

20/1/79



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN RAZON
DEL PARENTESCO EN EL CODIGO PENAL
VIGENTE

T E S I S

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

RAMIREZ RUBIO LINO

ASESORA:

LIC. MA. ANTONIETA LANDEROS CAMARENA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1988



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 está 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.

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION	I
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

DEL PARENTESCO EN GENERAL

1. Ubicación del parentesco dentro del Derecho de Familia.....	3
1.1 Concepto de Parentesco	11
1.2 Fuentes del Parentesco	15
1.3 Formas del Parentesco	16
1.3.1 Parentesco por Consanguinidad.....	21
1.3.2. Parentesco por Afinidad	22
1.3.3 Parentesco Civil	25
2. Derechos y Obligaciones que Genera el Parentesco.....	29
3. Concubinato.....	94
3.1 Concepto.....	94
3.2 Efectos Jurídicos.....	99

CAPITULO SEGUNDO

DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

1. Concepto	105
2. Naturaleza Jurídica.....	109

3.	Clasificación	178
----	---------------------	-----

CAPITULO TERCERO

EXCUSAS ABSOLUTORIAS QUE PREVE EL CODIGO PENAL VIGENTE EN RAZON DEL PARENTESCO

1.	Motivo de las Excusas Absolutorias en Razón del Parentesco.....	221
2.	Su Validez en el Código Penal Vigente.....	230
3.	Efectos en relación a:.....	238
3.3.1	Terceros.....	238
3.3.2	Concubinos.....	255

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I O N

La familia es el fundamento natural de la sociedad, incluso del amor, la solidaridad, la confianza, la gratitud, el respeto, sentimientos que impulsan hacia la perpetuación, protección y mejoramiento recíproco de sus miembros (parientes).

Finalidades connaturales al hombre, a la sociedad, las cuales por obvias y lógicas razones debe hacer propias el Estado equilibrando, a través del orden normativo, los diversos intereses que en múltiples ocasiones atentan contra la institución fundamental de la comunidad.

La denominada célula social es un ente por antonomasia biológico-racional-social, así debe comprenderlo el Estado regulando las relaciones sociales en congruencia con la naturaleza, los fines, de los derechos obligaciones y restricciones en que se traducen las mismas, en principio tendientes a las supracitadas finalidades.

Parentesco y familia son conceptos en íntima relación, por tanto, aplicables a ambos son las consideraciones referidas.

La remisión al parentesco, como razón para que a determinadas conductas normalmente constitutivas de delito se les excluya de sanción penal (excusas absolutorias), hará necesario

ubicarlo en el contexto jurídico familiar, delimitando sus fuentes, formas, así como las diversas consecuencias jurídicas (derechos obligaciones, restricciones), que surgen con motivo del referido vínculo.

En tal afán el primer capítulo del trabajo será relativo a la constitución, organización y disolución de las relaciones de parentesco, con la finalidad de manejar una visión panorámica de determinadas consecuencias en primer término consideradas naturales, luego legales, pero análogas en finalidad.

Se intentará un desglose y análisis de derechos, obligaciones y restricciones (en principio naturales, luego legales) en relación con el parentesco, tales como: los derechos a la vida, la supervivencia, y el pleno desarrollo en lo físico, intelectual y moral, mismos que se traducen en las instituciones relativas a los alimentos, la sucesión legítima, la patria potestad, la tutela y la adopción, a los que haremos concreta referencia.

Derechos, obligaciones y restricciones, todos por cuyo cumplimiento debe velar el Estado a través de la legislación, tanto privada (derecho civil), como pública (derecho penal), respetando la dignidad humana en aras de un justo bienestar social, apoyo que debe traducirse en un Derecho más acorde cada vez con

los principios más puros de justicia, equidad y bien común, don de el orden jurídico sea instrumento que satisfaga en equilibrio los intereses del individuo y de la sociedad en general.

En relación estrecha al tema se encuentra la institución del concubinato, al cual se hará referencia resaltando sus características principales, como son: concepto, naturaleza y efectos jurídicos.

Se tratará de resaltar la importancia de la institución de la familia, tanto legítima, como de hecho, el parentesco y sus formas. Los derechos - obligaciones naturales y legales de rivadas de las múltiples relaciones entre sus diversos miembros así como la relación que existe entre el derecho de familia y de determinadas normas de derecho penal.

Se hará alusión a los excusas absolutorias, pero no genéricamente, sino, principalmente a las previstas por el Código penal en razón del parentesco, determinandolas en su concepto, naturaleza jurídica y clasificación, de la cual se anexará un cuadro que mostrará la íntima relación que guardan entre sí los conceptos correspondientes a parentesco y excusas absolutorias en razón de éste. El primero institución del Derecho de familia, las segundas figura jurídica de gran importancia dentro del Derecho penal, con base a cuyo análisis podremos llegar al verdadero,

según nuestro punto de vista, fundamento que llevó al legislador a prever en el Código penal las excusas absolutorias con motivo del parentesco.

Por último se tratará de fundamentar, con antecedente en todo lo expuesto, la razón de considerarse necesaria la inclusión expresa de determinados terceros partícipes y principalmente de los concubinos en las excusas absolutorias en razón del parentesco en el Código penal vigente.

C A P I T U L O

P R I M E R O

DEL PARENTESCO EN GENERAL

1. Ubicación del parentesco dentro del Derecho de Familia
 - 1.1 Concepto de Parentesco
 - 1.2 Fuentes del Parentesco
 - 1.3 Formas del Parentesco
 - 1.3.1 Parentesco por Consanguinidad
 - 1.3.2 Parentesco por Afinidad
 - 1.3.3 Parentesco Civil
2. Derechos y Obligaciones que Genera el Parentesco
3. Concubinato
 - 3.1 Concepto
 - 3.2 Efectos Jurídicos

1. Ubicación del Parentesco dentro del Derecho Familiar

Por orden lógico, a modo de introducción al trabajo - que nos ocupa, mencionaremos que la evolución biológica o la creación divina son las opciones que tratan de resolver acerca del origen del ser humano y de la institución de la familia.

Mucho se ha especulado en relación al tema, pero más aún por lo que se refiere a la constitución, organización y evolución histórica de la familia como grupo social, siendo analizada en su desarrollo integral por historiadores, sociólogos, filósofos y juristas, cuyos estudios, conclusiones y teorías han pasado a formar parte del acervo cultural en sus respectivas áreas de conocimiento.

Estudios, conclusiones y teorías en lo general basados en antecedentes dignos de todo crédito, pero que en muchas ocasiones se clasifican de contradictorios o carentes de fundamento científico, observaciones que, en cambio, se hacen en muchos casos sin bases sólidas para emitirlos.

El hombre, genéricamente, es la materia, la familia - la forma por el mismo adoptada con base en una necesidad natural, por tal motivo es de sentido común el acuerdo en que el individuo es un ser social (como lo señaló Aristóteles), por natural necesidad.

El ser humano no puede alcanzar la supervivencia, menos aún su pleno desarrollo en lo físico, intelectual y moral,

sino en el seno de la sociedad, cuya mínima expresión es la familia, que por uno de sus principales y primeros objetos o funciones tiene la protección recíproca de sus miembros y la tradición de sus valores, que está originalmente fundada con base en los más puros sentimientos nacidos de la naturaleza humana. Al respecto Hector González Uribe nos dice que "...La sociedad es, pues, algo natural para el hombre. Algo que está insito en lo más profundo de su ser. A través de la consideración óntica se descubre en el ser humano su natural tendencia hacia la vida de comunicación con sus semejantes, no sólo como una mera inclinación, sino como una verdadera necesidad para la realización total de su esencia. Pero además, lo relativo al ser pasa al dominio del deber ser, lo óntico pasa a lo ético. Y el hombre encuentra en su predisposición natural de buscar al prójimo y establecer relaciones con él su tarea fundamental de autorrealización ética y valorativa ..." (1)

El supracitado autor nos refiere, "...Desde lo más hondo de su ser se inicia en la persona humana la ascensión hacia lo social. Por el lenguaje y el amor, por los sentimientos de solidaridad y simpatía, se relaciona con las demás personas en los diversos sectores de la sociedad; el económico, el cultural, el jurídico, el político, aún el deportivo y recreativo. Y de aquí nacen los grupos sociales más variados, desde el más -

1.- Teoría Política, segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1977, P.P. 539, 540.

natural y espontáneo, que es la familia, hasta el más complejo y poderoso, que es el Estado. Todos con sus derechos y deberes, que han de procurar armonizarse en una sociedad bien ordenada. La persona individual tiene derechos innatos a la vida, a la libertad, al desarrollo integral de todas sus potencias; pero también deberes esenciales para con la sociedad, para la realización del bien común. Y lo mismo los grupos intermedios entre el hombre y el Estado..."(2).

Constituida la familia, como parte fundamental de la sociedad, encontramos que conjuntamente con la evolución de la misma surgen instituciones destinadas a regular las relaciones entre los miembros de la célula social.

El Estado, a través del ordenamiento jurídico señala los deberes y derechos, generalmente recíprocos, a los que se hará referencia oportunamente, entre los ligados por vínculos familiares, derechos y deberes cuyo ejercicio o cumplimiento no siempre puede confiarse a la voluntad o formación moral de las personas.

La política del Estado (en la creación del orden jurídico), y de sus instituciones (en la aplicación de las normas e interpretación de las mismas), debe encaminarse a la protección y mejoramiento de la familia, institución a la cual deben su existencia, ya que ésta sacrificó, de acuerdo al pensamiento de

Rousseau, su libertad en aras de su seguridad y bienestar, toda vez que "...La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas; el jefe es la imagen del padre, el pueblo la de los hijos, y todos, habiendo nacido iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad. Toda la diferencia consiste en que, en la familia, el amor paternal recompensa al padre de los cuidados que prodiga a sus hijos, en tanto que, en el Estado, es el placer del mando el que suple o sustituye este amor que el jefe no siente por sus gobernados..." (3).

Por tanto la protección, el mejoramiento, la seguridad y la libertad (dentro de un marco jurídico), de la familia garantizan el orden social, el bienestar del Estado y de sus instituciones.

Etimología y Conceptos del Término Familia.

"...Familia.- Proviene del latín *familus*: sirviente, esclavo; ya que al principio la familia era el 'conjunto de criados de una persona'. Luego designó a la 'gente que vive en una casa bajo la autoridad de un jefe común y unidos por estrechos vínculos'. S. XII..." (4)

3.-Rousseau, ~~Jean~~ Jacobo. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, sexta edición. Colección Sepan Cuantos, número 113. Editorial Porrúa, México, 1979, P. 4.

4.-Corripio, Fernando. *Diccionario Etimológico Abreviado*, segunda edición. Editorial Bruguera, España. 1976, P. 120.

Provechoso sería enumerar los diversos conceptos en relación al término familia, ya que ésta no escapa al cambio histórico y del mismo modo su conceptualización, pero para los fines de esta investigación consideramos prudente señalar que algunos autores la clasifican en: familia en sentido amplio o lato y familia en sentido restringido o estricto.

Fernando Fueyo Laneri, refiriéndose a tal distinción, nos señala: "...En un sentido jurídico amplio, en la familia que dan comprendidos aquellos individuos que resultan de relaciones conyugales autorizadas por la ley (familia legítima) y los que proceden de uniones extramatrimoniales (familia natural) y los que se unen por un efecto psicológico, que no es ni legal ni simplemente biológico (familia adoptiva).

ch) En un sentido jurídico que se encuentra en el otro extremo del que se acaba de señalar, que podemos denominar estricto encontramos que la familia se compone de los cónyuges y sus hijos, con exclusión de los colaterales. Esta es la acepción propiamente jurídica..." (5).

Tal distinción se funda en motivos de carácter práctico, como lo señala Galindo Garfias al decirnos: "...En un sentido amplio, la familia comprende todas las personas que descienden de un tronco común más o menos lejano. Es corriente en la

5.- Derecho Civil, Derecho de Familia, volumen I. Editorial Imp. y Lito Universo, Valparaíso, Santiago de Chile, 1959, P.P. - 16, 17.

vida social estimar como miembros del grupo familiar aún a parientes lejanos.

En rigor, desde el punto de vista sociológico, los lazos de afecto y de acercamiento que existen entre los parientes, van debilitándose conforme éstos son más lejanos; y puesto que el derecho impone graves obligaciones y concede importantes derechos a los miembros de una familia, aquellos deberes y obligaciones sólo pueden hacerse efectivos realmente con los parientes más cercanos, y va siendo menos fuerte esa relación, con aquellos parientes que se encuentran en grados más lejanos.

Es por ello que desde el punto de vista jurídico, el concepto de familia, ha sido recogido sólo en un sentido más estrecho y comprende únicamente a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos,...) (6).

Todo lo antes citado lo entendemos en razón de que el ordenamiento jurídico presupone la existencia de lazos afectivos en grado diverso, según la relación y plano de los integrantes de la familia, para atribuirles consecuencias jurídicas acordes al grado de parentesco y naturaleza del mismo.

Hay un hecho innegable y es que "...La familia es un núcleo de personas que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación..." (7).

6.- Derecho Civil, Primer curso, parte general. Personas, familia. Sexta edición. Editorial Porrúa, México, 1963, P. 427.
7.- Idem. P. 425

Como ya lo indicamos el concepto de familia es cuestión de circunstancias de tiempo, lugar, usos y puntos de vista, por lo que para abreviar nos adherimos al concepto jurídico que nos proporciona Sara Lóntero Duhalt al decirnos que la familia son las "...Personas unidas por lazos de matrimonio, concubinato o parentesco..." (8).

Reafirmando todo lo antes señalado, la propia Sara Lóntero nos dice: "...Por lo que hace a nuestro derecho, constituyen familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grados, ya sean surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entre sí..." (9).

Otros autores incluyen diversos elementos en el concepto de familia, por ejemplo; Chávez Ascencio nos señala que la familia es una "...Institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual puede tener un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptivos) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos

8.- *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1984. P. 1
9.- *Ibidem*. P. 9.

cos como son; el matrimonio o el concubinato, la filiación y el parentesco..." (10).

Estos son, a nuestro criterio, los elementos mínimos para tener una noción del concepto de familia.

La unión sexual entre hombre y mujer, generadora de la procreación, origen de la familia, en principio no sancionada por el derecho, es posteriormente tomada en cuenta para regular las relaciones entre sus miembros, determinando las normas a que ha de ajustarse por cuanto a su: a) Constitución, b) Organización y c) Disolución.

a).- Constitución de la Familia

En atención a que la familia se constituye por miembro que se ubican en diverso plano de relación ya que la naturaleza de ésta varía, según el mismo, surgen en el ordenamiento jurídico las denominadas por los autores "Instituciones", en este caso relativas a la regulación de la constitución de la familia y sus consecuentes relaciones, señalándose genéricamente - las siguientes: El matrimonio (y el concubinato), la filiación (natural ó civil). Y el parentesco (en sus diversas formas).

10.- Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Primera edición. Editorial Porrúa, México 1984. P.P. 215, 216.

Montero Duhalde nos señala muy claramente en relación al tema, que la familia tiene como origen la unión sexual y la procreación, y el derecho encuentra estas fuentes reales en las figuras del matrimonio, (y el concubinato), la filiación y el parentesco, siendo éstas, las tres instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia. (11)

En congruencia con lo antes citado, Ignacio Galindo Garfias nos refiere: "... La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)...". (12)

Por todo lo antes citado podemos decir que el parentesco se ubica dentro del derecho de familia como una de sus instituciones, fuente real y formal, que ocupa un sitio preponderante en el contexto jurídico familiar.

Por lo que se refiere a la organización de la familia y sus relaciones, será tratada en la parte referente a los derechos y deberes que genera el parentesco, lo mismo que lo relativo a la disolución de la familia, como grupo social de hecho y disolución de derecho.

11.- Op. Cit. P. 33
12.- Op. Cit. P. 425

1.1. Concepto de Parentesco

Ubicado el parentesco en el contexto del derecho de familia conviene señalar que etimológicamente, el vocablo parente proviene: "...En último término del latín parere: dar a luz, parir. Respecto de una persona, dícese de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, por consanguinidad o afinidad. 'S... ..' (13).

Concepto Biológico de Parentesco

Montero Díez nos dice que es: "...La relación que se establece entre los sujetos que desciendan unos de otros o de un tronco común..." (14).

De los conceptos etimológico y biológico supracitados se infiere que el parentesco es de origen primordialmente biológico y por tanto natural, esencialmente.

Esa relación, de origen biológico (procreación), que se establece entre los sujetos, descendientes unos de otros en esencia natural, necesaria e indispensable para la perpetuación del género humano, es continua y periódica; por lo que el término tronco común es relativo, y da pie a que los que fueron des

13.- Corripio, Fernando. Op. Cit. P. 210

14.- Op. Cit. P. 46

condientes sean el origen de sus respectivos sucesores, mismos que se relacionarán con los miembros de tronco común diverso, o dentro del mismo en los grados que la ley lo permite.

Concepto Biológico-Social

El parentesco a nuestro criterio constituye una manifestación primaria de los más puros sentimientos derivados de la naturaleza humana, entre los que descienden unos de otros o de tronco común, y en segundo término de la solidaridad de la pareja (que se proyecta en ocasiones hacia otras personas, adopción), que se une por biológica y social necesidad, que tiene como función, en principio, y fin, la perpetuación, la protección y el mejoramiento integral de los unidos por tales vínculos. Lo que constituye, a nuestro entender, un concepto biológico-social del parentesco.

La raza humana necesitaría si por principio los padres no protegieran a sus hijos, independientemente de que una norma jurídica así lo ordenara.

No obstante las anteriores afirmaciones es de reconocerse que no siempre, como ya lo indicamos con antelación, el cumplimiento de los deberes o goce de los derechos puede supeditarse a la voluntad de las personas y es cuando, en aras del bienestar familiar, interviene el orden jurídico en el ámbito privado.

Andrés Serra Rojas nos dice: "...Una sociedad está gobernada por dos corrientes diferentes; las fuerzas del espíritu contenidas en sus tradiciones, en la naturaleza espiritual - del hombre que cultiva valores y principios; mas hay otras fuerzas negativas que operan sobre la sociedad deformandola, se originan en los egosismos, pasiones, instintos e intereses de los hombres..." (15)

Concepto Jurídico de Parentesco

Al respecto Galindo Garfias nos proporciona una definición que a nuestro parecer comprende genéricamente los diversos supuestos y tipos de relaciones; "...El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge o entre adoptante y adoptado se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí parientes. El grupo de parientes y los cónyuges - constituyen la familia..." (16)

Por su parte Marcel Planiol y Georges Ripert nos dicen: "...El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de autor co

15.- *Ciencia Política*. Sexta edición Editorial Porrúa, México. 1921. P. 50.

16.- *Op. Cit.* P. 443.

mañ como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio establecido por un contrato particular, llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real..." (17)

El concepto de parentesco es tomado en cuenta por el orden jurídico en razón de los diversos grados del mismo ya que presupone la diversa intensidad en sus lazos afectivos según la naturaleza de éstos, para atribuirles determinadas y específicas consecuencias, deberes, derechos y restricciones a los que se hará referencia oportunamente.

Al respecto Sojina Villegas nos dice: "... El parentesco implica en realidad 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..." (18)

Algunos autores nos señalan dentro del parentesco los vínculos derivados de los sacramentos del bautismo y de la confirmación, de importancia para el derecho canónico.

Por todo lo expuesto podemos señalar que el parentesco

17.-Tratado Elemental de Derecho Civil.(Título original: *Traité élémentaire de droit Civil*, Tome I.) Tomo I,1. Versión Española de Cajica Camacho, José M. Editorial Cajica, Puebla, - Pue. México, 1983. P. 347

18.-Op. Cit.P. 256.

o puede ser de origen biológico-social, legal y sacramental.

Los referidos son, a nuestro entender, algunos de los diversos conceptos de parentesco, su naturaleza y la razón de los mismos.

1.2 Fuentes del Parentesco

Etimológicamente "...El vocablo fuente deriva del latín fons, fontis, que en su primitiva acepción, alude al manantial de agua que brota de la tierra. Por extensión, y con un sentido figurado, fuente significa también aquello que es principio, fundamento y origen de algo..." (19).

Precisamente el principio y fundamento del parentesco lo encontramos en el hecho real o concepto biológico-social del mismo, que es tomado en cuenta por el derecho, que crea y admite el parentesco ficticio que denomina adopción, de donde surge la acepción jurídica del parentesco.

Por tanto consideramos que, en principio, el concepto biológico-social constituye lo que podemos denominar la fuente real, de hecho (natural) del parentesco y su modalidad jurídica la fuente formal (legal) del mismo.

De los autores hasta ahora citados sólo Galindo Gargias se refiere directamente a las fuentes constitutivas del pa

rentesco, y bajo el rubro indicado las identifica con las fuentes constitutivas de la familia (20).

De forma análoga en la Enciclopedia Jurídica O'NEA, bajo el mismo título de fuente del parentesco se señala que según la doctrina civil reconoce como fuentes constitutivas de la familia al matrimonio, la filiación y la adopción (21).

Por lo expuesto podemos afirmar que como fuentes constitutivas del parentesco sólo se señalan las formales (legales), lo que se explica en virtud de que éstas contienen el concepto biológico-social, de hecho o natural.

Al respecto Roxina Villegas nos dice: "...Las tres formas del parentesco (por consanguinidad, por afinidad o por adopción) deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aún cuando podría pensarse que los vínculos seriales de la sangre - los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que sólo en la medida que el derecho reconozca la existencia de esos vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley...(22).

Estas constituyen a nuestro parecer las fuentes del parentesco.

20.- Op. Cit. P. 444.

21.- Op. Cit. Tomo XII, P. 435.

22.- Op. Cit. P. 256.

1.3 Las Formas del Parentesco

Estas derivan de los conceptos supracitados, encontrando que el Código Civil, en su artículo 292 establece: "...La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil...".

Podemos decir que la materia del parentesco la constituyen las relaciones primarias que se establecen entre los que descienden de progenitor común, así como las que se derivan de la pareja que se une por biológica-social necesidad (cada miembro en relación con los parientes del otro), y que el derecho toma en cuenta ese conjunto de relaciones, clasificándolas según su origen y naturaleza en las formas del parentesco que la ley reconoce, admitiendo en las mismas el parentesco ficticio, a imitación del real, que surge entre adoptante y adoptado.

Las formas que adopta el parentesco se dan de hecho, - existen independientemente de que el derecho las reconozca o sancione, y al reglamentarlas obviamente debería comprenderlas en su totalidad, lo que no acontece, ya que el Código Civil no reconoce ni regula al parentesco de hecho que surge entre cada uno de los concubinos y los parientes del otro. Lo que podríamos denominar parentesco extralegal por afinidad, situación que se tratará oportunamente.

El concepto de familia y parentesco, sus fuentes y formas, con su multiplicidad de acepciones, guardan una íntima correlación, en virtud de que, en última instancia, su origen, naturaleza y fines son, en cierta medida, análogos.

Del parentesco civil del derecho romano (agnación), fundado en la autoridad del paterfamilias y el culto religioso, sólo reminiscencias quedan; con razón y fundamento diverso la cognación del derecho citano es un equivalente del parentesco consanguíneo actual.

Agnación y matriarcado son términos opuestos, el primero sinónimo de absoluto poder patriarcal, el segundo su polo opuesto.

Nuestro Código civil se acoge al punto intermedio representado por la cognación (parentesco consanguíneo) que reconoce el parentesco por la línea paterna y por la línea materna.

Gutierrez Florio Mergalant nos indica: "...En el derecho romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; sólo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos; los paternos. Los hermanos uterinos no son 'hermanos'; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc.

Este sistema se llama agnático. El moderno, en cambio, no es ni patriarcal ni agnático, sino que es cognático, es decir, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, y da como resultado la familia mixta..." (23)

23.- Derecho Romano, octava edición. Editorial Espinosa, S. A., 1978, P. 195.

Líneas y Grados del Parentesco

Como ya señalamos por la línea y el grado se delimitan el alcance y trascendencia del parentesco. El grado y los efectos guardan una inversa relación, es decir, aumenta el grado y disminuyen los efectos del parentesco.

Lo anterior en virtud de que, como ya se mencionó, lógicamente se suponen lazos afectivos de mayor fuerza y trascendencia entre parientes más cercanos ya que éstos disminuyen a medida que aumenta el grado de parentesco.

El Código civil nos proporciona los conceptos de línea, grado y las formas de computarlos, señalándonos en su artículo 292 "...Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco..."

Línea Recta y Línea Transversal

El mismo Código civil nos indica en su artículo 297 que "...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..."

Línea Ascendente y Línea Descendente

El artículo 298 del Código en cita nos refiere: "...La línea recta es ascendente o descendente; ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; - descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende..."

Computación de Grados

En su artículo 299 el mismo Código nos dice: "...En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor..."; en el siguiente precepto, el 300, nos indica: "...En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, su biendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común..."

La línea transversal, también denominada colateral, puede ser igual o desigual, según que el número de generaciones que exista entre los parientes sea el mismo, en cuyo caso la línea es igual, o no sea el mismo y en tal supuesto la línea será desigual.

1.3.1 Parentesco por Consanguinidad

La voz consanguinidad proviene "... (Del latín *consanguinitas, atis*) f. Unión, por parentesco natural, de varias personas que descienden de una misma raíz o tronco..." (24)

Guillermo Cabanellas nos dice que la consanguinidad es la "...Unión o proximidad de las personas que tienen un ascendiente común cercano, o que derivan unas de otras; es decir, las emparentadas por la comunidad de sangre, según la directa etimología del vocablo..." (25).

La relación primaria, biológica y social se da en forma natural entre el progenitor y su descendencia, por la cual procura aquél la protección de ésta por natural inclinación, con base en las más puras afecciones del espíritu humano que se subliman por la comunidad de la sangre.

Manifestándose el parentesco en sus diversas formas, necesario es que el legislador, en aras del buen orden doméstico, determine el concepto y límites de las mismas para los efectos de la ley, lo que nos indicará quienes específicamente, en determinados casos, serán los sujetos de esa relación que ya el derecho sancionará concretamente.

El Código civil en su artículo 293 nos señala que el parentesco por consanguinidad "... es el que existe entre -

24.- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimonovena edición. Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1970 P. 346.

25.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Décimoseptima edición. Editorial HELIESTA, Buenos Aires, Argentina, 1983 P. 298.

personas que descienden de un mismo progenitor..."

El concepto citado comprende, como el mismo lo indica, a la totalidad de ascendientes y descendientes, independientes de su origen, ya sea familia natural o legítima, o de su línea o grado, es decir, abarca consanguíneos de origen legítimo o natural (de hecho), en línea recta y colateral, ascendente y descendente.

De ahí la calidad o estado de padres, hijos, nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos, etc. Que serán los sujetos específicamente comprendidos en la relación concreta.

1.3.2 Parentesco por Afinidad

El Diccionario de la Lengua Española nos refiere que el término *afinidad* proviene "... (Del latín *affinitas*, *cōis*) f. analogía o semejanza de una cosa con otra..." (26)

En este caso la analogía o semejanza es entre el parentesco consanguíneo y el parentesco por afinidad.

En la Enciclopedia Jurídica OMEGA aparece: "... *Afinidad* de *affinitas*, vocablo latino que denota la idea de vecindad, proximidad..." (27).

Nosotros lo relacionamos con la vecindad o proximidad entre un miembro de la pareja y los parientes del otro.

26.- Op. Cit. P. 32

27.- Op. Cit. Tomo I, P. 555

Esta segunda clase de relaciones, en principio naturales, también son tomadas en cuenta por el derecho para atribuirles determinadas consecuencias, pero sólo a las que cumplen con el previo requisito del matrimonio, por lo que sus efectos nada más son aplicables a estos afines que podemos denominar legítimos, ya que como indicamos anteriormente también hay afines de hecho, extralegales, lo que motiva que no esté prohibido el matrimonio entre una pareja no obstante uno de sus miembros haya sostenido relaciones sexuales con ascendiente del otro, como lo señalan algunos autores.

Concepto Legal de Parentesco por Afinidad

El Código civil, en su artículo 204 nos refiere que: "...El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón...". De donde se infiere que el parentesco por afinidad sólo se genera mediante matrimonio y exclusivamente entre los sujetos señalados.

Marcel Planiol y Georges Ripert señalan, refiriéndose a las fuentes de la afinidad que ésta "... nace siempre del matrimonio. El concubinato no lo engendra, por lo menos según la ley civil. Por consiguiente, el matrimonio, es posible entre dos personas, aunque una de ellas haya tenido, anteriormente, relaciones ilícitas con el ascendiente de la otra y aún cuando

haya tenido hijos con ella..." (28)

En términos semejantes nos refiere lo mismo Antonio de Ibarrola (29).

Por cuanto al fundamento de la afinidad Planiol y Ripert señalan: "...En cuanto al parentesco por afinidad, es una combinación de los efectos del matrimonio y del parentesco por consanguinidad..." (30).

Por tanto el parentesco por afinidad tiene su fundamento en el conjunto de relaciones que en forma natural surgen entre un miembro de la pareja y los consanguíneos de la otra que se ligan en forma biológica y social recíprocamente a través de la procreación, a falta de ésta la liga será sólo social, siendo tomadas en cuenta estas relaciones por el derecho que las regula y sanciona.

Consideramos lo anterior como una regulación parcial, al señalar como requisito el matrimonio para que exista parentesco por afinidad para efectos de ley, no obstante nos parece lógico, legal o formalmente, en virtud de que nuestra legislación no reconoce y por lo mismo no reglamenta todo lo relativo al concubinato específicamente.

La comunidad de sangre, a través de la descendencia,

28.- Op. Cit. P.P. 351, 352

29.- *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, México, 1978 P. 81, 82

30.- Op. Cit. P. 347.

y la solidaridad doméstica son los elementos, determinantes para que se tenga como análogo al consanguíneo el parentesco por afinidad.

Línea y Grados

Con base en tal analogía es que el cómputo del parentesco por afinidad se realiza de la misma forma que el del parentesco consanguíneo.

1.3.3. Parentesco Civil

El Código Civil nos indica en su artículo 295 que -
 "...El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo -
 existe entre adoptante y adoptado..."

Etimología

El término adoptar proviene "... (del lat. adoptare ;
 de ad, a, y optare, desear) tr. recibir como hijo al que no lo
 es..." (31).

Como ya hemos manifestado las relaciones surgen, inde-
 pendentemente de que sean reglamentadas o no, en forma natural,

31.- *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo 1, décimo -
 cuarta edición. Editada por Reader's Digest, México, 1980.
 P. 46.*

biológica o social, en lo general con alto sentido moral y solidario; pues quien niega que existen también las adopciones de hecho. Consideramos que la adopción no es una creación legal, sino la reglamentación para efectos de ley de un hecho social, que es erigida en fuente legal del parentesco.

Concepto Sociológico

A nuestro parecer, un concepto del hecho social, adopción de hecho, se puede enunciar diciendo que es: La relación natural que surge entre las personas, semejante a la que se establece entre progenitor(es) e hijo(s).

La adopción actual tiene características diversas a la antigua institución romana, en ésta influye principalmente la preocupación por la continuidad del culto; en la época feudal la transmisión del nombre y los títulos nobiliarios, y la actual se funda primordialmente en el sentimiento solidario del género humano. Todo lo anterior acorde al momento histórico correspondiente y al desarrollo del mismo.

Pero el elemento común que no ha variado es que con la adopción se ha tratado de sustituir o imitar los vínculos naturales derivados de la sangre y sus efectos correspondientes entre los relacionados por tales lazos.

Concepto Jurídico

La adopción es una institución de amplio antecedente - histórico, que se encuentra presente en nuestra realidad social; y misma que nuestro ordenamiento jurídico erige en fuente del parentesco, restringiendo el vínculo al adoptante y adoptado.

Tomando en cuenta el concepto sociológico constituye - la adopción una institución natural, real; que se puede crear y legalizar mediante un acto plurilateral, que tiene por objeto regular las relaciones que a imitación de la filiación natural surgen entre personas que no son entre sí progenitor y descendiente consanguíneo. Constitúyese de esta forma la institución jurídica de la adopción.

El parentesco civil se origina de un acto jurídico en el cual toman parte: el adoptante, la persona que se trata de adoptar, quien ejerce la patria potestad o tutela de ésta, el Ministerio Público y el Juez que dicta la resolución.

Se desprenden de las anteriores consideraciones los siguientes elementos:

- a) La adopción es una institución que puede ser de origen natural, (social) o legal, (formal).
- b) Sociológica y jurídicamente, encaminadas al mismo fin (protección y guarda de incapaz y sus bienes, - dotar de hijos al que carece de ellos)
- c) Fundada en principios de solidaridad social, filian

tropicos, derivados de la positiva naturaleza humana.

d) Legalmente se origina mediante un acto jurídico plurilateral, en el que intervienen; adoptante, persona que se trata de adoptar y el que ejerce patria potestad o tutela de éste, el Ministerio Público y el Juez que dicta la resolución.

e) Jurídicamente tiene por objeto regular las relaciones que a semejanza de la filiación natural surgen y se crean entre personas que no son entre sí progenitor y descendiente consanguíneo.

Montero Duhal nos proporciona el siguiente concepto, diciendonos que la adopción es la "...Institución jurídica que tiene por objeto crear relación de filiación entre dos personas que no son entre sí progenitor y descendiente consanguíneo..."
(32)

Por su parte Ignacio Galindo Garfias al respecto, nos refiere: "...Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un incapacitado..." (33).

Cualquiera que sea el origen de la adopción, de hecho o legal, no se puede negar actualmente su fundamento eminentemen

32.- Op. Cit. P. 319

33.- Op. Cit. P. 652

te ético, filantrópico, solidario, y cuyos fines son dotar de hijos a aquellas personas o parejas que por determinada causa no los tienen e integrar en familia a aquellos incapaces, víctimas de las circunstancias que de cualquier forma también tienen derecho a la supervivencia y a su pleno desarrollo físico, intelectual y moral; que sólo pueden alcanzar integralmente en el seno de una familia.

Las consecuencias del parentesco civil, son análogas a las que genera el consanguíneo, pero sólo se dan entre adoptante y adoptado.

La adopción se encuentra regulada en el Código Civil - en los artículos del 390 al 410.

2. Derechos y Obligaciones que genera el Parentesco

En congruencia con lo hasta ahora expuesto señalaremos que los derechos y obligaciones que se generan entre los ligados por vínculos de parentesco, en principio son de origen natural, y mismas relaciones que el ordenamiento jurídico toma en cuenta para atribuirles determinadas consecuencias; por tanto también - existen derechos y obligaciones de origen legal y cuya esencia y fines son análogos.

Al respecto Ignacio Galindo Garfias nos menciona: "... Así pues, el Derecho no es un fruto primario de la vida del -

hombre, sino producto secundario de la organización social; es como todo, connatural al hombre, en cuanto éste no puede prescindir de la vida de relación con los demás miembros del grupo social cuando ha alcanzado un cierto grado de evolución..." (34).

Hector González Uribe nos indica que: "...Si el derecho, como tal, es una norma constante que regula la conducta del hombre en sociedad. En sí mismo se origina en la naturaleza propia del hombre ser racional y social y su misión es regular el orden de la conducta dirigida a un fin en el ámbito de las relaciones humanas. Brota, pues, en el dominio de los fines existenciales del hombre. Por tal razón, no hay sociedad alguna de hombres que no haya tenido derecho ni se concibe ninguna en el futuro que pueda carecer de él..." (35).

Como ya señalamos las relaciones surgen con el hombre, en forma natural que lucha por la supervivencia y su desarrollo integral, mismos que sólo puede lograr, en el seno de una sociedad, cuya mínima expresión es la familia que en correspondencia tiene como uno de sus principales y primeros objetos o funciones la protección y el bienestar de sus miembros, la tradición de sus valores, teniendo como fundamento rector, en principio, los más puros sentimientos derivados de la naturaleza humana, que en tanto biológica y social, incita por los principios naturales -

34.- Op. Cit. P. 16

35.- Op. Cit. P. 202

de equidad, justicia y solidaridad, mismos que rigen fundamentalmente esas relaciones.

Conzalez Urbe señala al respecto: "...Por estar ligado a la responsabilidad moral del hombre y por estar al servicio de la realización de los fines humanos existenciales, el derecho es de naturaleza moral. Hay una vinculación inmediata con los valores más elevados de la persona humana: la justicia, la verdad, el bien..." (36).

No obstante, como ya también se mencionó, la familia no puede cumplir con sus fines teniendo sólo como fundamento rector sus principios y valores naturales, en virtud de que en el hombre y por tanto en la sociedad se manifiesta (como excepción, no como regla) también un polo negativo de los mismos ya que evidente es la existencia del odio, la iniquidad, la injusticia y la falta de solidaridad social y doméstica, esta última de nuestro principal interés.

Por lo antes manifestado, como ya también se especificó, no siempre el cumplimiento de los deberes u obligaciones y el ejercicio o goce de los derechos que nacen de tales relaciones puede dejarse al libre arbitrio de las personas vinculadas por tales nexos, pues no obstante que en el hombre por regla se manifiestan sus principios y valores positivos, la excepción

puede presentarse, de hecho se presenta, y es cuando en pos del bienestar familiar y la conservación del buen orden doméstico, - interviene el Estado en el ámbito privado, pues por medio del conjunto de normas del derecho de familia, concretamente, va a regular la conducta de los ligados por parentesco.

El ordenamiento jurídico les señalará los derechos y deberes, generalmente recíprocos, así como las restricciones a que han de sujetarse; surgiendo de tal forma las instituciones jurídicas a tal efecto, con sus consecuencias determinadas y concretas que enseguida se señalarán.

Al respecto González Uribe nos indica: "...El Derecho positivo no es, en sí, más que la traducción y la concretización, para circunstancias históricas determinadas, de la ley natural. Los principios jurídicos supremos son, en realidad, la parte de la ley natural que se refiere al orden social. Constituyen el mínimo de moralidad que es necesario para que la sociedad exista y cumpla su misión..." (37).

Por lo expuesto podemos mencionar que los derechos y obligaciones que genera el parentesco se pueden apreciar también, por su origen: desde un punto de vista natural (sociológico, biológico, de hecho, real), y desde un punto de vista legal (formal).

A efecto de entrar en materia se hace necesario precisar en que sentido nos vamos a referir a los términos; derechos y obligaciones, (naturales y legales), al respecto encontramos - que del concepto biológico social constitutivo de la fuente natural del parentesco se va a derivar precisamente como consecuencias de esas relaciones de parentesco real, de hecho, derechos, obligaciones y restricciones de la misma naturaleza.

Este tipo de derechos, obligaciones y restricciones - van a tener como fundamento los principios y valores positivos, inscritos en la conciencia de los ligados por parentesco (y del hombre genéricamente) que se derivan de su naturaleza biológica, social y racional; que se traducen en los sentimientos de amor, gratitud, lealtad, amistad, confianza, justicia, equidad y solidaridad que se subliman por el vínculo del parentesco y que impulsan naturalmente a los ligados por tales lazos hacia su propia protección, bienestar y desarrollo integral, manifestándose se en esta forma su esencia ética valorativa.

Por tanto el cumplimiento de este tipo de obligaciones y ejercicio de derechos (naturales) se van a dar por regla general en forma voluntaria.

En relación a lo antes aludido encontramos que "...Todo hombre posee las inclinaciones naturales hacia el desarrollo de sus posibilidades y la obtención del bien para el hombre. Todo hombre posee también la luz de la razón que le permite refle-

xionar sobre estas inclinaciones fundamentales de su naturaleza y promulgarse a sí mismo la ley moral natural, que es la totalidad de los preceptos o dictados de la recta razón acerca del bien que ha de perseguirse y el mal que ha de evitarse..." (38).

Luis Legas y Lacambra nos menciona: "...La idea de un Derecho superior a toda ley escrita, con el cual debe conformarse todo Derecho dado en la realidad y al cual anula o deroga en caso de discrepancia.

Esta idea tiene sus raíces en lo más hondo de la conciencia y el sentimiento individuales; es 'un Derecho escrito - en el corazón del hombre'..." (39)

Derechos Subjetivos Naturales

La voz derecho, en relación al concepto biológico del parentesco la vamos a entender, en el sentido de derechos subjetivos naturales, como el conjunto de facultades naturales que nacen de las relaciones del parentesco real, de hecho, y que se fundamentan en los principios derivados de la naturaleza biológica - racional y social del hombre portador de los sentimientos

38.- F.C. Copleston *El Pensamiento de Santo Tomás*. Traducción de Elsa Cecilia Frost. Título Original Aquinas. Primera impresión. Editada por el Fondo de Cultura Económica, Brevario - 154. México. 1969. P. 243.

39.- *Filosofía del Derecho*. Quinta edición. Editorial Bosch Barcelona, España. 1978. F. P. 295, 296.

de equidad, justicia y solidaridad que se subliman por los nexos de parentesco.

Las consecuencias naturales que se derivan de las relaciones del parentesco se traducen en deberes, obligaciones y restricciones. Todo derecho es correlativo de un deber, frente a un facultado va a existir invariablemente un obligado ya natural, ya legalmente.

Con ánimo de orden y sin pretender invadir o abarcar otro campo de ideas sólo mencionaremos que uno de los principales y primigenios derechos de que goza el hombre por el sólo hecho de ser es el derecho natural a la vida, a la supervivencia, a su pleno desarrollo físico, intelectual y moral.

La vida humana se origina indefectiblemente en la familia cuyos miembros poseen naturalmente un cúmulo de afecciones que los impulsa a su recíproca protección, tanto entre la pareja como entre ésta y sus descendientes y que más aún se hace extensivas a los demás miembros de la sociedad, (congéneres).

El derecho natural a la vida y la correlativa obligación de respetarla socialmente y más aún a protegerla, se manifiesta con mayor intensidad entre los ligados por parentesco.

Este derecho subjetivo natural, que tiene todo individuo a la vida, al ser tutelado legalmente se traduce positivamente en un derecho subjetivo de carácter público y objetivamente se manifiesta en las normas relativas que a tal fin se esta-

blecen en el Código penal, concretamente en su título décimo no veno del Libro segundo bajo el rubro delitos contra la vida y la integridad corporal.

Por lo antes mencionado sólo señalaremos las siguientes observaciones:

- a) El derecho natural a la vida humana y protección de la misma tiene como fundamento los principios, y valores positivos que existen en la conciencia de los hombres, derivados de su naturaleza biológica, racional y social, que se manifiestan con mayor intensidad entre los ligados por parentesco.
- b) El respeto y observancia de esos principios y valores son la regla.
- c) El derecho natural a la vida, genéricamente y la correlativa obligación (deber natural o jurídico), de respetarlo se encuentra plenamente tutelado por el derecho penal rama del derecho Público.
- d) El Código penal, en su título supracitado toma en cuenta el vínculo de parentesco para establecer agravantes o atenuantes de la pena, según el caso y circunstancias concretas.
- e) Aunque no es cuestión principal del presente trabajo, sólo señalaremos que en las anteriores consideraciones a nuestro parecer, se encuentra uno de -

los motivos, si no el principal, por el cual el legislador estableció atenuantes y agravantes de la pena, por lo menos en el título del Código penal - señalado, con motivo del parentesco.

Lo anterior en virtud de que si se impone una pena genérica al que priva de la existencia o atenta contra la vida de un semejante, encontrándose social y legalmente constreñido a respetarla, mayor debe ser la medida en que se encuentre, no sólo obligado a respetarla, sino más aún a proteger la social, natural y legalmente.

Todas las anteriores consideraciones las justificamos, en virtud de que no podríamos dar por supuesto y sobreentendido el derecho, (natural y legal) a la vida humana que se origina en familia y que por tanto es el punto de partida en las relaciones posteriores entre los miembros de la misma, ya que como señalamos no se trata únicamente de la vida y la supervivencia de los ligados por parentesco, sino más aún de su pleno desarrollo integral, pero el presupuesto necesario es la garantía de su existencia e integridad.

Obligación

Señalada la noción del derecho (natural y legal) que se tiene a la vida, diremos, concretamente, que el ser humano re-

quiere de condiciones y elementos mínimos e indispensables para su subsistencia y desarrollo. Estos generalmente los va a encontrar en el seno de la familia.

Siguiendo con el criterio hasta ahora expuesto indicamos que las obligaciones se generan en principio, en forma natural, con base y fundamento en los principios y valores positivos derivados de la naturaleza humana y que impulsan al hombre a proteger y conservar su especie.

Se requiere también tener una noción del término obligación y al respecto nos encontramos con que algunos tratadistas hacen un extenso estudio del mismo y su contenido distinguiendo entre deber jurídico, como género y obligación como especie, (V.gr. Gutiérrez y González, Manuel Dejarque Sánchez y otros) pero, no siendo el motivo principal del presente tema el desarrollo de este interesante planteamiento, sólo señalaremos que el sentido en que vamos a entender la voz de obligación ya natural o legal es en el que Ernesto Gutiérrez y González nos dice que se utiliza de una manera que denomina "...Vulgar, no científico - Jurídica..." (40).

Ya que a nuestro criterio esta terminología se justifica ampliamente entre teóricos del derecho, como lo son, los

40.- Derecho de las obligaciones, Quinta edición, Editorial Jurídica Puebla, Pue. México. 1979. P. 27

los supracitados autores.

Por lo expuesto utilizaremos en el mismo sentido, (que por nuestra parte denominaremos tradicional) que el Código civil la expresión de referencia, tanto natural como legalmente.

Etimología

En relación a lo antes mencionado encontramos que "...La etimología orienta bastante en la noción de esta voz, de origen latino: por ob, delante o por causa de, y ligare, atar, de donde proviene el sentido material de ligadura..."(41)

Por otra parte el Diccionario de la Lengua Española - nos cita que la palabra obligación proviene "...(Del latín obligatio, -onis.) F. Imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre..." (42)

Obligación Natural

Esta la podemos entender como la exigencia o necesidad, derivada de la naturaleza humana que compele al individuo a obrar voluntariamente, por íntima convicción, en favor de sus congéneres, con miras a su auto realización ética y valorativa,

41.- Gabanellas, Guillermo. Op. Cit. Tomo V. P. 611

42.- Op. Cit. P. 931.

sublimándose esa exigencia o necesidad por causa de los vínculos de parentesco.

Este tipo de exigencias o necesidades, como ya se señaló, se van a derivar de las relaciones nacidas del hecho real - del parentesco con fundamento en los principios nacidos de la naturaleza biológica-racional y social del hombre.

De igual forma como ya se indicó en el hombre se manifiesta en múltiples ocasiones su polo negativo y en aras de la protección de los vinculados por parentesco el Estado promulga - las disposiciones pertinentes para el cumplimiento, (cuando no es voluntario) de estas obligaciones.

La obligación Legal (Jurídico-Positiva)

Esta la podemos entender en el sentido que, lato sensu nos proporciona Ernesto Gutiérrez y González como "...La necesidad jurídica de cumplir una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto que ya existe..."

(43)

Este nos parece el momento adecuado para hacer mención de que precisamente debemos al incumplimiento de las respectivas obligaciones, entre los unidos por parentesco, (y genéricamente por lazos familiares) la llamada crisis de la institución fami-

liar de la que se ocupan los diversos tratadistas del derecho de familia.

Este es el punto correspondiente a la:

Disolución Natural y Legal de la Familia y del Parentesco

a) Disolución Natural

Al respecto podemos enunciar que la familia, tratando de proseguir el orden establecido, se desintegra naturalmente, - de hecho, como efecto de múltiples factores de la realidad social.

Las anteriores afirmaciones a nuestro parecer no requie^{re}ren ni siquiera ser probadas. No es necesario realizar una profunda investigación, ni remontarse a datos estadísticos, basta - leer, ver y escuchar las cotidianas noticias que al respecto se difunden y observar alrededor de nuestro conglomerado social pa^{ra} ra percatarnos de que la crisis de la familia es un hecho (reflejo fiel del deterioro social) y del cual no podemos escapar, por que somos parte del mismo y sentimos en propia carne sus múltiples y nefastos efectos.

Estos efectos los reciente en grado superlativo la familia del estrato socialmente más desprotegido, donde se encuentra el extremo trágico de los mismos.

Es^{te} es el hecho, innegables sus efectos, los que no requieren probanza alguna. Las causas y remedios de la crisis -

son motivo de investigación profunda en sus múltiples aspectos: históricos, Sociológico, económico, filosófico, etc., de ahí la complejidad del problema. Se pueden enunciar efectos de la crisis referidos a la institución de la familia, algunos elementos secundarios que influyen en la misma pero difícil es en verdad tratar de llegar a su fundamento original, a la causa principal; y más complejo aún determinar la forma de llegar al remedio del problema tanto a nivel social como a nivel familiar.

No siendo posible un análisis profundo de las causas, efectos y posibles remedios de nuestra crisis social y familiar, debido a su extensión, sólo señalaremos: que la razón y la experiencia (histórica) nos demuestran que el hombre necesita de la sociedad y ésta surge en principio de hombre a mujer, cobrando vida en esta forma las relaciones de familia en las que se incluyen los descendientes y mutuos ascendientes.

La familia es la mínima expresión de la gran sociedad que constituye el Estado, por tanto, el sentido común nos dicta que éste debe procurar el bien tanto del individuo, como de la sociedad, equilibrándolo, sin extremos, dentro de un marco legal acorde con los principios derivados de la naturaleza humana.

Lo antes mencionado obviamente constituye un ideal ya que la bipolar naturaleza del hombre se refleja también en las instituciones por el mismo creadas, no hablamos sólo de ahora y en concreto, sino de una situación histórica.

Cabe mencionar que entre otros factores reales que contribuyen a la crisis social y familiar actual, sólo enunciativamente, son:

a) El deterioro de la economía

Agravado en la actualidad por la baja en los precios - del petróleo y los terremotos del mes de Septiembre del año de 1985 e históricamente por la corrupción institucionalizada.

b) La Educación

Que requiere un mayor nivel académico, en maestros y alumnos, una periódica actualización de planes de estudio en congruencia con la realidad y el desarrollo de los Estados más poderosos, y desde su cimiento, despertar la conciencia moral del individuo encomendándolo al bien social, apoyándose en el uso positivo de los medios masivos de comunicación.

Economía y educación, sólo dos rubros entre otros que pueden ser causa de la tan citada crisis; pero como ya se señaló lo que la institución que nos ocupa (la familia) ve y siente directamente son los efectos, que se traducen en: el desempleo que empuja, cuando no al delito, al suicidio, al alcoholismo y a la drogadicción; el trabajo mal remunerado (propiciante de la corrupción) que hace indispensable la labor de la mujer como aportación al hogar; la escasez de vivienda; el maltrato de la mujer y del menor.

El Estado, en procuración del bien del individuo y de la sociedad, no obstante las anteriores afirmaciones, está realizando un gran esfuerzo para lograr el desarrollo armónico de la institución fundamento de la sociedad, en congruencia a lo establecido por el artículo 16 párrafo tercero de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mismo que a la letra dice :
 "...La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado..."

En relación con lo antes señalado, nuestra Carta Magna determina en su artículo 4º que "...El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas..."

De tal suerte encontramos que por disposición y correspondiente decreto de fecha 13 de Enero de 1977 se crea el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, cuyos objetivos se señalan en el artículo 2º del propio decreto, y en

yo artículo citado, a la letra establece: "...Los objetivos del Sistema serán:

- I.- Promover en el país el bienestar social;
- II.- Promover el desarrollo de la comunidad, fomentar el bienestar familiar;
- III.- Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y en general a la infancia, así como a las madres gestantes;
- IV.- Fomentar la educación para la integración social, a través de la enseñanza preescolar y extrapreescolar;
- V.- Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez y la formación de su conciencia crítica.
- VI.- Investigar la problemática del niño, la madre y la familia, a fin de proponer las soluciones adecuadas;
- VII.- Establecer y operar de manera complementaria - hospitales, unidades de investigación y docencia y centros relacionados con el bienestar social;
- VIII.- Fomentar, y en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores en estado de abandono;

- IX.- Prestar organizada y permanentemente servicios de asistencia jurídica a los menores y a las familias, para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del Sistema;
- X.- Derogada
- XI.- La coordinación con otras instituciones afines cuyo objeto sea la obtención del bienestar familiar..." (44).

Posteriormente, mediante decreto de fecha 21 de Diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) se reestructura, principalmente en lo que se refiere a sus objetivos, para quedar el artículo 2º en los siguientes términos:

"...Art. 2º.- El Sistema tendrá por objeto:

- I.- Promover el bienestar social y prestar al efecto servicios de asistencia social, conforme a las normas de la Secretaría de Salubridad y Asistencia;
- II.- Apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad;
- III.- Fomentar la educación, para la integración social.

44.- Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de Enero 1977.

- IV.- *Impulsar el sano crecimiento físico y mental de la niñez;*
- V.- *Proponer a la Dependencia que administre el Patrimonio de la Beneficiencia Pública, programas de asistencia social que contribuyan al uso eficiente de los bienes que lo componen;*
- VI.- *Atender las funciones de auxilio a las instituciones de asistencia privada que le confíe la dependencia competente, con sujeción a lo que disponga la Ley relativa;*
- VII.- *Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, de ancianos desamparados y de minusválidos sin recursos;*
- VIII.- *Realizar estudios e investigaciones sobre los problemas de la familia, de los menores de los ancianos y de los minusválidos;*
- IX.- *Prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a los menores, ancianos y minusválidos sin recursos;*
- X.- *Intervenir en el ejercicio de la tutela de los menores, que corresponda al Estado, en los términos de la Ley respectiva;*

XI.- *Auxiliar al Ministerio Público en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo a la Ley...* (45)

Però el esfuerzo citado no es suficiente, toda vez que las condiciones socioeconómicas del Estado no permiten la completa realización de los objetivos señalados, en lugar de vislumbrarse un futuro prometedor se tiene a la vista un panorama aún más incierto.

Por tanto se debe pugnar porque el apoyo del Estado se traduzca en un derecho más acorde cada día con sus principios más puros, de justicia, equidad y bien común, donde el orden jurídico no sólo sea instrumento útil, materialmente, para la satisfacción de intereses de un sector determinado de nuestra sociedad.

Disolución Legal del Parentesco

Mencionados los factores que tienden a desintegrar naturalmente a la familia, señalaremos algunos aspectos que el legislador incluye por cuanto hace a las consecuencias derivadas de la disolución del vínculo de parentesco, ya natural o legal.

La muerte es la forma natural de extinguirse el parentesco.

45.- *Diario Oficial de la Federación del 21 de Diciembre de 1962*

tesco consanguíneo, es la única forma de disolución de éste -- vínculo; el derecho toma en cuenta este hecho para atribuirle - las consecuencias correspondientes.

Por cuanto hace al parentesco por afinidad, también se extingue con la muerte, o por el divorcio, pero legalmente se actualiza el impedimento para que pueda contrar matrimonio uno de los cónyuges y los parientes, en línea recta consanguínea, del otro.

Por lo que toca a la adopción, parentesco civil, se prueba la revocación de la misma, como forma legal de extinción de este tipo de parentesco.

Volviendo a la idea de párrafos anteriores, (obligaciones) tenemos que, cumplido el presupuesto de la existencia del ser humano, procede dotarlo y rodearlo de los elementos y condiciones (incluida la libertad) mínimos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, y entre otras consecuencias que se derivan de las relaciones que se establecen entre los ligados por parentesco, encontramos:

La Obligación Alimentaria

Es esencialmente de origen biológico, por tanto natural, deriva indiscutiblemente de la naturaleza biológica del ser humano, en principio, que racionalmente lo impulsa a la protección de sus consanguíneos, aún antes de que vean la luz del

sol, y una vez nacidos, la misma naturaleza los continúa dotando, a través de su progenitora, por determinado tiempo, de lo indispensable para su subsistencia. Una vez agotado este recurso, los padres por tendencia, conciencia y solidaridad van a continuar rodeando de esos elementos y condiciones indispensables para la subsistencia y desarrollo integral a sus consanguíneos.

La Obligación Alimentaria Natural

Podemos decir que es la exigencia o necesidad, derivada de la naturaleza humana, que compele al individuo para dotar a sus consanguíneos de los elementos y condiciones mínimas indispensables para su subsistencia.

Etimológicamente la voz no nos dice gran cosa, toda vez que indica, que alimento proviene, según el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, "... (del lat. alimentum; de alere, alimentar.) m. Sustancia nutritiva, de origen animal o vegetal, indispensable para el proceso vital..." (46).

Es oportuno recordar la frase que dice: "no solo de pan vive el hombre" y al hablar de alimentos nos referimos no sólo a las sustancias que ingiere el ser humano para sobrevivir, sino también a otros elementos que lo mismo le son indispensables, tanto para subsistir, como para su desarrollo integral -

46.- Op. Cit. Tomo 1 P. 120.

hasta quedar apto para valerse por sí, estos son: la habitación, el vestido, el auxilio a la enfermedad, la educación, el oficio o arte que ha de desempeñar y algo muy importante que es la tradición de valores positivos, que ha de forjar en los individuos la conciencia moral que les va a determinar en su actitud frente a la vida.

De sentido común es reconocer que tanta obligación - tienen los padres de alimentar y proteger a los hijos (que lo hacen generalmente con el amor que confiere la sangre), como los hijos tienen la obligación natural de alimentar y proteger a los padres, cuando éstos ya no pueden valerse por sí mismos, de ahí la reciprocidad en cuanto a uno de los principales y primeros objetos de la familia y que es precisamente la protección de sus miembros y la tradición de valores positivos que también debe ser recíproca, todo con fundamento en los más puros sentimientos de la naturaleza humana.

Obligación Alimentaria Legal

La obligación alimentaria que surge en forma natural es tomada en cuenta por el orden positivo que regula su cumplimiento, ya que, como se mencionó, el hombre no siempre cumple, al manifestarse negativamente, con sus naturales obligaciones .

Concepto Jurídico de Obligación Alimentaria

Rojina Villegas lo maneja a contrario sensu, diciendo: "...podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos..." (47).

A la anterior definición agregaríamos que el derecho de alimentos se origina también por virtud del parentesco civil y del concubinato; que por cuanto el divorcio la fuente de la obligación en forma directa es el matrimonio.

En un sentido amplio la obligación alimentaria es "... El deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario, de proveer a otro llamado acreedor alimentario, de acuerdo con la capacidad del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir..." (48)

La obligación alimentaria no se origina entre parientes por afinidad en nuestra legislación, pero sí se contempla entre concubinarios y entre adoptante y adoptado.

47.- Cp. Cit. P. 261

48.- Montero Duhalt, Sara. Cp. Cit. P. 60

hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio..."

Refiriéndose el citado artículo a los delitos sexuales: estupro, violación, raptó, incesto y adulterio.

No en todos los casos el acreedor alimentario tiene la posibilidad de ejercitar directamente la acción correspondiente y al efecto el Código Civil en el Art. 315 decreta: "Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I.- El acreedor alimentario;*
- II.- El ascendiente que lo tenga bajo su patria potestad;*
- III.- El tutor;*
- IV.- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;*
- V.- El Ministerio Público..."*

El Estado a través del derecho procura el bien de los ligados por parentesco y en razón de la importancia e interés público de las normas que tienden a la protección de la familia, vigila que las disposiciones en materia de alimentos sean cumplidas sin excepción y no sólo a través del ordenamiento privado, sino que para asegurar plenamente el efectivo cumplimiento de la obligación alimentaria, incluye en el Código Penal, bajo el rubro delitos contra la vida y la integridad corporal, el ca

pítulo relativo al abandono de personas al tenor de los artículos siguientes: en el Art. 335 determina "...Al que abandone un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido..." En el Art. 336 "...Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado..." En el Art. 336 bis. "...Al que intencionalmente se coloca en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la Ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. El juez resolverá la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste..."

Lo anterior lo comprendemos como una consecuencia, entre otras, del derecho que el ser humano tiene en primer término a la existencia y a su integridad física y mental, toda vez que careciendo de lo indispensable el hombre no puede aspirar a su pleno desarrollo, pues, como ya señalamos el presupuesto de

éste, es la existencia e integridad. Los elementos y condiciones mínimas los va a encontrar el ser humano, en principio, en el seno de la familia, cuyos miembros generalmente cumplen voluntariamente con su cometido, y cuando la excepción se presenta - surge el derecho positivo tutelando los derechos de las personas ya en el ámbito del derecho privado o en el público, pero, en - última instancia, con el mismo fin que es la protección y el mejoramiento de la Célula Social.

El Código Civil regula lo relativo a los alimentos en los artículos 301 a 323.

La Sucesión Natural y Legítima.

Una consecuencia más que se deriva de las relaciones - entre los ligados por parentesco es la relativa a la transmisión del patrimonio por causa de muerte del titular del mismo.

Bastante extenso sería el análisis del desarrollo histórico de esta institución, por lo que solamente señalaremos que la misma tenía una configuración muy diferente en el Derecho Romano en virtud de que los conceptos de propiedad y culto eran in separables en la antigua sociedad Romana.

Al respecto encontramos que "...La regla para el culto es que se transmita de varón en varón; la regla para la herencia que siga el culto. La hija no es apta para continuar la reli -

gión paterna, pues que se casa, y al casarse renuncia al culto del padre para adoptar el del esposo; no posee, pues, ningún título a la herencia. Si un padre dejase sus bienes a la hija, - la propiedad se separaría del culto, y esto es inadmisibile..."

(50)

Sucesión Natural

Esta la podemos relacionar con la facultad, exigencia o necesidad, derivada de la naturaleza humana, que constriñe al titular de un patrimonio a transmitirlo en favor de sus parientes con miras a proporcionarles los elementos condiciones indispensables para su subsistencia y desarrollo integral.

Señalamos que la sucesión se traduce en facultad, en virtud de que no siempre el ligado por parentesco, matrimonio o concubinato va a ser merecedor del patrimonio, y en tal supuesto el titular del mismo, naturalmente, puede designar heredero a un extraño, no vinculado por parentesco, matrimonio o concubinato.

También hay que reconocer la existencia de quienes no actúan, por determinadas circunstancias, de acuerdo a los principios y valores positivos de la naturaleza humana, y estarían dispuestos a dejar, a quienes tienen la obligación de proteger, en la más completa miseria.

Concepto de Sucesión

La Enciclopedia Jurídica OMEBA nos señala que el término no sucesión "...Deriva del latín 'successio - onis' y significa en sus tres primeros alcances : 'Acción y efecto de suceder'. Y esta última expresión, derivada del latín 'Succedere' significa a su turno: entrar una persona ó cosa en lugar de otra o seguirse de ella'.

'Descender, proceder, provenir'...(51).

Se presentan dos casos o supuestos en relación a la sucesión:

a) Cuando el titular del patrimonio antes de su fallecimiento expresa su voluntad a fin de nombrar sucesores o herederos los cuales generalmente, van a ser sus parientes y familiares más próximos.

b) Cuando el titular del patrimonio fallece sin haber manifestado expresamente su voluntad por cuanto a quienes han de sucederle.

Sucesión Legítima

Nuestro derecho positivo regula lo relativo a la sucesión y en defecto del uso de la facultad o el cumplimiento de -

51.- Op. Cit Tomo XXV P. 938

la exigencia o necesidad de transmitir el patrimonio por parte del titular, propiciada por falta de testamento o por voluntad contraria al cumplimiento de la obligación alimentaria, toma en cuenta los principios positivos, cuya fuente es la naturaleza del hombre, y presumiendo el afecto por el grado de parentesco crea las normas relativas a la sucesión legítima.

Antonio de Ibarrola nos refiere: "...En el antiguo derecho germánico se consagra el principio de que los herederos son creados por Dios, en virtud del vínculo consanguíneo y por ello el de cujus sólo puede efectuar liberalidades respetando la porción LEGÍTIMA de los herederos. Solus Deus heredes facere potest, non homo (sólo Dios puede hacer heredero, no el hombre). De aquí resultaron algunas legislaciones actuales la noción de una herencia, es decir, de una parte de la herencia denominada la LEGÍTIMA, de la cual el testador no puede disponer, porque la ley la reserva a determinados herederos que califican de forzosos..." (52)

El Código Civil especifica en el artículo 1251: - "...Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte..."

De lo antes citado se desprende que los términos herencia y sucesión son utilizados como sinónimos, y al respecto

52.- Cosas y Sucesiones, cuarta edición. Editorial Porrúa, México 1977. P. 779.

encontramos que la palabra herencia, según el Diccionario de la Lengua Española proviene "... (Del lat. herens, -entis, heredero) f. Derecho de heredar. Conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir una persona, son transmisibles a sus herederos o a sus legatarios..." (53)

El Código Civil estatuye en el artículo 1282 "... La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima..."

En nuestra legislación no se prevé propiamente lo que antaño se entendía por sucesión legítima, sino que existe plena libertad para testar, excepto cuando se va en contra de la obligación alimentaria. A lo que se refiere el Código Civil con el término sucesión legítima es al supuesto de que el de cujus no haya otorgado testamento o el realizado sea declarado ineficaz.

Al respecto Leopoldo Aguilar Carbajal indica: "...El sistema de la libre testamentifacción consiste en que el testador, salvo las limitaciones de dejar alimentos a las personas a quienes tiene obligación legal de sostener, es libre para dejar sus bienes a la persona que desee; en cambio, el régimen de la legítima presupone una limitación a la libertad de tes -

53.- Op. Cit. P. 702

tar, ya que el testador tiene obligación de dejar parte de sus bienes a los parientes más allegados y sólo es libre de dejar a quien quiera, la parte sobrante ..." (54)

Por su parte Guillermo Cabanellas nos dice que la sucesión legítima es: "...La deferida por disposición de la ley a ciertos parientes del difunto, y en último caso al Estado, cuando se muere sin testamento alguno o carece de eficacia el hecho. Es sinónimo de sucesión intestada..." (55)

Por cuanto hace a los supuestos en base a los cuales se origina la sucesión legítima, el Código Civil establece en el artículo 1599 "...La herencia legítima se abre:

- I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgo es nulo o perdió validez;
- II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
- IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto..."

En relación a las personas que tienen derecho a heredar por sucesión legítima nuestro Código Civil, a nuestro pare

54.-Segundo Curso de Derecho Civil. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1975, P. 341.

55.-Op. Cit. Tomo VII, P. 936.

cer acertadamente, incluye a la concubina y el concubinario estableciendo lo relativo en el artículo 1602 al resolver: "... Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I.- Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisficieren en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635..."

Al respecto el artículo 1635 dispone: "...La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará..."

Nuestra legislación civil excluye expresamente a los parientes por afinidad del derecho a heredar por vía legítima al disponer en el artículo 1603: "...El parentesco de afinidad no da derecho a heredar..."

El ordenamiento civil regula lo relativo a la sucesión legítima en los artículos 1599 a 1606, título cuarto del

libro tercero. Encontrándose disposiciones comunes a la testamentaria en el título quinto del mismo libro.

Independientemente de la razón u origen del concepto de propiedad en íntima relación con el tema que nos ocupa, éste tiene una causa más profunda, a nuestro parecer se fundamenta, además, como ya lo mencionamos, en la facultad, exigencia o necesidad de dotar a los ligados por parentesco matrimonial o consanguineo, de las condiciones, los elementos necesarios para subsistir y desarrollarse íntegramente, cumpliendo de tal suerte el hombre uno de sus deberes sociales más trascendentales, en congruencia con su naturaleza, principios y valores.

Patria Potestad

Esta deriva de un sentimiento connatural al hombre. - El bienestar y desarrollo de la familia requieren de un orden y el presupuesto de éste es la autoridad que reside en los titulares de la primera por evidente razón. La ausencia de autoridad es sinónimo de anarquía.

El procurar la protección, el progreso intelectual, moral y espiritual de los hijos es algo connatural al hombre; más que un poder, facultad u obligación se traduce en un sentimiento que exige ser satisfecho. Porque el cumplimiento de esa exigencia natural lleva al ser humano a realizarse como tal, -

como persona portadora de elevados principios y valores, como progenitor que es y como hijo que fue.

En Roma Antigua

La patria potestad era congruente con su denominación, ya que efectivamente se refería al poder del padre, mismo poder acorde a las circunstancias que la hacían tener características muy diferentes a la actual.

Lo relativo al padre o pater, según nos refiere Fustel de Coulanges: "...Contenía, no la idea de paternidad, sino la de poder, de autoridad, de dignidad majestuosa..." (56)

Esto en razón del culto, el derecho y circunstancias - acordes al momento histórico por los cuales en el padre romano coincidían, como lo señala el supracitado autor, las personalidades de padre de familia, jefe religioso, titular de propiedades y juez familiar, por esta última característica se habla del poder de vida y muerte que el mismo tenía sobre los sujetos a su potestad, no obstante dicho poder no era arbitrario.

56.- Op. Cit. P. 62

Conceptos de Patria Potestad

Antonio de Ibarrola cita acerca del término de patria potestad: "... Viene esta expresión del latín patrius, a, um, - lo relativo al padre, y potestas, potestad..." (57)

En el Diccionario de la Lengua Española encontramos - que la voz potestad proviene: "... (Del lat. Potestas, - atis.) ... Autoridad que los padres tienen, con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no emancipados..." (58)

De donde se infiere que patria potestad es lo relativo al poder o autoridad del padre sobre los hijos.

Por su parte Rafael de Piña menciona: "... La patria potestad se define como el conjunto de las facultades, se suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria..." (59)

Santiago Carlos Fassi, citando a Nicci F., dice que la patria potestad: "... es una especie de magistratura doméstica, y tiene su primer fundamento en la naturaleza, la cual exige que los hijos estén sometidos al padre para su cuidado y educación. La ley civil en todos los países no hace sino reconocerla, desarrollarla en sus efectos y regular su ejercicio

57.- Op. Cit. P. 359

58.- Op. Cit. P. 1055

59.- De Piña, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Décima edición. Editorial Porrúa, México, 1960, P. 373.

en interés de la familia y de la sociedad..." (60)

Una vez más encontramos que las consecuencias derivadas de las relaciones familiares surgen de hecho acordes a su naturaleza y fines. La regulación de esas relaciones requiere de la autoridad para el logro del bienestar y perfeccionamiento físico e intelectual en los hijos, tanto en lo temporal como en lo espiritual; en lo social y en lo familiar, es pues el orden una necesidad que tiene como presupuesto la autoridad y que a su vez es el antecedente del bienestar familiar y social.

"...La misma ola de violencia rebelde y de abierto desafío a toda clase de autoridad - que se extiende no sólo al campus universitario sino que llega hasta el hogar familiar - y que aparece patrocinada por la llamada 'nueva izquierda', inspirada en el pensamiento de Mao-Tse-Tung y de Herbert Marcuse, - acabará por estrellarse en el firme muro de una naturaleza humana que no puede desarrollarse ni llegar a la perfección sin que haya un orden. Un orden más justo, más equitativo, más humano, ciertamente; pero orden, al fin y al cabo..." (61)

El Estado, a través del derecho objetivo, debe garantizar el ejercicio de la patria potestad, y de las demás potestades y obligaciones naturales, respetando los principios y valores de las personas en particular, coadyuvando de tal forma

60.- *Estudios de Derecho de Familia. S/E. Editora Platense. La Plata, Provincia de Bs. As. Argentina, 1962. P. 20.*

61.- *González Uribe, Hector. Op. Cit. P. 306.*

al bienestar de la familia y la sociedad.

Al respecto, Hector González Uribe dice: "... hemos visto cómo el Estado respeta la dignidad del hombre; lo considera - portador de valores espirituales, que trascienden el ámbito de lo político; aprecia y garantiza sus determinaciones libres; considera a la iniciativa privada como la fuente primaria de la vida social, económica y política, y asume, en consecuencia un papel meramente subsidiario; y busca, en todo caso, crear y mantener un clima de seguridad y ayuda para que el hombre alcance su propio perfeccionamiento..." (62).

Ya señalamos que los progenitores protegen y buscan - las mejores condiciones de los hijos por el sentimiento que confiere la sangre y los principios connaturales al ser humano; - siendo el Estado creación social, lógico es que el mismo procure la protección y el mejoramiento, a través del derecho, del fundamento del mismo constituido indubitablemente por la familia, - respetando esos principios incisos en la conciencia de los hombres.

Características de la Patria Potestad

Los diversos autores coinciden al señalar que la pa

62. - Op. Cit. F. 304.

tria potestad es un cargo, derivado de una institución, de derecho privado e interés público, irrenunciable (Art. 448 C.C.) intransferible (excepto adopción), no se adquiere ni se pierde por prescripción, es temporal (minoridad del hijo) y excusable (Art. 448 C.C.)

Los Sujetos

Que la ejercen son: Los progenitores y los abuelos paternos y maternos (Art. 414 C.C.)

Sobre quienes se ejerce: Hijos y nietos menores de edad, no emancipados. (Art. 412 C.C.)

Nuestra legislación incluye entre los sujetos a patria potestad a los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero supeñita el ejercicio de la misma al reconocimiento por parte de los progenitores del hijo nacido en estas condiciones.

Lo que a nuestro criterio constituye una distinción injusta, ya que tan progenitores, como hijos son los que cumplen con las formalidades de la ley, como los que no, por lo que a nuestro parecer el artículo 414 del Código Civil en lugar de enunciar: "...La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce...", debería decir: "La patria potestad sobre los hijos se ejerce", sin distinguirlos, en virtud de que como ya señalamos la relación surge de hecho independiente que sea reconoci

da o no por el derecho positivo y por tanto debe comprender todos los supuestos que se presentan, porque hay que recordar que también existen la familia y las adopciones de hecho.

Aunque tal distinción sea sólo enunciativa. Pero en última instancia lo importante y trascendente es que el Estado a través de la legislación cumpla con su cometido de protección al elemento fundamental de la sociedad.

De la patria potestad se derivan a su vez consecuencias jurídicas que se traducen en derechos y obligaciones tanto en relación a la persona, como a los bienes de los sujetos a la misma, y de los personas que la ejercen.

Entre otras consecuencias de la patria potestad, en relación a la persona de los hijos, el Código Civil establece en el artículo 411 "...Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes..."

El artículo consagra una obligación de los hijos en general de carácter eminentemente moral, y la cual no obstante se observa por regla, aún ignorando la existencia del referido precepto. Consideremos atinada su inclusión, aunque carezca de fuerza coactiva.

Esta consecuencia no deriva propiamente de la patria potestad, sino que surge naturalmente de la relación entre los sujetos de la misma.

Otro de los efectos en relación a los hijos consiste en que éstos no podrán abandonar la casa sin permiso de quienes ejercen la patria potestad o mediante decreto de autoridad competente según lo dispone el artículo 421 que a la letra dice:

"...Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente..."

Estatuye una obligación de convivencia para que el hijo no pierda la relación en familia, y ésta no se desintegre fácilmente.

Respecto de las personas que ejercen la patria potestad encontramos en términos generales las siguientes consecuencias:

Alimentos

Al respecto el Código Civil en el artículo 303 prescribe: "...Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado..."

Educación

Esta obligación se encuentra comprendida dentro del rubro supracitado según se desprende del artículo 308 del ordenamiento antes citado que especifica: "...Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimento..."

Complementariamente en el artículo 422 se establece :

"...A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente ..."

De aquí se infiere que los alimentos se encuentran en directa relación con la patria potestad y por tanto con la educación conveniente del menor que implica rodearlo de un ambiente propicio para el desarrollo armónico de sus facultades.

Quien ejerce la patria potestad debe servir de ejemplo con su conducta y forma de vida, encontrando en relación directa, en el Código Penal que los artículos 201 a 204 del referido ordenamiento, relativos al delito de corrupción de menores, previenen el citado delito y al activo del mismo lo sanciona doblemente - cuando sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor (no incluye adoptantes) privándolo, además, del derecho a los bienes - del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes, inhabilitándolo para ser tutor o curador.

Representación del Sujeto a Patria Potestad

El Código Civil en el artículo 424 determina: "...El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez..."

Lo anterior lo entendemos en virtud de que el menor tiene capacidad de goce, pero no de ejercicio.

De los efectos de la Patria Potestad respecto de los Bienes de los Hijos.

Bajo el citado rubro el Código Civil establece los preceptos destinados a la protección de los bienes del menor sujeto a patria potestad y al respecto distingue los bienes al tenor del artículo 428 que especifica: "...Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquiere por su trabajo;*
- II.- Bienes que adquiere por cualquier otro título..."*

Se le concede al hijo la propiedad, administración y usufructo de los bienes adquiridos mediante su trabajo, respetando de tal forma su derecho a la propiedad y más aún al dominio y disposición de los mismos. A tal fin, en relación al su-

practicado precepto, el artículo 429 señala: "...Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo..."

Por cuanto a bienes que el sujeto a patria potestad adquiera por cualquier otro título, el Código Civil en el artículo 430 establece: "...En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante a dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se catará a lo dispuesto..."

La ley civil concede a la autoridad judicial la facultad de proteger los bienes del sujeto a patria potestad, a petición de parte interesada, del menor o del Ministerio Público (Art. 441 C. C.)

De los Modos de Acabarse y Suspenderse la Patria Potestad.

Propiamente el Código Civil prevé su extinción, pérdida, suspensión y excusa. Al efecto dispone en primer término: "... La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III.- Por la mayor edad del hijo..."

En los supracitados casos se señala la extinción, pero por lo que se refiere a la fracción I la patria potestad se extingue sólo en relación al que la ejerce si fallece y la misma puede recaer en otra de las personas facultadas para el caso.

Pérdida de la Patria Potestad

Al respecto el ordenamiento civil señala en el artículo 444: "...La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- *Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados - por más de seis meses...*"

Al respecto Montero Duhalde comenta: "...La casuística del artículo 444 parece innecesaria. Bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independiente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos..." (63)

Por cuanto a la suspensión de la figura en cuestión el ordenamiento civil en el artículo 447 ordena: "...La patria potestad se suspende;

- I.- *Por incapacidad declarada judicialmente;*
- II.- *Por la ausencia declarada en forma;*
- III.- *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*

Por cuanto hace a la excusa para ejercerla el artículo 448 prescribe: "...La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I.- *Cuando tengan sesenta años cumplidos;*
- II.- *Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño..."*

De tal suerte, una vez más, encontramos que el Estado, a través del derecho positivo, procura como es debido el bienestar familiar y en virtud de la importancia e interés público de las funciones y fines propios de la familia, eminentemente derivados de la naturaleza biológica, racional y social del hombre, atiende su protección no sólo mediante el ordenamiento privado, sino que, además, se apoya en diversos y variados preceptos del derecho penal, como lo hemos referido, por lo que ambos ordenamientos deben seguirse muy de cerca, en cuanto a la evolución de las disposiciones relativas a la materia.

La Tutela Legítima

Otra de las consecuencias derivadas del parentesco es la relativa a la tutela legítima, la cual recae concretamente en los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado colateral, inclusive.

La clase de tutela que nos interesa, en razón del tema en cuestión, es la relativa a la legítima, no obstante se hace necesaria la noción de la tutela en general, por lo que a tal fin citaremos algunos conceptos de la misma.

Conceptos de Tutela

Guillermo Cabanellas nos refiere que la tutela es:

"...En general, toda suerte de protección, amparo, -
defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intere -
ses..." (64)

En el Diccionario de la Lengua Española aparece que el término proviene: "...(Del lat. tutela.) f. Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para curar de la persona y los bienes de aquél que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil..." (65)

Por su parte Sánchez Román nos indica que la misma es: "...un órgano legal mediante el cual se provee a la repre-
sentación, a la protección, a la asistencia, al complemento -
de los que no son suficientes para gobernar su persona y dere-
chos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica,
ya sea la causa la menor edad, ya la incapacidad física, men-
tal o de otras clases, ya la legal de la interdicción, como-
accesoria de ciertas penas, ya la judicial, ya de la prodiga-
lidad declarada por sentencia..." (66)

64.- Op. Cit. P. 233

65.- Op. Cit. P. 1309

66.- CitaCo por Muñoz, Luis. Op. Cit. P. 171

Antecedente en el Derecho Romano

Es la tutela una institución que con los naturales - cambios tiene su antecedente remoto en el derecho romano, donde conjuntamente con la curatela tenía semejantes funciones a la - tutela actual. No sucedió lo mismo con la curatela, misma que en la actualidad tiene funciones de vigilancia para el tutor.

Existe la idea entre algunos autores de derecho romano de que la tutela se destinaba a la protección de los personas y que la curatela estaba en relación más directa con los - bienes.

Guillermo Floris Margadent comenta: "...Se ha pretendido que la tutela estaba ideada para situaciones normales, como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veintidós años..." (67)

Ya en el derecho romano se distinguía entre tutela - testamentaria, legítima y dativa, al respecto el autor supracitado refiere: "...Infantes o impúberes tenían un tutor que - se designaba por testamento o por vía legítima. En este último caso se escogía al próximo agnado (o al próximo cognado, desde la intervención de Justiniano, conforme a la política general de este emperador de tener en cuenta el parentesco, tanto -

67- Op. Cit. P. 220

por vía masculina como femenina); o bien, a falta de las posibilidades anteriores, por nombramiento oficial, que haga el pretor a los tribunos..." (68)

La aptitud para valerse por sí mismo es condición indispensable para la subsistencia. La falta de esta aptitud es substituida y en defecto de la misma se hace necesario que el sujeto incapaz por cualquier causa, no quede indefenso en su persona y bienes. Lo más lógico y natural es que esta función recaiga, principalmente, en los ligados por parentesco, matrimonio o concubinato, por evidente razón.

Consideramos que esta protección de la persona y bienes de quienes no son capaces de conducirse por sí, se origina con base en los sentimientos de solidaridad familiar, social y legal, siendo de nuestro principal interés la primera de las mencionadas.

Solidaridad familiar, ya que los primeros obligados naturalmente a protegerse recíprocamente son precisamente los ligados por tales vínculos, obligación que más bien se traduce en un sentimiento que impulsa al cumplimiento de los fines propios de la institución familiar.

Solidaridad social, pues quien niega que por naturaleza, generalmente, los individuos independientemente del vínculo familiar tienden a su mutua protección, (no ignoramos las excep

ciones, pero éstas hacen la regla).

El Estado, a través de su legislación, debe procurar - el bienestar de la institución familiar, mediante normas que respalden y reflejen el sentimiento moral del grupo, que por tanto - sean formal, material y efectivamente válidas, con apoyo de las instituciones creadas al efecto ya que: "...Por la magnitud y - dimensiones de la problemática social que plantea la realidad de una población mayoritaria de menores de edad, tenemos la certeza de que una de las maneras de disminuir y tratar de resolver los causas de la desintegración familiar, reside en el derecho y es - tructura, fundamentalmente, en el fortalecimiento de la capacidad de respuesta institucional para brindar la orientación, asces - ría y representación de los menores y la familia, de una manera más amplia y consistente..." (69)

Tutela de Hecho

Congruentes con el orden que pretendemos seguir, señalamos que no se puede negar tampoco la existencia de la tutela de hecho, misma que se puede dar tanto a nivel familiar, como a nivel social.

69.- Forano de López Portillo, Carmen. "Pensamiento". Publicado en Revista del Menor y La Familia (Órgano Informativo y de Divulgación del IJF) AÑO 2, número 2 Primer Semestre de 1982. Litográfica Oro, México, 1982.

No nos referimos aquí a la tutela de hecho a la cual aluden diversos tratadistas, Antonio de Ibarrola (70) y otros, ya que la que señalan como tal tiene un antecedente legal, y se relaciona más directamente con la denominada gestión de negocios que con la figura que nos ocupa.

Mencionamos tutela de hecho como un acto concreto y continuo por el cual aquellos que son incapaces para conducirse por sí mismos son acogidos, a falta de padres y abuelos, por los demás parientes consanguíneos, por afinidad e incluso por extraños con quienes no les une ningún lazo familiar, pero que lo hacen en satisfacción de sentimientos altruistas, solidarios, por convicción, exigencia o necesidad de carácter moral y que no requieren, por la naturaleza misma de la relación, para cumplir con su fin de regulación positiva.

Sin embargo, no negamos que la actuación de la institución tutelar requiera de un orden normativo en virtud de que, ya manifestamos anteriormente, en el ser humano se manifiesta también su cara negativa y es cuando el Estado, a través del derecho, debe oponer sus normas a tales conductas.

La Tutela en Nuestra Legislación

70.- Op. Cit. P. 402.

Concepto

El pronto Código Civil nos lo proporciona en el artículo 449 que refiere: "... El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley..."

En seguida nos especifica que personas se encuentran incapacitados natural y legalmente para conducirse por sí, o sea sobre quienes se va a ejercer la tutela, indicando que son:

- a) Los menores de edad.- En caso de que no haya quien ejerza la patria potestad;
 - b) Mayores de edad.- Privados de inteligencia;
 - c) Sordomudos que no saben leer ni escribir;
 - d) sirios consuetudinarios y farmacodependientes
- (Art. 450 C.C.)

Tutela Cargo de Interés Público

La tutela es una institución de derecho privado cuyo ejercicio es de interés público (Art. 452 C.C.)

Irrenunciable

La tutela es un cargo irrenunciable del que nadie puede, sin motivo fundado legalmente, eximirse so pena de pagar - los daños y perjuicios resultantes (Art. 452 y 453 C.C.)

Al respecto Lontero Duhalit nos señala: "...la excusa injustificada, la renuncia o remoción del cargo, ocasionan también la consecuencia sancionadora de privar al tutor de su derecho a ser heredero o legatario de la persona que lo nombró tutor en su testamento (art. 1315 F. VI, 1331 y 1332). Se convierte también en incapacidad para heredar en la vía legítima según lo señalado en el art. 1333..." (71)

El propio Código Civil determina en que casos las personas: son inhábiles para ejercer la tutela, deben ser separadas o pueden excusarse del cargo (arts. 503, 504, 505 y 511 C.C.)

Garantía que se exige al tutor

El tutor debe garantizar el ejercicio de su cargo mediante caución, excepto: cuando se trate de ascendiente, descediente, o cónyuge (se excluyen concubinos); en el caso de que no se administran bienes; así lo haya dispuesto el testador o se trate de depósitos (art. 519, 520, 521 C.C.)

71 - Op. Cit. F.P. 362, 363.

Sistemas Tutelares

Se habla de tres sistemas tutelares:

a) Tutela de Autoridad.- Encomendada y regulada por órganos administrativos y judiciales, cuya función y dirección son de carácter público, eminentemente.

b) Tutela Familiar.- Encomendada a organización de carácter privado, familiar, cuya función y dirección son de misma naturaleza.

c) Tutela Mixta.- Como en nuestro sistema, se regula como una institución de derecho privado e interés público, donde intervienen organismos familiares y judiciales (art. 454 C.C.)

Organos Tutelares en Nuestro Sistema

Estos son: el tutor, el curador, juez de lo familiar y consejo de tutelas (art. 454 C.C.)

Clases de Tutela

Nuestra legislación reconoce tres especies y al efecto el Código Civil en el artículo 461 indica: "...La tutela es testamentaria, legítima o dativa..."

Tutela Testamentaria

Tutela testamentaria es aquella que confiere el testador autorizado a tal efecto (art. 470 C.C.)

Tutela Dativa

Insirtiendo el orden señalaremos que la tutela dativa tiene lugar en defecto de la testamentaria y legitima o cuando el tutor testamentario no está en condiciones de ejercer el cargo.

Asimismo en asuntos judiciales del menor emancipado - (art. 495 y 499).

La Tutela Legítima

Según nuestro Código Civil, de acuerdo al artículo - 482. "...Ha lugar a tutela legítima:

- I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;*
- II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio..."*

En esta disposición se hace evidente que se le da -

preeminencia a la tutela testamentaria, pues quien mejor que el que ejerció la patria potestad para designar tutor a quien tenía a su cuidado; y en defecto de este señalamiento, la ley civil presumiendo el afecto por el grado de parentesco dispone - en el artículo 483; "...La tutela legítima corresponde:

- I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

Lo anterior por cuanto a la tutela legítima de los menores.

El Código Civil prevé también la tutela legítima por cuanto a los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, alcohólicos y farmacodependientes.

Establece al respecto que:

- a) Cada cónyuge es tutor legítimo forzoso recíprocamente (art. 486 C.C.)
- b) Los hijos capaces natural y legalmente lo son de su padre o madre viudos (art. 487 C.C.)
- c) Los padres de sus hijos viudos o solteros y que no tengan a su vez hijos capaces (art. 488 C.C.)
- d) En defecto de los anteriores los abuelos (art. - 490 C.C.)

En el supuesto que el incapaz tenga hijos que deban estar bajo su patria potestad, éstos quedarán a su vez bajo la tutela del tutor de su padre, sino hay quienes sobre los mismos la ejerzan de acuerdo a la ley (art. 401 C.C.)

Nuestra legislación prevé la tutela legítima para los que fueron víctimas de abandono o que por otra causa quedan al amparo de personas o instituciones que se hacen cargo de ellos. No siendo necesario en los citados casos el discernimiento del cargo (arts. 402, 403, 404 C.C.)

Obligaciones del Tutor

Genéricamente el Código Civil en el artículo 537 establece: "...El tutor está obligado:

- I.- A alimentar y educar al incapacitado;*
- II.- A destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;*
- III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapaz citado, dentro del término que el juez designe con intervención del curador y del mismo incapaz*

pacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad.

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

IV.- A administrar el caudal de los incapacitados .

El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V.- A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI.- A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella..."

De donde se infiere que tales obligaciones se refieren tanto a la protección de la persona como a los bienes del incapaz todo bajo una estricta vigilancia judicial.

La importancia e interés público de esta institución innegable y a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones

nes se ha legislado meticulosamente su ejercicio no sólo a nivel de ordenamiento privado, sino, apoyado el mismo en el Código Penal, donde encontramos que siendo el tutor el activo del delito le coorrea consecuencias negativas en ambos ordenamientos y que comprenden la inhabilitación y suspensión para ejercer el cargo que se prevé en ambos cuerpos legales (arts. 503 Fr. V, 508 C.C. y 204, 335, 343, C. Penal).

Facultades del Tutor

Para el cumplimiento de sus funciones el tutor es investido de facultades análogas a las otorgadas a quienes ejercen la patria potestad (art. 423 C.C.) y por tanto similares obligaciones.

Retribución del Cargo.

Además el tutor tiene derecho a que se le retribuya por el ejercicio del cargo (arts. 505 a 509 C.C.)

Extinción de la Tutela

Los casos que prevé nuestro Código Civil son:

- a) Por muerte del pupilo
- b) Por desaparecer la causa de incapacidad
- c) Cuando el incapaz sujeto a tutela entre bajo patria potestad y
- d) Por reconocimiento o adopción (art. 606 C.C.)

Estas causas se pueden enunciar genéricamente en:

- a) Muerte del pupilo
- b) Porque el pupilo recobra su capacidad
- c) Por entrar el pupilo a la patria potestad

La tutela se regula ampliamente en los artículos del 449 al 617 del Código civil.

La obligación primordial para la protección de quienes no pueden valerse por sí, natural y legalmente, recae en primer término en los ligados por vínculos familiares (naturales o legales) y en defecto de los mismos desocupa en los sentimientos de solidaridad social cuya existencia es indudable.

El estado, a través del derecho y sus instituciones, procurando el bien del individuo y la familia, previene los casos en que faltando a sus principios y valores los obligados a proteger, en este caso a los pupilos, no cumplan con su función tutelar y los sujeta a una reglamentación estricta en busca de salvaguardar la persona y bienes de quienes para tal caso el derecho es otro recurso con que cuentan, protegiéndolos de tal

forma y en el supuesto de que ni solidaridad familiar ni social hagan lo propio, correcta y voluntariamente.

De tal suerte quedan, con lo antes expuesto, comprendidas las principales consecuencias jurídicas que se derivan del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil.

Diversos autores, Antonio de Ibarrola (72) y otros, coinciden al señalar que otra clase de consecuencias se traduce en prohibiciones hacia determinadas personas para la realización de ciertos actos jurídicos. Con base en el parentesco, consanguíneo (legítimo y natural) por afinidad o civil haciéndose extensivas tales prohibiciones incluso al tutor.

Prohibiciones

Una de las principales es la que se señala para contraer matrimonio: entre consanguíneo, afines, adoptantes, tutor y pupilo. (arts. 156 Fr. III y Fr. II; 157, 159 C.C.)

Al respecto de otras prohibiciones Montero Zubalt expresa: "...El Código sustantivo prohíbe al juez del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad (art. 49); incapacidad para heredar al médico que atendió al autor del testamento

en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico - (art. 1323) así como al notario, testigos y los parientes de uno y otro (art. 1324); prohíbe ser testigos del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (art. 1502 F. IV) y no permite a los hijos, sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (art. 2278)... " (73)

Por otra parte, en relación directa al tema que nos ocupa la autora supracitada indica que el Código Penal toma en cuenta las relaciones de parentesco en la aplicación de sanciones, para establecer excluyentes de responsabilidad y agravantes de la pena. (74)

Nosotros agregamos que el parentesco además es tomado en cuenta para que delitos que normalmente se persiguen de oficio, sean perseguibles a petición de parte ofendida (art. 399 bis, 199 bis, del C. Penal)

El artículo 199 bis no incluye a los concubinos, - los que a nuestro parecer, por razones que se señalarán, deberían ser incluidos.

El Código Penal toma como referencia al parentesco para establecer atenuantes de la pena como el llamado conyugicidio y en lesiones por adulterio (arts. 310 C.P.)

73.- Op. Cit. P. 52
74.- Idem. P. 52, 53.

También, para el caso de que el activo mate o lesione al corruptor del descendiente (art. 311 C.P.)

Aquí encontramos una vez más la omisión de los concubinos, (en el primero de los supuestos) pugnando por nuestra parte por su inclusión, en este caso al artículo 310 del Código Penal.

Lo anterior como ya señalamos en virtud de que no sólo en el ordenamiento privado se toma en consideración al vínculo familiar para atribuirle consecuencias, sino que además, el Código Penal lo toma en cuenta en múltiples y variados aspectos, generalmente tendientes a la protección del elemento base de la sociedad, por tanto debiera otorgarse una protección tanto a la familia constituida legalmente, como a la llamada familia de hecho. Pues es innegable la existencia e importancia de ambas, y sin duda la que ahora ocupa un lugar secundario en nuestra legislación fue la que dio origen a la sociedad y por tanto al Estado, por lo que enseguida haremos referencia a la institución del concubinato.

3. El Concubinato

La protección y el mejoramiento recíproco de los familiares es un sentimiento solidario que surge naturalmente entre sus miembros, independientemente de su origen. Si la familia de hecho cumple con su función propia (en ocasiones con más efectividad que la legítima) en forma estable y al constituirse no viola ningún precepto legal ni moral, resulta realmente inmoral, injusto y atentatorio hacia la familia natural, a la conciencia y realidad social, su falta de regulación en nuestra legislación.

3.1. Concepto

La Enciclopedia Jurídica OLEBA refiere que: "...La definición del concubinato en Roma (27) podría tener vigencia aún en nuestros días. Se trata, en efecto, de la unión continuada de un hombre y de una mujer en aptitud para contraer matrimonio, que aparentan vivir ligados por un acto regularmente celebrado. Es decir, que el concubinato exige, para configurarse, la habilidad para contraer matrimonio regularmente sin incurrir en ninguna violación de la ley..." (75)

Aseveración afortunada pues, como se supracitó, nos

75.- *Op. Cit.* Tomo III. P. 620.

encontramos completamente de acuerdo en que el concepto fundamentalmente no ha variado, lo que ha cambiado son las circunstancias.

En Roma el concubinato era una necesaria forma de constituir un tipo de familia.

Pedro Bonfante refiere que el concubinato se difundió ampliamente y no era castigado por la ley, ya sea en virtud de las penas graves que se imponían al que cometía el delito de stuprum, el tener relaciones sexuales fuera de matrimonio con mujer honesta, o por la prohibición de contraer matrimonio entre personas de diferente clase o estrato social. (76)

Por cuanto a la estabilidad y permanencia de la institución del concubinato, el supracitado autor comenta: "... Y si jurídicamente el concubinato era una institución de hecho meramente tolerada, pero absolutamente fuera de derecho en el mundo pagano, del lado ético y afectivo y en los usos sociales no se confundía en absoluto con las uniones transitorias y voluptuosas..." (77)

En Roma se puede considerar que el concubinato fue el producto de una necesidad social que requería ser regulada; actualmente constituye una extendida y arraigada costumbre en nues-

76.- Derecho Romano.- Tercera edición. Editado por el Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, P. 197

77.- Idem.

tra sociedad, un hecho innegable que exige su regulación jurídica cada día con mayor urgencia.

El Concepto Actual del Concubinato

Se nos refiere un falso concepto de la institución que nos ocupa por algunos autores, toda vez que hablan del concubinato como sinónimo de relación sexual pasajera, unión de hombre y mujer de carácter inestable, contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Rodrón Sánchez Ledal indica que el matrimonio y el concubinato son dos especies de familia: "...La familia natural, que se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y no conforme a las buenas costumbres y que puede dar origen a relaciones jurídicas sólo con respecto a los hijos provenientes de esa unión.

...La familia legítima, que se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable y conforme a las buenas costumbres y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión..." (78)

78.- Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa, México, 1979. P. 93.

Para nosotros el concubinato es sinónimo de una familia constituida voluntariamente, cuyos miembros fundadores no se ligaron mediante un contrato escrito, sino que, se constituyó teniendo como base y sostén fundamental una necesidad de carácter biológico-social, natural y espontánea, derivada de la naturaleza del ser humano que generalmente lo impulsa a realizarse ético y valorativamente.

El supra-citado autor, cuya opinión respetamos, pero no compartimos, nos refiere que: "...hay un derecho que por principio general corresponde sólo a los hijos legítimos para vivir en el hogar común de sus padres y recibir de ellos una educación integrada y coherente, derecho que, en cambio, no tienen por principio general los hijos naturales..." (79)

Lo anterior equivale, para nosotros, a asegurar que los padres cuidan y protegen a sus hijos porque así lo dispone la ley y no en virtud del cúmulo de afectaciones que los une, a agregar la esencia digna, ética y valorativa del hombre y la prolección lógica, en este caso, del hecho social, que exige ser tomado en cuenta por el derecho, pero que, en última instancia, no requiere del mismo como fundamento pues ya existe y no de ahora, sino históricamente, pues la familia originaria fue indudablemente una familia de hecho.

79.- Op. Cit. P.P. 94 y 95.

Concepto Jurídico de Concubinato

Por lo antes señalado nos parece adecuado el concepto jurídico de concubinato que nos proporciona Sara Montero al referir: "...En la doctrina y en la legislación civil mexicana, se entiende por concubinato, la unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado..." (80)

El concepto citado se desprende esencialmente del contenido del artículo 1,635 del Código Civil.

Mencionamos párrafos antes que el concubinato constituye actualmente una arraigada costumbre, un hecho social que requiere de regulación legal y al respecto Antonio de Ibarrola nos indica: "...Reglamentar no significa aprobar. Como de prácticas viciosas se siguen consecuencias importantes para el estado de las personas, mucho hay que reglamentar, por parte del Estado en provecho del orden público..." (81)

Por todo lo antes señalado no creemos que se justifique la ignorancia o indiferencia hacia el concubinato por parte de nuestra legislación privada y pública, amparándose en una

80.- Op. Cit. P. 165

81.- Op. Cit. P. 148

pretendida inmoralidad e inestabilidad vincular del mismo, ya que existen de hecho familias más estables, con principios más profundos que las constituidas de acuerdo a las formalidades legales, o en su caso religiosas.

Obviamente no pugnamos por una equiparación del concubinato con el matrimonio, sino de que el Estado no ignore la existencia de un hecho social, en perjuicio de quienes también, en cierta forma, son su fundamento.

El concubinato es el reflejo fiel de la libertad en cuanto que los fundadores de la familia de hecho no requieren de otra circunstancia para unirse que su profunda convicción de hacerlo, exigiendo por tanto de la sociedad y del Estado el respeto de sus principios y de su dignidad como personas; clamando no ser objeto de segregación legal.

3.2 Efectos Jurídicos del Concubinato

Condenar, tolerar o aceptar el concubinato son las opciones que dividen los criterios acerca de la institución referida. Cada Estado, sociedad o individuo, libre es para escoger el más aceptable, según su punto de vista y circunstancias particulares y respetables.

El concubinato en nuestra actual sociedad es un hecho que exige reglamentación legal integral, esto es algo innegable,

evidente y de sentido común.

Lo ha sentido así el legislador que paulatinamente ha reconocido algunos efectos jurídicos a la institución que nos ocupa y que cada vez son, afortunadamente, en mayor número. Esto ha ocasionado la errática reacción por parte de quienes se pudían abiertamente al concubinato, alegando que con ello se conceden ventajas al mismo en detrimento del matrimonio (V.gr. Ramón Sánchez Meda, en su citada obra)

Lo antes dicho lo podemos utilizar como una prueba más de la necesidad imperiosa e impostergable de reglamentar definitivamente la constitución, organización y disolución de la familia de hecho, ya que los pretendidos ventajas en que pudiera encontrarse esta institución son provocadas precisamente por la falta de su previsión legal, tanto a nivel de derecho Civil, como de derecho Penal que es propiamente nuestro punto de mayor interés en el trabajo que nos ocupa.

Los efectos jurídicos que prevé el Código Civil al concubinato son relativos a los alimentos (arts. 302 en relación al 1,325 y 1,328 fracción V del C.C.); a la patria potestad (arts. 415, 416, 417 C.C.); a la sucesión legítima (art. 1,302 fracción I en relación al 1,325 C.C.) y a la presunción de paternidad con respecto de los hijos (art. 323 C.C.)

Otras Consecuencias

De igual forma que con respecto a los cónyuges y parientes en general, se prevé algunas consecuencias en el Código Penal en relación a la familia natural, ya que no distingue entre ésta y la legítima el hablar genéricamente de ascendientes y descendientes, padres e hijos, los que ejercen la patria potestad y parientes en determinado grado, lo que nos parece adecuado ya que la familia de hecho es tomada en cuenta en múltiples preceptos, tanto en la aplicación de sanciones al sujeto activo, como para establecer agravantes o atenuantes de la pena.

Encontrando con agrado que existe la tendencia por parte del legislador de subsanar la falta de previsión de los concubinos en el caso de los delitos que en virtud del vínculo familiar siendo normalmente perseguidos de oficio se vuelven perseguibles a petición de parte ofendida, como así lo confirma el artículo 399 bis del Código penal.

Incluso para reafirmar lo antes dicho encontramos la reciente reforma al artículo 400 del C. Penal que prevé excusa absolutoria para el delito de encubrimiento tomando en cuenta por primera ocasión a los concubinos en este aspecto, precepto al que se hará referencia oportunamente.

No obstante, de igual forma que en la legislación civil, en la penal existe aún mucho por hacer al respecto ya que aparte de los artículos citados en párrafos anteriores (199 - bis y 310 del C.F.) existen otros en los que no se incluye a los concubinos como acontece en el artículo 336 del Código Penal, en el cual sólo se prevé el abandono de hijos y de cónyuge, sin comprender a los concubinos y en general, en todas las excusas absolutorias con motivo del vínculo familiar que prevé el citado ordenamiento, se hace exclusión de los mismos (excepto en el reciente reformado artículo 400 C.F.).

Como ejemplos de lo antes dicho podemos remitirnos a los artículos 151 en relación al 150; 174 en relación al 173 y 200 fracción segunda, párrafo segundo, todos del supracitado Código.

En la plena convicción de que el concubinato es también fuente de familia y parentesco, percatándonos del desigual e injusto trato que recibe tanto en legislación privada, como en la penal, pugnamos porque el concubinato sea también punto clave en los preceptos penales referidos, por las múltiples razones ya expuestas.

Con el presente capítulo esperamos haber logrado señalar la importancia de la familia legítima y de hecho, así -

como del parentesco y sus formas. Los derechos y obligaciones naturales y legales derivadas de las múltiples relaciones entre sus diversos miembros y la relación entre el derecho de familia y derecho penal, así como el fundamento de algunos puntos de vista particulares, lo que fué nuestra mejor intención y empeño.

C A P I T U L O

S E G U N D O

DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

1. Concepto
2. Naturaleza Jurídica
3. Clasificación

1. Concepto

A fin de relacionar las excusas absolutorias con el parentesco, necesario es tener la noción tanto del segundo, como de las primeras y de su respectiva naturaleza, por lo que una vez agotado el tema correspondiente al parentesco trataremos lo concerniente a las excusas absolutorias, con el propósito de tener los elementos indispensables para el desarrollo y fines del trabajo que nos ocupa, para lo cual, en primer término, se hace necesario el manejo de las diversas opiniones respecto de la figura jurídica en cuestión, mismas que en lo fundamental concuerdan, pero que no por tal circunstancia dejan de ser objeto de algunas consideraciones en el discurso del presente capítulo.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA, acerca del concepto en tema, nos proporciona la siguiente opinión: "... For excusas absolutorias han de entenderse aquellas situaciones en las cuales, habiendo delito y delincuente, es decir, realización de una conducta (acto) típicamente antijurídica y culpable, la que se cumplía por un sujeto imputable, no hay posibilidad de aplicar una pena legítima consecuencia del delito cometido por el delincuente por diversas razones, todas ellas basadas en la utilidad y conveniencia, valoradas por el legislador que las concreta, - de manera expresa, en una norma de la ley positiva..." (82).

Por su parte Fernando Castellanos Tena considera que excusas absolutorias: "...Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena..." (83)

Raúl Carrancá y Trujillo, citando a Kohler, observa que: "...son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor..." (84).

Agregando enseguida el mismo Raúl Carrancá y Trujillo: "...La remisión de la pena obedece particular y principalmente a utilitatis causa..." (85)

Los conceptos transcritos nos corroboran la concordancia de los autores señalados, a quienes se suman Guillermo Gabanellas (86) y otros que siguen la misma tónica por cuanto a los elementos de la definición de las excusas absolutorias, contraponiéndoles objetiva y dogmáticamente a la punibilidad, lo cual parece lógico, objetiva y jurídicamente.

Lo que nos parece un tanto superficial es el fundamento que se les pretende dar a las excusas absolutorias re

83.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Duodécima edición. Editorial Porrúa, México, 1976. P. 371

84.- Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décimasegunda edición. Editorial Porrúa, México, 1977. P. 571.

85.- Idem.

86.- Cfr. Op. Cit. Tomo III. P. 626.

dante la utilitatis causa", la "utilidad y conveniencia" referidas en los supracitados conceptos o incluso en base a una :
 "...prudente política criminal..." (87)

Nos parecen motivos insuficientes, aunque no invidiosos, para que el Estado, a través del Derecho, no sancione determinadas conductas típicamente antijurídicas y culpables en base a determinadas circunstancias, causas o razones que los conceptos referidos no nos señalan satisfactoriamente. Lo anterior lo podríamos relacionar con el ambiguo significado del vocablo excusa, que por una parte nos da la noción de motivo fundado, que es el sentido con el cual se debiera relacionar el concepto en cuestión, y por otra da margen a que se lo interprete como pretexto o disculpa que no requiere mayor explicación. Al respecto el Diccionario de la Lengua Española nos señala que el término excusa es: "... Acción y efecto de excusarse// 2. Motivo o pretexto que se invoca o se utiliza para eludir una obligación. Disculpar alguna omisión// For. Excepción o descargo..." (88)

Por cuanto al vocablo absolutoria, el supracitado Diccionario, refiere que proviene: "... (Del lat. absolutus) adj. For. Dícese del fallo o sentencia que absuelve..." (89)

87.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. F. 271

88.- Op. Cit. P. 595

89.- Supra. F. 9.

Lo supraseñalado nos lleva a indagar el significado de la voz *absolver* y al efecto, en la citada obra, se dice que proviene: "...(*Del lat. absolvere; de ab y solvere, desatar. '... Dar por libre al reo demandado civil o criminalmente...*" (90)

Se requiere motivo fundado de las excusas absolutorias pero no fundamento sólo formal, frío, dogmático, sino verdadera-
esencia, causa no efecto, materia no sólo forma que es lo que al parecer se nos dá en los conceptos referidos de las excusas abso-
lutorias.

En relación Raúl Carrancá y Rivas comenta: "...Me parece que en el Derecho toda especulación cerrada, fría, ortodoxa, angustiosa por el dogmatismo, se halla condenada al fracaso y al desperdicio..." (91).

A continuación el mismo autor observa que: "...Otras ramas del conocimiento avanzan y se eriguen para disparar su flecha hacia el horizonte, descorren velos, iluminan rincones oscuros y muestran el acobro en el espíritu del hombre..." (92).

Eso es lo que nos corresponde, cuando menos tratar de hacer.

Con los conceptos que anteceden esperamos tener los elementos auxiliares, entre otros que buscaremos, para tratar de

90.- *Op. Cit.* P.9

91.- *El Drama Penal.* Editorial Porrúa, México, 1982. P.11

92.- *Op. Cit.* P. 12.

llegar a descubrir la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias y el motivo de su íntima relación con el parentesco en la mayoría de los casos previstos por las mismas.

2.- Naturaleza Jurídica de las Excusas Absolutorias

El Código Penal prevé diversas excusas absolutorias de distinta naturaleza, que a nuestro parecer pueden ser agrupadas o clasificadas para una mejor comprensión y concepción concreta de las mismas.

En tal afán, ante la imposibilidad de realizar un análisis y clasificación de las excusas absolutorias que contiene el Código Penal en su totalidad ya que tal cuestión rebasaría con mucho los fines del presente trabajo, nos avocaremos a tratar de descubrir la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias en la inteligencia de que fijaremos la atención de nuestro estudio, principalmente, en aquéllas que prevé el Código Penal con motivo y en relación directa con el parentesco, o sea, concretamente en la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias con motivo del parentesco, pero que no por tal razón algunas consideraciones dejen de ser aplicables a las excusas absolutorias en general.

En aras de tal fin: clasificación, concepción y ng

turalidad jurídica concretas de las excusas absolutorias en cuestión, haremos las consideraciones subsiguientes, no sin antes referirnos a ideas anteriormente vertidas.

A fin de proseguir la línea que se pretende en el presente trabajo necesario es recordar algunas ideas del capítulo - que antecede:

El hombre es la materia, la familia la forma por el mismo adoptada, en base a una imperiosa y vital necesidad.

El ser humano no puede lograr la supervivencia, ni su desarrollo pleno en lo físico, intelectual y moral si no se integra en sociedad, cuya mínima expresión es la familia que por tanto es parte fundamental del Estado.

Siendo, pues, el hombre un ente social por natural necesidad, tiende a agruparse en conjuntos de personas que tienen fines determinados o indeterminados, pero análogos, al respecto en contrarios que: "...Se entiende por grupo social el conjunto de personas cuyas relaciones se basan en una serie de roles o papeles, que se encuentran interrelacionados; que participan en un conjunto de valores y creencias, y que además, son conscientes de sus valores semejantes y de sus relaciones recíprocas..."(93).

Integrado el hombre en sociedad surgen las relaciones que se traducen en derechos y obligaciones nacidas, originalmente, en forma natural entre los miembros del mismo o de distinto

93.- Azuara Pérez, Leandro. SOCIOLOGIA. Segunda edición, editorial Ferrufá, México, 1975. P. 63.

grupo social que en tanto ser de naturaleza biológico-racional-social, generalmente, portan los principios de justicia, equidad y solidaridad que rigen fundamentalmente esas relaciones en base a cuyos principios el ser humano por tendencia y ciencia se protege recíprocamente en aras de subsistir y desarrollarse en lo físico, intelectual y moral.

No obstante lo referido, es de reconocerse que, en el ser humano se manifiesta también su aspecto negativo, antisocial, (mediante la iniquidad, la injusticia, el odio, y la falta de solidaridad) a través del cual niega voluntariamente su esencia racional-social, renuncia a su autorrealización ética-valorativa, y a reconocer para sí y para la sociedad los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la propiedad, oponiéndose al bien común, a los fines del individuo, de la familia, de la sociedad, del Estado y de sus Instituciones.

De ahí la necesidad de un orden jurídico positivo, - donde no han sido viables, o confiables, las relaciones naturales (ya reguladas denominanse legales) del ser humano basadas - en sus principios y valores referidos.

Un orden jurídico a través del cual el Estado, en cumplimiento de sus funciones, mediante el Derecho, reacciona - en contra de la manifestación de ese aspecto negativo, antisocial, del hombre, reprimiendo las conductas que atentan contra

los bienes de las personas, la familia, (ésta de nuestro principal interés) y del propio Estado.

Tratándose del buen orden doméstico ya señalamos que el Estado, a través del Derecho privado, concretamente mediante las normas del Derecho de familia, y apoyado complementariamente en el Derecho Penal, lo va a garantizar señalando los derechos, obligaciones y restricciones a que han de sujetarse sus miembros.

Por lo que se refiere al orden social en general, el Estado lo va a procurar también mediante el ordenamiento jurídico privado y público, ahora éste de nuestro principal interés, - ya que a través del Derecho Penal va a reaccionar en contra de determinadas conductas antioscúdas del hombre, que atentan contra bienes específicamente tutelados, y que en tal supuesto reciben el nombre genérico de delitos.

Siendo el delito a cuyo campo nos vamos a referir, se hace necesaria la referencia al concepto del mismo y para no alejarnos de la línea que hemos pretendido, hasta el momento, - trataremos de elaborar, con los conceptos antes señalados, una:

Noción del Delito Natural

La cual podríamos enunciar diciendo que es una:

Conducta que, en uso de su libre albedrfo, realiza el hombre y mediante la cual manifiesta su aspecto antisocial, niega su esencia racional-social, renuncia a su autorrealización - ética valorativa y desconoce para sí y para la sociedad los de rechos fundamentales a la vida, la libertad y propiedad, opo niéndose por tanto al bien común, a los fines del individuo, - de la familia y de la sociedad en general.

La noción enunciada quizá no reina, formalmente, los elementos esenciales de una correcta definición, toda vez que no es fruto de profundas investigaciones al respecto, lo que - no es propósito principal del presente trabajo, pero su intención es manejar una idea general de las características e impli caciones de las conductas (socio-naturales) referidas que el De recho Penal toma en cuenta para atribuirles determinadas conse cuencias.

Varios autores, en diversas circunstancias de tiempo- y lugar, han tratado de elaborar conceptos de lo que comúnmente se denomina delito natural, por ejemplo:

Fernando Castellanos Tena nos refiere una que, por su parte, denomina noción sociológica del delito, estructurada - por Rafael Garófalo, diciendo que : "...el sabio jurista del po sitivismo, define el delito natural como la violación de los - sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida

media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad..." (94)

Comentando la definición supracitada, Ignacio Villalobos nos señala: "...Suponiendo, pues, que hoy se observara este 'instinto' o este 'sentido moral' como algo que existe en la mayoría de los hombres, las ideas aceptadas por el propio Garófalo no podrían llevarnos sino a lo que en sus orígenes fué raciocinio, valoración intelectual, creación de la mente y no 'hecho natural'..." (95)

A la anterior consideración, pudiera, con el debido respeto al autor, hacérsese otra: Son el raciocinio, la valoración intelectual y la creación de la mente hechos naturales, como productos que son del ser humano.

Nosotros responderíamos afirmativamente: que por autonomía el instinto o sentido moral es un hecho natural ya que es producto del ser humano biológico-racional-social y que fué, a nuestro parecer, el sentido e intención de la definición resaltar la violación a los principios derivados de la naturaleza del ser humano.

Lo antes dicho se corrobora, en parte, con el comentario siguiente del mismo Ignacio Villalobos: "...debemos convenir en que, de haber una noción sociológica del delito, no se

94.- Op. Cit. P. 126

95.- Op. Cit. P. 208

...*... rfa una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como 'hecho natural', que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales...*" (96)

...*... los encontramos de acuerdo, en parte, con el comentario anterior ya que también reconocemos la existencia del "concepto básico, anterior a los códigos" pero fundado precisamente en los principios y valores derivados de la positiva naturaleza biológica-racional y social del ser humano.*

...*... Eugenio Guello Calón cita al respecto: "...Ferri, Gajanni, Tarde, y otros criminalistas, han formulado definiciones análogas a la de Garófalo, que atribuyen al delito como carácter principal su oposición a las condiciones fundamentales de la vida social y su pugna con la moralidad media..."* (97)

...*... Todo lo mencionado lo justificamos en virtud de que, como ya hemos mencionado, las relaciones y sus consecuencias surgen con el hombre en forma natural-social, y el Estado, a través del Derecho las toma en cuenta para atribuirles consecuencias determinadas que por tanto ya no serán naturales-sociales, sino legales, al respecto Ignacio Villalobos señala: "...El Derecho, entonces, desprendido de la propia naturaleza de la so*

96.- *Op. Cit. P. 208*

97.- *Derecho Penal. Tomo I, volumen 1. Décimaseptima edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1975. P. 288.*

ciudad, significa un conjunto sistemático de costumbres y de disposiciones obligatorias que rigen a los individuos y a la comunidad, determinando un orden justo y conveniente..." (98)

Andrés Serra Rojas dice: "...El Derecho es un producto, fenómeno o hecho social, que se manifiesta bajo la forma de un conjunto de reglas sociales, aseguradas por un mecanismo de coacción socialmente organizado, que traduce las exigencias de una comunidad determinada, encaminada a ordenar y dirigir la conducta de los hombres..." (99)

Mencionamos ya que el orden social es una necesidad que tiene como presupuesto la autoridad, misma que ejerce el Estado, a través del ordenamiento jurídico, para garantizar el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, lo que es imprescindible para hacer posible la subsistencia y el desarrollo integral del ser humano.

Ignacio Villalobos considera que: "... El Derecho es, pues, un instrumento de gobierno de la sociedad cuya vida es estructura y ordena..." (100)

Siendo diversos los ámbitos en los que se desarrolla y transcurre la vida social, la conducta humana se multiplica en sus formas de manifestarse y por tanto el ordenamiento jurídico, de igual forma, se divide para lograr su regulación, por

98.- Op. Cit. P.F. 15, 16

99.- Op. Cit. P. 208

100.- Op. Cit. P. 16

tanto conviene aclarar que no todas las conductas antisociales caben en la denominación de delitos ya que el Derecho Penal, como ya se indicó, sólo va a tomar en cuenta determinadas conductas antisociales que dañan o ponen en peligro bienes que específicamente son objeto de tutela por parte de esta rama del Derecho Público interno, de donde se origina la necesidad de referirnos al:

Concepto Jurídico del Delito.

La múltiple naturaleza del delito es lo que ha provocado la imposibilidad de una definición integral, omnicompreensiva, lo que es lógico en virtud de lo referido, a lo que se suma la distinción entre el denominado delito natural, concepto básico, que existe de hecho, socialmente, y el delito desde un punto de vista jurídico, dogmático que es enseguida a cuya definición nos vamos a referir, no sin antes aludir a otros conceptos del mismo.

Por cuestión de ubicación, siendo el Derecho Penal el ámbito en el cual nace y se desarrolla el delito, dogmáticamente, necesaria es su conceptualización y al respecto encontramos que Fernando Castellanos Tena lo define como: "...la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, las penas y medidas

de seguridad que tiene por objeto inmediato la creación y conservación del orden social..." (101)

Aclarando enseguida el mismo autor que: "...las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal no integran propiamente a éste; - se trata de reglas paralelas al Derecho Penal..." (102)

Por su parte Raúl Carrancó y Trujillo nos ofrece un amplio concepto al señalar que: "...es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social, por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad, y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana..." (103)

Cabe destacar la alusión que hace a la doble significación del Derecho Penal como "Disciplina Jurídica y Social" con miras a realizar una "Valoración Social y Jurídica de la Conducta".

Con el fin de una mejor ubicación del delito en el ámbito del Derecho Penal recurriremos, a reproducir el esquema que nos presenta Fernando Castellanos Tena al tenor siguiente, aclarando que al esquema original le incluimos la explicación sintética que el propio autor nos refiere.

101.-Op. Cit. P. 21

102.-Op. Cit. P. 22

103.-Derecho Penal Mexicano, P. 17

		Generalidades sobre el D. Penal y ciencias auxiliares
	Introducción	1) Evolución de las ciencias; a) Historia del D. Penal b) Principales Escuelas Penales
	Teoría de la Ley Penal	a) Fuentes del D. Penal b) Interpretación de la ley penal c) Ámbitos de validez - (material, espacial, temporal y personal)
	Parte General	Definición del Delito Elementos Factores Negativos Vida del delito Participación y concurso
	Teoría del Delito	30 Estudio del Delincuente
		Distinción Concepto Clasificación e Individualización
	Teoría de la Pena y las Libertades de Seguridad.	Sistema Condicional Libertad Preparatoria Pena Capital
Derecho Penal		
Parte del D. Público Interno Relativa a los delitos, las penas y medidas de seguridad, que tiene por objetivo la protección y conservación del orden social.		
	Parte Especial	Delitos en Particular
		Penas y Medidas de Seguridad Aplicables a Casos Concretos (104)

De tal forma, una vez ubicado el delito en el amplio esquema del Derecho Penal procede remitirnos a los diversos conceptos que del mismo nos proporcionan los tratadistas del Derecho Penal.

Partiendo del significado del término Ignacio Villalobos indica que: "...La palabra "delito", deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino..." (105)

Al respecto del vocablo Delictum la Enciclopedia Jurídica OMEBA dice que: "...El Derecho Penal estaba edificado en Roma sobre la base del deber loral 'en cuanto el Estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo por obra' (Bonser t, I.P.6) La Ley Penal era una obligación ética prescrita por el Estado como obligatoria, su infracción daba lugar al Delictum, y su consecuencia jurídica era la pena..." (106)

A continuación en la obra supracitada se menciona: "...delictum acabó por imponerse dentro del vocabulario jurídico, para mencionar la acción que infringe la obligación ética asumida por la ley del Estado. Significaba el delito como tal y su sentido fue claro desde el comienzo. El significado corriente era el de resbalar, tropezar, cometer una falta; el Derecho lo eligió para designar la acción delictual..." (107)

105.- Op. Cit. P. 202
 106.- OMEBA. T. VI, P. 181
 107.- Idem. P. 182

De tal forma una vez más encontramos que la falta al deber moral, la infracción a la "obligación ética asumida por la ley del Estado" y el hecho o acción mismos son conceptos básicos y fundamentales del moderno, dogmático y analítico sentido que actualmente configura al delito.

Raúl Carrancá y Trujillo refiere: "... Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito: es la infracción de un deber exigible, el daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrancá); es la violación de un derecho (Frank); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde)..."

(102)

Audiera hacerse referencia a otros conceptos clasificándolos y analizándolos en su contenido, pero para efectos del presente trabajo nos adherimos al pensamiento de Ignacio Villalobos que dice: "...Se trata de lograr una noción completa; que no sólo abarca todos los elementos esenciales de manera que pueda considerarse como una verdadera definición del objeto que trata de conocerse sino que, en una fórmula simple y concisa,

lleve consigo lo material y lo formal del delito, y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de esos elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando afn lado 'voluntariedad' y los 'hábitos egoístas y antisociales', como expresión formal como criterio material sobre la culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis, todos sus aspectos y especies... "

(109)

Noción Integral de Delito

Una fórmula que reúna lo material y lo formal en la noción de delito a nuestro entender sólo es posible tomando en consideración, el hecho preexistente, el "concepto básico" al cual el derecho regula, da forma y reviste de su esencia.

En aras de tal afn podemos decir que, tratando de proseguir con los lineamientos hasta el momento intentados, el

concepto jurídico-dogmático (integral) del delito parte fundamentalmente del hecho real, antisocial, y toma en cuenta en principio un elemento netamente común, al denominado delito natural, - que es la conducta y la cual no requiere ni es motivo de cambio-de denominación por el jurista ya que ésta se utiliza tanto en la formulación de conceptos, de delito natural como en acepciones jurídicas propiamente del mismo.

Una vez en poder del elemento común que es la conducta la cual se encuentra naturalmente en potencia en el ser humano - (es quien la posee, valora y manifiesta), al Derecho corresponde plasmarla objetivamente, volverla trascendente, ya que patrimonio inmanente del hombre originalmente era, surgiendo de tal suerte el concepto del tipo penal que traduce el sentido de la conducta "antisocial" en conducta "antijurídica" toda vez que ya se encuentra prevista por el orden jurídico.

En otras palabras, la valoración de la conducta ya no es patrimonio de la conciencia social que la rige por sus principios y valores derivados de su esencia, sino que dicha valoración pasa al mundo de lo jurídico.

De tal suerte el jurista cuenta ya con tres elementos para elaborar su concepto de delito, que ya es una conducta típicamente antijurídica, en contraposición a la conducta valorada culturalmente antisocial.

La realización de esa conducta antisocial o antijurídica ha de ser producto de un ser humano consciente, es decir tener como presupuesto el libre albedrío, la posibilidad de opción entre uno y otro camino. Esto como presupuesto para que dicha conducta sea motivo de justo reproche por parte de la sociedad.

Este elemento el jurista lo toma en cuenta para completar el concepto jurídico integral del delito que queda con sus elementos referidos como la conducta típicamente antijurídica y culpable.

Concepto con el cual nos encontramos de acuerdo ya que siendo inmediatamente de naturaleza jurídica, por antonomasia, aunque suene redundante, comprende al hecho social, o concepto básico, con todas sus implicaciones.

La formulación de la noción integral fué producto de un intenso estudio teórico, jurídico doctrinario que salvó múltiples dificultades, ya que a tal noción se le pretendían incluir elementos no esenciales al delito.

Al respecto, señala Ignacio Villalobos. "...Pero no era verdad que todo lo dicho formara parte esencial del delito, ni es buena una definición que adolece de forma tan difusa; en otra virtud pronto se inició una revisión de lo propuesto, con miras a su depuración y condensación, hasta llegar a la fórmula de Mezger, en que se define esencial e integralmente el delito

como el acto humano típicamente antijurídico y culpable..."(110)

Acceptando de tal forma estructurada la noción jurídica integral del delito conviene analizar sus elementos constitutivos, en la inteligencia de que tal análisis se hará en congruencia con los fines del presente trabajo haciéndose necesario sacrificar lo que se considere intrascendente para el mismo, ya que la intención inmediata es fundamentar la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias en tema y por tal motivo no será posible un extenso estudio en particular de cada uno de los elementos del delito.

El Delito en Nuestra Legislación Vigente.

Antes del análisis propuesto conviene hacer mención al concepto de delito que nos refiere el Código Penal en vigor, toda vez que consideramos se encuentra en estrecha relación con el pretendido fundamento que nos proporcionan los diversos autores acerca de las excusas absolutorias.

Referencia y Crítica al Art. 7o.

El Art. 7o. al definir el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales nada nos refiere por cuan

110.- Op. Cit. P. 210

to al fundamento de validez, ni formal ni material del precepto. Se puede calificar esta definición de impropia de un Estado Liberal-Socialista, de Derecho.

Equivale a afirmar que una conducta es delito sólo por que la ley penal lo sanciona, sin otro fundamento que la autoridad del Estado, que es delito porque se sanciona y no a la inversa, que es lo correcto y lógico a nuestro entender, es decir, se sanciona porque es delito y corresponde a la ley penal determinar las conductas concretas que constituyen el mismo.

Encontramos en este concepto un claro ejemplo de como en ocasiones al seguir una línea científica, sistemática en aras de estructurar doctrina jurídica (dogma) se antepone el efecto a la causa, la forma a la materia y aunque generalmente se acepta que el orden de los factores no altera el producto, en este caso sería muy distinto el sentido si el artículo en cuestión se le lase que el acto u omisión que sanciona la ley penal constituye delito, pero seguiría careciendo de elementos fundamentales y a nuestro parecer lo apropiado sería dejar al ordenamiento sustantivo la definición concreta y particular de las conductas que se consideran delictuosas derivándose directamente del supuesto el fundamento formal y material del mismo.

No obstante las observaciones anteriores se puede señalar que el concepto en cuestión se encuentra justificado sistemáticamente.

tica y dogmáticamente ya en el ordenamiento penal sustantivo a través del precepto referido, se reconoce intrínseco valor y lógicamente, desde el punto de vista dogmático, (técnico-jurídico) se antepone el Derecho a cualquier otra consideración metafísica, o sea la forma a la sustancia, pues se presumen complicadas por el orden jurídico penal.

Al respecto Ignacio Villalobos comenta: "...decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber porque lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales..." (111)

No obstante las anteriores observaciones relativas al contenido del artículo 7o. del Código Penal estamos de acuerdo en que es congruente con el sistema formalista, práctico que si que el ordenamiento y que tal precepto reafirma el punto de vista que se tiene por referidos autores acerca del concepto y naturaleza de las excusas absolutorias con los que, como ya indicamos, guarda estrecha relación.

Raúl Carranca y Trujillo dice al respecto: "... Esta definición es exclusivamente formalista, si bien suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal..." (112)

111- Op. Cit. P. 204.

112.- Derecho Penal Mexicano. P. 325.

Relación entre la definición de Delito (Art. 7 C.P.) y la Naturaleza Jurídica de las Excusas Absolutorias.

Si delito es el acto u omisión (conducta) que sancionan las leyes penales, al no imponer pena en razón de una excusa absolutoria, las cuales se definen comúnmente como: "...aquellas circunstancias en las que a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor..." (113)

Existe contradicción entre las definiciones de delito y excusa absolutoria toda vez que definido el delito en tal forma resulta que el delito que existe de hecho y de derecho, pero que está amparado por una excusa absolutoria, no es delito ya que no se sanciona por la ley penal pero si es delito porque reúne formalmente los elementos de tal, y formalmente se le debe remitir la pena, a través de una excusa absolutoria, la cual, algunos autores, fundamentan simplemente en la utilitatis causa, prudente política criminal, etc. Entonces resulta que es y no es delito.

Lo que sucede es que los diversos autores, en su afán de no referir el Derecho a fundamentos metajurídicos, no reconocen que propiamente la conducta amparada por una excusa absolutoria, principalmente con motivo del parentesco, no es constitutiva de delito ya que no es antisocial, por tanto no es antijurídica.

113.- Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano P. 651

rídica materialmente, aunque objetiva, dogmática y formalmente lo sea inmediatamente; resolviendo el problema con otro precepto (excusa absolutoria) que despoja a la conducta de antijuricidad formal.

De las consideraciones referidas se desprende, a nuestro parecer, la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias. Para fundamentar debidamente lo manifestado es necesario, aunque en breve forma, referirnos a:

Los Elementos del Delito

Como ya indicamos existe imposibilidad, por razones - del tema, para realizar un exhaustivo análisis de cada elemento del delito, por tanto nos avocaremos a exponer una sintética noción de los mismos, resaltando lo relevante y relativo a nuestros fines, a efecto de manejar una concepción integral del delito y su relación directa con la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias que pretendemos fundamentar.

La Conducta

Conceptos:

Existen teorías diversas en relación a la conducta, pero como ya señalamos en vías de una exposición que nos reve-

le lo esencial haremos alusión al concepto común que de la misma se nos refiere y el cual tiene a nuestro parecer relación inmediata con el tema que nos ocupa.

El gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado indica que el término Conducta se refiere, entre otros significados, a la: "...manera de proceder de las personas con relación a la moral o a las leyes..." (114)

La parte segunda del concepto es la de nuestro mayor interés.

Siendo la conducta humana genéricamente, de estudio propio de la psicología nos remitiremos al concepto que sobre la misma nos proporciona persona de reconocido prestigio en la materia, en la plena convicción de que la conducta en su acepción amplia no es objeto exclusivo de lo jurídico penal sino sólo una especie de conducta, precisamente la conducta antisocial por medio de la cual el ser humano manifiesta su aspecto negativo - como resultado de sus sentimientos egoístas y desprovistos de solidaridad. Esa especie de conducta que va a ser valorada jurídicamente es la que nos interesa.

El doctor Efraín Sánchez Hidalgo señala que Conducta: "...es todo aquello que hacemos, pensamos y sentimos..."

(115)

El supracitado autor indica que en la conducta se distinguen dos aspectos:

- a) Positivo, el ya señalado
- b) Negativo, que se refiere a todo aquello que no hacemos, pensamos o sentimos.

El referido autor establece la diferencia entre conducta:

- a) Objetiva.- Que los demás perciben, y
- b) Subjetiva.- La que no se manifiesta (116)

Ya en el campo de lo jurídico penal Eugenio Raúl Zaffaroni considera la voluntariedad como presupuesto necesario de la conducta.

Con la aclaración de que hace referencia a voluntad simplemente, no a voluntad libre, ya que ésta es cuestión de culpabilidad, no de conducta. (117)

- 115- Psicología Educativa.- Novena Edición. Editorial Universitaria Impreso en España. por Industrias Gráficas M. pareja - Barcelona España. 1975. P. 31
- 116.- DEL.
- 117.- Teoría del Delito.- Editorial EDIAR, S.A. Argentina 1973 9/Edición P. 96.

Fernando Castellanos Tena nos dice que la conducta - es: "...el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito..." (118)

Raúl Carrancó y Trujillo, citando a Carrara, dice que en el delito concurren dos fuerzas: una moral y otra física, que son de las que la naturaleza ha dotado al ser humano, siendo la primera de carácter subjetivo, relativa a la voluntad e inteligencia; y la segunda, objetivamente, corresponde al movimiento del cuerpo. La conjunción de éstas provoca el dolo material del delito, en virtud de que no siempre se conjugan plenamente, surgiendo los grados del delito que se derivan, según su propia terminología de "Todo lo que falta en la intención o en la ejecución" (119)

El supracitado autor señala que la conducta es un: - "...elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo producido por el hombre..."(120).

Dice el mismo autor que si es positivo el hecho va a traducirse en movimiento corporal productor de un resultado que va a provocar un cambio o peligro de, en el mundo exterior, físico o psíquico. Y siendo negativo en la ausencia voluntaria del movimiento corporal que causará mutación de dolo o peligro de (121)

118.- *Op. Cit.* P. 149

119.- *Derecho Penal Mexicano*, P. 275

120.- *Idem*

121.- *Supra*

Delitos de Acción, de Omisión y Comisión por Omisión

Conducta, acto y acción son utilizados como sinónimos por los diversos tratadistas, quienes coinciden al señalar que la acción en sentido amplio comprende el hacer y el no hacer voluntarios, la acción y la omisión. Denominan al hacer voluntario (movimiento corporal) acción en sentido estricto.

Por cuanto a la omisión. Esta consiste en una abstención de obrar, los diversos autores se refieren a la omisión como la forma negativa de la acción.

Fernando Castellanos al referirse a la acción y a la omisión señala que: "...En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva..." (122)

Celestino Forte Petit nos refiere el concepto de omisión simple diciendo que esta consiste: "...en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico..." (123)

Como ejemplos de esta clase de delitos el mismo autor cita los artículos 158 fr. I, 176, 178, 179, 182 etc. (124)

122.- Op. Cit. P. 153

123.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1977 P. 305

124.- Op. Cit. P. 311

En estos delitos el tipo se integra con la abstención de obrar contrariando un precepto que lo ordena, sin ser necesario un resultado material.

Delitos de Comisión por omisión

Forte Petit indica al respecto que: "...Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva..." (125)

Castellanos Tena comenta que: "...Por eso quienes emplean los terminos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho (conducta, resultado y nexa causal)..." (126)

Con fines didácticos Forte Petit nos indica que nuestro Código Penal contempla delitos de comisión por omisión en los artículos 177 en relación con el 176, 225 Fr. VII, 229 y 232 Fr. II. (127) preceptos que a nuestro juicio precisan en forma pragmática la noción del concepto en tema.

125.- Op. Cit. P. 305
 126.- Op. Cit. P. 311
 127.- Op. Cit. P. 314

Noción del Tipo Penal y la Tipicidad

Analizada la conducta de tal forma como el primer elemento positivo del delito toca el turno al elemento constituido por el tipo penal.

La conducta nociva a la sociedad, contraria al sentimiento moral del ser humano es materia en primer término de valoración cultural. El ser más ignorante es capaz de sentir lo que no está de acuerdo a los principios naturales del convivir social.

Todo aquello que le afecta infundadamente y transgrede esos principios naturales aceptados socialmente. Al respecto : "...Encontramos que el derecho tiene su origen en una fuente ontológica, que es el hombre mismo, y en una lógica, que es la necesidad de régimen de la conducta externa del hombre..." (128)

Ese régimen de la conducta externa del hombre constituye la valoración jurídica de la conducta antisocial.

La valoración jurídica de la conducta antisocial requiere ser plasmada objetiva, genérica y trascendentalmente mediante un modelo o patrón de conducta antisocial, que en tal su puesto se denominaría ya antijurídica.

128- Rodríguez Mejía, Gregorio.- El Derecho y la Ley. Edit. Lira sa, México, 1982. P. 21

Lo que se realiza a través del tipo penal y el cual debe reunir indefectiblemente los elementos esenciales del delito.

Concepto de Tipo

El contenido del vocablo nos orienta en forma clara ya que la voz tipo, según el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado se traduce como el : "...modelo ideal que reúne los caracteres esenciales de una cosa..." (129)

Ese precisamente es el sentido con que se utiliza el término en materia penal.

Con los anteriores elementos podemos decir que el tipo penal constituye una valoración jurídica de la conducta humana antisocial, plasmada objetivamente y cuya descripción, que se toma como modelo, reúne los caracteres o elementos esenciales del delito.

Eugeno Raúl Zaffaroni dice que: "...El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes..." (130)

129.- Op. Cit. P. 3235

130.- Op. Cit. P. 171.

La Tipicidad

El tipo es, como ya se indicó, el modelo o patrón, la descripción legal de la conducta antisocial materia del derecho penal. En cambio la tipicidad, como la señala Castellanos Tena, es la: "... adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto..." (131)

Existe la controversia de si el tipo es fundamento o indicio de antijuridicidad o es a la inversa, para resolver tal cuestión nos adherimos al punto de vista de Castellanos Tena - quien lo resuelve señalando que desde el punto de vista del ordenamiento positivo (siguiendo corriente formalista dogmática) la tipicidad es fundamento de la antijuridicidad y que: "... desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos..." (132)

La Tipicidad constituye, además un instrumento eficaz para cumplir con el principio de legalidad contenido en el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: "...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun

131.- Op. Cit. P. 165

132.- Op. Cit. P. 167

por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata..."

Lo que se encuentra en relación directa con el dogma penal que dice que no hay pena sin Ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

La Antijuricidad

Concepto:

La valoración jurídica de la conducta antisocial, por medio de la cual el hombre en uso de su libre albedrío niega su esencia racional-social, renuncia a su autorealización ética, desconociendo para sí y para la sociedad sus derechos y principios fundamentales oponiéndose a la pacífica convivencia social y al bien común es lo que a nuestro entender constituye la esencia de la antijuricidad.

Se puede decir que la valoración cultural de lo antisocial es presupuesto necesario y fundamental del concepto de la antijuricidad, que en tal caso se convierte en valoración jurídica de lo antisocial.

Para señalar el ataque a los bienes que el Derecho, a través de la norma penal protege socialmente, se buscó jurídicodogmáticamente, el término que comprendiera la contradicción a los principios naturales de justicia, equidad, bien común, so

lidad, que implica la acción ilícita (sentido amplio) dando por resultado la antijuridicidad, término que a algunos autores les llenó de inquietud ya que lo sentían o percibían sólo como lo contrario al derecho positivo, a la norma, de donde para dar contenido material y no sólo formal al concepto buscaron la solución, encontrándola precisamente en la bifurcación de la antijuridicidad en formal y material. El problema surgió a nuestro parecer como resultado de un dogmatismo caduco ya en nuestros días, ya que el término antijuridicidad, implica lo contrario al derecho y por tanto a sus fines, no comprenderlo así equivale a negar los fundamentos del derecho.

En congruencia con lo antes referido Castellanos Tejada nos dice: "...Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..." (133)

El mismo autor, citando a Max Ernesto Mayer, refiere: "...La antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado..." (134)

Con el concepto anterior se encuentra de acuerdo Raúl Carrancá y Trujillo, que nos señala otras denominaciones a la antijuridicidad, como son: "ilicitud", "ilegalidad", "entuerto", "injusto" (135)

133.- Op. Cit. P. 176

134.- Supra P. 177

135.- Derecho Penal Mexicano, P. 353

Celestino Forte Petit observa que hay tres corrientes en relación a la antijurisdicción:

- a) la materialista o substancialista
- b) la formalista o nominalista y
- c) la dualista

Antijurisdicción Objetiva y Subjetiva

Otra interrogante que se suscitó en relación a la antijurisdicción fue en el sentido de determinar si con ésta se otravenfa al derecho objetivo o al derecho subjetivo.

A nuestro entender para que exista una conducta antijurídica es necesaria, en virtud del término mismo, la contradicción al derecho objetivo, no obstante que de hecho le preceda cronológicamente una contradicción al derecho subjetivo, por tanto nuestro parecer es que se coimplican.

Forte Petit contempla otro punto de vista en relación al tema, con la interrogante de si el fundamento de la antijurisdicción ha de buscarse en la violación a la norma penal o en el ánimo del sujeto activo, concluyendo lógicamente, en este caso, que la antijurisdicción es objetiva, ya que ésta constituye una valoración de la conducta externa y el aspecto subjetivo es materia de la culpabilidad. (136)

136.- Op. Cit. P.P. 486, 487.

Por su parte Luis Jiménez de Azúa comenta: "... El más leve ensayo de crítica arruina esta concepción dualista de la antijuridicidad. Observése, en primer término, que esta teoría, tan aparentemente nueva, es de abolengo viejísimo y se fundamenta en el dualismo entre Derecho natural y Derecho positivo. Todo el que aun crea en ese trasnochado sistema, no sólo podrá aceptar, sino hasta considerar imprescindible la doble valoración de lo antijurídico: según las normas del Derecho natural y según las normas del Derecho positivo.

Los que seguimos la concepción de Mayer y vemos el orden jurídico como un conjunto basado en las normas de cultura, tenemos que rechazar ese absurdo dualismo en lo valorativo.

Bien mirado todo se reduce a que Von Liszt confunde - la antijuridicidad formal con la tipicidad. En suma: la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia.

El error está en que con la terminología de Liszt se hace valorativa (normativa) a lo formal, que es descriptivo-típico..." (137)

Para nosotros como ya indicamos, el error consiste en tratar de separar lo típico (formal) de lo valorativo (material)

137- La Ley y el Delito.- Octava Edición, Editorial Sudamericana
na Buenos Aires, Argentina, 1978. P.P. 278, 279.

que en última instancia es positiva la distinción para evitar - inversión de valores.

La Imputabilidad como Presupuesto de la Culpabilidad

La realización de la conducta típicamente antijurídica ha de ser efectuada por ser humano consciente, capaz de discernir la trascendencia de sus actos, es decir, teniendo dicha conducta como presupuesto el libre albedrío para que pueda ser motivo de justo reproche por parte de la sociedad.

Esa potestad de obrar con libre determinación, como presupuesto de la culpabilidad, es lo que doctrinariamente recibe el nombre de imputabilidad, la cual es definida como: "...la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal..." (138)

En el mismo sentido comenta Ignacio Villalobos que :
 "...La imputabilidad, como 'capacidad de conducirse socialmente' o de 'observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política'; como susceptibilidad a la intimidación o 'capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la pena'; o como constitución y funcionamiento psicológicos normales, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y de querer..." (139)

138.-Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. P. 218.

139.-Op. Cit. P. 267.

Castellanos Tena dice que: "...La imputabilidad es, - pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo - mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo..." (140)

Esa conciencia, facultad o capacidad en el ser humano para conocer si sus actos se adecúan a los principios y valores-fundamentales del convivir social y optar o no por su realización, en uso de su libre albedrío, es lo que fundamenta el reproche que la sociedad hace al autor de un hecho antijurídico. Por tanto, nos encontramos plenamente de acuerdo en que la imputabilidad es un presupuesto "Lógico y necesario" (141) de la culpabilidad.

Sergio Vela Treviño señala: "...es la libertad de que el hombre disfruta para determinar sus formas de comportamiento, la razón por la cual cuando actúa contra las leyes pueda imputársele su conducta. Ya sea que, siguiendo a Aristóteles, hablemos de libre voluntad, o refiriéndonos a Santo Tomás usemos el concepto de potestad, o que según Carrara se haga mención del libre albedrío..." (142)

La conciencia en el autor al optar por la realización de una conducta positiva o negativa, licita o ilícita, - equivale a la "capacidad de entender y de querer" a que se

140.- Op. Cit. P. 218

141.- Vela Treviño, Sergio.-Culpabilidad e Inculpabilidad. - Editorial Trillas, México, 1977. P. 4.

142.- Op. Cit. P. 8.

refiere Castellanos Tena y presupone una relación de sentimiento, pensamiento y acción, o sea a la "...conurrencia de fuerzas física y moral..." (143), a que alude Carrara.

En oposición a la corriente que admite el libre albedrío del ser humano (Escuela Clásica), surgen las corrientes positivas que niegan la libertad individual y por tanto la responsabilidad moral, substituyéndola por la responsabilidad social.

"...Las diferentes concepciones deterministas llevan una nota común que las vincula filosóficamente: la negación de la libertad individual y, por lo mismo, de la responsabilidad moral..." (144)

Con todo y sus excesos, como lo afirma el supracitado autor, la Escuela Positiva hizo grandes aportaciones al Derecho Penal generalmente señalando que: "...El estudio del delinvente pasó a ser, en estas condiciones, el aspecto de mayor interés para el Derecho Penal; del tratamiento dado al hombre peligroso para el conjunto social, surgieron conceptos que aún perduran, como son la individualización de las penas en función de las especiales características del sujeto y la aplicación de medidas de seguridad como medios tendientes a evitar peligro a la sociedad..." (145)

143.- Carrara y Trujillo, *Enl. Derecho Penal Mexicano. Décima Primera Edición. México, 1977. P. 235*

144.- Vela Treviño, Sergio. *Op. Cit. P. 11.*

145.- *Idem. P. 12.*

La imputabilidad se refiere tanto a las condiciones mentales del autor, como a la relación del mismo con su acto típico.

Fernando Díaz Fales nos refiere que la imputabilidad tiene una doble significación: "...objetiva, en cuanto refiere el acto al sujeto, y subjetiva, en cuanto exige en el sujeto previa capacidad para esa referencia o imputación ..." (146)

Lo cierto es que tal distinción ha motivado múltiples teorías por cuanto a tal relación del sujeto con su acto típico, (atribuibilidad, misinidad, etc.) distinguiéndose en tal virtud la responsabilidad objetiva (Por el mero hecho) y subjetiva.

Lo mismo han surgido teorías respecto a la naturaleza y contenido de la capacidad del sujeto en relación con la imputabilidad, apareciendo las cuestiones de si la capacidad ha de referirse a cada elemento del delito (capacidad de acción, capacidad jurídica de deber, capacidad de culpabilidad, capacidad de pena, etc.) (147)

El supracitado nos dice que la imputabilidad es el eslabón entre el delito y el delincuente, entre lo objetivo y lo subjetivo. (148)

146.- Teoría General de la Imputabilidad, Editorial Bosch, Bar
celona, España. 1965. P. 30.
147.- Supra P.F. 21 a 29
148.- IDEM. P. 258.

Citando al Padre Montes, el mismo autor nos refiere una definición de imputabilidad que califica de clásica, diciendo que son el: "...Conjunto de condiciones para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre..." (149)

Conciencia y voluntad libre son los elementos que el Derecho toma en cuenta para que un acto típicamente antijurídico sea cargado con todas sus consecuencias al autor del mismo.

En conclusión: sólo si la conducta antijurídica puede atribuirse a sujeto capaz de conducirse de acuerdo a los principios generales del convivir social, por contar, al momento del hecho delictivo, con las condiciones mínimas de salud y de desarrollo mentales (libre albedrío), puede la misma sociedad, a través del orden normativo, reprochar su comportamiento al agente, en cuyo supuesto estamos ya en campo de la culpabilidad, a la que haremos referencia enseguida.

La Culpabilidad

En el supuesto de la existencia de una conducta típicamente antijurídica, procede analizar su relación con autor imputable, siendo esta relación propiamente ya materia de la culpabilidad a cuya naturaleza nos avocaremos enseguida.

Fernando Castellanos Tena dice que la culpabilidad es "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto..." (150). La definición referida es eminentemente de corte psicologista.

Por otra parte encontramos en la Enciclopedia Jurídica OMEBA que la culpabilidad es: "...el reproche genérico que la norma hace al autor de un ilícito penal..." (151)

Esta última acorde con la Teoría normativa de la culpabilidad.

No es el fin del presente trabajo hacer un profundo análisis de las teorías, no obstante con los conceptos que en seguida vertiremos, esperamos llegar a una noción general, como ya lo indicamos, de la culpabilidad.

El ser humano, en condiciones normales de salud y de desarrollo mental, por naturaleza adquiere el sentimiento de lo justo, del amor, la amistad, la gratitud, la confianza, la equidad y la solidaridad, en fin, de lo acorde con los principios éticos que imponen el convivir social y la naturaleza racional del hombre; de igual forma presente todo aquello que lesiona esos principios, ya sea en su agravio o en el de sus congéneres, familiares o parientes, por tanto debe ser -

150.- Op. Cit. P. 232

151.- Op. Cit. Tomo V, P. 291

capaz de presentir, cuando no de conocer, los actos que la sociedad, a través del Derecho, cataloga como antijurídicos (antisociales) y de los que, a pesar de su aparente contradicción con el orden positivo, no son más que el cumplimiento de obligaciones naturales que por tanto, materialmente no son contrarias al mismo.

Al respecto Sergio Vela Treviño refiere: "...Siendo la culpabilidad un elemento del delito, es necesario que se precise cual es, conceptualmente entendido, su contenido. A este respecto y atendiendo al propio Soler, puede decirse que lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto..." (152).

El supracitado señala que la conciencia de la criminalidad del acto no implica que el autor, necesariamente, deba ser capaz de saber que su acto es típicamente antijurídico, al comentar que: "...Para salvar errores en que han incurrido algunos tratadistas al considerar que conforme a esta definición de la culpabilidad se requiere que el autor haya 'subsistido' el hecho en el precepto legal..." (153)

Es decir que basta que el agente tenga conciencia, o capacidad de saber que realiza una conducta que no está de acuerdo al sentir social y que muy probablemente se encuentre vista como delito.

152.- Op. Cit. P. 181

153.- Idem.

A nuestro entender, el conocimiento o presentimiento de lo antijurídico (antisocial) y la intención o falta de previsión en la conducta y/o el resultado fundamentan el juicio de reproche (que la sociedad hace a través de la norma), hacia el autor.

La naturaleza de ese juicio de reproche, podemos decir, deriva primordialmente de la contravención a los principios y normas generales establecidas en el convivir social dentro del cual se encuentra el agente, y que se traducen en normas jurídicas en cuyo campo sólo es lógico referirse a la culpabilidad, supuestos los elementos precedentes del delito imputables o atribuibles al autor del mismo.

"...el estudio del factor subjetivo del delito se realiza su puesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se evalúa la culpabilidad del sujeto imputable..." (154)

Noción de Delito Natural y Culpabilidad:

Mencionamos, en punto correspondiente, que el delito natural lo entendemos como una conducta que, en uso de su libre albedrío, realiza el hombre, mediante la cual manifiesta su aspecto negativo (antisocial), niega su esencia racional

154.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. P. 233.

social, renuncia a su autorrealización ética-valorativa y des conoce para sí y la sociedad los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la propiedad, entre otros, oponiéndose al bien común y a los fines del individuo, de la familia y de la sociedad en general. Asimismo señalamos que la intención, de tal concepto, era manejar una idea genérica por cuanto a las características e implicaciones de tales conductas, en principio antisociales, que el Derecho penal toma en cuenta para atribuirles determinadas consecuencias.

Una relación directa encontramos, entre los elementos de tal noción y lo que nos refiere Ignacio Villalobos, por cuanto a la culpabilidad, al tenor siguiente: "...La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por inolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa..." (155).

De donde volvemos a afirmar que las relaciones, que se traducen en derechos y obligaciones, surgen en forma natural, siendo necesario un orden que las regule para lo cual nace el instrumento rector, mismo que requiere denominaciones jurídi

155.- Op. Cit. P. 281, 282.

cas para situaciones, hechos y consecuencias que en lo sucesivo el Derecho va a considerar propias y relevantes en su campo, pero que originalmente no eran exclusivas de lo jurídico. En tanto se pueda hablar de delito natural, lógico es que por onto nomasia así sean sus elementos, mismos que ya en el orden normativo adquieren características singulares y propias de dicho ámbito.

La noción de la culpabilidad debe tener en cuenta lo antes referido, o sea su fundamento natural-social. La regulación del hecho social y en suma no perder de vista los fines del Derecho en aras de un normativismo, psicologismo o cualquier otra corriente teórica, que sea expresión de un dogmatismo caduco que no comprenda lo jurídico y su fundamento íntegramente.

"...hay que reconocer que la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como 'situación de hecho de la culpabilidad'; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho..." (156).

Formas de la Culpabilidad

El grado de conocimiento o conciencia de que la conducta es contraria a los principios y valores del convivir social y de la intención, falta de previsión o negligencia por cuanto al resultado nocivo determina que la culpabilidad revista forma diversa. Al respecto Sergio Vela Treviño nos refiere, citando a Bellavista, que: "...Buscando una definición de tipo genérico que abarcara tanto al dolo como la culpa, se ha llegado a decir que la culpabilidad 'es la relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona un evento querido, o no querido, y aunque no previsto, previsible'..." (157).

De donde se infiere que, genéricamente, son dos las formas de la culpabilidad: dolo y culpa, admitiendo algunos autores una tercera forma denominada preterintencionalidad.

Concepto de Dolo

Castellanos Tena dice que el dolo:

"...consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..." (158)

157.-Op. Cit. P. 180.

158.-Op. Cit. P. 239

Clasificación del Dolo

Por su concisión y claridad nos permitimos reproducir la clasificación y ejemplos que nos proporciona Castella nos Tena en su cuadro sinóptico:

Dolo	{	Directo	El resultado coincide con el propósito del agente. (Decide privar de la vida a otro y lo mata.)
		Indirecto	El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato)
	{	Indeterminado	Intención genérica de delinquir, sin proponer se un resultado delictivo en especial. (Querquista que lanza bombas)
		Eventual	Se busca un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones). (159)

El Código Penal Vigente establece en el artículo 8º - que: "...Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia
- III. Preterintencionales..."

Aceptando nuestra legislación de tal suerte tres formas de la culpabilidad, mismas que a continuación define señalando en el artículo 9º: "...Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia..."

Comentando la fracción I del artículo 8º, relativo - al dolo, Carrancá y Trujillo indica: "... De lo dicho aparece - que para nuestra ley penal el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará, pues, con dañada intención aquél que en su - conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, renre

sentándose las circunstancias y la significación de la acción .
 Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo..."(160)

Fernando Castellanos Tena considera que: "...El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto..." (161)

Sergio Vela Treviño, citando a Mezger, refiere: "...actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado..." (162)

Conciencia de lo antijurídico (antisocial), voluntad en la conducta y previsión del resultado son los elementos esenciales para la existencia del dolo, como forma de la culpabilidad.

La Culpa

La falta de cuidado, diligencia, pericia, precaución y de previsibilidad en el actuar, en relación con un resultado

160.-Op. Cit. P. 400
 161.-Op. Cit. P. 239
 162.-Op. Cit. P. 211

noctivo a la sociedad. La contravención a los principios y normas generales que imponen el deber de observar con cuidado, diligencia y previsión para no incurrir en conductas antijurídicas es lo que, a nuestro parecer, fundamenta el contenido de esta forma de la culpabilidad.

Al respecto de la culpa, Ignacio Villalobos observa: "...En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidado necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo..." (163)

Por su parte Fernando Castellanos Tena, en relación al tema menciona: "...existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaninar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, - las cautelas o precauciones legalmente exigidas..." (164).

El supracitado autor nos señala como elementos de la culpa: a) Un actuar voluntario; b) realizado sin las caute -

163.- Op. Cit. P. 307

164.- Op. Cit. P. P. 226, 247.

las exigidas por el Estado; o) que los resultados del acto sean previsibles, evitables y se encuentren tipificados; y d) que exista relación de causalidad entre el actuar inicial y el resultado no querido. (165)

Clasificación de la Culpa:

En aras de ser breves y concisos, nos permitimos copiar textualmente el cuadro que al respecto nos proporciona Fernando Castellanos Tena, al tenor siguiente:

Culpa {	Consciente {	El agente prevé el posible resultado penalmente tipificado, pero no lo quiere; obrita la esperanza de que no se producirá.
	(Con previsión con representación)	Como en el dolo eventual, hay voluntad de efectuar la conducta y existe representación del resultado típico, pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante ese probable resultado, en la culpa consciente se espera que no se producirá.
Culpa {	Inconsciente (sin previsión o sin representación)	El agente no prevé la posibilidad de que ocurra el resultado típico, a pesar de ser previsible. No prevé lo que debió haber previsto.
		Según la mayor o menor facilidad de prever, se le clasifica en lata, leve y levísima. (166)

165.- Op. Cit. P. 247

166.- Cuadro que aparece en Op. Cit. Castellanos Tena, Fernando. P.249

En relación a la clasificación referida de culpa, Ignacio Villalobos comenta: "...El estudio en cada caso se debe hacer sobre la negligencia o la imprudencia con que actuó el sujeto, en relación con el deber de atención y de precaución que tenía para impedir que se violara el Derecho. La gravedad del daño que debía evitarse, la mayor o menor facilidad de preverlo y evitarlo, el haberlo o no previsto y todo el conjunto de circunstancias o particularidades que intuitivamente se ha sentido siempre como de influencia en estos problemas, deben ser considerados hoy con una orientación definida por aquel propósito único de fijar la mayor o menor negligencia o imprudencia del responsable ..." (167)

Grado de culpabilidad en relación a la conducta y/o el resultado, en el supuesto de la existencia y calificación de la conducta como antijurídica típicamente, son elementos que fundamentan, entre otros, las medidas que socialmente, a través del Derecho, son tomadas en contra de quienes incurren en actos típicamente antijurídicos culpablemente y que por tanto son declarados responsables de esas conductas y sujetos a las consecuencias jurídicas establecidas, en aras de proteger y mejorar al individuo, a la familia a la sociedad y por tanto al Estado mismo.

La Preterintencionalidad

Nuestro Código Penal vigente acepta una forma de culpabilidad mixta, es decir con elementos de dolo y culpa, al establecer en la fracción III del artículo 8º que los delitos pueden ser preterintencionales y definir enseguida la preterintencionalidad al tenor del artículo 9º que indica: "...Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia..."

En relación a la preterintencionalidad Raúl Carrancá y Trujillo cita: "...Otra especie de dolo indirecto es el denominado por Finzi 'preterintencional' o más allá de lo intencional, en el cual un delito doloso produce efectos más graves que los previstos y propuestos; es decir, que el resultado excede a la previsión y a la voluntad de causación del agente. En la dogmática alemana se llamó a éstos, 'delitos calificados por el resultado'..." (168)

Dolo en la conducta y culpa en el resultado típico - son las características, según se desprende de lo antes referido, de la preterintencionalidad, o sea que existe dolo en relación al resultado pretendido y culpa en el resultado alcanzado.

168.- Op. Cit. P. 405.

La inclusión de la preterintencionalidad en el Código Penal ha sido objeto de múltiples críticas a nuestro parecer un tanto doctrinarias, dogmáticas, ya que la inserción de esta forma, a nuestro entender mixta, de la culpabilidad obedece a exigencias de carácter práctico, contrariamente a lo que pudiera pensarse por algunos de sus críticos.

Por nuestra parte afirmamos que de la propia definición que hace el Código Penal de la preterintencionalidad en el artículo 9º párrafo tercero se desprende su naturaleza mixta de dolo y culpa y no diversa de éstas.

Pudiera pensarse que en tal precepto existen resabios de lo que se conoce como responsabilidad objetiva, o por el mero hecho, desvinculada del elemento subjetivo, pero a nuestro parecer es precisamente hacia donde se orienta la figura, a determinar con mayor precisión el grado y naturaleza de la relación entre el delito y su autor a fin de que la responsabilidad penal y las consecuencias de la misma sean más justas en el estricto sentido de la palabra.

En tal virtud con la referencia a la culpabilidad y formas queda estructurada la noción jurídico-integral del delito, que se enuncia como la conducta tipicarente, antijurídica y culpable, en cuyos conceptos tratamos de reunir lo material o sea el fundamento, la esencia, lo relativo al hecho antisocial, al denominado concepto básico al cual posteriormente el

Derecho regula, da forma y reviste de su esencia, como ya lo mencionamos.

La Responsabilidad Penal

El concepto de responsabilidad se encuentra en estrecha relación con el de imputabilidad, por tanto con el de culpabilidad, por lo que se hace necesario manejar la noción del término.

La conducta típicamente antijurídica y culpable quebranta el orden social, causando daño, o peligro al bien jurídicamente protegido por la norma penal, contrariando los fines del Derecho.

Al autor de una conducta nociva, la sociedad, a través del derecho, le va a exigir que responda por sus hechos y lo va a hacer, generalmente, centro de imputación de las consecuencias de sus actos, es decir, reunidos los requisitos, lo va a declarar responsable penalmente y en consecuencia se hará acreedor a la pena prevista para el autor del hecho delictivo en cuestión, realizándose de tal suerte la reacción en contra del hecho que no se encuentra acorde con los fines y valores del convivir social, por tanto está en desacuerdo con los fines del Derecho.

Fernando Castellanos Tena dice que: "...La responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el sujeto imputable

de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado..." (169)

El supracitado autor, citando a Ignacio Villalobos, comenta que: "...En resumen, la antijuridicidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es la relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado..." (170)

De tal forma refiere Castellanos Tena que el término responsabilidad tiene varias acepciones y concluye que la misma "...resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta..." (171).

169.- Op. Cit. F. 219

170.- Idem

171.- Supra

Sólo en el supuesto de la integración del delito imputable al autor cabe propiamente hablar de responsabilidad penal. El Diccio*nario Jurídico Mexicano* dice que la responsabilidad es el: "...Deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable..." (172)

En similar sentido se conduce el Diccio*nario Enciclopédico de Derecho Usual*, al indicar, en relación al mismo vocablo, que es: "...La sanción a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable y carente de excusa absoluta, se traduce en la aplicación de una pena; privativa de libertad, pecuniaria, limitadora de derechos, de índole moral, contra la vida misma y de otras clases..." (173).

La posibilidad de elección entre la realización o no de una conducta típicamente antijurídica y culpable, (libre albedrío) se encuentra en estrecha relación con la obligación de sufrir las consecuencias de su comisión. Diversas teorías han surgido que oscilan entre los liberoarbitristas y los deterministas, para tratar de fundamentar la naturaleza de la responsabilidad penal. "...Independientemente de esta tradicional polémica entre los que sustentan el libre albedrío, los deterministas y los que propician tesis intermedias, prácticamente

172.- Diccio*nario Jurídico Mexicano*.- Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1984. Tomo VIII, P. 60.

173.- Op. Cit. Tomo VII, P. 197

todas las legislaciones modernas aceptan, en forma tóctica, el principio de la libre determinación del hombre como fundamento de la responsabilidad penal, puesto que sin esa libertad no tendríamos sentido penar al autor de un delito, ya que la pena implicaría un castigo por algo que el delincuente no ha podido evitar..." (174).

En relación con lo referido, Castellanos Tena considera que: "...Si bien no nos es dable elegir en forma absoluta el escenario de nuestra vida, vivir, en sentido humano, consiste en una preferencia o elección constante entre las posibilidades (múltiples o menos numerosas) que nos circundan; nuestra vida es libertad dentro de un marco limitado de posibilidades..." (175).

Técnicamente y prácticamente el concepto de responsabilidad penal ha evolucionado, ya que antiguamente se hacía cargar con las consecuencias del delito a quien objetivamente producía el daño o peligro de daño, sin importar el nexo psicológico entre el autor y su hecho. Esta forma de imputación fue variando ya que paulatinamente se fue tomando en cuenta la relación señalada entre el agente y el ilfeto, tornándose la responsabilidad penal de carácter subjetivo primordialmente .

La Enciclopedia Jurídica OIEBA, al respecto señala - que: "...La responsabilidad penal en los tiempos primitivos era de carácter objetivo, es decir, se hacía cargar con las consecuencias del acto delictuoso a quien hubiese sido la causa material desencadenante de la cadena causal que producía el resultado dañoso..." (176)

Responsabilidad Penal Personal

En materia penal la responsabilidad es personal, por tanto, así es la pena. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual se cita al respecto que: "...En el repertorio cíclico se concretaban ya algunos de esos principios. Así se expresaba 'Nemo punitur pro alieno delicto' (A nadie se castiga por delito ajeno)... " (177). En el mismo sentido encontramos que: "...El personalismo de la sanción se proclama en - estos términos:

'Delicta suos teneant auctores' (respondan de los delitos sus autores)... " (178).

La responsabilidad penal no surge en ausencia de cualquiera de los elementos esenciales del delito o la concurrencia de alguna excusa absolutoria: "...Únicamente cuando un he

176.- Op. Cit. Tomo XXIV P. 908

177.- Op. Cit. Tomo VII P. 200

178.- Idem.

cho típicamente antijurídico puede atribuirse a un sujeto imputable y culpable surge la responsabilidad penal, en sentido estricto. En consecuencia, si la atributibilidad, la imputabilidad o la culpabilidad aparecen excluidas por cualquier causa, la responsabilidad penal, en sentido estricto, también desaparece. Lo mismo acontece en el caso de que concurra alguna excusa absolutoria que exime de pena al culpable..." (179).

La Punibilidad

Como ya mencionamos, el que incurre en conducta típicamente antijurídica y culpable, renuncia a sus derechos fundamentales a la vida, la libertad, la propiedad, etc., en tanto se los niega a sus congéneres. Es deber del Estado reprimir ese aspecto antisocial del hombre, que atenta contra los bienes e intereses de la persona, de la familia y del propio Estado.

Sólo en presencia de ese ánimo antisocial, de esa renuncia (tácita) de los derechos referidos, puede el Estado fundadamente imponer, como consecuencia específica, una pena al agente de esa conducta típicamente antijurídica, porque, - como nos refiere Eduardo García Máynez en su obra *Ensayos Filosóficos y Jurídicos*: "... Un mandato no es una ley si no

posee otro fundamento que el poder de quien manda..."(180)

Concepto

Fernando Castellanos Tena refiere que la punibilidad consiste en: "...el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta..." (181)

En la Enciclopedia Jurídica OMEGA se indica que punibilidad es la : "...Situación en que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo existen circunstancias en que aún dándose se la infracción penal y el autor de la misma, éste no puede ser castigado por razones previamente establecidas por el legislador..." (182)

En lo supracitado se hace mención obviamente a las excusas absolutorias, pero hasta ahora no hemos encontrado referencia concreta a esas "circunstancias", "causas", "situaciones", por las cuales en aras de una "prudente política criminal" se toman en cuenta esas "razones previamente establecidas por el legislador" lo que nos sigue dejando una interrogante acerca de cuál sea la naturaleza, contenido y fundamento de las excusas absolutorias principalmente con motivo -

180.- Op. Cit. Segunda Edición. Editado por la U.N.A.M. México, 1984. P. 76

181.- Op. Cit. P. 267

182.- Op. Cit. T. XXIII P. 931

del parentesco que hasta el momento ha sido nuestro principal -
 empeño. Pero prosiguiendo con el tema de la punibilidad vemos
 que Castellanos Tena dice: "...En resumen, punibilidad es: a)
 Persecución de penas; b) Arcaza estatal de imposición de san-
 ciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación
 fáctica de las penas señaladas en la ley..." (183)

La Punibilidad es Consecuencia del Delito

Nos adherimos sin reservas a los diversos autores que
 consideran a la punibilidad como una consecuencia que, general
mente, acompaña al delito pero que no integra parte esencial del
 mismo, ya que una cosa es el hecho delictivo en sí y otra diver
sa su consecuencia. El supracitado autor, en clara forma, est
blece: "...el delito es punible; pero ni esto significa que la
 punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la en
fermedad el uso de una determinada medicina..." (184)

La conducta típicamente antijurídica y culpable (por
 tanto antisocial) es el presupuesto de la reacción del Estado
 contra el autor responsable de la misma, que se realiza a tr
vés de la punibilidad en su más amplio sentido. Cualquier circ
unstancia que afecte un elemento esencial e inherente al deli
to lo hará inexistente y por tanto in-existentes sus consecuen-
cias.

183.- Op. Cit. P. 267

184.- Idem. P. 269

En las Excusas Absolutorias si la conducta no es anti social y por el contrario se traduce en la manifestación de un aspecto ético del ser humano que actúa en cumplimiento de una obligación impuesta por su propia naturaleza, que por tanto, no se opone al bien común ni a los fines del individuo ni de la sociedad no debe ser materia de punibilidad ya que no es constitutiva de delito y en tal supuesto nos encontramos con un aspecto negativo del delito por exclusión de uno de sus elementos esenciales, no obstante formal y objetivamente dicha conducta aparezca como lesiva de un bien jurídicamente tutelado.

Naturaleza Jurídica de las Excusas Absolutorias con motivo del Parentesco

Con los múltiples elementos que hasta el momento se han referido y las razones expuestas, podemos ya decir que, a nuestro parecer, la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias con motivo del parentesco radica en que las mismas constituyen una causa, en principio material, de justificación que se traduce en una exclusión formal de antijuridicidad, por tanto de pena, que el legislador realiza en base a que en esencia considera a las conductas, que ampara mediante las excusas absolutorias en tema, como no antijurídicas materialmente y así lo

declara formalmente para no contrariar los fines del orden jurídico, que requiere de contenido material primordialmente a fin de ser socialmente efectivo.

En las conductas delictivas atenuadas por excusas ab solutoria prevista por los artículos: 150 en relación al 151, relativa a la evasión de presos; 173 en relación al 174 que se refiere a la violación de correspondencia; 280 fracción II, párrafo segundo y 400 fracción V, párrafo segundo relativos a encubrimientos específico y genérico de parientes respectivamente, es evidente que el agente actúa en cumplimiento de una obligación, una exigencia o necesidad derivada de la naturaleza biológico-racional-social del ser humano que le impulsa a actuar voluntariamente, por íntima convicción y sentimientos de amor, gratitud, solidaridad, etcétera, hacia su recíproca protección, bienestar y desarrollo integral.

La existencia de esos vínculos sentimentales de amor, gratitud, lealtad, solidaridad, etc., que hacen entre los unidos por lazos de parentesco que les compele hacia el cumplimiento de los más elevados fines existenciales, el legislador los presume en relación a la naturaleza del parentesco, tomando en cuenta la línea, el grado, la forma, a los cuales ya hicimos concreta referencia, lo mismo que las diversas consecuencias jurídicas que implican, una de las cuales es motivo del presente tema que nos ocupa.

En las excusas absolutorias con motivo del parentesco previstas por los artículos 151, 174, y 280 fracción II párrafo segundo, injustamente no se incluye a los concubinos, no obstante que los mismos se encontrarían en igualdad de circunstancias que los cónyuges, al incurrir en las conductas referidas, cumpliendo con una exigencia, una necesidad derivada de la naturaleza propia de sus relaciones y en aras de su realización como seres sensibles, portadores de valores y principios que no deben ser segregados de nuestro ordenamiento penal, ni de ninguno otro, ya que no dejan de ser también fuente de familia, por tanto, en cierta forma, célula social, fundamento del Estado.

Por lo referido, nos parece plausible y sumamente satisfactorio el acierto del legislador al incluir a los concubinos en el beneficio que concede el artículo 400 fracción V a determinados encubridores.

Para una mejor comprensión del fundamento de nuestros puntos de vista remitimos a la lectura de parte relativa al parentesco, lo mismo a la parte que se refiere el concubinato, - de donde al analizar desde el concepto hasta los derechos y obligaciones (naturales y legales) se infiere la justificación de lo que afirmamos.

Son tales los fines que determinan al activo para incurrir en esas conductas formalmente delictivas, pero que en -

esencia nada de antisociales tienen y nada deben, por tanto, tener de antijurídicas, (no con esto aceptamos que el fin justifique los medios).

Por las razones expuestas, lo que en principio es calificado de antijurídico formalmente, (por lesionar o poner en peligro determinado bien jurídicamente protegido) no siendo lo materialmente, enseguida es reconocido sustantivamente acorde al Derecho por medio de las excusas absolutorias.

La poca precisión en los diversos conceptos de las excusas absolutorias, (ya referidos) al señalar los diversos autores "situaciones", "circunstancias", "causas" y otros términos e ideas en los que no profundizan ni explican satisfactoriamente, nosotros la entendemos en virtud de que las excusas absolutorias no pueden conceptuarse genéricamente, dada su diversa configuración y en virtud de que existe una gran resistencia doctrinaria para remitir lo jurídico a consideraciones que no son propias de su campo, o no son así consideradas, es decir, hay renuencia a remitirse a fundamentos metajurídicos, anarquetamente, olvidando que precisamente el fundamento del orden jurídico sólo es apreciable mediante una visión integral del mismo; lo jurídico, sus fines y fundamentos en estrecha relación con el ser humano, su naturaleza y sus fines, porque en el Derecho deben concurrir tanto elementos materiales, como elementos formales, pero distinguiendo, tanto el teórico como el práctico

tico, la esencia de la forma para evitar la inversión de valores, pues sólo en tal supuesto se integrará propiamente el orden normativo.

Las Excusas Absolutorias como Factor Negativo de la Punibilidad

Se menciona que en base a la concurrencia de una excusa absoluta se excluye de pena al autor de un delito, lo cual es motivo para que se tenga a las mismas como el factor negativo de la punibilidad. (185).

Nos encontramos de acuerdo en parte ya que consideramos que efectivamente las excusas absolutorias constituyen factor negativo de la punibilidad, con la salvedad de que a nuestro entender las consideramos un factor negativo de la punibilidad, entre otros y no : "...el factor negativo de la punibilidad..." (186), ya que esta ausencia de punibilidad no es propia y exclusiva de las excusas, sino que se encuentran las mismas - circunstancias, es decir, se excluye de pena y por tanto, también estamos frente a un factor negativo de la punibilidad cuando hay, válganos la expresión, ausencia de conducta, atipicidad, o cuando concurre alguna causa de justificación, de impunitabilidad o de inculpabilidad, pero esta ausencia de punibilidad es consecuencia genérica, cuando falta al delito un elemento

185.- Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. P. 271

186.- Idem

esencial para su integración.

En consecuencia, no siendo la punibilidad elemento esencial del delito, su sola ausencia no es suficiente para fundamentar la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias, ya que la misma varía según el caso.

A nuestro entender esas causas, circunstancias o situaciones que concurren en la comisión de una conducta delictiva amparada por excusa absolutoria con motivo del parentesco, impiden la integración del delito, aunque formalmente se den todos sus elementos, por lo que podemos decir que las excusas absolutorias son: "aquellas conductas que previstas en el Código Penal como típicamente antijurídicas y culpables, no son antisociales y por tanto no son antijurídicas materialmente, por lo que formalmente el legislador las excluye de punibilidad por no constituir delito en esencia". En relación a la antijuridicidad Ignacio Villalobos nos dice que: "... La eliminación total (material y formal) de la antijuridicidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito..." (187)

Lo cual, según hemos expuesto, es aplicable a las excusas absolutorias con motivo del parentesco, máxime que, como ya señalamos, en estos supuestos sustancialmente no

187.- Op. Cit. P. 336

existe delito por ausencia de antijuridicidad material y así lo reconoce el legislador formalmente, por las múltiples razones expuestas.

Fernando Castellanos Tena nos refiere una consideración que pensamos es totalmente aplicable a las excusas absolutivas en tema, de acuerdo a la naturaleza referida, al señalar que: "...Solo resta hacer incipit en que al tiempo de advertir la existencia de una justificante, no significa la anulación de la antijuridicidad, pues ésta no existió jamás; la conducta, desde su nacimiento, estuvo acorde con el Derecho. Tal sucede, por ejemplo, en la legítima defensa; al descubrirla debe declararse que el comportamiento del agente estuvo justificado siempre. No se toma efecto lo que nunca fué contrario al orden jurídico..." (188).

En el mismo sentido Rafael Larguez Piñero nos dice que: "...Como se ha visto, lo antijurídico tiene un contenido material, pues no se trata de una mera contradicción con la regla jurídica expresada en las leyes. La Ley no crea lo antijurídico, sino que simplemente lo delimita (y no en forma agotadora, exhaustiva), de ahí que sea necesario precisar la esencia de la oposición entre los dos términos de la relación hecho-derecho, o sea cual es la razón de esa oposición..." (189).

188.- Op. Cit. P. P. 167, 168

189.- Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas, México, 1986, P. 201

En presencia de una excusa absolutoria con motivo del parentesco, de acuerdo a los conceptos de delito natural y legal, no existe delito, toda vez que la conducta amparada se encuentra en total acuerdo con los fines del Derecho, pues, que de antijurídico puede encontrarse en lo que no es antisocial, si esto es el fundamento de aquéllo.

Por naturaleza y definición legal las excusas absolutivas no constituyen delito toda vez que el propio Código Penal establece que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Por tanto el excluir de sanción las conductas amparadas por excusa absolutoria éstas no constituyen delito, ni formal ni materialmente.

Acorde la idea referida Luis Jiménez de Asúa comenta en relación al concepto generalmente aceptado de las excusas absolutivas que: "...No podemos estar de acuerdo con las definiciones de Mayer y de Regois porque la afirmación de que deja subsistente el carácter delictivo del acto no podemos suscribirla..." (190)

Por tanto, repetimos que por motivo de las excusas absolutivas con motivo del parentesco, se reconoce que existiendo, dogmática-formalmente el delito, ya que se reúnen los elementos del mismo aparentemente, en el fondo y en base a un

análisis "metajurídico" (de ahí el término circunstancias, causas, situaciones, razones de justicia, prudente política criminal, etc.) el legislador llega a la conclusión de que realmente no existe una conducta antisocial, en tanto que la misma es la consecuencia del cumplimiento de una obligación que se funda en principios y sentimientos de justicia, gratitud, amor, lealtad, amistad, confianza y solidaridad, que por tanto nada deben tener de antijurídico y por tal razón, lo que en principio es calificado de antijurídico, formalmente, no siendo materialmente, enseguida es reconocido como sustancialmente acorde al Derecho y a sus fines, por medio de las excusas absolutorias con motivo del parentesco.

3. Clasificación

Los diversos autores clasifican las excusas absolutorias en razón de características diversas y específicas en cada caso. Por nuestra parte haremos referencia, inicialmente, a la clasificación que en relación con el tema nos proporciona Carranó y Trujillo, al tener siguiente:

a) Excusas en Razón de los Móviles Afectivos Revelados:

Bajo este rubro, el autor referido, señala como ejemplo al artículo 15 fracción IV del Código Penal, misma fracción IX a la fecha derogada, pero que se encuentra comprendida actualmente por el párrafo segundo de la fracción V del artículo 400, mismo ordenamiento. Refiriéndose a los preceptos señalados a excusa absolutoria de que gozan determinados parientes y sujetos en relación al delito de encubrimiento.

Enseguida el mismo Carranó y Trujillo agrupa en esta especie al artículo 200 fracción II que prevé excusa absolutoria a parientes determinados, en relación al delito cometido en violación de las leyes sobre falsificaciones y alteraciones, a la que se hará referencia concreta oportunamente.

Incluye asimismo la excusa prevista por el artículo -

151, en relación al 150 del Código penal, referente a la custodia de presos.

b) *Excusas en Razón de la Copropiedad Familiar*

Dentro de su clasificación el autor en comentario seña la esta especie de excusas, misma que a la fecha es inoperante, ya que el artículo 377 del Código penal se encuentra a la fecha derogado y fue el precepto en base al cual el autor multi citado estructuró esta parte de su clasificación. No obstante consideramos pertinente señalar que el referido artículo establecía que "...El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal contra dichas personas..."

Actualmente el robo cuando es cometido por ascendiente o descendiente ya no se excusa, sino que se previene el requisito de procedibilidad querrela de parte ofendida para su persecución en los términos del artículo 399 bis del Código penal, - en el cual se incluye a los cónyuges y a los "...parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad así mismo hasta el segundo grado..."

En este punto es de resaltarse el criterio que sigue el legislador al beneficiar a los participantes que concurren -

con el sujeto activo calificado en la comisión del delito al establecer que "...Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la comisión del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior..."

c) Excusas en Razón de la Patria Potestad o de la Tutela

Carrancó y Trujillo se refiere al artículo 347 del Código penal, a la fecha derogado, que preveía excusa absoluta en caso de golpes dados y violencias simples hechos en ejercicio del derecho de corrección. Medida afirmativa lo mismo que la derogación del numeral 204 a que también se refiere el supracitado autor, hasta aquí en comentario (191), toda vez que de tal forma se prevén y se apoyan las medidas tendientes a evitar el maltrato del menor o en su caso de las personas incapaces.

Aunque pareciera las categorías de excusas absolutas referidas caben perfectamente en la denominación de excusas absolutorias en razón del parentesco, en la cual habría que incluir, a fin de que quedara completa tal clasificación, de rubro indicado, la excusa prevista por el artículo 174 en relación al 173 del Código penal relativa a la violación de -

correspondencia.

De tal suerte las excusas absolutorias en razón del parentesco comprenden las especies a que aludió Carracedo y Trujillo, con excepción, como es obvio suponer, de las antaño previstas en razón de la copropiedad familiar, de la patria potestad y de la tutela que fueron derogados, así como de las que se relacionan con la maternidad consciente, el interés social preponderante y la mínima temibilidad, ya que estas últimas especies del catálogo estructurado por Carracedo y Trujillo no tienen propiamente relación directa con la clasificación tema de nuestro trabajo, la cual quedará estructurada con las excusas absolutorias referidas, cuya naturaleza radica en que se encuentran previstas tomando en cuenta que son conductas en principio, formalmente, antijurídicas, pero que materialmente, en esencia, no son antisociales, sino que por el contrario tienden hacia la protección y el mejoramiento integral de la célula social, base y fundamento del Estado, cuyos miembros actúan en cumplimiento de una obligación natural e irrenunciable, que por tanto nada de antijurídico, ni formal ni materialmente tienen.

Excusas Absolutorias en Razón del Parentesco

Bajo esta denominación quedan comprendidas las siguientes:

Conducta Amparada	Exonua Prevista por Artículos del Código Penal.
a) Evasión de Presos	151 en relación al 150
b) Violación de Correspondencia.	174 en relación al 173
c) Encubrimiento de parientes, (específico).	200 fracción II párrafo segundo, en relación al propio artículo 190.
d) Encubrimiento de parientes, (genérico).	400 fracción V, párrafo segundo, en relación al mismo precepto.

Como ya señalamos, en esta clasificación quedan comprendidas las conductas formalmente, en principio, consideradas delictivas, cuya característica principal consiste en que son realizadas, aunque suene contradictorio, en cumplimiento de una obligación o necesidad derivada de la positiva naturaleza humana que impulsa a los ligados por parentesco, no importando la naturaleza de éste, hacia la recíproca protección de sus miembros en congruencia con los principios y valores más puros

que imperan en el convivir social y con los fines del individuo, de la familia, por tanto de la sociedad y del Estado que debe pugnar por la protección y el mejoramiento integral de la célula social que es su fundamento, dentro de un marco jurídico formal y materialmente válido, congruente con los fines del orden normativo.

Diversos son los comentarios aplicables a las ideas expuestas en relación a las excusas absolutorias en cuestión, por ejemplo, el mismo Carracedo y Trujillo nos dice que - - "...En nuestro derecho se aceptan estas excusas toda vez que la acción desarrollada por el sujeto acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo gafa a delinquir es respetable y noble. Las relaciones de familia, los lazos de la sangre, la comunidad del nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama y respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena; pues si la familia es una entidad de la sangre que la naturaleza misma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsistir..." (192).

Por su parte Fernando Castellanos Tena señala: "...Des de hace años, hemos venido sosteniendo que si la familia es la base de la sociedad, interesa al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado, antes que a sancionar..., a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia la célula social. Serían negativos los efectos de la represión, si el propio Estado favoreciera la comparecencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus propios padres, o a la inversa..." (193)

Enunciados los preceptos relativos a la clasificación en tema, en la imposibilidad de realizar un análisis dogmático jurídico extenso de cada uno de los supuestos de delicto amparados por excusa absolutoria, haremos referencia solamente al supuesto de la conducta formalmente antijurídica y culpable, en relación al precepto que prevé su excusa absolutoria con motivo del parentesco, solo en forma enunciativa, en virtud que lo relativo a su naturaleza quedó ya esbozado en parte correspondiente.

Evasión de Precos y su Excusa

El supuesto de la conducta genérica y formalmente antijurídica y culpable lo encontramos en lo previsto por el ar

título 150 del Código penal, que establece "...Se aplicaran de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviere inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión o bien, en tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión.

Si quien propicia la evasión fuere servidor público, se le incrementará la pena de una tercera parte de las penas señaladas en este artículo según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otros durante un período de ocho a doce años..."

El precepto referido se encuentra incluido en el capítulo I del título cuarto del Código penal, bajo el rubro Delitos Contra la Seguridad Pública y del cual, en el Código Penal Comentado de Carranón y Trujillo-Carranón y Rivas, se indica que el objeto jurídico es "...la seguridad general encomendada a la administración pública..." (194)

Por su parte, en relación al mismo artículo, Francisco Compañón de la Vega dice que "...El objeto de la tutela penal en el delito de evasión de presos, radica en el interés público de la estricta observancia y cumplimiento de aquellas

limitaciones a la libertad corporal impuestas en los casos legales, sea a título administrativo (arresto por faltas), sea en forma de prisión preventiva (detención por delitos, formal prisión), o sea como pena (prisión, relegación, reclusión)... " (195)

Criterios que en esencia no se contraponen, toda vez que ambos son relativos al rubro indicado por el Código penal, o sea a la seguridad pública.

Excusa Absolutoria Relativa a la Evasión de Presos

El legislador toma en cuenta el parentesco para establecer excusa absolutoria para el caso de que el activo del delito sea ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o pariente por afinidad hasta el segundo grado del prófugo, al tenor del artículo 151 del Código penal que establece, refiriéndose al delito de evasión de presos "...El artículo anterior no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en

195.- *El Código Penal Comentado*.- Tercera edición. Editorial Porrúa, México, 1974, P. 236

los personas o fuerza en las cosas..."

Comentando la exouaa referida, Antonio de F. Lorenzo observe que "...La primera parte del precepto consigna una causa especial de justificación, mediante la cual se exime de sanción a los parientes consanguíneos y afines del prófugo, especialmente designados, que hayan favorecido la evasión del detenido, procesado o sentenciado. Reconoce y respeta los sagrados vínculos de afecto que unen a los parientes cercanos y los móviles, humanamente explicables, de su conducta. Estos mismos móviles impulsan, seguramente, a quien usa de la violencia en las personas o de la fuerza en las cosas, pa ra lograr la liberación de su deudo. Debe de subsistir la causa de exención y la justificación especial de la condug ta. En cambio, el resultado de la violencia o de la fuerza que originara daños, podría ser sancionado, de manera independiente, sin contrariar el principio de humana justicia que impulsó al legislador, a decretar la exención de que se trg ta..." (196).

Posteión que apoyamos en virtud de ser lógicas y comprensibles las razones expuestas por el autor supracitado.

.- Subrayado nuestro.
196.- Derecho Penal Mexicano. Segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1968, P. 137.

Siendo de hacer notar su consideración de que el precepto constituye una "causa especial de justificación", tanto de vista con el cual concordamos por considerar que en las - excusas, tema del presente trabajo, no existe materialmente la antijuridicidad, no obstante en principio, formalmente, - exista.

En relación a la misma excusa, González de la Vega señala que "...La excusa absolutoria, de carácter moral, pertenece a la misma índole que las previstas en los artículos 15 - fracción II, y 400 fracción I.

La violencia que elimina la excusa puede consistir en la fuerza moral o vis compulsiva por el empleo de amenazas, o en la fuerza física vis absoluta consistente en la privación de la libertad, golpes, en fracturas, empleo de gendaces o - llaves físicas, horadaciones, etc..." (197).

Por su parte Raúl Carraced y Trujillo nos dice que en esta excusa nos encontramos ante una causa legal de no credibilidad de otra conducta (198), a lo que haremos la consideración de que esa es la consecuencia, más no su fundamento.

Antes de continuar nos parece adecuado resaltar la similitud de naturaleza a que alude González de la Vega entre la excusa relativa a la evasión de presos y la entera pre

197.- Op. Cit. P. 236.

198.- Op. Cit. P. 631

vista por la fracción IX del artículo 15, actualmente incluida en el artículo 100 fracción V párrafo segundo y que por nuestra parte hacemos extensiva a todas las incluidas en la clasificación que pretendemos.

Refiriéndose a la no exigibilidad de otra conducta, en la cual se pretenden fundamentar algunas de las excusas en tema, Ignacio Villalobos nos dice: "... El desconocimiento de aquella verdad sobre que los deberes o derechos capaces de eliminar la antijuricidad de un acto típico son evaluativamente los de carácter jurídico, ha inducido a errores como el de incluir entre las causas de justificación esta excusa que se reconoce para quienes por humanidad o por consideraciones sociales, morales o de otra naturaleza semejante, pero no propiamente jurídicas, se dice que no pudieron haber obrado en forma diversa cuando ejecutaron un acto sancionado como delito..." (199).

Por nuestra parte consideramos que "El desconocimiento", a que se refiere el autor supracitado, existiría de no haberse incluido la excusa, en este caso relativa a la evasión de presos, en el Código sustantivo expresamente y que el lugar o naturaleza jurídica (acerca de la cual ya entendemos nuestro criterio), que dogmáticamente se les asigne no es

de primordial importancia ya que esto es cuestión de controversia doctrinaria, pero lo que si consideramos de suma valor es precisamente que ni el legislador ni el dogmático pierdan de vista que el fundamento de lo jurídico radica precisamente en esas consideraciones sociales, familiares, morales, - de nobleza y de emotividad que el propio Ignacio Villalobos considera fuera de lo jurídico al decirnos que "...Como el mejor antidoto contra tales engaños precisa repetir que cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales reculta humano, excusable o no posible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social..." (200)

Con las consideraciones referidas, el autor en cita hace alusión tanto al precepto en turno, 151 del Código penal, como al 200 fracción II y a la derogada fracción I del artículo 15, ahora comprendida en la fracción V párrafo segundo del artículo 400 del Código sustantivo penal. Muestra excusas que fundamenta en la no exigibilidad de otra conducta.

De lo supracitado intuímos la existencia de una *pro funla* formación doctrinaria que no acepta fundamento diverso a lo jurídico que el propio orden normativo, un razonamiento - formalista-degrmático.

Las ideas expuestas por Ignacio Villalobos tienen razón de ser, por cuanto a los numerales referidos (151, 280 fracción II y 40 fracción V párrafo segundo), pues las conductas amparadas contravienen, en principio, formalmente, - lo establecido por el precepto que las contiene ya que se dan la totalidad de elementos (formalmente) para considerarlas - como delictivas, pero en concurrencia de la específica relación de parentesco se descubre que la conducta no es de ninguna manera antisocial, toda vez que se obra en protección de la célula social, y siendo lo antisocial el fundamento de lo antifurístico el legislador concluye que en esencia no existe contradicción entre el hecho y los fines del derecho, motivo propiamente por el cual, a nuestro entender excluye de pena las conductas referidas.

El mismo Ignacio Villalobos nos da en parte la razón al decir, refiriéndose a la no exigibilidad de otra conducta como fundamento de excusa absoluta que "... Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines

de la pena, puede ser limitado de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta antisocial..."(201).

Lo que no está en desacuerdo es que sin conducta antisocial no puede hablarse de antijuridicidad, no existiendo -ésta, tampoco puede hacerse referencia a infracciones culpables ya que lógicamente y cronológicamente su antecedente es la conducta típicamente antijurídica, misma que puede integrarse formalmente con todos sus elementos pero en defecto de la antijuridicidad, materialmente hablando, no se integra el delito y esto se reconoce expresamente en el Código penal por medio de las exenciones absolutorias en tema.

Debe recordar que el Código penal en el artículo 72 refiere que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..." y no encontrándose sancionadas las conductas comparadas por excusa absoluta con motivo del ventajao, que con las que nos ocupan, no puede hablarse de que exista delito, y no por esto costamos la nulidad como elemento esencial del delito, ya que esta ausencia de nulidad se debe a que las conductas en tema no son antijurídicas material ni formalmente.

Según de la Vega, como ya citamos, Castellanos - Tema (202), Ignacio Villalobos (203) y Carrancá y Trujillo (204),

201.- Op. Cit. P. 433

202.- Op. Cit. P. P. 274, 275, 276, 277.

203.- Op. Cit. P. P. 434, 435.

204.- Derechó Penal Mexicano, P. 631

se encuentran de acuerdo en que las excusas absolutorias previstas por los artículos 151, 15 fracción II (a la fecha de rogada, pero comprendida en lo ahora previsto por el artículo 400 fracción V) y por extensión el artículo 200 fracción II, todos del Código penal, son de la misma índole o naturaleza, toda vez que las fundamentan en la no exigibilidad de otra conducta, pero no como causa de inculpabilidad, sino como excusa absolutoria propiamente entendida, según el concepto que manejan de las mismas.

La no Exigibilidad de otra Conducta

Por motivo antes referido se hace necesario hacer mención de la no exigibilidad de otra conducta, de la cual hasta el momento no existe unidad de criterio por cuanto a su naturaleza jurídica y que según nosotros, no difiere de la naturaleza jurídica que pretendemos para las excusas absolutivas en tema, por evidente razón.

Fernando Castellanos Tena comenta: "...Con la frase 'no exigibilidad de otra conducta', se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a

una situación especialísima, apremiante, que hace excusable - ese comportamiento..." (205).

En relación a la inclusión de las referidas causas bajo el rubro de casos de no exigibilidad de otra conducta, Carrancá y Trujillo señala: "...Un nuevo encuadramiento de las causas de impunidad a que venimos refiriéndonos lo constituye su consideración como casos legales de 'no exigibilidad de otra conducta', según la moderna teoría clerena..." (206)

Ateguida el mismo autor se refiere a la posibilidad de considerar la no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad, pero sin pronunciarse firmemente por tal cosa, refiriendo que "...Las causas absolutorias configuradas en el Código penal tienen, muchas de ellas, cabida en la 'no exigibilidad de otra conducta', por lo que podrían constituir causas legales de inculpabilidad y no de impunidad. Hecha la aclaración anterior, y en vista de que no por ello deja de establecerse la impunidad para esos tipos de conducta, mantenemos la clasificación que antecede, de causas de impunidad, para fines didácticos, por atender a su consecuencia, la ausencia de penalidad..." (207).

205- Op. Cit. P. 263

206- Derecho Penal Mexicano, P. 630

207- Idem.

Lo que nos da indicio de imprecisión en la relación entre la no exigibilidad de otra conducta y las excusas absolutorias, lo mismo que en sus respectivas definiciones.

Con lo anteriormente expresado nos referimos a la imprecisión de los conceptos, al hablar ambos de circunstancias, situaciones especiales, etc., que hacen excusable la conducta y mismas situaciones o circunstancias a las cuales no se hace concreta referencia y análisis, como lo pretendemos en relación a las excusas en terra, para fundamentar el punto de vista correspondiente.

Las observaciones que hacemos son precisamente encaminadas a determinar las características específicas de las excusas absolutorias, no genéricamente, sino exclusivamente las previstas en razón del vínculo del parentesco que son el motivo principal de nuestro trabajo, por tanto de la presente clasificación, y a las que son aplicables el total de reflexiones comentadas.

Violación de Correspondencia y su Excusa Absolutoria

El delito de violación de correspondencia lo encontramos previsto por el artículo 173 del Código penal que

determina : "...Se aplicará de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos:

- I. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él; y
- II. Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido..."

Respecto del mencionado precepto, en el Código Penal anotado se cita que "...El elemento 'indebidamente' es normativo, de valoración jurídica, cuando hay leyes que prescriben la apertura de la correspondencia..." (208). Enseguida, en la misma obra, se comenta: "...Cuando no tiene apoyo en la ley, aquel elemento es de valoración cultural y se apoya en la norma de cultura..." (209).

González de la Vega observa que "...La fracción I se contrae a la correspondencia cerrada en sobres o procedimientos análogos, como cartas, telegramas, oficios, telegramas escritos, etc.

La acción de interceptar la correspondencia, fracción II, consiste en apoderarse de la ajena, o en detenerla in

208.- Op. Cit. P. 343

209.- Ídem.

pidiendo llegue a su destino, o en ocasionar ralicioso retardo en su recepción..." (210).

Lariono Jiménez Huerta comenta en relación al tema: "...El que intercepta una comunicación escrita al alcance de su mano o un mensaje telegráfico, telefónico o inalámbrico - que le ha sido entregado para su transmisión, lesiona el interés vital que tiene el autor de la carta o del mensaje, de comunicar exclusiva o reservadamente su contenido a la persona que estime oportuno..." (211)

Enseguida, en relación al interés jurídico tutelado, refiere: "...Los artículos 173 y 176 del Código Penal Mallense incluidos en el título Quinto del Libro Segundo que lleva por rubro 'Delitos en Materia de Vías de Comunicación y Correspondencia'. Y aunque esta denominación, en puridad, oculta la verdadera objetividad jurídica lesionada, las simples descripciones típicas contenidas en dichos artículos ponen de manifiesto que sus respectivas conductas lesionan, en un primer plano, intereses vitales de naturaleza individual que rigen sus cumbres en la libertad de secretos: en la fracción I del artículo 173 su individualidad inaccesible; en la fracción II del mismo artículo y en el 176 su individualizada comunicabilidad..." (212)

210.- Op. Cit. P. 209

211.- D. Penal Edx. Tomo III. P. 207

212.- Idem. P. 208

Excusa Absolutoria

El artículo 174 del Código penal prevé una excusa absolutoria que los diversos autores comentan se fundamenta en la patria potestad o en la tutela, preceptuando el mismo que "...No se considera que obran delictuosamente los padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad, y los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia, y los cónyuges entre sí..."

En el Código Penal Anotado se indica que "...Asimismo, y toda vez que 'los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a sus hijos mesuradamente' (art. 423 c.c.) y que 'el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos' (art. 449 c.c.), de aquí que tampoco sea antijurídica la conducta de quienes en ejercicio de la patria potestad o de la tutela, abren la correspondencia de los incapaces que están bajo su patria potestad o su tutela..." (213).

Contenido el mismo artículo 174 del Código penal,

213.- Op. Cit. P. 344
Subrayado nuestro

ya enunciado, en la obra supra referida se observa que hay -
 "...Ausencia de antijuridicidad de la conducta de padres, tuto-
 res o cónyuges, expresamente reconocida en el texto legal; con-
 que por la redacción de éste y por la utilitatis causa que lo
 funda, más bien constituye una excusa absolutoria..." (214).

De donde inferimos que tal opinión no está en desa-
 cuerdo con la posición que tomamos por cuanto a la naturaleza
 jurídica que pretendemos a las excusas absolutorias en cues-
 tión.

Por su parte González de la Vega nos refiere que en
 el caso del artículo 174 del Código penal lo no punibilidad
 es resultante del cumplimiento de un deber y del ejercicio de
 un derecho en virtud de que quienes ejercen la patria potes-
 tad tiene la obligación de educar a los sujetos a la misma en
 forma conveniente (215).

Por cuanto al precepto en tema no encontramos, como
 ya referimos, punto opuesto al nuestro por cuanto a su natura-
 leza, en virtud de que expresamente se reconoce la ausencia de
 antijuridicidad en la conducta. Por lo tanto reafirmamos que,
 por nuestra parte, apreciamos las mismas o muy semejantes cir-
 cunstancias, causas, situaciones o motivos en todas las excu-

214.- Op. Cit. F. 345

215.- Op. Cit. P. 249, 250

sas absolutorias en razón del parentesco, por lo que no les consideramos de diversa, sino de igual naturaleza jurídica, en múltiples ocasiones referida.

*Violaciones de las Leyes Sobre Inhumaciones y Exhumaciones y -
su Excusa Absolutoria*

El supuesto de la conducta formalmente antijurídica está contenido en el artículo 280 del Código penal que ordena: "...Se impondrán prisión de tres días a dos años y multa de cinco a dos mil pesos:

I.- Al que oculte, destruya o sepulse un cadáver, o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darle o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o leyes especiales.

II.- Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulse el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esta circunstancia.

En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes, o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio, y

III. Al que exhume un cadáver sin los requisitos -
legales o con violación de derechos..."

Acerca de este precepto en el Código Penal Anotado se comenta que el objeto jurídico es: "... la seguridad jurídica establecida por las leyes y reglamentos respectivos; el respeto que merece el cuerpo humano muerto y la salubridad general. Sujeto pasivo; tratándose de un cadáver (de care dada vermis, carne dada a los gusanos) o sea el cuerpo humano al que falta la vida, lo son los deudos del fallecido; y tratándose de un feto humano lo mismo. Delito doloso, de lesión. Es configurable la tentativa, consistente en el comienzo de ejecución o en la frustración..."(216).

El rubro señala claramente el objeto de tutela a - que se contrae el precepto y no hay duda de que efectiva - mente es tendiente a garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales co-respondientes.

Francoisco González de la Vega remite a los artículos 117 y siguientes del Código Civil y del 198 al 213 del Código Sanitario (217).

216 .- Op. Cit. P. 546

217 .- Op. Cit. P. 320

Excusa Absolutoria

El mismo artículo 200 en su párrafo segundo de la fracción II establece que: "...En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio..."

En comentario de esta disposición en el Código Penal Anotado se observa: "...La excusa configurada en el párrafo final de la fracción II constituye una ampliación causalística de la eximente del artículo 15, fracción IX c.p. (véase). Se funda en el interés social de mantener la unidad moral familiar..." (218)

Carranón y Trujillo (219) y otros autores (ya citados), consideran esta excusa absoluta como una causa legal de no exigibilidad de otra conducta, lo mismo que la excusa prevista por el artículo 151 relativa a la evasión de presos y la fracción IX del artículo 15, a la fecha derogada, pero comprendido su contenido en la fracción V del artículo 400 del Código penal.

Antonio de P. Lorenzo también considera el párrafo final de la fracción II del artículo 200 como similar en

218.-Op. Cit. P. 280

219.-Derecho Penal Mexicano, P. 653

contenido a la citada fracción IX del artículo 15, derogada, es decir, como una especie de encubrimiento, el señalar :
 "...El párrafo final del precepto es congruente con el contenido de la fracción IX del artículo 15 del Código penal..."

(220)

Encubrimiento de Parientes y su Excusa

Por último tenemos lo previsto por el artículo 400 en relación al encubrimiento de determinados parientes y mismo precepto que a la letra establece: "...Se aplicará - prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta - días multa, al que:

1. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiriera, reciba u oculte el producto de - aquél o ganancias de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precau

ciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia;

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, - en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables..."

Como sabemos, una vez perpetrado el delito siguen a éste consecuencias varias, entre otras encontramos los supuestos que integran el delito de encubrimiento, señalados concretamente por las fracciones supra citadas del artículo 400 del Código penal, mismas que son objeto de múltiples comentarios por parte de autores diversos, por ejemplo Antonio de F. Ireno (221), que dedica de la página 320 a la 329 de su obra multitudinaria al análisis de este delito.

Carrascó y Trujillo, en su Código Penal Anotado, - señala: "...El 'encubrimiento' tipificado en el art. 400 c.p. es, por su parte, un delito autónomo, per se y no un grado de la participación. Los tipos penales que lo integran son el objeto del art. comentado..." (222).

Excusa Absolutoria

El mismo artículo 400 del Código penal, en su párrafo segundo de la fracción V establece: "...No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, - cuando se trate de:

221.- Op. Cit. P. P. 320 a 329

222.- Op. Cit. P. 748

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles..."

Esta excusa tiene su antecedente, como ya referimos - en múltiples ocasiones, en la derogada fracción II del artículo 15 del Código penal, y es de la misma naturaleza que las excusas previstas por los artículos 151 y 280 fracción II del Código sustantivo, por lo tanto, le son aplicables todas las consideraciones que en relación a tales preceptos citamos.

Excusas Absolutorias y Parentesco.

En este punto conveniente es enlazar y brevemente - analizar el precepto que contiene la excusa absolutoria en su relación concreta con el parentesco determinado en el supuesto.

Prudente es citar de nuevo los conceptos de parentesco, sus formas, líneas, grados y su relación directa con cada una de las excusas absolutorias que integran nuestra clasifici-

cación, a fin de tener una clara panorámica del criterio legislativo poco uniforme y, en cierta forma injusto, que impera hasta la fecha en la materia que nos ocupa. Conceptos que - conjuntamente con los preceptos correspondientes, serán útiles para relacionarlos gráficamente, mediante cuadro correspondiente que incluiremos oportunamente. De tal forma recordemos que el:

Concepto de Parentesco

Jurídicamente se define como: "...La relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción..." (223).

El parentesco es tomado en cuenta en determinada forma, línea y grado, según el precepto que prevé cada una de las excusas absolutorias en cuestión, apreciando por nuestra parte que no obstante tratarse de conductas semejantes, de la misma naturaleza, el criterio que sigue el legislador a la fecha no es uniforme, lo que se podrá corroborar y apreciar claramente analizando gráficamente la excusa absolutoria en relación con la forma, línea y grado del parentesco determinado en cada supuesto.

Parentesco Consanguíneo

Es el que existe entre personas que descienden de progenitor común (art. 293 C.C.).

Parentesco por Afinidad

Se contrae, mediante matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa (art. 294 C.C.).

Parentesco Civil

Surge de la adopción y existe sólo entre adoptante y adoptado (art. 295 C.C.).

Grado de Parentesco

Cada generación forma un grado (art. 296 C.C.).

Línea de Parentesco

La serie de grados constituye lo que se denomina línea de parentesco (art. 296 C.C.).

Línea Recta de Parentesco

Es la serie de grados entre personas que descienden unas de otras (art. 297 C.C.).

En esta línea el cómputo del grado de parentesco se determina contando el número de generaciones, o por el de las personas, con exclusión del progenitor (art. 299 C.C.).

La línea recta de parentesco puede ser ascendente o descendente, según sea el punto de partida y la relación concreta del mismo.

Línea Recta Ascendente de Parentesco

Es la que liga a una persona con el progenitor o tronco común de que procede (art. 298 C.C.).

Línea Recta Descendente de Parentesco

Es la que liga al progenitor con los que de él proceden (art. 298 C.C.).

Además de la línea recta que se integra, como ya sabemos, con las personas que descienden unas de otras, como el padre, el hijo, el nieto, directamente y que será ascendente

si la relación se toma, en este caso, de nieto a abuelo y descendiente si el punto de partida es del abuelo al nieto, existe otra que se denomina:

Línea Colateral o Transversal de Parentesco

Se constituye por la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de progenitor común (art. 297 C.C.).

En esta línea el cómputo de grados se realiza contando el número de generaciones, subiendo por una línea y descendiendo por la otra o por el número de personas, excluyendo al progenitor o tronco común (art. 300 C.C.).

Por cuanto al parentesco son las ideas mínimas para entender su relación concreta con las excepciones en tema, conceptos a los que hay que agregar los relativos a los términos de cónyuges, concubinos y tutores, en virtud de que tales vínculos, de índole primordialmente familiar, también son tomados en cuenta por los supuestos en cuestión.

Cónyuges

El término comprende tanto al hombre como a la mujer unidos mediante el vínculo jurídico del matrimonio.

Concubinato

Es la unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer, sin impedimento legal para casarse, que viven como marido y mujer en forma constante y permanente por cinco años o menos - si han procreado (224). Los elementos de tal definición se desprenden del contenido del artículo 1,635 del Código civil.

Tutores

Son las personas que ejercen la tutela, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de quienes, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos (art. 449 C.C.).

La solidaridad, el amor, la confianza, el respeto, la gratitud, etc., no son patrimonio exclusivo de las personas unidas mediante los vínculos antes mencionados de parentesco, matrimonio, concubinato o tutela, sino que esos sentimientos solidarios, nobles, de ninguna forma reprochables, pueden y de hecho también tienen como origen una relación social, el trato mutuo que denominamos amistad. Esta es tomada en cuenta,

224.- Montero Duhalit, Sara. Op. Cit. P. 165.

en análoga forma que el parentesco, matrimonio o concubinato - para en base a la misma amparar a los sujetos en quienes concurren esas relaciones solidarias de carácter social que se traducen en la amistad, la gratitud y el respeto. Vínculos a los que hecha concreta referencia la derogada fracción IX del artículo 15 del Código penal, en múltiples ocasiones referido, y que actualmente se incluyen en el inciso c) de la fracción V del artículo 400 del Código penal vigente.

Relaciones de los cuales, con acierto, en el Código penal anotado se comenta: "...A la sociedad y al Estado interesa fortalecer esos vínculos, más que quebrantarlos mediante una sanción penal, pues si el parentesco es una consanguinidad impuesta por la naturaleza, los vínculos nacidos de los sentimientos a que se refiere la fracción comentada constituyen una consanguinidad espiritual sin la que no es posible la sociedad humana..." (225).

Por lo expuesto y en virtud de considerar a las conductas amparadas por las excusas absolutorias en cuestión como en esencia no constitutivas de delito es que pugnamos porque, así como en el inciso c) de la fracción V del artículo 400 del Código penal se protege a los que actúan al amparo de tales relaciones, se proteja a los terceros que concurren en

la comisión de la conducta amparada, que en esencia no constituye delito.

Siendo de aclarar que no estamos diciendo porque se ampare simplemente al tercero participe en quien concurren los vínculos a que se refiere el inciso c) del referido artículo, sino que se le proteja, siempre y cuando participe en la conducta conjuntamente con el activo calificado, amparado - por su calidad de pariente, cónyuge, concubino o tutor, que exige el precepto previsor de la excusa.

Resumiendo, si la amarga absolutoria ampara al sujeto activo calificado en quien concurre el vínculo de parentesco, matrimonio, concubinato o tutela por considerarse que en esencia la comisión de la conducta no constituye delito, y con el sujeto activo calificado participa, en la comisión de la conducta, un tercero al que le unen vínculos nobles y solidarios de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, evidentemente incongruente, injusta e ilógica sería la represión de estos terceros en quienes concurren tales vínculos, ya que en esencia tampoco cometen delito.

La relación de las excusas absolutorias en tema con el parentesco, el concubinato, la tutela y los vínculos a que se hizo referencia en último término, se apreciará en clara forma el tenor del cuadro sinóptico que se anexa:

OTRAS RELACIONES	P A R E N T E S C O							
	Relación jurídica que se establece entre las sujetas por la consanguinidad, la afinidad o la adopción.							
CONSANGUINIDAD		AFINIDAD		CIVIL	TERCEROS	CONYUGES	CONCUBINATO	AMISTAD
Existencia entre personas que descienden de progenitor común. (Art. 203 C.C.)		Se contrae, mediante matrimonio, entre el varón y las parientes de la mujer y viceversa. (Art. 204 C.C.)		Nace de la adopción, sólo existente entre adoptante y adoptado.	Personas que al ser en la ley todo, como objeto es la guarda de la persona y vigencia de sus bienes no pierden atributos de patria potestad y tienen independencia notarial y legal, o sólo la se pierde, pero no pierden - por sí mismos.	Hombre y mujer unidos mediante el vínculo jurídico del matrimonio.	Unión sexual de hombre y mujer, sin impedimento legal para coexistir, que viven como marido y mujer en forma permanente por cinco años o menos si han procreado.	Amar, respeto y gratitud, son sentimientos de privados de religiones sociales nobles, preñados de la positiva naturaleza del ser humano que lo compelen a obrar solidariamente en favor de sus congéneros.
LINEAS DE PARENTERSCO		Cada generación forma un grado, la serie de ellas forma la línea de parentesco. (Art. 205 C.C.)		(Art. 205 C.C.)				
MATERIA		MATERIA		MATERIA		MATERIA		
Serie de grados entre personas que descienden una de otras. (Art. 207 C.C.)		Serie de grados entre personas que, sin desciender una de otras, proceden de progenitor común. (Art. 208 C.C.)		ASO. CIVIL				
ASO. CIVIL		ASO. CIVIL		ASO. CIVIL				
Liga a una persona con progenitor o tronco de que procede. (Art. 208 C.C.)		Liga al otro progenitor con el que procede. (Art. 208 C.C.)						
ELEMENTOS QUE SE DESPRENDEN DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 1,025 DEL CODIGO CIVIL.		ELEMENTOS QUE SE DESPRENDEN DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 1,025 DEL CODIGO CIVIL.						Generalmente la amistad presunta no la existencia de los sentimientos referidos.
ARTICULO CUANTO CADA SENCILLA O DADA SEPARADA DE LAS EXCUSAS ANOTADAS EN EL ARTICULO PREVIOSO DEBE SER DE GRADO								
170	SIN SORTE DE GRADO	DE GRADO	DE GRADO	DE GRADO		CONYUGES	CONCUBINOS	TERCEROS
Exposición de Fiecos	Ascendientes y descendientes del prójimo.	Hermanos del prójimo.				Del prójimo	Deben ser incluidos	Deben ser incluidos cuando en la comisión de la conducta, siempre y cuando le unan, el activo activo (amparado por la excusa) estos vínculos
174	PARTE				PARTE	TERCEROS		
Violación de Correos	De hijos no herencia de ciudad.				Adoptivos de no herencia de personas dependiente.	Entre sí	"	
200 fr. 11	SIN SORTE DE GRADO	DE GRADO	SIN SORTE DE GRADO	DE GRADO		CONYUGES		
Mucherías (especifico)	Ascendientes y descendientes del responsable del homicidio.	Hermanos del responsable del homicidio.	De grado.	De grado.		Del responsable del homicidio.	"	
400	SIN SORTE DE GRADO	DE GRADO	SIN SORTE DE GRADO	DE GRADO		CONYUGES	CONCUBINOS	ENCUBRIDOR
Abusos (especifico)	Ascendientes y descendientes del responsable.	Hermanos del responsable.	De grado.	De grado.		Del responsable.	Excepcionalmente no incluidos.	Unido al delincente por estos lazos.

OTRAS RELACIONES EN RAZON DEL PARENTERSCO

Genéricas en principio, fortalecidas por leyes, decretos, resoluciones, etc. (no antijurídicas ni arbitrarias) y en tal virtud no constituyen de iure, por tanto no punibles.

El contenido de la gráfica muestra la relación directa entre el parentesco, determinadas relaciones (de carácter eminentemente familiar), a las que se suman las derivadas de la amistad, sentimientos de amor, respeto, gratitud, y las excusas absolutorias que se fundamentan en la naturaleza de las relaciones referidas. Apreciándose a través del cuadro clasificatorio qué sujetos particularmente quedan amparados por el precepto que contiene la excusa absoluta.

En tal virtud vemos en primer término que el artículo 151 excluye la aplicación de la sanción prevista por el artículo 150 para la conducta descrita en éste último precepto, relativa al delito de evasión de presos, para el caso de que quienes incurran en tal conducta sean ascendientes o descendientes del prófugo, entendiéndose por tales a los parientes consanguíneos en línea recta, no especificándose, en el precepto que contiene la excusa, límite de grado.

Enseguida el mismo artículo 151 menciona al cónyuge y hermanos del prófugo; los primeros establecen relación de tal índole y los últimos son parientes consanguíneos en línea colateral de segundo grado.

Comprende por último, el artículo 151 del Código penal, a los parientes por afinidad hasta el segundo grado, entendiéndose por tales, tanto afines de la línea recta, -

ascendente y descendente, como afines de la línea colateral.

En segundo término tenemos en la gráfica de la clasificación el artículo 174 del Código penal, que excluye de sanción, en relación al delito de violación de correspondencia - previsto por el artículo 173 del Código penal, a los "... padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas de rigidas a sus hijos menores de edad..." siendo ésta un parentesco consanguíneo en línea recta, descendente, si se toma en cuenta la relación de padres a hijos. Se entienden incluidos los padres adoptivos (parentesco civil) y los padres que viven en concubinato (matrimonio de hecho).

Este precepto ampara a los tutores, respecto de personas que se encuentren bajo su dependencia y a los cónyuges entre sí:

El artículo 260 fracción II, en su párrafo segundo, excluye de sanción a los ascendientes o descendientes - del responsable del homicidio, para el caso de que incurran en la conducta prevista por la referida fracción II párrafo primero del mismo precepto, no especificando límite de grado. Quedan amparados de tal suerte los parientes consanguíneos en línea recta ascendente y descendente, sin límite de grado.

El mismo precepto excluye de sanción al cónyuge y a los hermanos del responsable del homicidio, éstos últimos

parientes por consanguinidad en línea colateral de segundo grado.

Al hacer referencia solamente a ascendientes y descendientes se entienden incluidos ascendientes y descendientes, consanguíneos y afines sin límite de grado.

En relación a los artículos 151, 174 y 280 fracción II, párrafo segundo, hacemos la observación de que en los mismos debe incluirse el amparo a los concubinos que, a nuestro parecer, actúan de forma análoga a los cónyuges en aras de un fin noble, solidario y desprovisto en igual forma, su conducta de contenido antisocial.

Asimismo consideramos que sería atinada la inclusión concreta, del amparo en estos preceptos, de los terceros partícipes que incurrir en la conducta conjuntamente con el sujeto activo calificado (amparado en la excusa por su calidad específica), siempre que le unan con éste vínculos de amor, respeto, gratitud, o estrecha amistad, toda vez que esos terceros actúan de igual forma impulsados por esos sentimientos nacidos de relaciones sociales nobles, solidarias y propias de la positiva naturaleza del ser humano.

Lo antes manifestado en virtud de que si el legislador no sanciona las conductas referidas cuando concurren las circunstancias concretas propiciadas por las relaciones

de parentesco, matrimonio, y otras de carácter eminentemente familiar, ya referidas, por considerar que en esencia no existe delito, obvio es que, para ser congruentes con una política criminal adecuada y uniforme, los preceptos referidos deberían arrear a esos terceros parientes, siempre y cuando concurren las circunstancias o vínculos referidos.

Por último el artículo 400 del Código penal, relativo al delito de encubrimiento en su párrafo segundo de la fracción V, excluye la sanción en el supuesto de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, para el caso de que quienes incurran en las conductas, previstas por las referidas fracciones del artículo supracitado, sean ascendientes o descendientes consanguíneos o afines del delincuente (infractor) al que encubren.

Comprendiendo la protección en este caso a los parientes consanguíneos y afines, ambos en línea recta ascendente y descendente, sin límite de grado.

Enseguida el mismo precepto ampara al cónyuge, a la concubina, al concubinario, y a los parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado (donde quedan comprendidos los hermanos, tíos y sobrinos del infractor delincuente), y por afinidad hasta el segundo grado.

Por último protege al encubridor unido al delin

cuente (infractor), por vínculos de "...amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, derivados de motivos nobles ...".

Encontrando que de las excusas absolutorias en tema, es la única que atinadamente prevé el amparo a los concubinos.

De tal forma queda estructurada la clasificación de las excusas absolutorias en razón del parentesco, por medio de la cual esperamos haber logrado establecer la relación directa entre los conceptos de parentesco (sus formas, líneas, grados), otras relaciones de carácter eminentemente familiar derivadas principalmente del Derecho de familia, y las excusas absolutorias previstas por el Código penal (Derecho público), basadas en la naturaleza de las relaciones derivadas de tales vínculos y con fundamento en las cuales el legislador concluyó, a nuestro parecer, que esas determinadas conductas formalmente constitutivas de delito, materialmente no son antisociales, por tanto no punibles; así como el fundamento de la clasificación que estructuramos.

C A P I T U L O

T E R C E R O

EXCUSAS ABSOLUTORIAS QUE PREVE EL CODIGO PENAL VIGENTE EN RA ZON DEL PARENTESCO.

1. Motivo de las Excusas Absolutorias
en Razón del Parentesco
2. Su Validez en el Código Penal Vigente
3. Efectos en relación a:
 - 3.3.1 Terceros
 - 3.3.2 Concubinos

1. *Motivo de las Excusas Absolutorias en Razón del Parentesco*

De hecho la respuesta, parcial, a este punto se encuentra implícita en los conceptos referidos acerca de la naturaleza jurídica de las excusas en tema, no obstante es de gran importancia recalcar esas causas, razones o motivos, (a las que ya en parte hicimos concreta referencia) por las cuales no se penalizan esas conductas que en principio son consideradas antijurídicas. A tales consideraciones agregaremos otras, con miras a tal fin.

Etimología

En el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado se nos refiere que el término motivo proviene "... (del lat. - motivus; de motum, supino de movere, mover.) adj. que mueve o tiene virtud o eficacia. 2. m. causa o razón que mueve para una cosa... " (226).

Esse es el sentido a que nos referimos por cuanto - al término, a la causa que motivó, que movió al legislador para proveer de excusa absoluta a las conductas referidas, miramos causas, razones o motivos a los que en gran parte ya hicimos alusión y a las cuales es necesario -

agregar otras consideraciones, para fundamentar debidamente - nuestro punto de vista.

Señalamos la importancia de la familia, así como el cúmulo de derechos y obligaciones (naturales y legales) que surgen entre sus miembros, el interés de la sociedad y del Estado por majorarla, protegerla y perpetuarla, en aras de lograr su pleno desarrollo físico, intelectual y moral, en un marco jurídico que equilibre los derechos fundamentales - del individuo y de la sociedad de acuerdo con los valores y principios derivados de la positiva naturaleza humana. Así mismo nos referimos a las conductas constitutivas de delito y a las características del mismo, tratando de manejar una no ción integral del delito, cuyos conceptos se encaminaron, entre otros fines, a entender la causa, el origen por el cual existen las excusas absolutorias, motivo de nuestro trabajo, en el Código penal vigente, así como a fundamentar el criterio sostenido por cuanto a la naturaleza jurídica de las mismas.

Concretamente se puede afirmar que el legislador in cidió las excusas absolutorias en razón del parentesco en el Código penal en fiel cumplimiento y observancia de los fines - propios del Derecho, a los cuales se debe ajustar el ordenamiento positivo, (que debe integrarse formal y materialmente).

Las excusas absolutorias constituyen una muestra -

palpable de los casos en los cuales la ley penal debe ajustarse a los fines del Derecho, fines a los que por motivo del tema no es oportuno referirse en extenso, pero que muy concretamente podemos resumir en tres palabras de amplísimo contenido: justicia, bien común y seguridad.

La Justicia

Entendida como valor absoluto, en su más amplia acepción como en virtud de la cual tanto el legislador como el juzgador van a normar su criterio jurídico y procederán a realizarla sobre a cada quien lo que le corresponda de acuerdo al contenido real de su conducta, la cual debe valorarse cuidadosamente como acorde o contraria no sólo a la ley, sino a los fines del Derecho.

De donde encontramos que la ley sería injusta si no protegiera las conductas en tema, ya que del análisis correspondiente se desprende que las mismas solo aparentemente están en contra de la ley, más no en contra de los fines del Derecho, toda vez que se realizan en aras de proteger a la célula social, base y fundamento del Estado que debe pugnar porque la ley sea congruente en su contenido tanto material como formalmente a fin de que cumpla justamente con sus finalidades.

Bien Común

Por cuanto al bien común encontramos que el Derecho debe garantizarlo mediante normas jurídicas que no atenten ni contra el individuo, ni contra la sociedad, y el mismo no debe encontrarse de ninguna forma en pugna ni con la justicia, ni con la seguridad jurídica debida a todos y cada uno de los miembros de la sociedad ya sea como individuos o como miembros de cualquier grupo social, de entre los cuales obviamente destaca el bienestar que el Estado, a través del Derecho, debe procurar al grupo social que constituye su base y fundamento: la familia.

Los miembros de la familia no podrán cumplir con sus fines, preponderantemente éticos, nobles, solidarios, si la ley positiva estuviera en pugna con los mismos, o por lo menos esta ley dificultaría en gran medida el que se realizara la solidaridad doméstica nacida del vínculo de la sangre, basada en principios y valores positivos de la naturaleza humana.

"...El bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual.

En este sentido, se puede decir que el primero

de los bienes, comunes a los hombres es la existencia misma de la sociedad, la existencia de un orden en sus relaciones sociales..." (227).

Seguridad Jurídica

El Estado, a través del Derecho, tiene la obligación de garantizar el bienestar de la sociedad, ya individualmente protegiendo tanto en lo individual, como en lo colectivo a sus integrantes. "... En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación ..." (228).

En relación directa el artículo 16 Constitucional, a la letra dice: "... Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

En relación a nuestro tema encontramos que una ley

227.- Le Fur, Delos, Harbruch, Carlyle. Los Fines del Derecho. Trad. Juli Breaña, Primera Reimpresión. Editado por la U.N.A.M., México, 1921 P. 45

228.- Idem. P. 47

injusta (su aplicación o promulgación), equivale al ataque a esos bienes y derechos que precisamente deben ser protegidos por el orden normativo. Ninguna seguridad jurídica encontramos en la aplicación de una norma, en este caso penal, que no fundara ni motivara debidamente, en su amplia aceptación, la aplicación de pena o la posibilidad de aplicar pena, a una conducta que en apariencia es contraria a la ley, más no al Derecho propiamente entendido. Así lo entiende el legislador y es, entre otros, motivo para que proteja a quienes incurrir en esas conductas ya referidas, por medio de las excusas absolutorias en razón del parentesco.

Una de las principales condiciones para que la sociedad exista, como ya se mencionó, (de la cual la familia es parte fundamental) es que el Estado garantice un orden social justo en la más pura acepción del término, sin contra decir el concepto que de lo justo, en relación con los fines y valores del individuo, se tiene socialmente.

En ocasiones lo injusto, lo antisocial, lo que no está de acuerdo a los fines existenciales del ser humano, no puede quedar totalmente comprendido por el ordenamiento positivo. Aunque objetivamente se pretenda, y de hecho encuadre la conducta en lo previsto por un tipo penal, encontramos que, en base a un análisis diverso de lo estrictamente

jurídico formal, existen esas causas o circunstancias que nos revelan que esas conductas que aparecen como típicamente antijurídicas y culpables (formalmente hablando), realmente no se oponen en esencia a las reglas y principios rectores del convivir social. "...Así, acciones consideradas aparentemente ilegales por su externa adecuación al precepto, pueden en comparación con los fines reales del ordenamiento y el sentido de valor social que representan mostrarse apartadas por causas generales de exclusión del ilícito. He aquí precisamente como la distinción cobra buena importancia práctica ..." (229).

Llamamos ya nuestra adhesión a tal punto de vista, no obstante de hecho, el comentario anterior se relaciona directamente con la antijuridicidad, por nuestra parte lo consideramos, como ya también mencionamos, aplicable a las excusas absolutorias en tema, por las razones ya expuestas, por lo que añado cabe señalar que: "... La postura de M.H. Mayer remite la antijuridicidad material a ser - contraste con las normas de cultura, esto es que también - arremete contra la consideración minimizada del instituto ; franqueza la suya que es de elucidar porque no cede a subterfugios para reconocer que, tras el precepto positivo - está latente aquél contenido de valor que la norma repre
 229.- Enciclopedia Jurídica OJEDA, tomo VI P.P. 236, 237

senta, sin dejar de dar por ello al Derecho positivo su lugar rector, ni caer tampoco en el temor por las fronteras ne-
tamente jurídicas, que los dogmáticos suelen invocar como una pe-
sadilla ..." (230)

Todo lo antes mencionado lo justificamos en razón de la finalidad del presente inciso, en relación directa con la naturaleza jurídica que pretendemos a las exousas tema de nuestro trabajo, reafirmando que no consideramos antisociales las conductas referidas y por tanto no antijurídicas materialmente.

Refiriéndose a la naturaleza de la antijuridicidad, Carranón y Trujillo, citando a Jiménez de Asúa, nos dice: "... Vigorosamente se opone a esta posición Jiménez de Asúa, cuando expresa que lo contrario a derecho no puede ser entendido como lo contrario a la ley; detrás de la ley penal, de la sanción punitiva, más que un precepto escuetamente jurídico reside un concepto social; aunque este criterio repugne a los que creen que en derecho sólo tiene relevancia lo jurídico...." (231).

De las consideraciones referidas se desprenden los motivos que, a nuestro entender, el legislador tomó en cuen-

230.- Enciclopedia Jurídica OMEGA, Tomo VI, P. 237
231.- Derecho Penal Mexicano, P. 355

ta para incluir en el Código penal las exousas absolutorias en razón del parentesco, lo que no pugna con el sentir social - que encontraría injusta la severidad de la pena, ya que mima o nula socialmente es la peligrosidad de quienes actúan impulsados en cumplimiento de una obligación, noble y solidaria, basada en principios y valores relacionados con el amor, la gratitud, la confianza, y cuya represión no sería congruente en ninguna forma con una política criminal prudente ya que se crearía un antagonismo entre la valoración cultural, y la valoración legal de lo antisocial que deben ser una sola, de acuerdo a los fines del Derecho.

2. Su validez en el Código Penal Vigente

En primer lugar prudente es distinguir el sentido en que haremos referencia al término validez mismo que se encuentra en relación directa con la estructura (validez material - validez formal) y eficacia (vigencia) de los preceptos en tema, ne cesaria es esta visión integral de la validez de las excusas ch solutorias con motivo del parentesco.

Mencionamos integral en virtud de que el vocablo puede ser restringido en su sentido, por ejemplo: "...Stammler pen saba que validez del Derecho implica posibilidad de su imposición. Otro neokantiano, Hans Kelsen, entiende que validez - significa que las normas del ordenamiento jurídico deben ser obe decidas y aplicadas; es decir, que la validez de una norma po sitiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Legaz y Lacambra asevera que la expresión Derecho vd lido es un juicio analítico y a priori; significando la validez, exi gibilidad del Derecho mientras no sea formalmente derogado. - Ross, afirma que el núcleo del problema de la validez del Dere cho se encuentra en la relación entre el contenido de la idea normativa y la realidad social; no siendo la validez una fun ción puramente lógica de las normas sino sólo un término para ex presar la racionalización de ciertas vivencias emocionales.

Tal disparidad de concepciones trasunta una especie - de 'saber que no se sabe' lo que es la validez; y nos señala la existencia de una verdadera 'aporía' del pensamiento Jusfi losófico sobre el particular que tratamos.

Las dificultades insitas al tema arrancan del campo mismo de la filosofía. En efecto: dos de sus ramas - Lógica y Axiología - hacen empleo del concepto; pero asignándoles sentidos distintos que se han proyectado al ámbito jurídico.

Para la primera disciplina filosófica, la validez - consiste en una relación de compatibilidad entre diferentes referencias parciales integrativas de una estructura lógica, ya sea en la más simple; el juicio, sea en la más compleja: el razonamiento.

Para la segunda, aquélla es sinónimo de exigir reconocimiento, de tener que ser reconocida por el sujeto cognoscente por la objetividad misma del valor de que la idea es - portadora.

Empero, donde la problemática se agudiza y se origina en su parte mayor la disímil significación que los estudiosos asignan al concepto en examen. Supra connotado - es al enfocar lo en su relación con la eficacia o vigencia, pues, según se considera que sólo el ordenamiento jurídico concebido como totalidad cerrada depende de un mínimo de efectividad o con

trariamente que la validez de cada una de sus normas está a aquélla supeditada..." (232)

Para nosotros el problema por cuanto el alcance del concepto se resuelve de la forma enunciada toda vez que la validez lógica o formal y axiológica o material de las excusas absolutorias en tema, en ningún momento ha sido cuestionada y por tanto su complemento que es la eficacia, vigencia o como le llama Max Weber "realidad empírica" no debe en contrar obstáculo para que en tal virtud el Derecho cumpla con su cometido en el caso concreto.

Ese es el sentido que para nosotros tiene el concepto: la validez de las excusas absolutorias en el Código Penal vigente, aquélla en íntima relación con la naturaleza, fines, y facticidad de éstas.

Cabe destacar que axiológicamente ... el Derecho tendrá validez en cuanto sus normas resulten reflejo de un valor captado por el legislador y objetivado en las reglas dictadas.

La Validez de un orden de 'deber ser' descansará, por lo tanto, en una cualidad interna del mismo (como orden de razón o de sentido). Así, sólo será Derecho el Derecho justo. Todos aquellos que creen en la existencia de un Derecho natural de tinte racional por sobre el Derecho positivo-

Y en el cual éste debe buscar su contenido - remiten el - problema de la validez de las normas jurídicas a esta instancia..." (233)

Concepto de Validez

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual encontramos que la validez es la: "...Calidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva //Legalidad de los negocios jurídicos. //Producción de efectos. //Firmeza. //Subsistencia. //Indole de lo legal en la forma y eficaz en el fondo..." (234)

En relación al tema que nos ocupa el Artículo 17 - del Código Penal establece "...Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio..."

Constituyendo las exousas absolutorias con motivo del parentesco una especie de tales circunstancias es de observarse lo dispuesto por el precepto supracitado, del cual en comentario Francisco González de la Vega nos refiere: "...Esta importante norma, de carácter público procesal, implica para la autoridad judicial, aún en ausencia de solicitud de las partes, -

233.- Enciclopedia Jurídica, OLEFA. Tomo XXVI, P. 615

234.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII.P.

la obligación de establecer y declarar en los procesos la existencia comprobada de cualquiera de las eximentes con su indudable efecto de sobreseimiento. En mi concepto, tres son los momentos procesales en que se puede, de oficio, declarar la existencia de una excluyente, a saber: a) al resolverse la solicitud de orden de aprehensión, pues su improcedencia es clara cuando obra eximente; b) al vencerse el término constitucional de la detención preventiva, pues la formal prisión es inoperante en estos casos; y, c) en la sentencia definitiva..." (235)

Atinado comentario, procesalmente hablando, pero cabe señalar que el artículo comentado se encuentra previsto por el Código Sustantivo y en tal virtud puede calificarse de importante norma de carácter público procedimental, ya que incluso ésta puede y en el caso de las excusas en tema debe (principalmente), observarse desde la fase inicial del procedimiento.

La ubicación, del artículo en cita, que es motivo de controversia doctrinaria, no es de primordial importancia, - lo que no hay que perder de vista es la finalidad del precepto, no obstante sea su naturaleza procesal, prácticamente en el Código penal, a nuestro parecer cumple ampliamente su cometido.

*En el Código Penal Anotado se nos refiere que las -
excluyentes de responsabilidad penal pueden ser averiguadas y
hechas valer de oficio en la:*

- a) averiguación previa,*
- b) cuando el C. agente del Ministerio Público Ejercita Acción penal sin detenido solicitando al C. Juez gire orden de aprehensión, de la cual no -
procederá su libramiento en caso de que concurra
eximente de responsabilidad penal.*

*En el caso que nos ocupa es obvio que tampoco pro
cederá el libramiento de la orden de aprehensión
cuando concurra una excusa absolutoria con motivo
del parentesco. (véase art. 132 del C.C.P.)*

- c) Al vencimiento del término establecido por el ar
tículo 19 Constitucional toda vez que en presen
cia de alguna excluyente no será posible demos -
trar la "probable responsabilidad del acusado".*
- d) En sentencia interlocutoria que resuelva acerca
del incidente de libertad por desvanecimiento de
datos (~~fase~~ de instrucción), que procede cuando
se desvanecen los que fundaron la comprobación
del cuerpo del delito o lo relacionado a la pro-
bable responsabilidad, y*

e) *En sentencia definitiva.*

Agregando enseguida que: "...En todo los casos enumerados la condición para que la excluyente opere es que esté -plenamente comprobada y que no falten diligencias por practicar que la hicieran inaplicable..." (236)

En suma se puede afirmar que las excusas absolutas con motivo del parentesco se deben hacer valer de oficio durante el procedimiento, no excluyendo la posibilidad de su validez a petición de parte interesada desde la fase inicial del mismo hasta los momentos procesales supracitados.

Al respecto Raúl Carrancá y Trujillo, nos dice en su obra de Derecho Penal Mexicano que: "... Las causas que excluyen la imputación - de imputabilidad, de inculpabilidad, de justificación y de irreprochabilidad o excusas absolutas - deben ser averiguadas y declaradas eficazmente válidas, bien a petición de parte, bien de oficio si aquella hubiere sido omitida. El tono penal de una sociedad como engendrador de los causas de imputación, debe reconocerse en toda su eficacia hasta para justificar el que, omitida la solicitud de parte, el propio juez, no obstante, las reconozca..."(237)

236.- Op. Cit. P. 93, 94

237.- Op. Cit. P. 100

En la misma obra el supracitado autor refiere - que: "... (a) El Ministerio Público está facultado para declarar aplicables las excluyentes cuando estas procedan.

("b) Debe extenderse la aplicación anterior a todos los casos de inincriminación, incluso las excusas absolutivas.

("c) Se sostiene la validez del principio enunciado en vista de la interpretación lógica del artículo 17 del Código Penal Mexicano, que a la letra dice: 'Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio'. Norma, la anterior que ha de proyectarse hasta la averiguación misma.

("d) Dada una excluyente, hay ausencia de culpabilidad, de antijuridicidad o de punibilidad; por lo tanto no procede la acción penal... (238).

En relación al tema cabe citar lo dispuesto por los artículos:

30. Fracción VII, 30. Bis, 132, y 546 todos del Código Común de Procedimientos Penales y 137 Fr. V, 138, 422 y 424 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Consideraciones todas totalmente aplicables a las excusas absolutivas con motivo del parentesco en relación direc-

ta con el sentido integral de su validez, el cual no debe per
derse de vista a fin de que la aplicación fáctica de las exou -
sas en tema cumpla con su finalidad, de acuerdo c su naturale
za oportunamente fundamentada.

3.3.1. Efectos en Relación a Terceros.

Las excusas absolutorias con motivo del parentesco -
 (ya enumeradas) tienen como efecto excluir la sanción previg
ta a las conductas en principio (formalmente) antijurídicas -
cometidas por autor en quien concurre la calidad específica -
que se determina en cada uno de los preceptos relativos a las
mismas.

Tales efectos en relación a los sujetos determina -
 dos en las excusas en tema tienen plena validez, ya que con
cretamente así lo establece el Código penal.

Pero siendo el hombre un ser social por naturaleza,
 esa sociabilidad se realiza tanto en las actividades positivas,
 tendientes a lograr el bienestar social, como en las negati -
 vas, dentro de las cuales encontramos al delito es en este -
 punto donde cabe preguntarse si las excusas absolutorias en
 razón del parentesco deben o no surtir sus efectos en rela -
 ción a terceros participantes que concurren, en la comisión
 de las conductas amparadas por las excusas en cuestión, con

Los sujetos calificados amparados concretamente.

En relación al tema Francisco Carrara nos dice que:
 "... En un delito pueden tomar parte varias personas y la justicia exige que se llame a todas a dar cuenta de la parte que tomaron en la infracción de la ley; pero exige a sí mismo que cada una responda de su papel, en proporción al in flujo que haya ejercido en la infracción ..." (239)

A lo que haremos la observación de que si no hay in fracción, a nadie podrá exigir algo la justicia.

Antes de proseguir, pertinente es recalcar que terceros participantes en el caso que nos ocupa son los sujetos que concurren en la comisión de la conducta, (formalmente antijurídica) amparada por las excusas en tema, con el autor calificado concretamente por el precepto que contiene la excusa absolutoria correspondiente.

En congruencia con las ideas expuestas acerca de la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias en razón del parentesco, de donde inferimos que en presencia de éstas no estamos ante un hecho delictuoso, sino en uno cometido en aras de un fin social, noble, solidario, no dañoso, que contrariamente reafirma la esencia racional - social del ser

239.- Programa de D. Penal. Parte General.- Vol. I, Título de la edición original italiana Programa del curso di diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Versión con base en ediciones italianas: 5ª de Lucca, 6ª de Firenze, y 7ª de Lucca. Editorial TELLIS Bogota, 1971. P. 287.

humano que le impulsa a realizarse ética-valorativamente, reconociendo para sí y la sociedad los derechos fundamentales - del individuo, de la familia de la sociedad y del Estado, es que pugnamos porque, como quedó señalado en cuadro clasificatorio anexo, se incluyan concretamente a los terceros participantes de referencia, en las excusas en tema siempre y cuando se encuentren unidos al autor calificado (amparado por la excusa) por vínculos de amistad, amor, respeto, o gratitud, toda vez que éstos son sentimientos derivados de relaciones sociales propias de la positiva naturaleza humana y que en tal virtud nada de reprochables deben tener. A lo anterior hay que agregar que no puede haber partícipe o cómplice donde en esencia no hay delito.

Al respecto en el Diccionario Jurídico Mexicano se indica: "...Para que haya culpabilidad es necesario que exista un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica de otro, pues quien coopera en una conducta justificada de otro, o quien coopera en los movimientos de otro que no realiza conducta, no puede ser cómplice..."(240).

Lo que consideramos aplicable al tercero que participa en la comisión de una conducta amparada por las excusas en tema, con la condición de que entre este tercero y el sujeto activo calificado medie vínculo de amistad, amor, gra

titud o respeto, como señalamos, en virtud de que en presencia de tales elementos difícil es deducir lógicamente o jurídicamente - la existencia formal y material del delito.

En relación a tales ideas José F. Argibay Ibina refiere: "...La plenitud delictiva - Objetiva y Subjetiva - genera siempre la plenitud punitiva concreta y esa es la regla general, la cual coincide con el interés público que funda la obligación de sancionar. Pero con ese interés puede concurrir otro de fuerte sustento colectivo - con raíz familiar, afectiva, básicamente humano solidaria política que tiene la suficiente potencia de oportunidad institucional para hacer disminuir el interés punitivo genérico y, excepcionalmente, admitir la impunidad..." (241)

Referencia con la que nos encontramos de acuerdo en principio por cuanto a que la plenitud delictiva genera, siempre la plenitud punitiva, pero por cuanto al fundamento de las excusas en tema, quedó ya expresado nuestro punto de vista, en el sentido de que las excusas absolutivas en razón del punitivo son conductas en principio, formalmente antijurídicas, no antisociales (no antijurídicas materialmente) y en tal virtud no constitutivas de delito, por tanto no punibles.

241.- D. Penal Parte General. Vol. II - S/E Editorial EDIAR, - S.a. Buenos Aires, 1972, P. 456, 457.

Aún no siendo motivo principal del presente inciso es necesario referirnos al concepto de la participación delictiva, su diferencia y relación con los términos: autor, cómplice y en cubridor, a efecto de tener noción del grado en que cada persona toma parte en el hecho delictivo y por tanto del grado en que la justicia le va a exigir cuentas y hacer responsable del mismo en cuyas ideas trataremos de reforzar el fundamento de nuestra posición.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se indica que :
 "...Suando en la relación de un hecho delictivo hay una concurrencia de varias personas, cabe distinguir siempre entre las que son autores y otras que participan en el mismo, pero que no son autores. A esa concurrencia de personas en el delito se le llama 'Participación Criminal' (lato sensu), que abarca a quienes son autores y a quienes son cómplices e instigadores o inductores (participación stricto sensu), que dan origen a las formas de autoría, complicidad e instigación respectivamente:..." (242)

Fernando Castellanos Tena señala que la participación es la "...voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad..." (243).

242.- Op. Cit. Tomo I P. 244

243.- Op. Cit. P. 283

Edmundo Mezger dice: "...Las distintas formas de participación en el hecho punible pueden diferenciarse subjetiva u objetivamente, según que se lo haga de acuerdo con la dirección de la voluntad del autor o de acuerdo con elementos - que están fuera de esa voluntad..." (244)

Consideramos que a efecto de delimitar el grado de responsabilidad de los participantes en un hecho punible ha de tenerse una visión integral del mismo, en todos sus elementos, tanto objetivos, como subjetivos.

En relación a la determinación del grado de participación de los sujetos en el hecho delictivo Mezger nos indica: "...el deslinde de las distintas formas de la participación se realiza por separado, con arreglo a características subjetivas y objetivas; con ello, nosotros sostenemos una teoría mixta de la participación ..." (245)

A nuestro parecer esa visión integral del hecho delictivo influyó en la determinación del legislador para excluir la punibilidad en las conductas amparadas por las excusas en tema, panóptica que no debe perderse a fin de que el Derecho cumpla fielmente con sus finalidades, en este caso, - excluyendo la sanción expresamente a los terceros que nos ocupan, en los preceptos que prevén las excusas en cuestión.

244.- Derecho Penal.- Traducción de la Sexta edición Cardenas Editor y Distribuidor. Tijuana, B. Cfa. México, 1935, P.

301
245.- Idem. P. 302.

Como quedó establecido, la participación supone la concurrencia de sujetos (autores) en igual (coautores) o diverso grado, mismo que, como señaló el supracitado Mager - se determina con base a la naturaleza primordialmente objetiva o subjetiva de la relación del hecho delictivo con el sujeto partícipe. Todo lo cual nos permite diferenciar: al autor simple; al autor mediato del inmediato, al autor intelectual del autor material y al autor inductor del autor ejecutor; así como a los "encubridores" de previa o posterior intervención.

Castellanos Tena nos dice: "...Llámanse autor al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante..." (246).

A continuación el mismo autor indica: "...Si alguien ejecuta por sí solo el delito, es le llama simplemente autor..." (247).

Hans Heinrich Jescheck refiere que autor es: "...el que realiza por su propia persona todos los elementos del tipo de la acción punible..." (248).

246.- Op. Cit. P. 286

247.- Idem.

248.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Título original *Lehrbuch des Strafrechts*, Tercera edición. Traducción y adiciones de Derecho Español por S. J. M. FLIG y P. J. ACE CONDE, Editorial BOSCH, Barcelona, 1972. P. 887

Rodríguez Carrancá y Trujillo en su obra *Derecho Penal Mexicano* dice que: "...Cuando el autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito se convierte en autor mediato: *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*; luego es responsable como autor.

El medio que opera como instrumento no debe ser una persona a su vez inculpa ni dolosa ni culpablemente, por el delito ejecutado, pues de lo contrario sería la inducción o instigación por la cual se hace que otro, plenamente responsable, ejecute el hecho en que consistió el delito..." (249).

En el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* encontramos que autor material es: "...El que perpetrá efectivamente un delito, con la ejecución de los actos externos que concretan el ataque a una persona o a un bien u otra lesión jurídica punible. En especial se habla de autor material en los casos de desdoblamiento o dualidad por existir un autor intelectual..." (250).

Por su parte Ignacio Villalobos indica que autores materiales son: "...los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza..." (251).

249.- *Op. Cit.* P. 650, 651.

250.- *Op. Cit.* P. 424.

251.- *Op. Cit.* P. 489

Al respecto Jescheck refiere que: "...es inductor - 'quien ha determinado dolosamente a otro a realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente'..." (252).

Interpretado a contrario sensu nos descifra lo relativo al autor en grado de ejecutor, o sea, la persona a quien dolosamente el inductor determina a realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente.

Castellanos Tena, citando a Soler, señala que hay instigación: "...cuando el sujeto 'quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar ese hecho a través - de la psique de otro, determinando en éste la determinación de ejecutarlo' ..." (253).

Cómplices

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual señala que cómplice es: "...El que sin ser autor (v.), coopera a la ejecución de un hecho delictivo por actos anteriores o simultáneos proporcionando a sabiendas ocasión, medios o datos - que faciliten el delito o la falta. La participación del cómplice en el hecho delictivo es accesorio, secundario; la complicidad exige participación en un delito, pero no cometido por el cómplice, sino por otra persona, además de un cono

252.- Op. Cit. P. 888.

253.- Op. Cit. P. 227.

cimiento de causa..." (254).

Por otra parte, en el Diccionario Jurídico Mexicano se indica que cómplice es: "...el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro. El cómplice es un partícipe en sentido estricto y, en tal virtud no tiene el dominio del hecho al que ayuda o coopera..." (255)

Enseguida el mismo Diccionario Jurídico Mexicano señala que: "...La cooperación en la complicidad se distingue de la cooperación en el encubrimiento, en que en éste ella es posterior a la ejecución del delito y, además no es una forma de participación en el delito, sino un tipo independiente en los casos concretos, sin embargo, con frecuencia se presentan dificultades de distinción..." (256).

Respecto del tema Raúl Carrancá y Trujillo en su obra Derecho Penal Mexicano, refiere: "...Cuando al delincuente principal lo ayudan o socorren otros mediante previo acuerdo, éstos son cómplices.

El cómplice ha de ser un sujeto plenamente responsable y no inductor, pues en este caso sería coautor. Su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido (cómplice primario) o ha de contribuir de cual -

254.- Op. Cit. Tomo II, P. 235

255.- Op. Cit. Tomo II P. 171

256.- Idem. P.P. 172, 173

quier modo a la consumación del hecho (cómplice segunda -
rio)... " (257).

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual encubridor es; "...Quien con posterioridad a la infracción, -
oculta a los autores de un delito o a los cómplices (v) del
mismo, contribuye a disimularlo o se beneficia voluntariamen-
te de aquél..." (258).

Raúl Carrancó y Trujillo en su Derecho Penal Mexi-
cano nos señala que; "... El encubrimiento consiste en la -
realización de una acción posterior a la ejecución del de-
lito... " (259)

El artículo 400 del Código Penal tipifica el encubri-
miento como delito autónomo al tenor siguiente; "...Se aplica
rá prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta
días multa, al que:

- I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del
delito y sin haber participado en éste, ad-
quiera, reciba u oculte el producto de aquél
a sabiendas de estas circunstancias.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o
bajo cualquier otro concepto, no tuvo conoci-

257.- Op. Cit. P. 675

258.- Op. Cit. Tomo VII, P. 450

259.- Op. Cit. P. 654.

miento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien se recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia.

- II. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;
- III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV. Requerido por las autoridades no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y
- V. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga

obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en éste artículo o en otras normas aplicables..."

Con todo lo citado tenemos ya una noción de lo que es la participación y sus formas, las cuales, como ya se indicó, es preciso distinguir con base en un análisis integral del hecho delictivo, sin tendencias dogmáticas que propicien una panorámica errónea y la consiguiente falsa apreciación del grado de responsabilidad de los participas.

Al respecto Castellanos Tena indica: "...Requíérese, pues, el exámen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológico, de cada sujeto. Entendida así la teoría de la causalidad, resuelve los problemas sobre la naturaleza de la participación. Con razón dice Mezger que con una sensación valorativa más fina, se necesita distinguir las diversas formas de participación en el hecho punible, porque 'la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica...' En consecuencia, dentro de la corriente de la causalidad es dable admitir, en un mismo delito, distintos grados de participación, de donde se engrendran diversas responsabilidades y penas diferentes..." (260).

El artículo 13 del Código penal vigente enumera orgánicamente los diversos grados de participación señalando - que: "...Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión - aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Utilizando el legislador de tal forma como sinónimos los conceptos de partícipe y responsable, siendo de aclarar que la enumeración que hace el artículo supracitado es con fines prácticos, a nuestro entender, no de fondo, toda vez que lo relativo a la determinación del grado de participación, consecuente responsabilidad y punibilidad de los

sujetos es competencia judicial, en otras palabras, así lo refiere Raúl Carrancá y Trujillo en su *Derecho Penal Mexicano* (261).

En este punto encontramos relación de lo expuesto con los reformados artículos 54 y 55 del Código penal, que antes del decreto correspondiente, de fecha 29 de Diciembre de 1963, a la letra establecían:

"Art. 54.- Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito..."

Refiriéndose este artículo acertadamente a circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal, entendiéndose incluidas agravantes, atenuantes, e incluso, a nuestro parecer, excluyentes de imputación relativas a tales circunstancias principalmente al hecho delictivo objetivamente considerado.

Por su parte el referido artículo 55 del Código penal establecía que: "... Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delinuentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometan con conocimiento de ellas..."

En este caso las circunstancias se refieren principalmente a la calidad del sujeto activo, misma calidad que siendo del conocimiento de los partícipes también les afectaba en relación a la modificación del delito.

Los referidos artículos 54 y 55, por decreto referido, fueron reformados y quedaron comprendidos en lo dispuesto por el artículo 54, que quedó redactado al tenor siguiente: "...El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ella..."

Pudiera pensarse que lo expuesto por cuanto hace a la participación y a los referidos artículos, 54 y 55, - carece de sentido, pero en contrario, justificamos tal remisión en base a que en el Código penal no encontramos alusión concreta, (ni en los artículos que prevén las excepciones absolutarias en tema, con excepción del artículo 400, ni en el Libro primero del Código mismo), a los terceros que participan en la comisión de la conducta, formalmente antijurídica, con los sujetos amparados por las mismas. Dejándose innecesariamente al arbitrio judicial la resolución de fondo

por cuanto a tales participes que a nuestro criterio debieran quedar amparados en las excusas en tema, con la condición de que entre el autor calificado y el tercero participe medie vínculo de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, toda vez que en concurrencia de las circunstancias referidas, en relación con la naturaleza de las excusas en tema, no estamos verdaderamente en presencia de delito, sino frente a una conducta con finalidad noble, solidaria, no dañosa, y que no pugna con el interés individual, familiar, social, o estatal.

Por tanto reiteramos la importancia de que no se deje el arbitrio del Juez la determinación del carácter no delictivo del actuar de estos terceros participes en las conductas amparadas por las excusas en cuestión, sino que los mismos sean concretamente protegidos por éstas. La Ley no debe establecer como antijurídica una conducta que en esencia no lo es, más aún, así debe reconocerlo formal y expresamente en caso dado, pues a quién sino a la Ley ha de acogerse el individuo, a una ley congruente con sus fines, que resuelva de fondo, justa y brevemente lo que es conforme a su esencia.

Por todo lo expuesto y fundado es que pugnamos porque los efectos de las excusas absolutorias en razón del parentesco se hagan extensivos concretamente, en los preceptos co

irresponsables, a los terceros partícipes referidos.

Cabe dejar en claro que no simplemente pugnamos por la inclusión de terceros partícipes, sino de que como condición para ampararlos, les una al autor calificado (amparado por la excusa), el vínculo de amor, gratitud, respeto o estrecha amistad. Lo que en un examen del artículo 400 se aprecia no sucede, pues en este se ampara al ligado al "delincuente" por los citados lazos, y en nuestro caso no se trata de un "delincuente" sino de una persona amparada por una excusa absolutoria cuya actuación en esencia no es delictiva. Todo lo cual refuerza el fundamento de nuestra pretensión.

3.3.2 Efectos en Relación a Concubinos

Los puntos referidos, por cuanto a los efectos de las excusas absolutorias en relación a terceros partícipes en las conductas en tema, nos parecen aplicables en relación a los efectos de las mismas con respecto a los concubinos, toda vez que no siendo comprendidos expresamente por los preceptos relativos (con excepción del 400 fr. V) éstos se encuentran en la misma situación que los terceros partícipes ya referidos, siendo que con mayor razón deberían ser incluidos, en las excusas en cuestión.

Prudente es recordar el concepto de concubinato y

al respecto Sara Montero Duhalit refiere que: "...En la doctrina y en la legislación civil mexicana, se entiende por concubinato, la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor, si han procreado..." (262).

El presente inciso se refiere a los efectos que prevén las excusas absolutorias en razón del parentesco para los concubinos, encontrando que solamente el artículo 400 en su fracción V, de las excusas que nos ocupan, incluye a la concubina y al concubinario, quedando excluidos en los artículos 151 - 174 y 250 fra. II del Código Penal, a nuestro parecer en injusta forma, toda vez que, en el sentido estricto del concepto, el concubinato es como ya lo afirmamos en punto correspondiente sinónimo de familia constituida voluntariamente, en base a una necesidad de carácter biológico social, en forma natural, libre, espontánea, que como hecho social de arraigada costumbre, exige de la sociedad y del Estado el respeto a sus principios, a su dignidad, clamando no ser objeto de segregación legal como hasta la fecha acontece.

Aunque es de observarse que paulatinamente el legislador va reconociendo mayores efectos jurídicos a la institu

ción que nos ocupa, quizá dándose cuenta de que, como ya lo mencionamos, la protección y el mejoramiento recíproco de los familiares, es un sentimiento solidario, que nace naturalmente entre sus miembros, y si la familia de hecho cumple su función social (en ocasiones con más efectividad que la llamada legítima), en forma estable, sin violar precepto moral ni legal alguno, resulta injusto, inmoral y atentatorio a la familia natural, a la conciencia y realidad social, su falta de regulación legal, concretamente su falta de inclusión en los artículos 151, 174 y 280 Fr. II del Código Penal vigente.

Lo anterior con base y fundamento en los mismos razonamientos que se tuvieron en cuenta para incluir a los cónyuges, en todos los preceptos que nos ocupan, pues quién niega que los concubinos son cónyuges de hecho y deben gozar de las mismas prerrogativas, por lo menos concretamente en nuestra legislación penal, la cual no debe distinguir, para ser congruente con una política criminal justa, entre cónyuges legalmente hablando y cónyuges de hecho, pues éstos últimos también estarían actuando en las mismas circunstancias y con la misma finalidad que los cónyuges, en el propio sentido del concepto.

Para reafirmar el fundamento de nuestra posición hay que tomar en cuenta la naturaleza y concepto del concubinato, - así como la naturaleza de las causas absolutorias con motivo del parentesco de la cual inducimos que en concurrencia de

éstas no esteros frente a conducta antisocial, sino ante la manifestación de un aspecto ético-valorativo del ser humano, que, en estos casos, actúan en cumplimiento de una obligación impuesta por su propia y positiva naturaleza, misma conducta que no es opuesta al bien común, ni a los fines del individuo ni del Estado, lo que constituye causa material de justificación, lo cual es reconocido y declarado formalmente mediante las excusas absolutorias con motivo del parentesco en congruencia con los fines de un orden jurídico con plena validez.

Por todo lo expuesto reafirmamos nuestra posición - porque se incluya concretamente en los artículos 151, 174 y 200 Fr. a la concubina y al concubinario.

C O N C L U S I O N E S

1.- *La célula social se constituye por la unión sexual entre hombre y mujer, generadora de la procreación, origen de la familia, en principio no sancionada por el derecho, posteriormente tomada en cuenta para regular las relaciones entre sus miembros, determinando las normas a que ha de ajustarse por cuanto a su constitución, organización y disolución.*

2.- *El parentesco se ubica dentro del derecho de familia como una de sus instituciones, fuente real y formal, que ocupa un sitio preponderante en el contexto jurídico familiar.*

3.- *El parentesco, a nuestro criterio, constituye una manifestación primaria de los más puros sentimientos derivados de la naturaleza humana, entre los que descienden unos de otros de un tronco común y en segundo término de la solidaridad de la pareja (que se proyecta en ocasiones hacia otras personas, como en la adopción), que se une por biológica y social necesidad, teniendo como función, en principio, y fin: la perpetuación, la protección y el mejoramiento integral de los unidos por tales vínculos.*

4.- El concepto del parentesco es tomado en cuenta - por el orden jurídico en razón de los diversos grados del mismo, ya que se presupone la diversa intensidad en sus lazos afectivos, según sea la naturaleza de éstos.

5.- El parentesco por consanguinidad constituye la relación primaria, biológica y social, que se da en forma natural entre el progenitor y su descendencia.

De ahí la calidad o estado de padres, hijos, nietos, bisnietos, abuelos, bisabuelos, etc., que serán los sujetos específicamente comprendidos en la relación concreta.

6.- El parentesco por afinidad nosotros lo relacionamos con la vecindad o proximidad entre un miembro de la pareja y los parientes del otro.

7.- Consideramos que la adopción no es una creación legal, sino la reglamentación para efectos de ley de un hecho social, que es erigida en fuente formal del parentesco.

8.- Los derechos y obligaciones que genera el parentesco se pueden apreciar también, por su origen, desde un punto de vista natural (sociológico, biológico, de hecho, real) y desde un punto de vista legal (formal).

9.- La muerte es la forma natural de extinguirse el parentesco consanguíneo, es la única forma de disolución de este vínculo; el derecho toma en cuenta este hecho para atribuirle las consecuencias correspondientes.

Por cuanto hace al parentesco por afinidad, también se extingue con la muerte, o por el divorcio.

En la adopción, parentesco civil, se prevé la revocación de la misma, como forma legal de extinción de este tipo de parentesco.

10.- La obligación alimentaria es esencialmente de origen biológico, por tanto natural, que se traduce en una exigencia o necesidad la cual compele al ser humano para dotar a sus consanguíneos de los elementos y condiciones mínimas indispensables para su subsistencia.

Esta obligación alimentaria, surgida en forma natural, es tomada en cuenta por el ordenamiento positivo que regula su cumplimiento, en virtud de que el hombre no siempre la cumple voluntariamente.

La obligación alimentaria no se origina entre parientes por afinidad, pero si se contempla entre concubinos y entre adoptante y adoptado.

Los alimentos comprenden: habitación, vestido, auxi

lio en la enfermedad, educación, oficio o arte.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y a falta de aquéllos la obligación recae en sus ascendientes

11.- Una consecuencia más que se deriva de las relaciones entre los ligados por parentesco es la relativa a la transmisión del patrimonio por causa de muerte del titular - del mismo.

La sucesión se traduce en la facultad, exigencia o necesidad, derivada de la naturaleza humana, que construye al titular de un patrimonio a transmitirlo en favor de sus parientes con miras a proporcionarles los elementos y condiciones indispensables para su subsistencia y desarrollo integral.

Nuestro derecho positivo regula lo relativo a la sucesión, en defecto del uso de la facultad o del cumplimiento de la exigencia o necesidad de transmitir el patrimonio por parte del titular del mismo.

En nuestra legislación no se prevé propiamente lo que antaño se entendía por sucesión legítima, sino que existe plena libertad para testar, excepto cuando se va en contra de la obligación alimentaria.

12.- Se infiere que Patria Potestad es lo relativo al

poder o autoridad del padre sobre los hijos, en relación directa con el sentimiento que confiere la sangre y los principios conaturales al ser humano.

La Patria Potestad es un cargo, derivado de una institución, de derecho privado e interés público, irrenunciable, intransferible (excepto adopción), que no se adquiere ni se pierde por prescripción, es temporal (minoridad del hijo) y exausable.

En base a esos sentimientos que confiere la sangre y a los principios conaturales al ser humano, es que el Estado siendo creación social, debe procurar el bienestar integral de su elemento fundamental.

13.- Los sujetos que ejercen la patria potestad son los progenitores y los abuelos paternos y maternos, sobre los hijos y nietos menores de edad, no emancipados.

Nuestra legislación incluye entre los sujetos a patria potestad a los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero supedita el ejercicio de la misma al reconocimiento, por parte de los progenitores, del hijo nacido en estas circunstancias.

14.- De la patria potestad se derivan a su vez consecuencias jurídicas que se traducen en derechos y obligaciones

tanto en relación a la persona, como a los bienes de los sujetos a la misma y de las personas que la ejercen.

Los hijos deben honrar y respetar a sus padres y de mas ascendientes.

15.- La Patria Potestad se acaba: a) con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, - b) con la emancipación derivada del matrimonio, c) por la mayor edad del hijo.

Por cuanto a la suspensión de la figura en cuestión se establece: a) por incapacidad declarada judicialmente, - b) por ausencia declarada en forma, c) por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La Patria Potestad no es renunciable, pero se prevé su excusa: a) por edad de 60 años cumplidos, b) por habitual mal estado de salud, que impiden el debido desempeño de la misma.

16.- Otra de las consecuencias derivadas del parentesco es la relativa a la tutela legítima, la cual recae concretamente en los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive.

Nosotros entendemos la tutela de hecho como un acto concreto y continuo por el cual aquellos que son incapaces para conducirse por sí mismos son acogidos, a falta de padres y abuelos, por los demás parientes consanguíneos, por afinidad e incluso por extraños con quienes no les une ningún lazo familiar, pero que lo hacen en satisfacción de sentimientos altruistas, solidarios, por convicción, exigencia o necesidad de carácter moral y que no requieren, por la naturaleza misma de la relación, para cumplir con su fin de regulación positiva.

17.- El parentesco además es tomado en cuenta para que delitos normalmente perseguidos de oficio, sean perseguidos a petición de parte ofendida.

18.- El concubinato es sinónimo de una familia constituida voluntariamente, cuyos miembros fundadores no se ligaron mediante un contrato escrito, sino que, se constituyó teniendo como base y sostén fundamental una necesidad de carácter biológico-social, natural y espontánea, derivada de la naturaleza humana que generalmente impulsa al ser a realizarse ética y vulgarmente.

El concubinato es el reflejo fiel de la libertad, en cuanto que los fundadores de la familia de hecho no requieren de otra circunstancia para unirse que su propia convicción de

hacerlo, exigiendo por tanto de la sociedad y del estado el respeto de sus principios, de su dignidad como personas, clamando no ser objeto de segregación legal.

Los efectos jurídicos que señala el Código Civil al concubinato son relativos a: los alimentos, a la Patria Potestad; sucesión legítima; y presunción de paternidad.

19.- Existe la tendencia, por parte del legislador, para incluir a los concubinos en el caso de los delitos que en virtud de tal vínculo se vuelven perseguibles a petición de parte ofendida, como lo atestigua el artículo 399 bis del Código Penal.

Incluso, para reafirmar lo supracitado, encontramos la reforma al artículo 400 del Código Penal que señala excusa absolutoria para el delito de encubrimiento, que toma en cuenta por primera ocasión a los concubinos, en este aspecto.

No obstante de igual forma que en la legislación civil, en la penal, que es la que nos ocupa primordialmente, existe mucho por hacer al respecto, basta remitirnos a los artículos 199 bis, 310, 336 y principalmente a los que prevén las excusas en tema: 151 en relación al 150, 174 en relación al 173 y 200 fracción segunda, párrafo segundo, todos del Código Penal vigente.

20.- El Estado, a través del derecho privado, concretamente mediante las normas del derecho de familia, apoyado - complementariamente en el derecho penal, va a garantizar el orden doméstico señalando los derechos, obligaciones y restricciones a que han de sujetarse sus miembros.

De igual forma el derecho penal toma en cuenta las relaciones derivadas del parentesco, institución de derecho privado, para excluir determinadas conductas formalmente delictivas de la sanción correspondiente (excusas absolutorias con motivo del parentesco), en aras del mismo fin.

21.- El significado del vocablo excusa es ambiguo, - por una parte nos da la noción de motivo fundado, que es el sentido con el cual se debiera relacionar al concepto en cuestión, y por otra da margen a que se le interprete como pretexto o disculpa que no requiere mayor explicación.

Existe contradicción entre las definiciones de delito (según el artículo séptimo del Código Penal) y excusas absolutorias, toda vez que si delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, al no aplicarse sanción a las conductas amparadas por las excusas se reconoce que no existe delito; no obstante al definir las excusas absolutorias se asegura que en estas subsisten delito y delincuente, antijuridicidad y culpabilidad, pero no subsiste la sanción.

La conducta excusada por excusa absolutoria, principalmente con motivo del parentesco, no es constitutiva de delito ya que no es antisocial, por tanto no es antijurídica materialmente, no obstante objetiva, dogmática y formalmente lo sea.

22.- Quien incurre en conducta típicamente antijurídica y culpable, renuncia a sus derechos fundamentales; a la vida, a la libertad, a la propiedad, etc., en tanto se los niega a sus congéneres. Es deber del Estado reprimir ese aspecto antisocial del hombre, que atenta contra los bienes e intereses de la persona, de la familia y del propio Estado.

23.- En las excusas absolutorias si la conducta no es antisocial y por el contrario se traduce en una manifestación del aspecto ético del ser humano que actúa en cumplimiento de una obligación impuesta por su propia naturaleza, que por tanto, no se opone al bien común, ni a los fines del individuo ni de la sociedad, no debe ser materia de punibilidad toda vez que no es constitutiva de delito y en tal supuesto nos encontramos con un aspecto negativo del delito por exclusión de uno de sus elementos esenciales, no obstante formal y objetivamente dicha conducta aparezca como lesiva de un bien jurídicamente tutelado.

24.- En las conductas delictivas amparadas por excusa absolutoria previstas por los artículos: 150 en relación al 151, relativa a la evasión de presos; 173 en relación al 174 que se refiere a la violación de correspondencia; 280 fracción II, párrafo segundo y 400 fracción V, párrafo segundo, relativos a encubrimiento específico y genérico de parientes, respectivamente, es evidente que el agente actúa en cumplimiento de una obligación, exigencia o necesidad, derivada de la naturaleza biológica-racional-social del ser humano que le impulsa a actuar voluntariamente, por íntima convicción y sentimientos de amor, gratitud, solidaridad, hacia su recíproca protección, bienestar u desarrollo integral.

25.- No siendo la punibilidad elemento esencial del delito, su sola ausencia no es suficiente para fundamentar la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias. En las excusas absolutorias con motivo del parentesco sustancialmente no existe delito por ausencia de antijuridicidad material y así lo reconoce el legislador formalmente, por las múltiples razones expuestas.

En presencia de una excusa absolutoria con motivo del parentesco, de acuerdo a los conceptos de delito natural y legal no existe delito, toda vez que la conducta amparada se en

cuentra en total acuerdo con los fines del derecho, pues ¿qué de antijurídico puede encontrarse en lo que no es antisocial, - si esto es el fundamento de aquéllo? Por tal razón lo que en principio es calificado de antijurídico, formalmente, no siendo materialmente, enseguida es reconocido como sustancialmente acorde al derecho y a sus fines.

26.- Las excusas absolutorias en razón del parentesco que se encuentran previstas en el Código penal vigente son en relación a los delitos:

- a) Evasión de presos..... (art. 150 C.P.)
- b) Violación de correspondencia.....(art.174 C.P.)
- c) Encubrimiento de parientes(art. 280 fracción II, párrafo segundo, C.P.)
(específico)
- d) Encubrimiento de parientes.....(art. 400 fracción V, párrafo segundo).
(genérico)

En esta clasificación quedan comprendidas las conductas, formalmente delictivas, realizadas en cumplimiento de una obligación o necesidad derivada de la positiva naturaleza humana que impulsa a los ligados por parentesco hacia su recíproca protección.

27.- Se señala excusa absolutoria en el delito de evasión de presos para el caso de que el sujeto activo sea pariente consanguíneo en línea recta, ascendente o descendente, sin límite de grado, del prófugo o hermano del mismo, que en tal caso es su pariente consanguíneo en línea colateral de segundo grado. Incluye la excusa amparo a parientes por afinidad línea recta, ascendente y descendente y colateral hasta el segundo grado del prófugo y al cónyuge del mismo.

No incluye concubinos, ni terceros participantes, - unidos al activo calificado por amor, gratitud, respeto o estrecha amistad.

Por cuanto al delito de violación de correspondencia, el artículo 174 prevé el amparo a los padres de hijos menores de edad, presumiéndose la inclusión de padres adoptivos. Protege la excusa a los tutores, respecto de las personas que se encuentran bajo su dependencia y a los cónyuges entre sí. No protege a concubinos, ni a terceros participantes, unidos al activo calificado por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

Por cuanto al encubrimiento (específico) previsto - por el artículo 280 fracción II, en el párrafo segundo de la fracción referida se excusa a los parientes consanguíneos y afines en línea recta, ascendente y descendente, sin límite de grado, a los hermanos que en tal caso son parientes con

sanguíneos en línea colateral de 2o grado, y al cónyuge, del responsable del homicidio. No incluye a los concubinos ni a terceros supracitados.

En el delito de encubrimiento (genérico) previsto por el artículo 400, la fracción V del mismo prevé excusa para lo previsto por las fracciones III, en lo relativo al ocultamiento del infractor, y IV, cuando el sujeto activo esté unido al infractor (delincuente) por parentesco consanguíneo o por afinidad en línea recta, ascendente y descendente, sin límite de grado, parentesco consanguíneo en línea colateral hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; incluye el amparo al cónyuge, concubina o concubinario y a los unidos al delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

28.- Se puede afirmar que el legislador incluyó excusas absolutorias en razón del parentesco en el Código penal vigente en fiel cumplimiento y observancia de los fines propios del Derecho, a los cuales se debe ajustar el ordenamiento positivo, que debe integrarse formal y materialmente.

Las excusas absolutorias con motivo del parentesco constituyen una muestra palpable de los casos en los cuales la ley penal debe adecuarse a los propósitos últimos del derecho.

La ley sería injusta si no protegiera las conductas - en tema, ya que del análisis correspondiente se desprende que las mismas sólo en apariencia están en contradicción a la ley, más no en contra de los móviles del Derecho, toda vez que se realizan en aras de proteger a la célula social, base y fundamento del Estado que debe pugnar porque la ley sea congruente en su contenido a efecto de que cumpla justamente con sus finalidades.

29.- El derecho debe garantizar el bien común mediante normas jurídicas que no atenten ni contra el individuo, ni contra la sociedad.

Los miembros de la familia no podrían cumplir con sus fines, preponderantemente éticos, nobles, solidarios, si la ley positiva estuviese en pugna con los mismos.

Ninguna seguridad jurídica encontraríamos en la aplicación de una norma, en este caso penal, que no fundara ni motivara debidamente la aplicación o la posibilidad de aplicar una pena a conducta que en apariencia es contraria a la ley, más no al Derecho propiamente entendido.

30.- Mínima o nula es socialmente la peligrosidad de quienes actúan impulsados en cumplimiento de una obligación noble, solidaria, basada en principios relacionados con -

el amor, la gratitud, la confianza, la amistad, y cuya expresión no sería congruente en ninguna forma con una política criminal justa, toda vez que se crearía un antagonismo entre la valoración cultural y la valoración legal de lo antisocial, que deben ser una sola, de acuerdo a los fines del Derecho.

31.- Pugnamos porque se incluyan, como quedó señalado en cuadro clasificatorio, concretamente a los terceros participantes a que se hace referencia en las excusas en tema, -- siempre y cuando se encuentren unidos al autor calificado (amparado por la excusa) por vínculos de amistad, amor, respeto o gratitud.

32.- Consideramos que los concubinos deben ser incluidos concretamente en los artículos 151, 174 y 280 fracción II del Código penal, en congruencia con el criterio seguido en lo establecido por el artículo 400 fracción V del mismo ordenamiento. Relativos todos los supracitados preceptos a las excusas absolutorias en razón del parentesco previstas por el Código penal en vigor.

B I B L I O G R A F I A

AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO.- Segundo Curso de Derecho Civil. Tercera edición Editorial Porrúa, México, 1975.

ARGIBAY MOLINA, JOSE F.- Derecho Penal. Parte General. Volúmen II. S/E. - Editorial EDIAR, S.A. Buenos Aires, 1982.

AZUARA PEREZ, LEANDRO.-Sociología. Segunda Edición. Editorial Porrúa, México, 1978.

BONFANTE, PEDRO.- Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la octava edición italiana de Luis Bacci y Andrés Larrosa. Tercera Edición. Editada por el Instituto Editorial REUS, Madrid, 1965.

CABANELLAS, GUILLERMO.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. décimo séptima Edición, revisada, actualizada y ampliada por LUIS ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1983.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS, RAUL.- Derecho Penal Mexicano , Parte General. Décima segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1977.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, CARRANCA Y RIVAS, RAUL.- Código Penal Anotado. Séptima edición. Editorial Porrúa, México, 1978.

CARRANCA Y RIVAS, RAUL.- El Drama Penal. Editorial Porrúa, México, 1982.

CARRARA, FRANCISCO.- Programa de Derecho Penal. Volúmen I. Título de la edición original italiana Programma del corso di diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Versión con base en ediciones italianas: 5a. Lucca, 6a. de Firenze, y 7a. de Lucca. Editorial TEMIS, Bogotá, 1971.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Duodécima edición. Editorial Porrúa, México, 1978.

COPELSTON, F.C.- El Pensamiento de Santo Tomás. Traducción de Elsa Cecilia Frost. Título Original AQUINAS. Primera reimpression. Breviario 154. Editado por el Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

CORRIPPIO, FERNANDO.- Diccionario Etimológico Abreviado. Segunda edición. - Editorial Bruquera, España, 1976.

COULANGES, FUSTEL DE.- La Ciudad Antigua. (Estudio sobre el Culto, el Derecho y Las Instituciones de Grecia y Roma). Quinta Edición Versión directa de la edición original, por José Manuel Villalaz. Porrúa, México, 1983.

CUELLO CALON, EUGENIO.- Derecho Penal. Tomo I, volúmen I, Decimaséptima edición. Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.- La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa, México, 1984.

DE IBARROLA, ANTONIO.- Cosas y Sucesiones. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1977.

DE IBARROLA, ANTONIO.- Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México, 1978.

DE PINA, RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano. Décima edición. Editorial Porrúa, México, 1980.

DELOS, LE FUR, RADBRUCH, CARLYLE.- Los fines del Derecho. Traducción Kuri - Breña. Primera Reimpresión. Editorial. U.N.A.M., México, 1981.

DE P. MORENO, ANTONIO.- Derecho Penal Mexicano. Segunda edición. Editorial Porrúa, México, 1968.

DIÁZ PALOS, FERNANDO.- Teoría General de la Imputabilidad. S/E.- Editorial Bosch, Barcelona, España, 1965.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- Real Academia Española. Décimo novena edición. Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1970.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1984.

FASSI SANTIAGO, CARLOS.- Estudios de Derecho de Familia. S/E. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1962.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO.- Derecho Romano. Octava edición.- Editorial Esfinge, México, 1978.

FUEYO LANERI, FERNANDO.- Derecho Civil. Tomo sexto, volumen I y II. S/E. Editado por Imp. y Lito Universo, Santiago de Chile, 1959.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Per
sonas. Familia. Sexta edición. Editorial Porrúa, México, 1983.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.- Ensayos Filosófico- Jurídicos. Segunda edición.
Editado por la U.N.A.M., México, 1984.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Código Penal Comentado. Tercera edición.
Editorial Porrúa, México, 1974.

GONZALEZ URIBE, HECTOR.- Teoría Política. Segunda edición. Editorial Porrúa,
México, 1977.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones. Quinta edición
Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue., México, 1979.

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO.- Décimocuarta edición. Editado
por Reader's Digest, México, 1980.

JESCHECK HANS, HEINRICH.- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Título
original: Lehrbuc des Strafrechts, tercera edición. Traducción y adiciones
de Derecho Español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE. Editorial Bosch, Bar-
celona, 1978.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- La Ley y el Delito. Octava edición. Editorial Su
americana, Buenos Aires, Argentina, 1978.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Tercera Edición
Editorial Porrúa, México, 1978.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS.- Filosofía del Derecho. Quinta edición. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1978.

MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL.- Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas, México, 1986.

MEZGER, EDMUNDO.- Derecho Penal. Traducción de la sexta edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, B. Cfa. México, 1985.

MONTERO DUHALT, SARA.- Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México, 1984.

MUÑOZ, LUIS.- Comentarios a los Códigos Civiles de España e Iberoamérica. S/E. Ediciones Jurídicas Herrero, México, 1953.

OMEBA, ENCICLOPEDIA JURIDICA.- Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires.

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES.- Tratado Elemental de Derecho Civil. - Título original: *Traité élémentaire de droit Civil*, Tome I. Versión Española, de la décimosegunda edición original, de Cajica Camacho José M. S/E. Editorial Cajica, Puebla, Pue. México, 1983.

PORTE PETIT CANDAUPAP, CELESTINO.- Apuntamientos de la Parte General de - Derecho Penal. Décima edición. Editorial Porrúa, México, 1985.

REVISTA DEL MENOR Y LA FAMILIA.- Órgano Informativo y de Divulgación del DIF., año 2, número 2. Primer semestre de 1982. Litográfica Oro, México, 1982.

RODRIGUEZ MEJIA GREGORIO.- El Derecho y la Ley. Editorial Limusa, México, 1982.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO.- El Contrato Social o Principios de Derecho Político. Sexta edición. Colección Sepan Cuantos, número 113. Editorial Porrúa, México, 1979.

SANCHEZ HIDALGO, EFRAIN.- Psicología Educativa. Novena edición. Editorial Universitaria, Barcelona, España, 1975.

SANCHEZ MEDAL, RAMON.- Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa, México, 1979.

SERRA ROJAS, ANDRES.- Ciencia Política. Sexta edición. Editorial Porrúa, México, 1981.

VELA TREVIÑO, SERGIO.- Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas, México, 1973.

VILLALOBOS, IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 1983.

ZAFFARONI, RAUL.- Teoría del Delito. Novena edición. Editorial Ediar, S.A. Argentina, 1973.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil

Código Penal para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Código Federal de Procedimientos Penales.