personas diferentes de aquella en la que concurre el elemento excluyente.

Asimismo, la impunidad derivada de informes auténticos de las sesiones parlamentarias (§ 37) (vid. Supra § 19 II 3) constituye una causa personal de exclusión de la pena en la que, no obstante, existe la particularidad de que no es personal, sino que posee efectos materiales y, por ello, también puede beneficiar a los partícipes.¹⁸⁴

Por último, las condiciones objetivas de punibilidad, indica Jescheck, “son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni al de la culpabilidad. Todas ellas constituyen presupuestos materiales de la punibilidad, pero presentan relevantes diferencias entre sí, puesto que, en parte, forman un verdadero grupo específico, y en parte se aproximan a los elementos del tipo. Pese a estas diferencias, se las trata a todas conforme al mismo principio: en lo que atañe a la punibilidad sólo interesa el hecho de su concurrencia o no concurrencia, mientras que el dolo y la imprudencia no precisan referirse a ellas.”¹⁸⁵

4.4. En Cuba.

En relación a la punibilidad, Govea Maceo, expresa “en los últimos años las categorías de merecimiento y necesidad de pena aparecen con frecuencia en la

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Op. cit.*, p. 594.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 504.

literatura penal de varios países, fundamentalmente de Europa, a las que se le hacen mención, como nuevos elementos a tener en cuenta en el Derecho Penal.” Y agrega “las mismas suelen abordarse a propósito de casi todas los temas de la teoría del delito, entre ellos: las condiciones objetivas de punibilidad, las causas de impunidad; la tipología de los delitos, desde los intencionales hasta los culposos; del exceso en la legítima defensa a la tentativa inidónea; de las excusas o eximentes al desistimiento voluntario y del concurso de los delitos a la prescripción de la acción penal.”¹⁸⁶

La distinción entre merecimiento y necesidad de pena es también aceptada en el sistema jurídico cubano. Y al igual que los países donde esta distinción tiene larga tradición, en Cuba se reconoce que “un comportamiento será merecedor de pena en cuanto afecte gravemente, ponga en peligro, estremezca o perturbe la posición de los miembros de la comunidad concebidos individualmente o colectivamente dentro del marco general de las relaciones propias a una sociedad organizada.”¹⁸⁷

En tanto que por necesidad de pena se entiende “que la injerencia penal del Estado sólo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de los marcos propios de una concepción democrática.”¹⁸⁸ De donde se desprende que una conducta por el mero hecho de ser típica, antijurídica y culpable es merecedora de pena, pero ello no significa que reciba efectivamente aquello que merece, en virtud de que en algunos casos es menester que la pena resulte además necesaria.

Entendida la punibilidad como la necesidad de pena, su aspecto negativo lo constituyen las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad. En torno a las primeras –que también es aplicable a las segundas- se

¹⁸⁶ En <http://www.monografias.com/trabajos75/principio-merecimiento-necesidad-pena.shtml#lascategoa> (11 de noviembre de 2010)

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ *Idem.*

ha establecido “la ley penal no es jamás dictada en contra de los sentimientos de los hombres, ningún código puede pretender quebrantar las leyes de la naturaleza, su obligación por el contrario es robustecerlas, ampararlas y protegerlas en cuanto fuere posible. De ahí la existencia de las llamadas Excusas Legales Absolutorias. Las mismas, se establecen en diferentes figuras delictivas que nada tienen en común ya que son diversas las razones que sirven al fundamento.”¹⁸⁹

Las excusas legales absolutorias –apunta Prieto Morales¹⁹⁰- eximen de sanción al agente comisor (sic) por motivos de política penal y en todos los casos donde se manifiestan se configura el delito y su autor, pero no hay sanción, a diferencia de los dos grupos esenciales de eximentes, las causas de justificación, en que, aunque oficialmente existe un hecho aparentemente delictivo, no hay delito y las causas de inimputabilidad, en las cuales, aunque existe el delito no hay delincuente. De este modo, las excusas absolutorias son casos de excepción, donde se exime de pena al responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable, porque la imposición de la pena provocaría inconvenientes superiores a las ventajas de su imposición.

Finalmente, en torno a las condiciones objetivas de punibilidad – distinguiéndolas de las causas de exclusión de la pena- se indica “las excusas legales absolutorias, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad de cuyo cumplimiento depende la perseguibilidad y punibilidad del delito, excluyen la sanción y guardan estrecha relación con los tipos delictivos que se refieren.”¹⁹¹ De donde se desprende que en el Derecho Penal cubano se equiparan las condiciones objetivas de punibilidad a las condiciones de procedibilidad, sin distinguir que las primeras influyen sobre la necesidad de sancionar, mientras las segundas afectan la persecución penal de un hecho ilícito.

¹⁸⁹ En <http://www.monografias.com/trabajos82/excusas-legales-absolutorias/bis.shtml> (11 de noviembre de 2010)

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ *Idem.*

4.5. En Argentina.

Zaffaroni expresa “la punibilidad, entendida como merecimiento de penalidad (Srafwürdigkeit) nunca puede escindirse del delito, pero la punibilidad entendida como posibilidad jurídica de hacer efectiva la penalidad que el delito merece (Strafbarkeit) es un problema que debe resolverse en el ámbito mismo de la penalidad, es decir, en el núcleo central de la teoría de la coerción penal.”¹⁹² De donde se obtiene, que el citado tratadista concibe a la punibilidad como la posibilidad efectiva de aplicar una pena.

En ese mismo sentido se pronuncia Garrido Montt¹⁹³, quien al referirse de las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, sostiene que éstas conforman un rubro que no está vinculado con el merecimiento de pena, sino con su necesidad. En consecuencia, al ser las excusas absolutorias el aspecto negativo de la punibilidad, el autor reitera que la punibilidad se traduce en la posibilidad efectiva de aplicar una pena. Y es que, como quedó apuntado cuando me ocupé de Alemania, necesidad de pena es una expresión que se emplea como equivalente de posibilidad de punición.

Por otra parte, apunta Zaffaroni que “la consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos caracterizado como `pena`. No obstante, puede acontecer que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal, porque el derecho determine que ella no debe operar en ese supuesto, pese a la existencia del delito. Se trata de un grupo de casos de excepción, en que la coerción penal carece de operatividad por razones que unas veces corresponden al Derecho Penal y otras se hallan fuera de él, en el campo del Derecho Procesal Penal.”¹⁹⁴

¹⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. V, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 117.

¹⁹³ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 249.

¹⁹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. V, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 11.

Conviene apuntar que en Argentina, al igual que en Alemania, el aspecto negativo de la punibilidad, no sólo está representada por causas de exclusión de la pena, sino también por aquellas que la cancelan. Estableciéndose por ello, que los casos de operatividad penal, se localizan tanto en el derecho sustantivo, como en el adjetivo. De esta forma, expresa Zaffaroni “las causas que impiden la respuesta penal estatal son, (a) penales (personales), (a) que excluyen la punibilidad (ej. art. 185, CP) y, (b) que cancelan la punibilidad (prescripción, art. 65; indulto, art. 68; perdón, art. 69 y casos especiales, como por ej. el art. 132 de la ley 25.087) y (b) procesales -ausencia de perseguibilidad- (para ciertos delitos, para ciertas acciones privadas o de instancia privada y extinción de la acción penal, art. 59 del CP).”¹⁹⁵

Por su parte, Garrido Montt, al referirse a las circunstancias que excluyen la posibilidad de imponer la pena, manifiesta “se señaló en su oportunidad que en ocasiones, siendo la conducta del sujeto típica, antijurídica y culpable, no era posible la aplicación de la pena, en atención a ciertas circunstancias que excluían la posibilidad de imponerla (excusas legales absolutorias), o a la no concurrencia de otras que determinadamente exige la ley para hacer factible su imposición (condiciones objetivas de punibilidad y condiciones de procesabilidad).”¹⁹⁶

Finalmente, Fontán Balestra apunta “cometido un hecho con todas las características subjetivas y objetivas de un delito, la ley contiene aún disposiciones por las cuales la pena amenazada para el hecho no resulta aplicable. Estas previsiones son de distinta naturaleza, según que impidan que la sentencia condenatoria pueda dictarse o bien que se cumpla la pena aplicada al reo por sentencia firme.” Y agrega “se distinguen las causas que extinguen la pena, caracterizadas porque destruyen una pretensión punitiva preexistente, de aquellas otras, como las excusas absolutorias, que afectan a la existencia misma

¹⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho penal, parte general, 2ª ed., Edit. Ediar, Argentina, 2002, p. 880.

¹⁹⁶ Garrido Montt, Mario, *Op. cit.*, T. II, p. 249.

de la punibilidad. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible; cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto *pudo* ser punible.”¹⁹⁷

De este modo, el aspecto negativo de la punibilidad en Argentina, lo conforman tanto las excusas absolutorias, como las condiciones objetivas de punibilidad en su aspecto negativo, las condiciones de procedibilidad y las causas de extinción de la pena.

4.6. En Colombia.

La punibilidad –indica Reyes Echandía- “es, pues, un fenómeno jurídico que emana del Estado como reacción a comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones y que se manifiesta en dos momentos: el legislativo, por medio del cual se crea la sanción y el judicial, que cumple la tarea de imponerla en concreto.”¹⁹⁸ Conforme a ésta definición, la punibilidad es concebida solamente como el merecimiento de pena, pues la previsión de un hecho como delito que realiza el legislador, constituye un juicio de desaprobación, digno de que se castigue con una pena.

En torno al aspecto negativo de la punibilidad, Reyes Echandía, manifiesta “hemos estudiado hasta ahora el aspecto positivo de la punibilidad, vale decir, los fenómenos que la configuran y sus diversas manifestaciones jurídicas. En este capítulo analizaremos su aspecto negativo, que denominaremos impunidad.” Y agrega “la impunidad comprende, pues, el análisis de todos aquellos fenómenos que tienen la virtud de impedir que se haga efectiva la potestad sancionadora del Estado.”¹⁹⁹

Por su parte, González Amado, apunta “bajo este nombre –causas que

¹⁹⁷ Fontán Balestra, Carlos, *Op. cit.*, p. 637.

¹⁹⁸ Reyes Echandía, Alfonso; *Obras completas*, T.III, Edit. Temis, Colombia, 1998, p. 187.

¹⁹⁹ *Idem.*

excluyen la punibilidad- se conocen todas aquellas causas que, por disposición de la ley, impiden al juez aplicar la pena que correspondería a quien ha sido declarado responsable de un hecho punible.”²⁰⁰

Las causas de impunidad –continúa Reyes Echandía²⁰¹- son de dos grandes categorías, a saber: las que excluyen la potestad punitiva y aquellas que la extinguen. Indicando Gómez Amado, “ellas pueden estar reguladas tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimiento Penal o en leyes especiales y, por regla general, son establecidas de manera particular para casos específicos, por razones de política criminal que pueden atender a la forma como se ha cometido el hecho punible, a la afectación del bien jurídico o al daño sufrido por el agente del hecho punible.”²⁰²

Como se podrá observar, al igual que en Alemania, Italia y Argentina, las causas de impunidad en Colombia no se limitan a aquellas que excluyen la pena, comprendiendo también a las causas que la extinguen.

En relación a las causas que excluyen la punibilidad, Reyes Echandía indica “con este nombre designamos todos los casos en que, a pesar de haberse realizado conducta punible de la cual el sujeto debiera responder, el Estado decide no imponer la sanción penal que normalmente correspondería, por razones que podrían genéricamente calificarse como de política criminal.”²⁰³ De este modo, las causas que excluyen la pena constituyen el fundamento que el legislador consideró para que al responsable de un delito, a pesar de haberlo integrado en su totalidad con su conducta, no se le imponga pena.

Por otra parte, junto a las causas que excluyen la pena, existen aquellas que la extinguen, es decir que retroactivamente eliminan la punibilidad,

²⁰⁰ González Amado, Iván, y otros; Lecciones de derecho penal, parte general,

²⁰¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 187.

²⁰² González Amado, Iván, y otros, *Op. cit.*, p. 419.

²⁰³ Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, p. 187.

suprimiéndola. “Con este nombre –expresa Reyes Echandía- se conocen aquellos fenómenos cuya presencia tiene la virtud de extinguir la potestad punitiva del Estado, de tal manera que una vez reconocidos inhiben a la rama jurisdiccional del poder público para pronunciarse sobre la responsabilidad penal del sindicado o para hacer efectiva la sanción impuesta, según el caso.”²⁰⁴ Incluyendo esta categoría a todas las causas de extinción de la pena, que en otros países se refieren a cuestiones que tienen que ver exclusivamente con la persecución procesal del delito.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 194.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

V ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL GRADO DE PARENTESCO Y AMISTAD EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 139 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

5.1. Las lesiones producidas con motivo del tránsito de vehículos.

En torno a la relevancia que ha cobrado el delito culposo, Edgardo Alberto Donna sostiene “el delito imprudente hasta hace relativamente poco tiempo se encontraba al margen del Derecho Penal, dedicado básicamente al delito doloso. El delito imprudente, calificado más como delito civil, no había tenido mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Penal hasta que el progreso tecnológico, la revolución industrial del siglo XIX, abrió las puertas de la legislación punitiva a este tipo de injustos.”²⁰⁵

Las lesiones producidas bajo la circunstancia apuntada, son generalmente resultado de un comportamiento culposo, por el riesgo que representa para la vida e integridad corporal de las personas, el solo funcionamiento de los vehículos automotores; siendo muy reducido el número de casos, donde de manera dolosa, se atenta contra uno u otro bien jurídico, con motivo del tránsito vehicular.

Sin desconocer que la integridad corporal puede lesionarse de forma dolosa o culposa en el tráfico automovilístico, mi atención se centra exclusivamente en la segunda forma, en virtud de que la causa de exclusión de la pena, conforme al artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, tiene como presupuesto dicha forma de comisión.

De lo expuesto en el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que el ordenamiento se ocupa del delito culposo en su

²⁰⁵ Donna, Edgardo Alberto; Derecho penal, parte especial, T. I, Edit. Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 2001, p. 104.

parte general, proporcionando –indica Fontán Balestra²⁰⁶- una noción válida para todos los delitos que pueden cometerse en esa forma, sin necesidad de tipificar paralelamente al tipo doloso de cada uno de ellos, el de naturaleza culposa.

“ARTÍCULO 130. Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán:

I. De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;

II. De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;

III. De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;

IV. De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara;

V. De tres a cinco años de prisión, cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro;

VI. De tres a ocho años de prisión, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y

VII. De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida.”

²⁰⁶ Fontán Balestra, Carlos, *Op. cit.*, p. 340.

Este artículo contempla el delito de lesiones doloso y paralelamente no existe algún otro que prevea la forma de realización culposa. Tarea que le concierne al diverso 18, párrafo tercero, numeral donde a través de una regla general, prevé la realización culposa, para todos los delitos legalmente compatibles con esa forma de comisión.

“ARTÍCULO 18 (...)

(...)

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.”

Preceptos de los que se obtiene que el delito de lesiones culposos, tiene como elementos, los siguientes:

1. La violación de un deber de cuidado.
2. El daño o alteración de la salud.
3. La relación de causalidad entre ambos elementos.
4. La previsión o ausencia de previsión del resultado, según el caso (culpa con representación o sin representación).

1. La violación de un deber de cuidado.

Zaffaroni²⁰⁷ sostiene que en el delito culposos, la conducta permanece indeterminada, definiéndose la misma frente a cada caso concreto, lo que se puede observar en el artículo 18, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, el cual no establece un deber de cuidado específico, orillando que éste se

²⁰⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho, penal parte general, T. III, Edit. Ediar, Argentina, 1980, p. 383.

determine frente al caso concreto.

En la conducción de vehículos automotores, se prohíbe fundamentalmente que ésta actividad se desempeñe de manera descuidada; siendo muy variada la forma en que se puede causar lesiones con motivo del tránsito de vehículos.

El 90% de los accidentes de tránsito son provocados por falta de precaución en el manejo de los vehículos, imprudencias, impericias, alcoholismo, drogadicción, impulsividad, excitación nerviosa, fatiga por falta de sueño, desprecio para las señales de tránsito relativas a preferencias de paso, altos al cruzar calles o avenidas, rebasamiento de vehículos invadiendo sus zonas de circulación, intempestivos frenazos y mal estado de los motores o de los frenos.²⁰⁸

En algunas resoluciones judiciales se ha dicho que el deber de cuidado en la conducción de vehículos, se refiere a la obligación que tiene todo conductor de "...tomar las medidas necesarias para conducir con base en la experiencia, capacidad, pericia, reflexión y condiciones físico mentales..."²⁰⁹

La determinación del deber de cuidado infringido en el caso concreto, se establece de modo objetivo, independientemente de los conocimientos y capacidad de cada persona.

Finalmente, la violación del deber de cuidado se determina comparando la conducta efectivamente realizada con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta²¹⁰, pues lo decisivo en el delito culposo de lesiones, es que la acción realizada hubiere quedado por debajo del cuidado exigido para evitar la alteración de la integridad corporal.

²⁰⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. II, p. 56.

²⁰⁹ Contradicción de criterios CC-3/2008.

²¹⁰ Bacigalupo Zapater, Enrique, *Op. cit.*, 214.

2. El daño o alteración de la salud.

Partiendo de que la integridad corporal –expresa Jiménez Huerta²¹¹- puede afectársele anatómica y funcionalmente, el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal, distingue ambos tipos de afectación en el delito de lesiones y reconoce que daño es el menoscabo anatómico; mientras que alteración de la salud es el menoscabo funcional.

Es ampliamente aceptada la opinión que sostiene que la integridad personal puede dañarse de manera anatómica y funcional, entendiendo por daño anatómico el deterioro o merma en la estructura o componentes orgánicos, externos o internos, del cuerpo humano. En ese sentido Donna sostiene “por daño en el cuerpo cabe entender a toda alteración en la estructura física del organismo. Se afecta la anatomía del cuerpo humano, pudiendo tratarse de lesiones internas (ruptura de órganos o tejidos internos) o externas (cortaduras visibles, mutilaciones, contusiones, quemaduras, pigmentaciones en la piel, etc.”²¹²

Y por daño funcional (alteración de la salud) – indica el mismo autor- el menoscabo del funcionamiento normal del cuerpo humano. Señalando que “daño en la salud, es toda alteración en el funcionamiento del organismo de la persona. La lesión no se refiere al aspecto anatómico sino fisiológico del ser humano.”²¹³

En ese sentido, considerando el peligro que representa su solo funcionamiento, lógico es que la conducción en forma descuidada de un vehículo automotor, sea un factor de riesgo para la integridad corporal, la que puede verse afectada tanto anatómica como funcional.

²¹¹ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. II, p. 269.

²¹² Donna, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 135.

²¹³ *Ibidem*, p. 137.

3. La relación de causalidad entre el daño o alteración de la salud y la violación del deber de cuidado.

La causalidad en el delito culposo –apunta Bacigalupo Zapater²¹⁴- requiere que la relación entre conducta y resultado esté elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no sólo naturales. Concluyendo de este modo Muñoz Conde ²¹⁵ que además de la imputación en el plano puramente causal del daño o alteración de la salud a la violación del deber de cuidado, es fundamental que el resultado sea objetivamente imputable a la conducta.

El tránsito de vehículos es un caso especial entre los factores de riesgo para la integridad corporal y otros bienes jurídicos, porque no sólo impone deberes a quienes desempeñan la actividad de conducción, sino además a las personas que se benefician de las ventajas que globalmente proporcionan a la vida en sociedad, existiendo derechos y obligaciones recíprocas, que en el caso de violación de una obligación a cargo de uno de ellos, eximirá de su cumplimiento a quien le correspondía la obligación recíproca.

De esto modo, no será atribuible el daño o alteración de la salud de los ocupantes del vehículo que impactó, pese a que transitaba a una velocidad superior a la reglamentaria en ese lugar, el conductor del vehículo que atravesó la intersección, amparado por la luz verde del semáforo, produjo la colisión cuando el otro vehículo que transitaba en sentido contrario por el carril contiguo, viró para incorporarse a la vía por donde transitaba, existiendo señalamiento que prohibía precisamente esa maniobra.

No existirá en este caso –siguiendo a Bacigalupo Zapater²¹⁶- relación de causalidad entre el resultado y la conducta, por el hecho de que el primero de

²¹⁴ Bacigalupo Zapater, Enrique, *Op. cit.*, p. 271.

²¹⁵ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 291.

²¹⁶ Bacigalupo Zapater, Enrique, *Op. cit.*, p. 215.

todos modos se hubiera producido aunque el activo del delito hubiera puesto el cuidado exigido, precisamente por la confianza de que los demás cumplirán con los deberes de cuidado a su cargo.

Como ya se dijo, la causalidad en el delito culposo requiere que la relación entre conducta y resultado, se funde sobre consideraciones jurídicas y no sólo naturales, resultando por eso necesario que las teorías de la causalidad sean complementadas con los criterios de la teoría de la imputación objetiva –*el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la posición de garante y la realización del riesgo*-, para resolver los casos más complejos y difíciles que suelen presentarse en el delito imprudente.

4. La previsión o ausencia de previsión del resultado, según el caso (culpa con representación o sin representación).

Partiendo de que el resultado típico se produce por la violación de un deber de cuidado, es claro que se verifica porque el responsable no se representó su producción, sin embargo, para establecer si debía representarse el resultado, previamente debe determinarse si se encontraba en posibilidades de hacerlo, conclusión que deriva de la exigencia de que el resultado típico sea además previsible.

De este modo, la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea a determinados bienes jurídicos y de prever el resultado conforme a ese conocimiento, responde al principio de que nadie está obligado a lo imposible y, por ende, es atípica la conducta, cuando el resultado está más allá de la capacidad de previsión humanamente posible o cuando el responsable esté en una situación de error de tipo invencible.

Bastando en consecuencia, la mera posibilidad de representación del resultado típico, para que la acción que importe la violación de un deber de

cuidado actualice un delito culposo, tanto en la culpa con representación, como en la culpa sin representación, pues éstas constituyen sólo modalidades de la culpa y no grados de gravedad.

En el tránsito de vehículos, es casi imposible para quien realiza la labor de conducir, salvo limitadas ocasiones, que no pueda representarse la producción del resultado típico, porque el solo funcionamiento de un vehículo automotor es ya un riesgo para las personas y las cosas, resultando por ello posible que pueda anticiparse en la mente el curso y desarrollo de conducir un vehículo sin extremar precauciones.

5.1.1. Clasificación de las lesiones.

En virtud de que las lesiones pueden importar un daño anatómico o funcional en el ser humano *-salud física y mental-*, la primera clasificación es precisamente la que distingue alteraciones en la estructura física, de alteraciones en el funcionamiento del organismo.

Clasificación que es retomada por la que divide a las lesiones en: levísimas, leves, graves y gravísimas, pues cada uno de estos rubros se encuentra constituido por alteraciones anatómicas y funcionales, agrupadas en función de la intensidad del daño producido.

Así, se puede establecer –siguiendo lo expresado por Jiménez Huerta²¹⁷- qué son lesiones:

- *Levísimas*. Aquellas que importan una ligera alteración anatómica o funcional de una persona, sin que pongan en peligro su vida, precisamente porque el tiempo de curación no es un factor que determine su escasa importancia.

²¹⁷ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. II, p. 276.

- *Leves*. Al igual que las levísimas, importan una ligera alteración anatómica o funcional y no ponen en peligro la vida, sin embargo, requieren de un tiempo de curación prolongado por ser de una intensidad superior el daño producido.

- *Graves*. Aquellas que importan la disminución de alguna función orgánica o una alteración anatómica de singular importancia.

- *Gravísimas*. Aquellas que importan la pérdida de una función orgánica, una alteración anatómica sustancial o que pongan en peligro la vida.

Como se ve, la intensidad del daño producido, es el factor que distingue a las alteraciones anatómicas o funcionales en levísimas, leves, graves y gravísimas. Ubicándose dentro de las primeras las alteraciones que tardan en sanar menos de quince días (artículo 130, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal). En las lesiones leves, las alteraciones que tardan en sanar más de quince días y menos de sesenta, así como las que requieren de un tiempo de curación superior (artículo 130, fracciones II y III del Código Penal para el Distrito Federal).

En las lesiones graves, independientemente del tiempo de curación, se ubican las alteraciones anatómicas que dejen cicatriz permanentemente notable en la cara (artículo 130, fracción IV del Código Penal para el Distrito Federal); así como las alteraciones funcionales que importen la disminución de una facultad o el normal funcionamiento de un órgano o un miembro (artículo 130, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal).

Finalmente, en las lesiones gravísimas, con independencia del tiempo de curación, se localizan las alteraciones anatómicas que importen una deformidad incorregible; así como las alteraciones funcionales que importen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano, de una facultad o el contagio de una enfermedad incurable; incluyéndose en este grupo

las alteraciones que por su intensidad sean un factor de riesgo para la vida (artículo 130, fracciones VI y VII del Código Penal para el Distrito Federal).

5.2. La privación de la vida con motivo del tránsito de vehículos.

El delito de homicidio es tipificado por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 123, precepto donde se indica que privar de la vida a otro es una conducta prohibida y amenaza con una pena su realización, sin embargo, la descripción que en este numeral se localiza responde exclusivamente a la forma de comisión dolosa, pues se observa que la conducta es individualizada por la finalidad, lo que es incompatible con la realización culposa del homicidio, donde la privación de la vida se produce por la violación de un deber de cuidado.

Lo que significa que la conducta que condiciona la privación de la vida, sólo es determinable frente a cada caso concreto, conforme a lo dispuesto en el artículo 18, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal, numeral, que como ya se dijo, a través de una regla general, prevé la realización culposa, para todos los delitos legalmente compatibles con esa forma de comisión.

“ARTÍCULO 18 (...)

(...)

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.”

“ARTÍCULO 123. Al que prive de la vida a otro (...)

Preceptos de los que se obtiene que el delito de homicidio culposo, tiene como elementos, los siguientes:

1. La violación de un deber de cuidado.
2. La privación de la vida.
3. La relación de causalidad entre ambos elementos.
4. La previsión o ausencia de previsión del resultado, según el caso (culpa con representación o sin representación).

Por lo que ve a los elementos uno, tres y cuatro, le son aplicables los comentarios realizados en sus correlativos en el subtítulo de lesiones con motivo del tránsito de vehículos en el presente Capítulo, por lo que en obvio de repeticiones innecesarias se tienen aquí por reproducidos.

Así, la violación del deber de cuidado, se determina comparando la conducta efectivamente realizada con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta, de modo que si la acción realizada hubiere quedado por debajo del cuidado exigido importará la violación a un deber de cuidado. En la inteligencia de que en la determinación del deber de cuidado, se establecerá sin tomar en consideración los conocimientos y capacidades individuales.

En torno a la causalidad, es también necesario que la muerte sea objetivamente imputable a la violación del deber de cuidado, independientemente de que quede demostrada en el plano puramente causal, recurriendo a los criterios que propone la teoría de la imputación objetiva –*el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la posición de garante y la realización del riesgo*–.

Finalmente, es también necesario determinar si quien privó de la vida a una persona, en virtud de la violación de un deber de cuidado, se encontraba en posibilidades de representarse ese resultado.

Quedando pendiente únicamente lo relativo al segundo elemento –*b) la privación de la vida*–. Privar de la vida tiene una doble connotación, por un lado,

hace alusión a la conducta y, por otro, al resultado. Así, tenemos que dicho elemento se refiere específicamente al actuar del agente mediante el cual origina la muerte de otra persona; pero también al fallecimiento concreto de esa persona.

Privar de la vida –sostiene Edgardo Alberto Donna- “se puede definir como la causación de la muerte de otra persona física, si bien parte de la doctrina también afirma que la acción de matar consiste en acortar la vida de otro, esto es adelantar la muerte en el tiempo. De todas formas, ambas ideas expresan sustancialmente la misma cosa.”²¹⁸

En el delito de homicidio el bien jurídico tutelado es la vida, sin embargo para diferenciarlo de los otros delitos que también protegen este bien jurídico –*aborto*- conviene precisar a partir de qué momento es objeto de protección por el homicidio y hasta cuándo deja de serlo.

Al respecto, Jiménez Huerta sostiene “la vida humana es en él –*homicidio*- protegida desde el momento del nacimiento hasta el instante de la muerte, con independencia de las particularidades biológicas y fisiológicas en que se encuentre el sujeto que es titular de dicho bien jurídico.”²¹⁹ De esta forma, el inicio lo marca el nacimiento y su fin la muerte.

La vida como bien jurídico tutelado en el homicidio, se refiere al funcionamiento del complejo orgánico del ser humano, no al de cada uno de sus órganos en particular. Por tanto, “no habrá vida humana cuando el complejo orgánico haya dejado de funcionar como tal, aunque algunos órganos sigan haciéndolo autónomamente; pero sigue existiendo vida cuando dicho complejo funciona precariamente, aunque haya cesado el funcionamiento de algunos de los órganos que lo componen.”²²⁰ De esta manera, para que exista vida es necesario que los órganos que componen al ser humano, se encuentren

²¹⁸ Donna, Edgardo Alberto, *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁹ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. II. p. 28.

²²⁰ Creus, Carlos; Derecho penal, parte especial, T. I, 6ª ed., 1ª reimpresión, Edit. Astrea, Argentina, 1997, p. 7.

funcionando en su conjunto, no de forma individual.

En relación a los medios de que puede valerse el agente para privar de la vida a su víctima, no existe limitación alguna, lo que significa que cualquiera puede ser empleado para alcanzar ese fin, basta que sea idóneo para producir la muerte. “El tipo de homicidio plasmado legislativamente en el artículo 302 no hace mención a medios, modos o formas de producir la privación de la vida misma. En su pensamiento quedan comprendidas abstractamente y latentemente todas las conductas que, cualquiera que fuera el modo en que contradigan la norma, implican privación de una vida.”²²¹

Aunque los medios regulares utilizados para su comisión son las armas de fuego, armas blancas e instrumentos contundentes *–entre éstos las manos, los pies o cualquier otra parte corporal–*.

5.3. Presupuesto de la excusa absolutoria con motivo del tránsito de vehículos.

El artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal exime de pena al responsable de lesiones u homicidio culposo cometido en agravio de un pariente o persona con quien tenga un vínculo afectivo, siempre que no se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, estupefacientes o psicotrópicos, o bien se abstenga de auxiliar a la víctima o se dé a la fuga.

La excepción de pena contenida en dicho precepto, constituye una excusa absolutoria, un caso donde el legislador ha considerado conveniente no imponer pena, a pesar de actualizarse una conducta típica, antijurídica y culpable; la razón, porque prescindiendo de dicha sanción, se pueden preservar intereses que son preferentes a los perseguidos por el Derecho Penal.

²²¹ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. II, p. 33.

En el caso de lesiones u homicidio culposo cometido en agravio de las personas que se enuncian en el artículo en cuestión, se observa que se exime de pena al responsable porque éste es el primero en lamentar –opina Pavón Vasconcelos para el caso de aborto culposo²²²- las lesiones o el fallecimiento de la víctima, pues el valor moral que generalmente representan para éste cada una de esas personas es bastante significativo. Estimando injusto agregar, al dolor motivado por las lesiones u homicidio causado culposamente a un ser tan apreciable, la imposición de una pena.

Esta es la razón por la que el mismo artículo señala, que sólo cuando el responsable esté unido a la víctima por vínculo de parentesco o afectivo se le exentará de pena, limitando de este modo la aplicación de la excusa absolutoria a las personas que son los primeros en lamentar un suceso como ese, tal es el caso cuando la víctima es un ascendiente, descendiente, hermano, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina o concubino del responsable, o bien cuando entre el responsable y la víctima existe una relación de pareja permanente, amistad o familia.

Pues en todos esos casos, el responsable de las lesiones u homicidio culposo –apunta Díaz de León²²³- sufre en sí mismo el daño a la salud o la pérdida del ser querido, por haber ocasionado el resultado lesivo en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar, es por ello conveniente prescindir de la pena para preservar la relación familiar o afectiva entre éste y la víctima o con los parientes de ésta, intereses que son preferentes a la de una retribución justa y a los fines de prevención general en la población.

De este modo, el parentesco, relación de pareja permanente o de amistad de la víctima con el agente del delito, constituye un presupuesto de la excusa absolutoria contenida en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito

²²² Pavón Vasconcelos, Francisco, *Op. cit.*, p. 513.

²²³ Díaz de León, Marco Antonio; Código penal federal comentado, T. II, 5ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001, p. 1554.

Federal, en virtud de que uno y otro vínculo son la fuente de los múltiples intereses que justifican la exención de pena.

5.4. La impunidad del delito de lesiones y homicidio en razón del parentesco y la amistad.

Los conceptos de ascendiente, descendiente, hermano, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina, concubino, pareja permanente, amistad y familia, utilizados por el legislador en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, son elementos normativos y como tales necesitan una valoración especial para establecer su significado exacto.

En torno a los elementos normativos Zaffaroni sostiene “cuando definimos provisionalmente al tipo, hemos dicho que éste tiene una naturaleza predominantemente descriptiva. El tipo, en su menester sistemático e individualizador de conducta, se vale predominantemente de la descripción como elemento individualizador, pero extraordinariamente lo hace por medio de remisiones de contenido valorativo, ya sea que remita a pautas sociales de conducta o a normas jurídicas. De cualquier modo, la apelación a este recurso no puede exagerarse legislativamente, pues entraría en colisión con el sistema constitucional de tipos legales.”²²⁴

Conviene aclarar, que según se trate de conceptos cuyo significado lo proporcione la propia ciencia jurídica o una diferente, serán elementos normativos de valoración jurídica o cultural, respectivamente. Entre los que se puede distinguir aquellos que son definidos por la propia ley *–penal o extra penal-* y aquellos que autorizan al intérprete establecer discrecionalmente su significado.

En los elementos normativos se pueden hacer ulteriores distinciones, sobre todo entre elementos con valoración jurídica (“ajeno, § 242, “funcionario en

²²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. III, Editorial Ediar, Argentina, 1980, p. 285.

el ejercicio de su cargo”, §§ 331, s.s., “documento público”, § 384) y elementos con valoración cultural (“acciones sexuales de cierta relevancia”, § 184 c). También se puede diferenciar según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio y esté “necesitado de complementación valorativa” (p. ej., las “buenas costumbres” en el § 226 a, “reprobable” en el § 240 II), o que las valoraciones le vengan preestablecidas totalmente o en gran medida al juez (“conceptos valorativamente plenos”), como p. ej., ocurre en el concepto de “ajenidad”, referido a la regulación civil de la propiedad.²²⁵

Ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina y concubinario, son conceptos que pertenecen al ámbito jurídico, pero además su significado es establecido por el propio legislador, de este modo en estos casos la ley no permite que el intérprete les dé un significado diferente al preestablecido.

Cierto que es imposible prescindir de características normativas del tipo que son, a veces, extraordinariamente indicadas para deslindar la conducta punible. Pero, si se emplean características altamente normativas con excesiva despreocupación, se pondrá a cargo del juez la tarea –que incumbe al legislador– de decidir acerca de lo punible y de su determinación exacta.²²⁶

Sin embargo, en el caso de familia, pareja y amistad, su significado no fue establecido por el legislador, no obstante que para su comprensión necesitan de una especial valoración, propiciando que la determinación de su sentido, quede sujeto a un ejercicio de interpretación, que puede variar dependiendo del alcance que le de el intérprete, con el consecuente peligro de que sea éste y no el legislador, quien en un momento dado, decida acerca de lo punible de una conducta.

²²⁵ Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 306.

²²⁶ Jiménez Huerta, Mariano, *Op. cit.*, T. I, p. 86.

Lo que se agrava cuando se trata de palabras ambiguas *-aquellas que pueden admitir distintas interpretaciones-* o vagas *-aquellas cuyo significado es impreciso-*, porque en este caso, será el intérprete quien determine su sentido, gozando de la más amplia discrecionalidad para inclinarse por alguno de sus significados, con la consecuente inseguridad jurídica para los destinatarios de la ley, cuando el intérprete, sea el encargado de aplicar el derecho.

Deben evitarse, además, los conceptos indeterminados (<<moral>>, <<buenas costumbres>>) por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida.²²⁷

Familia, pareja y amistad, tienen un lugar reservado en el campo de la Sociología, son formaciones, complejos o grupos sociales, con características propias que los distinguen frente a los individuos que los integran y frente a otros conjuntos colectivos. Los aspectos que los caracterizan y distinguen de otros grupos sociales, son sin embargo, insuficientes para constituir un concepto exento de admitir distintas interpretaciones, permitiendo que familia, pareja y amistad tengan más de un significado igualmente válidos, sin la posibilidad de restringirlo a uno de ellos y que sea por todos aceptado.

Pese a que los conceptos familia, pareja y amistad presentan problemas de semántica, la investigación está dirigida únicamente al primero y último, limitándose por ende el análisis exclusivamente a destacar la ambigüedad en el término familia y vaguedad en la amistad.

Si hay un tema que no puede ignorar la relación existente entre disposiciones jurídicas y lenguaje es el de la certeza de la ley punitiva; bien visto, es éste el supuesto constitucional de mayor concernencia en el asunto, si

²²⁷ Muñoz Conde, Francisco, y otro, *Op. cit.*, p. 258.

consideramos que la *ratio* del mandato de determinación es que las leyes de contenido sancionador sean redactadas usando un lenguaje claro, preciso y comprensible, que permita a sus destinatarios discernir cuáles son las conductas prohibidas y cuáles quedan exentas de esa calificación.²²⁸

En principio, los tipos penales deben estar redactados en forma clara y precisa, de modo que de su simple lectura se pueda deducir sin mayor esfuerzo la conducta prohibida. Sin embargo, esto no siempre es posible y por esa razón en ocasiones contienen conceptos que requieren de interpretación. Interpretar no es en sí misma una labor compleja, cuando se trata de establecer el significado de palabras donde no existe discusión, surgen problemas de interpretación cuando no existe unanimidad sobre su sentido. Ambigüedad y vaguedad son los principales problemas interpretativos.

Ambigüedad, significa que una expresión puede entenderse de diversas maneras o que puede asumir significados diferentes. Dentro de los problemas interpretativos generados por ambigüedad se distinguen dos tipos: a) ambigüedad semántica y b) ambigüedad sintáctica.

Una oración puede expresar más de una proposición. Puede ocurrir así porque alguna de las palabras que integran la oración tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equívocidad sintáctica.²²⁹

La ambigüedad semántica se refiere al significado de las palabras. En el ámbito del derecho, la ambigüedad puede obedecer tanto al uso de palabras procedentes del lenguaje ordinario, como a la utilización de palabras técnicas propias del lenguaje científico.

La ambigüedad es una característica de los términos o expresiones, en

²²⁸ Izunza Cázares, Enrique; La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación, Edit. UNAM, México, 2009. p. 82.

²²⁹ Nino, Carlos Santiago; Introducción al análisis del derecho, 2ª ed., 11ª reimpresión, Edit. Astrea, Argentina, 2001, p. 260.

nuestro caso de las disposiciones, no de las normas propiamente dichas. Se distingue entre ambigüedad semántica y sintáctica: la primera tiene su origen en los símbolos lingüísticos que se refieren a objetos extralingüísticos, como <<familia>>, <<propiedad>>, <<robo>>, etc.²³⁰

La ambigüedad sintáctica es la que surge de la estructura u ordenación de las palabras, esto es, del modo en el que las palabras están conectadas entre sí.

Como hemos dicho, también puede darse el caso de que una misma oración tenga varios significados a causa de eventuales equivocidades en la conexión sintáctica entre las palabras que la integran. Por ejemplo, la conectiva “o” es ambigua, puesto que a veces se la puede interpretar con la función de una disyunción excluyente (de modo que el enunciado es verdadero sólo si se da una de las alternativas que menciona, pero no las restantes), o con el significado de una disyunción incluyente (con lo cual, el enunciado es verdadero, tanto si se dan algunas de las alternativas como si se dan todas ellas). Si se dice: “se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano”, un viajero podría dudar si puede viajar con ambas cosas o sólo con una de ellas.²³¹

Vaguedad se refiere a que el significado de un concepto es indeterminado o impreciso, es decir, que en virtud de la amplitud del campo que abarca, no existe forma de establecer límites.

Aclarado en qué sentido utilizamos un término y resueltos con ello los problemas de ambigüedad, se plantea el problema de dilucidar su alcance, de establecer qué propiedades han de darse para su uso, para que un cierto objeto sea designado con el nombre correspondiente. No se trata ahora de una duda sobre el significado de la palabra, sino sobre su aplicación a los objetos del

²³⁰ Prieto Sanchís, Luis; *Apuntes de teoría del derecho*, Edit. Trotta, España, 2005, p.252.

²³¹ Nino, Carlos Santiago, *Op. cit.*, p. 262.

mundo. Estamos ante un problema de vaguedad siempre que nos preguntamos: ¿a qué cosas se refiere esta palabra?, ¿podemos designar con esta palabra un cierto objeto? La respuesta a estas preguntas depende de las propiedades que hayamos seleccionado como definitorias, y así tendremos casos claros (sin duda concurren dichas propiedades o sin duda están ausentes) y casos dudosos.²³²

La ambigüedad de las expresiones usadas en la redacción de los tipos penales, permite que el intérprete pueda decidir discrecionalmente sobre el sentido que merezca. Lo que de igual forma acontece con las expresiones vagas, decidiendo discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no ser incluido en el campo de aplicación del precepto en cuestión.

Así, en otra parte de la investigación se dijo que familia es, por una parte, el círculo formado por los padres y sus hijos (familia nuclear) y, por otra, el grupo que incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, junto a la familia nuclear (familia extensa).

Como se observa, familia tiene dos significados reconocidos como válidos en Sociología, para designar al grupo social formado por personas que descienden de un tronco común, de ahí que la inclusión de este concepto en la redacción de un tipo penal, supone que sea interpretado en sus dos acepciones, salvo que se indique expresamente lo contrario, previendo que para ese caso en particular, se atenderá a su significado restringido o extensivo.

Al margen de los problemas que suscita la determinación del concepto de necesidades, cuestión que afecta precisamente, la vaguedad (¿se incluyen los cruceros de recreo?), se produce aquí una ambigüedad con el término <<familia>>: por tal cabe entender los padres e hijos, pero también quienes tiene una relación más lejana (los primos) o una <<relación política>> (los suegros), o

²³² Prieto Sanchís, Luis, *Op. cit.*, p. 255.

incluso todas las personas que conviven bajo un mismo techo (o sólo ellas).
Creo que todas estas acepciones tienen cabida en el Diccionario.²³³

Respecto de la excusa absolutoria prevista en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, el legislador incluyó el concepto de familia en su redacción, al señalar que también se eximirá de pena al que cause lesiones u homicidio culposo, cuando entre el responsable y la víctima, exista relación de familia; sin embargo, omitió restringir su significado, refiriéndose a relación de familia sin establecer si esta incluye exclusivamente a padres e hijos, o bien, si se extiende a los parientes consanguíneos en línea ascendente y colateral, sin limitación de grados.

Lo que permite que sea utilizado en sus dos acepciones, pues “cuando un enunciado contiene una palabra ambigua dentro de su composición, es susceptible de expresar varias proposiciones, tantas como la ambigüedad de la palabra haga posible, todo ello sin perjuicio de la facilidad o dificultad que entrañe dilucidar el significado con que haya sido usada a partir del contexto.”²³⁴

Lo que autoriza que familia, sea entendido tanto en acepción restringida como extensiva, sin ninguna limitación, pues para uno y otro sentido, habrá argumentos que justifiquen que familia, es el círculo formado por los padres y sus hijos y a su vez, el conformado por abuelos, tíos, primos y otros parientes, junto al círculo formado por padres e hijos. Con el consecuente peligro de que sea el intérprete quien determine su significado y, por ende, que sea éste y no el legislador el que decida acerca de lo punible de una conducta.

La ambigüedad de las expresiones a veces usadas en el lenguaje de las fuentes, hace que el intérprete pueda decidir discrecionalmente qué norma se

²³³ Prieto Sanchis, Luis, *Op. cit.*, p. 253.

²³⁴ Inzunza Cázares, Enrique, *Op. cit.*, p. 96.

expresa en la disposición en cuestión.²³⁵

En el caso de amistad, el problema no recae sobre su significado, sino sobre su campo de aplicación, esto es, sobre las relaciones personales a las que se designa con ese nombre. Al principio de la investigación, se estableció que amistad es el afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato.

El trato es lo que propicia el nacimiento del afecto personal, puro y desinteresado entre dos personas; sin que esto quiera decir que en todos los casos, esa relación desemboca en amistad, precisamente porque el mismo trato puede limitarse a simples relaciones cordiales que se dan entre dos personas, dentro de la sociedad de la cual forman parte, sin que por el paso del tiempo aspire a convertirse en amistad.

Pero en los casos donde el trato desemboca en amistad, es difícil establecer cuándo tiene lugar el afecto personal, puro y desinteresado que caracteriza a dicha relación. Se sabe que la cordialidad entre dos personas no constituye amistad y, a su vez, que confianza, respeto, afecto y empatía son signos inequívocos de su existencia, pero a partir de qué momento, deja de ser la relación entre dos personas trato social y a partir de dónde, empieza a ser amistad. La verdad es que no se puede fijar una línea precisa de demarcación entre uno y otro tipo de relación personal.

La dificultad para delimitar cuándo una relación es de amistad o de simple trato, es la que precisa que el primer concepto sea vago, esto es, que su significado no esté claramente determinado y, por esta razón, no existe un criterio que sirva para incluir o excluir todos los casos de amistad, presentándose libertad para determinar los casos de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el

²³⁵ Guastini, Ricardo; Estudios sobre la interpretación jurídica, Traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, 8ª ed., Edit. Porrúa, México, 2008, p. 64.

artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, dejando un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete para designar con el nombre de relación de amistad el vínculo afectivo entre dos personas.

La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete, frente a un caso `marginal`, es decir un caso que cae en los márgenes del `argumento`, pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no debe ser incluido en el campo de aplicación de la norma en cuestión.²³⁶

Por otra parte, si bien los problemas semánticos que presentan los conceptos amistad y familia, por sí, propician que las autoridades encargadas de aplicar la ley, incurran en arbitrariedades al calificar el vínculo que une al responsable y la víctima, ya que si a juicio de la autoridad, la relación de parentesco entre ambos, en el caso de familia, o la relación afectiva, en el caso de amistad, no resultase idónea, simplemente sería desestimada argumentando que una y otra relación no constituyen hipótesis que se ubiquen dentro de dichos conceptos.

No debe perderse de vista además, que el motivo que impulsó al legislador a eximir de pena al responsable de homicidio o lesiones culposas cometidas en agravio de un ascendiente, descendiente, hermano, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina o concubino, o bien de una persona con quien exista relación de pareja permanente, amistad o familia, es precisamente porque éste es el primero en lamentar las lesiones o fallecimiento de la víctima, al sufrir en sí mismo, la alteración de la salud o la pérdida de su ser querido.

En el caso de relación de amistad y familia, el problema semántico que afecta a ambos conceptos, permiten a la autoridad efectuar una aplicación indiscriminada de la excusa absolutoria contenida en el artículo 139 del Código

²³⁶ Guastini, Ricardo, *Op. cit.*, p. 63.

de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, beneficiando al responsable de homicidio o lesiones culposo con esta eximente de pena en casos donde categóricamente no se justifica su aplicación y, por el contrario, haciéndola nugatoria en otros, donde se actualiza plenamente el motivo que propició su establecimiento.

Cuando al responsable lo una a la víctima una relación de familia, por este último concepto, cabe entender los padres e hijos, o también quienes tienen una relación más lejana (abuelos, tíos, primos). Observándose que en grados superiores al cuarto de parentesco en línea consanguínea colateral, la relación familiar difícilmente se sigue conservando con la misma intensidad de padres e hijos, de ahí, que en caso de verse involucrados parientes pertenecientes a esos grados, en un hecho de tránsito donde uno sufra lesiones u homicidio, causado culposamente por el otro, se estima que el responsable lamentará el hecho en la misma proporción que lo haría una persona desconocida.

Como el propio legislador lo ha reconocido en otras disposiciones del Código Penal, al referirse a los parientes del inculpado, otorgándoles un trato preferencial a todos ellos que guardan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente o descendente y colateral hasta el cuarto grado. La razón, porque fuera de estos casos, la relación familiar deja de ser estrecha, colocándose los parientes de grados superiores en un plano igual al de personas desconocidas.

Por ello se afirma que la actual redacción del artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, permite que salga beneficiado el responsable de homicidio o lesiones culposo, en casos donde categóricamente no se justifica la excusa absolutoria, propiciando con ello impunidad.

El mismo riesgo se corre en el caso de relación de amistad, pues como se ha dicho, el significado de este concepto es indeterminado o impreciso, teniendo sólo noción en virtud de una decisión más o menos compartida por la

sociedad; pero en todo caso, la imposibilidad de fijar una línea precisa de demarcación entre trato social y amistad, permite que discrecionalmente el intérprete fije su campo de aplicación y en ese sentido se dé el mismo trato a una relación de muchos años y a una incipiente, sin que exista algo que lo impida.

Precisamente porque al no exigirse algún otro requisito para la procedencia de la eximente de pena, que la sola relación de amistad entre la víctima y el responsable de las lesiones u homicidio culposo, por lo tanto exigir que ésta deba ser estrecha, como el mismo Código Penal lo establece en los artículos 209, c), 291, fracción VII y 321, relativos a los delitos de amenazas, prevaricación y encubrimiento por favorecimiento, respectivamente, esa actuación iría contra los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y del que postula que, donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir.

Los problemas de interpretación que presentan los conceptos amistad y familia, guardan íntima relación con los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, pues por un lado, obligan al legislador a consignar de manera previa en las leyes penales que expida, las conductas o hechos que se reputen como ilícitos y sus correspondientes penas y, por otro, emplear expresiones y conceptos claros, precisos y exactos en su redacción para evitar confusiones en su aplicación.

Para la doctrina nacional, estas digresiones pueden resultar completamente extrañas, ya que a pesar de la posición cardinal que el mandato de *lex certa* cumple dentro del cuadro de derechos fundamentales en materia punitiva y sancionadora, no suele abordar, más allá de referencias esquemáticas y poco exhaustivas, los alcances y consecuencias de dicho mandato. Otro tanto sucede con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que, como tendremos ocasión de analizar, ha desarrollado apenas de forma escasa y limitada los contenidos del mandato consagrado en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al que se suele

denominar, en consonancia con la literalidad del enunciado previsto por el mencionado numeral, como “garantía de exacta aplicación de la ley penal.”²³⁷

Sin que el ámbito de exigibilidad de ambas obligaciones se refiera exclusivamente a la descripción de delitos y sus sanciones, pues tan importante es que se establezca con claridad y precisión qué hechos son delictuosos, como los casos de exclusión del delito, responsabilidad o pena, cuando el propio legislador ha considerado conveniente hacer mención de ellos, esto para evitar que quede sujeto a la discrecionalidad del juzgador la aplicación de esos casos de exclusión, máxime porque representan un beneficio para el responsable de un delito.

En ese orden de ideas, la observancia de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, es de suma importancia en la formulación de la ley penal, sin embargo cobra mayor importancia en cuestiones que desvanecen los elementos del delito o las consecuencias de este, como acontece con la excusa absolutoria prevista en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, donde es menester que los casos de exención de pena sean precisos para evitar problemas de ambigüedad y vaguedad, para asegurar que se aplique la excusa absolutoria donde efectivamente se justifique.

²³⁷ Izunza Cázares, Enrique, *Op. cit.*, p. 59.

CONCLUSIONES

1. Familia es una palabra que tiene varios significados y, por ende, ambigua. Entre los más conocidos destacan familia en sentido estricto y en sentido amplio, según las generaciones que se tomen en consideración para determinar el número de sus miembros.

2. Aunque actualmente es una realidad que familia no es un concepto que se refiera exclusivamente al conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco, sino también al grupo cuyos integrantes no tienen entre sí un vínculo de parentesco, por el mero hecho de que viven bajo el mismo techo.

3. Amistad es una palabra que no permite tener certeza de las relaciones afectivas que quedan incluidas y aquellas que quedan fuera. Lo que lo convierte en una expresión vaga, por no tener un significado preciso.

4. Ambigüedad y vaguedad son problemas lingüísticos que repercuten en la interpretación de la ley penal. Autorizando que familia *–en cualquiera de sus significados–* y amistad *–independientemente de que sea incipiente o estrecha–* sean empleados sin reserva, llegado el momento de aplicar la excusa absolutoria prevista en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal.

5. Existiendo argumentos en pro o en contra, igualmente válidos, para sostener o negar que en un determinado caso, debe eximirse de pena al responsable de lesiones u homicidio culposo, porque entre éste y la víctima, existía relación de familia o amistad.

6. La posibilidad de argumentar sobre la procedencia de la excusa absolutoria, en uno y otro sentido, se debe precisamente a la ambigüedad y vaguedad de los términos familia y amistad, respectivamente. Problemas lingüísticos que amplían el margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional y, por ende, que sea éste quien establezca con plena autonomía el sentido de

uno y otro.

7. El principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, por una parte, obliga al órgano jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho y, por otra, obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta típica y la consecuencia jurídica que trae aparejada.

8. La exigencia de que los tipos penales estén redactados con palabras claras y precisas, evitando por ende el uso de conceptos vagos o ambiguos, tiene como objetivo evitar que la autoridad encargada de su aplicación incurra en arbitrariedades; sancionando conductas que no se ajustan cabalmente al tipo penal o bien excluyendo conductas que sí tienen perfecto encuadramiento.

9. La redacción actual del artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, contraviene el principio de exacta aplicación de la ley penal, en virtud de que familia y amistad no son expresiones claras y precisas. Propiciando que el actuar de la autoridad encargada de su aplicación se torne arbitrario.

10. La observancia del principio de exacta aplicación es vital en la formulación de la ley penal, sin embargo, cobra mayor importancia en cuestiones que tienen que ver con casos que eximen de pena, como acontece con la excusa absolutoria prevista en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, a fin de evitar confusiones e incertidumbre en su aplicación, que dificulten o imposibiliten la concesión de este beneficio.

PROPUESTA

El actual artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal dispone:

“No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina, concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente, amistad o de familia, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.”

El precepto prevé una excusa absolutoria a favor de la persona que cause lesiones u homicidio de forma culposa a un ser querido *-siempre y cuando no se encuentre ebrio, intoxicado o bien abandone a la víctima-*. La razón, como se indicó a lo largo del desarrollo de la investigación, es porque el responsable de uno acontecimiento como ese, es el primero en lamentarlo. De ahí que el legislador incluyera en primer término a los parientes consanguíneos en línea recta ascendiente o descendiente *–sin limitación de grados en ambos casos-* o en línea colateral hasta el segundo grado del responsable, por adopción *– adoptante y adoptado-* y obviamente al cónyuge o concubino (a), como casos específicos en donde la imposición de la pena es innecesaria.

Sin embargo, consciente de que el mismo afecto que se tiene a un pariente en los grados apuntados, puede existir con parientes que se encuentren en los grados siguientes, amigos o con personas con quienes conviviendo maritalmente no puede denominársele cónyuge o concubino, el legislador decidió no dejar desprotegido en estos casos al responsable de lesiones u homicidio y por ello estableció que la excusa absolutoria se extendiera a quienes se encontraran ligados con la víctima por relación de familia, amistad o pareja permanente.

La inclusión de los casos donde el responsable y la víctima exista

relación de amistad, familia o pareja permanente, es una de las novedades del Código Penal que entró en vigor en noviembre de dos mil dos, pues su antecesor solamente reconocía, para efectos de la excusa absolutoria, el parentesco consanguíneo en línea recta ascendente y descendente, colateral hasta el segundo grado, al civil –*adoptante y adoptado*- y al cónyuge o concubina.

Así, en el nuevo Código Penal, el afán por incluir todos los casos de lesiones u homicidio cometidos de forma culposa, donde la imposición de la pena resulta innecesaria, llevó al legislador a alcanzar esa meta tan ambiciosa, sin preocuparse por emplear las palabras adecuadas para evitar generar impunidad o arbitrariedad a la hora de aplicar la excusa absolutoria. Como acontece con las expresiones amistad y familia, las que por presentar problemas sintácticos – *vaguedad y ambigüedad*-, conceden a la autoridad discrecionalidad para establecer su significado y, por ende, los casos que se ubican dentro de sus parámetros y los que quedan fuera.

Pues como quedó indicado, por familia cabe entender los padres e hijos, o también las personas que tiene una relación más lejana -abuelos, tíos, primos, etcétera-, o más aún, todas aquellas que viven bajo un mismo techo, en virtud de que el término familia, por ser un concepto sociológico, incluye a una y otras personas, según su sentido restringido o amplio. Lo que también acontece con la expresión amistad, ante la imposibilidad de establecer con certeza cuando una relación entre dos personas deja de ser trato social para convertirse en afectiva –*amistad*-.

La vaguedad y ambigüedad son problemas sintácticos, que a su vez, generan problemas de interpretación de la ley. Razón por la cual, conforme al principio de exacta aplicación de ley en materia penal, es un imperativo para el legislador terminar con todos los problemas de ambigüedad y vaguedad que existen en la ley penal, especialmente, en aquellos donde se contempla una causa que exime de pena, esto para el efecto de evitar confusiones e

incertidumbre en su aplicación, que dificulten o imposibiliten su concesión.

Por lo anterior, se considera que los términos “amistad” y “familia” deben ser motivo de reforma, adicionando en el primer caso, que la amistad sea “estrecha” y en el segundo, sustituyendo familia por determinados grados de parentesco, como el mismo Código Penal para el Distrito Federal lo hace en los preceptos donde el vínculo afectivo o unión familiar, son intereses que se anteponen a los perseguidos por el Derecho Penal.

Así, en su artículo 321, no exime nada más de pena, sino que excluye el delito, cuando en el encubrimiento por favorecimiento, quien oculte al responsable de un delito o impida que se averigüe, en el caso de parentesco, sea ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario y, en el caso de vínculo afectivo, por quien se encuentre ligada con el responsable del delito por estrecha amistad.

Como se ve, el hecho de que un ser querido no enfrente un proceso penal, con las consecuencias jurídicas que trae aparejado, privación de la libertad entre las más importantes, el Código Penal decreta la exclusión del delito de encubrimiento por favorecimiento a favor de las personas, que por ese motivo se vean en la necesidad incurrir en ese hecho que en sí mismo merece pena.

Tomando como referencia ese precepto y a fin de eliminar la ambigüedad y vaguedad que actualmente presenta el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal, por el empleo de las palabras familia y amistad en su redacción, propongo que sea reformado bajo los siguientes términos:

“No se impondrá pena alguna a quien por culpa ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, pariente por adopción, por

afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o cuando entre el agente y el pasivo exista relación de pareja permanente o estrecha amistad, salvo que el agente se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que se diere a la fuga y no auxiliare a la víctima.”

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA.

ANTOLISEI, Francesco; Manual de derecho penal, parte general, Traducido por Jorge Guerrero y Manno Ayerra Redín, 8ª ed., Edit. Temis, Colombia, 1988.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique; Manual de derecho penal, 3ª reimpresión, Edit. Temis, Colombia, 1996.

BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, y otro; Derecho de familia, 3ª reimpresión, Edit. Oxford, México, 2008.

CASTELLANOS TENA, Fernando; Lineamientos elementales de derecho penal, 47ª ed., Edit. Porrúa, México, 2008.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo; Derecho mexicano de procedimientos penales, 19ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005.

CREUS, Carlos; Derecho penal, parte general, 3ª ed., Edit. Astrea, Argentina, 1992.

DE LA MATA PIZANA, Felipe, y otro; Derecho familiar, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2008.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio; Código penal federal con comentarios, T. II, 5ª ed., Edit. Porrúa, México 2001.

DONNA, Edgardo Alberto; Derecho penal, parte especial, Tomo I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999.

FIANDACA, Giovanni, y otro; Derecho penal, parte general, Trad. de la 4ª ed. del italiano por Pablo Eiroa, Edit. Temis, Colombia, 2006.

FONTÁN BALESTRA, Carlos; Derecho penal, introducción y parte general, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, y otros; Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, derecho penal y criminología, culturas y sistemas jurídicos comparados, séptimas jornadas sobre justicia penal, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

GARRIDO MONTT, Mario; Derecho penal, parte general, T. I, 1ª reimpresión, Edit. Jurídica de Chile, Chile, 2001.

GARRIDO MONTT, Mario; Derecho penal, parte general, T. II, 3ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Chile, 2003.

GONZÁLEZ AMADO, Iván, y otros; Lecciones de derecho penal, Edit. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002.

GUASTINI, RICARDO; Estudios sobre la interpretación jurídica, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, 8ª ed., Edit. Porrúa, México, 2008.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; Derecho civil para la familia, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004.

IZUNZA CÁZARES, Enrique; La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México y Escuela Libre de derecho de Sinaloa, México, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de derecho penal, parte general, Traducido por Miguel Olmedo Cardenete, 4ª ed., Edit. Comares, España, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; Lecciones de derecho penal, Edit. Harla, México, 1997.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; Derecho penal mexicano, T. I, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; Derecho penal mexicano, T. II, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; Derecho penal mexicano, T. II, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier; Elementos de derecho penal mexicano, Edit. Porrúa, México, 2006.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, y otros; Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho, Curso de Verano de la Universidad Complutense en Almería, Ilustre Colegio Notarial de Granada, España, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe; Derecho penal, T. I, Trad. de la 5ª ed. del italiano por José J. Ortega Torres, 2ª ed. Castellana, Edit. Temis, Colombia, 2000.

MALO CAMACHO, Gustavo; Derecho penal mexicano, 6ª ed., Edit. Porrúa, México, 2005.

MEDINA, Graciela; Uniones de hecho homosexuales, Edit. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2001.

MIR PUIG, Santiago; Derecho penal parte general, 7ª ed., Edit. B de F, Argentina, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y otro; Derecho penal, parte general, 5ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, España, 2002.

NINO, Carlos Santiago; Introducción al análisis del derecho, 2ª ed., 11ª reimpresión, Edit. Astrea, Argentina, 2001.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco; Manual de derecho penal mexicano, 17ª ed., Edit. Porrúa, México, 2004.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl; Teoría del delito, 3ª reimpresión, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis; Apuntes de teoría del derecho, Edit. Trotta, España, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis; Tratado general de sociología, 27ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

RECASÉNS SICHES, Luis; Vida humana, sociedad y derecho, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1952.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Obras completas, T. III, Edit. Temis, Colombia, 1998.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, y otros; De la persona y de la familia en el código civil para el distrito federal, Edit. Porrúa, México, 2006.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Compendio de derecho civil, T. I, 33ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.

ROXIN, Claus; Derecho penal, parte general, T. I, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Edit. Civitas, España, 1997.

VERGARA TEJEDA, José Moisés; Manual de derecho penal, parte general, Edit. Ángel Editor, México, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Derecho penal, parte general, 2ª ed., Edit. Ediar, Argentina, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Tratado de derecho penal, parte general, T. IV, Edit. Ediar, Argentina, 1998.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 2011.
2. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2011.
3. Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2011.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, T. I y II, 21ª ed., Edit. Espasa Calpe, España, 1992.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia jurídica mexicana, T. I, II, III, IV y V, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2008.

PAGINAS ELECTRÓNICAS

<http://definicion.de/amistad/> (11 de noviembre de 2010)

<http://www.monografias.com/trabajos82/excusas-legales-absolutorias/bis.shtml> (11 de noviembre de 2010)

<http://www.monografias.com/trabajos75/principio-merecimiento-necesidad-pena.shtm#lascategoa> (11 de noviembre de 2010)